الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's democratic republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of higher education and scientific research
جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج
University Of Mohamed Al-Bashir Al-Ibrahimi - BBA
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

الموسومة بـ :

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

إعداد الطالبة:
منصوري لويزة

تحت اشراف:
الدكتورة مسعودان فتيحة

لجنـــة المناقشـــة

درارجة عبد الجليل	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
مسعودان فتيحة	أستاذ محاضر قسم أ	مشرفا ومقررا
بوجادي صليحة	أستاذ محاضر قسم أ	ممتحنا

السنة الجامعية: 2025/2024

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في 2020 ماي 27 .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

موسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز بحث

(الطالب الأول)

انا الممضي اسفله،

السيد(ة) صمود كلوزة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 1233 والصادرة بتاريخ 26 أكتوبر 2016

المسجل(ة) بكلية / معهد العلوم الإسلامية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها الضمان الواجب المترتب على الناقل أمام المرتفقين

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 25 ماي 2020

توقيع المعني(ة)

توقيع السلطة

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبتوفيقه يُكتب النجاح.

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم التقدير إلى أستاذتي الفاضلة مسعودان فتيحة، مشرفة هذا العمل، على ما بذلته من جهد مشكور، وتوجيهات قيمة، ودعم علمي متواصل كان له الأثر الكبير في إنجاز هذه المذكرة، فلك مني خالص الامتنان والتقدير.

كما أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، على تفضلهم بقبول مناقشة هذا العمل، وما سيتفضلون به من ملاحظات وتوجيهات سيكون محل اعتبار وتقدير كبيرين.

لكم جميعًا، أساتذتي الكرام، كل الشكر والعرفان على ما قدمتموه لنا من علم ومعرفة، وعلى ما غرستموه فينا من قيم أكاديمية ستبقى نبراسًا لنا في مسيرتنا العلمية والمهنية.

منصوري لويزة

الإهداء

إلى من كانت دعواتهم سرّ نجاحي، ورضاهم عني هو أغلى ما أملك...

إلى والديّ العزيزين، رمز المحبة والتضحية، وسندي في هذه الحياة...

إلى إخوتي وأختي الذين كانوا دومًا عونًا لي في دربي...

إلى زوجي الحبيب، رفيق الدرب، ونبع الدعم والصبر، الذي كان لي السند الحقيقي في كل خطوة...

إلى ابني الغالي، زهرة عمري، وبسمته التي كانت نوري في لحظات التعب...

إلى كل من ساهم في دعمي، ولو بكلمة طيبة أو دعوة صادقة...

أهدي هذا العمل المتواضع عربون حب وتقدير وامتنان.

منصوري لويزة

مقدمة

مقدمة:

شهد العالم في العقود الأخيرة تحولات جذرية بفعل الثورة الصناعية والتكنولوجية، التي ساهمت في تقليص المسافات وتعزيز التفاعل بين الدول على مختلف الأصعدة، لاسيما في المجال الاقتصادي والتجاري. وقد أدى هذا الانفتاح إلى نشوء علاقات قانونية متزايدة بين أفراد وكيانات قانونية ينتمون إلى أنظمة قانونية مختلفة، مما أفرز تحديات قانونية جديدة، أبرزها النزاعات ذات الطابع الدولي، والتي تتسم بوجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية.

في هذا الإطار، برزت الحاجة إلى قواعد قانونية خاصة تنظم هذه العلاقات وتحدد القانون الواجب التطبيق عليها، لحماية مصالح الأطراف. وهنا يتجلى دور القانون الدولي الخاص الذي يُعنى بتنظيم العلاقات الخاصة، عبر توجيه القاضي إلى النظام القانوني الأنسب للفصل في النزاع.

وتُعد الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي من أكثر العلاقات القانونية إثارة للإشكالات، نظرا لتعدد الأنظمة القانونية التي قد تتصل بالعقد من حيث جنسية الأطراف، مكان إبرامه أو تنفيذه، أو حتى موضوعه. ويعد تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات مسألة تأثر بشكل مباشر على استقرار المعاملات العابرة للحدود بالنظر الى انعكاساتها النظرية أو العملية.

وقد سعى المشرع الجزائري إلى مواجهة هذه الإشكالية من خلال تنظيم قواعد الإسناد في القانون المدني، لاسيما في الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم سنة 2005، حيث أقرّ قواعد تهدف إلى توجيه القاضي نحو القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.

وتبرز أهمية هذا الموضوع في ظل توسع المعاملات ذات العنصر الاجنبي، وسهولة التواصل والتعامل بين مختلف الدول، مما زاد من احتمال نشوء نزاعات تعاقدية تتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق بدقة، تفاديا لتنازع القوانين وضماناً لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود.

وقد جاء اختيارنا لهذا الموضوع نتيجة لدافع ذاتي يتمثل في الاهتمام الشخصي بمجال القانون الدولي الخاص، الى جانب دوافع موضوعية فرضها الواقع المعاصر، بما يشهده من تداخل قانوني بين الدول، وتعدد الجنسيات، وتوسع العلاقات التعاقدية بين الافراد، وغيرها من الظواهر التي تخلق بيئة قانونية معقدة تستدعي الدراسة والتحليل.

ومن خلال هذه الدراسة، نسعى إلى تحقيق الأهداف التالية:

- **توضيح الأسس المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.**
- **إبراز حدود تطبيق هذا القانون على مستوى الشكل والموضوع.**
- **تحليل فعالية قواعد الإسناد الجزائرية في هذا الإطار.**

وتتمثل إشكالية الدراسة فيما يلي:

ما هو القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، اعتمدنا على **المنهج الوصفي** لعرض وتحليل المفاهيم القانونية المرتبطة بالموضوع، **والمنهج التحليلي** لتفكيك النصوص القانونية ذات الصلة، ومناقشة الآراء الفقهية المختلفة، واستخلاص النتائج الكفيلة بالإحاطة الشاملة بالإشكالية المطروحة.

وانطلاقًا من طبيعة الموضوع، قمنا بتقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: دراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، ويشمل مبحثًا حول مبدأ سلطان الإرادة كضابط أصلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وآخر حول خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة.

الفصل الثاني: دراسة القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، ويشمل مبحثًا حول خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون المحل وفقا لقاعدة "locus regit actum"، وآخر حول الضوابط الأخرى إلى جانب محل الابرام.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية

لا يزال العقد يشكل إحدى الدعائم الأساسية في البنيان القانوني لأي نظام تشريعي، إذ يؤدي دورًا محوريًا في تنظيم العلاقات القانونية وتحقيق التبادل المشروع للمصالح بين الأفراد. ونظرًا لأهميته، أولته التشريعات عناية خاصة لضمان استقرار المعاملات وتقليل أسباب النزاع باعتباره من أهم مصادر الالتزام في القانون الخاص.

غير أن العقود لا تقتصر على المجال الداخلي، بل تزداد تعقيدًا عندما تتخذ طابعا دوليا، بوجود عنصرً أجنبي يجعلها خاضعة لاحتمال تنازع بين قوانين متعددة.

ولمعالجة هذه المسألة، وُضعت قواعد إسناد تهدف إلى تحديد النظام القانوني الأنسب للفصل في العلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي، وقد نظم المشرّع الجزائري هذا الجانب، من خلال المادة 18 من القانون المدني التي ترتكز أساسا على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يعد القانون الأصل لتحديد اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق وهو ما سيتم تناوله في المبحث الأول.

وفي حالة غياب هذا الاختيار، يتم اللجوء إلى تطبيق الضوابط الاحتياطية التي حددها القانون والتي تمثل المعيار التكميلي عند غياب أو غموض الإرادة وسنتناولها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول: مبدأ قانون الإرادة كضابط أصلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

اتفقت أغلب التشريعات على إتباع منهجية واضحة في حل إشكالية التنازع بين القوانين في العقود التي تنطوي على عنصر أجنبي (العقود الدولية)، وذلك من خلال إقرار قواعد فنية تعرف بقواعد الإسناد والتي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية محل النزاع، كما اتفقت تلك التشريعات في الغالب على إقرار مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون (القانون المختار) ليحكم العقد الدولي المبرم بينهما.

المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة

إن قانون الإرادة كضابط إسناد أساسي يعتمد عليه القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يقتضي منا التطرق لتعريفه وبيان المعايير المعتمدة في تحديده وأهم القيود الواردة عليه.

الفرع الأول: تعريف ونشأة قانون الإرادة

من أجل الإلمام بالجوانب المرتبطة بقانون الإرادة الساري على الالتزامات التعاقدية نقوم بالتحدث عن أهم تعريفاته ثم دراسة نشأته.

أولا: تعريف قانون الإرادة

إن مبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص يراد به حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة.[1]

[1] أبو عمر نادية، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مجلة بحوث القانون التنمية، العدد 1، جوان 2022، ص 26.

وقد ذهب بعض الفقهاء في تعريفه بأنه السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لهذه المراكز من وجود أو لو وجدت، ولكن في صور مختلفة.[1]

كما يعرف أيضا بأنه القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنا وهو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى إرادة الأطراف وينحصر دور الإرادة في تعيين القانون وليس تحديد العقد من سيطرة القانون.[2]

إن السلطة المعترف بها للأفراد في ظل نظام قانون معين وإنشاء مراكز قانونية بها هو جوهر مبدأ سلطان الإرادة حيث يسمح للمتعاقدين باختيار القانون الأنسب لحكم علاقتهم والوصول إلى الغاية المرجوة من إبرام تصرفاتهم القانونية وهم أدري بالقانون الذي يلائمهم والذي لا يعرقل مصالحهم.

نجد أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ الإرادة (القانون المختار)، لكنه لم يعرفه، بل اكتفى بتكريسه كضابط أصلي أساسي يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية في علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، وذلك في صلب المادة 18 من القانون المدني.[3]

ثانيا: نشأة وتطور قانون الإرادة

مر قانون الإرادة بعدة مراحل حتى وصل الى مبدأ عام مقرر بجميع التشريعات وهو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين.

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 212.

[2] شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 12.

[3] قانون رقم 05–10 مؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

لم تكن المجتمعات القديمة تعرف مشكلة تنازع القوانين، نظرا لكونها كانت تعيش في عزلة شبه تامة، و لم يكن هناك أي تعاون يذكر بينها، و ظل الوضع كذلك حتى أواخر القرن الثاني عشر إذ برزت مشكلة تنازع القوانين في صورة تنازع داخلي بين قوانين شمال إيطاليا بوجه عام، فوضع الفقهاء الإيطاليون في البداية حلولا فردية لهذا التنازع، ثم توسعت هذه الحلول، فأصبحت حلولا دولية و ظهرت هناك بذرة عامة في تنازع القوانين عرفت باسم نظرية الأحوال [1]،فعرفت قاعدة خضوع التصرفات بشكل عام إلى قانون المحل الذي أبرمت فيه وذلك بصرف النظر عن الناحية الموضوعية للعقد وشكله.[2]

وقد خطى الفقيه كورتيس في القرن الخامس عشر الخطوة الأولى نحو قانون الإرادة وبرر اختصاص قانون بلد الإبرام على أساس أنه القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف ضمنا.[3]

وفي القرن السادس عشر خطى الفقيه الفرنسي ديمولان نحو اختصاص قانون الإرادة الخطوة المتبقية ويعتبر أول من طبق فكرة قانون الإرادة والذي يعود إليه الفضل في الفصل بين موضوع العقد وشكله حيث أخضع موضوعه إلى قانون الإرادة وهو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وأبقى على خضوع الشكل إلى قانون المحل الذي أبرم فيه العقد.[4]

ومنذ القرن التاسع عشر استقرت قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، و تبناها كل من الفقيه الإيطالي مانشيني و الفقيه سافيني فأخضع هذا الأخير العقد لمكان تنفيذه، حيث كان يعتد أساسا بتحليل الروابط القانونية و تركيزها في مكان معين هو المكان الذي تتجه فيه الرابطة أثارها، ثم يخضع الرابطة لقانون ذلك المكان، و بعد أن انتهى من تركيز

---

[1] بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2010، ص21.

[2] بلعيور عبد الكريم، قانون الإرادة طبقا لنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديلها سنة 2005، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 47، العدد 2، ص 366.

[3] امحمد سعد الدين، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 54، العدد 2، 2017، ص 389.

[4] اعراب بلقاسم، القانون الدولي الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 ص 304.

الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسر إخضاعها لقانون هذا المكان على أساس فكرة الخضوع الاختياري، فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها، بينما رأى مانشيني إخضاع العقد للقانون المختار من قبل المتعاقدين عملا بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته. [1]

وإذا كان إقرار حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد قد تأكدت من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص بصفة نسبية في القرن التاسع عشر فإن تأكيد هذا المبدأ من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يتم إلا في نهاية هذا القرن وبداية القرن العشرين، وذلك على إثر حكم شهير في قضية نظرت فيها محكمة النقض الفرنسية تعرف ب Affaire American trading company وصدر فيها الحكم في 5 ديسمبر 1910 بمناسبة عقد النقل البحري، أين حدد بصفة صريحة وواضحة، أن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، سواء فيما يتعلق بتكوينه أو من حيث شروطه وآثاره هو القانون الذي يختاره الأطراف.[2]

الفرع الثاني: صور مبدأ قانون الإرادة والقيود الواردة عليه

يعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، حيث يمنح للأطراف المتعاقدة حرية اختيار القانون الواجب المنظم لعلاقتهم التعاقدية، وتتعدد صور هذه الإرادة بين الصريحة والضمنية، وهو ما سنتناوله في العنصر الأول، بينما نخصص العنصر الثاني على أهم القيود الواردة على هذه الحرية.

أولا: صور قانون الإرادة

1/الإرادة الصريحة: أكدت التشريعات والفقه على حق المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم ويعلنوا صراحة عن القانون المختص بحل ما يدور حولهم من منازعات

[1] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 210.
[2] شويرب خالد، مرجع سابق، ص 5.

في المستقبل، فإذا تم ذلك كنا بصدد الاختيار الصريح لقانون العقد وكنا فعلا بصدد قانون الإرادة.[1]

يقصد بالاختيار الصريح الإرادة الحقيقية والمعلن عنها صراحة في العقد كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم العقد بقولهما إن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة، إذ يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يعتد بهذا القانون مادام العقد يتصف بالصفة الدولية بشرط أن يكون القانون المختار له صلة بالرابطة العقدية فالعبرة في هذا الاختيار هو إعلان الإرادة déclaration de volonté.[2]

و يتم التعبير عن الإرادة وفقا للقواعد العامة بكل وسيلة تكشف عما قصده المتعاقدون دون إتباع شكل معين يقيد من كيفية التعبير عنها ، فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة ، من خلالها يمكن إحاطة الغير فيما اتجهت إليه إرادته بطريقة مباشرة وفقا لأساليب متعددة و غير محصورة فتكون الإرادة صريحة اذا اتخذت مظهرا خارجيا مألوفا بين الناس ، يؤديها الانسان مباشرة أو يؤديها بالوساطة ، كما تم استخدام الرسول أو الهاتف ، ويكون بالكتابة في أية صورة من صورها أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصده الإرادة .[3]

فإذا حدد المتعاقدين في عقدهم صراحة مادة الاختصاص التشريعي، فإنهم يحققون حماية لهم من أخطار عدم وجود ذلك النص حالة نشوب نزاع، فالاختيار الصريح قد يكون تعبير الأطراف صراحة في اختيار قانون محدد تضمنه بند من بنود عقدهم، وقد يكون وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي.[4]

---

[1] زيغم محاسن ابتسام، د، بلقاسم تروزين، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، أكتوبر، 2020، ص 349.

[2] شويرب خالد، مرجع سابق، ص 40.

[3] عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 50، 51.

[4] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 213.

وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 2/3 والتي نصت على أنه:" يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك باختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى.[1]

ومن هنا فإن تحديد القانون المطبق على العقد لن يكون صعبا طالما أعلن عنه المتعاقدين لذا نؤكد على أهمية الاختيار الصريح أو التحديد الصريح له تفاديا لما يمكن أن يثيره غياب هذا الاختيار من تعقيدات.

أبرز المشرع الجزائري دور الإرادة الصريحة في مجال العقود الدولية على نحو صريح والمتمثل في اختيار قانون العقد الدولي ويظهر ذلك من خلال نص المادة 18 من القانون المدني تأثرا بالتطورات الفقهية والتشريعات الدولية التي جعلت من الإرادة الصريحة أهم وأبرز الضوابط التي تكشف عن القانون المختص.[2]

2/ الإرادة الضمنية: إذا لم يتفق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فإنه يتعين البحث في الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

من النادر أن يتجاهل الأطراف في العقود الدولية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها بصورة صريحة وواضحة، ومع ذلك فهناك من الحالات ما لا تكون فيها إرادة الأطراف واضحة، فتسعى المحكمة إلى البحث عن هذه الإرادة في تحديدها للقانون الواجب تطبيقه من خلال أي تعبير ضمني عنها.[3]

---

[1] أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، 2017–2018، ص 254.

[2] عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 56.

[3] دير مسعودة، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البولقي، 2015–2016، ص 18.

فيعد الاختيار الضمني اختيارا حقيقيا، ولكن غير معين يستخلصه القاضي عن طريق تفسير العقد وبالتالي يمكنه تحديد انصراف إرادة الأطراف الى قانون دولة معينة.[1]

ولقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث لا يكتفي عادة بواحدة منها للدلالة على تلك النية غير المعلنة، بل الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة لاستنباط نية المتعاقدين، ومن أمثلتها إدراج نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، أو يتم إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامه، وتم اختيار القانون الواجب التطبيق فيه.[2]

من ناحية أخرى يمتلك الفقهاء جانبا أكثر يميل عادة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة و الضمنية و يقود القضاة في الحالات التي يظل فيها المتعاقد ساكتا عن تحديد قانون العقد صراحة بطريقة محددة، على الرغم من أنه من الممكن الكشف عن إرادتهم الضمنية في هذا الصدد، و من بين هؤلاء الفقهاء هناك فوليكس الذي أعطى أهمية كبيرة للإرادة الضمنية و هو يعتقد أن دور القضاة في تحديد القانون المطبق على العقود الدولية هو فقط لتفسير الإرادة، لذلك فإن تحديده يقتصر على قانون مكان الإبرام أو محل التنفيذ و يجب أن يكون الطرفان على دراية بها.[3]

أما المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 18 فلا يوجد نص على الإرادة الضمنية، مما يترك اجتهادا مختلفا حول ما إذا كان المشرع الجزائري قد اعتمد على الإرادة الضمنية أم لا.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:" يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

---

[1] أنظر، شويرب خالد، مرجع سابق، ص 46.

[2] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، المركز الجامعي العقيد اكلي محند اولحاج، البويرة، 2012، ص 107.

[3] شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003، ص 59.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا تعذر على القاضي الوصول إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، نكون بصدد استحالة إعمال ضابط الاسناد الأصلي، ويتعين على القاضي اللجوء إلى ضابط الإسناد الاحتياطي.[1]

ثانيا: القيود الواردة على قانون الإرادة

رغم اتخاذ أغلب التشريعات لقانون الإرادة كضابط أصلي على موضوع الالتزامات إلا أنهم وضعوا شروطا لإعماله.

قانون الإرادة ذو صلة بالعقد أو المتعاقدين:

لما كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، فإنه يتعين تقييد هذه الحرية في اختيار قانون العقد بلزوم توفر صلة جادة وحقيقية بين هذا الأخير وبين العقد أو بينه وبين المتعاقدين، فإذا انعدمت هذه الصلة فان ذلك يعتبر قرينة على التهرب من القانون الواجب التطبيق على العقد وغشا نحوه، وعليه تكون الإرادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها مما يشكل خرقا لأهداف تلك القاعدة.[2]

وقد اختلف الفقهاء في القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توفر صلة بين القانون المختار والعقد الدولي الذي سيخضع للقانون المختار كما اختلفوا حول الرابطة التي يجب أن تتوفر بينهما فهناك اتجاه يزعم بضرورة تقييد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بضرورة وجود صلة بين القانون والعقد.[3]

فقد ذهب جانب من الفقه ومن ضمنه فقهاء إنجلترا إلى القول إن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما دون تقييدها بأية صلة، احتراما لمبدأ سلطان

---

[1] كحيل كمال، قانون العقد الدولي وأثره على مصلحة المستهلك، مجلة الحقيقة، المجلد 8، العدد2، 2009، ص 125.

[2] بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 - 2011، ص 46.

[3] لعطاب ثينهينان ومجبر تسعديت، ضوابط اعمال مبدأ سلطان الإرادة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020، ص 25.

الإرادة، على أن هذا الرأي يرى وجود استبعاد القانون المختار إذا انطوى هذا الاختيار على غش نحو القانون.[1]

خلافا لما ذهب إليه الفقه الإنجليزي، فإن القضاء الأمريكي وفقهاء أوروبا يرون أن الاختيار المبني على غير شرط وجود الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد يعد تحايلا على القانون الواجب التطبيق وتهربا من القواعد الآمرة التي تكون واجبة التطبيق لذلك يميلون الى ضرورة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما، بأن يكون له صلة بهما أو بعقدهما.[2]

إن نطاق العقود الدولية ذاتها تكون حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية مقيدة بوجود صلة بين العقد أو المتعاقدين والقانون المختار وتأتي هذه الصلة من حاجة التجارة والمعاملات الدولية، لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدهما قانون لا صلة له مطلقا بهما ولا بعقدهما، دون أن يكون من وراء ذلك قصد وهو التهرب من القانون الواجب التطبيق.

قيد المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني، حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بضرورة وجود صلة حقيقية بين المتعاقدين والعقد. [3]

ويبدو أن هذا الحل الذي جاء به المشرع الجزائري يمنع المتعاقدين من الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا فعليا، أي منعهم من استعمال الغش نحو القانون في مجال العقود، لأن اختيار قانون عديم الصلة بالمتعاقدين أو بالعقد قد يكشف عن قصد المتعاقدين الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد.[4]

---

[1] شويرب خالد، مرجع سابق، ص 41.

[2] سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 2، أكتوبر 2018، ص 75.

[3] تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

[4] كحيل كمال، مرجع سابق، ص،126.

المطلب الثاني موضوع مبدأ قانون الإرادة

يوجد عدد من العقود التي لا يسري عليها قانون الإرادة سنتطرق في هذا المطلب إلى المسائل التي تدخل ضمن قانون الإرادة والمسائل التي تخرج من نطاقه.

الفرع الأول: المسائل التي تدخل ضمن قانون الإرادة

يمكن حصر الجوانب القانونية التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد الدولي في ثلاثة جوانب أساسية لا تخرج عنها نطاق قانون الارادة وهي من حيث تكوينه وأثاره وانقضائه.

1/ من حيث تكوين العقد: من أهم المجالات التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد هي المسائل القانونية المتعلقة بتكوينه من حيث ضرورة توفر الأركان والشروط سواء ما تعلق بركن التراضي أو المحل أو السبب، وكذا تخلف أحد هذه الأركان.[1]

أ/ ركن التراضي: يعود الاختصاص إلى قانون الإرادة لأنه هو الذي يحدد لنا متى يتطابق الإيجاب بالقبول، وهو الذي يحدد كيفية التعبير عن الإرادة وهل يكفي التعبير عنها ضمنا أم يجب أن يكون صريحا، وما حكم الإرادة الباطنية والإرادة الظاهرة فيه، وهو الذي يحدد أيضا زمان ومكان انعقاد العقد، وإن كان البعض قد جعل زمان ومكان انعقاد العقد يخضع إلى قانون القاضي على أساس أن ذلك يعد مسألة تكييف تخضع إلى القواعد التي تحكم الأخير وبالتالي إلى قانون القاضي.[2]

أما بخصوص عيوب الإرادة فقد تضاربت الآراء الفقهية حولها، فمن الفقه من أسندها إلى القانون الشخصي لأنها تهدف إلى حماية المتعاقد نفسه ليس العقد، بينما ذهب فريق آخر إلى اعتبار أن عيوب الإرادة يجب أن يطبق عليها قانون محل إبرام العقد، ويقترح فريق آخر ضرورة إجراء التطبيق الجامع بين القانونين في شأنها، ولكن الرأي الراجح قد أخضع عيوب

[1] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ط1، أكتوبر 2013، ص 83.
[2] بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 378.

الإرادة إلى قانون الإرادة، باستثناء الاستغلال الذي يطبق عليه القانون الشخصي، بينما يبقى الغبن خاضعا لقانون الإرادة.[1]

ب/ ركن محل العقد: يتفق الفقه الغالب على أن محل العقد يدخل في مضمون الفكرة المسندة ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، ومع ذلك فقد اتجه البعض إلى استثناء العقد الذي يكون محله مالا أو عملا، فيقررون إخضاعه في الحالة الأولى لقانون موقع المال، وفي الحالة الثانية لقانون محل تنفيذ العمل.

أما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فإنه ينبغي التفرقة في شأنها بين العقود المتعلقة بالعقارات من جهة، والعقود الواردة على المنقولات من جهة أخرى، إذ تخضع العقود الواردة على العقارات لقانون الموقع في جميع الأحوال. [2]

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 4/18 بقوله:" ..... غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

ج/ سبب العقد: يخضع سبب العقد من حيث وجوده ومشروعيته لقانون الإرادة، غير أنه إذا كان سبب العقد غير مشروع بالنسبة لقانون القاضي كأن يكون مخالفا للنظام العام، فإن أغلبية الفقهاء ذهبوا في هذه الحالة الى استبعاد قانون الإرادة وتطبيق قانون القاضي.[3]

د/ الجزاء المترتب عن تخلف أحد أركان العقد: إن قانون الإرادة هو الذي يحدد الجزاء إذ هو الذي يحدد لنا ما إذا كان البطلان مطلقا أو نسبيا ومن له حق التمسك بالبطلان، وأحكام تقادم دعوى البطلان، أما ما يرتبه البطلان من آثار كالتعويض مثلا فإنه يخضع إلى القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية لأن العقد لم يعد موجودا من الناحية القانونية.[4]

---

[1] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 84.
[2] عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2007–2008، ص 56.
[3] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 84.
[4] بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 378، 379.

2/ آثار العقد: تخضع آثار العقد بصفة عامة لقانون الإرادة ويدخل في ذلك ما يتعلق بموضوع العقد وما يخص تنفيذه وكذا الجزاءات الناجمة عن عدم تنفيذه.

أ/ آثار العقد بالنسبة للأشخاص : تخضع الآثار التي تترتب من العقد الدولي لقانون الإرادة أو لذلك القانون الذي عينته ضوابط الإسناد الاحتياطية حالة عدم وجود الإرادة، فيتولى هذا القانون إظهار آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة للخلف العام، يبين قانون العقد مدى إلزامية العقد و كذا مختلف الأسباب التي تؤدي إلى نقضه وكما يبين كذلك من هم الخلف العام، فيتولى هذا القانون تحديد من لهم حق الاستفادة من هذا العقد و من يلتزم بهذا العقد سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير، و كما يحدد كذلك مدى إنصاف آثار العقد سواء للخلف العام أو للخلف الخاص أو إلى المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير، لكن مع مراعاة ما يمكن أن يدخل في نطاق القانون الذي يحكم الميراث أو قانون موقع المال.[1]

ب/ آثار العقد بالنسبة للموضوع: معنى ذلك أن يرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكامه، وتحديد نطاقه وإلزام المتعاقدين بتنفيذه وتفسيره وتحديد المسؤولية العقدية فيه.[2]

تخضع المسؤولية العقدية المترتبة من عدم تنفيذ العقد لقانون العقد وليس لقانون محل وقوع الفعل الضار الذي يسري على المسؤولية التقصيرية، فليس الخطأ في حد ذاته هو أساس دعوى التعويض من خلال الالتزامات التعاقدية. كما يبين قانون العقد عناصر المسؤولية العقدية وأسباب استبعادها وكذلك مدى صحة شروط عدم المسؤولية.[3]

فيما يخص تنفيذ العقد فقانون الإرادة هو المختص بكل الالتزامات الواردة والتي يجب تنفيذها، اذ هو الذي يحدد لنا أحوال تنفيذ العقد عينيا، ومتى يكون في حالات أخرى التنفيذ

[1] عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 130، 131.
[2] نسرين شريقي، سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 85.
[3] عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 131.

ليس عينيا، بل يكون بمقابل، ويحدد أيضا كيفية تقدير التعويض وما هي عناصره، وماهي أحكام الشرط الجزائي الوارد في العقد، وحكم الفوائد إن وجدت فيه.[1]

الفرع الثاني: المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة

تخرج بعض العقود والمسائل عن نطاق قانون الإرادة وتخضع لقواعدها الخاصة وهذه المسائل والعقود هي:

- ✓ غالبية التشريعات تجعل مجال تطبيق قانون الإرادة في نطاق القواعد القانونية المكملة أو المفسرة المنظمة للروابط الخاصة بين الأفراد دون نطاق القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام في المجتمع، لأن القواعد الآمرة أو الإلزامية لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها و استبعاد تطبيقها أصلا و بالتالي فلا يجوز نقل الاختصاص التشريعي منها إلى قانون آخر مختار، فحرية الأفراد في اختيار القانون الواجب تطبيقه في تصرفاتهم التعاقدية تقتصر على ما تحكمه القواعد المكملة أو المفسرة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها و إخضاعها لقانون آخر مختار دون القواعد الآمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة و ذلك تطبيقا لقاعدة الإسناد.[2]
- ✓ من المتفق عليه أن تحديد أهلية أطراف العلاقة تخرج عن نطاق قانون الإرادة أيضا لأنها تخضع لقانون الجنسية.
- ✓ العقود المتعلقة بالعقار تخرج من نطاق قانون الإرادة، لأنها تخضع لقانون موقع العقار.
- ✓ العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن تكون متعلقة بالمصلحة الخاصة للأفراد دون العلاقة القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة، كعقد الشركات الذي يخضع لقانون محل مركز إرادتها الرئيسي لأن عقد الشركات من النظام العام ويكون محميا بأحكام القانون الجزائي.

[1] بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 380.
[2] غالب علي الداودي، حسن محمد المهداوي، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي) ص 133.

- ✓ تخرج من نطاق قانون الإرادة المسائل التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي حيث إن هذه العلاقات تخضع لقانون العمل والضمان الاجتماعي الوطني، ولا مجال لنقل الاختصاص فيها إلى قانون آخر مختار عن طريق الإرادة، لأنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الأحكام المتعلقة لمثل هذه العلاقات أصلا.
- ✓ إن العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب ألا تكون متعلقة بالميراث والوصية، مثل الاتفاق على التوارث أو على تقسيم التركة بشكل مختلف للقانون خاصة إذا كان الاتفاق متعلقا بالمال غير المنقول فالإرث والوصية يحكمها قانون المورث والموصي وقت موتهما.
- ✓ دور الإرادة يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المترتبة لحقوق مالية وعليه تخرج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق قانون الإرادة كالزواج والطلاق والنفقة والحضانة... الخ، حيث تخضع هذه المسائل للقانون الشخصي وفقا للقواعد الخاصة بها.
- ✓ تخضع عقود التأمين المتعلقة ببعض المنقولات كالطائرات والسفن لقانون بلد التسجيل لا لقانون الإرادة.
- ✓ تخرج من نطاق قانون الارادة الأموال المنقولة، لأنها تخضع لقانون الجهة التي توجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى فيها أو فقدها.
- ✓ حالة وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر لا يطبق عليها قانون الإرادة. [1]

[1] البرقاوي بشار محمد عبد القادر، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم،2022–2023، ص17، 18.

المبحث الثاني: خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة

بعد التفصيل في مبدأ سلطان الإرادة كأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المبحث الأول، سنحاول في هذا المبحث التطرق للحالة التي يغيب فيها هذا المبدأ، من خلال تناول إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فيخصص لضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد.

المطلب الأول: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين

خلافا للإسناد الشخصي والذي يقوم فيه الطرفان باختيار القانون الذي يحكم عقدهم، فإنه يوجد إسناد موضوعي ويكون في حالة غياب اتفاق صريح أو ضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، حيث إن القاضي يستند إلى عوامل ومؤشرات موضوعية والتي قد تكون لها صلة بالمتعاقدين.

الفرع الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

يعتبر الموطن من أهم الضوابط في حل تنازع القوانين، ويكمل دور الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

أولا: تعريف الموطن:

يختلف تعريف الموطن في القانون الدولي الخاص عن تعريفه في ظل القانون الداخلي، فعرفه الفقيه سافيني بأنه:" المحل الذي يختاره الشخص اختيارا حرا ليسكن فيه نهائيا أو ليكون مركزا لصلاته القانونية ولأشغاله"، وعرفه الفقيه دايسي بأنه:" الجهة أو البلد الذي هو في الواقع

المأوى النهائي للشخص، ولكن يجوز أن يكون في بعض الأحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيما فيه أو لا".[1]

يعرف الموطن الدولي على أنه:" المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مستقرة". كما يعرف على أنه:" مكان من إقليم الدولة الذي يقيم فيه الشخص على وجه الاعتياد ويتركز فيه وترتكز فيه مصالحه".[2]

أما المشرع الجزائري فقد عرف الموطن في نص المادة36 من القانون المدني على أنه:" موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت"[3].

ويشترط في الموطن توافر شرطين أو عنصرين هما:

العنصر الأول مادي (الإقامة)، بحيث تتحقق المعيشة فيه ولا عبرة بمحل الولادة أو المكان الذي يسافر إليه الشخص فيرغب في البقاء فيه لفترة معينة.

العنصر الثاني معنوي أو تقني (نية البقاء والاستقرار)، ويقصد بذلك الإقامة بشكل عادي، بحيث تنصرف النية للإقامة الفعلية ومزاولة نشاطه اليومي، فيكون عنوانا لمراسلاته أو تبليغاته والتزاماته المالية.[4]

[1] بين شاب نعيمة، دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد34، العدد4، ص 349.

[2] مومن يمينة، النظام القانوني للموطن ذي الطابع الدولي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 9، العدد1(2024)، ص 703 -716.

[3] المادة 36 من القانون 05-10 السالف الذكر.

[4] عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص، 94.

ثانيا: مبررات الأخذ بقانون الموطن المشترك في مجال تنازع القوانين

تأخذ دول قانون الموطن، وأهمها الدول الانجلو أمريكية، ففي هذه الدول ينطبق قانون الموطن بصفة مطلقة باعتباره القانون الشخصي، ومن هنا يتسع مجال الموطن اتساعا ملحوظا، بحيث يشمل الدور الذي تقوم به الجنسية والموطن في بلاد قانون الجنسية.

وعليه فإن قضاة الدول يطبقون قانون الموطن على مختلف المسائل بحيث يحكم هذا القانون حالة الشخص وأهليته، والنظام المالي للزوجين، كما يحكم المسائل المتعلقة بميراث المنقولات، ولعل بلوغ الموطن في هذه الدول هذه الدرجة هو ما حدى بالفقه هناك إلى تعميق دراسته فحدد قواعد اكتسابه وتغييره كما تشدد وتشدد معه القضاء في إثبات هذا التغيير. [1]

هناك من الفقه من يؤيد فكرة الأخذ بقانون الموطن ويستند لتبرير موقفه على مجموعة من الحجج والاسانيد الآتية:

يعتد أنصار قانون الموطن أن هذا القانون ظهر قبل قانون الجنسية وقد أثبتت التجربة أنه أكثر فاعلية وأكثر انسجاما مع احتياجات العلاقات الدولية الخاصة، فالموطن هو مركز المصالح الشخصية وهو مركزه القانوني الذي تترتب فيه حقوقه ويمارسها فيه، مما يجعل من الطبيعي والعادل للشخص أن يخضع لقانون دولته مثله مثل المواطنين في دولته.

إلى جانب ذلك فإن تطبيق قانون الموطن يتيح العديد من المزايا العملية من أهمها سهولة فهم الغير لقانون الموطن أكثر من فهمهم لقانون الجنسية، وهو ما يتوافق مع ضرورة توفير الثقة في المعاملات وكذلك سهولة تفسير قانون الموطن وتطبيقه من طرف القاضي المطروح عليه، ومن ناحية أخرى فإن تغيير الشخص إلى موطنه ليس بالمهمة السهلة في جميع الحالات لأن الموطن لا يخضع في تغييره للإرادة فقط.

[1] عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص 98.

أخيرا يضيف الأخذ بقانون الموطن حجة مهمة أن وحدة النظام القانوني الذي تخضع له الأسرة يقتضي الاعتداد بضابط الموطن باعتبار أن الاسرة تتوطن عادة في مكان معين، حتى لو اختلفت جنسية الزوجين.[1]

ثالثا: القانون الواجب التطبيق في حال تعدد المواطن

تسمى هذه الحالة بالتنازع الإيجابي للمواطن ولا يكون هذا التنازع إلا في الدول التي تسمح بتعدد المواطن للشخص أما الدول التي لا تسمح بتعدد المواطن للشخص لا يكون هناك تنازع أصلا، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري حيث يقر المشرع في نص المادة 2/36 على أنه:"... ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت ". [2]

يتم حل هذا التنازع الإيجابي للمواطن بالتفرقة بين فرضين:

أ/ أن تكون دولة القاضي احدى دول مواطن الأجنبي: ففي هذا الفرض على القاضي أن يطبق قانونه الوطني، باعتبار الأجنبي متوطنا بدولته هو دون الاعتداد بما تقضي به قوانين الدول الأخرى، والتي تعتبر نفس الشخص متوطنا فيها وفقا لقوانينها. [3]

ب/ ألا تكون دولة القاضي إحدى مواطن الأجنبي: وفي هذا الفرض تعتبر دولة القاضي من الدول الغير وعليها أن ترفع أحد المواطن التي يتمتع بها الشخص حتى يتحدد مركزه القانوني على أساسه، والحل الأمثل لهذا الفرض هو الاعتداد بتوطن الشخص في الدولة التي يقيم بها إقامة فعلية ويرتبط بها أكثر من سواها، ويدخل ذلك في الأمور الواقعية التي تخضع لسلطات قاضي الموضوع باعتبارها مسألة تقديرية لا معقب عليه فيها لمحكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا وله مأخذ من الأوراق.[4]

---

[1] البرقاوي بشار محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 65.
[2] المادة 36 من القانون 05–10 السالف الذكر.
[3] البرقاوي بشار محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 66.
[4] عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص 99.

الفرع الثاني: خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

جعلت غالبية القوانين الوطنية من الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت كضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمنا، لكن الاختلاف يكمن في منح الأفضلية لقانون الجنسية عن باقي الضوابط، فمنحها القانون الإيطالي الموقع الأول وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد، ونفس الأفضلية منحها له القانون المدني الإسباني قبل قانون الموطن المشترك.[1]

ومن خلال أحكام المادة 18 من القانون المدني نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة للمتعاقدين ضابط إسناد احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة عدم اتحاد الأطراف من حيث الموطن.

وقد اعتمدت أغلب قوانين الدول العربية ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين كضابط احتياطي يتم اللجوء اليه عند غياب قانون الإرادة، لكنهم قد اختلفوا في ترتيبه ومدى الأولوية عن باقي الضوابط.[2]

أولا: تعريف الجنسية:

أثار مفهوم الجنسية جدلا فقهيا واسعا، حيث تعددت تعريفات هذا المصطلح فيعرفها الفقيه الفرنسي (نبوييه) على أنها " الرابطة السياسية التي يصير الفرد جزء من العناصر التكوينية الدائمة لدولة ما" في حين يرى جانب من الفقهاء على أنها" علاقة قانونية بين الفرد والدولة ويعتبر الفرد بمقتضاها عضوا في شعب الدولة"[3]

---

[1] العشاشي سيدعلي، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماستر- تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2018-2019، ص 53.

[2] البرقاوي بشار محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 67.

[3] محمد ضو فضيل، الجنسية الاصلية في القانون الدولي الخاص، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون بأسيوط المجلة العلمية، العدد 34 الإصدار الثاني يوليو 2022، الجزء الأول، ص 942.

في حين ذهب بعض الفقه للقول إن الجنسية" رابطة قانونية سياسية وروحية تربط الشخص بالدولة وتحدد الحقوق والالتزامات المترتبة عليهما".[1]

ومهما تعددت التعريفات السابقة، فإنها لن تؤثر على المعنى العام للجنسية التي تبقى صفة أو حالة في الفرد، تحدد مركزه القانوني على الصعيدين الداخلي والخارجي، كما أن الجنسية نظام قانوني تستقل الدولة وحدها بوضع ضوابطه وحدوده بموجب سلطتها المعترف بها دوليا.[2]

ثانيا: أثار إعمال ضابط الجنسية المشتركة

نتطرق في هذا العنصر إلى كل من مزايا الأخذ بقانون الجنسية ثم القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات.

1/ مزايا الأخذ بقانون الجنسية المشتركة:

الأخذ بضابط الجنسية المشتركة يساعد القاضي على حل النزاع على خلاف ما لقانون الموطن من صعوبات سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للغير الذي يتعامل مع الشخص نظرا لصعوبة التمسك بالعنصر المعنوي، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون الجنسية المشتركة على الالتزامات التعاقدية يؤدي إلى التقليل من حالات الغش نحو القانون. [3]

بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيقه يساعد في الكشف الجزئي أو الكلي عن تركيز إرادة الأطراف المتعاقدة، ويحاول ضابط الجنسية المشتركة إزالة عقبات القاضي خاصة وأن القاضي يجب عليه الفصل بالنزاع المطروح عليه، لأنه في حالة عدم فصله بالنزاع يتم اتهامه بجريمة

[1] أمحمدي بوزينة أمينة، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسين بوعلي، الشلف، 2019-2020، ص 9.

[2] موشعال فاطيمة، وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019، ص 44.

[3] فتيون ايمان وابودغاسن جبار، الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019-2020، ص 86.

إنكار العدالة، كما يوفر ضابط الجنسية استقرار المعاملات التعاقدية الدولية خاصة لما للجنسية من صلة بالمتعاقدين.[1]

2/ القانون الواجب التطبيق في حال تعدد الجنسيات

يقصد بتعدد الجنسية أو ما يسمى بتنازع الجنسيات الإيجابي، أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة، وقد يكون لديه اثنتان أو ثلاث أو أكثر تثبت له في وقت واحد، بحيث يعتبر هذا الشخص قانونا متمتعا بجنسية هذه الدول، بغض النظر عن إرادة الأفراد في أن كان له دور في كسب هذه الجنسية أو تلك.[2]

ويعتبر التعدد في الجنسية كنتيجة حتمية لحرية كل دولة في تنظيم حساباتها على النحو الذي يتماشى مع مصالحها، دون الاعتداد بمقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية، ولعل من بين أهم أسباب تعدد الجنسيات، اختلاف الأسس التي تعتمد عليها الدول في منح جنسيتها الأصلية، بالإضافة إلى حرية الفرد في تغيير جنسيته والحصول على جنسية دولة أخرى دون أن يتنازل عن جنسيته السابقة.[3]

يلاحظ أن يشترط لوجود مثل هذا التنازع الإيجابي أن تكون كل من الجنسيتين قد اكتسبت اكتسابا صحيحا وقانونيا دون غش وإلا فلن تكون للشخص أمام القاضي إلا جنسية واحدة، أما إذا كانت الجنسية الأخرى لم تكتسب قانونا في نظر القاضي أو كانت قد اكتسبت غش للتهرب من قانون القاضي، فاذا كانت الجنسيتان قد اكتسبتا قانونا ودون غش فيفرق حينها بين فرضين.[4]

---

[1] البرقاوي بشار محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 78.

[2] يوبي سعاد، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد السادس، جوان 2016، ص 351.

[3] شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان،2010-2011، ص 37، 38.

[4] عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص 111.

إذا حدث تنازع بين جنسيات ثابتة، من بينها جنسية القاضي المطروح عليه النزاع، فهنا يكاد ينعقد الإجماع فقها وقضاء، في غالبية الدول إلى تطبيق هذه الجنسية، وصرف النظر عما سواها، ولو كان الشخص يرتبط بالجنسية الأجنبية التي أستبعد تطبيقها، ويجد هذا الحكم أساسه في أن القاضي ملزم بتطبيق تشريع بلده.[1]

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل في المادة 2/22 حيث أعطى الأفضلية للقانون الجزائري في حالة وجود الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يملكها الشخص والمنصوص فيه:" غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

إذا لم تكن جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة ،فقد استقر العمل في القانون المعاصر ، على أن فض التنازع متى لم تكن جنسية دولة القاضي من الجنسيات المتنازعة هو مسألة واقع و ليس قانون، و القاضي لا يملك لحل التنازع إلا البحث في ضوء الوقائع عن الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها ، و هي ما يعرف بالجنسية الفعلية أو المهيمنة، و التي تعتبر الجنسية الأكثر اتفاقا مع الواقع، لأن الشخص يعيش في كنفها و يرتبط بها أكثر من غيرها من الجنسيات، بحيث يستدل عليها بمجموعة من القرائن، منها أن تكون المكان الذي اتخذه الشخص موطنا له، و عاش في إقليميه، و تمتع بحقوق المواطنين فيه، كمباشرته حق الانتخاب و الترشح للنيابة، أو أدائه الخدمة العسكرية به، أو التحاقه بالوظائف العامة فيه، و غيرها من العوامل التي يهتدي بها القاضي للتثبت من اندماج الشخص بمجتمع ما.[2]

والظاهر أن التزام الواقعية في تقدير حلول تنازع القوانين في الجنسية تشكل أحد الاهتمامات الأساسية للقانون الدولي انسياقا مع التيارات الفكرية المعاصرة، فقد أصبح القضاء

[1] موشعال فاطيمة، مرجع سابق، ص 361.
[2] نفس المرجع ، ص 364.

يميل إلى تفضيل الجنسية الفعالة الواقعية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص ولو كانت غير الجنسية الوطنية.[1]

المطلب الثاني: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد

تعتمد الكثير من تشريعات القانون الدولي الخاص على محل الإبرام في تعيين قانون العقد عند غياب الاختيار الصريح للأطراف وتعذر القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية لهم، وذلك إذا لم يكن لهم جنسية مشتركة أو محل إقامة أو موطن مشترك.

الفرع الأول: قانون محل إبرام العقد

يعد قانون مكان إبرام العقد قرينة كانت تأخذ به المدرسة الإيطالية القديمة، حيث كانت تطبقه ولا تأخذ بقانون آخر بحيث هذا القانون يطبق في كل الأحوال، لأنه يعبر عن مكان ميلاد العقد.

أولا: إسناد الرابطة العقدية إلى محل ابرام العقد

نجد أن التشريعات الوطنية لأغلب الدول قد ولت أهمية لضابط محل إبرام العقد، لكن مع اختلافها في مدى إعطائه الأولوية و الأفضلية عن باقي الضوابط الاحتياطية، و مع ذلك نجد المشرع الجزائري قد اعتمد هذا المعيار في حالة انتفاء الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة، و هو ما قضت به أحكام الفقرة الثالثة من المادة 18 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على " و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد"، و يتم إعمال هذا الضابط من طرف القاضي في حالة انتفاء الضوابط السابقة له و هي ضابطي الموطن المشترك، و الجنسية المشتركة.[2]

[1] عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص 113.
[2] زيغم محاسن ابتسام، بلقاسم تروزين، مرجع سابق، ص 353.

وعليه يمكن القول بأن إعمال ضابط قانون محل إبرام العقد يعد إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد، كما يضمن للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل، ويكفل هذا الضابط للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، فيضمن قانون محل إبرام العقد وحده الحلول القانونية.[1]

ثانيا: محل تنفيذ العقد

إن المشرع الجزائري لم يذكر هذا الضابط بالرغم من أهميته فأول من جاء بفكرة خضوع العقد الدولي لقانون بلد التنفيذ هو الفقيه الألماني سافيني، استنادا الى فكرة أساسها أن العلاقة التعاقدية ترتب أثارها في الدولة محل تنفيذ العقد.[2]

لما استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، و أصبح من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة اتجهت بعض أحكام القضاء إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد اتجهت إلى ذلك، بل إن هناك من الأحكام من اتجهت إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ على الرابطة العقدية بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين في ذلك، و هو ما يفيد الإيمان بالإسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، و بهذه المثابة ينطبق قانون دولة التنفيذ وفقا لهذا القضاء باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على الأقل عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون آخر، لذا فقد انتهى بدوره القضاء إلى نتائج منطقية من خلال إعماله نظرية الأستاذ (باتيفول) في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقد و أحداثه الخارجية، و هي نظرية تنتهي إلى إسناد العقد للقانون السائد في مركز الثقل في هذه الرابطة، و هو مركز يرتبط عادة ارتباطا وثيقا بالدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد.[3]

---

[1] بلاق محمد، مرجع سابق، ص 54.
[2] البرقاوي بشار محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص 85.
[3] دير مسعودة، مرجع سابق، ص 58، 59.

يظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، وهو قانون الدولة التي يتم حصول كل طرف على حقوقه، ويعتبر القانون الأوثق صلة بالعقد والمكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، ففي هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم.[1]

الفرع الثاني: العقود المستثناة من قانون محل الإبرام

أولا: إخضاع العقود الواردة على العقار لقانون موقعه

لقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 18 من القانون المدني الجزائري:" غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه"

يتضح من نص الفقرة أن المشرع الجزائري قد استثنى العقود المتعلقة بالعقار من الخضوع للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من نفس المادة، التي تقضي بخضوع الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

1/ المقصود بالعقود الواردة على العقارات

يعرف العقار بأنه: كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، فالعقار مثل الأرض وما يتصل بها من بنايات وجسور وسدود وغراس لذلك عندما يكون المال عقارا لا يمكن حصول خلاف بخصوص تحديد موقعه لأنه ثابت.[2]

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف العقار في المادة 683 من القانون المدني على أن:" كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول ...."

[1] بربورة شوقي سفيان، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019-2020، ص 45.

[2] بوخرشة زوليخة، القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة 2017، ص 37.

2/ القانون الواجب التطبيق على العقار

لا تختلف التشريعات حول تطبيق قانون موقع المال على العقار والمنقول فهذه قاعدة تقليدية يرجع عهدها إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي وضعت القاعدة، فقانون موقع المال هو الذي يطبق على الأحوال العينية، وتشمل هذه الأحوال كل الحقوق الواقعة على عقار أو منقول، كما تشمل حق الملكية وأسباب كسبه من حيازة وشفعة وغيرها وتطبيق قانون الموقع فيما يتعلق بالعقار لا يثير أي صعوبة لأن العقار ثابت في مكانه لا ينتقل.[1]

ولقد برر بعض الفقهاء تطبيق قانون الموقع على العقار بأنه يعتبر جزء من إقليم الدولة التي تمارس عليه سيادتها، وإقليم الدولة هو أهم ركن من أركان قيامها، فيجب أن يطبق عليه قانون الدولة نفسها.[2]

يخضع العقار إلى قانون موقعه وذلك حسب نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري سواء كان العقار كله في إقليم بلد واحد، أو وقع جزء منه في إقليم بلد والجزء الآخر في إقليم البلد المجاور، بحيث يطبق على كل جزء قانون البلد الذي يوجد فيه، مما يسهل تطبيق قاعدة قانون موقع العقار. [3]

وفي حالة وجود حق ارتفاق بين حدود دولتين، فإن قانون دولة العقار الخادم هو الذي يعمل به وليس قانون دولة العقار المخدوم، ذلك أن العقار الخادم هو المثقل بالارتفاق، غير أن هذه المسائل تبقى تخضع إلى المفاوضات التي تبرمها الدول فيما بينها ويتم حلها عن طريق المعاهدات الدولية.[4]

لا توجد صعوبة في تحديد القانون الذي يطبق على العقارات لأنها ثابتة في مكانها، إذ يسهل التعرف عليها وعلى القانون الذي يحكمها، عملا في القاعدة السالفة الذكر التي تقضي

---

[1] بوخرشة زوليخة، مرجع سابق، ص 61.
[2] بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 186.
[3] بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2016-2017، ص 45.
[4] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 71.

بضرورة خضوع المال إلى قانون موقعه، والتي أصبحت مستقرة فقها وقضاء ومنصوص عليها في معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري.[1]

[1] بوخرشة زوليخة، مرجع سابق، ص 66.

خلاصة الفصل الأول:

توصلنا في هذا الفصل من خلال دراستنا للقانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية أن العقد في موضوعه يخضع لقانون الإرادة كضابط أصلي وهو الذي تختاره الأطراف المتعاقدة اختيارا صريحا أو ضمنيا وهو مرهون بمدى صلته وارتباطه بالمتعاقدين أو بالعقد نفسه.

وفي ظل غياب الإرادة يمكن تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين كضابطين احتياطيين.

كما يمكن تطبيق محل إبرام العقد باستثناء العقود المتعلقة بالعقارات والتي تخضع لقانون موقعها.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية

لم تميز مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة بين شكل العقد وموضوعه فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ أخضعتهما معا لقانون واحد هو قانون محل إبرام العقد، وظل هذا الاتجاه قائما إلا أن جاء الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن السادس عشر ففرق بينهما من خلال إخضاع موضوع العقد لإرادة المتعاقدين، بينما أبقي شكل العقد خاضعا لقانون محل الإبرام وهكذا أصبحت قاعدة لوكوس مقتصرة على الشكل دون الموضوع، وهو الاتجاه الذي تبنته معظم التشريعات الحديثة من بينها التشريع الجزائري.

وقد تناولنا في الفصل الأول القواعد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، وسنتناول في هذا الفصل القواعد الخاصة بشكل التصرفات القانونية حيث نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 19 على القاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية والتي نصت على ما يلي:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"

وعليه سنخصص المبحث الأول لدراسة القاعدة العامة المتمثلة في خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام، في حين سنتناول في المبحث الثاني الضوابط الأخرى التي يخضع لها شكل التصرف.

المبحث الأول: خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون المحل وفقا لقاعدة locus

يشكل خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام قاعدة أساسية في مجال تنازع القوانين، وقد استقر العمل بها في معظم النظم القانونية كوسيلة لتحقيق الأمن القانوني وضمان صحة التصرفات من حيث الشكل، خاصة في ظل تنوع القوانين الوطنية وتباين متطلباتها الشكلية.

وقد كرس المشرع الجزائري هذه القاعدة من خلال المادة 19 من القانون المدني، التي جعلت من قانون المكان الذي يبرم فيه التصرف المرجع الأساسي لتحديد صحته الشكلية.

وانطلاقا من أهمية هذه القاعدة، سنخصص هذا المبحث لدراستها من خلال بيان المقصود بشكل التصرفات القانونية (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى تطبيقات قانون محل الإبرام في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بشكل التصرفات القانونية

يعد شكل التصرفات القانونية أحد العناصر الجوهرية في العقود، لما له من دور في ضمان استقرار المعاملات وإثباتها، وقد استقر اتجاه غالبية الأنظمة القانونية ومنها النظام الجزائري على اخضاع شكل العقد لقانون بلد الإبرام، وذلك بموجب القاعدة المعروفة بـlocus التي تم تكريسها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

ولفهم المقصود بشكل التصرفات القانونية بشكل دقيق، يتعين أولا الرجوع إلى الجذور التاريخية لهذه القاعدة وتتبع مراحل تطورها (الفرع الأول)، قبل الوقوف على الأسس والاعتبارات التي تستند إليها هذه القاعدة وتحديد طبيعتها القانونية ومضمونها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف ونشأة قاعدة locus regit actum

تعد قاعدة locus من أقدم القواعد التي اعتمدت عليها الأنظمة القانونية في تنظيم الشكل الخارجي للتصرفات القانونية، وقد ظهرت بوادرها الأولى في إطار مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، ثم تطورت لاحقا ضمن فكر القانوني الفرنسي.

وللإحاطة بهذه القاعدة من حيث المفهوم والنشأة، سيتم تخصيص العنصر الأول لتعريف قاعدة لوكوس، في حين يخصص العنصر الثاني لتتبع نشأتها وتطورها التاريخي.

أولا: تعريف قاعدة locus

تعتبر قاعدة locus قاعدة عرفية والمتمثلة في اخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام، والمكان الذي يبرم فيه العقد يعبر عن مكان نشأته مما يسهل للمتعاقدين الرجوع اليه للتأكد من صحة التعاقد، كما انه من الناحية العلمية يسهل تحديد مكان ابرام العقد.[1]

كما أن لقاعدة locus مفهومان مفهوم ضيق و مفاده أن شكل الأعمال القانونية تخضع لقانون محل إبرامها (المكان يحكم التصرف locus regit actum)، حيث اعتبرت محكمة التميز اللبنانية أن هذه القاعدة مبدأً عموميا مسلما به ، فهي توجب على كل عقد بتظلم شكلي بموجب القانون المحلي، و يعتبر عقدا صحيحا، أما عن المفهوم الواسع و هو ان شكل الأعمال القانونية في مسألة القانون الساري على شكلهما، فتعود الحرية الكاملة للأطراف، فالمكان وحده لا يحكم التصرف، كما يعد أساس قاعدة المحل يحكم الشكل، أو بصيغة أخرى خضوع شكل العقود أو التصرفات لقانون محل ابرامها، يكمن في اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاقدين في الحياة الدولية، و يترجم ذلك ان محل إبرام التصرف (lex lociactus) يكون في متناول أطراف الرابطة العقدية و يسهل عليهم معرفة أحكامه المتعلقة في شكل ما يجرونه من تصرفات، إضافة إلى ذلك أن استيفاء ذلك الشكل، قد يتطلب تدخل سلطة عامة او موظف

[1] فتيون ايمان وابودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 62.

رسمي كالموثق أو كاتب عدل، أو الهيئة القائمة في بلد إبرام التصرف و التي لا تعمل وفقا لقانونها.[1]

بالرغم من محاولة بعض الفقهاء تقديم عدد من الأسس النظرية للدفاع على قاعدة قانون المحل إلا أن الأساس الحقيقي الراجع في الفقه، هو الاعتبارات العملية التي تتمثل في التيسير ورفع العناء عن المتعاقدين في مجالات المعاملات الدولية، إذ ينجلي ذلك في سهولة معرفة المتعاقدين بأحكام ذلك القانون، لوجودهم بمحله عند إبرام العقد، كما تتوافر لديهم الأدوات اللازمة لإتمام الشكل، إذا ما استلزم هذا القانون اشكالا معينة كالتوثيق والشهر، أو تصديق من طرف سلطة ما.[2]

تبنى المشرع الجزائري القاعدة الكلاسيكية الشهيرة التي أخذت بها معظم دول العالم وهي قاعدة خضوع العقد من حيث شكله لقانون محل الابرام، إلا أنه لم يقدم تعريف لها، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على ما يلي:" تخضع التصرفات القانونية في جنبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

من خلال نص المادة يتبين أنه إذا تعلق النزاع بتصرف قانوني وكان النزاع المثار يتعلق بالجانب الشكلي وليس الموضوعي فإن ضابط الاسناد الذي اعتمده المشرع في حل مشكلة تنازع شكل التصرف القانوني هو ضابط محل إبرام العقد كما أنه يجوز الاعتماد على ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو للقانون الذي يسري على أحكامه.

[1] فتيون ايمان وابودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 63.
[2] حسين بلهوان، القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 31، عدد 3، ديسمبر 2020، ص167.

ثانيا: نشأة قاعدة locus

من المتفق عليه تاريخيا أن الفقهاء الغربيين متفقون على أن مشكلة تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، كان ظهورها في أواخر القرن الثاني عشر في إيطاليا بسبب ازدهار التجارة بين مدنها خاصة الشمالية منها، وأن مبدأ خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه ظهر لدى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، الذين كانوا لا يفرقون بين الشكل والموضوع على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى اختيار هذا القانون أو ذاك، فأخضعوا كلاهما لقانون واحد هو قانون بلد الإبرام ، و قد تفطن الفقيه bartol إلى الفصل بين شكل التصرف و موضوعه، و كان ذلك بمناسبة تعليقه على قضية تتلخص في أن شخص من بلدة مدين أجرى وصية في مدينة فينيس وفقا لقانون هذه الأخيرة والذي كان يتطلب لصحة الوصية حضور ثلاثة شهود، و قد ثار نزاع بشأن صحة هذه الوصية، و هذا لكون القانون الروماني الذي يخضع له الأجانب في فيتيس كان يشترط لصحة الوصية حضور سبعة شهود، و مع ذلك حكم قضاء مدينة فينيس بصحة الوصية، وقد حضي هذا الحل بتأييد ما ذهب إليه الفقيه بارتول، و امتد هذا الحل ليشمل جميع التصرفات.[1]

بوادر الفصل بين موضوع العقد و شكله يرجع الفصل فيها إلى الفقيه"ديمولان" وذلك بسبب استشارته التي كانت سنة 2525 م أي في القرن السادس عشر، في قضية القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين فاعتبر النظام المالي عقدا وجب خضوعه للقانون الذي اختاره الزوجان، و منه فلا معنى لأن يفترض أن المتعاقدين باختيارهما لمكان إبرام العقد قد اختار تطبيق قانون مكان الابرام، إذ يمكن أن تكون إرادتهما قد اتجهت لاختيار قانون آخر، و من هذا التاريخ ظهرت قاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين دون الشكل، و من هنا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص لأول مرة. [2]

[1] قرايع خالد ومكي خالدية، قاعدة الشكل في مجال الالتزامات التعاقدية والصرفية في إطار القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 7، العدد1، 2021، ص 494.
[2] فتيون ايمان وابودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 61.

و عندما ظهرت فكرة تقسيم الأحوال إلى عينية و شخصية على يد الفقيه "دارمنريه" و كان من الطبيعي أن تصنف قاعدة المحل يحكم شكل التصرف، اختلف الفقه بشأن الطائفة التي يدخل تحتها شكل التصرف، فذهب البعض إلى إدخاله في طائفة الأحوال الشخصية، لكي يمتد للقانون المحلي ويسري شكل العقد باعتباره واقعة حدثت داخل الإقليم، وبظهور فكرة تقسيم الأحوال إلى عينية ومختلطة على يد فقهاء المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر، و جدو انه من الأنسب إدخال قواعد الشكل في طائفة الأحوال المختلطة، إلا أنهم ألحقوها في النهاية بالأحوال العينية من منطلق كونها إقليمية التطبيق، و قد ظل القضاء يطبق قاعدة المحل يحكم شكل التصرف كقاعدة عرفية مستقرة طوال القرن الثامن عشر و حتى ظهور حركة التقنين في أوائل القرن التاسع عشر، لتحتل مكانها بين نصوص التقنيات، و يتبلور مضمونها في أن كل عقد أو تصرف يتم في بلد و لو بين الأجانب، يمكن أن يفرغ في الشكل المقرر في قانون ذلك البلد و كل عقد أو تصرف يتم على هذا النحو يعتبر صحيحا شكلا، و يجب الاعتراف به في باقي البلدان حتى في البلد الذي يتوطن فيه الأطراف أو يتمتعون بجنسيته.[1]

الفرع الثاني: طبيعة قاعدة locus

أثارت قاعدة locus جدل واسع بين فقه قانون الدولي الخاص والقضاء وكان هذا الجدال والخلاف حول طبيعة قاعدةlocus هل هي ملزمة وآمرة أم هي اختيارية جوازية.

أولا: الطابع الآمر لقاعدة locus

يرى الفقه التقليدي أن قاعدة locus قاعدة آمرة وأسس ذلك على أن الأجنبي ليس له حق الاختيار بين الأشكال المقررة في قانونه الوطني وتلك التي يتطلبها قانون المحل الذي يقيم فيه لأن الأشكال حسبهم لا تتعلق بالشخص ولا بالأموال وذلك لأن الشكل هو الذي يعطي

[1] بلهوان حسين، تنازع القوانين في منازعات التحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1. 2020–2021، ص 116.

الوجود والطبيعة للتصرف، بينما أسس الفقه الحديث الطابع الآمر لقاعدة الشكل على أساس أن الشكل يتعلق بالنظام العام، لأنه يتصل بالاعتبارات الدينية والمعنوية والمصالح السياسية والاجتماعية لبلد الإبرام. [1]

ثانيا: الطابع الاختياري لقاعدة locus

يظهر الطابع الاختياري لقاعدة locus بشكل كبير لدى الفقه الفرنسي والذي اتجه في بداية الأمر إلى اعتبار قاعدة locus قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها، غير أن القضاء الفرنسي تراجع عن هذا الاتجاه حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم في 1963/05/28 قالت فيه بجواز خضوع شكل التصرف الى القانون الذي يحكم موضوعه، أي أن قاعدة locus اختيارية بحيث يجوز للمتعاقدين اختيار قانون آخر يخضع له شكل عقدهما، مما يضمن التيسير على المتعاقدين.[2]

أخذت التشريعات الوطنية بالطابع الاختياري لقاعدة Locus regit actum من خلاله يمكن إخضاع شكل التصرف لأحد القوانين التي جاءت بها هذه القاعدة ليكون التصرف صحيحا وفقا لهذا القانون. وهذا الاتجاه أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 19 من القانون المدني حيث وسع من خلالها نطاق القوانين التي يمكن اختيارها من قبل الأطراف مقارنة مع نفس المادة قبل تعديلها حيث كان الاختيار ينحصر بين قانون الموقع وقانون الموطن المشترك، ليضاف إليها قانون الجنسية المشتركة وكذا القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية لتكون في المجموع ثلاثة قوانين تضاف إلى أصل القاعدة وهي اخضاع شكل التصرفات لقانون مكان ابرام التصرف.[3]

[1] قرايع خالد ومكي الخالدية، مرجع سابق، ص 495.
[2] بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 65.
[3] عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 136.

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة locus

معلوم أن مجال اعمال القاعدة بدا ضيقا لكونه كان يقتصر على الوصية، لكنه وبعد أن ثبت صحة وسلامة الاعتبارات التي تقوم عليها هذه القاعدة، امتد مجالها كما رأينا الى كل التصرفات التي يقوم بها الفرد سواء تلك المتعلقة بأحواله الشخصية أو تلك المتعلقة بالأموال.

وسنتناول في هذا المطلب مجالات تطبيق قاعدة الشكل والحالات التي تخرج من نطاقه

الفرع الأول: الحالات التي يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني

إن تطبيق قاعدة locus على شكل العقود والالتزامات التعاقدية يطرح مسألتين نحاول التفصيل فيهما من خلال التطرق إلى الحالة الأولى وهي حالة ما إذا كان الشكل ضروري لإبرام التصرف، ثم الحالة الثانية وهي حالة ما إذا كان الشكل يعتد به وضروري لإثبات التصرف.

أولا: حالة ما إذا كان الشكل لازم لإبرام التصرف

قد يشترط المشرع شكلا معينا لانعقاد التصرف كالكتابة مثلا، وقد انقسم الفقهاء إلى فريقين:

يرى الفريق الأول بأن الشكل المطلوب لانعقاد التصرف يعتبر من الأمور المتعلقة بالموضوع، لأن غرض المشرع من فرضه هو لحماية رضا المتعاقدين وهو ما يتعلق بجوهر العقد مما يتعين استبعاد إدخاله في مفهوم الشكل.

وقد تبنى هذا الرأي المشرع المصري وذلك في المذكرة الايضاحية للقانون المدني، التي أقرت ان اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول الا عناصر الشكل الخارجية

أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركنا لانعقاد التصرف، كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع اليه الفصل في التصرف من حيث الموضوع.[1]

أما الفريق الثاني يرى أن الشكل المطلوب لانعقاد العقد يدخل في مفهوم الشكل وبالتالي فإن قانون محل التصرف هو الذي يرجع إليه في بيان لزوم الشكل من عدمه والقول خلاف ذلك يتنافى مع فكرة التيسير التي تقوم عليها قاعدة خضوع التصرف لقانون محل ابرامه.[2]

ويطبق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني على عدة حالات نجيزها فيما يأتي:

حالة الأشخاص: بحيث أن كل الحوادث التي تقع للشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته والتي تثبت في محررات رسمية، فإنها من حيث شكلها تخضع لقانون المكان الذي حررت فيه الوثائق المثبتة للحوادث وقد جاء ذلك بشكل صريح في نص المادة 95 من قانون الحالة المدنية الجزائرية والمنصوص فيها " أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد.[3]

شكل عقد الزواج: يقصد بذلك أن عقد الزواج يحرر طبقا لقواعد قانون البلد الذي تم فيه تسجيل عقد الزواج وذلك طبقا للمادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائرية والتي تنص على ما يلي:" ان الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين او بين جزائرية واجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ان لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج"[4]

شكل الأعمال التجارية: سيما ما يتعلق منها بالسفتجة حيث يجب أن تحرر وفقا للأوضاع المنصوص عليها في القانون البلد الذي تم انشاؤها.

---

[1] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 325.
[2] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 326.
[3] الامر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل بالقانون رقم 14–08 المؤرخ في 09 اوت 2014، جريدة رسمية العدد 49 الصادر في 20 اوت 2014.
[4] المادة 97 من الأمر 70–20، المتضمن قانون الحالة المدنية.

مع التنبيه أن الوضع الشكلي المقصود قد يكون الكتابة الرسمية مثلما هو الحال في الرهن الرسمي، كما قد يقصد به الكتابة العرفية.[1]

ثانيا: حالة ما إذا كان الشكل ضروريا لإثبات التصرف:

بالنسبة للشكل اللازم لإثبات العقد فلم يختلف بشأنه فمن المقرر خضوعه للقانون الذي يحكم شكل العقد، إذ قانون الشكل هو المرجع في معرفة لزوم أو عدم لزوم شكل معين لإثبات العقد، فاذا كان القانون الذي يحكم موضوع العقد يستلزم الكتابة للإثبات بينما لا يستلزمها قانون محل الابرام باعتباره قانون الشكل، فلا تلزم الكتابة لإثبات العقد.

ومن زاوية أخرى فاذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف لا يستلزم الكتابة للإثبات بينما يستلزمها قانون محل الابرام باعتباره قانون الشكل فتلزم الكتابة للإثبات.

وقد أقرت بهذا المبدأ بعض الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية روما لعام 1980 المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة، حيث نصت في مدتها رقم14 على خضوع طرق اثبات التصرف الى القانون الذي يحكم الشكل.[2]

الفرع الثاني: الحالات التي لا تطبق فيها قاعدة لوكس على شكل العقد

على الرغم من أن القاعدة تقضي بخضوع الشكل إلى قانون البلد الذي ابرم فيه الا ان اغلبية الفقهاء قد أكدوا على عدم دخول بعض الاشكال في مجال قاعدة locus وهذه الاشكال هي:

أولا: الأشكال الخاصة بشهر التصرف:

تشمل هذه الأشكال جميع المسائل لشهر التصرفات، سواء كان الشهر مطلوبا لنشأة الحق كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو كان الشهر مطلوبا لنفاذ الحق في

[1] بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 67.
[2] حسين بلهوان، القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 168.

مواجهة الغير، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية، إذ تخضع أحكام الشهر على هذا النحو لقانون موقع المال.[1]

ثانيا: الأشكال المكملة للأهلية:

فالأشكال المكملة للأهلية كترشيد ناقص الأهلية والاذن له بمزاولة التجارة، والترخيص للوصي بالتصرف في أموال القاصر تصرف ناقلا للملكية كبيع عقارات القاصر مثلا، فهذه الأشكال يطبق عليها القانون الشخصي للشخص الذي تجب حمايته أي القاصر وهو ما نصت عليه المادة 15 من القانون المدني الجزائري.

أما طرق بيع أموال القاصر فيحددها قانون مكان وجود المال، في حين الإجراءات المتبعة في الحصول على الاذن ورقابة المحكمة لإجراءات البيع فإنها تخضع لقانون القاضي.[2]

ثالثا: أشكال المرافعات:

أن الأشكال التي تضمنتها قواعد المرافعات من إجراءات التقاضي وسير الدعوى في المحاكم القضائية المختصة قد نظمها المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر من القانون المدني بضابط اسناد وهو خضوعها لقانون جنسية القاضي أي قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى او تباشر فيها الإجراءات. [3]

[1] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 81.
[2] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 81.
[3] نفس المرجع.

المبحث الثاني: الضوابط الأخرى إلى جانب محل الابرام

يستخلص من نص المادة 19 أن المشرع الجزائري وضع وكرس ضوابط أخرى إلى جانب ضابط محل الإبرام المتمثلة في ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة، سوف نتناوله في المطلب الأول، كما أجازت ذات المادة بتطبيق القانون الذي يطبق على موضوع العقد الذي سوف ندرسه في المطلب الثاني

المطلب الأول: ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة

إذا كان المتعاقدان لهما نفس الموطن أو الجنسية يمكنهما أن يخضعا العقد لقانونهما المشترك ويكمن تبرير ذلك في أن المتعاقدين يعرفان هذا القانون أكثر من غيره في بعض الأحيان.

الفرع الأول: قانون الموطن المشترك

يلعب الموطن دورا هاما في تحديد الاختصاص القضائي والقانوني بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي على صعيد القانون الدولي الخاص.[1]

ولما كانت للموطن في المعاملات الدولية أهمية بالغة فقد جعل منه المشرع ضابط إسناد احتياطي، باستقراء الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد جعل من الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه بشأن موضوع العقد في حالة غياب قانون الإرادة، بينما جعل منه ضابط اختياري بشأن شكل العقد وفقا لنص المادة 19 من القانون المدني لأنه استخدم عبارة " ويجوز أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين ..."

[1] الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص 95.

يتبين من النص السابق أنه في حالة عدم وجود إمكانية تطبيق قاعدة locus يتولى القاضي الجزائري تطبيق الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها نص المادة السالفة الذكر والتي تنص على تطبيق ضابط قانون الموطن المشترك، فاذا كان للأطراف موطن مشترك فيكون قانون هذا الموطن هو الواجب التطبيق.

الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة

جعل المشرع قانون الجنسية المشتركة من الضوابط الاحتياطية التي سيصار إلى تطبيقاتها على شكلية العقود الدولية، كون أن المتعاقدين يكونوا أكثر دراية وعلما بقوانين البلدان التي ينتمون إليها بجنسياتهم، وعليه جعله المشرع أحد الضوابط التي يجوز أن يتم إجراء الشكلية وفقا لها.[1]

وقد نادي الفقيه مانشيني بتطبيق قانون الجنسية، لحكم الأحوال الشخصية بدلا من الموطن، على أساس مبدأ شخصية القوانين الذي اعتمده، وهذا بأن تتبع القوانين الأشخاص المخاطبين بأحكامها، في أي مكان حلوا أو ارتحلوا، هذا الفقه التي تأثرت به الكثير من التشريعات المعاصرة بإخضاع مسائل تنازع القوانين في الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، كفرنسا. إيطاليا، ألمانيا، إسبانيا، وجميع القوانين العربية بما فيها التشريع الجزائري.[2]

المطلب الثاني: تطبيق القانون الذي يحكم العقد

تنص الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون المدني الجزائري على إمكانية إخضاع شكل التصرفات للقانون الذي يحكم مضمونها، وهو ما أشار اليه أيضا نص المادة 18، وبناء على ذلك، نتناول العلاقة بين الضوابط المتعلقة بالشكل والموضوع، ثم نعرض كيفية تطبيق هذه الضوابط حسب طبيعة كل منهما.

[1] أمجد عبد الفتاح احمد حسان، هشام ناصرالدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على شكلية العقود " دراسة مقارنة"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 3، 2021، ص 13.
[2] موشعال فطيمة، مرجع سابق، ص 347.

الفرع الأول: العلاقة بين الضوابط المتعلقة بالشكل والموضوع

أولا: التقارب المعمول به في شكل وموضوع العقد

سعى المشرع الجزائري إلى ضبط القانون الواجب التطبيق على شكل العقود عن طريق إخضاعها لقاعدة قانون محل الإبرام(locus)، إلى جانب ضابط الموطن المشتركة والجنسية المشتركة وكذلك القانون الذي طبق على الموضوع، فقد جاء في المادة 18 من القانون المدني الجزائري" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

الضوابط السارية على شكل العقد هي قاعدة لوكوس أي قاعدة محل إبرام العقد، إلى جانب الموطن المشترك والجنسية المشتركة هي ذاتها المعمول بها في الجانب الموضوعي للعقد، إلا أن الاختلاف أن المشرع جعل قانون الإرادة هو الأصل والضابط الأول في الجانب الموضوعي للعقد، بحيث يسري على العقد القانون المختار بين أطراف الرابطة العقدية للقانون الذي اتجهت إرادتهما إلى اختياره سواء بشكل صريح أو ضمني.[1]

وما يلاحظ من نصوص المواد 18 و19 من القانون المدني أن المشرع اتخذ نفس الضوابط التي تسري على شكل العقد وموضوعه إلا أن هناك اختلاف في كيفية تبني هذه الضوابط.[2]

وعليه يمكن القول بأن المشرع انتهج وكرس نفس الضوابط سواء ما تعلق بشكل العقود أو موضوعها مع بعض الاختلافات من حيث التقديم والتأخير، ومن حيث بعض الاستثناءات.

[1] فتيون ايمان وابودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 91.
[2] اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 326.

ثانيا: الاختلاف في العامل مع الضوابط بحسب الشكل والموضوع

يظهر جليا من نصوص المواد 18 و19 من القانون المدني الجزائري الذي تناول من خلالها المشرع الجانب الشكلي والموضوعي للعقد من خلال وضع جملة من الضوابط فنخلص إلى القول بأن التعامل مع هذه الضوابط يختلف، فتحليل المادة 18 يفرض ضرورة احترام ترتيب وتدرج الضوابط في الموضوع العقد(اولا)، أثناء استقراء المادة 19 فصياغة المشرع توحي إلى أن هذه الضوابط كلها في ذات المرتبة وهي اختيارية(ثانيا)

1/ ضرورة احترام وترتيب وتدرج الضوابط في الموضوع:

تبنى المشرع الجزائري في المادة 18 من التقنين المدني ووفقا لتعديل 2005 قاعدة قانون الإرادة وجعله ضابط أصلي يسري على الالتزامات التعاقدية، وذلك باستعمال عبارة " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين". يبدوا بشكل صريح أنه لا يمكن إعمال أي ضابط آخر أمام وجود قانون الإرادة، باعتبار هذه الأخيرة ضابط الإسناد والتي تعد بمثابة قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، وتسري على العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق.[1]

أما القاعدة القانونية أو الترتيب الثاني هو أنه في حالة غياب قانون الإرادة كأصل يجوز بعد ذلك اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية الأخرى التي تساعد القاضي في حل تنازع القوانين بداية بضابط الموطن المشترك، و الذي لا يمكن تطبيقه إلا في حالة غياب قانون الإرادة التي لها الأولوية في تنازع القوانين، و يجوز كذلك اللجوء إلى ضابط الجنسية المشتركة مع التنبيه على أن المشرع الجزائري جعل كلا من الضابطين الاحتياطيين في نفس المرتبة، أما الضابط الأخير هو خضوع الالتزامات التعاقدية الى محل الابرام و الذي لا يمكن تطبيقه

[1] فتيون ايمان وابودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 92.

الا بعد تعذر تطبيق قانون الإرادة و كذا عدم إمكانية تطبيق قانون الموطن المشترك و قانون الجنسية المشتركة.[1]

2/ وضع جميع الضوابط في نفس المرتبة في شأن شكل العقد:

لقد نص المشرع الجزائري على القاعدة التي تحكم العقد في جانبه الشكلي في المادة 19 من القانون المدني الجزائري حيث جاء نصها كالتالي:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".[2]

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ بالقاعدة التقليدية الشهيرة قاعدة locus regit actum التي تعود جذورها إلى المدرسة الإيطالية القديمة، حيث تقضي هذه القاعدة بخضوع شكل التصرف إلى قانون المحل كما أشرنا سابقا، كما أجاز المشرع أيضا خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك مع جواز إعمال القانون الساري على أحكامها الموضوعية، فيتضح أن المشرع قد جعل هذه الضوابط في نفس المرتبة وذلك باستعماله عبارة يجوز أيضا.

ويظهر جليا أن المشرع الجزائري أعطى إمكانية توحيد القانون الذي يسري على موضوع وشكل الالتزامات التعاقدية.

الفرع الثاني: حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد

يتمتع الأطراف في العقود الدولية بالحرية في اختيار القانون الذي يطبق على عقدهم، غير ان هذه الحرية ليست مطلقة إذ ترد عليها استثناءات تبرر استبعاد القانون المختار التي تمنع كحالة تعارضه مع النظام العام (الفرع الأول) أو ثبوت غش نحو القانون (الفرع الثاني)

[1] نفس المرجع.
[2] المادة 19 من القانون 05ـــ10 السالف الذكر..

ويلاحظ أن هذا الاستبعاد لا يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد فقط، بل يشمل أيضا جانبه الشكلي، وهو ما كرسته المادة 24 من القانون المدني التي تنص على إمكانية استبعاد القانون الأجنبي سواء تعلق الأمر بجوهر الالتزام أو شكله.

أولا: حالة مخالفة النظام العام

يعتبر النظام العام في التشريعات الحديثة من أبرز القيود الواردة على الإرادة التعاقدية سواء كان ذلك في مجال العقود الداخلية أم في مجال العقود الدولية، فمن غير المعقول السماح للأطراف في مجال العقود الداخلية إدراج بعض الشروط في العقد إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين دون مراعاة ما تقتضيه النصوص الآمرة في التشريع الوطني فالحرية التعاقدية ليست مطلقة وإنما تخضع لسلطة القانون، و الأمر لا يكاد يختلف في مجال العقود الدولية فلا يمكن تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع القانون الوطني الذي يحتوي على قواعد آمرة تفرض احترامها بما فيه القاضي الوطني.[1]

ونظرا لمرونة مصطلح النظام العام فإنه يصعب القيام بضبط تعريف جامع ومانع له لكونه فكرة وطنية مرنة تختلف باختلاف الدول وتتغير بتعاقب الزمن ولذلك نجد بأن هناك العديد من التعريفات التي تم إطلاقها على النظام العام من بينها (عبارة عن مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور هذا الكيان سليما دون استقراره عليها.[2]

ومن بين شروط الدفع بالنظام العام:[3]

- ✓ وجود صلة بين النزاع المطروح وبين دولة القاضي المعروض عليه النزاع.

[1] عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 153.
[2] بوجير آسية ولعيادي مروة، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الابراهيمي، برج بوعريريج، 2022-2023، ص 49.
[3] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 106.

- ✓ أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي.
- ✓ أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكم موضوعه مع نظيره في قانون القاضي.

يترتب على إعمال النظام العام أثرين يتمثلان في أثر سلبي وأثر إيجابي.

الأثر السلبي: ويتمثل في الاكتفاء باستبعاد القانون الأجنبي إذا كانت قاعدة التنازع في قانون القاضي ناهية، ومثال ذلك أن يحكم قاضي جزائري برفض دعوى ميراث يرفعها شخص مسيحي أجنبي من قريبه الأجنبي المسلم نظرا لعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم وهي قاعدة من النظام العام عندنا ولو أن الأطراف أجانب ومع ذلك يستبعد القانون الشخصي للمتوفي طبقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري. [1]

الأثر الإيجابي: يتمثل في تطبيق القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، ويؤكد جانب من الفقه على ضرورة تطبيق القانون الوطني قانون القاضي في حالة استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق ويعد هذا الأثر الإيجابي للنظام العام كما يعد النتيجة الطبيعية لنظرة الفقه الى النظام العام على أنه مسألة موضوعية والأمر يختلف إذا ما اعتبر النظام العام مسألة إجرائية كما هو الحال في البلاد الأنجلوسكسونية، حيث تكتفي المحكمة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي للنظام العام.[2]

أما المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات حدد القانون المختص بعد استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام وهو القانون الجزائري، وهو ما نصت عليه المادة 2/24 من القانون المدني بالقول:" يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".[3]

[1] شويرب خالد، مرجع سابق، ص 71.
[2] عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص 72.
[3] نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 107.

ثانيا: حالة الغش نحو القانون

الغش نحو القانون ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية، الآمرة والناهية التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها من معناه الحقيقي، وبذلك تغيير ضابط الإسناد هدفه التحايل. [1]

وقد اتفق الفقه على ضرورة توافر شرطين لإمكانية الدفع بالغش نحو القانون بالإضافة الى شروط أخرى مختلف فيا.

فيما يخص المتفق عليها:

التغيير الارادي في ضابط الاسناد: يتحقق شرط التغيير الارادي لضابط الإسناد عن طريق القيام بمناورات احتيالية ووسائل تتفق مع طبيعة كل حالة للتغيير الإرادي في ضوابط الإسناد القابلة للتغيير، بمعنى تحقق رابطة وصلة ما بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق على سبيل المثال تغير في ضابط الجنسية أو الموطن أو محل إبرام العقد والتغيير في ضابط الإسناد يكون للإرادة دور في احداثه، مما يحقق الغش نحو القانون.[2]

نية التحايل و الغش نحو القانون : لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول أن هناك غشا نحو القانون، و ومن يشترط أن يكون الباعث الرئيسي من تغيير ضابط الإسناد هو نقل الاختصاص من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى أي التهرب من أحكام قانون و الالتجاء إلى قانون آخر تعينه قاعدة الإسناد، و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير وجود نية الغش من عدمها ، و هذا ما قد يثير صعوبة من الناحية النظرية إذ أن المعيار الشخصي في البحث عن النية صعب التحقق ولذلك يلجأ القاضي الى معيار موضوعي، بحيث يستخلص النية من وقائع كل قضية على حدة و من خلال بعض القرائن.[3]

---

[1] شويرب خالد، مرجع سابق، ص 82-83.
[2] فتيون ايمان وابودغاسن جبار، مرجع سابق، ص 49.
[3] نسرين شرقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص، 112.

فيما يخص الشروط غير المتفق عليها:

أن يتم الغش نحو القانون على نصوص آمرة: لقد اتجه الرأي في بداية تطبيق هذا الدفع إلى حصر نطاق الغش نحو القانون في الحالات التي يتم فيها التحايل على القواعد الآمرة، وقد تبنى هذا الاتجاه الفقيه فيدال، على اعتبار ان القواعد المكملة لا يتصور التهرب من أحكامها، لأن المشرع قد منح الأفراد حرية الاتفاق على الخروج عنها.

لكن بعد ذلك بدأ هذا الشرط يفقد فعليته بحيث جرت الأحكام القضائية الحديثة على الأخذ بالقواعد المكملة لأن العبرة هي بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم فقد يتم على قواعد آمرة أو مكملة، وبذلك أصبح الدفع بالغش نحو القانون يثار لاستبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدان لحكم العقد الدولي لارتكاب المتعاقدين غشا على القواعد الآمرة والمكملة للقانون المختص أصلا.[1]

أن يتم الغش على القانون القاضي: لقد استقر الفقه و القضاء خلال فترة طويلة على حصر تطبيق الدفع بالغش على الأوضاع التي يكون فيها الغش واقع على القانون القاضي، أما بالنسبة لنصوص القانون الأجنبي فلا يرى أنصار هذا الرأي أي مجال لإعمال فكرة الغش فيها و أساسهم في ذلك هو وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني و ليس الأجنبي، لكن اختلف الأمر حديثا بحيث أن الفقه و القضاء الحديث يؤكد سلامة الدفع بالغش نحو القانون المختص وطنيا كان أو أجنبيا، و لقد تأسست أحكام القضاء الفرنسي على إفلات من أحكام القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، و قد يكون هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، فالغش في عقود التجارة الدولية يمكن للقاضي وفقا للاتجاه الحديث أثارته على القانون المختار سواء كان الغش على قانون وطني للقاضي أو أجنبي عليه سواء كانت قواعده آمرة أو مكملة.[2]

[1] شويرب خالد، مرجع سابق، ص، 87.
[2] شريف هنية، مرجع سابق، ص، 109-110.

أن يحدث الغش ضررا: إضافة الى الشرطين السابقين أضاف بعض الفقهاء ومن بينهم نبواييه شرطا يتمثل في أن يحدث التحايل على القواعد القانونية سواء وطنية كانت او اجنبية نتيجة غير مشروعة، لكن نقد هذا الشرط على ان جزاء الضرر هو جبره اما في القانون الدولي الخاص ليس الغرض منه جبرا للضرر، وانما استبعاد القانون المشوب بالغش.[1]

[1] شويرب خالد، مرجع سابق، ص، 87.

خلاصة الفصل الثاني

ما يمكن استخلاصه من خلال دراستنا للقانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، أن العقد في شكله يخضع لقاعدة أو ضابط قانون بلد إبرامه، كما يمكن إخضاعه لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون الجنسية المشتركة أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، لكن هناك موانع قد تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص، وتتمثل في مخالفة النظام العام أو ارتكاب غش نحو القانون.

خاتمة

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة، التي تناولت مسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية توصلنا الى مجموعة من النتائج والمقترحات نوجزها كالاتي:

أولا النتائج:

- مبدأ سلطان الإرادة يُعدّ الضابط الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات العنصر الأجنبي من حيث الجوهر، حيث يتيح للأطراف حرية اختيار القانون المنظم لالتزاماتهم.
- الإرادة الضمنية لم تنص صراحة في المادة 18 من القانون المدني الخاصة بالالتزامات التعاقدية، مما يترك مجالًا واسعًا لاجتهاد القاضي.
- قيد المشرع الجزائري إرادة الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق بشرط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين.
- نص المشرع على ضوابط احتياطية في حالة غياب الضابط الأصلي وتتمثل في قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة ومحل إبرام العقد.
- قانون محل الإبرام هو المرجع الأساسي لتقييم صحة الشكل، وفقًا لقاعدة locus regit actum، مع الإقرار بإمكانية تطبيق ضوابط أخرى، لا تعتبر احتياطية وانما في ذات المرتبة.
- يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا تعارض مع النظام العام أو ثبت وجود غش نحو القانون.
- لم يحدد المشرع الجزائري بشكل صريح ما إذا كان الشكل شرطا لانعقاد العقد أو لا، مما يترك المسألة لتقدير القاضي.

المقترحات:

- إدراج إمكانية الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق في المادة 18 من القانون المدني، مع بيان الوسائل التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة الصريحة، بما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن.
- تعزيز تنظيم الجانب الشكلي للعقود، من خلال النص على الحلات التي يكون فيها الشكل عنصرًا جوهريًا في انعقاد العقد، وتلك التي يظل فيها مجرد إجراء تنظيمي يخضع لقانون محل الإبرام.

يتضح أن المشرّع الجزائري قد خطى خطوات مهمّة نحو مسايرة الاتجاهات الحديثة في الفقه والقضاء، لاسيما من خلال التعديل الذي أدخله على القانون المدني سنة 2005، في مجال قواعد تنازع القوانين.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر:

الأوامر والقوانين:

1. الامر رقم 70ـ 20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل بالقانون رقم 14ـ08 المؤرخ في 09 اوت 2014، جريدة رسمية العدد 49 الصادر في 20 اوت 2014.
2. قانون رقم 05ـ10 مؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58ـ75 مؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

قائمة الكتب:

1. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
2. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2010.
3. غالب علي الداودي، حسن محمد المهداوي، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي).
4. نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ط1، أكتوبر 2013.

اطروحات الدكتوراه:

1. أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، 2017.2018.
2. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.2009.
3. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.2011.
4. عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
5. موشعال فاطيمة، وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جبلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2018.2019.

مذكرات الماجستير

1. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 . 2011.

2. شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان،2010 ـ 2011.
3. شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003.
4. عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2007.2008.
5. عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، المركز الجامعي العقيد اكلي محند اولحاج، البويرة، 2012.

مذكرات الماستر

1. البرقاوي بشار محمد عبد القادر، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم،2022،2023.
2. العشاشي سيدعلي، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماستر. تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2018.2019.
3. بربورة شوقي سفيان، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019.2020.

4. بوجير آسية ولعيادي مروة، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الابراهيمي، برج بوعريريج، 2022.2023.
5. بوخرشة زوليخة، القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة 2017.
6. دير مسعودة، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البولقي، 2015.2016.
7. فتيون ايمان وابودغاسن جبار، الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019.2020.
8. لعطاب ثينهينان ومجبر تسعديت، ضوابط اعمال مبدأ سلطان الإرادة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020.

المجلات:

1. أبو عمر نادية، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مجلة بحوث القانون التنمية، العدد 1، جوان 2022.
2. أمجد عبد الفتاح احمد حسان، هشام ناصرالدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على شكلية العقود " دراسة مقارنة"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 3، 2021.

3. امحمد سعد الدين، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 54، العدد 2، 2017.
4. بلعيور عبد الكريم، قانون الإرادة طبقا لنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديلها سنة 2005، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 47، العدد 2.
5. بين شاب نعيمة، دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد34، العدد4.
6. حسين بلهوان، القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 31، عدد 3، ديسمبر 2020.
7. زيغم محاسن ابتسام، بلقاسم تروزين، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2.
8. سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 2، أكتوبر 2018.
9. قرايع خالد ومكي خالدية، قاعدة الشكل في مجال الالتزامات التعاقدية والصرفية في إطار القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 7، العدد1، 2021.
10. كحيل كمال، قانون العقد الدولي وأثره على مصلحة المستهلك، مجلة الحقيقة، المجلد 8، العدد2، 2009.
11. محمد ضو فضيل، الجنسية الاصلية في القانون الدولي الخاص، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون بأسيوط المجلة العلمية، العدد 34 الإصدار الثاني يوليو 2022، الجزء الأول.

12. مومن يمينة، النظام القانوني للموطن ذي الطابع الدولي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 9، العدد1(2024).

13. يوبي سعاد، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد السادس، جوان 2016.

المطبوعات الجامعية:

1. أمحمدي بوزينة أمينة، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف،2019.2020.

2. بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2016 ــ2017.

الفهرس

الفهرس

مقدمة	03
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية	07
المبحث الأول: مبدأ قانون الإرادة كضابط أصلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية	08
المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة	08
الفرع الأول: تعريف ونشأة قانون الإرادة	08
الفرع الثاني: صور مبدأ قانون الإرادة والقيود الواردة عليه	11
المطلب الثاني موضوع مبدأ قانون الإرادة	17
الفرع الأول: المسائل التي تدخل ضمن قانون الإرادة	17
الفرع الثاني: المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة	20
المبحث الثاني: خضوع الالتزامات التعاقدية لبديل عن قانون الإرادة	22
المطلب الأول: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين	22
الفرع الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين	22
الفرع الثاني: خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين	26
المطلب الثاني: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد	30
الفرع الأول: قانون محل إبرام العقد	30
الفرع الثاني: العقود المستثناة من قانون محل الإبرام	32
خلاصة الفصل الأول	35
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية	37
المبحث الأول: خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون المحل وفقا لقاعدة locus	38
المطلب الأول: المقصود بشكل التصرفات القانونية	38

الفرع الأول: تعريف ونشأة قاعدة locus regit actum	39
الفرع الثاني: طبيعة قاعدة locus	42
المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة locus	44
الفرع الأول: الحالات التي يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني	44
الفرع الثاني: الحالات التي لا تطبق فيها قاعدة لوكس على شكل العقد	46
المبحث الثاني: الضوابط الأخرى الى جانب محل الابرام	48
المطلب الأول: ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة	48
الفرع الأول: قانون الموطن المشترك	48
الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة	49
المطلب الثاني: تطبيق القانون الذي يحكم العقد	49
الفرع الأول: العلاقة بين الضوابط المتعلقة بالشكل والموضوع	50
الفرع الثاني: حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد	52
خلاصة الفصل الثاني	58
الخاتمة	60
قائمة المصادر والمراجع	63
الفهرس	71
الملخص	74

الملخص

الملخص:

يعتبر ضابط الإرادة الضابط الأصلي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية في العلاقات ذات العنصر الأجنبي بشرط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو بالعقد. وبغيابه، يُلجأ إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين كضابطين احتياطيين، وإذا تعذر ذلك يتم تطبيق قانون مكان إبرام العقد، مع استثناء العقود المتعلقة بالعقار الخاضعة لقانون موقعها.

أما من حيث الشكل، فتخضع الالتزامات التعاقدية لقانون محل الإبرام، أو للقانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، أو للقانون المطبق على جوهر العقد.

وقد كرس المشرع الجزائري هذه الضوابط في المادتين 18 و19 من القانون المدني.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين/ الالتزامات التعاقدية/قانون الإرادة/ الجنسية المشتركة / الموطن المشترك/ محل الإبرام/ القانون الواجب التطبيق.

Summary:

The principle of party autonomy is the primary criterion in determining the applicable law for contractual obligations in international relationships, provided that there is a genuine connection between the chosen law and the contracting parties or the contract itself. In the absence of such a choice, the law of the common domicile or common nationality of the contracting parties serves as a secondary criterion. If that is not possible, the law of the place where the contract was concluded is applied, with the exception of real estate contracts, which are subject to the law of the location of the property.

As for the form of the contract, contractual obligations are subject to the law of the place of conclusion, the common law of the parties, their common nationality, or the law governing the substance of the contract.

The Algerian legislator has enshrined these principles in Articles 18 and 19 of the Civil Code.

Keywords: Conflict of laws / Contractual obligations / Law of the parties' will / Common nationality / Common domicile / Place of conclusion / Applicable law.