وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de Enseignement Supérieur et de la recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تنازع القوانين في مجال الالتزامات التعاقدية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالب:

طالية كمال

تحت إشراف الأستاذ:

فنينخ عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشـــــة

الأستاذة	لاطروش أمينة	رئيسا
الأستاذ	فنينخ عبد القادر	مشرفا مقرر
الأستاذ	بن عديدة نبيل	مناقشا

السنة الجامعية : 2021/2020

نوقشت يوم: 2021/07/07

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

نتضرع بالشكر و الحمد لله على إتمام هذا العمل العلمي اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك الكريم عظيم سلطانك.

نتقدم بجزيل الشكر للأستاذ المؤطر الدكتور عبد القادر فنينخ الذي أشرف على هذا العمل المتواضع.

كما نتوجه بجزيل الشكر إلى كل أساتذتنا الكرام الذين رافقونا في مشوارنا الدراسي و تلقينا على أيديهم قطوف المعرفة و العلم.

ولا ننسى أن نشكر كل من مد لنا يد العون لبلوغ هذا اليوم المشهود.

الإهداء

الحمد لله الذي لا إله سواه الموفق لإتمام صالح الأعمال و زيننا بالحلم و أكرمنا بالتقوى و أجملنا بالعافية نهدي عملنا المتواضع إلى من الجنة تحت أقدامها إلى سر الوجود و معنى الحنان و الوفاء إلى من كان دعائها سر نجاحنا أمي الغالية أطال الله في عمرها.

إلى الدرع الواقي و الكنز الباقي إلى ما نحمله إسمه بكل افتخار أبي العزيز.

إلى من هم في حاضري و ماضي و لا متعة إلا برفقهن إخوتي الأعزاء.

قائمة لأهم المختصرات

أولا : باللغة العربية

(ق.م.ج) : القانون المدني الجزائري.

(ج.ر.ع): الجريدة الرسمية عدد.

(ط): طبعة.

(د.ط): دون طبعة.

(ص): صفحة.

(ص.ص): من الصفحة إلى الصفحة.

(د.س.ن): دون سنة النشر.

(د.د.ن): دون دار النشر

ثانيا :باللغة الأجنبية

Op.cit. : Ouvrage Précédemment Cité

P : Page.

P.P : De la page à la page.

S.A.E : sans année d'édition

L.G.D.J : libraire général de droit et de jurisprudence.

المقدمة

العقد نظام فريد خدم البشرية وأسهم في صناعة تقدم حياة البشر، ولولا العقد ما كانت المبادلة منذ فجر التاريخ البشري، والتي يعتمد عليها بصورة لم يكن الإنسان لتتقدم حياته دونها. فالعقد كان وليد ضرورة الحياة وتقدم الإنسان، ومنذ بدء تطور نظام التعاقدات فيما بين أفراد البشرية ظهر العقد وليد إرادات الأطراف الداخلين فيه، والذين يلتزمون بأثاره بإرادتهم ورضاهم، وقد أدى ذلك إلى نشوء نظام العقد الذي تضمن قوة تحتم على أطراف العقد الرضوخ والقبول والاحتكام إلى ما تضمنه العقد من أثار.

والعقد هو توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني، وهو من أهم مصادر الإلتزام، وذلك لأنه يرتب على عاتق المتعاقدين وهذه الالتزامات لا يمكن التهرب منها أو العدول عن الإرادة التي جسدت في العقد على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين، وتنقسم العقود إلى عقود وطنية و عقود دولية فالعقود الوطنية هي التي تخلو من العنصر الأجنبي المؤثر و مما لا شك فيه أن جميع العلاقات القانونية سواء كانت مدنية أو تجارية، التي تبرم في الجزائر بين جزائريين و يكون موضوعها الالتزام بعمل شيء أو الامتناع عن القيام به، تخضع للقانون الجزائري في جميع الأحوال والمحاكم الجزائرية هي المختصة وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ حول هذه العلاقات والبت فيها، و لاشك أيضا أن زيادة حركة التجارة الدولية و مساهمتها في تنمية اقتصاد الدولة، أدى إلى تطور أساليب التعاقد ومجالاتها خاصة في المجال الإلكتروني الذي يقوم على السرعة في إبرام العقود و تنفيذها، هذا التطور المتسارع لأنظمة التعاقد في القانون الداخلي كان له تأثيره الخاص على العقود التي تنطوي على عناصر أجنبية أو كما تسمى بالعقود الدولية، و المقصود بالعقد الدولي هو العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا سواء تعلق الأمر بمحل إبرامه، أو بمكان تنفيده، أو بموضوعه، أو بأطرافه، فقد يتم العقد بين جزائري و فرنسي، فهنا تتضمن العلاقة عنصر أجنبيا هو عنصر الأشخاص فيها (الأطراف)، كما قد يحدث أن يتم العقد بين جزائريين ولاكن جرى إبرامه في فرنسا و في هذه الحالة أيضا بالمثل تتضمن عنصرا أجنبيا ألا وهو عنصر محل الإبرام، ففي هذه الفروض وحدها تثور مشكلة التنازع التي تتفق التشريعات المختلفة على حلها.

فإذا تضمنت العلاقة العقدية عنصرا أجنبيا على الوجه السالف فهي تعد علاقة دولية وفقا للمعيار القانوني المعتمد في فقه القانون الدولي الخاص الغالب، و إنما يتعين أن يكون أيضا هذا العنصر مؤثرا بحيث يثير مشكلة تنازع القوانين، و بالتالي فإن العقد المبرم يحتاج إلى قانون يؤطره وهذا القانون يكون محل نزاع وهذا في حالة وجود العنصر الأجنبي، فتنشأ عدة نزاعات وخصومات قانونية حول العقود الدولية، وحل مشكلة تنازع القوانين يتم عادة بواسطة إعمال قواعد تسمى بقواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد و هي القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي.

ولضمان صيانة الحقوق واستقرار المعاملات و حرصا على تنفيد التزامات الطرفين التي يقتضيها مضمون العقد و شكله كان لابد على المشرع الجزائري أن يضع قواعد إسناد قانونية، فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية ذات العنصر الأجنبي وذلك في الأمر رقم 75-58 المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري وفق تعديل2005 [1].

وقواعد الإسناد في مجال الالتزامات التعاقدية إنما وضعها المشرع الجزائري لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة العقدية الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، و أكثرها إيفاءا بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، فقواعد الإسناد تهدف إذن إلى وضع أكثر الحلول المناسبة، لفض مشكلة تنازع القوانين في مجال العقود الدولية من وجهة المشرع الوطني لحكم هذه العلاقة الخاصة.

وهنا تبرز **أهمية الموضوع** خاصتا في ظل اتساع دائرة العلاقات التجارية و الاقتصادية الدولية، وكذا التطور الذي عرفته وسائل الإعلام و الاتصال مما أدى إلى اتساع وتشعب العلاقات بين مختلف الأفراد والوحدات من مختلف الدول، وأتاح لأفراد دولة ما فرصة التعاقد مع أفراد دول أخرى بغض النظر عن نوعية هذه العقود أو طبيعة العلاقات التي تتضمنها، مما يطرح إمكانية نشوء نزاعات بين الأطراف المتعاقدة، وعلى أساس أن هذه

[1]- قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج.ر، عدد 44، صادرة في تاريخ 26 جوان 2005.

العلاقات تشتمل على عنصر أجنبي، فهذا يعني أنها نزاعات ذات بعد دولي تحتاج عملية الفصل فيها إلى الرجوع القواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الدولي الخاص، فهي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على مختلف الالتزامات التعاقدية الدولية التي تثور بصدد هذه العقود.

تعددت **الأسباب** التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع، حيث تقودنا **الرغبة الذاتية والميول الشخصية** نحو دراسة قواعد القانون الدولي الخاص نظرا لما له من أهمية في تنظيم العلاقات بين الأفراد، إذ ظلت المعاملات بين الأفراد خلال فترة طويلة من التاريخ معاملات داخلية لا تتعدى بحال من الأحوال حدود الاقليم، وكذلك تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية أدى إلى نشوء حاجات جديدة للأفراد لا يستطيع أي إقليم أن يفي بها منفردا، فارتبطت بذلك مصالح مختلف الأقاليم واستتبع ذلك قيام معاملات بين أفراد الأقاليم المختلفة الذي احتاج إلى تنظيم محكم.

إن دراسة أحكام قواعد الإسناد في العقد الدولي، يعطينا الدافع نحو مطالعة الأفكار التي أتى بها الفقه في هذا المجال خاصتا و أن القانون الدولي الخاص يتميز بفقه عالمي غزير خصب. و كذا معرفة موقف المشرع الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل وموضوع العقود مقارنة ببعض التشريعات العربية، مع التدقيق في مختلف الأحكام التي كرسها المشرع الجزائري في ظل قواعد التنازع الجزائرية والخاصة بالموضوع لمعرفة النقائص محاولين اقتراح حلول لسد الفراغ القانوني.

أسباب موضوعية كذلك دفعتنا لاختيار هذا الموضوع أهمها الضرورة الملحة التي فرضها التطور التكنولوجي المتسارع الذي عرفه العالم الحديث، حيث أن اتساع العلاقات بين الدول يقتضي بالضرورة قيام علاقات بين أفراد الدول، وهذا قد يخلق نزاعات يستوجب على القاضي حلها، و إلا كان أمام جريمة إنكار العدالة.

وعلى هذا النحو جاء اختيار موضوع الدراسة نابع من الأهمية التي يكتسيها هذا الأخير، فيما يشهد مجال العقود الدولية من تطور العلاقات الاقتصادية في القانون الدولي

الخاص ويقتضي إزالة كل العوائق التي تواجه المتعاقد إثر هذه العقود في التزاماتهم التعاقدية، لذلك قمنا بإعداد هذه الدراسة من أجل تحقيق **الأهداف** التالية :

- توضيح الأسس التي يتم الإستناد عليها في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
- إبراز حدود تطبيق القانون على الالتزامات التعاقدية للطرفين في موضوعها و شكلها.
- توضيح مدى صلاحية أحكام القانون الأجنبي للتطبيق على التزامات الطرفين بشكل عام.

حيث و نحن بصدد دراسة هذا الموضوع واجهتنا **صعوبات** ومشاكل، أهمها قلة المراجع القانونية في هذا الشأن وحتى وان وجدت فإنها ليست متعلقة بالتشريع الجزائري كلها لا سيما المتخصصة منها، إضافة الى ذلك عدم وجود دراسة متعلقة بدراسة أحكام العقد الدولي في جانب الشكلي و الموضوعي على ضوء الممارسات القضائية في الجزائر على حد علمنا.

ومن جهة أخرى هناك صعوبات تتعلق بجمع الاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا الموضوع، لاسيما أن المحكمة العليا ولحد الساعة على حد علمنا لم تقم بإصدار مجلات قضائية.

إلا أن ذلك لم يمنعنا من دراسة هذا الموضوع، محاولين الإجابة على الإشكالية الأتية:

ما هي قواعد الإسناد التي يعتمد عليها المشرع الجزائري لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية في جانبها الموضوعي و الشكلي ؟ و ما مدى فعاليتها ؟

تتفرع عن هذه الإشكالية إلى مجموعة من التساؤلات الفرعية أهمها:

- ما هي حدود وضوابط مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية؟
- ما هو المقصود بشكل التصرفات القانونية؟
- في حالة تعذر تطبيق القانون وفقا للضابط الأصلي، ما هو المعيار البديل الذي يعتد به للتطبيق على حكم العلاقة العقدية؟
- في حالة تعدد المعايير الاحتياطية، هل هناك أولوية أو ترتيب في اللجوء إلى أساس معين، أم أن الأمر يتوقف على طبيعة العقد والظروف المحيطة به وفقا لمبدأ الملاءمة؟

إنّ طبيعة الموضوع والإشكالية المطروحة، ومجموعة الأهداف المسّطرة لهذه الدراسة، تفرض علينا الاستعانة بأكثر من منهج؛ إذ سنعتمد على المنهج الوصفي مّما يساعدنا على سرد وعرض المفاهيم المختلفة، وشرح المصطلحات المتعلقة بموضوع الدراسة ، بغرض الوصول إلى نتائج وتقييمات تساعدنا على تحكم أكثر في الموضوع و الإحاطة به من جميع جوانب، و المنهج التحليلي لما له من مساهمة في تحليل و دراسة مضمون النصوص القانونية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، و كذا تحليل الآراء الفقهية ذات الصلة بالموضوع و استخلاص النتائج للإجابة على التساؤلات المطروحة.

و للإجابة على الإشكالية المطروحة والتساؤلات المتفرعة عنها، و باعتماد المنهج المتبع، ارتأينا أن نقسم دراستنا استنادا إلى وجوب التفرقة بين الالتزامات العقدية الشكلية و الموضوعية إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول دراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، و في الفصل الثاني إلى القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، وفقا لما جاء في التشريع الجزائري.

الفصل الأول:

القانون الواجب التطبيق

على موضوع الالتزامات التعاقدية الدولية

يُعد العقد(الالتزامات التعاقدية)و أثاره ضمن المواضيع القانونية ذات الأهمية سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي في إطار قواعد القانون الدولي الخاص، باعتبار العقد تصرف قانوني يلبي ويحقق من وراء انعقاده حاجيات الأفراد والجماعات، و يقصد بالالتزامات التعاقدية التصرفات القانونية التي تتم بين الأحياء دون التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والتي تصنف ضمن الأحوال الشخصية، كما نقصد بها أيضا التصرفات ذات الطابع المالي، دون تلك التي تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية، ومن البديهي أن عملية التعاقد تحتاج إلى قانون ينظمها ويضعها في شكل قانوني وبعد مرحلة التعاقد تأتي مرحلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تكون وفقا لقانون يسري على موضوعها.

لقد اهتم المشرع الجزائري ببيان ضوابط الاسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية ويظهر ذلك من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري، و يتضح من هذه الاخيرة أن قاعده الإسناد الخاصة بـالالتزامات التعاقدية قد أسست على ضابط أساسي وهو إرادة المتعاقدين و بالتالي سيكون العقد الدولي خاضعا لقانون الدولة الذي اختارته إرادة المتعاقدين و يسمى بذلك القانون المختار **(المبحث الأول)**، وإذا لم تنصرف الإرادة لاختيار قانون معين فلا مفر من إعمال الضوابط الاحتياطية التي نص المشرع الجزائري على تطبيقها في حال تعذر إعمال الضابط الأساسي و الأصلي للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول : في ضابط الإسناد الأصلي

و مضمون الفكرة المسندة

أخضع المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المقارنة العقود الدولية لقانون المختار كضابط أصلي و رئيسي، وهو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، إلا أن حرية الأطراف في الإّختيار ترد عليها مجموعة من الضوابط التي يجب احترامها.

نتولى في هذا المبحث لهذا الفصل دراسة ضابط الإسناد الأصلي والرئيسي " مبدأ سلطان الإرادة" وذلك بإبراز مختلف جوانبه، و إذا ما انتهينا من دراسة ضابط الأصلي نتطرق إلى مجموعة من القيود التي ترد على تطبيقه و إعماله.

المطلب الأول : مبدأ حرية المتعاقدين

في القانون الواجب التطبيق

يعد مبدأ حرية المتعاقدين مثالاً توضيحياً أو نموذجاً على كيفية إنشاء نظام شامل حديث لاختيار القانون، يأخذ بعين الاعتبار كافة المسائل التي تتعلق بهذا الأمر، مما يرتب في حال اعتناقه من قبل الدول، توسيع مجال إرادة أطراف العقود الدولية في اختيار القانون، وضمان تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، وإلى توحيد النصوص القانونية بين مختلف الدول في هذا الشأن[1].

و لتوضيح فكره القانون المختار أو كما يسمى بقانون سلطان الإرادة وجب الوقوف عند مفهومه **(الفرع الأول)** خاصة و أن أي موضوع قانوني يتطلب ضبط مفاهيمه، و موضوعه و ذلك بإبراز نطاقه و مجال إعماله **(الفرع الثاني)** ، وكذا الشكل الذي يتخذه اراده متعاقدين للتعبير عنه **(الفرع الثالث).**

[1]- زياد الحليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على قود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، المجلد 13، العدد2، الصادرة بتاريخ ديسمبر 2006، ص 372.

الفرع الأول : مفهوم القانون المختار

بغية الإلمام بمفهوم و مقصود قانون المختار الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية محل التطبيق، سنقوم بدراسة نشأته في مجال القواعد القانون الدولي الخاص **(أولا)**، ثم بعد ذلك تطرق الى تعريف قانون المختار **(ثانيا)**.

أولا : نشأة و تطور القانون المختار

في القديم لم يكن قانون الإرادة يسري على الالتزامات العقدية إلا تدريجيا ، حيث أقرت مدرسة الأحوال الإيطالية بقاعدة خضوع العقد لقانون محل الابرام سواء في شقه الموضوعي أو الشكلي، و قد تم تبرير اختصاص قانون بلد الإبرام من طرف بعض الفقهاء على أساس أنه القانون الذي يعرف المتعاقدين أحكامه و تفاصيله ، و استمر الحال على هذا الوضع إلى أن أعطى الفقيه الإيطالي **{Curtius}** تفسير أخر لهذا الإختصاص إذ برره على أساس أنه القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف ضمنيا[1].

ومع بداية القرن السادس عشر وضع المحامي الفرنسي **{ديمولان}** البداية لخضوع موضوع العقد لقانون الإرادة، عندما استفتى من قبل زوجين حول القانون الواجب التطبيق بشأن نظامهما المالي عندما تكون الأموال موّزعة بين عدة مدن فقد افتى بخضوعه لقانون موطن الزوجية بوصفه القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الضمنية للزوجين[2].

و بالإستنتاج الذي توصل إليه {ديمولان} أصبح تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون بلد إبرامه قاصرتا فقط على شكله دون أن يتعدى ذلك موضوعه[3].

و قد رحب فقهاء القرن الثامن عشر بما قرره **{ديمولان}** من خضوع العقد للقانون الذي انصرفت إلى تطبيقه إرادة المتعاقدين خاصتا**{boullenois}** الذي ذكر صراحتا أنه**"**

---

[1]- هشام علي صادق، تنازع القوانين،(د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 331.

[2]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية و الموطن و تمتع الأجانب الحقوق (مركز الأجانب)، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 334.

[3]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، ط11، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 304.

لاشك في وجوب الرجوع إلى القانون الذي ينص عليه المتعاقدين صراحة"، كما أكّد الفقيه البلجيكي **{لوران}** على هذه القاعدة بقوله أن للأطراف العقد حرية في تحديد القانون الواجب التطبيق باعتباره حقا من حقوق الإنسان وكان هذا في نهاية القرن الثامن عشر[1].

وامتدت حياة تلك القاعدة حتى القرن التاسع عشر حين أطلق فقهاء القانون المدني قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وقد برر الأستاذ **{بروشيه}** حق المتعاقدين في اختيار القانون الواحب التطبيق في نهاية القرن التاسع عشر بالقول **"أن المشرع الوطني عبر قاعدة الاسناد أجاز لإرادة الأطراف باختيار قانون دولة ما لحكم العقد فالقانون المختار لا يستند الى الإرادة إنما إلى قاعدة الإسناد التي خولت بذلك فالإرادة تعمل بإجازة تشريعية"**، كما خرج الفقيه الايطالي **{مانشيني}** من قاعدة تطبيقات قانون الجنسية مسالة العقود حيث منح إرادة الأطراف الحرية في اختيار قانون لحكمها[2].

و في بالتالي لاقت هذه القاعدة صدى كبير لدى مشرعي مختلف الدول، فنص جانب كبير منهم عليها صراحتا في تشريعاتهم و أصبحت قاعدة تقليدية يأخذ بها القضاء في معظم دول العالم، و من بيها الجزائر التي استقرت في تشريعها و قضائها[3].

ثانيا : تعريف القانون المختار

سنحاول التطرق إلى تعريف قانون المختار من حيث فقه القانون الدولي الخاص**(1)**، ثم بعد ذلك تعريفه من الناحية القانونية **(2)**.

1-تعرف قانون المختار لدى فقه القانون الدولي الخاص

وردت عدة تعاريف اصطلاحية من طرف فقهاء القانون الدولي الخاص لقانون المختار، بحيث عرفه الفقيه **{بيترنا}** بذلك**" القانون المختار من قبل أطراف العقد أو ذلك**

[1]- حفيظة سيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص228.

[2]- هشام صادق، المرجع السابق، ص ص 334-333.

[3]- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، ط2، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 335.

القانون الواجب التطبيق على عقدهم وذلك بكل حرية وخاصة أن القانون المختار يمنح الأطراف العقد صلاحيات واسعة"[1]، كما يعرف قانون المختار لدى جانب فقهي آخر على أنه ذلك **"المبدأ الذي يترك قسط من الحرية للأطراف المتعاقدة لاختيار القانون الذي يرونه أنسب ليسري على عقدهم وحتى ذهب بعض الفقه للقول في أن لهم خيار في تحديد مجموعة من القوانين يسد إليها العقد"**[2].

2-تعريف القانون المختار في التشريع الجزائري وبعض الاتفاقيات الدولية

ونتناول ضمن هذا العنصر تعريف قانون المختار في مجال قواعد التنازع الجزائرية**(أ)**، ثم بعد ذلك سنحاول تبيان تعريفه في الإتفاقيات الدولية التي جعلت قانون المختار أحد بنودهما**(ب).**

أ-تعريف القانون المختار في التشريع الجزائري

كرس المشرع الجزائري قانون المختار كضابط أصلي يسري على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي في جانبها الموضوعي في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتم وذلك في الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان وفي الكتاب الأول بالباب الأول الخاص بأثار القوانين وتطبيقاتها، مع التنبيه إلى مسالة قانونية أن متن المواد الخاصة بضابط الإرادة كقانون وساري على موضوع الالتزامات التعاقدية مسها تعديل 2005، وبالعودة إلى متن المواد 18 و19 فالمشرع الجزائري لم يعرف قانون المختار بل اكتفى تكريسه كمبدأ أو كضابط أصلي يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية في علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي وذلك في صلب المادة 18 والتي جا فيها" :**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين"**[3].

---

[1]- عماد قطان، قانون إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني-دراسة مقارنة-، (د.ط)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2017، ص 128.

[2]- Francoise moneger، droit international prive، 8eme edition، lexis nexis، paris ،2018، p152.

[3]- قانون رقم 05-10 السالف الذكر.

يتبين من خلال المادة المذكورة أعلاه أ ن المشرع الجزائري تبنى قاعدة قانون الإرادة وجعله ضابطا أصليا يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية، واعتبر الإرادة كضابط أصلي، وقاعدة الإسناد هي" **قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها**"[1]، وانطلاقا من هذا التعريف يمكن القول بأن قاعدة الإسناد هي قاعدة ذات طابع إرشادي، أين تكتفي بالإشارة والإرشاد إلى القانون المختار والذي يعطي الحل الموضوعي للنزاع المتعلق بمراكز قانونية ذات عنصر أجنبي، فقاعدة الإسناد لا تقدم حلا بذاتها ولا تطبق مباشرة على النزاع بل تحيلنا إلى القانون الواجب التطبيق[2].

ب-تعريف قانون المختار في الاتفاقيات الدولية

قاعدة قانون الإرادة السارية على الالتزامات التعاقدية عرفت كذلك تكريس و اعترافا في العديد من الاتفاقيات الدولية، أين أقرت اتفاقية روما لسنة 1980 ، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[3] وذلك في صلب المادة 03 والمنصوص فيها على ما يلي"**يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف هذا الإختيار يتعين ان يكون صريحا ويجوز ان يستخلص بطريقة مؤكدة من شروط العقد أو من الظروف المحيطة به ويمكن للأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أو على جزء منه**"

نالت قاعدة قانون الإرادة نصيباً من اتفاقية **لاهاي** لسنة 1985 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع وذلك في متن المادة 02 والواردة فيما يأتي : "**يخضع العقد للقانون الذي اختاره طرف العقد على أن يكون هذا الاختيار قد صدر بصورة صريحة أو يستنتج من عبارات العقد** "[4]، وعليه يمكن القول رغم اختلاف التشريعات العربية

---

[1]- مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، (د.ط)، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، سوريا ،2008،ص 68.

[2]- مريني فاطمة الزهراء، النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني - دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010، ص35.

[3]- Maryer pierre et HEUZE vincent. Po-cit.p524.

[4]- إتفاقية روما لسنة 1980 ،المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

أو الغربية وكذا الاتفاقيات التي تم دراستها أعلاه في طريقة صياغة متن المواد القانونية التي كرست من خلالها قاعدة وضابط الإرادة الساري على الالتزامات التعاقدية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ومختلف الالتزامات القائمة إلا أنها تتفق في العديد من الأسس ومنها جعل الحرية الكاملة للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم[1].

الفرع الثاني : نطاق تطبيق القانون المختار

سنتولى دراسة المسائل التي لا تندرج في فكرة الالتزامات التعاقدية **(أولا)**، ثم نتصدى للجوانب التي تدخل في مضمون هذه الفكرة **(ثانيا)**.

أولا : المسائل المستبعدة من نطاق التطبيق

ليس هناك خلاف بين الفقه على وجوب استبعاد مسألتين من مجال فكرة الالتزامات التعاقدية و هما أهلية التعاقد و شكل العقد .

فالأهلية و إن كانت شرط لصحة التعاقد إلا أنها تستقل بفكرة خاصة و تخضع لقاعدة إسناد الواردة في المادة 10 من القانون المدني الجزائري ، فقد مضت الإشارة إلى أنّ المشرع قد اعتبر الأهلية من المسائل اللصيقة بالشخص و بالتالي أسندها لقانون الشخص، و نفس الأمر بالنسبة لشكل العقد الذي يخضع بدوره إلى القاعدة الواردة بالمادة 19 من القانون المدني على نحو ما سيتم دراسته لاحقا[2].

و يعد من المسائل المستبعدة أيضا الإستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائي التي جاء فيها **" غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه ".**

فالمشرع الجزائري يكون بهذه الفقرة قد استثنى العقود المتعلقة بالعقار من الخضوع للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى و الضوابط الأخرى المقررة بخصوص المنقولات،

[1]- إتفاقية لاهاي لسنة 1985 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع.
[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص 362.

مقررا ضابط إسناد واحد عندما يتعلق الأمر بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي يكون محلها عقارا و هذا الضابط هو قانون المكان الذي يتواجد به العقار[1].

و يطبق قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المتعلقة به على جميع جوانبها فهو لا يقتصر على حكم فقط الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله بل يمتد ليحكم أيضا الشروط اللازمة لانعقاده[2].

كما تجب الإشارة إلى أن العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن لا تكون متعلقة بالميراث و الوصية ، كالاتفاق على التوارث أو على تقسيم التركة بشكل مخالف للقانون خاصة إذا كان الاتفاق متعلقا بالمال غير المنقول، فالإرث و الوصية يحكمها قانون المورث و الموصي وقت موته، و دور الإرادة يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية و عليه تخرج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق قانون الإرادة كالزواج و الطلاق و النفقة و الحضانة.....الخ، حيث تخضع هذه المسائل للقانون الشخصي وفقا للقواعد الخاصة بها[3].

هناك مسائل أخرى غير خاضعة لقانون الإرادة، فنستثنى من ذلك بعض العقود الدولية كعقد الزواج عقد العمل، عقد الإيجار، عقود المستهلكين، كما تستثنى بعض الفئات كفئة الأحوال الشخصية ، فئة الشكل و فئة الأموال.

ثانيا: المسائل التي تعد ضمن نطاق التطبيق

لا يطبق قانون العقد على كل المسائل المتعلقة بالعقد فأهلية المتعاقدين تخرج عن نطاق تطبيقه إذ تخضع لقانون جنسية المتعاقد كما سبقت الإشارة، وأنّ شكل العقد يخضع لقانون محل الإبرام فعلى أي النواحي في العقد سيسري قانون الإرادة؟

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 311.
[2]- نفس المرجع، ص 312.
[3]-هشام علي صادق، المرجع السايق، ص 364.

يرى بعض الفقهاء المصريين تجزئة العقد و إخضاع كل جزء فيه لقانون معين مادام أنّ المشرع لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد، و بالتالي فإن الالتزامات التعاقدية المشار إليها في المادة 19 تمثل فقط أثار العقد دون تكوينه[1].

إلا أن الفقه المعارض في مصر و الذي يمثل الأغلبية يرى غير ذلك، فحسبه أن الالتزامات التعاقدية يشمل حسب الأعمال التحضيرية كل ما يتعلق بالرابطة العقدية من حيث تكونها و أثارها مما يفيد بأن العقد بجملته خاضعا لقانون الإرادة [2].

و نحن مع الفقه المعارض لذلك سوف نستعرض إلى أركان العقد و شروط صحته **(1)**، إضافتا إلى أثاره **(2)** لنوضح مجال تطبيقه.

1- تكوين العقد

أ- الرضا :

لا شك في أن تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين يخضع لقانون الإرادة إذا كان التراضي كافيا، أما إذا كان متطلبا في شكل معين فإن الشكل يخضع لقانون محل الإبرام.

أما عيوب الرضا يفرق بعض الفقهاء بين عيوب الإرادة وعيوب الرضا من غلط، وتدليس وإكراه واستغلال، ليست عيوبا في الشخص نفسه ولكن في العقد وبذلك يخضع لقانون المختار أما عيوب الإرادة وعوارض الأهلية مثل نقص الأهلية، الجنون، السفه، الغفلة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية وتخضع لقانون الشخص[3].

[1]- محمد كمال فهمي، أصول قانون الدولي الخاص (الجنسية ، الموطن ، مركز الأجنب مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006، ص 416.

[2]- راجع عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 376.

[3]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2008، ص119.

ب-المحل:

يخضع محل العقد وشروطه من حيث كونه معينا أو قابلا للتعيين، وممكنا ومشروعا، لقانون الإرادة ويرى {نبوايه} أنه إذا كان محل العقد مالا غير العقار فإنه يجب الرجوع إلى قانون محل هذا المال لبيان ما إذا كان قابلا أو غير قابل للتعامل فيه.

وكذلك الأمر إذا كان عملا فيجب الرجوع إلى قانون محل تنفيذ العمل لبيان ما إذا كان جائزا أو غير جائز[1].

ج-السبب:

يخضع السبب لقانون العقد من حيث وجوده و مشروعيته فإذا الدافع من وراء إبرام العقد كان غير مشروع طبقا لقانون القاضي استبعد القانون المختار و يطبق القاضي قانونه استجابة لفكرة النظام العام في دولة القاضي[2].

2- آثار العقد :

قانون العقد هو الذي يبين الأشخاص الذي ينصرف إليهم أثر العقد ووفقا لأي شروط يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا كما أنه هو الذي يحدد مضمون الالتزامات التعاقدية مما يجعله أيضا مختصا بتفسير العقد، ولما كان قانون العقد هو الذي يبين مضمون التزامات المتعاقدين فهو يقع عليه بيان طرق تنفيذها تنفيذا عينيا أو بمقابل وكيفية تقدير التعويض وما هو حكم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها[3].

و إذا ترتب البطلان على تخلف ركن من أركان العقد خضع للقانون الذي يخضع له هذا الركن وإذا ترتب الإبطال على تخلف شرط الأهلية أو على عيب من عيوبها خضع الإبطال لقانون الشخص "قانون الجنسية " مع ملاحظة الاستثناء الوارد في المادة 10 ق..م.ج.

[1]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 120.
[2]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 318.
[3]- نفس المرجع، ص 319.

أما إذا ترتب الإبطال عن عيب من عيوب النص فان الإبطال يخضع لقانون العقد ويخضع الفسخ لعدم تنفيذ الالتزامات والدفع بعدم تنفيذها لقانون العقد[1].

و أخيرا فإن قانون العقد هو الذي يبين أسباب انقضاء الالتزام وما يتطلبه كل سبب من شروط لصحته و يستثنى من ذلك المقاصة و التقادم كسببين من أسباب انقضاء الإلتزام[2].

الفرع الثالث : الإختيار الصريح و الضمني للقانون المختار :

أولا : الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

يقصد بالاختيار الصريح لقانون العقد الدولي بأن يتولى الأطراف بصفة صريحة تعيين القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، فيعتبر هذا الاختيار عنصر من عناصر الإسناد من خلاله يتم فض النزاع إذا توفرت شروط تطبيقه[3].

يتم التعبير عن الإرادة وفقا للقواعد العامة بكل وسيلة تكشف عما قصده المتعاقدون دون إتباع شكل معين يقيد عن 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 وغير محصورة وهذا وفقا لما تنص عليه المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري[4].

فتكون الإرادة صريحة إذا ما اتخذت مظهرا خارجيا مألوفا بين الناس يؤديها الإنسان مباشرة أو يؤديها بالوساطة كما لو تم استخدام الهاتف أو يكون بالكتابة في أي صورة من

---

[1]- علي علي سليمان، نفس المرجع السابق، ص 121.

[2]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 319.

[3]- يتولى القاضي الوطني تطبيق القانون الذي يعينه إرادة الأطراف بصفة صريحة وفقا للشروط التي يحددها المشرع الوطني ، كأن يكون مثلا القانون الذي تم اختياره له علاقة بالعقد وكذلك أن لا يخالف النظام العام الوطني وأن لا يكون قد تقرر له الاختصاص عن طريق الغش نحو القانون.

[4]- تنص المادة 1/60 من الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم على مايلي :
"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

صورها أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصده الإرادة[1].

يقصد بالإرادة الصريحة في مجال تنازع القوانين تولي الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على نحو صريح إعمالا لقاعده الإسناد التي جعلت من هذه الإرادة من خلاله يتم تعيين القانون المختص[2]، و يتم ذلك وفقا للأشكال تتناسب مع طبيعة هذا الإختيار، فيكون عن طريق إدراج النص في العقد أو اتفاق مستقل عن العقد سوآءا كان مكتوبا أو شفهيا حتى ولو كان أمام المحكمة المختصة قبل الفصل في النزاع تيسيرا على المتعاقدين وتحقيق فعالية قاعدة الإسناد التي تسند العقد الدولي لقانون الإرادة[3].

هناك حالات كثيره لا يختار فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد ويتم تحديده في وقت لاحق كما لو كان الأطراف يجهلون بأنهم بشأن إبرام عقد دولي أو أن طبيعة العقد عند إبرامه هو عقد داخلي وتغيير أحد عناصره لاحقا وألحقت به عنصرا أجنبيا، أو أنهم تجاهلوا عن قصد إثارة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق حتى لا يؤدي الخلافات بشأن هذا الموضوع إلى عدم إتمام العقد، ففي كل هذه الحالات يمكن للأطراف لاحقا الإتفاق على القانون المختص بما أن قاعدة الإسناد تمكنه من هذا الإختيار دون أن تحدد زمن ممارسة هذا الحق[4].

يتضح من كل ما سبق أن التعيين الصريح لقانون العقد الدولي يتخذ أحد الشكلين فيمكن أن يكون كتابة سواء كان ذلك عند إبرام العقد أو في إتفاق مستقل يكون بين لحظة إبرام

---

[1]- عبد المنعم فرج الصده، "التعبير عن الإرادة"، **مجلة الأمن والقانون**، السنة الخامسة، العدد الأول، كلية الشرطة، دبي، 1997، ص ص 2- 1.

[2]- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 26.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص ص 179-180.

[4]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص ص 472-473.

العقد إلى غاية عرض النزاع على القضاء، كما يمكن أن يكون الاختيار الصريح بصفه شفويه وإن كانت هذه الحالة الأخيرة تطرح صعوبات في اثبات هذا القانون المختص[1].

و اختيار الأطراف قانون العقد الدولي ما هو إلا تجسيد لما جاءت به قاعده الإسناد التي تبنت سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب تطبيق يمكن الأطراف تجسيد طموحاتهم في هذا القانون يجنبهم مخاطر تطبيق قانون لا يعرفون أحكامه مسبقا كما يجنب القاضي مشقة البحث عن هذا القانون إذا ما أراد البحث عن ما يسمى بالإرادة الضمنية. من هذه الأهمية أدت بمجمع القانون الدولي الخاص إلى تقديم توصيات تبين أهمية اختيار الصريح ويظهر ذلك في إحدى دوراته المنعقدة في مدينة أوسلو سنة 1977[2].

أبرز المشرع الجزائري على نحو صريح في اختيار العقد الدولي و يظهر ذلك في نص المادة 18 من ق.م.ج[3].

يعتبر الإختيار الصحيح لقانون العقد الدولي بمثابة الإسناد الأصلي في قاعده الإسناد من خلاله تبيين إرادة المتعاقدين لقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الخاص، كلما وجد هذا الإختيار يتولى القاضي بتطبيقه إذا ما اذا توفرت شروط جاءت بها قوانين الوضعية، هذا وفقا للمادة 106 من قانون المدني الجزائري التي تنص على أن**" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون".**

[1]-ALQUADA Meen, Exécution de contrat de vente international de marchandise,(Etude comparative du droit français et droit jordanien),Thèse pour le doctorat en droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, France, 1992, p79.

[2]- بوكلال مبروك و لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة القانون الاقتصادي وقانون لأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية،2012 ، ص ص 21-22.

[3]- تنص المادة 1/18 من الأمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري معدل و متمم على أن : **"يسري على الالتزامات التعاقدية ، القانون المختارمن المتعاقدين...".**

ثانيا : الإختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

قد يقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق بصفة صريحة في هذه الحالة لا يثور أي إشكال، فعلى القاضي تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين، لكن ليست إرادة الأطراف دائما صريحة بل هناك حالات لا يتم الإفصاح عن رغبتهما في اختيار قانون معين على عقدهما سوآءا كان ذلك عمدا أو عن طريق الإهمال، ففي حالة سكوتهم عن تحديد القانون المختص يتعين على القاضي البحث عن النية الضمنية للمتعاقدين وذلك انطلاقا من ظروف الحال وملابسات التعاقد حيث أن الإسناد الضمني في اختيار القانون الواجب التطبيق إرادة حقيقية بالرغم من عدم إعلانها من قبل المتعاقدين[1].

ففي كل هذه الحالات تطرح مسألة البحث عن قانون الإرادة الضمنية التي تستخلص من مختلف الظروف والملابسات التي تبين وجودها والتي هي عبارة عن إرادة حقيقية غير معلنة تكون بجانب الإرادة الصريحة إسناد أصلي للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي[2].

غير أن فكرة الاختيار الضمني لا تدفعنا إلى الاعتقاد أن الإرادة غير موجودة بل غير معلنة عنها فقط، وتظهر مهمة القاضي في استنتاج هذا الاختيار عن طريق تفسير العقد وبالتالي يمكنه تحديد انصراف إرادة الأطراف إلى قانون دولة معينة ولو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا القانون لأنهم يضعون بعض البنود في عقدهم تحدد بطريقة غير مباشرة أن هذا القانون هو الواجب التطبيق على العقد[3].

أخذت بعض التشريعات الوطنية بالإرادة الضمنية للمتعاقدين بكيفية واضحة لا لبس فيه وجعلتها تحتل الدرجة الثانية بعد الإرادة الصريحة يتولى القاضي الكشف عنها من خلال

---

[1]- يونس صلاح الدين و وسام محمد خليفة، "القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد4 ، العدد 15 ، العراق، السنة2004، ص 13.

[2]- POMMIER Jean-Christophone, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, Paris, 1992, P97.

[3]- قريمس مريم، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2015، ص37.

مجموعة من القرائن تبين على نحو مؤكد اتجاه نية المتعاقدين إلى اختيار هذ القانون[1]،ومثال ذلك المادة 2/60 من ق.م.ج التي نصت على أن:**"... ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحا".**

ومن بين التشريعات العربية التي برزت دور هذه الإرادة نجد ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 19 من القانون المدني والتي تنص على أن :**"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"**[2].

هناك بعض التشريعات لم يبين فيها المشرع بصفة صريحة مدى الأخذ بالإرادة الضمنية ويظهر ذلك مثلا فيما ورد في نص المادة من القانون المدني الأردني على ما يلي:**" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"**.

كما لم يبين المشرع الجزائري موقفه بصفة صريحة من الإرادة الضمنية وذلك بالنظر إلى ما ورد في المادة 18 من ق.م.ج ، فيوحي ظاهر النص أنه تم الأخذ بالإسناد الصريح دون الإسناد الضمني، وكان باستطاعة استدراك هذا الغموض بعد تعديل قواعد الإسناد سنة 2005 للفصل بصفة نهائية عن التساؤلات التي كانت تخص بشأن هذه الإرادة – الإرادة الصريحة- بعد صدور الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني و الذي جسد للمرة الأخرى بعد تعديل نص المادة في 2005 بموجب قانون 05-10 التضمن تعديل القانون المدني.

[1]- CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3e édition, Vuibert, France, 2007, p 271.

[2]- يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة،" القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي"، المرجع السابق ، ص16.

يوحي هذا التجاهل إلى أن المشرع استبعد دورها –الإرادة الضمنية- في مجال العقود الدولية حيث يتم تطبيق الضوابط الإحتياطية في حالة عدم وجود الإختيار الصريح لعقد الدولي[1].

المطلب الثاني : القيود التي ترد على حرية الأطراف في الإختيار

للأطراف في مجال الالتزامات التعاقدية الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة و إنما ترد عليها قيود محددة تجعل من حرية الأطراف في اختيار القانون حرية نسبية، و على ذلك يمكن لنا التطرق من خلال هذا المطلب لبعض هاته القيود في ثلاث فروع يتضمن الفرع الأول وجوب توافر الصلة بين القانون المختار بالمتعاقدين أو العقد ، و الفرع الثاني يتضمن القيود الخاصة بإعمال القانون الأجنبي ، إضافتا إلى حالة وجود معاهدة دولية سارية المفعول أو نص قانوني وارد في قوانين خاصة في الفرع الثالث.

الفرع الأول : وجوب الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد

اختلف الفقه حول وجوب الصلة بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد، و قد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وغالبية القائلين بهذا الرأي هم عادة من أنصار المدرسة الشخصية الذين يطلقون حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد استنادا إلى ما للإرادة من سلطان غير مقيد في هذا الصدد و أساس ذلك هو أنه مادام العقد دولي يرتبط بأكثر من قانون دولة واحدة هو

[1]- اختلفت الآراء بشأن موقف المشرع الجزائري من الإرادة الضمنية، فهناك من يرى أن المشرع استبعدها من نطاق إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة وذلك بالنظر إلى الصياغة التي وردت بها المادة 18 من الأمر75 -58 المتضمن القانون المدني قبل تعديله كون المشرع أسقط كل ما يفيد البحث عن هذه الإرادة ويتضح ذلك إذا ما أجرينا مقارنة بين نص المادة 19 من القانون المدني المصري التي هي أصل المادة 18 من ق.م.ج.
على خلاف ذلك هناك من يأخذ بهذه الإرادة في الحالات التي تكون هناك مؤشرات من خلالها يمكن التوصل إلى استخلاص هذه الإرادة، أما البعض الآخر فضل ترك هذه المسألة للقضاء للفصل في هذه المسألة.
الاتجاه الغالب يؤكد الأخذ بالإرادة الضمنية باعتبارها تعبر عن وجود الت ا رضي بشأن تصرف قانوني و إن كانت تأتي في الدرجة الثانية بعد الإرادة الصريحة.

إذا يفلت من الخضوع لأي نظام قانوني محدد و من ثم يكون للمتعاقدين مطلق الحرية في تنظيمه وفقا للقواعد التي يرونها عملا بمبدأ سلطان الإرادة في مجال الروابط العقدية.

و يرتب بعض المناصرين لهذا الإتجاه على ما تقدم نتيجة هامة، و هي قدرة المتعاقدين على تحرير العقد من الخضوع لقانون دولة معينة، بحيث يبقى العقد على هذا النحو طليقا لا يخضع إلا لما يتضمنه من شروط تعاقدية اتفق عليها الطرفان، أو للعادات و الأعراف التجارية الدولية السائدة بين المتعاملين. و هذه هي فكرة العقد الدولي الطليق و الذي لا يخضع لقانون دولة محددة.

انتّقد هذا الإتجاه من قبل الفقه المناصر للمدرسة الموضوعية ، فإرادة الأطراف كما يقول الأستاذ **{باتيفول}** لا تقوم باختيار القانون الذي تريده و إنما هي تتولى فقط تركيز العلاقة العقدية و من ثم يسري قانون المكان على العقد بوصفه واقع إجتماعي ينتمي بالضرورة إلى نظام قانوني محدد.

و يرى البعض أن التسليم بهذا النظر سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد و ذلك بمفاجأتهم بتطبيق قانون غير ذلك الذي وقع عليه اختيارهم، و هو ما ينال من الأمان القانوني المتطلب في المعاملات الدولية بوصفه من الأهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص المعاصر[1].

بالاطلاع على نص المادة 18 من ق.م.ج نلاحظ أنّ المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية لأنصار فقه المدرسة الموضوعية على غرار أغلب التشريعات المقارنة، حيث جعل من اختيار المتعاقدين للقانون الساري على عقدهم في جانبه الموضوعي مقيد بوجود رابطة بين القانون المختار و أطراف العقد أو العقد بذاته، و هو ما يستصاغ من نص المادة 18 **"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت صلة حقيقية بالمتعاقدين.."**.

[1]- هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ص 340-341.

فمن الواضح أن المشرع الجزائري قيد اختيار المتعاقدان بتوافر صلة ما بين العقد أو المتعاقدان وبين القانون المختار، لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدهما قانونا لا صلة له مطلقا بهما ولا بعقدهما دون أن يكون من وراء ذلك تحايل أي هروب من القانون الواجب التطبيق لأن الغش نحو القانون وسيلة يتبعها القانون الأجنبي.

و بالتالي ينحصر اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية في القانون الأوثق صلة و رابطة بالمتعاقدين كأن يكون الجنسية أحدهما أو قانون موطنه، أو قانون تنفيد العقد، أو قانون موقع المال محل التعاقد.

و يترتب على ذلك أنه إذا تبين للقاضي أن القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين لا يمد بأي صلة بالمتعاقدين أو بالعقد فقد أصبح من صلاحياته بل من واجبه أن يصحح هذا الإختيار و يطبق القانون الأوثق صلة بالعلاقة و الذي تجاهله الأطراف.

الفرع الثاني : القيود العامة الواردة بشأن تطبيق القانون الأجنبي

إعمالاً لقاعدة الإسناد قد يعطي الاختصاص لقانون أجنبي و يكون بالتالي واجب التطبيق و مع ذلك قد تتوفر بعض الحالات تؤدي بالقاضي الوطني إلى استبعاد هذا القانون، فمن جهة قد تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة للمبادئ السائدة في دولة القاضي فيتم هنا استبعاد هذا القانون و يمنع على القاضي الوطني تطبيقه، و هذا ما يسمى بالدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي**(أولا)**، و من جهة أخرى قد يتضح للقاضي أن القانون الواجب التطبيق لم يكن مختصاً في الحقيقة إلا نتيجة تحايل من قبل الأطراف و ذلك من خلال تحايلهم على ضابط الإسناد، فيمتنع القاضي عن تطبيق هذا القانون، و هذا ما يسمى بالدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي**(ثانيا)**.

أولا: مخالفة النظام العام

تأخذ معظم التشريعات بفكرة النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية، و هو ما فعله المشرع الجزائري حيث تقضي المادة 24 من القانون المدني بأنه **"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون"**[1]، و بالتالي سنقوم بتبيان المقصود بفكرة الدفع بالنظام العام **(1)**،إضافتا إلى كيفية الدفع بهذه الفكرة بغرض استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق **(2).**

1-المقصود بالنظام العام :

يتفق الفقه القانوني على صعوبة إيجاد تعريف للنظام العام بحيث يعرفه الفقيه **{ليوم دوجي}:"النظام العام بالمصلحة الاجتماعية التي تكون وفقا للنهج المتعارف عليه في دولة معينة"**[2] ،بينما يعرفه جانب أخر **"وسيلة قانونية يستبعد فيها في النزاع المطروح أما القاضي و الذي يكون الاختصاص معقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكام هذا الأخير مع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي "**[3].

و بغض النظر عن الاختلافات الفقهية في هذا المجال يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المبادئ الأساسية السائدة في دولة ما سواء كانت هذه المبادئ سياسية ،اجتماعية ،خلقية ،دينية و اقتصادية[4].

[1]- راجع المادة 24 من القانون 05/10 السالف الذكر.

[2]- MALAUX philipe , l'ordre public et le contrat , étude de droit civile comparé , France , Angletaire , URSS , tome 1 (S.A.E) , p232.

[3]- سليمان أحمد فضيل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر و التوزيع، 2011، ص 81.

[4]- بن عصمان جمال ، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015، ص 27.

2- الدفع بمخالفة النظام العام :

إذا كان دور النظام العام في إطار القانون الداخلي هو إبطال كل تصرف يتعارض مع هذا النظام ،فإن دوره في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام، و يشترط من أجل إمكانية التمسك باستبعاد القانون الأجنبي أن يكون هذا الأخير هو واجب التطبيق أي مما اتفق أطراف العقد على تطبيقه في عقدهم وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، و يستوي أن يكون قانون الموطن أو الجنسية أو أي قانون له صلة حقيقية بأطراف العقد المتنازعة [1]، إضافتا إلى جوب أن يكون هناك تعارض فعلي بين القانون الأجنبي المختار و المبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي الوطني[2]، و لا يتحقق ذلك إلا إذا كان هذا التعارض واضحاً وجلياً ويمكن للقاضي الاستدلال على ذلك من خلال قرائن عديدة لعل من أهمهما أن تطبيق القانون الأجنبي سوف يؤدي إلى بغض وعدم رضا المجتمع المحلي[3].

و من جهة أخري فإن تقدير القاضي لمدى مخالفة القانون الأجنبي لنظام العام في دولته يكون وقت نظره في النزاع المطروح أمامه، فالعبرة بزمن مباشرة الدعوى أمام القضاء، على خلاف قواعد الإسناد فوقت تحديد قواعد الإسناد لقانون معين يكون بنشوء الحق[4]، فيترتب على شرط حالية النظام العام أن القاضي لا يعتد بالمخالفة السابقة للنظام العام وقت نشو الحق حيث أن العبرة بوقت النظر في النزاع، وكذلك فإن العلاقات القانونية القائمة في ظل تغير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد[5].

[1]- أنظر : هشام صادق، المرجع سابق ص327. و أعراب بلقاسم، المرجع سابق، ص 181.
[2]- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 28.
[3]- زياد الحليف العنزي، المرجع السابق، ص 392.
[4]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري-مقارنا بالقوانين العربية-، الجز الأول، ط 2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008 ، ص 294.
[5]- نسرين شريقي، سعد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، (د.ط)، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013 ، ص 107.

و تجدر الإشارة أنه لا يمكن إثارة هذا الدفع متى كان بالإمكان استعمال وسيلة أخرى لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، و مثال ذلك استبعاد القاضي الوطني للقانون الأجنبي الذي اتفق عليه الأطراف في العقد لانعدام أي صلة بين هذا القانون و العقد أو المتعاقدين.

إن إعمال هذا الدفع يترتب عليه أثار و أهم أثر هو استبعاد القانون الأجنبي المختص، و هذا ما يسمى بالأثر السلبي للنظام العام، غير أن استبعاد هذا القانون يعني بالضرورة وجوب البحث عن قانون آخر يحل محل القانون الأجنبي المستبعد و يطبق بدله، حتى لا تبقَ العلاقة دون قانون يحكمها و هذا هو الأثر الإيجابي للنظام العام.

يذهب غالبية الفقه إلى القول بتطبيق قانون القاضي، و سايره في ذلك قضاء العديد من الدول كالقضاء الفرنسي و المصري، غير أنه قد يحدث ألا يتعارض القانون الأجنبي كله مع النظام العام و هذا ما يعرف بالتعارض الجزئي، على سبيل المثال كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد يجيز هذا العقد استنادا إلى سبب معين وكان هذا السبب مخالف للنظام العام في دولة القاضي، فإذا كان السبب ضمن الأسباب التي يرتكز عليها وجود العقد وكان مخالف للنظام العام هل نقوم بالرغم من أصحية الجوانب الأخرى للعقد بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد بصفة كلية أم أننا نطبق قانون القاضي فقط في الجزئية "أي السبب المعارض" التي تتعارض مع النظام العام ؟ و تبقى المسائل الأخرى التي لا تمس هذا الأخير خاضعة للقانون الأجنبي؟ فيتم بالتالي الفصل في النزاع وفق قانونين:قانون القاضي و القانون الأجنبي.

إذا ما رجعنا إلى القانون الجزائري فسنجد أن المشرع قرر صراحة في المادة 24 قانون مدني وجوب استبعاد القانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام في الجزائر، كما قرر صراحة في الفقرة 2 من ذات المادة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، و بالمقابل لم يتم التعرض لمسألة التعارض الجزئي و إن كان يبدو من ظاهر نص

المادة 24 أن استبعاد القانون الأجنبي يجب أن يكون كلياً ليحل محله بالمقابل القانون الجزائري أيضاً بصفة كلية، و هذا ما يفهم من عبارة**" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي"[1].**

يكون للدفع بالنظام العام مفعولا حتى ضد الحقوق المكتسبة في الخارج و هو ما يعرف بالأثر المخفف، لعل أبرز مثال على ذلك مسألة الفوائد حيث نقضت المحكمة العليا بتاريخ 23 جوان 1984حكم قضاة الموضوع الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن القضاء الفرنسي، معتبرة أن هذا الحكم الذي أقرّ تطبيقاً للقانون الفرنسي عقد القرض بالفائدة بين الأفراد يعتبر مخالفاً للنظام العام في الجزائر و عليه فإن المحكمة العليا الجزائرية ترفض فكرة الأثر المخفف على الأقل عندما يتعلق الأمر بمخالفة القانون الأجنبي لنصوص قطعية تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية[2].

كما لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى و لو كان مفهوم النظام العام في كلتيهما غير مختلف[3].

ثانيا : عدم ارتكاب غش نحو القانون

لا يعد الدفع بمخالفة مقتضيات النظام العام الوسيلة الوحيدة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، إذ قد يحدث أن يقوم القاضي الوطني باستبعاد القانون الأجنبي متى ثبت له أن هذا الأخير لم يختص إلا نتيجة تحايل من قبل الأفراد، و هذا ما يسمى بالغش نحو القانون لهذا سنتعرض لمقصود هذه الأخيرة **(1)**، مع نتطرق إليها كألية لاستبعاد القانون الأجنبي **(2).**

1- المقصود بالغش نحو القانون :

تعددت التعاريف المقدمة لنظرية الغش نحو القانون بحيث عرفه جانب من الفقهاء بأنها :**"عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة"**[1] ،

[1]- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص ص 29-30.
[2]- كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 184.
[3]- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 185.

في حين ذهب جانب آخر للقول بأن الغش نحو القانون يتمثل:**" بالتعديل الإرادي النظامي الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي"**[2]، كما يعرف الغش نحو القانون **"بقيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة"**[3].

2- الدفع بارتكاب غش نحو القانون :

أخذ المشرع الجزائري بفكرة الغش نحو القانون ، حيث قضى في المادة 24 من القانون المدني بعدم جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الإختصاص نتيجة تغيير إرادي لضابط الإسناد، و المقصود بتغيير ضابط الإسناد هو أن يقوم الشخص إرادياً بالتحايل على هذا الضابط، كأن يقوم المتعاقد بتغيير جنسيته من أجل إجازة العقد الذي يعد في أساسه باطل وفقا للقانون الذي كان سيطبق لولا تحايل المتعاقد، ولا يكفي تغيير ضابط الإسناد بل يجب أن يكون هذا التغيير بسوء نية، و يظهر سوء النية هذا في تغيير ضابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق[4] .

و يترتب عن إعمال الدفع بالغش نحو القانون عدم نفاد العقد كجزاء يرتبه القانون على كل تحايل من أجل الوصول إلى الغاية المرجوة، و لا يمكن أن يشمل الجزاء بطلان التصرف حيث أن هذا الأخير لا يتقرر إلا بموجب الدولة التي نشأ فيها التصرف، وبذلك لا يمكن للقاضي مثلا أن يقضي ببطلان تجنس الجزائري بالجنسية الفرنسية، إذ هذه المسألة لا تختص بها سوى السلطات الفرنسية و بذلك فالجزاء في هذه الحالة لا يتمثل في بطلان العقد و إنما

[1]- نادية فضيل، الغش نحو القانون، (د.ط)، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 53.
[2]- عبد الرسول كريم أبو صيخ، " أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد "، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 19 ، جامعة الكوفة، العراق، 2010، ص 91.
[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 187.
[4]- بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص ص 32-33.

في عدم نفاذ العقد[1]، و تجدر الإشارة إلى أن الجزاء يسري على الوسيلة المتمثلة في تغيير ضابط الإسناد و الغاية التي يسعى إلى تحقيقها الشخص المتحايل من أجل التهرب من القانون الواجب التطبيق و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي و غالبية الفقه، إذ برر هذا الأخير شمولية الجزاء للوسيلة و الغاية معا بأنه يأدي من جانب إلى السهولة في تطبيقه، و من جانب أخر إلى عدم مضاعفة بدون وجه حق للجزاء ليشمل أثارا أخرى لم يكن للشخص المرتكب للغش قد أراد الإفلات بشأنها من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة[2].

الفرع الثالث : حالة وجود معاهدة دولية

أو نص قانوني وارد في القوانين الخاصة

تكريسا لمبدأ سمو المعاهدة على التشريع الوطني و مبدأ الخاص يقيد العام أحال المشرع الجزائري الإختصاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لغير المتعاقدين و هذا في حالة وجود نص خاص أو معاهدة دولية نافدة في الجزائر، التي تتكفل برسم حدود القانون الذي يحكم العقد سواء في شكله أو في موضوعه حسب نص المادة 21 من القانون المدني و التي تقضي **"لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة د ولية نافذة في الجزائر"[3].**

و يعد هذا بمثابة قيد أخر و الذي يحد من حرية المتعاقدين في الإختيار، و يسري هذا القيد كمبدأ عام على قواعد التنازع المشار إليها في المواد انطلاقا من المادة 9 إلى 20 من القانون المدني، و التي من ضمنها قواعد الإسناد المطبقة على الالتزامات التعاقدية .

ويستمد النص أساسه من الدستور الجزائري الصادر سنة 2016 تحديدا في المادة 150 التي جاء فيها **"المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط**

[1]- نفس المرجع، ص 36.
[2]- أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 196 و 197.
[3]- المادة 21 من القانون 05/10 السالف الذكر

المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون" [1] مما يأكد مبدأ سمو المعاهدة على التشريع الوطني، و يقصد بالمعاهدة في هذا الإطار بأنها اتفاق بين دولتين أو أكثر من أجل إيجاد حل لمسألة معينة ، و تعتبر المعاهدات أهم مصدر للقانون الدولي الخاص و يظهر دورها في كونها تهدف إلى وضع حلٍ للصعوبات الناتجة عن اختلاف القوانين بين الدول من خلال توحيد ضوابط الإسناد بين الدول المتعاهدة و كذاك القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع مباشرة[2]، و يأخذ بها القاضي على سبيل الإلزام حتى و لو كانت متعارضة مع نصوص التشريع الوطني أو حتى مع إرادة المتعاقدين في مجال الالتزامات التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

تولت بعض الاتفاقيات الدولية توحيد قواعد الإسناد بشأن بعض العقود ذات الطابع العالمي لوضع حد لمشكلة اختلاف القوانين الواجبة التطبيق عليها، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية **لاهاي** لسنة 1955التي تبنت القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية وذلك في نص المادة الثانية منها والتي تنص على أن:

« La vente et régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes.

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat ».

كما اتجهت اتفاقية **لاهاي** لسنة 1986 التي تبنت القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع إلى توحيد قواعد الإسناد بشأن القانون الواجب التطبيق على هذه البيوع، وظهرت هذه الرغبة من خلال ديباجة الاتفاقية التي وردت على النحو التالي:

---

[1]- مرسوم 96-438 ، يتعلق بإصدار نص تعديل دستوري المصادق عليه في استيفاء 28 نوفمبر 1996 ، ج.ر.ج.ج.د.ش ، العدد 76 ، 1996 ، المعدل و المتمم بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأول ، ج.ر.ج.ج.د.ش ، العدد 14 ، سنة 2016.

[2]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 28-29

« Les états partis à la présente convention, Désirant unifier les Règles de Conflit de loi relative aux contrats de vente internationale de marchandises… ».

تبنت المادة السابعة من هذه الاتفاقية قدرة اختيار قانون العقد الدولي والتي تنص على أن:

« La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être expresse ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble.

Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrats ».

كرست اتفاقية **روما** التي تبين القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على نحو عام قدرة اختيار قانون العقد الدولي[1] وجعلت منه أهم وأبرز المبادئ التي يعتمد عليها لفض مشكلة تنازع القوانين بشأن العقود الدولية ويظهر ذلك بصفة جلية في المناقشات التي جرت عند تبني اتفاقية روما والتي تعرف **(Règlement Rom)**[2]. حيث لم يتعرض المبدأ الكلاسيكي المتمثل في قدرة اختيار قانون العقد الد ولي الذي جاءت به اتفاقية روما

[1]- اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
-convention Rome 1 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelle.
تنص المادة الأولى من الاتفاقية على أن :
« Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, Aux obligations contractuelles relevant de la matière civil et commerciale ».

[2]- اعتبرت اتفاقية روما 1 اختيار قانون العقد الدولي الركيزة الأساسية التي تقوم عليها العقود الدولية وهذا وفقا ما نص عليه العنصر 11 من الديباجة والذي ينص على أن :
« La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles ».

لسنة1980 لأي تعديل وذلك بعدما أكدت عليه نفس المادة من اتفاقية روما لسنة 2008 وبنفس الصيغة.

و هناك بعض من الاتفاقيات التي أكدت على حرية الأطراف في الاختيار بناءا على قاعدة إسناد قانون سلطان الإرادة، كاتفاقية واشنطن لسنة 1965، والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية النزاعات الدولية في مجال الإستثمارات، حيث نصت في مادتها 42 على ما يأتي: **"تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع.**

و إذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة يتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع".

يتبّين من هذه المادة أن الاتفاقية منحت الحرية للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق، أي أن قاعدة الإسناد هنا هو قانون سلطان الإرادة، غير أنه عند عدم توصل الأطراف المتنازعة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن الاتفاقية هي التي تحدد، و بالتالي فإن القاضي ملزم بما يقرره الأطراف المتنازعة و عند سكوتها فهو ملزم بما تقرره الاتفاقية[1].

هذا من جهة الاتفاقيات و المعاهدات الدولية ، و من ناحية أخرى يجب احترام النصوص الواردة في القوانين الخاصة، و التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية طبقا لمبدأ الخاص يقيد العام ، و يقصد بهذا المبدأ القانوني الهام أن القانون الخاص الذي ينظم مسألة ما بشكل خاص، كالقانون المصرفي فهو تشريع خاص ينظم مسألة تنازع القوانين في مجال العمليات البنكية، حيث تكون لهذه الأحكام الأولوية في التطبيق إذا تعلق الأمر بالقانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية حتى و لو أقرت بتطبيق قانون غير القانون الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

[1]- كمال عليوش قربوع ، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 315.

خارج هذه الأوضاع المتعلقة بالقوانين ذات الطابع الخاص و ما تم بشأنه عن طريق المعاهدات الدولية، فإن المشرع الجزائري وضع لها طابع عام و هو ما هو منصوص عليه في المادة 18 من ق.م.ج.

المبحث الثاني : الضوابط الإحتياطية المطبقة في ظل غياب الضابط الأصلي (قانون المختار)

قد لا يتفق الأطراف صراحة على قانون معين، في مثل هذه الحالة وضعت المادة 18 من ق.م.ج ضوابط احتياطية جاءت وفق ترتيب يفيد الأولوية، إذ أمام انعدام الاتفاق على القاضي أن ينظر في جنسية الأطراف أو موطنهم، فإذا وجدها مشتركة بأن كان طرفا العقد يحملان نفس الجنسية أو كان موطنهما واحداً طبقا قانون الجنسية أو قانون الموطن بحسب الأحوال، لكن مثل هذا الاتحاد قد لا يتحقق في كل الأحوال في مثل هذه الحالة على القاضي الرجوع إلى قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد.

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، حيث يخصص المطلب الأول لدراسة قواعد إسناد المتعلقة بالمتعاقدين، أما المطلب الثاني فيخصص لضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد.

المطلب الأول : إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين

للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية استنادا إلى قاعدة من قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون القاضي المطروح عليه النزاع، فضوابط الإسناد مثل الجنسية و الموطن...الخ تعتبر وسيلة في يد الأفراد فتصبح قابلة للتغيير وفقا لإرادتهم، لكن مسألة تطبيق هذا المبدأ على العقد يفرض علينا تحديد هذا القانون بصفة دقيقة[1].

[1]- مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2016/2015، ص 39.

و من هذا المنطلق سنحاول التطرق لضوابط الإسناد ذات الصلة بالمتعاقدين في فرعين، يتضمن الأول قانون الموطن المشترك أما الثاني فسيخصص لقانون الجنسية المشتركة.

الفرع الأول : ضابط الموطن المشترك

للموطن أهمية في تشريعات الدول و من ضمنها التشريع الجزائري كضابط إسناد احتياطي إذ خول المشرع الجزائري للقاضي المختص باعتماد ضابط الموطن للمتعاقدين باعتباره من ضوابط الإسناد التي تساعده وترشده إلى القانون الواجب التطبيق، ولهذا الضابط إطار قانوني سواءا في الشق المفاهيمي **(أولا)** ،ولا يمكن إعماله إلا بتوفر مجموعة من الشروط القانونية**(ثانيًا).**

أولا : المقصود بضابط الموطن المشترك

اختلف الفقهاء حول تعريف الموطن إذ عرفه الفقيه **{سافيني}** بأنه**" المحل الذي يختاره الشخص اختيارا حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً و ليكون مركزاً لصلاته القانونية و لأعماله"**[1]، وعرفه الفقيه **{ستوري}** بأنه **"الجهة التي اتخذها الإنسان مأوى له بصفة حقيقية وثابتة و مستمرة و جعل فيه مركز لأشغاله و إذا غاب عنه كان عنده نية العودة إليه"**، وعرفه الفقيه **{دايسي} "أنه الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص، ولكنه يجوز أن يكون في بعض الأحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيماً فعلاً ام لا"**[2].

و من حيث الجانب القانوني تطرق المشرع الجزائري إلى تعريفه في المادة 36 من القانون المدني أين تعتبر هذه الأخيرة أن موطن كل جزائري **"المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن"**[3]. إلا انه لم يبين

---

[1]- عبد الحميد أبو هوف، القانون الدولي الخاص في أروبا ومصر، (د.ط)، منشأة المعارف، مصر، 1924، ص 82.

[2]- هشام علي صادق ، الجنسية و الموطن و مركز الأجانب ، ط2، منشأة المعارف، مصر، 1976، ص 699.

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

الموطن كضابط في حل مسائل تنازع القوانين و كذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي عرفه بأنه **"المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة و يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن.."**[1] و المشرع الفرنسي الذي عرفه بأنه **"مكان عمل الشخص الرئيس الذي يتعلق بممارسة حقوقه المدنية"**[2].

وبهذا يتبين لنا أنه لا يوجد تعريف للموطن وفقا لمفهوم القانون الدولي الخاص، وإنما هو معّرف وفقا للتشريع الداخلي للدول، والذي اختلفت النظم القانونية بشأن تحديد مفهومه.

ويعتمد الموطن كأحد الضوابط الإحتياطية إلى جانب الجنسية لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل العقود الدولية ، حيث يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في المسائل التي تتعلق بالالتزامات العقدية ، وقد أخذ بهذا الحكم المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني التي تنص في فقرتها الثانية على **"يسري على الالتزامات التعاقدية ... و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك.."**[3].

ثانيا: شروط إعمال ضابط الموطن المشرك

يستوجب لتطبيق قانون الموطن أن يكون هذا الأخير قانوني**(1)**، و كون الشخص عديم الجنسية **(2)**.

1- شرط أن يكون الموطن قانوني :

ينبغي لإعمال قانون الموطن المشترك أن يكيف هذا الأخير بأنه موطن قانوني، والمقصود به المكان الذي يباشر فيه الشخص مصالحه وحقوقه الأكثر ارتباطا به وكذا تلك الرابطة القانونية التي تربط الشخص بالدولة أو البلد والذي يعتبر مكان تواجده الرئيسي أي المركز المستقر والذي يُقيم فيه بصفة مستمرة فلابد من توافر ركنان أولهما الركن المادي و يتجسد في الإقامة المعتادة في إقيلم معين ثم يستقر فيه، أما الركن الثاني فهو الركن المعنوي

[1]- راجع المادة 40 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
[2]- راجع المادة 102 من القانون المدني الفرنسي، الصادر في عام 1804.
[3]- المادة 18 من القانون رقم 10-05 السالف الذكر.

والذي يتمثل في نية البقاء في ذلك المكان لمدة غير محدودة خاصة و أنّ عامل النية هو الذي يُميز بين الموطن والإقامة [1].وبالمقابل هنالك موطن إختياري أو يختاره الشخص لتنفيذ أعماله القانونية فيقيم به بصفة مؤقتة أو عابرة فلا يعد موطناً من الناحية القانونية[2]، ونطلاقاً من ما تم التطرق إليه فإن القاضي لحل مشكل تنازع القوانين في جانب الالتزامات التعاقدية ولتطبيق قانون الموطن المشترك كضابط أول للإسناد يجب عليه أن يبحث أولاً على الموطن الحقيقي لأطراف الرابطة القانونية.

2- شرط أن يكون الشخص عديم الجنسية :

ضمن الشروط الواجب توافرها لتطبيق قانون الموطن المشترك كضابط إسناد أن يكون المتعاقد عديم الجنسية، ومسألة عديم الجنسية شكلت جدال فقهي، حيث يرى جانب من الفقه أن القانون الواجب التطبيق هو قانون آخر جنسية كانت لذلك المتعاقد قبل انعدامها، أمّا الجانب الثاني فيذهب للقول بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون ميلاد الشخص عديم الجنسية خاصة أن للموطن أهمية قصوى في مجال التنازع السلبي أين يبررون دوره في تحديد القانون الشخصي لعديم الجنسية بقانون موطنه أو موطن محل إقامته[3].

جعل المشرع الجزائري حالة عديم الجنسية ضمن الحالات التي يطبق فيها قانون الموطن المشترك، وذلك في المادة 44 فقرة الأخيرة والمنصوص فيها" **وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن..**"[4].

---

[1]- هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص101

[2]- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 62.

[3]- إبراهيم عباس الجبوري، "دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص " ظن مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية و الإنسانية، العدد 43، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بابل، 2019، ص1280.

[4]- المادة 44 من القانون 05-10، السالف الذكر.

الفرع الثاني : ضابط الجنسية المشتركة

بالإضافة إلى قانون الموطن المشترك، يشكل قانون الجنسية ضابط إحتياطي في إسناد المسائل المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، لذلك سنقوم بدراسته من خلال التطرق إلى مفهوم هذا القانون **(أولا)**، و الإشكالات التي يثيرها **(ثانيا)**.

أولا : المقصود بضابط الجنسية المشتركة

أثار مفهوم الجنسية جدلاً فقهياً واسعًا حيث تعددت تعريفات هذا المصطلح فعرفها البعض بأنها انتساب الشخص قانونًا للشعب المكون للدولة أو تبعية قانونية للسكان المكونين للدولة[1]، في حين يرى الجانب الآخر أن الجنسية : **"رابطة قانونية تربط الإنسان بدولة ذات سيادة"**[2]، بينما ذهب بعض الفقه للقول أن الجنسية **"رابطة سياسية وقانونية تنشأ بإ رادة الدولة باعتبارهما شخصاً دوليا قد تجعل الفرد رعيته أي عضو في الجماعة الدولية"**[3] ، و قد تبنى المشرع الجزائري قاعدة الجنسية المشتركة كضابط إسناد لحل المنازعات القانونية التي تترتب على العقود الدولية ، ووضعها بنفس مرتبة قانون الموطن المشترك ، و هذا ما يظهر جليا في نص المادة 18 من القانون المدني **"... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"**[4].

ثانيا : حالة تعدد الجنسيات أو انعدامها أو عدم معرفتها

و هي من الإشكالات هي يرتبها قانون الجنسية في حالة ما إذا كان الشخص المتعاقد يحمل أكثر من جنسية، أو لا يحمل جنسية على الإطلاق أي معدوم الجنسية أو لا تعرف له جنسية محددة .

---

[1]- عمر أبو بكر خشاب، أحكام الجنسية و مركز الأجانب في مجلس التعاون الخليجي –دراسة مقارنة-، ط1 ، (د.د.ب)، السعودية، 1990، ص 70.

[2]- علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،، ص 57.

[3]- أمحمدي بوزينة أمينة ، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة حسين بوعلي، الشلف ، 2020/2019 ، ص 09.

[4]- قانون رقم 10-05 ، السالف الذكر.

و في مثل هذه الفروض ، على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يبحث حول الحل الواجب الإتباع لتعيين القانون الواجب التطبيق ، سواء عند تعدد الجنسيات **(1)**، أو في حالة انعدام أو عدم معرفة جنسية الشخص الذي أثير حوله النزاع**(2)**.

1- القانون الواجب التطبيق عند تعدد الجنسيات :

يطرح ضابط الجنسية مشكلة الشخص متعدد الجنسيات و عندما يواجه الفقه هذه المشكلة يفرق عادتا بين فرضين أساسيين فإذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات التي يحوزها الشخص، فلا خلاف بين الفقه في وجوب الاعتداد بجنسية دولة القاضي.

و بالتالي إذا لاحظ القاضي الجزائري أن الشخص المتعاقد يتمتع بالجنسية الجزائرية، فعليه تطبيق القانون الجزائري على العقد دون الإعتراف بالجنسيات الأخرى التي يمتلكها المتعاقد[1].

و قد أقرّ المشرع الجزائري هذا الحل في الفقرة 2 من المادة 22 من القانون المدني **"غير أن القانون الجزائري يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".**

أما إذا لم تكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة ففي هذه الحالة يميل أغلب الفقه و القضاء إلى الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية كأساس للتفضيل في هذا الفرض، و هذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 2 أفريل 1955 والذي حمل في طياته الإعتداد بالجنسية الفعلية عند تعدد الجنسيات على أساس أن الجنسية الفعلية هي الجنسية التي تقوم على أساس ارتباط الشخص بإحدى الدول التي تتنازع جنسيتها، و يستدل عليها الفقه بعدة قرائن كمكان الإقامة و مقر عمله و رابط عائلته أو في الحياة العامة في الدولة[2].

[1]- هشام صادق، المرجع السابق، ص 249.
[2]- هشام صادق، المرجع السابق، ص 250.

و قد أقر المشرع الجزائري بهذا النظر و أخذ بتطبيق الجنسية الفعلية عند تنازع الجنسيات و التي عبر عنها بالجنسية الحقيقية، و هذا ما يظهر جليا في نص الفقرة 1 من المادة 22 من القانون المدني **"في حال تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية"**.

2- القانون الواجب التطبيق عند انعدام الجنسية أو عدم معرفتها :

يتجه الفقه الراجح إلى إعمال معيار شبيه بمعيار الجنسية الفعلية من اخلال ارتباط الشخص الذي أثير النزاع حوله بقانون الدولة التي تجمعه به علاقة تتحدد أساسا في معيار الموطن، و ليس هناك ما يمنع القضاء الجزائري من تبني هذا الحل أو حتى تطبيق قانون محل الإبرام إذا تعذر تطبيق القانونين **"قانون الجنسية و قانون الموطن"** بالنسبة للنزاعات التي تثار بشأن شخص عديم الجنسية[1].

الفرع الثالث : المفاضلة بين قانون الجنسية المشتركة

أو قانون الموطن المشترك

لا يزال الجدال صاخبا في الفقه حول المفاضلة بين هذين الضابطين، الجنسية من جهة و الموطن من جهة أخرى.

فيرى أنصار الجنسية أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته هو أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بالمسائل الالتزامات التعاقدية، ويبرر هذا الإتجاه أن التحقق من انتماء الشخص إلى دولة معينة هو أمر ليس بالعسير، خلافا لما عليه الحال بالنسبة للموطن حيث يسهل للشخص تغييره، و يرتب الرأي السالف على هذه الحقيقية نتيجة هامة، إذ مادام أن تغيير الشخص لموطنه أكثر يسرا من تغييره لجنسيته ، فيكون من الخير إذن أن نعتد بضابط الجنسية بوصفه أكثر استقرارا من ضابط الموطن.

أما أنصار الموطن فهم يرون على العكس أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بموطنه هو أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة العقدية، ذلك أنّ استقرار الشخص في مكان

[1]- هشام صادق، نفس المرجع، ص 252.

معين يجعل ارتباطه بهذا المكان أقوى من ارتباطه بالدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. و حسب هذا الاتجاه أنه من غير الصحيح أن تغير الشخص لموطنه هو أمر يسير في جميع الأحوال كما ظن أنصار ضابط الجنسية، إذ الموطن لا يخضع في تغييره لسلطان الإرادة وحدها، كما و أنّ تحديد هذا الموطن في جميع الأحوال ليس أمرا عسيرا، بل العكس فإنه من اليسير التعرف على الموطن و تحديده.

و يضيف أنصار الموطن في النهاية حجة هامة مؤداها أنّ وحدة النظام القانوني الذي تخضع له الأسرة يقتضي الإعتداد بضابط الموطن، باعتبار أن الأسرة تتوطن عادة في مكان معين و إن اختلفت جنسية المتعاقدين[1].

و قد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 05.12.1910 أنّ قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية، كما يأخذ القضاء الألماني بقانون الجنسية المشتركة متى كان المتعاقدان ألمانيين، و اشترك المتعاقدين الجنسية هو القرينة الأولى في القانون الإيطالي، كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1955 بشأن بيع المنقولات المادية أخذت بقانون موطن البائع عند سكوت المتعاقدين[2].

في حين أن المشرع الجزائري لم يفاضل بين تطبيق القانونين حيث أن موقع ضابط الجنسية هو في المرتبة الأولى مع الموطن المشترك كضابطين احتياطيين من نفس المرتبة، يطبقان في حالة تعذر تطبيق الضابط الأصلي، وهو قانون الإرادة كأصل و يبقى هذا الأمر خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي من خلال الظروف و الملابسات التي يحملها النزاع.

[1]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص 246- 247.
[2]- علي علي سليمان، المرجع السابق،ص 114.

المطلب الثاني : إعمال ضابط الإسناد المتعلق بالعقد

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

على هذا الأساس وجب أن نتطرق في نقطة أولى إلى قاعدة مكان إبرام العقد **(الفرع الأول)**، و في النقطة الثانية تبيان التقييم الذي وجه لهذه القاعدة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول : قانون إبرام العقد

تاريخيا ظهرت هذه القاعدة قبل قاعدة سلطان الإرادة لذا وجب النظر في مضمون القاعدة **(أولا)**، و الوقوف عند أساسها الفقهي **(ثانيا)**، ثم بعد ذلك التعرض إلى كيفية معالجة القضاء الجزائري للمسألة **(ثالثا)**.

أولا : مضمون القاعدة

وفقا للمادة 18 من ق.م.ج فإن قانون بلد الإبرام لا يرجع إليه إلا في حالة عدم وجود اتفاق أطراف العقد على قانون معين، فيكون المشرع الجزائري قد جعل مكان إبرام العقد ضابطا إحتياطيا يتمثل مضمونه في إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد، فمثلا إذا أبرم العقد في الجزائر فإن القانون الواجب التطبيق على التزامات الطرفين هو القانون الجزائري أما إذا تم في بلد أخر يكون قانون هذا البلد هو القانون الواجب التطبيق[1].

و يلتزم القاضي الجزائري بأن يطبق ضابط الموطن المشترك أو ضابط الجنسية المشتركة أولا قبل اللجوء إلى ضابط محل الإبرام وفقا التدرج الوارد في نص المادة 18 في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف.

[1]- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 326

ثانيا : الأساس الفقهي للقاعدة

كما أشرنا سابقا كانت المدرسة الإيطالية تأخذ بهذه القاعدة التي تعني إخضاع العقد في شكله و موضوعه لقانون المحل لانصراف إرادة المتعاقدين الضمنية لتطبيقه ولإعمال قانون المحل يتطلب تعيين المكان و لا يوجد أي صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين[1]، بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين و هو عادتا ما يتم بالمراسلة، مما قد يثير صعوبة في تحديد المكان الذي يتم فيه إبرام العقد، فالمعروف أنّ هناك خلاف في المكان الذي يتم فيه العقد بالمراسلة، فالبعض يقول بأنه يتم في المكان الذي يعلن فيه القابل قبوله[2]،و البعض الآخر يقول بأنه يتم في المكان الذي تم فيه تصدير القبول إذ لا يستطيع القابل عندئذ أن يرجع في قبوله، في حين يذهب البعض الآخر إلى القول بأنه يتم في المكان الذي سلم فيه القبول و أكثر التشريعات تقضي بأنه يتم في المكان الذي يتم فيه العلم بالقبول، و يترتب على هذا الاختلاف في مكان إبرام العقد أن يختلف القانون الواجب التطبيق عليه فضلا عن أنّ مكان إبرام العقد قد يكون عارضا، و قد يرد اختيار مكان إبرام العقد ليطبق عليه قانونه، بأن هذا المكان يدّل أكثر من غيره على تفضيل المتعاقدين له و معرفتهم بقانونه كما أنّ مكان إبرام العقد هو مهد ميلاده، فضلا عن أنه واحد لا يتعدد[3].

نص المشرع الجزائري في هذا الصدد بموجب المادة 67 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: **"يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان و الزمان اللذان يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"**.

و باستقراء المادة أعلاه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول لدى الموجب في تحديد مكان الإبرام و بالتالي تطبيق قانون هذا المكان على العقد الناشئ بين المتعاقدين[4].

---

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 310.
[2]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 113-114.
[3]- نفس المرجع، ص 114.
[4]- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 328.

ثالثا : موقف القضاء الجزائري

على الأساس السابق استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة في نهاية القرن التاسع عشر، فجرى القضاء الجزائري على إخضاع العقد لقانون بلد الإبرام في الحالات التي سكت فيها المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا، و لعل القضاء قد عبر عن هذا الاتجاه تماما حينما قرر أنّ القانون الواجب التطبيق على العقد عند سكوت الإرادة عن اختيار هذا القانون صراحة أو ضمنا هو قانون بلد الإبرام، و ذلك فيما لو كان المتعاقدون مختلفي الجنسية، و مفاد ذلك أنه لو سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد، فعلى القاضي أن يطبق قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم المشتركة أو قانون الموطن المشترك، فإن اختلفوا في الجنسية أو الموطن و هو الوضع الغالب في العلاقات الدولية، تعين تطبيق قانون دولة إبرام العقد[1].

الفرع الثاني : تقييم ضابط محل إبرام

في مجال الالتزامات التعاقدية:

تبنّت معظم التشريعات قانون محل إبرام العقد على الالتزامات التعاقدية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون الإرادة صراحةً أو ضمناً من بينها التشريع الجزائري، و عليه يمكن القول أن إعمال ضابط قانون محل إبرام العقد يعد اسناد يعبّر عن وجود صلة حقيقة وجادة بين بين القانون والعقد، ويكفل هذا الضابط للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، فيضمن قانون محل إبرام العقد وحده الحلول القانونية[2].

لا كن و من جهة أخرى تلقت هذه القاعدة انتقادات هذا لأنها غالبا ما تكون عرضية أي ضرفيه، و بالتالي دون صلة بتركيز العقد، فيمكن أن تجرى المفاوضات في بلد و التوقيع في

[1]- جندوبي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011/2010، ص 58.

[2]- محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 54.

بلد أخر دون أن يكون ذلك البلد بلد إحدى المتعاقدين، حيث لا يكون هناك علاقة بالمصالح الإقتصادية للعقد مما يؤدي إلى أن يكون الإسناد غير منطقي.

زيادة على هذا يجب أن يأخذ تحديد القانون الواجب التطبيق بعين الإعتبار القصد من العقد و بالتالي فالفرض لا يمثل في الإبرام و إنما في تنفيد العقد.

على هذا الأساس اقترح الفقه الجزائري أن يكون قانون مكان تنفيد العقد بديلا عن قانون مكان إبرام العقد ، و حسبهم أن تركيز العقد يكون في مكان تنفيده لذا يكون تنفيد العقد موضوعيا و منطقيا ، فإذا أبرم عقد في بلد و تم تنفيده في بلد أخر فإن مكان التنفيد هو التي تكون له صلة بالمصالح الأطراف المتعاقدة.

و بالتالي يتمتع قانون مكان تنفيد العقد بالأفضلية بالمقارنة مع الإسناد المتعلق بمكان الإبرام لأن الأخير لا يبدو منطقيا حيث أن اهتمام المتعاقدين يكون موجها نحو تنفيد الإلتزام الأصلي للعقد[1]. و يعود أصل تطبيق هذه قانون مكان تنفيد العقد الفقيه الألماني **{SAVIGNY}** الذي اقترح في القرن 19 تطبيق هذا القانون كإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، يبدو من ذلك أن لكل عقد مكان ينفد فيه ، حيث تتجسد بطريقة موضوعية مقاصد الأطراف، و تكون نتيجة عملية تنفيد العقد في مكان تنفيده، و هي التي تظفي قيمة عليه، و تبين إذا نفد أو لم ينفد، و منها تنجر الأثار المتعلقة بالعقد. و تؤدي القاعدة إلى تطبيق قانون واحد على العقد، و من المستحسن أن يكون قانون مكان تنفيد العقد.

تعامل مع هذه القاعدة العديد من قضاء الدول و أخذ بتطبيق قاعدة محل تنفيد العقد كل من القضاء الألماني و سويسرا و إنجلترا.

كما أخد بالقاعدة النظام التحكيمي الفرنسي الجزائري في المادة 10 و تحديدا في الفقرة 4 التي تنص على مايلي:**"القانون الواجب التطبيق على الموضوع، هو قانون المكان الذي ينفذ فيه أهم جزء من العقد"**. و عملت العقود الجزائرية بهذا النظام، فنصت على ما يلي**:**

[1]- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 329-330.

"كل نزاع يثور بشأن تفسير أو تنفيد هذا العقد و الذي لا يمكن حله بالتراضي، يفصل فيه بالرجوع إلى النظام التحكيمي المبرم في 27 مارس 1983 بين الحكومتين الفرنسية و الجزائرية".

إن عبارة **"قانون المكان الذي ينفد فيه أهم جزء من العقد"** تعني أنه يكون للعقد أكثر من مكان تنفيد، و على هذا الأساس جاء الكلام على المكان الذي ينفد فيه أهم جزء من العقد، أي وجب البحث عن التصرف الذي يتم فيه تركيز مصالح الطرفين، في العلاقات التجارية بين الشركات الجزائرية و الشركات الفرنسية، فحتى إذا تم إبرام العقد بفرنسا و نفذ بالجزائر، فإن القانون الجزائري هو الذي سيطبق و العكس صحيح، يبقى على المحكم أو الهيئة التحكيمية أن تحدد ما يعتبر أهم جزء من العقد.

في الخلاصة يقول الأستاذ MEDJAD (k): **"إذا أرادت الأطراف المتعاقدة تجنب مثل هذه الإشكالات ما عليها إلا أن تحدد القانون الواجب التطبيق بوضوح مادام قانون سلطان الإرادة يسمح لها بذلك"[1].**

[1]- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص ص 331-332.

خلاصة الفصل الأول :

تولينا في هذا الفصل دراسة قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية انطلاقا من القاعدة الأصلية ألا و هي قانون الإرادة، و يتمثل مضمون القاعدة أن العقد الدولي يخضع للقانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة اختيار صريحا أو ضمنيا و ضمن نطاق يشمل تكوين العقد و أثاره.

إلا أن اختيار القانون المختار مرهون بمدى صلته و ارتباطه بالمتعاقدين أو بالعقد نفسه مع الإشارة إلى استحالة تطبيقه إذا كان مخالفا للنظام العام و الأدب العامة أو إذا تبين له الإختصاص بغش من القانون، أو كانت للاتفاقية اتجاه أخر في هذا الشأن.

و بهذه الإستحالة ستأدي حتما إلى تعذر تطبيق قانون المختار، مما دفع المشرع الجزائري إلى وضع ضوابط إحتياطية إلى جانب الضابط الأصلي و الأساسي للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و التي نص عليها في المادة 18 من القانون المدني و المتمثلة بالدرجة الأولى في ضابط الموطن المشترك و ضابط الجنسية المشتركة، و بدرجة أقل قانون محل الإبرام متى كان الإعمال بالضوابط الاحتياطية الألى غير ممكن.

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق

على شكل الالتزامات التعاقدية

تستعمل عبارة شكل التصرفات القانونية الواردة في نص المادة 19 من القانون المدني للتعبير عن الطابع الشكلي و القالب ضروري لإفراغ محتوى التصرفات القانونية و باعتبار أن العقد أحد التصرفات القانونية التي تتطلب شكل معين فإن ذلك يستوجب تحديد القانون المختص بحكم العلاقة العقدية التي يتخللها عنصر أجنبي من الناحية الشكلية بما أن شكل العقد لا يعد من المسائل التي تندرج ضمن مجال قانون الإرادة.

و بالتالي سنتطرق في المبحث الأول إلى تحديد ضوابط الإسناد المتعلقة بشكل العقد كتصرف قانوني بغرض الوصول إلى القانون الواجب التطبيق و في المبحث الثاني يقتضي منا تحيد نطاق تطبيق هذا القانون للكشف عن مقصود و محتوى المادة 19 من القانون المدني.

المبحث الأول: قواعد الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات القانونية

يتمثل القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية حسب ما كرّسه المشرّع الجزائري هو قانون محل إبرام العقد، و بالتالي يقتضي الأمر منا دراسة هذه القاعدة في مختلف جوانبها**(المطلب الأول)**، وباستقرار النصوص القانونية المؤطرة للقانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، فإن المشرع الجزائري جعل ضوابط يجوز إعمالها إلى جانب قاعدة قانون محل إبرام العقد، فلابد من دراسة وتحليل هذه الضوابط**(المطلب الثاني)** .

المطلب الأول : خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون المحل طبقا لقاعدة لوكوس

استقرت غالبية النظم القانونية على إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه **(locus regit actum)**، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة في المادة 19 من القانون المدني.

ينبغي لدراسة التطور التاريخي لقاعدة **(لوكوس)** البحث كيفية ظهورها كقاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص**(الفرع الأول)**، وبعد الإتمام من معرفة نشأة هذه القاعدة فلابدّ من معرفة أساسها القانوني، وذلك عن طريق دراسة مبررتها **(الفرع الثاني)**، إنّ الإقرار بإعمال بالإسنادات الأخرى يطرح إشكال حول إلزامية لقاعدة لوكيس **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول : التأسيس التاريخي للقاعدة(locus)

سبق لنا و أن قلنا أن قاعدة المحل تحكم التصرف، أي أن التصرف يخضع لقانون محل إبرامه ، يعني أن التصرف يخضع لهذا القانون من حيث الشكل و من حيث الموضوع، لما قال **{doumoulin}** بإخضاع موضوع التصرف قانون الإرادة و اقتصار مجال إعمال

قانون المحل على الشكل الخارجي للتصرف، وعلى ذلك فإن قاعدة المحل يحكم التصرف أصبح معناها هو **"المحل يحكم شكل التصرف "**[1].

تفطن إلى هذه التفرقة الفقيه **{باغتول }** و كان ذلك بمناسبة تعليقه على قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا من بلدة مودن أجرى وصية في فينيس وفقا لقانون هذه الأخيرة. و الذي يكتفي بحضور ثلاثة شهود كشرط لصحة الوصية. ثار النزاع أمام القضاء حول صحة الوصية نظرا لأن القانون الروماني، و الذي يخضع له الأجانب في فينيس، كان يشترط لصحة الوصايا حضور سبعة شهود. حكم قضاء فينيس مع ذلك باعتبار الوصية صحيحة فأقرّ **{باغتول}** هذا الحل على أساس أنه من حق الأجانب في فينيس أن يبرموا وصاياهم في الشكل الذي يقرره قانونها المحلي[2].

و قد أيد الفقه القديم للمدرسة الإيطالية هذا الحل الذي يستجيب إلى حاجة المعاملات الخارجية، لما يتضمنه من معنى التيسير على المتعاملين[3] ،ثم توسعت المدرسة الإيطالية في هذا الحكم و قالت أن هذه الوصية تعتبر صحيحة في كل مكان ما دامت قد تمت صحيحة في مكان عملها و كان ذلك سببا في تعميم الحكم على كل التصرفات القانونية في وضع قاعدة **(LOCUS REGIT ACTUM)**، غير أن فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة كانوا يقولون بتطبيق هذه القاعدة على كل تصرف، موضوعا و شكلا، على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمنا إلى اختيار قانون بلد الإبرام، واستمر الحال على هذا الوضع حتى جاء **{ديمولان}** و فصل بين الشكل و الموضوع، فما دام أن خضوع موضوع العقد لبلد إبرامه يفسر على أساس رضا المتعاقدين ضمنا بالخضوع لهذا القانون، فكأنّ هذه الإرادة قادرة إذن أن تختار قانون أخر يحكم الموضوع، وباستقرار الفقه على إخضاع موضوع العقد لقانون الإرادة خلال القران التاسع عشر أصبح مفهوما أن قاعدة إخضاع التصرف لبلد الإبرام مقتصرا فقط على الشكل الخارجي للتصرف بينما أخضع الموضوع لقانون الإرادة. و منذ هذا

[1]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص 485.
[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 374.
[3]- نفس المرجع، ص 374.

التاريخ اقتصرت القاعدة على الشكل الخارجي للتصرف، و أخذت بها أغلب تشريعات العالم[1].

الفرع الثاني : مبررات قاعدة (locus)

يرجع اتفاق معظم الدول على الأخذ بهذه القاعدة إلى سلامة الإعتبارات التي تقوم عليها، و اتفاق الحكم الذي قررته مع حاجة المعاملات الخاصة الدولية، فأساس هذه القاعدة هو التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد[2].لا سيما إذا ما اقتضى الأمر أن يتقدموا إلى من يقومون في هذا المحل بتحرير العقود ، الذي قد يتطلب تدخل سلطة عامة أو موظف رسمي كالموثق أو كاتب العدل، أو الهيئة القائمة في بلد إبرام التصرف، والتي لا تعمل إلاّ وفقا لقانونه[3]. و إذا احترم المتعاقدين الشكل الذي يتطلبه قانون المحل كان ذلك بمثابة اطمئنانهم على صحة تصرفاتهم و سلامتها من حيث المظهر[4].

بل لو افترضنا علمهم بأحكام قانون أخر فقد لا يتيسر لهم اتباع الشكل الذي يقرره هذا القانون، و هو ما قد يؤدي إلى تعذر مباشرة التصرف، و لهذا أملّت الإعتبارات العملية السالفة إخضاع شكل التصرف للقانون المحلي، أي قانون بلد الإبرام[5].

لذا كان من دواعي المشرع الجزائري الأخذ بهذه القاعدة الكلاسيكية الشهيرة**(locus)** التي تعني خضوع العقد من جانبه الشكلي قانون بلد الإبرام على غرار أغلب التشريعات المقارنة، هذا ما يستصاغ من نص الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون المدني الجزائري[6] التي تنص على أنه **"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت**

---

[1]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 84.
[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 231.
[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر،2008، ص 1150.
[4]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 85.
[5]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 231.
[6]- المادة 19 من القانون 10-05 السالف الذكر.

فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"

لكن باستقراء الشق الثاني من المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أقرّ بأكثر من ضابط إسناد في نفس الوقت الذي يتوافق باعترافه بالقانون المحل كقانون المختص بحكم العقد من الناحية الشكلية، و هذا ما يطرح إشكالا ما إذا كانت القاعدة**{locus}** أمرة أم مكملة .

الفرع الثالث : طبيعة قاعدة لوكيس

أثارت قاعدة لوكوس جدل واسع بين فقه قانون الدولي الخاص والقضا و كان هذا الجدال و الخلاف السائد يدور حول طبيعة قاعدة **لوكوس** ما إن هي ملزمة و أمرة أم هي جوازية اختيارية.

يرى جانب من الفقه أنّ قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون محل الإبرام قاعدة آمرة و يجد هذا الفقه سنده في آراء الفقيه الفرنسي **{D'Argentré}**، فهذا الأخير انتقد المدرسة الإيطالية نظرا لاهتمامها بالمنهج التحليلي و اختيار القانون المناسب للتطبيق بالنسبة لكل مسألة على حدا دون ردها إلى نظرية عامة تطبق في جميع الحالات، فقام هذا الفقيه بتقسيم القوانين إلى نوعين، قوانين عينية أي تطبق على كل من يقطن الإقليم، و قوانين شخصية و تطبق على الشخص أينما حل و أرتحل، و بعد إجرائه لهذا التقسيم رأى أن الأصل هو إقليمية القوانين و الاستثناء هو شخصية القوانين، وقول هذا لفقيه الفرنسي بهذا الرأي كان نتيجة الأوضاع السائدة في ذلك الوقت و بالأخص النظام الإقطاعي الذي كان هذا الفقيه يدافع عنه، و كان هذا النظام يسعى إلى تطبيق قوانينه و يسعى إلى الإستقلال عن سلطة الملك.

ففقهاء هذا الإتجاه يرون بأنه مادام أنّ العقد يخضع لمبدأ إقليمية القوانين، فبالضرورة يجب إخضاع شكل التصرف القانوني لسلطان هذا القانون، و هذا ما يؤدي إلى اعتبار أنّ هذه القاعدة قاعدة آمرة و بالتالي فهي ملزمة للمتعاقدين و لا يجوز لهم إخضاع شكل التصرف لغير قانون بلد الإبرام.

و نشير إلى أن جانب من الفقه الحديث تأخذ بهذا الرأي لكن على أساس مختلف، و هذا الرأي يرى أنّ الأخذ بفكرة إلزامية إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام يجد سنده في إشاعة الطمأنينة بين المتعاقدين، و كذلك الأخذ بفكرة إلزامية قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام تمليه اعتبارات الأمن أي تعلقه بالنظام العام، لهذا نجد أن هذه القاعدة قاعدة آمرة.

إلا أنّ جانب من الفقه يرى عكس ذلك، و يرى أنّ القاعدة ما هي إلا قاعدة اختيارية غير أمرة ، حيث أن فرض هذه القاعدة يتنافى مع الاعتبارات الأصلية التي كانت و ما تزال تشكل الأساس الفعلي لهذه القاعدة، و هذا الأساس يرجع إلى اعتبارات التيسير على المتعاملين، فإباحة إتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام يهدف أساسا إلى التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، و ما دام أن هذا هو هدف القاعدة فلا يجوز إذن إجبارهم على إتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان باستطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر قد يكون أكثر ارتباطا بالتصرف القانوني المبرم بينهم[1].

بعد أن قررت محكمة النقض الفرنسية بإلزامية القاعدة في قرار صدر في 1853[2] تراجعت في مستهل القرن العشرين مصرحة بالطابع الاختياري للقاعدة و يتضح ذلك من خلال الحكم الصادر في 20 جويلية 1963 والذي فحواه صحة الوصية [3]، وبها أخذ القضاء بالطابع الاختياري للقاعدة، كما أصدرت قرار في 28 ماي1963، الذي قالت بجواز خوع شكل التصرف إلى القانون الذي يحكم موضوعه ، بمعنى قاعدة **(locus)** اختيارية بحيث يجوز للمتعاقدين اختيار قانون آخر له شكل عقدهما مما يضمن التسيير على المتعاقدين[4].

---

[1]- هشام علي صادق، تنازع القوانين، نفس المرجع، ص ص ص 229-230-232.

[2] Cf , cass , 9mars , 1853 , D , p , 1853 , S , 1853 , 1 , 174.

[3] « …caractère facultatif : a été déduit du fondement de la règle ; simple instrument de facilité pour les parties, elle ne doit pas être une obligation mais une faculté… », voir :

- **DERRUPPE Jean**, op-cit, p 127.

[4]-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2003، ص 327.

يستخلص مما تم دارسته أعلاه أن هنالك رأي يستبعد الصفة الإلزامية في قاعدة لوكيس وهنالك جانب يتمسك بإلزامية هذه الأخيرة، فمن الطبيعي أن يكون هناك رأي راجح يفصل بينهما والذي جعل قاعدة لوكوس قاعدة اختيارية بحيث يجوز اتباع الشكل المقرر في قانون بلد محل الإبرام أو الشكل المقرر في أي قانون آخر، خاصة أن لهذه القاعدة اعتبارات عملية لمواجهة تعذر اتباع الشكل المقرر في قانون جنسية الشخص، وذلك في محل إبرام التصرف لذا فالتسيير هذا يظهر بالسماح لهم بمباشرة تصرفاتهم في الشكل المحلي[1].

تختلف التشريعات من حيث الأخذ بالطابع الإلزامي أو الإختياري لقاعدة **(Locus)** ، أمّا المشرّع الجزائري فقد منح المتعاقدين حق الخيار بين تطبيق قانون المحل على شكل العقد أو قانون جنسيتهما إذا اشتركا في الجنسية، أو موطنهما المشترك، أو القانون الذي يحكم العقد من حيث موضوعه هذا كان بعد تعديل نص المادة 19 من القانون المدني التي كانت تنص أن ذاك على ضابطين فقط هما قانون المحل و قانون الجنسية المشتركة ، و يظهر من صيغة المادة 19 قبل التعديل أن المشرع قد قصد إلى جعل تطبيق قانون محل إبرام التصرف هو القاعدة العامة على أن يكون للمتعاقدين اختيار الإسناد الثاني المتعلق بالقانون الوطني المشترك إذا اتحدا جنسية ، و على ذلك فإنه مالم يتحدا المتعاقدان جنسية خضع العقد لقانون محله إلزاما إلا أنه بعد التعديل أصبحع القاعدة إختيارية فحتى و لو لم تتحد جنسية أو موطنهما فيمكن تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد[2].

غير أنه ثمة إشكالية إذا كان بالإمكان استعمال الضوابط الأربعة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وكان شكل العقد صحيحا طبقا لإحدى القوانين، وباطلا طبقا لقوانين أخرى، وتمسك أحدهما بالبطلان، فما هو القانون الذي سيطبقه القاضي؟

تقتضي مبادئ تطبيق القانون بحسن نية، أن يطبق القاضي القانون الذي يجعل العقد صحيحا من حيث الشكل، لأن هدف المتعاقدين هو إبرام عقد صحيح وليس باطل .لذا فإن

[1]- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: (تنازع القاوانين)، (د.ط)، (د.د.ن)، مصر، 1997، ص 354.

[2]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 485.

اختيار القانون الواجب التطبيق عند نشوب نزاع، هو من صلاحيات القاضي وليس المتعاقدين[1].

المطلب الثاني : الضوابط الأخرى

التي تحكم شكل العقد

يستخلص من نص المادة 19أن المشرع الجزائري وضع و كرس ضوابط أخرى إلى جانب ضابط محل الإبرام المتمثلة في ضابط الموطن المشترك **(الفرع الأول)** والجنسية المشتركة**(الفرع الثاني)**، كما أجازت ذات المادة بتطبيق القانون الذي يطبق على موضوع العقد**(الفرع الثالث)** ، و هذا ما يجرنا إلى دراسة كل ضابط على حدى.

الفرع الأول : ضابط الموطن المشترك

باستقراء الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني نجد أنّ 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 لأنّه استخدم عبارة**" ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين..."**.

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

ومن أمثلة ذلك أن يتعاقد شخص تركي الجنسية مع سوري في تركيا كلاهما يقيمان في لبنان ويزاولان أعمالهما في لبنان على توريد صفقة فاكهة إلى المملكة الأردنية وأن هذا العقد

[1]بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين- ، ألقيت على طلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2017/2016، ص 65.

لأي سبب من الأسباب استحال تطبيق القانون التركي بوصفه قانون محل الإبرام في هذه الحالة يطبق القانون اللبناني لأنه الأقرب للتطبيق و ذلك لاتحاد موطن كل من التعاقدين السوري و التركي و هو لبنان و بذلك سيكون قانون هذه الأخيرة هو المختص بحكم العلاقة.

و يبرر مؤيدي ضابط الموطن المشترك للأطراف للتطبيق على شكل العقد على أساس أنّ قانون هذا الأخير يكون الأكثر معرفة ودراية لدى أطراف العلاقة التعاقدية، باعتبار أنهم اعتادوا على تنظيم سلوكهم وتصرفاتهم وفق أحكام هذا القانون، وتوقعهم لآثار إعمال ضابط الموطن المشترك يؤدي تطبيق قانون الموطن المشترك إلى توحيد القانون المطبق في الدولة، بحيث يتم تطبيق قانون تلك الدولة على كل المقيمين بها(الأجانب والمواطنين)، ممّا يؤدي إلى نتيجة هامة وهي تسهيل مهمة القاضي إذ سيطبق دائما قانونه، وهو قانون يعلمه جيدا، على خلاف حالة إعمال ضوابط أخرى، إضافة إلى أنّ إعمال قانون الموطن يساعد على إدماج الأجانب ضمن المواطنين، و تطبيق قانون الموطن المشترك كضابط احتياطي يحقق الإنسجام ما بين الواقع والحياة العملية للأفراد ويعود على هؤلاء الأفراد بفوائد عدة وهي سهولة التعامل مع غيرهم من المقيمين في ذات المكان والعلم بأنهم سيخضعون لقانون واحد[1].

إلاّ أنه بالرغم من هذه الآثار القانونية ذات طابع إيجابي فهنالك من وجّه نقد وأقر بأنّ لقانون الموطن المشترك عيوب منها أن قانون الموطن قد يبتعد عن الحقيقة بسبب تعدد صور الموطن منه الأصلي، الخاص، العام، وكذا أنّ إثبات الموطن يعتمد على النيّة، وإثبات هذه الأخيرة ليس بالأمر اليسير[2].

[1]- محمد حلال حسن،" الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع– دراسة تحليلية وصفية مقارنة"-، مجلة الدراسات، العدد4، كلية الحقوق، جامعة كرباء، الأردن، 2017، ص16.

[2]- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، (د.ط)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، (د.س.ن)، ، ص210.

الفرع الثاني : ضابط الجنسية المشتركة

ضابط الجنسية المشتركة أحد ضوابط الإسناد التي تؤسس عليها قاعدة التنازع التي تحكم شكل العقد خاصة أن الجنسية تلعب دورا ملموسا في الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق على شكل الواجب توافره لإفراغ محتوى العقد، إن 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 أنّ تطبيق قانون الجنسية المشتركة على الالتزامات التعاقدية يؤدي إلى التقليل من حالات الغش نحو القانون[1].

إلى جانب أنّ إعمال قانون الجنسية المشتركة على الالتزامات التعاقدية يبادر في الكشف عن تركيز إرادة المتعاقدين ولو ليس بشكل كلي، وإنّما يسعى ضابط الجنسية إلى إزالة عقبات أمام القاضي خاصة أنّ هذا الأخير ملزم بالحكم في النزاع وإلا اتهم بجريمة انكار العدالة[2]، كما يوفر ضابط الجنسية المشتركة استقرار المعاملات التعاقدية الدولية خاصة لما للجنسية من ارتباط بالمتعاقدين[3].

و تأسيسا على هذه الإعتبارات أجاز المشرع الجزائري إذا اتحدت جنسية المتعاقدين للقاضي أن يطبق على شكل العقد قانون الجنسية المشتركة مادام أن هذا التطبيق سيؤدي إلى صحة التصرف القانوني من حيث الشكل. فالضابط الجنسية ورغم الإشكاليات التي يرتبها إلا أن هذه القاعدة و بشكل خاص تعد من القواعد الغير المحايدة التي لا تسعى إلى مجرد إدراك عدالة شكلية باختيار القانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية، و إنما هي تهدف أيضا إلى تحقيق

---

[1]- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين– د راسة مقارنة-،(د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009 ، ص658.

[2]- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للد راسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008 ، ص 361.

[3]- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية –دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القوانين الفرنسية-،(د.ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 137.

نتيجة موضوعية محددة و ذلك باختيار القانون الذي يؤدي تطبيقه إلى صحة العقد عملا بحكمة الإسناد و هي التيسير على المتعاقدين[1].

و لا يخفى أن ضابط الجنسية في أي مجال يثر عده إشكاليات و التي تطرقنا إليها سابقا في سياق دراستنا، هذا في حالة ما إذا ما كان أحد الأطراف جزائري والمتعاقد الثاني له عدة جنسيات ومن بينها الجنسية الجزائرية يمكن في هذه الحالة تطبيق قانون الجنسية المشتركة وهو القانون الجزائري في هذه الحالة استنادا إلى نص المادة 22 ق.م.ج تنص على**":في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى الدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة.**

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

هذا مع الإشارة إلى أن ضابط الجنسية استحدث خلال تعديل قواعد الإسناد في2005 فإذا اختلفا المتعاقدان في الموطن واتحدا في الجنسية، يطبق القاضي قانون الجنسية المشتركة أو العكس ويستوي الأمر أن يكون قانون الجنسية هو قانون وطني أو قانون أجنبي.

الفرع الثالث : تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد

تأسيسا بالمادة 19 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري أجاز المشرع إخضاع شكل التصرفات أو العقود إلى القانون الذي ضبط أحكامه الموضوعية، وهذه الأخيرة عالجتها المادة 18 من القانون المدني، ولتبيان مختلف النقاط المتعلقة بهذا الضابط نتطرق إلى التقارب في الضوابط المعمول بها في شكل العقد وموضوعه**(أولا)** إلى جانب أن تحليل المواد السابقة يدفعنا إلى الرغبة لدراسة مسألة كيفية التعامل مع هذه الضوابط حسب الموضوع أو الشكل**(ثانيا).**

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 233.

أولا : التقارب المعمول به في شكل و موضوع العقد

تحليل الضوابط المعمول بها في شكل وموضوع العقد سعى المشرع الجزائري إلى ضبط القانون الواجب التطبيق على شكل العقود عن طريق إخضاعها لقاعدة قانون محل الإبرام**(قاعدة لوكوس)**، إلى جانب ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة وكذلك القانون الذي طبق على الموضوع، فقد جاء في المادة 14 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"[1].**

الضوابط السارية على شكل العقد هي قاعد لوكوس أي قاعدة محل إبرام العقد، إلى جانب الموطن المشترك والجنسية المشتركة هي ذاتها المعمول بها في الجانب الموضوعي للعقد، إلاّ أن الاختلاف أنّ المشرع الجزائري جعل قانون الإرادة هو الأصل والضابط الأول في الجانب الموضوعي للعقد، بحيث يسري على العقد القانون المختار بين أطراف الرابطة العقدية القانون الذي اتجهت إرادتهما إلى اختياره سواء بشكل صريح أو ضمني[2].

إضافة أن المشرع وضع ضوابط احتياطية لقانون الإرادة والمتمثلة في ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة وفي حالة التعذر يسري عليها قانون محل إبرام العقد.

فما يلاحظ على متن المواد أنّ المشرع اتخذ نفس الضوابط التي تسري على شكل العقد وموضوعه، إلاّ أنه هنالك اختلاف في كيفية تبني هذه الضوابط[3].

يظهر الاختلاف بين نصوص المواد 18 و 19 أن الضوابط السارية على شكل التصرفات هي ضابط محل الإبرام **(قاعدة لوكوس)**هو أول ضابط في حين يعتبر الضابط الأخير في القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، الذي يعتمد عليه من أجل إسناد

[1]- قانون رقم 05-10، السالف الذكر.
[2]- كمال سامية، المرجع السابق، ص 65.
[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 326.

الرابطة العقدية، لوجود صلة حقيقية وجادة بين قانون هذا الضابط والعقد، أما الضوابط الأخرى هي ذاتها والمتعلقة في الجنسية المشتركة والموطن المشترك[1].

وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري انتهج وكرّس نفس الضوابط سواء ما تعلق بشكل العقود أو موضوعها مع بعض الاختلافات من حيث التقديم والتأخير، ومن حيث بعض الاستثناءات، ويظهر ذلك بشكل صريح بعد تحليل المواد 18 و 19 بتعديل 2005.

ثانيا : الإختلاف في التعامل مع الضوابط بحسب الشكل و الموضوع

يظهر جليا من نصوص المواد 18 و 19 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 موضوع العقد**(1)** ، أثناء استقراء المادة 19 فصياغة المشرع توحي إلى أنّ هذه الضوابط كلها في ذات المرتبة وهي اختيارية**(2)** .

1- ضرورة احترام ترتيب و تدرج الضوابط في الموضوع :

تبنّى المشرع الجزائري في المادة 18 من التقنين المدني ووفقا لتعديل 2005 قاعدة قانون الإرادة وجعله ضابط أصلي يسري على الالتزامات التعاقدية، وذلك باستعمال لعبارة **"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين** ."يبدوا وبشكل صريح أنه لا يمكن إعمال أي ضابط آخر أمام وجود قانون الإرادة، باعتبار هذه الأخيرة ضابط الاسناد والتي تعد بمثابة قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، وتسري على العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق[2].

أمّا القاعدة القانونية أو الترتيب الثاني هو أنّه في حالة غياب قانون الإرادة كأصل يجوز بعد ذلك اللّجوء إلى الضوابط الاحتياطية الأخرى التي تساعد القاضي في حل تنازع

[1]- زهير بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016 ، ص ص 87-88.
[2]- مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 68.

القوانين بداية بضابط الموطن المشترك، والذي لا يمكن تطبيقه إلاّ في حالة غياب قانون الإرادة التي لها الأولوية في تنازع القوانين، ويجوز كذلك اللّجوء إلى ضابط الجنسية المشتركة مع التنبيه أنّ المشرع الجزائري جعل كلا من الضابطين الاحتياطيين في نفس المرتبة [1]، أما الضابط الأخير هو خضوع الالتزامات التعاقدية إلى محل الإبرام والذي لا يمكن تطبيقه إلاّ بعد تعذر تطبيق قانون الإرادة وكذا عدم إمكانية تطبيق قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة[2].

وعليه يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أثناء صياغته لنص المادة 18 كرس أصلا ومبدأ وهو قانون الإرادة ولابد من احترام هذا الترتيب، سواء من طرف الأطراف الرابطة العقدية، أو من طرف القضاء، وبعد الأصل تأتي الضوابط الاحتياطية الأخرى، فبالنسبة للجنسية والموطن فسوى بينهما المشرع ثم يأتي بعد ذلك ضابط محل الإبرام[3].

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

تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري :**"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.**

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"[4].

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري سوى بين الضوابط الواجب إعمالها في مسألة شكل العقد، بحيث أخضعها لقانون محل الإبرام بمعنى إعمال قاعدة لوكوس، كما أجاز المشرع إخضاع شكل العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني

[1]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 175

[2]- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، ص200.

[3]- عبد الكريم بلعيور، "قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل و بعد التعديل"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الإقتصادية، المجلد 47، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، (د.س.ن)، ص 308.

[4]- الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

المشترك، مع جواز إعمال القانون الساري على أحكامهما الموضوعية، فيتضح أنّ المشرع قد جعل هذه الضوابط في نفس المرتبة وذلك باستعماله عبارة" يجوز أيضا".

وعليه يظهر لنا جلايا أنّ المشرع الجزائري أعطى إمكانية توحيد القانون الذي يسري على موضوع وشكل الالتزامات التعاقدية.

المبحث الثاني : نطاق و موانع إعمال القانون الذي يحكم شكل التصرف

مادام أنّ المشرع قد ميز في الإسناد بين شكل التصرفات القانونية و موضوعها فإنه يتعين بداهة أن نحدد المقصود بفكرة الشكل الذي تخضع لقانون بلد الإبرام أو قانون الموطن المشترك ، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، خاصتا و أنّ هذا الإشكال يتعلق أساسا بنطاق إعمال القاعدة المختصة**(المطلب الأول).**

أما الإشكال الثاني فهو الذي يواجه القضاء الوطني عند التصدي لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، حيث لا يقتصر استبعاد القانون الأجنبي في مجال الالتزامات التعاقدية فقط و إنما يمتد ليشمل جميع المجالات بما فيها شكل التصرفات القانونية، و هذا ما ستدعي دراسة ضمن هذا المبحث الموانع التي ترد على تطبيق القانون الأجنبي الخاص بشكل التصرف **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول : المقصود بفكرة شكل التصرفات القانونية

لا تثور مشكلة التفرقة بين موضوع التصرف القانوني و شكله إذا أفرغ التصرف القانوني في الشكل المقرر في القانون الذي يسري على موضوع التصرف، إذا أن التصرف في هذه الحالة يخضع لقانون واحد من حيث الشكل و من حيث الموضوع[1].

لذلك يستحسن أن نستبعد أولا بعض المسائل التي تخرج عن مفهوم شكل التصرف **(الفرع الأول)**، ثم بعد ذلك نتصدى إلى تحديد المقصود بفكرة شكل التصرفات القانونية**(الفرع الثاني)**.

[1]- هشام علي صادق، نفس المرجع، ص 234.

الفرع الأول : استبعاد بعض المسائل التي تخرج عن مفهوم شكل التصرف

لقد أكد كل الفقهاء على عدم دخول بعض الأشكال التي يؤدي وصفها بأنها من مسائل الشكل إلى الخلط بينها و بين فكرة شكل التصرف على المعنى الذي نقصده في هذا المجال و تتمثل أساسا في :

الأشكال الخاصة بإجراءات المرافعات (أولا)

الأشكال الخاصة بشهر التصرف (ثانيا)

الأشكال المكملة للأهلية (ثالثا)

أولا : الأشكال الخاصة بإجراءات المرافعات

ذهب جانب من الفقه إلى أنّ فكرة الشّكل لا تختلف في مسائل الإجراءات عنها في التصرفات القانونية بمقوله أنها في كلتا الحالتين المظهر الخارجي الذي يوجب القانون اتخاذه، و هو يستلزم مراعاة أوضاع معينة وتدخل موظف عام، هو بالنسبة للتصرف القانوني الموثق، وبالنسبة لإجراءات المرافعات هم عمال القضاء، وقانون المحل بالنسبة للتصرف القانوني هو قانون البلد الذي يبرم فيه، وقانون المحل بالنسبة لإجراءات المرافعات هو القانون البلدي الكائنة به المحكمة التي يتخذ لديها الاجراء.

ومع ذلك فقد استقر الفقه الغالب على وجوب التمييز بين إجراءات المرافعات من جهة والإجراءات المتخذة بالنسبة لشكل التصرفات من جهة أخرى. فقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي تتعلق بنشاط مرفق القضاء في الدولة، بينما قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام تنصب على نشاط الافراد وتهدف الى تيسير على المتعاملين[1].

[1]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 387.

ثانيا : الأشكال الخاصة بشهر التصرفات

تشمل هذه الأشكال جميع المسائل اللازمة لشهر التصرفات سواء كان الشهر مطلوبا لنشأة الحق، كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو كان الشهر مطلوبا لنفاذ الحق في مواجهة الغير، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية التبعية، إذ تخضع أحكام الشهر على هذا النحو قانون موقع المال[1].

تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: **"يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكيه عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو كل عنصر من عناصرها ... في شكل رسمي كل ما يخضع للشكل الرسمي"** كل ما يخضع للشكل الرسمي، فإنه يشهر، وسيكون ذلك في المكان الذي يوجد فيه المال، وبالتالي فإن الاشهار يخضع لقانون ذلك المكان، وإشهار العقار لا يمكن أن يكون إلا وفقا لقانون الموقع العقار ولا تنتقل الملكية إلاّ وفقا لقانون موقع العقار[2].

ثالثا : الأشكال المكملة للأهلية

يطلق هذا الإصطلاح على ما يلزم اتخاذه حتى يتمكن ناقص الأهلية أو نائبه من مباشرة التصرف الإداري[3]. إن قيام القاصر بتصرف معين يتطلب إذن الولي و التصرف في مال القاصر من قبل الوصي أو القيم يتطلب ترخيص من المحكمة حتى يتمكن من بيع عقارات القاصر.

في هذه الحالة فإن القانون الشخصي هو الذي يطبق أو قانون القاصر (المادة 15 من القانون المدني)،أما الجانب الإجرائي فيخضع لقانون القاضي أي قانون موقع المال هو الذي يحدد شكل التصرف وفقا لقانون الموضوع[4].

---

[1]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص382، عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص 504.

[2]- كمال عليوش قربوع، نفس المرجع، ص ص 372-373

[3]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 506.

[4]- إسعاد (محند)، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول : تنازع القوانين، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989 ، ص 383.

وبهذا يتعين اعتبار من أسماه البعض بالأشكال المكملة للأهلية من مسائل الموضوع لا الشكل ، مادام أن موضوع التصرف و جوهره هو الإرادة، إذ أننا **"بصدد تدخل الإرادة من يصدر منه الإذن إلى جانب إرادة المأذون في إنشاء التصرف "**[1].

الفرع الثاني : مضمون فكرة شكل التصرفات

بما أن هناك أشكال كثيرة لا تعد ضمن نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الشكل كما رأينا سابقا، فلابد إذا من تحديد الأشكال التي تخضع لقانون الشكل، أو بصيغة أخرى وجب الكشف عن مقصود الشكل وفقا للمادة 19 من القانون المدني الجزائري.

يقول الأستاذ هشام علي صادق أنه **"وشكل التصرف بمعنى إخراج الإرادة إلى العالم الخارجي، قد يتطلبه المشرع كرمن للإنعقاد التصرف، و قد يكون مطلوبا لمجرد إثبات التصرف"**[2].

و نتعرض فيما يلي لكل من فكرة الشكل المطلوب للإنعقاد **(أولا)**، و الشكل المطلوب للإثبات **(ثانيا)**.

أولا : الشكل المطلوب للإنعقاد

قد يتطلب المشرع شكلا معينا كشرط لانعقاد التصرف كما هو الشأن بالنسبة للهبة و الرهن الرسمي و في هذا الشأن انقسم الفقه إلى فريقين :

يرى الفريق الأول من الفقهاء الفرنسيين بأنّ الشّكل المطلوب لانعقاد التصرف يعتبر من الأمور المتعلقة بالموضوع، لأنّ غرض المشرع من فرضه هو لحماية رضا المتعاقدين. فهو بذلك يتعلق بجوهر العقد مما يتعين استبعاد إدخاله في مفهوم الشكل[3]. فإذا تطلب هذا

[1]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 236.
[2]- المرجع السابق، ص 384.
[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق ، ص 325.

القانون شكلا معينا للإنعقاد يترتب على تخلفه بطلان التصرف، فإنه لا يجوز أن يفرغ التصرف إلا في هذا الشكل المطلوب[1].

ذلك أن المشرع استلزم شكلا معينا للتصرف، كوجوب إفراغه في مستند مكتوب، و بصفة خاصة في مستند رسمي، فإنه يهدف من وراء ذلك أساسا إلى حماية الإرادة و هو ما يقتضي اعتبار هذا الشكل مسألة موضوعية[2]. و تعتبر القوانين العربية أبرز مثالا على ذلك حيث تتخذ من الشكل المطلوب لانعقاد العقد قاعدة موضوعية شرعت لحماية رضاء المتعاقدين، فالشكلية حينئذ تكمل الأهلية، وبالتالي تخضع لقانون الجنسية و لا تدخل في مفهوم الشكل الخاضع لقاعدة لوكوس، وقد أيدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ذلك بقولها **" و يراعى أن اختصاص القانون لذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية. أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن الرسمي فلا يسري عليها إلاّ القانون الذي يرجع إليه الفصل من حيث الموضوع "**[3].

و على ذلك يبدو أن مسألة لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف، و هو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري، تعتبر مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع أما تنفيد الشكل الذي يتطلبه قانون الموضوع و إجراءاته، و هو ما عبرت عنه المذكرة بالشكل الخارجي، فهو فقط الذي يدخل في مفهوم فكرة الشكل الذي يخضع لقانون بلد الإبرام أو الضوابط الأخرى الخاصة بشكل التصرف[4].

و من جهة أخرى انتقد الفريق الثاني هذا النظر و هو الرأي الراجح فقها، إذ يتعين في رأيهم أن يرجع إلى قانون بلد الإبرام لمعرفة ما إذا كان الشكل لازما لانعقاد التصرف من عدمه، بصيغة أخرى أن الشكل المطلوب لانعقاد العقد حسب هذا الرأي يدخل في مفهوم

[1]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 237.
[2]- نفس المرجع، ص237.
[3]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 125.
[4]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص 237-238.

الشكل و يخضع لقعدة **{locus}**[1]، و هو الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية حيث قضت هذه الأخيرة بموجب حكم بصحة الهبة الحاصلة في كندا في الشكل العرفي بين فرنسيين على أساس أن القانون الكندي يقبل الهبة في هذا الشكل مع أن المادة 931 من القانون المدني الفرنسي يستلزم فيها الرسمية[2].

و قد أيّد الأستاذ **{هشام علي صادق}** هذا الرأي بقوله : " نتفق مع جانب من الفقه المصري في تأكيد سلامة هذا الإتجاه، ذلك أنّ الأخذ بالرأي المخالف يتنافى لاشك مع اعتبارات التيسير على المتعاملين والتي تقوم عليها قاعدة خشوع الشكل لقانون بلد الإبرام، فإذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الكتابة مثلا كركن لانعقاد التصرف القانوني و لم يكن قانون محل الإبرام يستلزمها و يعتبر العقد رضائيا، فإن منطق الرأي المخالف يقضي التقيد بالكتابة كشرط لانعقاد التصرف، من جهة أخرى فإن الرجوع إلى القانون الذي يحكم الموضوع في مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، قد يؤدي إلى استحالة إبرام التصرف في بعض الفروض، ذلك أن الرسمية تقتضي غالبا تدخل موظف رسمي هو الموثق، و هذا الأخير يخضع في أدائه لوظيفته لقانون الدولة التي يتبعها"[3].

وبالعودة إلى التشريع الجزائري فإن المشرع الجزائري جعل الشكل المطلوب لإنفاذ العقد قاعدة موضوعية لحماية رضا المتعاقدين والشكلية تكمل الأهلية وفق لما جاء في المنظومة الجزائرية[4]، إلاّ أنه يعاب على المشرع الجزائري أثناء تكريسه لقاعدة لوكوس تطبيقها على الشكل عدم الفصل ما إذا كانت هذه القاعدة أو الشكل واجب الإبرام التصرف أو لإثباته فقط، وأكثر من ذلك لم يحيلنا إلى القواعد العامة، مما قد يطرح عدة تساؤلات وإشكالات عملية إلاّ ما استثناه المشرع بنص خاص.

---

[1]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 85.

[2] - Cass . civ . 29 juin 1992 .d.p.1922.1.27.

[3]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص 238-239.

[4]- الطيب زروتي، قانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 215.

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

- **حالة الشخاص** :بحيث أن كل الحوادث التي تقع للشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته لابد أن تثبت في محررات رسمية فإنها من حيث شكلها تخضع لقانون المكان الذي حررت فيه الوثائق المثبتة للحوادث، وقد جاء ذلك بشكل صريح في نص المادة92 من قانون الحالة المدنية الجزائرية والمنصوص فيها:**"إنّ كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحًا إذا حررّ طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد"**[1].
- **شكل عقد الزواج** :يقصد بذلك أنّ إثبات عقد الزواج تحرر طبقا لقواعد قانون البلد الذي تم فيه تسجيل عقد الزواج، وذلك تأسيسا بالمادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري[2].
- **شكل الوصية** :تعد الوصية من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت[3]، وفيما يخص القانون الواجب التطبيق في مسألة القانون الدولي الخاص، فإنّ الوصية إذا كان فيها القانون الواجب التطبيق على موضوعها هو قانون الموصي، ففي هذه الحالة يشترط في الرسمية لصحتها، وإذا أبرمت في شكل عرفي حيث يسمح ذلك قانون محل إبرامها لما انعقدت الوصية فيجب اتباع أحكام القانون الأول لأن الطابع الرسمي المطلوب يفرضه ذاك القانون[4].

وبالعودة للتشريع الجزائري وفي قواعد التنازع، نجد أنّ المشرع نص على القانون الواجب التطبيق على الوصية بشكل صريح في المادة 16 من القانون المدني، حيث جاء فيها ما يأتي: **"يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته..."**[5].

---

[1]- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2010، ج.ر.ج.ج .د.ش، العدد 49، الصادر في 20 أوت 2014.

[2]- تنص المادة 97 من الأمر 70-20 ما يأتي" :**إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الساسية التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج...".**

[3]- زهود محمد، الوصية في القانون المدني الجزائرية والشريعة الإسلامية،(د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991 ، ص 31.

[4]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1162.

[5]- قانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

شكل الهبة :تعد الهبة عقد يبرم بتطابق الإيجاب والقبول وتقوم بالحيازة مع ضرورة مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات، وفي حالة اختلال أحد هذه القيود بطلت الهبة وهذا تأسيسا بأحكام المادة 206 من القانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري[1].

وباعتبار الهبة من مواضيع الأحوال الشخصية فيسري عليها قانون جنسية الواهب شكلا وموضوعا[2]، حيث جاءت المادة 16 فقرة 2 بما يأتي" :**يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائمها"[3].**

- **شكل العمال التجارية** :خاصة ما يتعلق بالسفتجة التي يجب أن تحرر وفق للأوضاع المنصوص عليها في قانون البلد الذي يتم فيه إنشائها[4].

مع التنبيه أن الوضع الشكلي المقصود قد يكون الكتابة الرسمية مثلما هو الحال في الرهن الرسمي، كما قد يقصد بها الكتابة العرفية[5].

ثانيا : الشكل المطلوب للإثبات

يقصد بالشكل اللازم لإثبات التصرف، بذلك الشكل المادي الخارجي الذي تفرغ فيه إرادة المتعاقدين، على سبيل المثال اشتراط الكتابة، ثبوت التاريخ، وضع بيانات معينة، أو لزوم التصديق، وكذا عدد النسخ التي يجب أن يتم فيها العقد، توقيع الشهود وشهادتهم، فيطبق عليها

[1]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 ، المتضمن القانون الأسرة ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 24 ، الصادرة في 12 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ولتفاصيل أكثر راجع :
حمدي باشا عمر، عقود التبرعات،(الهبة، الوصية، الوقف)،(د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2004، ص 58.

[2]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 215

[3]- الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري وفق تعديل 2005.

[4]- نسرين شريفي، سعد بوعلي، المرجع السابق، ص81.

[5]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1160.

قانون المحل، طبقا لقاعدة(لوكوس)[1]، ويفهم بأن الأشكال المقررة للإثبات فإنها تدخل بلا خلاف في مفهوم الشكل[2].

وقياسا بما جاءت به المادة 4 من القانون المدني الجزائري والمنصوص فيها ما يأتي : **"تخضع الأدّلة المعدّة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدّ فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده[3]".**

أما بخصوص قبول الدليل فالقرائن والإقرار واليمين الحاسمة يفصل فيها قانون الموضوع، أين اعتبر القضاء الألماني والانجليزي أن مسألة الدليل المقدّم للإثبات، هي من المسائل المتصلة بأعمال العدالة وللقاضي الذي طرح أمام النزاع أن يطبق قانون دولته، أما الفقه الفرنسي فنادى بضرورة إدراج وسائل الإثبات في نطاق قانون المحل ويطبق عليها القاعدة الكلاسيكية، أما شكل اليمين القانونية وطريقة ممارسته وكذا إجراءات التحقيق في البيانات، وسماع الشهادة التي يدلي بها الشهود فيسري عليها أو يطبق عليها قانون القاضي[4].

قد يطرح إشكال آخر وهو لزوم تقديم الدليل الكتابي لإثبات التصرف، فذهب جانب من الفقه الفرنسي والمصري اعتبار هذه المسألة ضمن المسائل التي تخضع للقانون الذي يحكم شكل التصرف، ذات الأمر بالنسبة لقوة دليل الإثبات، فبالتالي يمكن القول أن القانون الذي يتحكم في الجانب الشكلي لا يستوجب ولا يتطلب الدليل الكتابي، بينما يستلزم القانون الذي يحكم الموضوع هذا الدليل، مما يجوز إثبات العقد أو التصرف القانوني بغير الدليل الكتابي، إلاّ أنّ هنالك جانب آخر يرى بأن قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف وذلك لاعتبارات عملية مفادها التيسير للمتعاقدين وهذه هي الغاية أو الحكمة التي تهدف إليها قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام[5].

---

[1]-علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص85.
[2]-الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 215.
[3]-قانون رقم 05-10 ، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم
[4]-زروتي الطيب، المرجع السابق، ص216.
[5]-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319.

أما عن إجراءات الإثبات، مثلا كيفية استماع الشهود أو كيفية إيداع الأدلة الكتابية و إبلاغها[1].يختلف القانون الواجب التطبيق في هذه الإجراءات بحسب طبيعتها. فبعضها يحسب من المسائل الموضوعية والبعض الأخر يحسب من المسائل الإجرائية، فان كانت من قبيل المسائل الأولى يكون الاختصاص فيها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، أما أذا كانت من المسائل الثانية فيكون الاختصاص فيها لقانون القاضي. فمحل الإثبات يعد من المسائل الموضوعية التي تخضع لقانون الذي يحكم الموضوع، فإثبات النسب الشرعي بين الابن و للأب يخضع للقانون الواجب التطبيق في مسائل النسب وهو هنا قانون الأب، فالقانون الأخير هو الذي يحدد الوقائع المنتجة بالإثبات، كان يتطلب استمرار العلاقة الزوجية وقت الميلاد، أما بالنسبة لدور القاضي في استنباط القرائن يرى البعض أن تقدير القاضي في استنباط القرائن القضائية يعد من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانونه الوطني، كما يخضع هذا الاتجاه القرائن القانونية إلى نفس القانون أذا كانت وسيلة للكشف عن ضابط الإسناد كما هو الحال في استنباط الإرادة الضمنية في الكشف عن القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، على أن تكون مثل تلك القرائن مقبولة قي الإثبات في القانون الذي يحكم موضوع النزاع أي من طرق الإثبات المنتجة بحسب القانون الأخير[2].

[1]-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 165.

[2]-القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، من موقع law.uobabylon.edu.iq، أخر زيارة للموقع 2021/06/02 على الساعة 21.26.

المطلب الثاني : حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

إن تطبيق أحكام المادة 19 من القانون المدني قد يصطدم واقعيا بمانع يحول دون تطبيق هذا القانون لوجود مانع من الموانع يدعو إلى استبعاده، و موانع تطبيق القانون هذا هي نفسها التي أشرنا إليها في الفصل الأول من هذه الدراسة، و المتعلقة أساسا بالنظام العام **(الفرع الأول)** و العش نحو القانون **(الفرع الثاني)** و حالة وجود اتفاقية **(الفرع الثالث)**، بما أن أحكام المادة 24 قابلة للتعميم على كافة قواعد التنازع بما فيها القاعدة الخاصة بشكل التصرفات القانونية مما ينبغي دراستها في هذا الإطار.

الفرع الأول : حالة مخالفة النظام العام

يعتبر النظام العام أحد المبادئ الأساسية في مختلف المنظومات القانونية وأهم مواضيع القانون الدولي الخاص، يقصد بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام فنشير منذ البداية أن الفقه القانوني يتفق على صعوبة إيجاد تعريف للنظام العام والدفع به من أجل استبعاد القانون الأجنبي، بحيث يعرف الفقيه**{ليون دوجي}** النظام العام: **"بالمصلحة الاجتماعية التي تكون وفقا للنهج المتعارف عليه في دولة معينة"** [1]، بينما يعرفه جانب آخر بأنه :**"وسيلة قانونية يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام القاضي والذي يكون الاختصاص معقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكام هذا الأخير مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي"**[2].

كما يقصد كذلك بالنظام العام بمجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع فالنظام العام يمكن للدولة بمسايرة مصالحها وتضمن الثقة وحسن الآداب في مختلف العلاقات بين الأفراد خاصة أن هذه القواعد تعد آمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولقد جسده المشرع

[1]- MALAUX philipe , l'ordre public et le contrat , étude de droit civile comparé , Fance , Angletair , URSS , Tome 1 p 232.

[2]- سليمان أحمد فضيل، المرجع السابق، ص81.

الجزائري في نص المادة 08 من القانون المدني على النحو الذي بيّناه سابقا[1]. و الخلاصة هي أن فكرة النظام العام فكرة وطنية مرنة متطورة ، تختلف باختلاف الدول و تتغير في الدولة الواحدة بتعاقب العصور.

و سمح المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر إذا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية. لاكن ذلك لا يعني أن المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لكل القوانين الأجنبية أيا كان محتواه. بل ربط تطبيقها بشرط أن يكون موضوعها متعارضا مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع[2].

جاء في القانون المدني "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر"، وعليه فإنه على القاضي الجزائري العمل وفقا لأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري لما يجد القانون الأجنبي التي أشارت إلى تطبيقه المادة 19 مخالفا للنظام العام و الأدب العامة مخالفتا حالية أن يقوم باستبعاده.

لذلك يمكن القول أن عدم مخالفة النظام العام و الآداب من أهم القيود التي ترد على الأطراف في تطبيق القانون على الشكل المقرر قانونا للعقد، أي أن لا يكون هذا القانون مخالفا لقواعد النظام العام و الآداب العامة التي تضيق و تتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع، و التي تعني مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع و يمنع بالتالي أن تتجه إلى ما يخالفها.

[1]- المادة 24 من القانون المدني، السالف الذكر.
[2]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 166.

الفرع الثاني : حالة ارتكاب غش نحو القانون

هو الحالة الثانية التي نص عليها المشرع الجزائري بعد حالة مخالفة النظام العام و التي تسري بشكل عام على قواعد الإسناد للقانون الواجب التطبيق على شكل العقد، و الغش نحو القانون هو قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة[1]، ويكون ذلك بتحقق شروط تتمثل التغيير الإرادي لضابط الاسناد(العنصر المادي)عن طريق القيام بمناورات احتيالية ووسائل تتفق وطبيعة كل حالة للتغير الإرادي في ضوابط الإسناد القابلة للتغير، بمعنى تحقق رابطة وصلة ما بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق على سبيل المثال تغير في ضابط الجنسية أو الموطن أو محل إبرام العقد، والتغير في ضابط الإسناد يكون للإرادة دور في إحداث التغير مما يحقق الغش نحو القانون[2]، فقد يستلزم قانون بلد معين شكلا معينا للزواج، فيعمد الزوجان إلى الإنتقال إلى بلد أخر لإبرام زواجهما فيه تهربا من ذلك الشكل.

وتوافر نية الغش(العنصر المعنوي)يتمثل العنصر المعنوي في الغش نحو القانون ويقصد به نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية صاحب الاختصاص الأصلية[3]، وللقاضي استخلاص واستنتاج نية الإفلات والتحايل وكذا الباعث من الغش باعتبارها من مسائل الواقع[4].

تجد نظرية الغش نحو القانون عند غالبية الفقه أساسها في نظرية التعسف في استعمال الحق، فوفقا لهذه النظرية يكون هناك تعسف في استعمال الحق لما يكون للشخص حق فيستعمله استعمالا غير مشروع، ويكون الإستعمال غير مشروع إذا كانت المصالح التي يريد

[1]- نادية فضيل ،المرجع السابق ، ص 53

[2]- ختام عبد الحسين ، "موانع تطبيق القانون الأجنبي " ، مجلة الكلية الإسلامية، العدد 06، جامعة النجف الأشرف ، العراق، 2009، ص ص 153-386.

[3]- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (د،ظ)، ديوان المطبوعات الجامعية، دار هومه للطابعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص 151.

[4]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 192.

الشخص تحقيقها غير مشروعة، و في نظرية الغش نحو القانون نجد نفس الشيئ للمتعاقد حق في تغيير جنسيته أو في غير موطنه، غير أن استعماله لهذا الحق قد يكون لتحقيق مصلحة غير مشروعة و هي الحصول على حق يرفض منحه القانون المختص أصلا بحكم العلاقة العقدية بين الطرفين أو يربط حصوله بشروط لا تتحقق فيه[1].

و بالتطرق إلى نطاق الدفع بالغش اتجهت أحكام القضاء الفرنسي في البداية الى قصر إعمال نظريه الغش على الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من أحكام القانون الفرنسي، وقد أيد جانب كبير من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه ويبدو أن هذا الراي قد وجد أن التهرب من الاحكام الأمرة في قانون القاضي وهو الذي يمس المصالح العامة في دوله القاضي، ويبرر بالتالي إعمال نظريه الغش، ومن جهة أخرى فإن الرأي السالف هو الذي يتفق مع تصوير القانون الأجنبي على أنه مجرد عنصر من عناصر الواقع، وذلك خلاف للقانون الوطني الذي يتعين على القاضي حمايه قواعده الامرة.

وقد انتقد الفقه الحديث هذا الإتجاه مؤكدا على العكس ضرورة إعمال نظرية الغش سواء كان المقصود هو التهرب من احكام القانون الوطني أو كان المقصود هو الافلات من احكام القانون الأجنبي، ويرى جانب من أنصار هذا الإتجاه الحديث أن الدفع بالغش نحو القانون يستند على اعتبارات خلفية يستوي في شأنها أن يكون التحايل قد قصد به التهرب من أحكام قانون القاضي أو التهرب من أحكام القانون الأجنبي[2].

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري فهذا الأخير أسلم بالرأي الأول بالنص صراحتا على استبعاد القانون الأجنبي إذا ثبت له الإختصاص نتيجة تحايل باستعمال طرق أو وسائل إحتيالية، إلاّ أنّ المشرع الجزائري لم يحسن فهم القاعدة لأن الأمر الذي لا يخلو الشك فيه أن إعمال نظرية الغش لا يتقيد بمجال القانون الوطني وحده، ذلك أن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام و هو وجوب مطارة الغش أيا كانت صورته، سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو قصد به الإفلات من تطبيق القانون الأجنبي.

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194.
[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص 216-217.

الفرع الثالث : حالة وجود إتفاقية دولية

نص المشرع الجزائري في المادة 21 من القانون المدني على حالة وجود اتفاقية أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر[1]، والتي ينبغي ربطها بالمادة المادة 150 من الدستور الجزائري لسنة 2016والمنصوص فيها :**"المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"**[2].

أسست اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969 وعام 1986 لإلزامية المعاهدات على ثلاث مبادئ أو قواعد أساسية كانت عرفية فيما سبق، وانتقلت من دائرة العرف غير المكتوب إلى دائرة القانون الدولي المكتوب" المعاهدات"، ولكن لم تفقد هذه القواعد صفتها العرفية فهي ملزمة باعتبارها عرافا دوليا ، وملزمة باعتبارها قانونا مكتوبا ولا يناقض بين الوضعين، والأمر يتعلق بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ومبدأ" حسن النية"، وأخيرا مبدأ "سمو أولوية الالتزامات الدولية على الالتزامات الناشئة عن القانون الوطني"[3].

هذا و يلاحظ أن اتفاقيات جنيف المنعقدة في سنتي 1932/1931 بخصوص الأوراق التجارية القابلة للتداول قد اشترطت فيها الدول المتعاقدة أن يطبق على شكل الورقة التجارية قانون الجنسية المشتركة للأطراف المعنية في الورقة[4]. و بالتالي لا يمكن بأي حال من لأحوال تطبيق قانون غير القانون الذي أشارت إلى تطبيقه الاتفاقية أو المعاهدة و كما أسلفنا القول أن الاتفاقية كرست لتوحيد الحلول الموضوعية المتعلقة بالنزاعات التي لها علاقة بالقانون الدولي الخاص.

---

[1]- المادة 150 من الدستور الجزائري، المعدل في 2016، السالف الذكر.

[2]- المادة 21 من القانون الدني، السالف الذكر.

[3]- توريكة عبو ، "مبدأ سمو المعاهدات على أحكام القانون الداخلي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الإقتصادية، المجلد 4، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر ، ص 115.

[4]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص87.

خلاصة الفصل الثاني :

يخضع العقد في شكله لقانون بلد إبرامه وفقا لقاعدة (locus)، و هي قاعدة قديمة أملتها الإعتبارات العملية، ظهرت في فقه الأحوال الإيطالية و استقرت في غالبية النظم القانونية للدول، وأساس هذه القاعدة هو التيسير على المتعاقدين وفقا لحاجات المعاملات الدولية، و هذا ما جعل منها قاعدة اختيارية، مما يرتب جواز إعمال الضوابط الإحتياطية المنصوص عليها في المادة 19 إلى جانب قاعدة محل الإبرام دون التقيد بهذه الأخيرة.

و شكل العقد بمعنى إخراج الإرادة إلى العالم الخارجي، قد يتطلبه المشرع كركن للإنعقاد التصرف، وقد يكون مطلوبا لمجرد الإثبات التصرف، مع التأكيد على استبعاد بعض المسائل التي يؤدي وصفها بأنها من مسائل الشكل، و يتعلق الأمر بالأشكال المكملة للأهلية، و الخاصة بالإجراءات، و شهر التصرفات.

ووفقا للقواعد العامة تسري القيود على القانون الذي يحكم الشكل و المتعلقة أساسا بموانع تطبيق القانون الأجنبي و الكلام هنا عن مخالفة النظام العام و المبادئ العامة السائدة في دولة القاضي و كذا ارتكاب غش نحو القانون، أو كان القيد عبارة عن وجود اتفاقية تحول دون إمكانية تطبيق القانون المقرر لحماية الشكل.

الخـــــــاتـــــمـــة

بعد تناولنا عنون البحث "تنازع القوانين في مجال الالتزامات التعاقدية الدولية"، لبحث قواعد الإسناد المكرسة لهذه الحالة و مدى جواز إعمالها و كذا أهم القيود المترتبة عليها، توصلت الدراسة إلى عدة نتائج وفضلنا عرض أهمها بشكل يوازي مجموعة من الإقتراحات لغرض رفع الغموض عن بعض الأحكام المنظمة للالتزامات التعاقدية.

أولا: النتائج

1- أن القانون المختار هو المعيار المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقود الدولية في جانبها الموضوعية، بينما قانون محل الإبرام هو الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية و التي من بينها الالتزامات التعاقدية.

2- أن معيار الإرادة التي تخضع له العقود الدولية يتمثل بتوجه إرادة ذوي الشأن لإعمال موضوع العقد تبعا للقصد والاختيار ووفقا لمبدأ سلطان الإرادة، من خلاله يكفل لهم صلاحية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بشكل يسمح لهم بتأطير كل الجوانب المتعلقة بالعقد كواقعة قانونية منذ النشأة إلى غاية التنفيذ، بشرط ارتباطه بالمتعاقدين او العقد ارتباطا وثيقا.

3- أن معيار قانون المحل هو المعيار المناسب و الملائم لحكم مسألة الشكل في العقود ذات العنصر الأجنبي، وفقا للاعتبارات أهمها التيسير على المتعاقدين، و هذا بغرض تسهيل انعقاد التصرف و إثباته، مع الإشارة إلا أن المشرع لم يفصل في مسألة لزوم الشكل للإنعقاد من عدمه.

4- أن المشرع الجزائري و على غرار أغلب التشريعات المقارنة كرس الضوابط الإحتياطية في المادتين 18 و 19 أين جعل من الأولى إلزامية من حيث التدرج و لا يجوز إعمالها إلا بعد تعذر تطبيق قانون المختار، أما الثانية فجعلها اختيارية يجوز إعمالها بجانب قانون محل الإبرام حتى و لو كان إعمال هذا الأخير ممكنا.

5- الإقرار بحماية فكرة النظام العام و قمع الغش نحو القانون و استبعاد القانون الأجنبي استجابتا لذلك، و يعد تفعيل دور قانون دولة القاضي ضمن حلول ووسائل فض المنازعات الناجمة عن العقد الدولي في ضوء مشكلة تنازع القوانين.

6- أن المعاهدات الدولية النافدة في الجزائر تشكل قيد أمام تطبيق أحكام المادتين 18 و 19 ،إذا تبنت الإتفاقية مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية سواءا في موضوعها أو في شكلها.

ثانيا: التوصيات

رغم كل النصوص القانونية التي كرّسها المشرع الجزائري لتنظيم الالتزامات التعاقدية في ظل قواعد التنازع، فالنقائص تبقى ظاهرة و من واجبنا سد هذه النقائص بالتوصيات التالية:

1- لم يفصل المشرع الجزائري في مسألة الإختيار الضمني، فما تم ذكره يمكننا القول أن صياغة المادة 18 لازالت غامضة حيث لم ينص صراحتا على التعبير الضمني للإرادة على غرار المشرع السوري و المصري و العراقي...إلخ، وكذا الوسائل أو الآليات الواجب اتباعها للتعبير عن الإرادة الصريحة، وعليه لابد من إعادة النظر في متن هذه المادة خاصة بالنظر إلى الأهمية التي يكتسيها شكل الإختيار للتعبير عن إرادة الأطراف.

2- حسب رأينا المتواضع يبدو أن إسناد موضوع العقد إلى مكان تنفيده أفضل من قاعدة قانون مكان إبرام العقد كضابط إحتياطي بعد قانون الموطن و الجنسية المشتركة.

3- ضرورة اتساع فكرة الشكل لتشمل مسألة لزومه أو عدم لزومه لانعقاد التصرف، لذلك نتمنى من المشرع الجزائري إدخال هذه الإضافة على نص المادة 19 من ق.م.ج.

و ننتهي بذلك أن على المشرع الجزائري تعديل نص المادتين 18 و 19 من أجل ضمان فعاليتها أكثر خاصة أنّها مرتبطة بالدرجة الأولى بحقوق أفراد الدول المتخلفة.

قائمة المراجع والمصادر

أ- الكتب :

1- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر،2008،

3- إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول : تنازع القوانين،(د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989.

4- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، ط11، دار هومه، الجزائر، 2009.

5- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات(الهبة، الوصية، الوقف)،(د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2004.

6- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

7- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية –دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القوانين الفرنسية- ،(د.ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

8- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.

9- زهود محمد، الوصية في القانون المدني الجزائرية والشريعة الإسلامية، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

10- سليمان أحمد فضيل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، (د،ط)، دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، 2011.

11- عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

12- عبد الحميد أبو هوف، القانون الدولي الخاص في أروبا ومصر، (د.ط)، منشأة المعارف، مصر، 1924.

13- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2003.

14- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

15- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية و الموطن و تمتع الأجانب الحقوق (مركز الأجانب)،ط10، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1977.

16- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين– دراسة مقارنة-،(د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009.

17- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

18- عماد قطان، قانون إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني-دراسة مقارنة-،(د.ط)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2017.

19- عمر أبو بكر خشاب، أحكام الجنسية و مركز الأجانب في مجلس التعاون الخليجي –دراسة مقارنة-، ط1 ، (د.د.ن)، السعودية، 1990.

20- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، (د.ط)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، (د.س.ن).

21- كمال عليوش قربوع ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، ط2، دار هومه، الجزائر، 2007.

22- مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول:تنازع القوانين، (د.ط)، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، سوريا، 2008.

23- محمد كمال فهمي، أصول قانون الدولي الخاص (الجنسية ، الموطن ، مركز الأجنب مادة التنازع)،ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، 2006.

26- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (د.ظ)، دار هومه للطابعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002.

27- نادية فضيل، الغش نحو القانون، (د.ط)، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.

28- نسرين شريقي، سعد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، (د.ط) ، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

29- هشام علي صادق، تنازع القوانين، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،2007.

30- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

31- هشام علي صادق ، الجنسية و الموطن و مركز الأجانب ، ط2، منشأة المعارف، مصر، 1976.

ب- الأطروحات و الرسائل و المذكرات :

ب- 1- أطروحات الدكتوراه :

1- زهير بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2016.

2- كمال سامية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

3- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

ب-2- مذكرات الماجستير :

1- مريني فاطمة الزهراء، النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010.

2- جندوبي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011/2010

3- محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011/2010.

ب-3- مذكرات الماستر :

1- بوكلال مبروك و لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.

2- قريمس مريم، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2015.

3- مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2016/2015.

ج- المقالات :

1- إبراهيم عباس الجبوري، "دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص "، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية و الإنسانية، العدد 43، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بابل، 2019، ص ص 1273-1283.

2- ختام عبد الحسين ، "موانع تطبيق القانون الأجنبي " ، مجلة الكلية الإسلامية، العدد 06، جامعة النجف الأشرف ، العراق، 2009

3- توريكة عبو ، "مبدأ سمو المعاهداة على أحكام القانون الداخلي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الإقتصادية، المجلد 4، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر.(د.س.ن)، ص ص 185-197.

4- زياد الحليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على قود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، المجلد 13، العدد2، 2006. ص ص 371-397.

5- عبد الكريم بلعيور، "قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل و بعد التعديل"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الإقتصادية، المجلد 47، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، (د.س.ن)، ص ص 365-384.

6- عبد الرسول كريم أبو صيخ، " أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد "، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 19 ، جامعة الكوفة، العراق، 2010، ص ص 87-100.

7- عبد المنعم فرج الصده، "التعبير عن الإرادة"، مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة، العدد 1، كلية الشرطة، دبي، 1997.

8- محمد حلال حسن،" الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع– دراسة تحليلية وصفية مقارنة"-، مجلة الدراسات، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة كرباء، الأردن، 2017، ص ص 03-80.

9- يونس صلاح الدين و وسام محمد خليفة، ''القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي''، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد4 ، العدد 15 ، العراق، السنة 2004.

د- المحاضرات :

1- أمحمدي بوزينة أمينة ، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة حسين بوعلي ، الشلف ، 2020/2019.

2- بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين- ، ألقيت على طلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2017/2016.

3- بن عصمان جمال، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص،ألقيت على طلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السايسية، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014.

هـ- النصوص القانونية :

هـ-1- النصوص التأسيسية :

1- مرسوم 96-438 ، يتعلق بإصدار نص تعديل دستوري المصادق عليه في استيفاء 28 نوفمبر 1996 ، ج.ر.ج.ج.د.ش ، العدد 76 ، 1996 ، المعدل و المتمم بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأول ، ج.ر.ج.ج.د.ش ، العدد 14 ، سنة 2016.

هـ-2- الإتفاقيات الدولية :

1- إتفاقية لاهاي لسنة 1985 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع.

2- إتفاقية روما لسنة 1980 ،المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

هـ-3- النصوص التشريعية :

1- الأمر 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

2- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل بالقانون رقم 14-08، المؤرخ في 09 أوت 2010، ج.ر.ج.ج .د.ش، العدد 49، الصادر في 20 أوت 2014.

3- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005،يعدل و يتمم الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ج ر، عدد 44، صادرة في تاريخ 26 جوان 2005.

4- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن القانون الأسرة ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 24، الصادرة في 12 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

و- المواقع الإلكترونية:

1- http://law.uobabylon.edu.iq/

ثانيا : المصادر باللغة الفرنسية

1- CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3e édition, Vuibert, France, 2007.

2- POMMIER Jean-Christophone, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, Paris, 1992.

3- ALQUAD Meen, Exécution de contrat de vente international de marchandise,(Etude comparative du droit français et droit jordanien),Thèse pour le doctorat en droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, France, 1992.

4- Maryer pierre et HEUZE vincent. Po-cit.

5- Francoise moneger، droit international prive، 8eme edition ،lexis nexis، paris، 2008

فـــهـــرس

العناوين الصفحة

الواجهة.....
البسملة.....
الإهداء.....
الشكر و التقدير.....
قائمة المختصرات.....
المقدمة..... 1
الفصل الأول: القنون الواجب التطبيق على موضوع الإلتزامات التعاقدية الدولية... 6
المبحث الأول: في الضابط الأصلي و مضمون الفكرة المسندة..... 7
المطلب الأول: مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق..... 7
الفرع الأول: مفهوم القانون المختار..... 8
أولا: نشأة و تطور القانون المختار..... 8
ثانيا: تعريف القانون المختار..... 9
1- تعريف القانون المختار لدى فقه القانون الدولي الخاص..... 9
2- تعريف القانون المختار في التشريع الجزائري و بعض الإتفاقيات الدولية..10
أ- تعريف القانون المختار في التشريع الجزائري..... 10
ب- تعريف القانون المختار في الإتفاقيات الدولية..... 11
الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون المختار..... 12
أولا: المسائل المستبعدة من نطاق التطبيق..... 12
ثانيا: المسائل التي تعد ضمن نطاق التطبيق..... 13
1- تكون العقد..... 14
أ- الرضا..... 14

ب-المحل..... 14
ت-السبب..... 15
2- أثار العقد..... 15
الفرع الثالث: الإخيار الصريح و الضمني للقانون المختار..... 16
أولا: الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق..... 16
ثانيا: الإختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق..... 19
المطلب الثاني: القيود التي ترد على حرية الأطراف في الإختيار..... 21
الفرع الأول: وجوب الصلة بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد..... 21
الفرع الثاني: القيود العامة الواردة بشأن تطبيق القانون الأجنبي..... 23
أولا: عدم مخالفة النظام العام..... 24
1- المقصود بالنظام العام..... 24
2- الدفع بمخالفة النظام العام..... 25
ثانيا: عدم ارتكاب غش نحو القانون..... 27
1- بالغش نحو القانون..... 27
2- الدفع بارتكاب غش نحو القانون..... 28
الفرع الثالث: حالة وجود معاهدة دولية أو نص قانوني وارد في القوانين الخاصة.29
المبحث الثاني: الضوابط الإحتياطية المطبقة في ظل غياب قانون الضابط الأصلي(القانون المختار)..... 34
المطلب الأول: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين..... 34
الفرع الأول: ضابط الموطن المشترك..... 35
أولا: المقصود بضابط الموطن المشترك..... 35
ثانيا: شروط إعمال ضابط الموطن المشترك..... 36

1- شرط أن يكون الموطن قانوني..... 36
2- شرط أن يكون عديم الجنسية 37
الفر الثاني: ضابط الجنسية المشتركة..... 38
أولا: المقصود بضابط الجنسية المشتركة..... 38
ثانيا: حالة تعدد الجنسيات أو انعدامها أو عدم معرفتها..... 38
1- القانون الواجب التطبيق عند تعدد الجنسيات..... 39
2- القانون الواجب التطبيق عند انعدام الجنسية أو عدم معرفتها..... 40
الفرع الثالث: الفاضلة بين قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك... 40
المطلب الثاني: إعمال ضابط الإسناد المتعلق بالعقد..... 42
الفرع الأول: قانون محل الإبرام..... 42
أولا: مضمون القاعدة..... 42
ثانيا: الأساس الفقهي للقاعدة 43
ثالثا: موقف القضاء الجزائري..... 44
الفرع الثاني: تقييم ضابط محل الإبرام في مجال الالتزامات التعاقديةالموضوعية..44
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية الدولية.... 48
المبحث الأول: قواعد الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات القانونية.....49
المطلب الأول: خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون المحل 49
الفرع الأول: التأسيس التاريخي لقاعدة لوكوس (locus).....49
الفرع الثاني: مبررات قاعدة لوكوس (locus)..... 51
الفرع الثاني: طبيعة قاعدو لوكوس (locus).....52
المطلب الثاني: الضوابط الأخرى التي تحكم شكل العقد..... 55
الفرع الأول: ضابط الموطن المشترك..... 55

الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة..... 57
الفرع الثالث: تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد..... 58
أولا: التقارب المعمول به في شكل وموضوع العقد..... 59
ثانيا: الإختلاف في التعامل مع الضوابط بحسب الشكل و الموضوع..... 60
1- ضرورة احترام ترتيب و تدرج في الموضوع..... 60
2- وضع جميع الضوابط في نفس المرتبة في شأن شكل العقد..... 61
المبحث الثاني: نطاق و موانع إعمال القانون الذي يحكم شكل التصرف 63
المطلب الأول: المقصود بفكرة شكل التصرفات القانونية 63
الفرع الأول: استبعاد بعض المسائل التي تخرج عن مفهوم التصرف.....64
أولا: الأشكال الخاصة بإجراءات المرافعات..... 64
ثانيا: الأشكال الخاصة بشهر التصرفات 65
ثالثا: الأشكال المكملة للأهلية..... 65
الفرع الثاني: مضمون فكرة شكل التصرفات..... 66
أولا: الشكل المطلوب للإنعقاد..... 66
ثانيا: الشكل المطلوب للإثبات..... 70
المطلب الثاني: حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد..... 73
الفرع الأول: حالة مخالفة نظام العام..... 73
الفرع الثاني: حالة ارتكاب غش نحو القانون 75
الفرع الثالث: حالة وجود اتفاقية دولية..... 77
الخاتمة..... 79
قائمة المراجع و المصادر 81
فهرس الموضوعات.....89

ملخص مذكرة الماستر

إن مشكلة تنازع القوانين من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، و الذي يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، فمن هاته الأخيرة يتم الرجوع إلى قواعد التنازع لإسناد العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين التي لها علاقة بالنزاع دون إعطاء حل نهائي للنزاع بل يوجه إلى القانون الواجب التطبيق.

و هذه بطبيعة الحال نظرا للتطورات و اتساع مجالات العلاقات التجارية و كذا الاقتصادية الدولية و هذا ما يطرح إمكانية نشوء نزاعات بين الأطراف المتعاقدة، فلحل هاته النزاعات، تطرقنا في محور الدراسة على التعرف على أهم ضوابط الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية من الناحية الشكلية و الموضوعية وفقا للمادتين 19 و 18 خاصتا منها الضوابط الأصلية و دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية الناشئة عن العقد الدولي، و أيضا في حالة الضوابط الاحتياطية هذا في حالة غياب الضوابط الأصلية، و رأينا كيف يصطدم تطبيقها بضوابط و قيود حيث توقف إعمالها و تطبيقها على العلاقة المعروضة أمام القاضي.

الكلمات المفتاحية:

1/ القانون الدولي الخاص 2/ تنازع القوانين 3/ القانون الواجب التطبيق

4/ قانون المختار 5/ النظام العام 6/ محل الأبرام

Abstract of master’s thesis

The problem of laws conflicts is one of the most important issues of private international law, which includes the determining of the applicable law on the private legal relations with a foreign element, and from this one the reference is made to the conflicts rules to attribute the relationship with a foreign element to one of laws related to the conflict without giving a final solution to the conflict, but rather it is directed to the applicable law.

and this is of course due to the developments and the expansion of the fields of trade as well as international economic relations, in order to resolve these disputes, we discussed in our study the most important attribution adjusters related to the contractual obligations in both aspects formal and objective, and that's according to articles 18 and 19,especially the original adjusters and their role in determining the applicable law on the contractual obligations arising from the international contract, And also in the case of backup adjusters, and this is in case of original adjusters, absence And we saw how its application collides with adjusters and restrictions, where its implementation and application depend on the relationship presented before the judge.

Keywords:

1/ international private law. 2/ laws conflicts. 3/ applicable law.

4/ the chosen law. 5/ the public order. 6/ place of conclusion.