جامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائرية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة:

فتيون إيمان

إبودغاسن جبار

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

ناتوري كريم

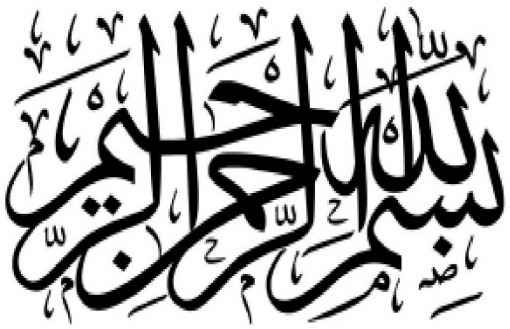
لجنة المناقشة:

الأستاذ بزغيش بوبكر– أستاذ محاضر "أ" –جامعة بجاية–.....رئيسا

الأستاذ ، ناتوري كريم– أستاذ محاضر "أ" –جامعة بجاية– ..... مشرفا

الأستاذة– موري سفيان– أستاذ محاضر "أ" –جامعة بجاية– ..... ممتحنا

السنة الجامعية 2019 -2020



وَقُل رَّبِّ أَدْخِلْنِي مُدْخَلَ صِدْقٍ وَأَخْرِجْنِي مُخْرَجَ صِدْقٍ وَاجْعَل لِّي مِن لَّدُنكَ سُلْطَانًا نَّصِيرًا

الإسراء (80)

إهـــــــداء

إلى من قال الله عزّ وجلّ في حقهما:

"ووصّينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهنٍ وفصاله في عامين أن أشكر لي والوالديك إليّ المصير"

الآية 14 من سورة لقمان

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وأمدهما بالصحة والعافية

إلى إخوتي وأخواتي رفقاء الدرب في الحياة أسأل الله أن يحفظهم ويسدّد خطاهم

إلى ذكر الأجداد تغمدهم الله برحمته الواسعة

إلى كل الأصدقاء والزملاء خاصة "لمين أيت إدير"

إلى كل طالب علم وباحث مخلص

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذا

الطالب جبار

إهـــــــداء

إلى من قال الله عزّ وجلّ في حقهما:

"ووصّينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهنٍ وفصاله في عامين أن أشكر لي والوالديك إليّ المصير"

الآية 14 من سورة لقمان

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وأمدهما بالصحة والعافية

إلى أختي الغالية رفيقة دربي سدد الله خطاها

إلى أخي العزيز تاج رأسي أدامه الله دائما

إلى ذكر الأجداد تغمدهم الله برحمته الواسعة

إلى كل الأصدقاء والزملاء

إلى كل طالب علم وباحث مخلص

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذا

الطالبة إيمان

شكـــــر وتقديـــر

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتّقدير بعد حمد الله عزّ وجل إلى الأستاذ المشرف الدكتور

"ناتوري عبد الكريم"

والذي رافقنا بكل مودة وغرس فينا القوة والعزيمة في كل خطوة من خطوات هذا البحث دون ضجر أو ملل ولم يبخل علينا جهدا أو شيئا من وقته الثمين رغم كل الظروف، حفظه الله وأبقاه ذخرًا لطبلة العلم.

كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نشكر كل أعضاء كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية من أساتذة وإداريين وأعوان كل باسمه.

كما نقد خالص الشكر والتقدير وأسمى عبارات الاحترام لفضيلة أعضاء اللجنة العلمية على قبولهم وتفضيلهم قراءة وتدقيق هذه المذكرة بغية مناقشتها وزيادة الإثراء بها.

إبودغاسن جبار

فتيون إيمان

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

(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.

مقـــــــدمة

عرف العالم تطوّر في مجال العلاقات التجارية الدولية، مما دفع بالدول إلى تبسيط وتسهيل حركة الأشخاص والأموال، مما أدى إلى تداخل العلاقات بين الأشخاص الطبعيين والمعنويين من مختلف الجنسيات والبلدان، ويعد القانون الدولي الخاص أحد فروع القانون الحديثة النشأة فمواضعه متعددة بأهمية قصوى لدى الفقه بحيث كان موضوعا للبحث والتأليف، خاصة في مجال تنازع القوانين، ويهدف القانون الدولي الخاص إلى تنظيم العلاقات الخاصة بين الأفراد المشتملة على العنصر الأجنبي.

أمام التطور التكنولوجي الذي شهده العالم دخل الأفراد في علاقات قانونية تحتاج إلى نصوص تسري على التصرفات الصادرة عنهم وقد تشكل هذه النصوص تنازعًا للقوانين، فمن بين التصرفات التي يبرمها الأشخاص العقود باختلاف طبيعتها، فإنّ العقد المبرم يحتاج إلى قانون يؤطره وهذا القانون يكون محل نزاع في حالة وجود العنصر الأجنبي، فتنشأ عدة نزاعات وخصومات حول العقود الدولية. بصيغة أخرى العقود التي تحتوي على العنصر الأجنبي وتحكمها قواعد القانون الدولي الخاص.

ولضمان صيانة الحقوق واستقرار المعاملات كان لابد على المشرع الجزائري أن يضع قواعد قانونية، فتدخل القانون المدني الجزائري فحدّد القواعد المعمول بها فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي وذلك في الأمر رقم 75-58 المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري وفق لتعديل 2005[1]، وذلك عن طريق قواعد الإسناد.

إنّ دوافع اختيار الموضوع متعددة أهمها:

- الرغبة في دراسة قواعد القانون الدولي الخاص نظرا لما له أهمية في تنظيم العلاقات بين أفراد.

[1]- **قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005**، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 44 صادرة في تاريخ 26 جوان 2005.

- دراسة أحكام العقد الدولي، خاصة في ظل العولمة واتساعه في مجال المعاملات منها الالكترونية منها التقليدية.
- الرغبة في معرفة تعامل الجهاز القضائي مع هذا النوع من العقود باعتباره الجهة المكلفة في الفصل في النزعات المعروضة أمامه
- الرغبة في معرفة موقف المشرع الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل وموضوع العقود مقارنة ببعض التشريعات العربية.
- التدقيق في مختلف الأحكام التي كرّسها المشرع الجزائري في ظل قواعد التنازع الجزائرية والخاصة بالموضوع لمعرفة النقائص محاولين اقتراح حلول لسد الفراغ القانوني.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية مبرزين الأصل وهو قانون الإرادة وكذا ما كرسه المشرع من ضوابط، كما سعى من جهة أخرى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقود خاصة في ظل قواعد التنازع الجزائرية، محاولين الإجابة على الإشكالية الآتية: **ما هي الضوابط التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي؟ وما مدى فعاليتها؟**

يحتاج هذا النوع من المواضيع إلى ضرورة تتبع المنهج التحليلي وذلك بتحليل واستقراء واستعراض جملة النصوص القانونية المؤطرة لموضوع القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، ومن جهة أخرى تحليل مختلف الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي سعت إلى إيجاد حلول لمختلف الإشكالات التي يطرحها موضوع الالتزامات التعاقدية، كما اعتمدنا على المنهج المقارن كلّما كان من الضروري إجراء المقارنة.

وقد تتبعنا خطة ثنائية محاولين دراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي **(الفصل الأول)**، ثم تعرضنا للقانون الواجب التطبيق على شكل هذه الالتزامات التعاقدية في ظل قواعد الإسناد الجزائرية **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية

يُعد العقد (الالتزامات التعاقدية) وآثاره 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، 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.

سعى المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المقارنة إلى تكريس قواعد قانونية تؤطر الالتزامات التعاقدية عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع هذه الأخيرة متى تعلق الأمر بعلاقة قانونية تعاقدية ذات عنصر أجنبي وذلك في إطار قواعد الاسناد (التنازع)، وتناول المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية في نص المادة 18 من القانون المدني، ووفقاً لها يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية قانون الإرادة كضابط أصلي **(المبحث الأول)**، إلا أنّه وضع ضوابط احتياطية، واستثناءات يقتضي الأمر دراستها **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

تطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية

(الضابط الأصلي)

إنّ إزالة الغموض الذي يشوب قاعدة قانون الإرادة (القانون المختار من المتعاقدين) باعتباره القانون الذي يطبق على موضوع الالتزامات التعاقدية في مجال العلاقات الدولية الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، يتطلب قبل التطرق إلى مختلف الأحكام القانونية العامة أو الخاصة به، تحديد مفهوم قانون الإرادة**(المطلب الأول)**، خاصة أن أي موضوع قانوني يتطلب ضبط مفاهيمه، إذا كان قانون الإرادة هو الضابط الأصلي والقانون السّاري على موضوع الالتزامات التعاقدية، فإنّ المشرع الجزائري وضع له ضوابط احتياطية، كما له استثناءات**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم قانون الإرادة

ينبغي على الباحث التعمق في نشأة وبوادر موضوع بحثه، فالبحث في مجال قاعدة قانون الإرادة كضابط أصلي يطبق على موضوع الالتزامات التعاقدية في ظل قواعد القانون الدولي الخاص، أمر يتطلب منا الرجوع إلى نشأة هذا المبدأ وكذا البحث عن مدلول قاعدة قانون الإرادة **(الفرع الأول)** مع التأكيد على مسألة أخرى هي أنه لا يمكن إعمال وتطبيق قانون الإرادة على الالتزامات التعاقدية في جانبها الموضوعي إلا بتوفر جملة من الشروط **(الفرع الثاني)**، ثم إنّ التسليم بتطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية يجعلنا أمام حالة وجوب تحديد نطاق هذا القانون **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

نشأة وتعريف قانون الإرادة

بغية الإلهام بجميع الجوانب المرتبطة بقانون الإرادة الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية، سنقوم بدراسة نشأته في مجال قواعد القانون الدولي الخاص **(أولا)**، ثم بعد ذلك التطرق إلى تعريف قانون الإرادة **(ثانيا)**.

أولا: نشأة قانون الإرادة

ظهر قانون الإرادة كضابط أول يسري على موضوع الالتزامات بشكل تدريجي، حيث كانت أكبر الدول تجعل العقد يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه وكانت مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة في القرنين الثاني عشر والثالث عشر المثل البارز، أين جعلت القوانين الإقليمية تسري على كل التصرفات القانونية من بينها العقد، بمعنى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد وذلك سواء على الجانب الشكلي أو الموضوعي للعقد، إضافة إلى إقرارهم لمبدأ سريان القوانين الإقليمية على العقد ودعموا موقفهم أو أساسهم بحجة أن إعمال قانون الدولة مكان إبرام العقد يضمن للأطراف المتعاقدة معرفة كل تفاصيل وأحكام ذلك القانون[2]. إلا أنه بعد مرور مدة زمنية وبالضبط في أواخر القرن الخامس عشر حاول الفقيه الإيطالي « **Rochuscurtins** »الخروج عن هذه القاعدة المذكورة أعلاه خاصة أنها قاعدة آمرة، محاولاً التمسك بحجة أن تطبيق قانون دولة مكان إبرام العقد يعتبر بمثابة تصريح ضمني لإرادة المتعاقدين بالخضوع لقانون تلك الدولة، وكذا اتجاه هذه الإرادة إلى العمل بقانون بلد الإبرام فهنا كانت البوادر نحو نشأة وقيام ضابط قانون الإرادة[3]، انتقلت هذه الفكرة إلى الفقه الفرنسي في القرن

---

[2]– **هشام علي صادق**، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص 06. أنظر أيضاً حول المدرسة الإيطالية القديمة بزعامة "**بارطول وبلاد**":

-**MELIN Francois**, Droit international privé, cours intégral et synthétique, Gualino, Lextenso, France, 2019, p 26.

[3]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص217.=

السادس عشر فتبلورت فكرة سلطان الإرادة على يد الفقيه **(ديمولان)**، حيث استند على تطبيق قانون دولة الابرام لكونه واعتباره القانون الذي تم اختياره من طرف المتعاقدين ولو كانت إرادة ضمنية، فبالتالي يمكن لأطراف العقد اختيار قانون آخر يسري على عقدهم، وعليه فإن لفكرة الفقيه "**ديمولان**" دور هام في انحصار مجال قانون بلد الابرام في العقد[4].

نادى الفقيه "**ديمولان**" في القرن الثامن عشر إلى تبني قاعدة أو مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أو القانون المختار من قبل أطراف العقد وذلك بشكل صريح إضافة إلى حصر قانون الإرادة في نصوص آمرة، وموقف الفقيه "**ديمولان**" كان له حيزا تطبيقيا ذلك في قضية النظام المالي للزوجين الشهيرة **(دوجاني)**عام 1525، حيث أكد أن شكل العقد يخضع لقانون بلد الإبرام، أما موضوع العقد فيخضع للقانون الذي يتم اختياره من الأطراف وسواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني[5].

في حين أكد الفقيه البلجيكي**(لوران)**على هذا المبدأ وذلك بقوله أن لأطراف العقد الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم باعتباره حقا من حقوق الإنسان وهذا كان في نهاية القرن الثامن عشر[6]، وفي الأخير ظهر استقرار مبدأ قانون الإرادة في القرن العشرين وذلك من

=-voir aussi sur le principe de la loi d'autonomie :

-**MAYER Pierre et HEUZE Vincent**, droit international privé, 9ème édition, Montchrestien, 2007, pp 521-524.

4- **بلقاسم أعراب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص303-304.

5- **كمال عليوش قربوع**، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 335. أنظر أيضاً:

-**MELIN Francois**,op-cit, p 27.

6- **حفيظة السيد الحداد**، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص228. ولتفاصيل أكثر حول نشأة قاعدة قانون الإرادة في الالتزامات التعاقدية راجع:

-**ناتوري كريم**، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر (السداسي الأول)، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020/2019، ص ص 18-21.

خلال تبني أغلب التشريعات له واعتماده كضابط يسري على العقد الدولي[7]، ويندرج في إطار تعريف قانون الإرادة كل ما جاء به فقه القانون الدولي الخاص، وكذا ما كرسته التشريعات الوضعية منها التشريع الجزائري.

ثانيا: تعريف قانون الإرادة

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

1-تعرف قانون الإرادة لدى فقه القانون الدولي الخاص

وردت عدة تعاريف اصطلاحية من طرف فقهاء القانون الدولي الخاص لقانون الإرادة، بحيث عرفه الفقيه "**بيتر ناي**" قانون الإرادة بذلك القانون المختار من قبل أطراف العقد أو ذلك القانون الواجب التطبيق على عقدهم وذلك بكل حرية وخاصة أن القانون المختار يمنح الأطراف العقد صلاحيات واسعة[8]، كما يعرف قانون الإرادة 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[9].

2-تعريف قانون الإرادة في التشريع الجزائري وبعض الاتفاقيات الدولية

سنتناول ضمن هذا العنصر تعريف قانون الإرادة في مجال قواعد التنازع الجزائرية **(أ)** ثم بعد ذلك سنحاول تبيان تعريفه في الاتفاقيات الدولية التي جعلت قانون الإرادة أحد بنودها**(ب)**.

---

[7]- **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 41.

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

[9]-**FRANÇOISE Monéger**, Droit international privé, 8éme édition, Lexis Nexis, Paris, 2018, p152.

أ-تعريف قانون الإرادة في التشريع الجزائري

كرسّ المشرع الجزائري قانون الإرادة كضابط أصلي يسري على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي في جانبها الموضوعي في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم 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 ساري على موضوع الالتزامات التعاقدية مسّها تعديل 2005، وبالعودة إلى متن المواد 18 و19 فالمشرع الجزائري لم يعرف قانون الإرادة بل اكتفى تكريسه كمبدأ أو ضابط أصلي يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية في علاقة قانونيه ذات عنصر أجنبي وذلك في صلب المادة 18 والتي جاء فيها: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين**"[10].

يتبين من خلال المادة المذكورة أعلاه أنّ المشرع الجزائري تبنى قاعدة قانون الإرادة وجعله ضابطا أصليًا يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية، واعتبر الإرادة كضابط إسناد، وقاعدة الإسناد هي "**قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها**" [11]، وإنطلاقاً 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[12].

---

[10]- **قانون رقم 05-10**، السالف الذكر.

[11]- **مجد الدين خربوط**، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، (د.ط)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا، 2008، ص 68.

[12]- **مريني فاطمة الزهراء**، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010، ص 35.

ب-تعريف قانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية

قاعدة قانون الإرادة السارية على الالتزامات التعاقدية عرفت كذلك تكريساً واعترافاً في العديد من الاتفاقيات الدولية، أين اقرت اتفاقية روما لسنة 1980، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[13] وذلك في صلب المادة 03 والمنصوص فيها على ما يلي: "**يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف هذا الاختيار 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**"[14].

نالت قاعدة قانون الإرادة نصيباً من إتفاقية **لاهاي** لسنة 1985 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع وذلك في متن المادة 07 والواردة فيما يأتي: "**يخضع العقد للقانون الذي إختاره طرف العقد على أن يكون هذا الاختيار قد صدر بصورة صريحة أو يستنتج من عبارات العقد**"[15]، وعليه يمكن القول رغم اختلاف التشريعات العربية والغربية 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.

13- **MARYER Pierre et HEUZE Vincent**, po-cit, p 524.

14- **اتفاقية روما لسنة 1980**، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

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

الفرع الثاني

شروط إعمال قانون الإرادة

المشرع الجزائري رغم تكريسه لمبدأ قانون الإرادة الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية والذي يعد مبدأ عالمي كما سبق الإشارة إليه وذلك من خلال المادة 18 من التقنين المدني الجزائري وفقا لتعديل 2005 إلاّ أنه وضع شروط لإعماله، بداية من ضرورة وجود صلة بين قانون الإرادة والمتعاقدين **(أولا)**، وكذا شرط وجود رابطة أو صلة بين قانون الإرادة والعقد **(ثانيا)**.

أولا: شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والمتعاقدين

وفقًا بالمادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تعديل 2005 فالمشرع الجزائري رغم تبنيه لقاعدة قانون الإرادة أو منح الأطراف المتعاقدة حرية في اختيار القانون الذي يحكم ويسري على موضوع التزاماتهم التعاقدية، إلا أنّه لم يجعل حرية أطراف الرابطة العقدية مطلقة بل قيدها بشرط ضرورة وجود رابطة بينهم وبين القانون الذي تم اختياره حيث جاءت المادة وفقا للآتي: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت صلة حقيقية بالمتعاقدين....**"[16].

تحليلا للمادة أعلاه فإن المشرع الجزائري جعل اختيار المتعاقدين للقانون الساري على عقدهم في جانبه الموضوعي مقيد بوجود رابطة بينهم وبين العقد وبصيغة أخرى صلة، وقد تكون هذه الأخيرة بتحديد في جنسية المتعاقدين أو موطنهم[17]، فبتالي بمفهوم المخالفة في حالة عدم وجود هذه الصلة أو الرابطة إما الجنسية أو الموطن، فإن القاضي يجعل القانون المختار على جانب كأنه لم يتم اختياره

16– **قانون رقم 05–10**، السالف الذكر.

17– **الطيب زروتي**، دراسات القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 271.

وذلك لانعدام الرابطة بينه وبين المتعاقدين، خاصة أن الجنسية والموطن ضمن المؤشرات التي يستدل بها القاضي بوجود الاختيار[18].

ثانيا: شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والعقد

مفاد شرط وجود صلة بين قانون الإرادة أو القانون المختار من طرف المتعاقدين والعقد، هو قيام تلك الصلة الحقيقية والرابطة القانونية بين القانون الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية أو قانون الإرادة والعقد، أين تُكشف هذه الصلة بجلاء على الإرادة الحقيقية والمشتركة لأطراف العقد[19].

جعل المشرع الجزائري وجود صلة بين القانون المختار والعقد شرط لإعمال وتطبيق مبدأ قانون الإرادة الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية وذلك بشكل صريح في متن المادة 18 من القانون المدني بعد تعديل 2005[20]، إضافة أن الرابطة الحقيقية بين العقد والقانون المختار الساري على موضوعه قد تكون صلة ببلد الإبرام الذي يحقق حماية للعقد وأمان للمتعاقدين ويضمن وحدة الحلول القانونية[21]. ويتم التفصيل في هذه المسالة أثناء دراسة الضوابط الاحتياطية لقانون الإرادة، كما يمكن أن تكون صلة العقد وقانون الإرادة بما يربطه بمحل أو مكان تنفيذ العقد والذي يكون فيه موطن أحد المتعاقدين على الأقل[22] المبدأ ذاته ينطبق على هذه العلاقة وينال قسط من الدراسة في هذه المذكرة.

كان المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني (2005) قد أعطى الحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون الساري على موضوع التزاماتهم، حيث نصّت المادة 18 قبل التعديل على ما يلي "**يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على**

---

[18]– **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2004، ص 256.

[19]– **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، (د.ط)، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004، ص 265.

[20]– تنص المادة 1/18 من القانون 05–10 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، المرجع السابق على ما يلي: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**"

[21]– **الطيب زروتي**، دراسات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 244.

[22]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 106.

تطبيق قانون آخر. غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه"[23]، إلاّ أن المشرع الجزائري بعد التعديل قيّد حريّة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وذلك بوضعه شروط ينبغي توافرها لإعمال القانون المختار من أطراف الرابطة العقدية[24]، إضافة أنه يمكن القول بأن إرادة الأطراف المتعاقدة تنحصر في تركيز العقد في مكان معين ويكون الأساس وجوهر العقد، نظراً لما يترتب من أثار قانونية في حالة انقطاع الصلة الحقيقية بين العقد أو المتعاقدين وقانون الإرادة[25]، كما أنّه وفقاً لقواعد الاسناد لابد أن لا يمس القانون المختار من المتعاقدين بالنظام العام والآداب العامة الجزائرية، ولا أن يكون ناتج عن الغش نحو القانون المنصوص عليهما في المادة 24 من القانون المدني الجزائري[26].

الفرع الثالث

نطاق وصور تطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية

نتعرض هنا إلى نطاق تطبيق قانون الإرادة **(أولاً)** ثم إلى صور قانون الإرادة **(ثانيا)**.

أولا: نطاق تطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية

نظراً للأهمية البالغة التي يكتسيها العقد كتصرف قانوني منذ اعتباره إيجابا إلى غاية القبول ووصوله إلى مرحلة إفراغه في الشكل المنصوص عليه قانوناً وكذا ضرورة وجود وتوفر أركان وشروط قانونية رسّمها المشرع، لذا يجي توضيح الجوانب التي تعد ضمن نطاق قانون الإرادة **(1)**، إضافة إلى مسائل قانونية مرتبطة بالعقد تخرج عن نطاق قانون الإرادة **(2)**.

---

[23]– نص المادة 18 **من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري** ، المرجع السابق.

[24]– **عبد الكريم بلعيور**، "قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل وبعد التعديل"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 47، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، (د.س.ن)، ص 366.

[25]– **خليفي سمير**، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 50.

[26]–**أنظر نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري**، المرجع السابق.

1-الجوانب التي تعد ضمن نطاق قانون الإرادة

يسري قانون الإرادة على مرحلة تكوين العقد ويقوم بضبط وتنظيم أركان العقد أين يطبق احكامه على الرضا والمحل والسبب، وكذا شروط صحة هذه الأركان، ومن جهة أخرى فإنّ قانون الإرادة يطبق على مرحلة ما بعد الابرام أو مرحلة التنفيذ وكل ما يتعلق بتنفيذ الالتزامات والوفاء بها أو القيام بها في المواعيد المتفق عليها، إلى جانب المسائل المرتبطة بالإخلال بهذه الالتزامات التعاقدية والمسؤولية العقدية المترتبة عن هذا الإخلال[27].

2-المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة

تعد الأهلية كنظام قانوني مرتبط بالعقد يخرج هذا النظام أو هذه المسالة القانونية عن نطاق قانون الإرادة بتطبيقاته إذ تخضع لقانون جنسية المتعاقد وكذا شكل العقود الذي يحكمها قانون خاص بالشكل[28]، إضافة أنّ العقد كتصرف قانوني يختلف موضوعه أو محله فقد يكون محل العقد مسألة قانونية يكيف بأنّها من مسائل الأحوال الشخصية كالزواج وما يترتب عليه من أحكام وأثار قانونية (الطلاق، النفقة، الحضانة) ففي هذه المسائل لا يسري على هذا النوع من العقود قانون الإرادة بل يسري عليها قانون خاص بها[29]، وقد ثبتت المادة 21 من القانون المدني الجزائري على أنه: "**لا تسري أحكام المواد السابقة إلاّ حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة**

---

[27]-**غالب علي الدوادي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د.س.ن)، ص 220-221.

[28]-المرجع نفسه، ص222.=

=-أخضع المشرع الجزائري الأهلية لقانون الجنسية كأصل وفقاً لنص المادة 10 من القانون المدني، وفي حالة تعدد الجنسيات ومن بينها الجنسية الجزائرية نأخذ بهذه الأخيرة، أما إذا لم تكن بينها الجنسية الجزائرية فالعبرة بالجنسية الفعلية، وعندما يكون الشخص عديم الجنسية نطبق قانون موطن الشخص أو قانون محل إقامته، وفقاً لأحكام المادة 22 من القانون المدني، أنظر المادتين 10 و22 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر. أنظر أيضاً:

-**ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص 20.

[29]-**دربة أمين**، قواعد التنازع المتعلق بالزواج وانحلاله -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 15.

دولية نافذة في الجزائر"[30]كما يخرج من نطاق قانون الإرادة العقود التي محلها ميراثا أو وصية وخاصة التي تحمل بند يخالف أحكام القوانين الخاصة على سبيل المثال الاتفاق على تقسيم بشكل مخالف لأحكام القانون، إلى جانب ذلك فإن كان محل العقد أموال منقولة فان هذا الأخير يخضع لقانون المحل المتواجد فيها الأموال، والأمر نفسه يطبق على العقود التي موضوعها عقاراً[31]، كما تُستبعد من نطاق قانون الإرادة عقود العمل، عقود الضمان الاجتماعي وعقود التعاقد مع الدولة، ويجدر التنبيه أن مسائل أو جوانب العقد متعددة وهذه المتطرق إليها هي على سبيل المثال وليس الحصر.

ثانيا: صور قاعدة الإرادة

تلعب الإرادة الفردية للأطراف المتعاقدة دوراً واسعاً النطاق في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، إلا أنّ هذه الإرادة نجد لها، قد تكون صريحة **(1)**، وقد تكون إرادة ضمنية تستخلص من بعض الجلسات والوقائع المرتبطة بالعقد **(2)**.

1-الإرادة الصريحة

يقصد بالاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية بتلك الإرادة الحقيقية والعلنية، والمعبّر عنها بشكل صريح في العقد دون ترك أي مجال

---

[30]- **راجع المادة 21 من قانون رقم 05-10، السالف الذكر.**

لتفاصيل أكثر حول المسائل التي يطبق عليها قانون الإرادة والتي لا يطبق عليها راجع

عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص 359.

-نص المشرع الجزائري على إخضاع تكييف المال سواء كان عقار أو منقول لقانون الدول التي يوجد فيها، وفقاً للمادة 17 من القانون المدني، القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

-**MARYER Pierre et HEUZE Vincent**, op-cit, pp 545-560.

[31]- **عبده جميل غصوب**، المرجع السابق، ص 359.

-نص المشرع الجزائري على إخضاع تكييف المال سواء كان عقار أو منقول لقانون الدول التي يوجد فيها، وفقاً للمادة 17 من القانون المدني، القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

للشك، وبأسلوب آخر أن ترسم هذه الإرادة حدود القانون الساري على موضوع العقد وذلك بذكره بشكل صريح في العقد[32] وسائل التعبير عن هذه الإرادة متعددة فقد يعبر أطراف العلاقة التعاقدية عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون معين بأسلوب الكتابة سواء في شكل رسمي أو في محرر عرفي أو قد يكون عن طريق الكلام أو وسائل اتصال أخرى كالمكالمات الهاتفية أو إتباع نظام الحوار[33] مع التأكيد على ضرورة عدم تعارض قانون الإرادة مع النظام العام وألا يشكل أي غش نحو القانون[34].

لم يفصل المشرع الجزائري حول الإرادة الصريحة كشكل من أشكال الإرادة بحكم أن المادة 18 من (ق.مدني) وردت بصيغة العموم[35]، وأمام سكوت المادة فيمكن القول بأنّ المشرع تبنّى هذا النوع من الإرادة أين جاءت المادة بما يلي: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين**"[36].

2-الإرادة الضمنية

عملاً بالقاعدة العامة التي مفادها أنّ للأطراف المتعاقدة حريّة تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة، فالإرادة الضمنية أو التعبير الضمني عن الإرادة تُعد مسلكاً إيجابياً للتعبير عن الإرادة حيث يتم الكشف عن هذه الإرادة بطريق غير مباشر وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة بواسطة الأفعال التي يتخذها الأطراف المتعاقدة[37]. إضافةً إلى أن هذه الأفعال لا تُعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة بل إشارة تكشف عن تلك الإرادة وكذا ظروف الحال

---

[32]- **سامي بديع منصور**، طرق حل النزاعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، لبنان، 1995، ص 36.

[33]- **إيناس محمد البهيجي**، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص 55-56.

[34]- **حفيظة السيد الحداد**، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 303.

[35]- **عبد الكريم بلعيور**، المرجع السابق، ص 366

[36]- **قانون رقم 05-10**، السالف الذكر.

[37]- **عبد الرزاق السنهوري**، شرح القانون المدني الجديد (النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد)، الجزء الأول، ط2، منشورات الحلبي للحقوقية، لبنان، 1993، ص 148.

تسمح بترجيح المعنى المقصود وكما أن الظروف التعاقدية الخاصة بين الأطراف لا يمكن تفسيرها إلا باعتبارها تعبيراً عن الإرادة[38].

لقد اكتفى المشرع الجزائري باعتبار الإرادة كضابط أصلي، فبالتالي يستوي أن تكون هذه الأخيرة صريحة أو ضمنية[39]، رغم اختلاف الأثار القانونية حيث أنّه في حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق لا يثير أي اشكال، أما بالنسبة لحالة التعبير الضمني فيثار مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي مما يجعل للقاضي دوراً في البحث واستنتاج القانون المختار من خلال بعض الأحكام الواردة في العقد[40]، وبناءاً على ما تم ذكره يمكننا القول أنّ صياغة المادة 18 لازالت غامضة ولم يتم تحديد طبيعة وشكل الإرادة، وكذا الوسائل أو الآليات الواجب اتباعها للتعبير عن هذا الضابط، وعليه لابد من إعادة النظر في متن هذه المادة خاصة أن تنازع القوانين هو المحور الأساسي للقانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني

الضوابط الاحتياطية المطبقة في حالة تعذر تطبيق قانون الإرادة

وضع المشرع الجزائري ضوابط احتياطية يجوز للقاضي العمل بها عند تعذر تطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية وذلك بهدف تحقيق حسن سير العدالة وتسهيل عمل القضاة وإيجاد حلول لتنازل القوانين وتتمثل هذه الضوابط حسب ما هو مقرر في المادة 18 من التقنين المدني الجزائري في قانون الموطن المشترك **(الفرع الأول)**، إلى جانب قانون الجنسية المشتركة **(الفرع الثاني)**، كذلك إخضاع موضوع الالتزامات التعاقدية إلى قانون محل إبرام العقد **(الفرع الثالث)**.

---

[38]– **كاظم حمادي يوسف**، "النظرية العامة للإرادة الضمنية–دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، العدد 5، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، 2019، ص 02.

[39]– **عبد الكريم بلعيور**، المرجع السابق، ص 308.

[40]– **سليمان أحمد فضل**، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 177.

الفرع الأول

إعمال ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

أجاز المشرع الجزائري للقاضي الذي يرفع أمامه نزاع حول رابطة عقدية ذات عنصر أجنبي والتي لم يُحدد أطرافها القانون الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية، الاعتماد على ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين باعتباره من ضوابط الاسناد التي تساعده وترشده إلى القانون الواجب التطبيق، ولهذا الضابط إطار قانوني سواء في الشق المفاهيمي **(أولاّ)**، ولا يمكن إعماله إلاّ بتوفر مجموعة من الشروط القانونية **(ثانياً)**.

أولا: مفهوم ضابط الموطن المشترك

تختلف من تشريع لآخر وذلك لما يتمتع به المشرع الوطني في سلطة تنظيم أحكامه وكذلك سبب اختلاف أسس تعيينه وُصوّره، إلاّ أنّ الأمر المتفق عليه هو أنّ لكل حرية وحق التنقل وكذا الحق في اختيار محل الإقامة في دولة يرغب فيها وهذا الحق مقرر بموجب المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 [41]، وعرّف الفقيه "**سافيني**" الموطن بأنّه "المحل الذي يختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأعماله"[42]. في حين يعرفه الفقيه "**دابي**" بأنه: "**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 أم لا**"[43].

41 - « 1.- Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat.
2. Toute personne a le droit de quitter tout pays y compris le sien, et de revenir dans son pays ». voir l'article 13 de la déclaration universelle des droits de l'Homme (10 décembre 1984), Editions Gallimard, « Folio » , 2018.

42– **عبد الحميد أبو هيف**، القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر، (د.ط)، منشأة المعارف، مصر، 1924، ص 82.

43– **هشام علي صادق**، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط2، منشأة المعارف، مصر، 1976، ص 699.

أما بخصوص المصطلح كاملاً بمعنى الموطن المشترك لأطراف العقد هو ذلك الموطن الذي اختاره أطراف الرابطة العقدية للإقامة المعتادة أو موطن ممارسة أعمالهم مما يجعل هذا القاسم المشترك للأطراف والقانون الساري فيه يضمن كذلك مصالح مشتركة بين الأطراف[44].

يُعد ضابط الموطن المشترك الضابط الاحتياطي الأول إلى جانب ضابط الجنسية المشتركة في حالة غياب قانون الإرادة في التشريع الجزائري، أين نص المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري[45]، وباستقراء مضمون هذه المادة فإنّ المشرع لم يقدم تعريفاً أو المقصود بالموطن المشترك، بل لمعرفة المقصود بالموطن من ناحية التشريع الوطني الجزائري لابد من العودة إلى القواعد العامة الواردة في المادة 36 من القانون المدني أين تعتبر هذه الأخيرة أن موطن كل جزائري المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. ولا ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت[46].

ثانيا: شروط إعمال ضابط الموطن المشترك

يتطلب لإعمال وتطبيق ضابط الموطن المشترك كضابط إسناد احتياطي بموجبه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في حل النزاع الخاص بموضوع الالتزامات التعاقدية لابد من توفر شروط قانونية بداية من ضرورة أن يكون الموطن قانوني **(1)**، كذلك ينبغي للاعتماد على ضابط الموطن المشترك أن يكون الشخص عديم الجنسية **(2)**.

44– **طارق عبد الله عيسى المجاهد**، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، 2001، ص 113.

45– **الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975**، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

46–**الأمر 75–58، المتضمن لأحكام القانون المدني**، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

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 ارتباطاّ 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 عنصران أولهما العنصر المادي وهو الإقامة الفعلية، أمّا العنصر الثاني فهو العنصر المعنوي والذي يتمثل في الاعتياد أو الاستقرار مع توفر نيّة الإقامة الدائمة في ذلك المكان خاصة أنّ عامل النيّة هو الذي يُميّز بين الموطن والإقامة[47]. وبالمقابل هنالك موطن إختياري أو يختاره الشخص لتنفيذ أعماله القانونية فيقيم به بصفة مؤقتة أو عابرة فلا يعد موطناً من الناحية القانونية[48]. وانطلاقاً ممّا تم التطرق إليه فإنّ القاضي لحل مشكل تنازع القوانين في جانب الالتزامات التعاقدية ولتطبيق قانون الموطن المشترك كضابط أول للإسناد يجب عليه أن يبحث أولاً على الموطن الحقيق 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 أنّ 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 أنّ للموطن أهمية

47-**هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص101.

48-**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.

قصوى في مجال التنازع السلبي أين يبررون دوره في تحديد القانون الشخصي لعديم الجنسية بقانون موطنه أو موطن محل إقامته[49].

جعل المشرع الجزائري حالة عديم الجنسية ضمن الحالات التي يطبق فيها قانون الموطن المشترك وذلك في المادة 22 فقرة الأخيرة والمنصوص فيها "**وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن....**"[50].

3-تعذر تطبيق قانون الإدارة

الأصل في العقود الدولية إخضاعها لقانون الإرادة، أي القانون الذي يشير إليه المتعاقدين ويستوي في ذلك أن تكون إرادتهم صريحة أو ضمنية، أمّا في حالة غياب القانون المختار فيتبع القاضي مناهج وطرق الإسناد من أجل الوصول إلى القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية[51].

وعليه فإنّ لقانون الإرادة أولوية أو أفضلية في تنازع القوانين، فلا يمكن اللجوء إلى ضابط الموطن المشترك إلا بعد تأكد القاضي أنّ إرادة الأطراف المتعاقدة غائبة أو لم تفصح عن القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، وهو أمر فصل فيه المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري وفقا لتعديل 2005. كما يجب التذكير أنّه يجب أن يكون الموطن مشترك بين المتعاقدين لكي يطبق في حالة غياب قانون الإرادة.

---

[49]-**إبراهيم عباس الجبوري**، "دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص"، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد 43، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بابل، 2019، ص 1280.

[50]-**قانون رقم 05-10**، السالف الذكر.

[51]-**عبد السلام علي الفضل**، "منهج الأداء المميزة في تحديد قانون العقد الدولي"، مجلة الدراسات، المجلد 46، العدد 1، كلية علوم الشريعة والقانون، جامعة دمشق، سوريا، 2019، ص 575.

الفرع الثاني

تطبيق ضابط الجنسية المشتركة

بالرجوع إلى قواعد التنازع الجزائرية، نجد أن المشرع الجزائري قد أسند الجانب الموضوعي للرابطة التعاقدية في حالة تعذر تطبيق قانون الإرادة لقانون الموطن المشترك أو **الجنسية المشتركة،** وجعلهما في نفس المرتبة فهما ضابطان احتياطيان أوليان، سنقوم بدراسة مفهوم ضابط الجنسية المشتركة **(أولا)**، ثم اعماله كضابط احتياطي أول **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم ضابط 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[52]، في حين يرى الجانب الآخر أن الجنسية :"رابطة قانونية تربط الإنسان بدولة ذات سيادة "[53]. بينما ذهب بعض الفقه للقول أن الجنسية "رابطة سياسية وقانونية تنشأ بإرادة الدولة باعتبارها شخصاً دوليّا قد تجعل الفرد رعيته أي عضو في الجماعة الدولية "[54]. نصت أحكام المادة 18 فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري أن ضابط الجنسية المشتركة أحد الضوابط التي يجوز إعمالها في الالتزامات التعاقدية حيث جاء فيها: "... **وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة**"[55]، وجعلها المشرع الجزائري في نفس المرتبة مع ضابط الموطن المشترك.

---

[52]–**عمر أبو بكر خشاب،** أحكام الجنسية ومركز الأجانب في مجلس التعاون الخليجي –دراسة مقارنة–، ط1، (د.د.ن)، السعودية، 1990، ص70.

[53]–**علي علي سليمان،** مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص57.

[54]–**أمحمدي بوزينة أمينة،** محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسين بن بوعلي، الشلف، 2020/2019، ص 09.

[55]–**قانون رقم 05–10**، السالف الذكر.

ثانيا: الجنسية المشتركة كضابط احتياطي أول إلى جانب الموطن المشترك

يتضح من نص المادة 02/18 أنّ المشرع الجزائري بتبنيّه لضابط الجنسية المشتركة كضابط احتياطي يُعتمد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في حالة عدم تحديده من قبل الطرفين، وما يلاحظ كذلك على صلب المادة أنّ المشرع جعل الأفضلية في الضوابط حيث أنّ 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.

الفرع الثالث

خضوع الالتزامات التعاقدية إلى محل إبرام العقد

يعد قانون محل الإبرام العقد معيار معتمداً في ظل المدرسة الإيطالية القديمة بوصفه أهم الضوابط المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي[56]، فالاعتماد على محل إبرام العقد من أجل إسناد الرابطة العقدية هو راجع لوجود صلة حقيقية وجادة بين قانون هذا الضابط والعقد، كما أن الإسناد إلى قانون دولة إبرام العقد وفقا للقضاء يفترض كما بيّننا سابقا سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنياً، فيختلف عن بعض الاتجاهات التي أسندت العقد لقانون دولة الإبرام على أساس أنه القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين [57].

تبنت معظم التشريعات قانون محل إبرام العقد على الالتزامات التعاقدية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون الإرادة صراحةً أو ضمناً من بينها التشريع الجزائري، هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني عندما نص على أنه"**يسري على الالتزامات التعاقدية**

---

[56]–**منصور عبد السلام الصرايرة**، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكتروني ذات الطابع الدولي"، مجلة الدراسات، العدد 02، كلية العلوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، 2014، ص1340.

[57]–**زهير بن خضرة**، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 87.

القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، .... يطبق قانون محل إبرام العقد...."[58].

وعليه يمكن القول بأن إعمال ضابط قانون محل إبرام العقد يعد اسناد يعبر عن وجود صلة حقيقة وجادة بين بين القانون والعقد، كما يضمن للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل، ويكفل هذا الضابط للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، فيضمن قانون محل إبرام العقد وحده الحلول القانونية[59]، ولقد أخذ المشرع الجزائري بقانون المحل كضابط احتياطي ثاني بعد الموطن المشترك والجنسية المشتركة وفقاً لنص المادة 18 من القانون المدني، فهو لا يمكن تطبيقه بمجرد تعذر تطبيق قانون الإرادة، بل يجب أن يتعذر أيضاً تطبيق كل من قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة، ويمكن أن يكون قانون محل ابرام العقد هو القانون المختار من المتعاقدان وفي هذه الحالة يطبق باعتباره أصل وليس كضابط احتياطي، لكن قانون مكان إبرام العقد لا يكون دائما ملائمًا لحكم العلاقة العقدية، كما أن التوصل إلى تحديد مكان إبرام العقد لا يعني كذلك تحديد القانون الذي يحكم العقد أو يرجع ذلك الاختلاف لنظم القانونية حول المكان الذي يُعتد به مثلا لإبرام العقد[60].

---

[58]–**قانون رقم 05–10**، السالف الذكر.

[59]– **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص54.

[60]– **سليمان أحمد فضل**، المرجع السابق، ص 200.

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على تطبيق قانون الإرادة

تبنى المشرع الجزائري مبدأ إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة أو القانون المختار من طرف الرابطة العقدية سواء بشكل صريح أو ضمني وجعله الأصل حسب المادة 18 من القانون المدني والتي مسها تعديل 2005، كم تم تبيانه في مضمون المبحث الأول، إلا أن المشرع جعل لها استثناء وهو إخضاع العقود المتعلقة بعقار لقانون موقع العقار **(المطلب الأول)**، بالإضافة إلى أن المشرع بتكريسه لقاعدة قانون الإرادة سمح لأطراف الرابطة التعاقدية اختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة، فقد يكون القانون الأجنبي المختار يتنافى مع النظام العام والآداب العامة، فتصدى المشرع لما قد يطرحه هذا التطبيق من إشكالات وذلك من خلال تكريسه لموانع تحول دون تطبيق القانون الأجنبي واعتبرها بمثابة استثناءات عامة عن تطبيق القانون الأجنبي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إخضاع العقود الواردة على العقار لقانون موقعه

حالة العقود الواردة على العقار، هو الاستثناء من خضوع العقد لقانون الإرادة ولدراسة مختلف الجوانب المتعلقة بهذا الاستثناء لابد من تحديد المقصود بالعقود الواردة على العقار **(الفرع الأول)**، فإذا كانت العقود التي محلها عقارا تخضع لقانون محل الابرام فلابد من تحديد نطاق إعمال هذا الأخير **(الفرع الثاني)**، ثم إنّ مآل العقود التي محلها العقار بعد استفائها للآثار القانونية المبرم لأجلها هو الانقضاء مما يؤدي بشكل طبيعي إلى انقضاء الالتزامات التعاقدية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

المقصود بالعقود الواردة على العقارات

إذا كان العقد هو اتفاق يبرم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل فالعقد لا يمكن أن ينعقد صحيحا إلا بتوفر أركانه وشروطه، والعقد الوارد على العقار هو عقد محله عقاراً، عرف المشرع الجزائري يعرف العقارات في المادة 683 من القانون المدني والوارد فيها: "**كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عادا ذلك من شيء فهو منقول.**

غير أن المنقول الذي يصفه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"[61].

وعليه فحسب المادة السالفة الذكر فإن العقارات تنقسم إلى نوعين، العقار بالطبيعة **(أولا)**، والعقار بالتخصيص **(ثانيا)**.

أولا: العقار بالطبيعة

يُعد العقار بالطبيعة كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف، وأول ما يصدق ذلك هو الأرض، وإذا كان العقار بطبيعة هو الأصل في العقار، فالأصل في العقار هو الأرض، فهي التي لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بذاتها، كما يمكن نقل أجزاء من الأرض، بأن تقتلع بعض الصخور أو تحفر بعض الأتربة، ولكن هذه الصخور والأتربة إذا انتقلت من مكان إلى آخر ليست هي الأرض بذاتها، بل هي أجزاء من الأرض وقد فقدت ذاتيتها وانتقلت إلى منقول، فقد نبتت الأرض ثمراً أو أشجاراً، فهذا النبات الذي اندمج مع الأرض، أو أصبح جزءاً منها هو أيضا عقاراً بطبيعة مادام ثابت في الأرض، أما إذا اقتلع منها فإنّه يصبح منقولاً، وقد تقام منشآت

[61]– المادة 683 من القانون المدني، السالف الذكر.

فوق سطح أو في باطنها فهذه المنشآت تتصل بالأرض اتصال ثابت واندمجت فيها، ولا يمكن نقلها من مكان نقلها من مكان إلى آخر[62].

ثانيا: العقار بالتخصيص

فالعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصده مالكه لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضا مملوك له، كما إذا خصص صاحب الأرض الفندق أثاث اللازمة لتهيئة الفندق للاستغلال ففي هذه الأحوال فصاحب العقار يأتي بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رصد لخدمته أو استغلاله، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباط لا انفكاك منه حتى ليصبح العقار أو المنقول جميعا وحدة اقتصادية لا تتجزأ[63].

الفرع الثاني

مجال تطبيق قانون موقع العقار

يقتضي لدراسة مجال تطبيق قانون موقع العقار التطرق إلى تبيان مدى سريان هذا الأخير على مرحلة تكوين العقد **(أولا)**، كما أنه من الطبيعي أن العقد يعد تكوينه صحيحًا وفقا للأركان والشروط القانونية الواجب توفرها تلي مرحلة أخرى وهي أن يرتب هذا التصرف القانوني آثار قانونية لابد من التطرق إليها **(ثانيا)**.

---

[62]– **السنهوري عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص ص 19–20–21.

[63]– **عبد المجيد زعلاني**، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 42.

أولا: تكوين العقد

يحتاج العقد من أجل قيامه إلى مجموعة من الأركان، وهذه الأخيرة لابد من قانون يسري عليها فبالتالي الإشكال المطروح هل يطبق على كل من الرضا **(1)**، المحل **(2)**، وكذا السبب **(3)**، بالإضافة إلى الشكلية المطلوبة في العقود الواردة على العقارات.

1-الرضا

يعتبر التراضي أهم ركن من أركان العقد، بحيث يمثل الاتفاق الحاصل بين الطرفين ونظرا لأهميته البالغة، فقد خص المشرع هذا الركن بكم معتبر من النصوص القانونية بالمقارنة مع أركان العقد الأخرى[64]، وبالعودة إلى أحكام المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنّه: "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**"[65].

يتضح من نص المادة 59 أعلاه أن الرضا يتم بتطابق الإيجاب والقبولبمعنى الإرادة التي يعبر فيها الشخص عن رغبته في إبرام العقد وشروط محددة[66] ، أي العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام العقد، وقبوله من الطرف الذي وجه إليه بمعنى القابل، ويُعرف القبول بتلك الإرادة التي يعبر من خلالها من وجه إليه الإيجاب عن رضاه بإبرام العقد وفقًا لما ورد في الإيجاب[67].

أما عيوب الرضا فثار من شأنها جدال فقهي حيث يرى الفقيه "Bartin" أنها تخضع لقانون الجنسية باعتبارها تهدف إلى حماية إرادة الشخص، في حين فرق جانب فقهي آخر ما بين عيوب الرضا من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها فبالنسبة لنقص الأهلية، السفه، العته، الجنون

64- **عثماني بلال**، محاضرات في نظرية العقد (الجزء الأول: تكوين العقد)، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم التعليم الأساسي للحقوق-، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018-2019، ص 27.

65- **الأمر 75-58، المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري**، السالف الذكر.

66- **علي فلالي**، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، (د.ط)، موفم للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص 103.

67- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزامات، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 28.

والغفلة فإنها تخضع لقانون الجنسية، مؤسسين رأيهم أن هذه العيوب تدخل ضمن الأحوال الشخصية، أما العيوب الأخرى (الغلط، التدليس، الإكراه) فهي ليست عيوب في الشخص إنما عيوب في العقد فتخضع لقانون موقع العقار[68]. وبالنسبة للاستغلال وخاصة أن المشرع الجزائري يقيمه على الطيش والهوى وكذا نقص الثمن في العقار ففي الحالة الأولى يعتبر عيب في الشخص فيخضع لقانون الجنسية، حالة نقص الثمن فهو عيب في العقد فيخضع لقانون موقع العقار[69].

2-المحل

يعد المحل الركن الثاني من أركان العقد، ويقصد به العملية القانونية التي ينوي الأطراف تحقيقها بمقتضى العقد، فمحل العقد هو المعقود عليه فمحل العقد هو العقار الذي يعتبر كل شيء ثابت مستقر بحيزه فلا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف على غرار المنقول [70]، غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لركن المحل بل ركز على محل العقد أين اشترط أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام ولعل الغاية من هذا الشرط هو حماية المصلحة العامة، بالإضافة إلى شرط اعتبار المحل محققا أو قابل للتحقيق والوجود، فإن عقد الذي محله عقارا فتسري عليه هذه الأحكام بحيث لابد أن يكون العقار موجودا عند التعاقد فإذا هلك قبل التعاقد فانعدم ركن المحل مما يجعل العقد باطلا بطلان مطلق، وأما في الحالة العكسية فإن لم يكن العقار موجود عند إبرام التعاقد ولكن من الممكن الوجود في المستقبل كان العقد صحيحا[71].

أما حالة العقار المحقق الوجود في المستقبل فيظهر تطبيقها في عقد البيع بناء على التصاميم، بحيث عالجه المشرع الجزائري بشكل واضح في القانون 11-04 المنظم لنشاط الترقية

---

[68]- **محمد وليد المصري**، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 192.

[69]- **تيور فتيحة**، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016-2017، ص 61.

[70]- **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص 193.

[71]- **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 220.

العقارية، بحيث يرد البيع على التصاميم على بناء في طور الإنجاز، ويتعين على المشتري تقديم أجزاء من الثمن تبعا لتقدم الأشغال، بحيث تعتبر هذه الطائفة من العقود الشكلية يتم إعدادها من طرف موثق تحت طائلة البطلان[72]، وعليه يمكن القول بأن قانون محل وجود العقار هو الذي يحدد كل المسائل القانونية المتعلقة بالعقار باعتباره المحل في هذا العقار.

3-السبب

يعد السبب أحد أركان العقد والذي يقصد به الباعث أو الدافع إلى التعاقد وبصيغة أخرى الغرض الذي جعل المتعاقد على إبرام التصرف، بحيث هو أمر شخصي يختلف من شخص إلى آخر على سبيل المثال المتعاقد الذي يقوم باستئجار عقار فيكون الباعث إما السكن أو جعل منه مكتبا مهني أو تجاري أو ممارسة نشاط ما[73]، أما سبب الالتزام هو الهدف المباشر والقريب الذي يقصد المدين من وراءه تحمل الالتزام فيشترط أن يكون السبب موجوداً وقت ابرام العقد وأن يكون صحيحا بمعنى أن لا يكون صوري وفي الأخير يقتضي أن يكون مشروعا[74]، ونص المشرع الجزائري على السبب في المادة 97 من القانون المدني والوارد فيها: إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا[75]، يتضح من المتن المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد تبنى النظريات الحديثة التي مفادها "الباعث الدافع للتعاقد"[76]، غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 02/98 نص على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ومعلوم أن السبب الباعث

---

[72]- **زكريا سرايش**، الموجز في شرح قواعد البيع (رؤية جديدة وجوانب عملية تخص توثيق العقد والسكن الترقوي)، (د.ط)، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019 ص 40.

[73]- **محمد حسين منصور**، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، (د.ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، ص ص 213-214.

[74]-**يوسف محمد عبيدات**، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط2، دار الميسرة للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص ص 156-157.

[75]- **الأمر رقم 75-58**، المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[76]-**محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة)، (د.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 234.

وفقاً للنظرية الحديثة لا يذكر في العقد عادة لأنه أمر في النفس، أما الذي يذكر في العقد فهو سبب الالتزام وفق معنى النظرية التقليدية، لذلك يكون المشرع قد أخذ بالنظرية التقليدية أيضا، وذلك في اشتراطه وجود سبب للالتزام[77].

4-الشكلية

لا خلاف أن الأصل العام في العقود هو الرضائية وأن تطلب شكلية معينة هو الاستثناء عن الأصل حيث تتحقق الرضائية في الالتزامات التعاقدية بمجرد ارتباط الايجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يتجه أثره في المعقود عليه، فالعقود الشكلية هي العقود التي يجب لانعقادها إلى جانب تطابق الإيجاب والقبول إفراغ الاتفاق في شكل خاص يشترطه القانون[78]، ولقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الرضائية كأصل عام يقوم العقد صحيحا بتوافر وتطابق رضا المتعاقدين وخولها من كل العيوب[79]، أما الشكلية فقد اعتبرها المشرع الجزائري استثناءا على الرضائية ويظهر ذلك بشكل صريح من خلال اعتبار الرسمية ركنا في بعض التصرفات القانونية[80]، ويعتبر العقد الذي محله العقار من العقود الرسمية التي تحتاج إلى الشكلية تحت طائلة البطلان وذلك ما جاء به المشرع بشكل صريح في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والوارد فيها: "**زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها على شكل رسمي، يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن اسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط**

---

[77]-**زكريا سرايش**، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص ص 104-105.

[78]- **غالب الدواوي**، المرجع السابق، ص 176.

[79]- **صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، (د.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 20.

[80]- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، الجزائر، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 56.

العمومي الذي حرر العقد. كما يجب، تحت، البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد"[81].

يتضح من نص المادة أعلاه أن العقود الواردة على العقار تحتاج إفراغها في شكل رسمي، ويقصد بالمحرر الرسمي بذلك العقد الذي يحرره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للأشكال القانونية وفقا للمادة 324 من القانون المدني الجزائري، كما أضافت المادة 61 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس سجل العقاري بحيث جاء فيها: "كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي" [82]، فيلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكتفي باشتراط الرسمية في العقود الواردة عن العقار بل ذهب إلى أبعد من ذلك وتدخل في تنظيم شكل العقد وذلك من خلال نصه في المادة 62 من ذات المرسوم أعلاه على ضرورة توفر العقد على عناصر ومعلومات فينبغي أن يشمل المحرر على ألقاب وأسماء وموطن وتاريخ ومكان الولادة ويصادق عليها الموثق كما تخضع العقود الواردة عن العقار لأشكال العقود التوثيقية التي نص عليها القانون 02/06 الخاص بمهنة التوثيق.

كما ينبغي التمييز ما بين الكتابة كركن والشهر العقاري بحيث ينعقد العقد بالشكلية وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد أما الشهر فليس بركن وإنما إجراء لازم لانتقال الملكية ومعناه تسجيل التصرفات الواقعة عن العقار في سجلات موجودة لدى مصلحة الشهر العقاري والمشرع الجزائري يعتمد على نظام الشهر العيني والمقصود به بذلك النظام الذي يتم فيه شهر التصرفات على أساس العقار لا على أساس الأشخاص، حيث أن هناك شهر التصرف على أساس العقار لا على أساس الأشخاص، حيث أن هناك سجلات مقسمة حسب الوحدات العقارية، بحيث تخصص كل صفحة أو بطاقة لعقار معين، ويتم تدوين كل

---

[81]- **أمر 75-58**، المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[82]- **المرسوم رقم 76-63**، المؤرخ في 24 ربيع الأول 1396، الموافق لـ 25 مارس سنة 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30.

ما يرد على العقار من حقوق عينية ويكون ذلك بعد التحري الدقيق من صحة المعلومات وكذلك التحري من هوية الأطراف والتأكد من صحة التصرف حيث أنه إذا كان التصرف معينا امتنع عن شهره[83].

ثانيا: آثار العقد

تتمثل آثار العقد في إنشاء الالتزامات فإذا تكون العقد على الوجه الصحيح وفقا للأركان والشروط المطلوبة قانوناً، يصبح بمثابة القانون بين المتعاقدين فتكون له قوة ملزمة لطرفيه أو أطراف، وهو ما يعرف بآثار العقد من حيث الموضوع، بالإضافة إلى أنه قد ينشأ عن العقد الذي توافرت فيه كل مقومات صحته التزامات تقيد المتعاقدين بتنفيذها، فتنسحب آثارها مبدئيا على المتعاقدين دون الغير، وهو ما يعتبر بأثر العقد من حيث الأشخاص والتي يحكمها مبدأ نسبية العقد.

الأصل أن أثار العقد تنصرف إلى الأطراف المتعاقدة وهو ما يعرف بمبدأ نسبية العقد الذي مفاده أن آثار العقد تقتصر على طرفيه، بمعنى أن الالتزامات الناشئة عنه لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين وكذا الحقوق المتولدة عنه لا تنصرف كذلك إلا إلى المتعاقدين[84]، لكن إعمال مبدأ نسبية العقد يرتب مجموعة من الآثار، بداية أنه يعترف باستقلالية الأفراد وضرورة إحترام حريتهم، خاصة أن الآثار التي تنشأ العقد هي وليدة إرادة المتعاقدين دون غيرها ولا يمكن من ثم أن تنصرف إلا إليهما وبالإضافة أن العقد ينتج آثاره في مواجهة أطراف الرابطة التعاقدية ولا يفق عندهما بل تمتد إلى أشخاص آخرين، بمعنى أنه لا يقصد بالمتعاقدين طرفًا العقد لوحدهما، وإنما يتعداهما إلى من يحلون محلهما في حقوقهما من العقد[85].

---

[83]– **عمار تيمجغدين**، دور المحافظة العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 14.

[84]– **حسن قدادة**، شرح النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري (نظرية القانون والحق)، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 105.

[85]– **محمود عبد الرحيم الديب**، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 52.

تبنى المشرع الجزائري لمبدأ نسبية العقد أو سلطان إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد وتحديد أثاره في المادة 106 من القانون المدني الجزائري والمنصوص فيها: "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقصه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو الأسباب التي يقررها القانون**".

فالمشرع الجزائري حاول الموازنة ما بين حقوق الأطراف المتعاقدة، وضمان عدم مخالفة الآداب العامة والنظام العام، لكن قد تنصرف هذه الآثار إلى الخلف العام والخلف الخاص.

الفرع الثالث

انقضاء الالتزامات التعاقدية

الأصل أن قانون العقد أو القانون المختار من أطراف العقد هو الذي يحدد آليات وطرق انقضاء الالتزام التعاقدي سواء عن طريق التنفيذ العيني أو انقضاء الالتزام بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو الإبراء، ويحدد كل الأسباب والشروط الخاصة بالانقضاء في كل حالة[86]. إلاّ أنه هنالك استثناء عن المبدأ وهو حالة انقضاء الالتزام التعاقدي عن طريق المقاصة، فإذا كانت قضائية فتخضع لقانون القاضي، أما إذا كانت مقاصة اتفاقية فتخضع لقانون الإرادة[87]، والحالة الأخرى تظهر في التقادم المسقط كسبيل لانقضاء الالتزام أخضعته الدول الأنجلوسكسونية إلى قانون القاضي، أما أغلب دول أوربا وكذا فقه القانون الدولي الخاص فيخضعون نظام التقادم المسقط في الالتزامات التعاقدية لقانون العقد[88].

86– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص ص 319–320.

87– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 1142.

88– المرجع نفسه، ص 1142.

المطلب الثاني

الاستثناءات العامة بشأن تطبيق القانون الأجنبي

تتمتع الرابطة العقدية في العقود الدولية باختيار القانون الذي يطبق على عقدهم وفقا لقانون الإرادة كما تم تبيانه سابقا إلا أن هذا المبدأ قد يجد عراقيل من حيث التنفيذ أو من الناحية التطبيقية بحيث قد يكون القانون المختار هو القانون الأجنبي فيأتي هذا القانون الواجب التطبيق مخالفا للأسس الجوهرية لدولة القاضي، فيقوم هذا الأخير باستبعاد تطبيقه على أساس الدفع بفكرة النظام العام **(الفرع الأول)**، كما قد يقوم مانع آخر يحول دون تطبيق القانون الأجنبي وهو الغش نحو القانون **(الفرع الثاني)**، بالإضافة إلى حالة وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر أو حالة وجود نص في قانون خاص **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

الدفع بمخالفة بالنظام العام

يعد النظام العام أحد الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختار من أطراف الرابطة العقدية فبالتالي سنقوم بتبيان المقصود بفكرة الدفع بالنظام العام **(أولاً)**، كما أنه للدفع بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي لابد من توفر مجموعة من الشروط **(ثانيًا)**، كما يرتب الدفع بمخالفة النظام العام آثار قانونية لا بد من تبيانها **(ثالثًا)**.

أولا: المقصود بالنظام العام

النظام العام أحد المبادئ الأساسية في مختلف المنظومات القانونية وأهم مواضيع القانون الدولي الخاص، أما بخصوص المقصود بالدفع بمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أ وبصيغة أخرى إعمال 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"[89]، 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"[90].

نص المشرع الجزائري على النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة في المادة 24 من القانون المدني وفقا لتعديل 2005 [91] والتي يستفاد منها أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا للنظام العام وإنما كرس الأحكام القانونية الخاصة به أين تبين عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي وكذا إعمال القانون الجزائري محله في حالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

ثانيا: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

ينبغي للدفع بالنظام العام بغية استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق توفر مجموعة من الشروط أولها وجود قانون أجنبي واجب التطبيق **(1)**، بالإضافة إلى ضرورة توفر أحد مقتضيات النظام العام الوطني **(2)**، بالإضافة أن تكون المخالفة للنظام العام حالية **(3)**.

1-وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية

يتطلب لدفع بالنظام العام كألية لاستبعاد القانون الأجنبي صاحب الاختصاص أن يكون وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، فإذا كان القانون الأجنبي المختار من طرف الأطراف المتعاقدة يتعارض مع المبادئ الجوهرية والأساسية لدولة القاضي ومن شأنه المساس بكيان مجتمعه فلابد لهذا القانون أن يكون منصوص عليه كضابط إسناد في دولة القاضي، وبمفهوم المخالفة إذا لم يكن القانون الأجنبي

---

[89]- **MALAUX Philipe**, l'ordre public et le contrat, étude de droit civile comparé, France, Angletaire, URSS, tome 1 (S.A.E), p 232.

[90]-**سليمان أحمد فضيل**، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 81.

[91]-**المادة 24 من قانون رقم 05-10**، السالف الذكر.

المختص فلا يمكن التمسك بمخالفة النظام العام[92]، للقانون الأجنبي أمام هذه الضوابط فبالتالي لا يمكن التمسك بالنظام العام أو الدفع به[93].

إنّ القانون المطبق على موضوع الالتزامات التعاقدية هو قانون الإرادة أي القانون المختار من جانب الأطراف المتعاقدة هذا وفقا لمتن المادة 18 من التقنين المدني الجزائري ومتى توفرت الشروط المنصوص عليها في ذات المادة وهي شرط توفر صلة بين العقد أو المتعاقدين وبين القانون المختار، وعليه تأسيسا بأحكام المادة 18 فلا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون الذي يحكم العقد إذا كان بالإمكان استبعاده لسبب آخر وعلى سبيل المثال حالة اتفاق المتعاقدان على تطبيق القانون الأجنبي سواء كان الاختيار بشكل صريح أو ضمني، لاكن تبين للقاضي الذي عُرض أمامه النزاع أن القانون مخالفا لنظام العام في دولته وكذا لا تربطه صلة بالعقد أو المتعاقدين، ففي هذه الحالة لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام لوجوب سبب آخر يؤدي إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي المتمثل في استبدال قانون الإرادة بقانون آخر يكون مناسبا لعدم توفر شرط الصلة[94]،

2-توفر أحد مقتضيات النظام العام الوطني

يجب لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام أن يكون في النزاع أحد مقتضيات النظام والتي تجعل تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي غير مقبول لم يبرر استبعاد تطبيقه، أو بصيغة أخرى يلزم أن يوجد تعارض صريح وتنافر بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي[95].

---

[92]-**محمود مبروك الاقي**، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي)، (د.ط)، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص 81.

[93]-**علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص193.

[94]-**خالد شريرب** ، المرجع السابق، ص 75.

[95]-**دغيش أحمد**، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، بحث منشور في منتديات الحقوق والعلوم القانونية، الجزائر، (د.س.ن)، ص. 377.

أكد المشرع الجزائري هذا الشرط في صلب المادة 24 من القانون المدني الجزائري حيث أشار إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام وكذا ذات الحكم يسري على الأحكام الأجنبية القضائية والتحكيمية وفق لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية[96]

يعود السبب في عدم تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في انتفاء الإشراك القانوني بين قانون دولة القاضي والقانون المختص، فعلى القاضي قبل قبول تطبيق القانون المختار من قبل أطراف الرابطة العقدية البحث في وجود ولو الحد الأدنى من الإشراك بين قانونه وقانون الإرادة صاحب الإختصاص، ففي حالة انتفاء الحد الأدنى من الإشراك القانوني، فيثير الدفع بالنظام العام ويستبعد قانون الإرادة الواجب التطبيق، ومن ثم يتبين ويتضح غاية النظام أين اعتبره الباحثين والفقهاء بمثابة نقطة تفتيش جمركية لمضامين القوانين الأجنبية ووسيلة فعالة لتقيمها قبل منح تأشيرة الدخول لدولة القاضي[97].

3-أن تكون المخالفة حالية

نظرا أن النظام العام فكرة نسبية ومرنة تتغير بتغير الزمان والمكان، بمعنى أنه قد يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لا يكون مخالفا للنظام العام في دولة أخرى، كما أنه قد يكون في ذات الدولة مخالفا للنظام العام في فترة زمنية قد لا يعُد كذلك في وقت آخر[98].

وعليه 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

---

[96]- تنص المادة 605 من **قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية** والإدارية على مايأتي: "**لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية: ..... 4-ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر**".

[97]-**نادية فضيل**، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص ص 122-123.

[98]-**نسرين شريقي**، المرجع السابق، ص 106.

تحديد قواعد الإسناد لقانون معين يكون بنشوء الحق[99]، فيترتب على شرط حالية النظام العام أن القاضي لا يعتد بالمخالفة السابقة للنظام العام وقت نشوء الحق حيث أن العبرة بوقت النظر في النزاع، وكذلك فإن العلاقات القانونية القائمة في ظل تغير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد[100].

ثالثا: آثار الدفع بالنظام العام

يترتب عن استبعاد القانون الأجنبي جملة من الآثار القانونية بداية بالأثر السلبي **(1)**، الأثر الإيجابي **(2)**، وكذا الأثر المخفف والانعكاسي للنظام العام **(3)**.

1-الأثر السلبي لدفع فكرة النظام العام

يظهر الأثر السلبي للدفع بالنظام العام بالاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام **(أ)**، واقتصار الاستبعاد على الجزء المخالف (ب).

أ-الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يصعب في العديد من الحالات استبعاد القانون الأجنبي استبعاد جزئي نظرا لارتباط هذا الأخير بباقي أحكام القانون فمن الممكن أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام ذو ارتباط وثيق بباقي النصوص المكونة للقانون فالقاضي يصعب عليه أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص ويطبق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، ففي هذه الحالة يتم استبعاده كليًا أي يجعل أحكامه 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 فإستبعاد تطبيقه يؤدي إلى فقدان العقد كامله بالرغم من أصحية الجوانب الأخرى للعقد[101].

---

[99]-**زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص 294.

[100]-**نسرين شريقي**، المرجع السابق، ص 107.

[101]-**MIBOYET (J.P)**, traite de droit international privé tomes III, IV, et V, paris, 1944, P522.

ب-الاستبعاد الجزئي المخالف للنظام العام

يتفق أغلب الفقهاء أن الدفع بالنظام العام مفاده ليس أن القانون الأجنبي في كل أحكامه هو الذي يتعارض مع أحكام النظام العام وإنما في بعض الأحيان جزء من هذا القانون هو الذي تتعارض، فطالما أن قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي هي التي أشارت إلى هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع، فعلى القاضي أن يجتهد في ذلك قبل استبعاد القانون الأجنبي كليا[102].

2-الأثر الإيجابي للدفع فكرة النظام العام

يتمثل الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي **(أ)**، إلى جانب حلول قانون القاضي **(ب)**.

أ-بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي

يرى فقه القانون الدولي الخاص بضرورة احترام قواعد التنازع التي طالما قررت اختيار قانون بموجب قاعدة اسناد فيجب تطبيقه أو البحث عن الحل في إطاره، وثبات بعض قواعد لا يعني استبعاد جملة طالما أنه قادر على إيجاد حل بديل بالإضافة إلى أن تطبيق قانون القاضي يخل بتوقعات الأفراد التي قد لا توجد بينه وبين المسألة المعروضة أية صلة ولا تتلائم أحكامه معها[103].

وجّه انتقاد لهذا الرأي على أساس أنه يفترض مسبقا وجود نص أجنبي يمكن تطبيقه على واقعة دولية، فإذا وجد هذا النص البديل فلا شك أن الأخذ بهذا الرأي يتماشى مع حكمة التشريع، لكن في الحالة العكسية وهي عدم وجود النص البديل فلابد من مفر من تطبيق قانون القاضي، بحكم أن استبعاد القانون الأجنبي كان لتعارضه مع النظام العام لدولة القاضي فمن أجل ضمان عدم وجود

---

[102]- **عكاشة محمد عبد العلي**، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، ج1، (د.ط)، دار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص 432.

[103]- **المرجع نفسه**، ص 263.

تعارض مع المبادئ الأساسية لدولة القاضي فلا مناص من تطبيق قانونه شرط أن يكون هذا القانون (قانون القاضي ملائما لحكم العلاقة المطروحة) وإلاّ من الأفضل والمستحسن إعمال القواعد المستقرة في القانون الطبيعي أو قواعد العدالة على النزاع[104].

ب-تطبيق قانون القاضي

قد يشكل استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على أساس فكرة الدفع بالنظام العام فراغا تشريعي فلابد من التصدي له، خاصة أن القاضي في حالة عدم حكمه في النزاع المعروض أمامه بحجة عدم إمكان إعمال القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام يكون منكرا للعدالة، إذ لابد أن يلجأ إلى قانون آخر ليتصدى بواسطة أحكامه للنزاع المعروض عليه[105].

في حين المشرع الجزائري بعد التعديل 2005 للقانون المدني والمادة 24 منه قام بتطبيق القانون الجزائري، أي قانون قاضي الدعوى في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام وإذا كان قبل التعديل لم يكن يبين استخلاف القانون المستبعد لقانون آخر، بمعنى كان يقتصر على بيان أثر السلبي أي استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في الجزائر دون أن يفرض على القضاء مسلك معين لسد الفراغ التشريعي[106].

104- **أحمد الفضلي**، المرجع السابق، ص154.

105- **سلطان عبد الله محمود**، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2016، ص11.

106- **إعدادين حسيبة**، المرجع السابق، ص29.

3-الأثر المخفف والانعكاسي لدفع بالنظام العام

أ-الأثر المخفف لفكرة الدفع بالنظام العام

حول مفهوم الأثر المخفف للنظام العام يتفق الفقه والقضاء على وجوب التمييز عند إعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين بين حالتين لاختلاف الأثر الدفع به في كليهما: الحالة الأولى: وهي الحالة التي يراد فيها تكوين مركز قانوني في دولة القاضي la création du droit.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يراد فيها ترتيب أو الاحتجاج داخل دولة القاضي بآثار ناتجة عن مركز قانوني نشأ في الخارج (l'effet du droit) [107]. ففي مرحلة الإنشاء يقتصر دور القاضي في البحث عما إن كان هذا الإنشاء يتعارض أم لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته وهنا يتصدى النظام العام لعدم انشائها أصلا لتعارضها مع مقتضياته[108] .

ب-الأثر الانعكاسي لفكرة الدفع بالنظام العام

انقسم الفقه إلى عدة اتجاهات حيث ذهب جانب للقول أن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية ومن ثم فإن لقانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا للدفع بالنظام العام فيها لا يتعدى أثره إلى إقليم دولة أخرى حتى ولو تطابق مفهوم النظام العام في كلتا الدولتين، وعليه فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفق لمقتضيات النظام العام فيها وخلافا لم يقضي به القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد في دولة القاضي[109].

يرى جانب أخر أن الحق ممكن اكتسابه في دولة القاضي إذا كانت فكرة النظام العام فيها مطابقة لفكرته في الدولة التي اكتسبت فيها هذا الحق، فلا معنى حينئذ بعدم الاعتراف بآثار الحق الذي نشأ في دولة أجنبية وفق مقتضيات النظام العام فيها، فمناط الاعتراف بالحق إذا في دولة

107- **محند إسعد**، القانون الدولي الخاص، ج1، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص253.

108- **زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص256.

109- **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص.157.

القاضي هو اتحاد فكرة النظام العام في هذه الدولة وفي الدولة التي اكتسب فيها هذا الحق ومتى اتحدت فكرة النظام العام في الدولتين بشأن الحق المدعى به نفذ الحق في دولة القاضي تحت ما يسمى بالأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام[110].

الفرع الثاني

الغش نحو القانون

سنقوم ضمن متطلبات هذا العنصر بدراسة المقصود بالغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الأصل **(أولاً)**، ونظرية التحايل نحو القانون تحتاج لإعمالها استفاء جملة من الشروط **(ثانيا)**، ومن الطبيعي أنه بإعمال نظرية الغش نحو القانون تنتج مجموعة من الآثار فلابد من التطرق إليها **(ثالثاً)**.

أولا: المقصود بالغش نحو القانون

تعدّد التعاريف المقدمة لنظرية الغش نحو القانون بحيث عرّفه جانب فقهاء بأنها: "عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة"[111]، 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"[112]، كما يعرف الغش نحو القانون "بقيام أطراف العلاقة بتغيير

110– **محمد كمال فهمي**، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006، ص 521.

111–**نادية فضيل**، الغش نحو القانون، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 53.

112–**عبد الرسول كريم أبو صيخ**، "أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد"، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 19، جامعة الكوفة، العراق، 2010، ص 91.

أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة"[113].

ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون

باعتبار الدفع بالغش أو التحايل نحو القانون يؤدي إلى تعطيل عمل قواعد الإسناد فلا يمكن التمسك أو إثارة الدفع بالغش نحو القانون إلا بتوفر الشروط اللازمة بداية بشرط إجراء تغيير في ضابط الإسناد وبشكل إرادي **(1)**، بالإضافة إلى شرط توافر نية الغش نحو القانون بمعنى توفر العنصر المعنوي **(2)**.

1-شرط التغيير الإرادي لضابط الإسناد (العنصر المادي).

يتحقق شرط التغيير الإرادي لضابط الإسناد عن طريق القيام بمناورات احتيالية ووسائل تتفق مع طبيعة كل حالة للتغيير الإرادي في ضوابط الإسناد القابلة للتغيير، بمعنى تحقق رابطة وصلة ما بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق على سبيل المثال تغير في ضابط الجنسية أو الموطن أو محل إبرام العقد، والتغيير في ضابط الإسناد يكون للإرادة دور في إحداثه، مما يحقق الغش نحو القانون[114]، كما يعتبر الفقه القانوني أن شرط التغيير الإرادي لضابط الإسناد لا يتحقق إلا إذا توفرت فيه عناصر نجيزها فيما يلي: أن يكون التغير إراديا **(أ)**، بالإضافة إلى قابلية ضابط الإسناد لتغير بطبيعته **(ب)**، وكذلك أن يتحقق التغيير فعليًا **(ج)**، وفي الأخير أن يكون التغيير مشروعًا **(د)**.

أ-ضرورة التغيير إرادياً

ينبغي أن يكون تغيير ضابط الإسناد نابعا من إرادة الأطراف، بمفهوم المخالفة لا ينبغي أن يكون التغيير مفروضاً بقوة القانون أو بحكم القانون على سبيل المثال: (حالة اكتساب الجنسية كأثر تبعي من الزواج بأجنبية أو حدث بصفة عرضية أو عفوية ففي هذه الحالة تغيير القانون الواجب

113-**أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 187.

114-**ختام عبد الحسين**، "موانع تطبيق القانون الأجنبي"، مجلة الكلية الإسلامية، العدد 06، جامعة النجف الأشرف، العراق، 2009، ص 289.

التطبيق نتيجة لهذه الحالة فلا يجوز استبعاد القانون الذي تم تغييره استنادا للدفع بالغش نحو القانون نظرًا أن التغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في إيجاد ضابط الإسناد حدث بشكل عرضي دون أن يكون مقصودًا [115].

ب-أن يكون ضابط الإسناد قابلاً بطبيعته للتغيير

هناك من ضوابط الإسناد ما هو متحرك وقابل للتغيير بطبيعته وما هو متحرك بالإرادة مثل ضابط الجنسية وضابط الموطن، ومحل إبرام التصرف القانوني، وهناك من الضوابط الثابتة التي لا يمكن تغييرها بالإرادة منها ضابط موقع العقار ومكان وقوع الفعل الضار فبالتالي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون مع تحقق شرط قابلية ضابط الإسناد للتغيير بطبيعته فيندرج هذا العنصر في المجموع من الضوابط[116].

ج-أن يكون التغيير فعليًا

يجب أن يكون التغيير في ضابط الاسناد حقيقي وفعلي، فعلى سبيل المثال أن يعمد الشركاء في تعيين مقر إدارة رئيس في الخارج ويكون وهميًا بعيدًا عن مقر الإدارة الحقيقي من أجل أن تخضع الشركة لقانون المقر الصوري بدلاً من المقر الحقيقي خاصةً أن العبرة في تحديد النظام القانوني للشخص القانوني لمركز إدارتها الفعلي وبالتالي لم يبقى للقاضي سوى الأخذ بالوضع الحقيقي وتجاهل الوضع الظاهر ولهذا السبب يقال أن الدفع بالغش نحو القانون دفع احتياطي[117].

---

[115]-**صلاح الدين جمال الدين**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط3، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 363.

[116]-**سامي بديع منصور**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، لبنان، 1994، ص 801.

[117]-**حفيظة السيد حداد**، المرجع السابق، ص 214.

د-أن يكون التغيير مشروعاً

يقتضي أن يكون تغيير ضابط الإسناد تغييرًا مشروعًا أين تكون الوسيلة المستخدمة في التغيير مشروعة، وبصيغة أخرى لابد أن يكون التغيير سليم وصحيح، حيث أنه إذا كانت الوسيلة غير مشروعة فيتم إبطالها دون الحاجة إلى اللّجوء للدفع بالغش نحو القانون[118]، ومثال ذلك من يكسب الجنسية الجزائرية بشكل غير مشروع بهدف أن يطبق القانون الجزائري على أهليته هروبًا من القانون الفرنسي مثلا فيكيف إثبات اكتسابه للجنسية الجزائرية بشكل غير مشروع لتسحب منه دون الدفع بالغش نحو القانون، كما أن الدفع بالغش نحو القانون لا يكون إلاّ في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن من خلاله تفادي النتيجة الغير مشروعة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها[119].

2-توافر نية الغش نحو القانون (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[120]، وللقاضي استخلاص واستنتاج نية الإفلات والتحايل وكذا الباعث من الغش باعتبارها من مسائل الواقع[121]، كما حدث في قضية السيدة "de beaoffermant" حيث رفعت دعوى طلاق إلا أن تجنسها مما جعلها عاجزة عن إيجاد سبب أخر لتجنسها فاستخلص القاضي من ملابسات هذه القضية نيتها في الإفلات من القانون الواجب التطبيق عليها[122].

---

[118]-**هشام صادق**، المرجع السابق، ص 270.

[119]- **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 129.

[120]-**نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 151.

[121]-**زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص 192.

[122]-**عكاشة محمد عبد العالي**، المرجع السابق، ص 216.

أما بخصوص الدفع بالغش نحو القانون فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية فيرى الفقه أنه لا محل لإعمال نظرية الغش في مجال الالتزامات التعاقدية باعتبار أن القانون الدولي الخاص يجعل لقانون الإرادة دورًا أساسًا في العلاقة التعاقدية.

وبالعودة إلى التشريع الجزائري وأمام تكريس المادة 18 من القانون المدني لمبدأ قانون الإرادة على الالتزامات التعاقدية فيصعب استنباط الغش نحو القانون[123] إلا أنه هناك من يرى بإمكانه حدوث تحايل أو الغش في مجال الالتزامات التعاقدية بعد التسليم بما جاء بنص المادة 18 فيمكن للأطراف التحايل بالنسبة لشكل التصرفات القانونية التي تخضع لقانون محل الإبرام وفقًا لمقتضيات المادة 19 فقرة أولى[124].

ثالثا: آثار الدفع بالغش

يترتب عن إعمال الدفع بالغش نحو القانون متى توفرت كل الشروط اللازمة لإعماله آثار لابد من تبيانها حيث تعدد الآراء الفقهية حول الآثار المترتبة على الدفع بالغش نحو القانون والراجح أن لهذا الدفع أثران، الأثر السلبي **(1)**، وأثر إيجابي **(2)**.

1-الأثر السلبي (استبعاد القانون الواجب التطبيق)

إن غاية الأطراف من التحايل على القانون هو التلاعب على العناصر الواقعية ذات التأثير في تحديد ضابط الإسناد هو التوصل إلى استعاد قانون لصالح قانون آخر، وعليه فإن الجزاء الواجب توقيعه إزاء هذا التحايل هو التصدي لأثر التلاعب أو التحايل[125].

---

[123]-**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 263.

[124]-**علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 133.

[125]-**بوخروبة حمزة**، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014، ص 146.=

والأثر السلبي لدفع بالغش نحو القانون شكل اختلاف فقهي، حيث يرى جانب من الفقه إلى التضييق من مجاله مما يقتصر على عدم نفاذ النتيجة**(أ)**، وهنالك جانب آخر يرى أنه لابد من توسيع مجال الأثر السلبي ليشمل عدم نفاذ النتيجة والوسيلة **(ب)**.

أ-عدم نفاذ النتيجة فقط

آثر الغش حسب أنصار هذا الرأي هو عدم نفاذ التطليق وفقا لأحكام القانون الجديد لكن دون المساس بالجنسية الجديدة كوسيلة، فتبقى هذه الحيثية منتجة لآثار القانونية[126].

وجه انتقاد لهذا الرأي الفقهي القائل بأن الدفع بالغش نحو القانون يقتصر آثره على النتيجة دون الوسيلة، فاستبعاد النتيجة دون الآلية المستعملة يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية ترتب آثار قانونية متناقضة، فالمتحايل الذي تجنس بجنسية جديدة يبقى خاضعا للقانون الذي تحايل عليه والتهرب من قواعده وبالنسبة للنتائج التي أراد الوصول إليها من وراء تلاعبه بضوابط الإسناد ويخضع في ذات الوقت إلى قانون جنسيته الجديدة بالنسبة لسائر الآثار الأخرى وبالتالي التسليم بهذا الرأي لا يضمن ولا يحقق استقرار المراكز القانونية[127].

ب-عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة

ذهب أنصار هذا الاتجاه للقول أن الأثر السلبي للغش نحو القانون يذهب ليشمل عدم نفاذ النتيجة المتوصل إليها مع بطلان الوسيلة المستعملة، فإذا غير الشخص جنسيته للتهرب من التزاماته في النفقة تجاه زوجته، فإن عدم أدائه للنفقة الواجب أدائها بالنظر إلى قانون الجنسية الجديدة يكون غير نافذ، بالنظر أن تجنسه كان يهدف إلى التهرب من واجبه في دفع النفقة [128]. واستند هذا الاتجاه إلى عدة حجج منها شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا فيؤدي إلى السهولة في تطبيقه، وكذا تفادي

=[126]-**عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 513.

[127]-**أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص198.

[128]-**حسين الهداوي**، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 206.

الازدواجية في معاملة الشخص فالآثار العرضية والجزائية المترتبة على الغش ليست ذات أهمية بالنسبة إلى المتحايل مما يتعين عدم نفاذها[129].

2-الأثر الإيجابي

يتمثل الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون في تطبيق القانون المختص أصلاً والذي قصد الأطراف التهرب من أحكامه خاصة أن استبعاد تطبيق القانون صاحب الاختصاص غشّا، فإن ذلك يؤدي إلى نشوء فراغ قانوني لابد من سده عن طريق اسناد الاختصاص إلى قانون آخر يؤطر العلاقة القانونية، فيجمع الفقه والقضاء على إعادة الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق أصلاً والذي قصد الأفراد التهرب من أحكامه وذلك أن التحايل على القانون هو اعتداء على قاعدة تنازع الوطنية[130].

ومن جملة تطبيقات نجد ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية "الأميرة بوفرمون" عندما استبعد القانون الألماني الذي عاد له الاختصاص غشًّا وذلك نتيجة تجنس الأميرة بجنسية إحدى مقاطعاتها بهدف التهرب من الأحكام التي تمنع ولا تجيز الطلاق في قانون جنسيتها الأولى، حيث طبق بعد ذلك القانون الفرنسي الواجب التطبيق في الأصل مما جعل حكم الطلاق باطل وكذا الزواج الثاني[131].

كما يظهر كذلك الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون في حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد أو قانون أجنبي آخر نتيجة ازدواجية قاعدة التنازع التي قد تشير إلى اختصاص قانون القاضي كما قد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي يسري على النزاع [132].

---

[129]-**صلاح الدين جمال الدين**، المرجع السابق، ص 369.

[130]-**المرجع نفسه**، ص 149.

[131]-**محمد التغدويني**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط3، مطبعة أنفو برانك، المغرب، 2009، ص 413.

[132]-**صلاح الدين جمال الدين**، المرجع السابق، ص ص 370-371.

الفرع الثالث

حالة وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر أو نص في القانون الخاص

لقد جعل المشرع الجزائري قيد يحول دون إمكانية تطبيق القانون الأجنبي وهي وجود نص خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر حسب المادة 21 من التقنين المدني حيث جاء فيها: "**لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر**"[133]، ما يلاحظ أن المشرع الجزائري يتحدث عن قواعد التنازع السابقة للمادة 21 أي من المادة 09 إلى المادة 20 من القانون المدني.

وأضافت المادة 21 أعلاه أن وجود اتفاقية أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر، ولدراسة هذا الاستثناء ينبغي التطرق إلى المادة 150 من الدستور الجزائري لسنة 2016 والمنصوص فيها: "**المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون**"[134]، فالمؤسس الدستوري كرّس مبدأ سمو المعاهدات الدولية على القانون الوطني أو الداخلي إلا أنه لا تسمو هذه الاتفاقيات على الدستور باعتباره أعلى وثيقة في الهرم القانوني.

جاءت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969 وعام 1986 لتؤسس 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 عرفًا دوليًا، وملزمة باعتبارها قانونًا مكتوبًا ولا يناقض بين الوضعين، والأمر يتعلق بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ومبدأ "حسن النية"، وأخيرًا مبدأ "سمو أولوية الالتزامات الدولية على الالتزامات الناشئة عن القانون الوطني"، حيث يعتبر هذا المبدأ الأخير أي سمو المعاهدات الدولية أو

---

[133]–**الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري**، المرجع السابق.

[134]–**مرسوم 96–438**، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استيفاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 76، 1996، المعدل والمتمم بقانون رقم 16–01 مؤرخ في 26 جمادى الأول، ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 14، سنة 2016.

الالتزامات الناشئة عن المعاهدات الدولية وأولويتها في التطبيق على ما عداها، لاسيما تلك الناشئة عن قانون داخلي متعارض معها، مبدأ ثابت وراسخ في القانون الدولي نادى به الفقه واعترف به الدول وحكمت به المحاكم الدولية منذ زمن بعيد في جميع القضايا، لذا لم تعُد القاعدة الاتفاقية محصورة في المجالات التقليدية المعزوفة سابقًا، وهي المجالات المحددة الاختصاصات ذات الطبيعة الدولية، بل اتسعت بشكل متسارع في الآونة الأخيرة تحت تأثير العولمة لتسهيل مجالات جديدة وبمفاهيم جديدة كذلك حيث اكتسحت المجال الوطني للدولة، لتعالج مسائل من صميم اختصاص الدولة وأصبحت بمقتضى هذا الوضع شكل دافعًا قويًا لتأكيد وترسيخ مبدأ سمو القواعد الاتفاقية الدولية على حساب القواعد القانونية الوطنية[135].

[135]–**توركية عبو**، "مبدأ سمو أحكام المعاهدة على أحكام القانون الداخلي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 4، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، (د.س.ن)، ص 115.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية

يحتاج العقد كواقعة قانونية إلى قانون يسري ويحكم شكله بمعنى القالب الذي يشترط إفراغه فيه وفق ما يتطلبه التشريع، فإذا كان القانون الذي يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية قانون الإرادة كأصل مع الأخذ بالضوابط الاستثنائية التي نص عليها المشرع الجزائري والسابق ذكرها، فإن القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية حسب ما كرّسه المشرّع الجزائري هو قانون محل إبرام العقد، فبالتالي يقتضي الأمر منا دراسة هذه القاعدة في مختلف جوانبها **(المبحث الأول)**، وباستقراء النصوص القانونية المؤطرة للقانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، فإن المشرع الجزائري جعل ضوابط يجوز إعمالها إلى جانب قاعدة قانون محل إبرام العقد (قاعدة لوكوس)، فلابد من دراسة وتحليل هذه الضوابط **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

قانون محل إبرام العقد

أخضع المشرع الجزائري شكل التّصرفات أو العقود لقانون محل الإبرام بمعنى قاعدة locus، التي تنبغي ويفترض منا مسبقا قبل التطرق لأحكامها القانونية البحث والخوض في التطور التاريخي لهذه القاعدة بمعنى دراسة نشأتها في قواعد القانون الدولي الخاص **(المطلب الأول)**.

القول بجواز إعمال قاعدة لوكوس يعني أن يكون لهذه الأخيرة تطبيقات أو بصيغة أخرى نطاق لابد من دراسته لمعرفة ما إذا كان تطبيق قاعدة لوكوس في كل الحالات أو في بعض الحالات **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

التطور التاريخي لقاعدة لوكوس

ينبغي لدراسة التطور التاريخي لقاعدة "لوكس" البحث في بوادرها التاريخية وكيفية ظهورها كقاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص **(الفرع الأول)**، وبعد الإتمام من معرفة نشأة هذه القاعدة فلابد من معرفة مدلولها القانوني، وذلك عن طريق دراسة تعريف قاعدة لوكس **(الفرع الثاني)**، إنّ الإقرار بإعمال قاعدة لوكس يطرح إشكال حول إلزامية هذه القاعدة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

نشأة قاعدة لوكوس

ينبغي على الباحث القانوني التعمق في البحث عن بوادر ونشأة أي قاعدة قانونية يريد دراستها، فالأمر نفسه يسري على قاعدة لوكوس، أو بصيغة أخرى دراسة قاعدة تطبيق مكان الإبرام

على العقود التي يتخللها عنصر أجنبي[136]، فقاعدة لوكوس عرفت بوادرها الأولى في المدرسة الإيطالية القديمة **(أولا)**، ثم بعد ذلك ظهرت مدرسة الأحوال الفرنسية أثناء تبنيها ودراستها لفكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فذهب الفقه المكوّن لهذه المدرسة لدراسة القانون الواجب التطبيق على شكل العقود، ممّا يتوجب عليهم تبني قاعدة لوكس والتفصيل أكثر فيها **(ثانيا)**.

أولا: نشأة قاعدة لوكوس في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية

قاعدة خضوع العقد لمكان الإبرام شكلاً وموضوعاً معروفة لدى هذه المدرسة الإيطالية القديمة التي كان يتزعمها الفقيه "**بارتول**" إلاّ أنه لم يفرق بين شكل العقد وموضوعه مؤسسا ذلك على أنّ المتعاقدان أثناء اختيارهما للمكان الذي سيبرم فيه عقدهما، قد اتجهت إرادتهما بشكل ضمني إلى اختيار قانون محل الإبرام من أجل أن يحكم علاقتهما التعاقدية [137].

وحتى أن قاعدة لوكوس كان مصدرها في حقيقة الأمر القضاء، وذلك نتيجة قضية الوصية، حيث جاء في مقتضيات هذه الأخيرة أن أحد سكان مدينة "**مدين**"، وهو متواجد في مدينة "**فينسي**"، وقانون المدينة الأولى يستوجب حضور سبعة شهود لصحة سيران الوصية، لكن من جهة يستلزم من قانون المدينة الثانية حضور ثلاثة شهود فقط، وبإفصاح قضاء مدينة "**فيدتش**" على الحكم وإقراره بأن الوصية صحيحة في كل مكان وذلك عن طريق تقديم دليل وهو إثبات صحتها في مكان إبرامها مع التنبيه أن هذا الحكم القضائي كان مرجعا لفقه مدرسة الأحوال الإيطالية وأصبح هذا الحكم يسري على جميع العقود والتصرفات القانونية تحت قاعدة قانون مكان إبرام العقد (loucategitactus) [138].

---

[136]- **NIBOYET Marie-Laure et GERAUD de Geouffre de la Pradelle**, droit international privé, 3ème édition, L.G.D-J, paris, 2011, p 105.
- «L'adage locus régit actum s'applique à la forme des actes, référence est donc faite à la loi du lieu de conclusion de l'acte. Le principe exprimé par cet adage a parfois été consacré dans certains domaines par texte spécial… », voir :
- **MELIN François**, op-cit, p 207.

[137]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 304.

-Voir aussi : -**MELIN François**, op-cit, p 26.

[138]– **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 84.=

انضم العديد من الفقهاء إلى هذه المدرسة بحيث أيدوا خضوع شكل التصرفات القانونية إلى البلد الذي أبرم فيه، مدعمين رأيهم بعدة حجج وذلك بالقول أن هذه القاعدة تتفق تماما مع جملة الاعتبارات العملية أو التطبيقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن تطبيق هذه القاعدة تضمن الأطراف للرابطة العقدية تلبية كل ما تتطلب هذه الوقائع القانونية أو الالتزامات التعاقدية خاصة أنها تحمل عنصرًا أجنبيًا، وأكثر من ذلك ذهب هذا الجانب الفقهي إلى القول بأن هذه القاعدة تجد تطبيقاتها في التصرفات الإدارية[139].

ثانيا: تبلور قاعدة لوكوس لدى فقه مدرسة الأحوال الفرنسية

الأساس في ظهور قاعدة خضوع العقد لقانون محل إبرامه، كانت فكرة الإرادة الضمنية لمتعاقدين، والتي كانت على يد الفقيه "cuttius" اختيارية، حيث كان لها الأثر البالغ في بروز فكرة أخرى، وهو الفصل ما بين موضوع العقد وشكله، وبالرغم من خضوع العقد لقانون الإرادة الضمنية إلاّ أنه شكل العقود تظل مندرجا تحت مبدأ آخر وهو "مبدأ سلطان قانون محل الإبرام" الذي اعتبر بمثابة القانون الواجب التطبيق على الشكل، من هنا نستخلص أن الفقه الفرنسي في هذه المرحلة يؤكد تحول مفهوم القاعدة التقليدية الكلاسيكية من قانون "المحل بحكم التصرف" إلى قانون "**المحل يحكم شكل التصرف**"[140].

=- « La règle Locus reflit actum : les actes juridiques sont valablement passés dans les formes prévues par la loi du lieu où ils sont faits. Cette règle trouve :
-**son origine** chez les poste-glossateurs, **sa limitation** à la forme des actes avec **Dumoulin**, **son application** dans quelques articles du code civil français, son fondement dans la facilité quelle offre pour la conclusion des actes juridiques…**elle est admis** depuis l'arrêt **VIDITZ** (civ.20 juillet.1909, D.1911.1.185) validant un testament sous seing privé fait en France par une anglaise dans les formes du droit anglais… est consacré par la convention de Rome du 19 juin 1980, article 09… », voir :
-DERRUPPE Jean, droit international privé, 13éme édition, DALLOZ, Paris, 1999 ; p 127.

[139]– **عامر محمد الكسواني**، موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ج1، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 136.

[140]– **أحمد عبد الكريم سلاسة**، المرجع السابق، ص 1148.

-« le caractère traditionnellement « facultatif » de la règle « locus », voir **NIBOYET Marie-laure** et **Geraud de geouffre de la pradelle**, op-cit, p 105-106.

بوادر الفصل بين موضوع العقد وشكله يرجع الفصل فيها إلى الفقيه "**ديمولان**" وذلك بسبب استشارته التي كانت سنة 2525 م أي في القرن السادس عشر، في قضية القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين فاعتبر النظام المالي عقدًا وجب خضوعه للقانون الذي إختاره الزوجان، ومنه فلا معنى لأن يفترض أن المتعاقدين باختيارهما لمكان إبرام العقد قد اختار تطبيق قانون مكان الإبرام، إذ يمكن أن تكون إرادتهما قد اتجهت لاختيار قانون آخر، ومن هذا التاريخ ظهرت قاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين دون الشكل، ومن هنا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص لأول مرة[141].

والملفت للانتباه أنه على الرغم من ظهور مبدأ قانون الإرادة على يد الفقيه "**ديمولان**" إلا أن هذه القاعدة لم تعرف تطبيقا على مستوى القضاء إلاّ في سنة 1909، 1910، وذلك أثناء إصدار محكمة النقض الفرنسية حكما لصالح شخص إنجليزي والإقرار بصحة وصيته والتي حررت في فرنسا طبقًا لأحكام وقواعد القانون الإنجليزي، وذلك عن طريق ذكر المحكمة كما يأتي: "**القانون الذي تخضع له العقود من حيث تكوينها أو من حيث آثارها أو شروطها، هو ذلك الذي تبناه الطرفان**"[142].

قد وجهت عدة انتقادات لقاعدة مكان إبرام العقد أهم ما ذكره: الفقيه "**batiffol**"، وهو أن عبارة مكان إبرام العقد غالبا ما يكون عرضيًا ولا يخدم مصالح المتعاقدين، وكذا عبارة مكان إبرام العقد

141– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 340.

142– **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 84.

- « Un arrêt **VIDITZ** rendu par la chambre civile (France) le 20 juillet 1909 (98) a nettement énoncé le caractère facultatif de la règle Locus régit actum. Il s'agissait d'un testament rédigé en France par une anglaise en la forme anglaise (c'est-à-dire simplement signé par testateur et par deux témoins). Sa validité a été reconnue, au motif que la règle locus…n'a d'autre effet que d'accorder au testateur un droit d'option entre les formes admises par sa loi nationale et celles qui sont exigées par la loi du lieu où il se trouve ». Voir : - **MAYER Pierre et HEUZE Vincent**, op-cit, p 565.

تحمل عدّة مفاهيم وتطرح عدّة تساؤلات، وهل يقصد به المكان الذي تم فيه الاتفاق على جميع شروط العقد، أو المكان الذي تم فيه التوقيع على العقد خاصة أن المكانين قد يختلفان[143].

أراد بعض الفقهاء الفرنسيين تجنب ما وجّه لهم من انتقادات لمبدأ مكان إبرام العقد حيث جاءوا بحجة أخرى والمتمثلة بأن المتعاقدين لا يختارون القانون الواجب التطبيق على العقد، إنما أطراف الرابطة العقدية يسعون إلى اختيار مكان تركيز العقد، حيث يطبق على العقد قانون البلد الذي ركز فيه العقد، فإيجاد القانون الذي يحكم العقد يكون عن طريق البحث عن تركيز العقد والمقصود به المكان الذي تمت فيه أكثر وأهم عناصر العقد، مثل المفاوضات، وإجراءات التنفيذ وغيرها من المظاهر المادية والخارجية الملموسة التي يمكن تحديد مكانها، وأهم عنصر لتركيز العقد هو الإبرام، بحيث يجوز أن يكون محل إبرام العقد هو محل مكان التركيز.

تبنى المشرع الجزائري في قواعد الإسناد قاعدة لوكوس في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني

تعرف قاعدة لوكوس

تعتبر قاعدة لوكوس قاعدة عرفية والمتمثلة في إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام، والمكان الذي يبرم فيه العقد يعبر عن مكان نشأته مما يسهل للمتعاقدين للرجوع إليه للتأكد من صحة التعاقد، كما أنّه من الناحية العملية يسهل تحديد مكان إبرام العقد[144].

143– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 305.

144– **سامي بديع منصور**، **عكاشة محمد عبد العال**، القانون الدولي الخاص، (د.ط)، مكتبة القانونية، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص 287.

-Voir aussi:
NIBOYET Marie-Laure et **GRAUD** de **Geouffre de la Pradelle**, op-cit, p 105.

كما أن لقاعدة الشكل مفهومان، مفهوم ضيق ومفاده أنّ شكل الأعمال القانونية تخضع لقانون محل إبرامها (المكان يحكم التصرف locustegitactun)، حيث اعتبرت محكمة التمييز اللّبنانية أن هذه القاعدة مبدأ عموميًا مسلمًا به، فهي توجب على كل عقد بتظلم شكلي بموجب القانون المحلي، ويعتبر عقدا صحيحا، أما عن المفهوم الواسع وهو أن شكل الأعمال القانونية في مسألة القانون الساري على شكلهما، فتعود الحرية الكاملة للأطراف، فالمكان وحده لا يحكم التصرف[145]، كما يعدّ أساس قاعدة المحل يحكم الشكل، أو بصيغة أخرى خضوع شكل العقود أو التصرفات لقانون محل إبرامهما، يكمن في اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاقدين في الحياة الدولية، ويترجم ذلك أن محل إبرام التصرف (Lex lociactus)، يكون في متناول أطراف الرابطة العقدية ويسهل عليهم معرفة أحكامه المتعلقة في شكل ما يجرونه من تصرفات، إضافة إلى ذلك أن استيفاء ذلك الشكل، قد يتطلب تدخل سلطة عامة أو موظف رسمي كالموثق أو كاتب العدل، أو الهيئة القائمة في بلد إبرام التصرف، والتي لا تعمل إلاّ وفقا لقانونها[146].

تبنى المشرع الجزائري القاعدة الكلاسيكية الشهيرة التي أخذت بها معظم دول العالم وهي قاعدة خضوع العقد من حيث شكله لقانون محل الإبرام، ويظهر ذلك جليا في إطار نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي: "**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"[147].

145– **عبده جميل غصوب**، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص 326.

146– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 1150.

147– قانون رقم 05–10، السالف الذكر.

يلاحظ من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري تبنى فعلاً قاعدة "لوكوس" إلاّ أنه تغاضى عن تقديم تعريف لهذه القاعدة.

الفرع الثالث

إلزامية قاعدة لوكوس

إلزامية قاعدة لوكوس كانت محل جدل واسع ما بين فقه قانون الدولي الخاص والقضاء في مدى اعتبار هذه القاعدة ملزمة أم لا، وبالتالي الجدال أو الخلاف السائد لم يكن محور تبني للقاعدة أم عدم تبنيها وإنّما يقتصر على مدى إلزاميتها، مسألة رتّبت وجود فريقين، جانب يرجح بأن قاعدة لوكوس قاعدة إلزامية **(أولا)**، وشق ثاني يرى بأنّ قاعدة لوكوس قاعدة اختيارية**(ثانيا)**.

أولا: الطابع الإلزامي لقاعدة لوكوس

ذهب الجانب الفقهي إلى اعتبار قاعدة لوكوس قاعدة إلزامية وذلك بعد ظهور مبدأ آخر وهو مبدأ إقليمية القوانين والذي له دور فعّال ويطلق عليه بالأحوال العينية، أمر يفرض خضوع العقد لولاية القانون الإقليمي والذي يستوجب بالضرورة حسب هذا الفريق إخضاع شكل العقود إلى قواعد هذا القانون، فمن الطبيعي اعتبار هذه القاعدة آمرة وذات طابع إلزامي ومنه لا يجوز لأطراف الرابطة العقدية إخضاع شكل العقد لغير القانون المحلي السائد [148].

اعتبر الفقه الحديث أن اخضاع شكل العقد لقانون محل الإبرام **(**قاعدة لوكوس**)**، هي قاعدة ذات طابع إلزامي وذلك على أساس أنها تضمن عدّة اعتبارات الأمن المدني لمراعاة القانون المحلي[149].

148– **حفيظة السيد الحدّاد**، المرجع السابق، ص 382.

149– **إبراهيم أحمد إبراهيم**، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، (د.ط)، (د.د.ن)، مصر، 1997، ص 354.

وجهت عدة انتقادات لهذا الجانب الفقهي الذي يكيف بأن قاعدة لوكسي هي قاعدة إلزامية يتنافى مع الاعتبارات الأصلية والأساسي الذي تقوم عليه هذه القاعدة التي كانت ولا تزال الأساسي فيها [150].

ثانيا: الطابع الاختياري لقاعدة لوكوس

يظهر الطابع الاختياري لقاعدة لوكسي بشكل كبير لدى الفقه الفرنسي وهذا الأخير قد كان بينهم خلاف بحيث اعتبر جانب بأن قاعدة لوكوس قاعدة إلزامية، وحتى القضاء الفرنسي في بداية الأمر كذلك كان يعتبرها إلزامية، بحيث يلزم المتعاقدين بإفراغ عقدهما في الشكل الذي يستوجبه قانون المكان الذي أبرم فيه المتعاقدين عقدهما، بمعنى أن قاعدة لوكسي قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها[151].

غير أن القضاء الفرنسي تراجع عن هذا الاتجاه وأصدرت محكمة النقض الفرنسي أحكاما من خلالها يتضح الطابع القانوني لهذه القاعدة وذلك بموجب الحكم الصادر في 20 جويلية 1909، والذي فحواه صحة الوصية[152]، وبها أخذ القضاء بالطابع الاختياري للقاعدة، كما أصدرت قرار في 28 ماي 1963، الذي قالت بجواز خوع شكل التصرف إلى القانون الذي يحكم موضوعه، بمعنى قاعدة locus إختيارية بحيث يجوز للمتعاقدين اختيار قانون آخر له شكل عقدهما مما يضمن التسيير على المتعاقدين[153].

يستخلص مما تم دراسته أعلاه أن هنالك رأي يستبعد الصفة الإلزامية في قاعدة لوكوس وهنالك جانب يتمسك بإلزامية هذه الأخيرة، فمن الطبيعي أن يكون هناك رأي راجح يفصل بينهما والذي جعل قاعدة لوكيس قاعدة اختيارية بحيث يجوز اتباع الشكل المقرر في قانون بلد محل الإبرام أو الشكل

150– **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص 369.

151– **بشور فتيحة**، المرجع السابق، ص 65.

152- « …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.

153– **عبده جميل غصوب**، المرجع السابق، ص 327.

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[154].

وتختلف بدورها التشريعات من حيث الأخذ بالطابع الإلزامي أو الاختياري لقاعدة لوكيس فنجد أن المشرع الجزائري قد منح للمتعاقدين حق الخيار بين تطبيق قانون المحل على شكل العقد أو قانون جنسيتهما إذا اشتركا في الجنسية أو قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يحكم العقد في جانبه الموضوعي، وهذا تأسيسا بالمادة 19 من التقنين المدني الجزائري بعد تعديل 2005، خاصة أن المشرع الجزائري قبل التعديل كان يفرق ما بين العقود المبرمة ما بين الأحياء حيث جاء فيها: "**تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين**".

وما يلاحظ كذلك على نص المادة 19 بعد التعديل أن المشرع الجزائري أضاف إمكانية تطبيق القانون الموطن المشترك وكذا قانون موضوع العقد بمعنى المشرع أضاف ضوابط يجوز إعمالها إلى جانب قانون محل الإبرام، ومن جهة أخرى المشرع تنازل على فكرة التعاقد بين الأحياء، وكما أن توحي بأن المشرع قبل التعديل يعتبر قاعدة لوكوس قاعدة إلزامية لأنه يفهم من نص المادة 19 أن اختلاف المتعاقدين في الجنسية لجعل هذه القاعدة إلزامية، أما بعد التعديل جعل فيها المشرع اختيارية[155].

لكن تكون قاعدة "لوكوس" إلزامية على موضوع العقد إذا اختار المتعاقدان تطبيقها على موضوع العقد وعنها، فالاختيار بالنسبة لشكل العقد سيكون القانون الذي طبق على الموضوع، وهو مكان إبرام العقد.

154– **إبراهيم أحمد إبراهيم**، المرجع السابق، ص 354.

155– **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 324.

كما أن المشرع الأردني أخذ بذات المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري والمصري فيما تعلق باختيارية قاعدة لوكوس وذلك من خلال ما ورد في نص المادة 21 من القانون المدني الأردني ما يلي: "**تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك**" [156].

المطلب الثاني

تطبيقات قاعدة لوكوس

إن كانت قاعدة لوكوس بما تحمله من فحوى وهو إخضاع شكل العقود لقانون محل الإبرام والتي تبناها المشرع الجزائري في التقنين المدني وفي نص المادة 19 السابق الإشارة إليها، إلاّ أنّ الإشكال ينصب حول نطاق إعمال هذه القاعدة، أو بصيغة أخرى هل تسري قاعدة لوكوس على كل التصرفات القانونية بما فيها كل العقود التي تحمل في طّياتها عنصرًا أجنبيا، إلاّ أنّ بعد استقراء نصوص الخاصة بقواعد التنازع فيمكن القول أنه هنالك حالات لابد من تحديد القانون الذي يحكم التصرف **(الفرع الأول)**.

كما أنه يتضح من متن مواد قواعد الإسناد أنه هنالك حالات لا يمكن إعمال وتطبيق قاعدة لوكوس **(الفرع الثاني)**.

156– **القانون المدني الأردني**، المرجع السابق.

الفرع الأول

الحالات التي يتم فيها تحديد القانون الذي يحكم شكل التصرف

إنّ الأخذ بتطبيق قاعدة لوكوس على شكل العقود والالتزامات التعاقدية تطرح مسألتين ينبغي علينا دراستها والتفصيل فيها وهي حالة ما إذا كان الشكل لازم وضروري لإبرام التصرف **(أولا)**، أما المسألة الثانية هي دراسة حالة ما إذا كان الشكل يُعتد به وضروري لإثبات التصرف **(ثانيا)**.

أولا: حالة ما إذا كان الشكل لازم لإبرام التصرف

التسليم بأن الشكل لازم لإبرام التصرف أو العقد يفهم بأن الشكل ضمن أركان هذا العقد، وبمفهوم المخالفة تخلف هذا الركن يؤدي إلى بطلان العقد بطلانًا مطلقًا، ويقصد بالشكلية ذلك الشكل المعين الذي يفرضه القانون من أجل التعاقد أو إبرام العقد حيث يحدد هذا الشكل حسب نوع التصرف[157].

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضائية في العقود، فالعقد لا يقوم صحيحًا إلاّ بتوافر رضا المتعاقدين وسلامة الرضا من العيوب[158]، أمّا الشكلية قد اعتبرها المشرع الجزائري استثناءاً عن الرضائية ويظهر ذلك جليا في اعتبار الشكلية ركنا في بعض التصرفات القانونية والتي جاء ذكرها في نص المادة 324 و324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، ويطبق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني على عدة حالات نجيزها فيما يأتي:

- **حالة الأشخاص:** بحيث أن كل الحوادث التي تقع للشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته 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 المادة 95 من قانون

157– **زواوي محمد**، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 11.

158– **العربي بلحاج**، المرجع السابق، ص 56.

الحالة المدنية الجزائرية والمنصوص فيها: "**إنّ كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحًا إذا حرّر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد**"[159]

– **شكل عقد الزواج:** بقصد 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[160]

– **شكل الوصية:** تعد الوصية من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت[161]، وفيما يخص القانون الواجب التطبيق في مسألة القانون الدولي الخاص، فإن الوصية إذا كان فيها القانون الواجب التطبيق على موضوعها هو قانون الموصى، 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[162].

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:

159– **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.

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

161– **زهود محمد**، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 31.

162– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 1162.

""يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته..." [163].

- **شكل الهبة:** تعد الهبة عقد يبرم بتطابق الإيجاب والقبول وتقوم بالحيازة مع ضرورة مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات، وفي حالة إختلال أحد هذه القيود بطلت الهبة وهذا تأسيسا بأحكام المادة 206 من قانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري[164].

وباعتبار الهبة من مواضيع الأحوال الشخصية فيسري عليها قانون جنسية الواهب شكلا وموضوعا [165]، حيث جاءت المادة 16 فقرة 2 بما يأتي: **"يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما"**[166].

- **شكل الأعمال التجارية:** خاصة ما يتعلق بالسفتجة التي يجب أن تحرر وفق للأوضاع المنصوص عليها في قانون البلد الذي يتم فيه إنشائها[167].

مع التنبيه أن الوضع الشكلي المقصود قد يكون الكتابة الرسمية مثلما هو الحال في الرهن الرسمي، كما قد يقصد بها الكتابة العرفية[168].

ومن جملة التطبيقات ما بادرت به محكمة النقض الفرنسية حيث أصدرت عدة أحكام من بينها حكم قضى بصحة هبة عقارين تمت في شكل عرفي بين شخصين فرنسيين في كندا، خاصة أن قانون

163- **قانون رقم 05-10**، المتضمن القانون المدني الجزائري.

164- **قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984**، المتضمن قانون الأسرة ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 24، الصادرة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم 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.

165- **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 215.

166- الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري وفق تعديل 2005.

167- **نسرين شريفي**، سعد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، (د.ط)، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 81.

168- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 1160.

هذه الدولة يأخذ ويعترف بهذا النوع والشكلية (العرفية)، وفي المقابل القانون الفرنسي يقتضي بإلزامية إفراغ الهبة في قالب رسمي، وبالرغم من ذلك فإن الفقه والقضاء استثنى الشكل المطلوب إجراءه أمام الموثق، مما يستنتج أن هذا النوع من الشكلية لا يخضع لقاعدة لوكوس بل يجب أن تعد قاعدة موضوعية واجبة الإجراء[169].

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[170]، 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.

ثانيا: حالة ما إذا كان الشكل ضروريًا لإثبات التصرف

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 قانون المحل، طبقا لقاعدة لوكوس[171]، ويفهم بأن الأشكال المقررة للإثبات فإنها تدخل بلا خلاف في مفهوم الشكل[172].

169– **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 85.

170– **الطيب زروتي**، قانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 215.

171– **المرجع نفسه**، ص 216.

172– **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 326.

وقياسا بما جاءت به المادة 8 من القانون المدني الجزائري والمنصوص فيها ما يأتي: "**تخضع الأدلة المعدّة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدّ فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده**"[173].

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[174].

قد يُطرح 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 أنه هنالك جانب آخر يرى بأن قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف وذلك لاعتبارات عملية مفادها التيسير للمتعاقدين وهذه الغاية أو الحكمة التي تهدف إليها قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام[175].

---

[173]– **قانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني الجزائري.**

[174]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 216.

[175]– **حفيظة السيد الحدّاد**، المرجع السابق، ص 319.

الفرع الثاني

الحالات التي لا تطبق فيها قاعدة لوكوس على شكل العقد

لمعرفة الاستثناءات الواردة على locutegitactun، بمعنى قانون محل الإبرام ينبغي تحليل جملة من مواد القانون المدني المتعلقة بقواعد الإسناد، فمنها ما تعالج تصرفات أو عقود محلّها أموال يُستبعد فيها تطبيق قاعدة لوكس **(أولا)**، ومنها ما يتعلق بحالة الشخص ونخص بالذكر الأهلية **(ثانيا)**.

أولا: العقود الواردة على الأموال

استثنى المشرع الجزائري بعض العقود من قاعدة لوكوس وذلك ما يستنبط من خلال مجموعة من المواد المنظمة لقواعد الإسناد الجزائرية حيث نص في المادة 17 من التقنين المدني وفي الفقرة الثانية أنّ التصرفات الخاصة بالحيازة والملكية والحقوق العينية للأفراد الخاصة بالعقار تخضع لقانون موقع العقار، كما يسري على الأموال المنقولة قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى[176].

من خلال نص المادة 17 نستنبط قاعدة أخرى وهي قاعدة خضوع المال لقانون موقعه بما فيها التصرفات التي تقع على هذه الأموال وتعتبر هذه القاعدة من أقدم قواعد القانون الدولي الخاص إذ يرجع تاريخها إلى عهد المدرسة الإيطالية القديمة، وكانت لها عدة خلفيات فالفقيه "**باتيفول**" أخذ بها تحديد القانون الذي يخضع له العقار من حيث الشكل فنادى بها "**Jacques de Revigny**" بمناسبة الميراث في العقار سنة 1292[177].

وفي القرن التاسع عشر اعتبر الفقيه "**Mancini**" أنّ خضوع الملكية العقارية للقانون الإقليمي استثناء على نظرية شخصية القوانين التي نادى بها تأسيسا أن كل القوانين المتعلقة بالملكية العقارية

176– أنظر المادة 17 من قانون رقم 05–10، المتضمن القانون المدني الجزائري.

177– **عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن وتمتع الأجانب بالحقوق)، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1986، ص 26. أنظر أيضا: **ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص 20.

تتعلق بالنظام العام تطبق بالتالي تطبيق إقليميا، كما أخذ الفقيه "**Savigny**" والذي أقرّ بأن الروابط القانونية تجعل المال خاضعا لقانون موقعه، خاصة أن مقر العلاقات القانونية المتعلقة بالأشياء هو مكان وجود هذه الأخيرة[178].

وبالنسبة للمنقولات المادية في الغالب لا تثير صعوبة في تحديد موقعها لأن موقعها هو مكان وجودها الفعلي أو الحقيقي، إلاّ أنه هناك بعض المنقولات التي يصعب الأمر تحديد موقعها نظرًا لديمومة الحركة فيها كالسفن والطائرات، حيث يذهب الإتجاه الغالب من الفقه أن السفن والطائرات إلى عدم الاعتداد بمكان وجودها الفعلي واخضاعها لقانون العلم أي لقانون الدولة التي قيدت فيها وترفع علمها، حيث يسود هذا الحل في غالبية دول العالم[179].

وتخضع أيضًا المنقولات التي تكون على ظهر السفينة أو الطائرة لنفس القانون الذي يخضع له وسيلة النقل المحمولة على ظهرها وهو قانون العلم[180].

وأضافت المادة 18 فقرة 4 بأن الأشكال الخاصة بالتصرفات المتعلقة بالعقار تخضع لقانون موقع العقار، حيث جاء في المادة بما يأتي: "**غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه**".

وكما سبق الإشارة أن العقار هي تلك الأشياء الثابتة في مكانها غير قابلة للنقل من مكان إلى آخر دون تلف، حسب ما جاء في المادة 683 فقرة أولى وثانية من القانون المدني الجزائري، والعملات والتصرفات الواقعة على العقار متعددة من رهن وبيع وإيجار وسائر التصرفات القانونية وكل

178– **هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص 245.

179– **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 284.

180– المرجع نفسه، ص.284.

هذه العمليات القانونية ينظمها قانون موقع العقار، دون أن ننسى بما يتعلق بعملية الشهر العقاري التي كذلك يسري عليها قانون موقع العقار"[181].

إنّ تكريس المشرع الجزائري لهذا الاستثناء في نص المادة 18 بخصوص العقود الواردة على العقار لا تثير أي إشكال في مدى إعمال قاعدة لوكوس أو استبعاده نظرًا لأن المشرع كان صريحا أثناء صياغته للمادة والتي جعل المسائل المتعلقة بالعقار تخضع لقانون موقع العقار[182]، إلاّ أنه أثار الفقه إشكال قانوني آخر وهو حالة ما إذا كان العقار واقع على الحدود الفاصلة لدولتين أو أكثر فاتجهوا إلى القول أن الحل في هذه الحالة هو تجزئة العقار ويطبق قانون الدولة التي يوجد فيه هذا الجزء من العقار ما لم توجد اتفاقية دولية تنظم المسألة[183].

وعليه يمكن القول انطلاقا مما تم تبيانه أعلاه أنّ المشرع الجزائري استبعد تطبيق قاعدة لوكيس بشكل صريح في العقود الواردة على العقار من أجل إزالة وعدم ترك أي لبس أو غموض قانوني.

أمّا الأموال غير المادية فنص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 17 مكرر من القانون المدني الجزائري والمتمثلة في الملكية الأدبية والفنية وبراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامة التجارية لقانون محل وجودها دون أن يفصل المشرّع هل يطبق قانون المحل على شكل الترفات أم موضوعها، أو يقتصر فقط تطبيقه على الشكل دون الموضوع[184].

ما يجدر التنبيه كذلك أن المشرع الجزائري استبعد تطبيق قاعدة "لوكوس"، بخصوص الأشكال المتعلقة بإجراءات التقاضي والمرافعات حيث أخضعها لقانون الدولة التي تباشر فيها الدعوى وذلك

181– راجع المادتين 18 و683 من القانون المدني، السالف الذكر.

182– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 190.

183– **عوض الله شيبة الحمد السيد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، 1997، ص 491، راجع كذلك

184– أنظر المادة 17 مكرر من الأمر رقم **قانون رقم 05-10**، المتضمن القانون المدني الجزائري.

بشكل صريح في أحكام المادة 21 مكرّر من القانون المدني والمنصوص فيها مايلي: "**يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تُباشر فيها الإجراءات**"[185].

وكذلك نشير أن في الحالة التي يؤدي فيها تطبيق القانون الذي يحكم الشكل إلى مخالفة النظام العام في دولة القاضي أو انطوى تطبيقه على تحايل اتجاه القانون الواجب التطبيق فإنه يتم استبعاده وتطبيق قانون القاضي عملاً بأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري[186].

ثانيا: الحالات المتعلقة بالأهلية

تعدّ الأهلية ضمن أهم مسائل الأحوال الشخصية حيث اتفق فقه القانون الدولي الخاص منذ القرن الخامس عشر على اخضاع كافة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من بينها الأهلية، ضف إلى ذلك بعض المسائل الأخرى كالزواج والنسب، إلى القانون الشخصي للفرد أي إلى قانون جنسية[187].

تبنى المشرع الجزائري قاعدة إخضاع المسائل المتعلقة بالأهلية إلى قانون جنسية الشخص، مما يعني استبعاد قاعدة لوكوس من التطبيق وذلك بشكل صريح في نص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري، حيث وردت على الشكل الآتي: "**يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ...**".

إلاّ أن المشرع الجزائري لم يكتفي بوضع القاعدة والأصل في هذه المادة بل كرّس استثناءًا على هذه القاعدة في ذات المادة وفي فقرتها الثانية أين أورد ما يأتي: "..... **ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص**

185– **قانون رقم 05-10**، المتضمن القانون المدني الجزائري.

186– المادة 24 من المرجع نفسه.

187– **عامر محمد الكسواني**، المرجع السابق، ص 140.

الأهلية وكان نقص أهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبنيه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة"[188].

يتضح من خلال الاستثناء الوارد في نص المادة 10 فقرة 2، والخاص بذلك الشخص ناقص أو عديم الأهلية الذي يبرم تصرف مالي مع شخص آخر أجنبي كامل الأهلية طبقا لقانون الدولة التي أبرم فيها التصرف، في حين أنّ قانون جنسيته يعتبره ناقص الأهلية، ففي هذه الحالة هل يخضع لقانون جنسيته فيعتبر ناقص الأهلية ويكون بإمكانه إبطال التصرف أو يطبق قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف من جهة أخرى يعتبره قانون جنسيته كامل الأهلية حماية لاستقرار المعاملات فالمشرع الجزائري استثنى خضوع الشخص لقانون جنسيته[189].

كما لا يمكن إعمال الاستثناء الوارد في المادة 10 إلاّ بتوفر مجموعة من الشروط نجيزها فيما يأتي:

الشرط الأول: ضرورة أن يكون التصرف الذي أبرمه الأجنبي من التصرفات المالية، وبمقتضى هذا الشرط يظهر جلي أن مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والوصية فلا تخضع لهذا الاستثناء، إنما الأمر يتعلق بالتصرفات المالية كالبيع والإيجار[190].

الشرط الثاني: وجوب انعقاد التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها، فالمشرع الجزائري سعى لحماية المجتمع الوطني، بالتالي لا مجال لإعمال هذا الاستثناء في حال تم التصرف في الخارج وينتج أثره في الجزائر، ولا في حالة كذلك إتمام التصرف في الجزائر وتنتج أثره في الخارج[191].

188– **الأمر رقم قانون رقم 05–10،** المتضمن القانون المدني الجزائري.

189– **جمال عصمان،** المرجع السابق، ص 40.

190– **أعراب بلقاسم،** القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 221.

191– **بخة زيدون،** التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011، ص 14.

الشرط الثالث: أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقصها وفق لقانونه الوطني.

لم يتضمن نص المادة 2/10 ق.م.ج صراحة هذا الشرط، ولكن من المنطقي استنتاج هذا الشرط، إذ أن لا يمكن تصور إعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية وفقا للقانون الجزائري، ذلك أنه إذا كان المتعاقد مع أجنبي يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي، فإنه لا يعذر في جهله بنقص أهليته وفق للقانون الجزائري[192].

الشرط الرابع: أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه بمقتضى هذا الشرط يكون الأجنبي معذورًا في جهله بنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه[193].

والقضاء الفرنسي بدوره أخذ بهذا الاستثناء في القضية الشهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تلقب بقضية "lizardi". وتعتبر هذه الأخيرة الأصل التاريخي ومهد ظهور هذا الاستثناء، وتستخلص حيثيات هذه الأخيرة في أن شابا مكسيكيا يبلغ من العمر ثلاثة وعشرين سنة يسمى" ليزاردي"، قام بشراء بعض المجوهرات من تاجر فرنسي، وقام بتحرير عدة سندات لقاء ثمنها، ولما حلّ أجل الوفاء بها امتنع عن القيام بذلك، ولما رفعت دعوى ضده، دفع ببطلان السندات التي قام بتحريرها لنقص أهليته، وهذا وفقا لقانون جنسيته التي حدد سن الرشد بخمسة وعشرين سنة.

192– **فاطمة موشعال**، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 35.

193–وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 2/10 من القانون المدني، بشأن التصرفات التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها في الجزائر، إذا كان أحد أطرافها أجنبياً ناقص الأهلية، وكان سبب نقص أهليته فيه خفاء يصعب اكتشافه من الطرف الآخر، فلا يؤثر ذلك في أهليته وفي صحة المعاملة. راجع:

–المادة 2/01 من القانون المدني، السالف الذكر.

استصدر القضاء حكم يلزمه بدفع قيمة السندات، وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم مستدلة بذلك أنّ الشخص لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين العالم، إنما يكفيه أن يكون قد تعاقد بدون علم، ويكون حسن النية[194].

ويفهم من هذا الموضوع القضائي، والذي تبنت المحاكم الفرنسية بعد ذلك، بأنه لا يعتد بنقص الأهلية المقرر في القانون الأجنبي، حيث أنّ المتعاقد الفرنسي حسن النية ولم يكن مخطئا بجهله بحكم القانون الأجنبي[195].

إن هذا الاستثناء الذي أشرنا إليه لم يسلم من اختلافات الفقه، حيث اتجه البعض لاعتبار أساسه في فكرة المصلحة الوطنية فإذا كان القانون الأجنبي يضر بمصالح المتعاقد الوطني ينبغي الامتناع عن تطبيقه[196].

وقد انتقد هذا التبرير على أساس أنه يفرق بين الوطني والأجنبي وهذا الأمر يتعارض مع فكرة التشريع، فقواعد القانون الدولي الخاص وجدت لحماية وصيانة مصالح الوطني والأجنبي دون تمييز وتفرقة، ضف إلى هذا فإن هذا التبرير يهدف إلى تجاهل القانون الأجنبي إذا تمسك بمبدأ حماية المصلحة الوطنية l'intérêt national[197].

واتجه فريق آخر من الفقهاء لتبرير هذا الاستثناء استنادًا إلى فكرة النظام العام l'ordre public.

ولم يسلم هذا الرأي بدوره من الانتقادات كونه استبعد أحكام القانون الأجنبي تحت طائلة فكرة النظام العام، ما يضر بمصلحة المتعاقدين.

194– **بلقاسم أعراب**، مرجع سابق، ص 219.

195– **بخة زيدون**، المرجع السابق، ص 14–29.

196– **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الجزائري، المرجع السابق، ص 219.

197– **بخة زيدون**، مرجع سابق، ص 15.

ومن الفقه من استند على فكرة الإثراء بلا سبب لتبرير هذا الاستثناء، فالأجنبي المتعاقد الذي يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد الذي أبرمته يعتبر بهذا قد أثرى على حساب الوطني ما يبرر خضوع النزاع بينهما لقانون المحل الذي وقع فيه الفعل مصدر الإثراء.

ما يعاب على هذا الرأي أنه لم يأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان قد أثرى من ورائه أم لا (ليزاردي).

والرأي الراجح في ظل هذه الاختلافات في الآراء التماس أساس الاستثناء من تبرير حكم محكمة النقض الفرنسية لحكمها في قضية "ليزاردي"[198].

أما في خصوص أنواع الأهلية فإن مجموع الفقهاء في أنّ أهلية الأداء تدخل في مضمون الفكرة المسندة، بالتالي تخضع لقانون جنسية الشخص.

أهلية الوجوب، وموانع التصرف التي تقيد أهلية الشخص بفعل تصرفات معينة، فتخرج من مضمون الفكرة المسندة وتخضع لقانون جنسية الشخص[199].

198– **بلقاسم أعراب**، مرجع سابق، ص 220.

199– **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 393–394.

المبحث الثاني

الضوابط الأخرى إلى جانب قاعدة قانون المحل

لم يجعل المشرع الجزائري شكل العقود والالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي تخضع في شكلها لقانون محل الإبرام فقط بموجب أحكام المادة 19 من القانون المدني الجزائري وفق لتعديل 2005 لأنه متن هذه المادة نستخلص أن المشرع وضع وكرس ضوابط أخرى إلى جانب ضابط محل الإبرام المتمثلة في ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة **(المطلب الأول)**، كما أجازت ذات المادة بتطبيق القانون الذي يطبق على موضوع العقد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية

أجاز المشرع الجزائري إعمال الضوابط المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، إلى جانب قاعدة لوكوس والتي مفادها إخضاع العقود في جانبها الشكلي لقانون محل الإبرام، وتتمثل هذه الضوابط في ضابط الموطن المشترك **(الفرع الأول)**، أما الضابط الثاني فيتمحور في الجنسية المشتركة للمتعاقدين **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

ضابط الموطن المشترك

المشرع الجزائري قد جعل من الموطن المشترك لأطراف الالتزام التعاقدي ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة بشأن موضوع العقد، وضابط من الضوابط الاختيارية المطبقة على شكل العقد، بمعنى أنه يجب أن يشترك المتعاقدين في هذا الموطن حتى يكون ضابط اسناد،

ويرتبط الموطن بالشخص ارتباطاً خاصاً في المجال الدولي، لذلك لابد من تعريفه (أولا)، ثم دراسة أثاره (ثانيا).

أولا: تعريف الموطن المشترك

هو ضابط يرتبط ارتباطًا خاصا بالشخص في المجال الدولي، وهو لغة المنزل الذي يقيم فيه الشخص، موطن الشخص ومحله، بينما اصطلاحا فهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ويختلف تعريف الموطن في القانون المدني عن تعريف الموطن في القانون الدولي الخاص، فالأول يعني توطن الشخص في دولة دون غيرها، فالثاني يعني موطن الشخص في أي دولة من الدول[200].

أما المشرع الجزائري فقد تطرق لتعريف الموطن في المادة 36 من القانون المدني واعتبره ذلك المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي، وعند عدم وجود السكن فإن محل الإقامة العادي يحل محل الموطن مع عدم جواز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد[201]ويكون هذا الموطن مشترك بين جميع المتعاقدين.

يفهم من خلال صلب المادة 36 أن تعريف المشرع الجزائري للموطن لم يمكن بشكل مطلق مقارنة بتعريفات التشريعات المقارنة، حيث استعمل المشرع الجزائري عبارة "موطن جزائري" ممّا يطرح عدة إشكالات على مستوى قواعد التنازع التي تنظم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي وعليه فلابد على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 36، لأنّها لا تتماشى مع جميع نصوص القانون المدني المتعلقة بالعلاقات الخاصة ذات عنصر أجنبي، كالمواد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان.

اعتبرت المادة 37 من القانون المدني الجزائري المكان الذي يمارس فيه الشخص حرفة معينة أو تجارة بمثابة موطن بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه المهنة أو التجارة، في حين اعتبرت المادة 38

200– **سعدي سامية ومناصف أمين**، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2019، ص 38–39.

201– **المادة 36 من القانون المدني الجزائري**.

موطن كل من القاصر، المفقود، المحجور عليه والغائب موطن من ينوب عنهم نيابة قانونية، أما المادة 39 فقد أجازت أن يقوم الشخص باختيار موطن معين من أجل تنفيذ تصرف قانوني[202].

رغم أنّ جل التشريعات تثبت معيار الموطن المشترك كقانون يطبق على العقد الدولي في حالة غياب قانون الإرادة بشأن موضوعه، ومنحت له الأولوية في التطبيق إلى جانب قانون الجنسية المشتركة، وأخذت كذلك بتطبيقه اختيارياً على الجانب الشكلي، إلاّ أنّ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيوع الدولية قد استبعدته من الناحية الموضوعية واشترطت اختلاف موطن أطراف العقد وفقاً لنص المادة 02 منها[203].

يجب التذكير أنّه يمكن أن يكون قانون الإرادة هو قانون الموطن المشترك عندما يختار المتعاقدان تطبيق قانون موطنهما المشترط على موضوع الالتزام التعاقدي بينهما.

ثانيا: الآثار القانونية المترتبة عن إعمال ضابط الموطن المشترك

باستقراء الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني نجد أنّ المشرع الجزائري قد جعل من الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية أول ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه بشأن موضوع العقد في حالة غياب قانون الإرادة، بينما جعل منه ضابط اختياري بشأن شكل العقد وفقاً لنص المادة 19 من القانون المدني لأنّه استخدم عبارة "**ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين...**" [204].

---

[202]–راجع المواد 36 إلى 39 من القانون المدني، السالف الذكر.

[203]–**خليفي سمير**، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 44.

[204]–راجع المادتين 2/18 و19 من القانون المدني، السالف الذكر.

يبرر مؤيدي ضابط الموطن المشترك للأطراف 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[205].

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 أنّ إعمال قانون الموطن يساعد على إدماج الأجانب ضمن المواطنين[206] إضافة أن تطبيق قانون الموطن المشترك كضابط احتياطي يحقق الانسجام 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[207].

إلاّ أنه برغم من هذه الآثار القانونية ذات طابع إيجابي فهنالك من وجّه نقد وأقر بأنّ لقانون الموطن المشترك عيوب منها أن قانون الموطن قد يبعد عن الحقيقة بسبب تعدد صور الموطن منه الأصلي، الخاص، العام، وكذا أن إثبات الموطن يعتمد على النيّة، وإثبات هذه الأخيرة ليس بالأمر اليسير[208].

---

[205]– **سعدي سامية ومناصف أمين**، المرجع السابق، ص 40.

[206]–**بن عصمان جمال**، محاضرات مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015، ص 38.

[207]–**محمد حلال حسن**، "الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع –دراسة تحليلية وصفية مقارنة–"، مجلة الدراسات، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة كرباء، الأردن، 2017، ص16.

[208]–**غالب علي الداوودي**، المرجع السابق، ص210.

الفرع الثاني

ضابط الجنسية المشتركة

يعد ضابط الجنسية من الضوابط المعمول بها في مجال تنازع القوانين، خاصة ما يتعلق بالأحوال الشخصية، ولقد جعل المشرع الجزائري من ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين إحدى الضوابط الاختيارية التي تطبق على شكل التصرفات القانونية بما فيها العقود، الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وجعلهما في نفس المرتبة فهما ضابطان احتياطيان أوليان، خاصة أنّ ضابط الجنسية من أبرز ضوابط الإسناد المعمول بها لحل إشكالية تنازع القوانين في مسألة القانون الواجب التطبيق، وفي حالة توافر الاثنان يختار القاضي الضابط الأنسب منهما وغالباً ما يكون ضابط الجنسية المشتركة، ولتوضيح عذا الضابط نتناول تعريفة (أولاً)، آثار إعمال الجنسية المشتركة (ثانياً).

أولا: تعريف ضابط الجنسية المشتركة

رغم اختلاف التعاريف الفقهية لمصطلح الجنسية إلا أنّ هناك نقطة مشتركة فيما بينها، وهي كون الجنسية رابطة بين الفرد والدولة، وعليه يمكن القول بأن الجنسية رابطة اجتماعية وسياسية ذات نتائج قانونية تجسد انتماء الأفراد لعنصر السكان في دولة معينة، ولقيام ضابط الجنسية لابد من توفر أركانها بدايةً بضرورة وجود ركن الدولة التي تُعد صاحبة السلطة والصلاحية في منح الجنسية، فهي تقوم بإنشاء الجنسية وتمنحها[209].

يعتبر ركن الفرد ثاني أركان الجنسية بحيث تلحقه صفة الجنسية خاصة أنّ هذه الأخيرة هي من تحدد ركن الشعب في الدولة وتفرض قيام رابطة قانونية بمعنى أنّ القانون هو الذي يحدد كيف

[209]–**MOSTEPHA Tirari**, droit commercial international, ratifiées par l'Algérie, Berti Edition, Alger, 2007, p 18-19.

تنشأ وكيف تزول كما يحدد الآثار القانونية المترتبة عليها، غيرأن هذه الرابطة القانونية تختلف عن غيرها من الروابط القانونية إذ تقوم على روابط اجتماعية وسياسية [210].

ثانيا: آثار إعمال ضابط الجنسية المشتركة

ضابط الجنسية المشتركة أحد ضوابط الاسناد التي تؤسس عليها قاعدة التنازع خاصة أن الجنسية تلعب دورًا ملموسًا في الاسناد واختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ممّا يعني أنّ لهذا الضابط عدّة مزايا في حل تنازع القوانين، إلاّ أنه بالرغم أن غالبية القوانين جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الاحتياطية منها القانون الجزائري فقد تعرض لعدة انتقادات نظرًا لما لهذا الضابط من عيوب.

1-مزايا الأخذ بضابط الجنسية

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 نظرًا لصعوبة التمسك بالعنصر المعنوي، بالإضافة إلى أنّ تطبيق قانون الجنسية المشتركة على الالتزامات التعاقدية يؤدي إلى التقليل من حالات الغش نحو القانون [211].

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 القاضي

---

[210]-**عكاشة محمد عبد العال**، القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية -تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص 31.

[211]- **عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين -دراسة مقارنة-، (د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 658.

خاصة أنّ هذا الأخير ملزم بالحكم في النزاع وإلاّ اتهم بجريمة انكار العدالة[212]، كما يوفر ضابط الجنسية المشتركة استقرار المعاملات التعاقدية الدولية خاصة لما للجنسية من ارتباط بالمتعاقدين[213].

2-الإشكالات القانونية التي يثيرها تطبيق ضابط الجنسية

يطرح اعمال ضابط الجنسية إشكالات قانونية إذ رغم تبني أغلبية الدول لضابط الجنسية المشتركة بما فيها القانون الجزائري وإسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة إلاّ أنّه تعرض لانتقادات وأمام كل المزايا التي تم التطرق إليها سابقًا، والقول بأن ضابط الجنسية المشتركة يتسم بضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق في حالة معينة وبين قانون العقد، وأكثر من ذلك الأخذ بقانون الجنسية المشتركة يتطلب التحقق من هوية أطراف الرابطة العقدية وكذا تحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر يصعب التحقق منه خاصة في مجال المعاملات التعاقدية [214].

وعليه فإنّ إعمال ضابط الجنسية المشتركة على الرابطة العقدية كضابط إحتياطي يرتب عدة إشكالات عملية بالنسبة لأطراف العلاقة وكذا بالنسبة للقاضي كهيئة قضائية يتوجب عليه الفصل في النزاع المطروح أمامه، وأهم هذه الإشكالات مسألة تعدد الجنسيات **(أ)**، وكذا حالة انعدام الجنسية **(ب)**.

أ-حالة تعدد الجنسيات

يُقصد بتعدد الجنسيات تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة، أو كما يعرفه جانب من الفقه بالتنازع الإيجابي أو تراكم الجنسيات أو تعدد الجنسيات فهي جميعها مسميات لمعنى واحد يفيد تمتع الشخص بأكثر من جنسية وفقاً لقانون دولتين أو أكثر بها يضمن الفرد تعدد الصفة الوطنية أين يكون

---

[212]-**عبده جميل غصوب**، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 361.

[213]- **زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص 137.

[214]-**سليمان أحمد فضل**، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 205.

وطنياً في أكثر من دولة[215]، كما أنّ مدلول التنازع الإيجابي في الجنسية قانوناً هي حالة ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أن شخصاً ما ينتسب إليها، فازدواج الجنسية يتحقق إذا اعترفت دولتان لشخص واحد بتمتعه بجنسية كل منهما بمقتضى قوانين الجنسية السارية في الدولتين[216]، فتسري أحكام تعدد الجنسيات في أطراف الرابطة العقدية بحيث يمكن أن يكون أحد أطراف العقد يحمل جنسية القاضي، كما يمكن أن يتحقق تعدد الجنسيات دون أن تكون من .... جنسية دولة قاضي النزاع.

-تعدد الجنسيات ومن بينها جنسية دولة قاضي النزاع

تلعب جنسية دولة قاضي النزاع دوراً لاغياً اتجاه جنسيات الدول المتواجدة ولها الأفضلية وكذا الأولوية في التطبيق دون غيرها والأساس في ذلك أن قواعد الجنسية هي قواعد عامة وتخضع لمبدأ إقليمية التطبيق، بالإضافة أنّ ترجيح جنسية دولة القاضي هي استجابة من قبل السلطات القضائية لتشريعات دولتها إذا كانت من بين الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية من الخصوم بجنسيته[217].

تصدى المشرع الجزائري لحالة التنازع الإيجابي في المادة 02/22 من القانون المدني، حيث أعطى الأفضلية للقانون الجزائري في حالة وجود الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يملكها الشخص، والمنصوص فيها: "**غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول**"[218].

---

[215]-**زروتي الطيب**، الوسيط في الجنسية الجزائرية -دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقوانين الفرنسية-، (د.ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 175.

[216]-**ناصف حسام الدين فتحي**، تعدد الجنسيات وحق الترشح لعضو مجلس الشعب، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 08.

[217]-**جندوبي فاطمة الزهراء**، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 55-56.

[218]-**قانون رقم 05-10**، السالف الذكر.

-تعدد الجنسيات دون أن تكون من بينها جنسية دولة قاضي النزاع

تُعد حالة غياب جنسية قاضي النزاع الحالة الأكثر صعوبة والأكثر تعقيداً نظرًا لعدم وجود حل واحد مما فتح الباب أما الفقه القانوني لإيجاد حل لهذا التنازع، فانقسم الفقه بدورهم إلى عدة آراء فمنهم من فضل تطبيق الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون الجنسية في دولة القاضي وهو ما يطلق عليه بمعيار الجنسية الملائمة لمصالح دولة القاضي[219].

في حين ارتأى البعض إلى القول أنّه لابد من الأخذ بمعيار أقرب الجنسيات إلى جنسية القاضي وتتماشى مع قوانين الدولة التي يصدر منها الحكم فإذا لم يوجد هذا التقارب بين قانون دولة القاضي وإحدى الجنسيات المتراكمة فإنه ينظر إلى القانون الذي يشبهه بالتقريب [220].

بينما ذهب جانب آخر إلى ترجيح معيار الجنسية السابقة لشخص المتعاقد خاصة أن لهذا الأخير حق مكتسب فلابد من صيانته وعدم إهداره ما دام أنّ اكتسابه للجنسية الجديدة لم تفقده الجنسية الأولى[221]. وذهب المشرع الجزائري إلى تطبيق قانون الجنسية الفعلية وفق المادة 22 من القانون المدني المذكورة سابقاً.

ب-حالة إنعدام الجنسية

إنّ الفقه يجري على تسمية هذه الظاهرة بالتنازع السلبي للجنسيات، وهو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحق على الميلاد مجردا من حمل جنسية أي دولة من الدول[222].

219-**قصبي محمد العيون**، شرح أحكام الجنسية بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 137.

220-**قصبي محمد العيون**، المرجع السابق، ص 138.

221-**جندوبي فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص 132.

222- **عكاشة محمد عبد العال**، الجنسية ومركز الأجانب في جامعة الدول العربية، (د.ط)، دار الجامعة للنشر والتوزيع، لبنان، 1987، ص 51.

وكذلك يعرفه جانب آخر أن عديم الجنسية: "هو الشخص الذي يعتبر رعية لأية دولة من دول العالم، فجميعها تعبر أجنبيا عنها"[223]، في حين يرى البعض بأن التنازع السلبي للجنسيات يحصل عندما تتخلى قوانين الجنسية في جميع الدول عن شخص معين فلا يعد من وطني أية دولة ويقع في ألا جنسية[224]، ولقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 22 من القانون المدني على تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإقامة في حالة انعدام الجنسية[225].

المطلب الثاني

تطبيق القانون الذي يطبق على الموضوع

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 **(الفرع الأول)**.

إلى جانب أن تحليل المواد السابقة يدفعنا إلى الرغبة لدراسة مسألة كيفية التعامل مع هذه الضوابط حسب الموضوع أو الشكل **(الفرع الثاني)**، ومع تطبيق الموانع العامة كالدفع بمخالفة النظام العام، وحالة وجود اتفاقية دولية تفرض شكل معين لأي عقد أو تصرف قانوني **(الفرع الثالث)**.

223– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص.179.

224– **بشير شريف يوسف**، تنازع الجنسية بين الواقع والقانون، ط1، دار البداية للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص ص 19–20.

225– **قانون رقم 05–10**، السالف الذكر.

الفرع الأول

التقارب المعمول بها في شكل وموضوع 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 18 من القانون المدني الجزائري: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.**

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد"[226].

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[227].

إضافة أن المشرع وضع ضوابط احتياطية لقانون الإرادة والمتمثلة في ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة وفي حالة التصدر 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[228].

226–قانون رقم 05–10، السالف الذكر.

227–**كمال سامية**، المرجع السابق، ص 63.

228–**أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 326.

يظهر الاختلاف بين نصوص المواد 18 و19 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 الرابطة العقدية، لوجود صلة حقيقية وجادة بين قانون هذا الضابط والعقد، أما الضوابط الأخرى هي ذاتها والمتعلقة في الجنسية المشتركة والموطن المشترك[229].

وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري انتهج وكرّس نفس الضوابط سواءًا 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 و19 بعديل 2005.

الفرع الثاني

الاختلاف في التعامل مع الضوابط بحسب الموضوع والشكل

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

أولا: ضرورة احترام ترتيب وتدرج الضوابط في موضوع العقد

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

[229]–**زهير بن خضرة**، المرجع السابق، ص ص 87–88.

ضابط آخر أمام وجود قانون الإرادة، باعتبار هذه الأخيرة ضابط الاسناد والتي تعدُ بمثابة قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، وتسري على العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق[230].

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 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 أن المشرع الجزائري جعل كلا من الضابطين الاحتياطيين في نفس المرتبة[231]، أما الضابط الأخير هو خضوع الالتزامات التعاقدية إلى محل الابرام والذي لا يمكن تطبيقه إلاّ بعد تعذر تطبيق قانون الإرادة وكذا عدم إمكانية تطبيق قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة[232].

وعليه يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أثناء صياغته لنص المادة 18 كرس أصلاً ومبدأ وهو قانون الإرادة ولابد من احترام هذا الترتيب، سواءًا 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[233].

ثانيا: وضع جميع الضوابط في نفس المرتبة في شأن شكل العقد

تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري: "**تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.**

230–**مجد الدين خربوط**، المرجع السابق، ص 68.

231–**زروتي الطيب**، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 175.

232–**سليمان أحمد فضل**، المرجع السابق، ص 200.

233–**عبد الكريم بلعيور**، المرجع السابق، ص 308.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"[234].

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 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 جليًا أنّ المشرع الجزائري أعطى إمكانية توحيد القانون الذي يسري على موضوع وشكل الالتزامات التعاقدية.

الفرع الثالث

استبعاد هذه الضوابط في حالة الموانع العامة

عندما يتم إعمال إحدى الضوابط المنصوص عليها في المادة 19 على شكل العقد، ويترتب عنه تطبيق قانون تتحقق فيه إحدى الموانع التي تناولناها في الفصل الأول (مخالفة النظام العام، الغش نحو القانون ووجود اتفاقية دولية).

أولاً: 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

[234]–**الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري**، المرجع السابق.

دولة معينة"[235]، 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[236]".

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 الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني على النحو الذي بيّناه سابقاً[237].

ثانياً: حالة 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"[238]، 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[239].

---

[235]-**MALAUX Philipe,** l'ordre public et le contrat, étude de droit civile comparé, France, Angletaire, URSS, Tome 1, p 232.

[236]– **سليمان أحمد فضيل**، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 81.

[237]–المادة 24 من القانون المدني، السالف الذكر.

[238]–**نادية فضيل**، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص 53.

[239]– **ختام عبد الحسين**، المرجع السابق، ص 289.

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[240]، وللقاضي استخلاص واستنتاج نية الإفلات والتحايل وكذا الباعث من الغش باعتبارها من مسائل الواقع[241].

ثالثاً: حالة وجود اتفاقية دولية

نص المشرع الجزائري في المادة 21 من القانون المدني على حالة وجود اتفاقية أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر[242]، والتي ينبغي ربطها بالمادة المادة 150 من الدستور الجزائري لسنة 2016 والمنصوص فيها: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون" [243].

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 عرفًا دوليًا، وملزمة باعتبارها قانونًا مكتوبًا ولا يناقض بين الوضعين، والأمر يتعلق بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ومبدأ "حسن النية"، وأخيرًا مبدأ "سمو أولوية الالتزامات الدولية على الالتزامات الناشئة عن القانون الوطني" [244].

---

[240]–**نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، (د.ط)، المرجع السابق، ص 151.

[241]–**زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص192.

[242]–المادة 21 من القانون المدني، السالف الذكر.

[243]–المادة 150 من الدستور الجزائري، المعدل في 2016، السالف الذكر.

[244]–**توركية عبو**، المرجع السابق، ص 115.

خاتمـــــــة

بعد تحليل واستقراء الأسس القانونية الفقهية والقضائية التي عالجها موضوع بحثنا فتوصلنا إلى مجموعة من النتائج وفضلنا عرض أهمها بشكل يوازي مجموعة من الاقتراحات لغرض رفع الغموض عن بعض الأحكام المنظمة للالتزامات التعاقدية

إنّ الأساس في مادة العقود الدولية والالتزامات الناشئة عنها في جانبها الموضوعي هي الإرادة حيث تعتبر الحق الأصلي للمتعاقدين 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، وقد تكون هذه الإرادة صريحة كما قد تكون ضمنية، إلا أنّه لم يعد فقط للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق، بل سعت أغلب التشريعات من بينها التشريع الجزائري إلى تكريس ضوابط يجوز إعمالها في حالة غياب قانون الإرادة، وأكثر من ذلك وضع قيود لمبدأ الإرادة والمتمثل في وجوب تحقيق صلة بين القانون المختار والمتعاقدين وكذا العقد كما منح المشرع الجزائري للقاضي صلاحية استبعاد القانون المختار من قبل أطراف الرابطة العقدية، إذا كان مخالفا للنظام العام في دولتهم.

حددت المادة 19 من القانون المدني الجزائري القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات التعاقدية ومن بينها الالتزامات التعاقدية، والمتمثل في إخضاعها لقاعدة قانون محل الابرام، إلاّ أن المشرع لم يوسع في هذا الضابط بل اكتفى بذكره، وأضاف إلى جانب هذا الضابط ضوابط أخرى لا تعد احتياطية وإنما في ذات المرتبة، وكما أنه كل ضابط أثار تترتب على إعماله.

إن المشرع الجزائري لم يفصل بشكل دقيق في المواد 18 و19 بل اكتفى بذكر الضوابط أين جعل الأولى إلزامية من حيث التدرج أما الثانية فجعلها اختيارية.

رغم كل النصوص القانونية التي كرّسها المشرع الجزائري لتنظيم الالتزامات التعاقدية في ظل قواعد التنازع، فالنقائص تبقى ظاهرة، وعلى المشرع تعزيز وتفعيل القانون المدني في جانب قواعد الاسناد للضبط أكثر في الأحكام التي خصصها للالتزامات التعاقدية فمن الضروري إعادة صياغة المواد 18 و19 من أجل ضمان فعاليتها أكثر خاصة أنّها مرتبطة بالدرجة الأولى بحقوق أفراد الدول

المتخلفة، مع التنبيه أن المشرع رغم تعديله للمواد في سنة 2005، إلاّ أنها لم يثيرها بالشكل الواجب إثراءها.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

أ-الكتب

1. **إبراهيم أحمد إبراهيم**، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، (د.ط)، (د.د.ن)، مصر، 1997.
2. **أحمد سي علي**، مدخل العلوم القانونية، ط1، دار البيضاء للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 214.
3. **أحمد عبد الكريم سلامة**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
4. **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
5. **أمحمدي بوزينة أمينة**، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسين بن بوعلي، الشلف، 2020/2019.
6. **إيناس محمد البهيجي**، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013.
7. **بشير شريف يوسف**، تنازع الجنسية بين الواقع والقانون، ط1، دار البداية للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
8. **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، الجزائر، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
9. **جمال محمد الكردي**، تنازع القوانين، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
10. **حسن قدادة**، شرح النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري (نظرية القانون والحق)، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

11. **حسين الهداوي**، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
12. **حفيظة السيد الحداد**، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
13. ـــــــــــــــ، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
14. **حمدي باشا عمر**، عقود التبرعات، (الهبة، الوصية، الوقف)، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
15. **زروتي الطيب**، الوسيط في الجنسية الجزائرية –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقوانين الفرنسية–، (د.ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
16. ـــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
17. ـــــــــــــــ، دراسات القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
18. **زكريا سرايش**، الموجز في شرح قواعد البيع (رؤية جديدة وجوانب عملية تخص توثيق العقد والسكن الترقوي)، (د.ط)، دار بلقيس للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
19. ـــــــــــــــ، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
20. **زهود محمد**، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
21. **سامي بديع منصور**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، لبنان، 1994.

22. ـــــــــــــــــ، طرق حل النزاعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، لبنان، 1995.

23. **سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال،** القانون الدولي الخاص، (د.ط)، مكتبة القانونية، الدار الجامعية، مصر، 1987.

24. **سليمان أحمد فضل،** المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2011.

25. **السنهوري عبد الرزاق،** الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د.س.ن)

26. ـــــــــــــــــ، شرح القانون المدني الجديد (النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد)، الجزء الأول، ط2، منشورات الحلبي للحقوقية، لبنان، 1993.

27. **صبري السعدي،** الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، (د.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

28. **صلاح الدين جمال الدين،** تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط3، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

29. **عامر محمد الكسواني،** موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ج1، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

30. **عبد الحميد أبو هيف،** القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر، (د.ط)، منشأة المعارف، مصر، 1924.

31. **عبد المجيد زعلاني،** المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

32. **عبده جميل غصوب،** دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.

33. ـــــــــــــــــ، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

34. **العربي بلحاج**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

35. **عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن وتمتع الأجانب بالحقوق)، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1986.

36. **عكاشة محمد عبد العال**، الجنسية ومركز الأجانب في جامعة الدول العربية، (د.ط)، دار الجامعة للنشر والتوزيع، لبنان، 1987.

37. ـــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية –تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.

38. ـــــــــــــــــ، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، ج1، (د.ط)، دار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997.

39. ـــــــــــــــــ، تنازع القوانين –دراسة مقارنة–، (د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

40. **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزامات، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

41. ـــــــــــــــــ، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

42. **علي فلالي**، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، (د.ط)، موفم للطباعة والنشر، الجزائر، 2008.

43. **عماد قطان**، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني (دراسة مقارنة)، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.

44. **عمر أبو بكر خشاب**، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في مجلس التعاون الخليجي –دراسة مقارنة–، ط1، (د.د.ن)، السعودية، 1990.

45. **عوض الله شيبة الحمد السيد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، 1997، ص 491، راجع كذلك

46. **غالب علي الدوادي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د.س.ن).

47. **فؤاد عبد المنعم رياض**، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدولي، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1978.

48. **قصبي محمد العيون**، شرح أحكام الجنسية بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

49. **كمال عليوش قربوع**، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

50. **مجد الدين خربوط**، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، (د.ط)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا، 2008.

51. **محمد التغدويني**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط3، مطبعة أنفو برانك، المغرب، 2009.

52. **محمد حسين منصور**، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، (د.ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، (د.س.ن).

53. **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة)، (د.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

54. **محمد كمال فهمي**، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006.

55. **محمد وليد المصري**، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

56. **محمود عبد الرحيم الديب**، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

57. **محمود مبروك الاقي**، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي)، (د.ط)، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994.

58. **محند إسعد**، القانون الدولي الخاص، ج1، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

59. **نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

60. ـــــــــــ، الغش نحو القانون، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

61. **ناصف حسام الدين فتحي**، تعدد الجنسيات وحق الترشح لعضو مجلس الشعب، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 08.

62. **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، (د.ط)، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004.

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

64. **هشام علي صادق**، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط2، منشأة المعارف، مصر، 1976.

65. ـــــــــــــــــ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.

66. **يوسف محمد عبيدات**، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط2، دار الميسرة للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

ب-الرسائل والمذكرات

ب-1-رسائل الدكتوراه

1. **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2004.

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

3. **طارق عبد الله عيسى المجاهد**، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق ، 2001.

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

ب-2-مذكرات الماجستير

1. **بخة زيدون**، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

2. **بوخروبة حمزة**، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014.
3. **جندوبي فاطمة الزهراء**، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.
4. **خليفي سمير**، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
5. **دربة أمين**، قواعد التنازع المتعلق بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2009.
6. **زواوي محمد**، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
7. **عمار تيمجغدين**، دور المحافظة العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
8. **فاطمة موشعال**، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
9. **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.
10. **مريني فاطمة الزهراء**، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010.

ب-3-مذكرات الماستر

- **سعدي سامية**، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس.

ج-المقالات

1. **إبراهيم عباس الجبوري**، "دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص"، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد 43، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بابل، 2019، ص ص 1273-1283.
2. **توركية عبو**، "مبدأ سمو أحكام المعاهدة على أحكام القانون الداخلي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 4، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، (د.س.ن)، ص ص 185-197.
3. **ختام عبد الحسين**، "موانع تطبيق القانون الأجنبي"، مجلة الكلية الإسلامية، العدد 06، جامعة النجف الأشرف، العراق، 2009، ص ص 153-386.
4. **سلطان عبد الله محمود**، "الدفع بالنظام العام وأثره"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2016، ص ص 10-26.
5. **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.
6. **عبد السلام علي الفضل**، "منهج الأداء المميزة في تحديد قانون العقد الدولي"، مجلة الدراسات، المجلد 46، العدد 1، كلية علوم الشريعة والقانون، جامعة دمشق، سوريا، 2019، ص ص 564-585.
7. **عبد الكريم بلعيور**، "قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل وبعد التعديل"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 47، العدد 2، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، (د.س.ن)، ص ص 365-384.

8. **كاظم حمادي يوسف،** "النظرية العامة للإرادة الضمنية–دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، العدد 5، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، 2019، ص ص 02–173.

9. **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.

10. **منصور عبد السلام الصرايرة،**" القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكتروني ذات الطابع الدولي"، مجلة الدراسات، العدد 02، كلية العلوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، 2014، ص ص 1139–1372.

د–النصوص القانونية

د–1–النصوص التأسيسية

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

د–2–الاتفاقيات الدولية

1. **إتفاقية لاهاي لسنة 1985** الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع.
2. **اتفاقية روما لسنة 1980،** المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

د–3–النصوص التشريعية

1. **الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،** المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم .
2. **الأمر رقم 70–20، المؤرخ في 19 فيفري 1970،** المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل بالقانون رقم 08/14، المؤرخ في 09 أوت 2010، ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 49، الصادر في 20 أوت 2014.

3. **قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية** والإدارية ،ج.ر، عدد21، مؤرخة في 23-04-2008 .
4. **قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005**، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 44 صادرة في تاريخ 26 جوان 2005.
5. **قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984**، المتضمن قانون الأسرة ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 24، الصادرة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

د-4-المراسيم

- **المرسوم رقم 76-63**، المؤرخ في 24 ربيع الأول 1396، الموافق لـ 25 مارس سنة 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30.

هـ-وثائق أخرى

1. **بشور فتيحة**، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016-2017.
2. **بن عصمان جمال**، محاضرات مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015.
3. **دغيش أحمد**، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، بحث منشور في منتديات الحقوق والعلوم القانونية، الجزائر، (د.س.ن).
4. **عثماني بلال**، محاضرات في نظرية العقد (الجزء الأول: تكوين العقد)، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم التعليم الأساسي للحقوق-، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018-2019.

5. **ناتوري كريم**، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر (السداسي الأول)، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020/2019.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages :

1. **DERRUPPE Jean**, droit international privé, 13éme édition, DALLOZ, Paris, 1999.
2. **FRANÇOISE Monéger**, Droit international privé, 8éme édition, Lexis Nexis, Paris, 2018.
3. **MALAUX Philipe**, l'ordre public et le contrat, étude de droit civile comparé, France, Angletaire, URSS, tome 1 (S.A.E).
4. **MAYER Pierre et HEUZE Vincent**, droit international privé, 9ème édition, Montchrestien, 2007.
5. **MELIN Francois**, Droit international privé, cours intégral et synthétique, Gualino, Lextenso, France, 2019.
6. **MIBOYET (J.P)**, traite de droit international privé tomes III, IV, et V, Paris, 1944.
7. **MOSTEPHA Tirari**, droit commercial international, ratifiées par l'Algérie, Berti Edition, Alger, 2007.

09- **NIBOYET Marie-Laure et GERAUD de Geouffre de la Pradelle**, droit international privé, 3eme édition, L.G.D-J, Paris, 2011

الفهرس

العنوان الصفحة

مقدمة 7
الفصل الأول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية: 9
المبحث الأول تطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية (الضابط الأصلي): 10
المطلب الأول مفهوم قانون الإرادة: 10
الفرع الأول: نشأة وتعريف قانون الإرادة: 11
أولا: نشأة قانون الإرادة 11
ثانيا: تعريف قانون الإرادة 13
1-تعريف قانون الإرادة لدى الفقه الدولي الخاص..... 13
2-تعريف قانون الإرادة في التشريع الجزائري وبعض الاتفاقيات الدولية 13
أ-تعريف قانون الإرادة في التشريع الجزائري 14
ب-تعريف قانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية..... 15
الفرع الثاني: شروط إعمال قانون الإرادة..... 16
أولا: شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والتعاقدين 16
ثانيا: شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والعقد 17
الفرع الثالث: نطاق وصور تطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية 18
أولا: نطاق تطبيق قانون الإرادة على موضوع الالتزامات التعاقدية 18
1-الجوانب التي تعد ضمن نطاق قانون الإرادة 19
2-المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة 19
ثانيا: صور قاعدة الإرادة 20
1-الإرادة الصريحة 20
2-الإرادة الضمنية..... 21
المطلب الثاني: الضوابط الاحتياطية المطبقة في حالة تعذر تطبيق قانون الإرادة 22
الفرع الأول: إعمال ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين 23

أولا: مفهوم ضابط الموطن المشترك..... 23
ثانيا: شروط إعمال ضابط الموطن المشترك..... 24
1-شرط أن يكون الموطن قانوني..... 25
2-شرط أن يكون الشخص عديم الجنسية 25
3-تعذر تطبيق قانون الإرادة 25
الفرع الثاني: تطبيق ضابط الجنسية المشتركة 27
أولا: مفهوم ضابط الجنسية المشتركة..... 27
ثانيا: الجنسية المشتركة كضابط احتياطي أول إلى جانب الموطن المشترك 28
الفرع الثالث: خضوع الالتزامات التعاقدية إلى محل ابرام العقد 28
المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على تطبيق قانون الإرادة 30
المطلب الأول: اخضاع العقود الواردة على العقار لقانون موقعه..... 30
الفرع الأول: المقصود بالعقود الواردة على العقارات 31
أولا: العقار بالطبيعة 31
ثانيا: العقار بالتخصيص 32
الفرع الثاني: مجال تطبيق قانون موقع العقار..... 32
أولا: تكوين العقد 33
1-الرضا..... 33
2-المحل..... 34
3-السبب..... 35
4-الشكلية..... 36
ثانيا: أثار العقد 38
الفرع الثالث: انقضاء الالتزامات التعاقدية..... 39
المطلب الثاني: الاستثناءات العامة بشأن تطبيق القانون الأجنبي 40
الفرع الأول: الدفع بمخالفة بالنظام العام..... 40

أولا: المقصود بالنظام العام 40
ثانيا: شروط إعمال الدفع بالنظام العام 41
1-وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية..... 41
2-توفر أحد مقتضيات النظام العام الوطني 42
3-أن تكون المخالفة حالية 43
ثالثا: أثار الدفع بالنظام العام 44
1-الأثر السلبي لدفع فكرة النظام العام 44
أ-الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام 44
ب-الاستبعاد الجزئي المخالف للنظام العام..... 45
2-الأثر الإيجابي للدفع فكرة النظام العام..... 45
أ-بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي..... 45
ب-تطبيق قانون القاضي..... 46
3-الأثر المخفف والانعكاسي لدفع بالنظام العام 47
أ-الأثر المخفف لفكرة الدفع بالنظام العام..... 47
ب-الأثر الانعكاسي لفكرة الدفع بالنظام العام..... 47
الفرع الثاني: الغش نحو القانون..... 48
أولا: المقصود بالغش نحو القانون..... 48
ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون 49
1-شرط التغيير الإرادي لضابط الاسناد (العنصر المادي) 49
أ-ضرورة التغيير إراديا 49
ب-أن يكون ضابط الاسناد قابلا بطبيعته للتغيير..... 50
ج-أن يكون التغيير فعليا 50
د-أن يكون التغيير مشروعا 51
2-توافر نية الغش نحو القانون (العنصر المعنوي) 51

ثالثا: آثار الدفع بالغش 52
1-الأثر السلبي (استبعاد القانون الواجب التطبيق) 52
أ-عدم نفاذ النتيجة فقط..... 53
ب-عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة 53
2-الأثر الإيجابي..... 54
الفرع الثالث: حالة وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر أو نص في القانون الخاص..... 55
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية 57
المبحث الأول: قانون محل إبرام العقد 58
المطلب الأول: التطور التاريخي لقاعدة لوكوس 58
الفرع الأول: نشأة قاعدة لوكوس 58
أولا: نشأة قاعدة لوكوس في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية..... 59
ثانيا: تبلور قاعدة لوكوس لدى فقه مدرسة الأحوال الفرنسية 60
الفرع الثاني: تعريف قاعدة لوكوس 62
الفرع الثالث: إلزامية قاعدة لوكوس 64
أولا: الطابع الإلزامي لقاعدة لوكوس 64
ثانيا: الطابع الاختياري لقاعدة لوكوس..... 65
المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة لوكوس..... 67
الفرع الأول: الحالات التي يتم فيها تحديد القانون الذي يحكم شكل التصرف 68
أولا: حالة إذا كان ما إذا كان الشكل لازم لإبرام التصرف 68
ثانيا: حالة ما إذا كان الشكل ضروريا لإثبات التصرف..... 71
الفرع الثاني: الحالات التي لا تطبق فيها قاعدة لوكوس على شكل العقد 73
أولا : العقود الواردة على الأموال..... 73
ثانيا: الحالات المتعلقة بالأهلية 76
المبحث الثاني: الضوابط الأخرى إلى جانب قاعدة قانون المحل 81

المطلب الأول: قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية 81
الفرع الأول: ضابط الموطن المشترك 81
أولا: تعريف موطن المشترك 82
ثانيا: الأثار القانونية المترتبة عن إعمال ضابط الموطن المشترك..... 83
الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة 85
أولا: تعريف ضابط الجنسية المشتركة 85
ثانيا: أثار إعمال ضابط الجنسية المشتركة 86
1-مزايا الأخذ بضابط الجنسية 86
2-الإشكالات القانونية التي يثيرها تطبيق ضابط الجنسية 87
أ-حالة تعدد الجنسيات 87
ب-حالة انعدام الجنسية 89
المطلب الثاني: تطبيق القانون الذي يطبق على الموضوع..... 90
الفرع الأول: التقارب المعمول بها في شكل وموضوع العقد 91
الفرع الثاني: الاختلاف في التعامل مع الضوابط حسب الموضوع والشكل 92
أولا: ضرورة احترام ترتيب وتدرج الضوابط في موضوع العقد 92
ثانيا: وضع جميع الضوابط في نفس المرتبة في شأن شكل العقد 93
الفرع الثالث: استبعاد هذه الضوابط في حالة الموانع العامة..... 94
أولا: حالة مخالفة النظام العام..... 94
ثانيا: حالة الغش نحو القانون..... 95
ثالثا: حالة وجود اتفاقية دولية..... 96
خاتمة 97
قائمة المراجع 99
الفهرس 111

الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائرية

ملخص

يخضع بصفة عامة موضوع الالتزامات التعاقدية في الجزائر لقانون الإرادة، وإذا تعذر ذلك سيتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وإذا تعذر ذلك سيتم تطبيق قانون مكان إبرام العقد (باستثناء العقود المتعلقة بالعقارات الخاضعة لقانون موقع العقار) المادة 18 من القانون المدني.

بينما يخضع شكلها لقانون محل الإبرام، أو لقانون الموطن المشترك، أو لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو للقانون الذي تم تطبيقه على القواعد الموضوعية، وعليه يظهر أن المشرع الجزائري اعتمد على نفس الضوابط بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع وشكل العقد (المادة 19 من القانون المدني)، مع اختلاف في كيفية تطبيقها.

Résume

D’une manière générale, le fond des obligations contractuelles en Algérie sont régies par la loi d’autonomie. A défaut, c’est la loi du domicile commun ou la nationalité commune qui sera applicable. A défaut, c’est la loi de lieu de conclusion du contrat qui sera applicable. Exception des contrats relatifs aux immeubles qui sont soumis à la loi de la situation de l’immeuble. (Art 18 de code civil).

Par contre leur forme peut être soumise à la loi du lieu où ils ont été accomplis, a la loi du domicile commun, a la loi de la nationalité commune des contractuels ou à la loi régissant les règles de fond (art 19 de code civil), dès lors, il apparait que le législateur algérien s’est appuyé sur les mêmes éléments de contrôles quant au fond et a la forme du contrat, avec une différence dans la manière de l’applications de ces éléments de contrôles.