جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين

مذكرة لنيل شهادة المـــــاستر في القانون

تخصص: قانون الدولي الخاص

إعداد الطالب:

- العشاشي سيد علي

إشراف الأستاذ:

- قتال حمزة

لجنة المناقشة

الأستاذ: .....رئيسا

الأستاذ: قتال حمزة.....مشرفا ومقررا

الأستاذ: .....ممتحنا

السنة الجامعية:2019/2018.

إهـــــــــداء

الحمد لله الذي وهبني نعمة العقل، وأمداني بالقوة حتى أتممت هذا العمل المتواضع.

ومن ثمة الشكر الجزيل .

أهدي ثمرة جهدي وما جنيته من أتعاب، وما حصدته من سنوات الدراسة، إلى أغلى ما لدي.

أمي الغالية، وأبي العزيز، إلى إخوتي وكافة أفراد عائلتي دون أن أنسى أصدقائي وزملائي جميعا كل باسمه

إلى كل من وقف بجانبي ولم أقم بذكره...

سيد علي

شكر وعرفان

من لم يشكر الناس لم يشكر الله فالشكر لله تعالى الذي وفقني لهذا وأنعم علي ثم الشكر لكل إنسان أمدني بيد المساعدة من قريب أو من بعيد وعلى رأسهم الأستاذ المشرف: " قتال حمزة"

الذي لم يبخل علي بالنصائح والتوجيهات.

كما لا يفوتني أن أشكر أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه على ما بذلوه من جهد في قراءة الرسالة فجزاهم الله عنا كل خير.

كما أتقدم بشكر كل من ساهم في منحي الدعم المعنوي لإنجاز وإتمام هذا العمل.

المقدمة

إن العقد بصفة عامة هو اتفاق إرادتي أو أكثر، على إحداث اثر قانوني يتمثل في التقيد بالتزامات والتمتع بحقوق،أما العقد الدولي بإضافة إلى كونه كذلك لكن يجب توفر العنصر الأجنبي.

تحكم العقود الدولية قواعد القانون الدولي الخاص أو متعرف بقواعد الإسناد، التي تعتبر جزء من القانون الوطني التي يحيل إليها القاضي، في حالة نشوب نزاع بين أطراف العلاقة التعاقدية وهو ما يعرف بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

في ظل التطور الاقتصادي والتجاري واتساع دائرة العلاقات الدولية، وتطور وسائل الإعلام واتصال جعل من العالم قرية صغيرة وهذا التطور ،أدى إلى تشعب العلاقات ليس بين أفراد الدولة واحدة وإنما تعدى ليصل إلى أفراد من عدة دول أجنبية ،وهذا مزاد من ظهور نزعات حول القانون الذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية .

حيث اعتبر قانون الإرادة هو القانون الكفيل أو إسناد، الذي يعتمد عليه القاضي بتحديد القانون الواجب تطبيق فهدف قانون الإرادة، هو اختيار القانون أكثر ملائمة لرابطة العقدية ،كما انه يقوم على الحرية التامة للأفراد في اختيار القانون الواجب تطبيق المعبر عنها بسلطان الإرادة، ولم تظهر فكرة قانون الإرادة إلا بعد مرورها بمراحل فرضت فيها نفسها كقاعدة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق حتى أصبح احد قواعد القانون المقارن .

واهم المراحل التي مر بيها قانون الإرادة:

- لقد أخضعها الفقه الايطالي القديم أن العقود سواء كانت موضوعا أو شكلا تعود الى محل إبرامها.
- أما الفقيه (Curtius)فقد قال بإخضاع العقد القانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون.

- أما الفقيه (لديمولان)فقد أكد على إخضاع العقد لقانون الإرادة . و في القرن التاسع عشر كاد أن يجمع الفقه على التسليم بقاعدة إخضاع وجود بعض العقد لقانون الإرادة. بالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هذه القاعدة إلا أنه لم تؤثر على استمرارية الأخذ بقانون الإرادة في مختلف دول العالم، فمنها التي نصت على الأخذ به بنص صريح في تشريعاتها كمعظم الدول العربية، و بعض الدول الأوربية ، و منها التي على الرغم من عدم النص على الأخذ به في تشريعاتها قد أخذت به محاكمها مثل فرنسا.
- أما المشرع الجزائري قد اسند قاعدة إسناد الخاصة با المتعاقدين من خلال المادة18 من القانون المدني الجزائري يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد،يعتد بالإرادة الضمنية من خلال النظر في ظروف وحيثيات العقد من موطن مشترك وجنسية مشتركة ،أو يكون له صلة بمحل إبرام العقد أو تنفيذه.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع من خلال تحديد القانون الواجب تطبيق على الالتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين:

- هي دراسة أحكام متعلقة بقانون الإرادة بغيت الوصول إلى تحديد مدى خضوع العقود الدولية إلى لقانون الإرادة، وذلك من خلال دراسة أثار وتكوين العقود الدولية بقدر الذي تقتضيه متطلبات حل مشكلة تحديد القانون.
- كذلك تكمن أهمية الموضوع من خلال كيفيته التعبير عن الإرادة سواء كان هذا تعبير صريح أو تعبير ضمني، ودور الذي تلعبه الإرادة ضمنية في تحديد القانون الواجب تطبيق في حالة انعدام إرادة صريحة .

- دور القاضي في استخلاص الإرادة الضمنية وإسنادها إلى قانون الموطن المشترك أو جنسية المشتركة .
- كيفية إعمال القاضي لقواعد الإسناد المتعلقة بالعقد سواء بقانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه.

إشكالية الدراسة:

إن موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ضل تنازع القوانين ولما يحمله هذا الموضوع من تساؤلات يجب الإجابة عنها نطرح الإشكالية الرئيسية وهي :

ماهو القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ضل تنازع القوانين؟

وبعبارة أخرى:**مامدى حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ضل تنازع القوانين؟**

_ التساؤلات فرعية:

- ما مقصود بقواعد الإسناد ؟وهل وفق المشرع الجزائري في ترتيبها؟
- ما هي أهم الآراء الفقهية التي ألزمت قاعدة الإسناد لقانون الإرادة؟

منهج البحث:

اعتمدنا على المنهج التحليلي الوصفي وذلك من خلال، نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي أسندت التصرفات القانونية إلى القانون المختار عن طريق المتعاقدين إعمال قانون الإرادة كضابط إسناد،شرط وجود صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين .

كما تطرقنا في تحليلنا لهذه المادة إلى تكلم عن ضوابط الإسناد الاحتياطية التي اعتمد عليها المشرع في بحثه عن القانون الواجب التطبيق .

الفصل الأول: تحديد فئة الالتزامات التعاقدية

يشكل العقد مؤسسة قانونية واحدة وان اختلفت أنواعه أو طبيعته, كما يشكل واقعا وحدة نفسية واقتصادية، هذه الوحدة في العقد تفترض الوحدة في القانون الذي يخضع له, فقانون العقد يحكم كافة المسائل التي تتصل بالعلاقة التعاقدية، ولا تدخل في تصنيفها فئات مختلفة أو تخضع لقواعد نزاع أخرى، لكن احترام إرادة المتعاقدين في إسناد العقود تستلزم التسليم بحريتهم في تجزئة الرابطة العقدية واستناد كل من عناصرها لقانون مختلف، مادام الخضوع قائما على الاختيار الإرادي لتجزئة العقد وما دامت قد توافرت في كل منها الصلة المتطلبة بالعقد، بشرط ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام العقد أو إفلاته من سلطان القانون.

ويعد تحديد المسائل التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة على هذا النحو فقد يثور التساؤل عما إذا كانت الالتزامات التعاقدية جميعها تخضع لقانون الإرادة ، أم أن هناك عقودا قل تقتضي طبيعتها الخاصة إسنادها لقانون مختلف .

سنتولى فيما يلي دراسة المسائل التي تندرج في فكرة التزامات التعاقدية، ثم نتصدى للعقود التي تدخل في مضمون هذه الفكرة، وذلك من خلال

المبحث الأول:المسائل التي تدخل ضمن فئة الالتزامات التعاقدية .

المبحث الثاني:العقود التي تخرج عن فئة الالتزامات التعاقدية.

المبحث الأول:المسائل التي تدخل ضمن فئة الالتزامات التعاقدية .

إن لأهلية وإن كانت شرطا لصحة التعاقد، إلا أنها تستقل بفكرة خاصة القاعدة الإسناد الواردة فقد مضت وتخضع الإشارة إلى أن المشرع قد اعتبر أسندها لقانون الجنسية الأهلية المسائلة اللصيقة بالشخص، من والتالي كذلك فإن شكل العقد يخضع ل لقاعدة الواردة بالمادة 20 من القانون المدني المصري والتي رأينا أنها تحكم التصرفات بوجه عام.

كما ان عناصر العقد على هذا النحو، وإخضاع كل منها لقانون مختلف، هو اتجاه يستجيب إلى مذهب يسود لدى بعض الشراح مقتضاه تجزئة العقد بحيث تتعد د القوانين الواجبة التطبيق بالنظر إلى كل عنصر من عناصره وآثاره ، أن يخضعا كل عنصر من بين هذا العنصر والقانون وعلى ذلك فليس هناك ما المتعاقدان يمنع من عناصر العقد لقانون معين، ما دامت هناك صلة الواجب التطبيق عليه فيصح أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل الإبرام وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فإن تعددت المحال الواجب التنفيذ فيها، كان لهما أن يخضعا تنفيذ كل التزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه فيه[1].

إن المسائل التي تدخل ضمن الفكرة المسندة التي يطبق في شانها قانون الإرادة والمتعلقة بتكوين العقد وأثاره هذا ما سنتطرق إليه من خلال:

المطلب الأول:تكوين العقد

المطلب الثاني:أثار العقد

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى 2004 ص 391-392

المطلب الأول:تكوين العقد

يتحدد نصيب قانون الإرادة في المسائل التالي التراضي، المحل والسبب، وما يترتب على مخالفتها من جزاء. بالنسبة للتراضي، إن وجود الإرادة أو انعدامها مسألة تخص الأهلية وبالتالي:

تخضع للقانون الشخصي أما المسائل الأخرى مثل كيفية التعبير عن الإرادة وأشكاله وآثاره وطريقة تطابق الإرادتان في مجلس العقد أو خارجه، ومكان وزمان إبرام العقد، فإن

الرأي الراجح يسندها إلى قانون الإرادة ولكن حكم السكوت يخضع إلى قانون محل لإقامة من صدر منه الإيجاب في بعض الأنظمة وإلى قانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب في أنظمة أخرى، ويفضل إسناد تحديد زمان ومكان إبرام العقد إلى قانون القاضي تماشيا مع منهج تركيز العقد.

وقد تضاربت الآراء الفقهية بخصوص عيوب الإرادة فهناك من أسندها إلى القانون الشخصي وهناك من طبق عليها قانون محل الإبرام وهناك من رأى إجراء التطبيق الجامع بين القانونين في شأنها، ولكن الرأي الراجح أخضعها إلى قانون الإرادة باستثناء الاستغلال الذي يطبق عليه القانون الشخصي، بينما يبقى الغين خاضعا لقانون الإرادة وهذا الحل يتفق مع التكييف الذي أعطاه المشرع العربي والألماني لهذا العيب، بينما في القانون الفرنسي الذي لا يعرف نظرية خاصة بالاستغلال، يخضع الغبن لقانون الإرادة لأنه يمثل عدم تعادل مادي برقم مرصود ومحدد بين التزامات الأطراف. وبالنسبة لمحل العقد وسببه يطبق عليهما قانون الإرادة بصفة عامة ولكن شرط وجود المحل وإمكانية وجوده مستقبلا وتعي ينه والسب بالدافع إلى وكذلك مشروعيتهما يسري عليها قانون القاضي فيما يخص المشروعية وقانون محل التنفيذ فيما يخص إمكانية التعامل. ويخضع الجزاء المترتب على تخلف أحد الأركان السابقة

ل لقانون الذي يحكم الركن المتخلف أو شروط صحته، هذا القانون هو الذي يبين طبيعة هذا الجزاء وآثاره وما إذا كان مل التعاقد الممكن تلافيه.[1]

عليه سنتطرق في الفرع الأول:التراضي و الفرع الثاني: المحل و الفرع الثالث السبب

الفرع الأول:التراضي

لا يوجد العقد إلا باتفاق إرادتين، أو التراضي بين طرفين على أحداث أثر قانونى معين، وفضلا عن توفر الأهلية للتعاقد، وهى تخضع للقانون الشخصي لكل متعاقد المادة (1/11) مدنى مصري، فأن هي الركن الجوهري في العقد، فان توافقت إرادتي الطرفين حدت التراضي بينهما وفي مجال العقد، وفقا لأي قانون يتم تقدير وجود الإرادة، أو التراضي ؟.

ذهب رأى إلى أن وجود التراضي أو الإرادة هو نوع من الأهلية وبالتالي يخضع للقانون الشخصي للمتعاقد. وذهب رأى ثان إلى إخضاع المسألة لقانون محل الإبرام حيث أنه معلوم للمتعاقدين. وذهب رأي ثالث في الفقه المصري إلى إخضاع وجود التراضي لقانون القاضي بحسبان أن الأمر يتعلق بالحدي مسائل الواقع، أو بحسبان أن الأمر يتعلق بفكرة انعقاد العقد وهي تضير في القانون المصرى مسألة تكييف أولى يرجع فيها إلى قانون القاضي، الذي يحكم كل ما يتعلق بانعقاد وتكوين العقد في ظل المادة 1/19 مدنى، التي تكلم فقط عن، الالتزامات التعاقدية ودون الانعقاد أو التكوين غير أن الراجح هو إخضاع وجود الإرادة والتراضي لقانون العقد، ليس فقط لأن الأمر

[1] الدكتور زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الطبعة الأولى، دار النشر مطبعة الكاهنة، 2000، ص222.

يتعلق بأخص المسائل التي تدخل في دائرة تطبيق هذا القانون، بل أيضا لضمان وحدة القانون واجب تطبيق على كافة مراحل حياة العقد[1].

ويسري على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة، وهل يشترط أن يكون التعبير مربح أو ضمنيا وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنية، ومتى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره.

كذلك حكم السكوت، وهل يمكن اعتباره قبوا من عدمه، وكيفية تحدىد زمان ومكان العقد الذي يتم بين غائبين .كما يدخل في مضمون الفكرة المسندة أيضا كل ما يتعلق بعيوب الإرادة ومدى أثرها على صحة التعاقد.

ويرى جانب آخر من الفقه أن هناك من المسائل السابقة ما يخرج عن مضمون الفكرة المسندة ويخضع بالتالي لقانون آخر غير قانون العقد.

فيرى البعض أن مدى اعتبار السكوت تعبيرا عن القبول هو أمر لا يخضع القانون العقد المحتمل إبرامه، وإنما يتعين إخضاعه لقانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب أو قانون مركز أعماله وذلك حتى لا يفاجأ من وجه إليه الإيجاب بحكم غريب عنه مقرر في قانون لا يعرفه مما يؤدي إلى نتائج غير عادلة.

ويرى جانب آخر من الفقه أن تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين تخرج عن مضمون الفكرة المسندة في العقود وتخضع لقانون ذلك أن الأمر يتعلق هنا بتكييف المسألة المعروضة تمهيدا لإسنادها هي مسألة القاضي القانون معين.[2]

يبدو أن المسألة خلافية فذهب رأى إلى أن القواعد التى تنظم عيوب الإرادة ترمى إلى حماية الشخص المتعاقد وتصل بأهلية، بحيث يسرى عليها القانون الشخصي لكل طرف، وذهب رأي ثان إلى تطبيق قانون القاضى، بحسبان أن قواعد حماية

---

[1] د احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، (د ط)، دار النهضة العربية، 32 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، بدون سنة النشر، ص1123

[2] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ص 395

الإرادة تعلق بالنظام العام. غير أن الراجح هو إخضاع عيوب الإرادة لقانون العقد لاتصال الأمر بتأمين المعاملات، والأمانة التعاقد، وقواعد حماية لإرادة من العيوب هدفها قيام عقد صحيح.[1]

وينهي هذا الاتجاه بذلك إلى القول بأن صحة التراضي وعيوب الإرادة ا وينتهي تخضع لقانون الإرادة وإنما لقانون بلد الإبرام وفقا لما ذهب إليه البعض من أنصار هذا الاتجاه، أو للقانون الشخصي للمتعاقدين وفقا لما أكده البعض الآخر.

ويمكن القول ردا على هذا الاتجاه بأن اتفاق الأطراف على اختىار قانون معين لحكم العقد هو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، وهو يعد اتفاق يخف في سلامته لقانون القاضي كما بينا من قبل .وعلى هذا النحو فإنه من المتصور أن يؤدي تطبيق القانون المختار إلى ابطال العقد لعيب في الارادة.[2]

الفرع الثاني: محل العقد

يتفق غالب الفقه على أن محل العقد يدخل ضمن مضمون الفكرة المسندة ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، مع ذلك فقد اتجه البعض إلى استثناء العقد الذي يكون محله مالا أو عملا، فيقررون إخضاعه في الحالة الأولى لقانون موقع المال، وفي الحالة الثانية لقانون محل تنفيذ العمل, على أن استثناء لم يرد في شان العقود المتعلقة با المنقول .[3]

يلزم لوجود العقد أن يكون محل العقد هو ما يلتزم به المدين، والذي قد يكون أعطاه شيء أو القيام بعمق أو الامتناع عن إتيان عمل، ويشترط لصحة انعقاد العقد أن يتوفر في محلة عدة شروط منها أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود، ومنها أن يكون معينا أو قابلا التعيين وأخيرا أن يكون قابلا ل لتعامل فيه.

---

[1] احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص1125

[2] حفيظة السيد الحداد، نفس مرجع ص396

[3] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ص 398

ويرى البعض أن وجود محل العقد أو إمكانية وجوده تخضع لقانون محل التنفيذ بحسبان أن الأمر يتعلق بتنفيذ المدين لالتزامه، ولا يتصور أن يتم خلافا لقانون محل أجرائه، كما أن قابلية المحل لتعامل فيه، خصوصا مشروعية المحل تخضع لقانون القاضى على أن الأصح هو تطبيق قانون العقد ذلك أن المحل هو جوهر أوجل مضمون العقد، وإن فلت تنظيمه من هذا القانون الأخير، فماذا يبقي له ليسرى عليه[1].

الفرع الثالث:سبب العقد

أما السبب العقد فيخضع من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد مع مراعاة ما يتعلق بالمشروعية والنظام العام في دولة القاضي، إذ يمكن أن يكون السبب مشروعا وفقا لقانون العقد، وغير مشروع في دولة القاضي وفي حال تخلف أحد الأركان فإن قانون العقد هو الذي ينظم هذه المسالة.[2]

ينبغى أن يستند كل عقد إلى سبب مشروع، ولكن وفقا لأي قانون يتم تقدير ركن السبب في العقد ؟ يذهب رأى إلي اختصاص قانون القاضي ، لأن تقدىر المشروعية من عدمها يتصل بإعمال فد النظام العام الوطني. غير أن الراجح هو تطبيق قانون العقد على ركن السبب في العقد، لتعلق الأمر بأدبيات العملية التعاقدية، وهي مما يدخل في إطار اختصاص ذلك القانون. وعلى ذلك فيحدد قانون العقد المراد بسبب العقد هل هــو السبب ألقصدي، أي الغرض المباشر الذي تتجه إليه إرادة المتعاقدين، أم هو الباعث الدافع أن يستند كل عقد إلى سبب و إلى التعاقد، وشروط السبب في كلا الحالين.

على أن شرط مشروعية السبب كشرط مشترك بين فكرتي السبب ألقصدي والسبب الباعث الدافع يجب أن يتم تقديره، وفقا لقانون العقد ولقانون القاضى معا، وقد أثار

---

[1] حمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص1127

[2] اعراب بتقاسم و القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر 2005 ص318.

شرط مشروعية السبب بعض المشكلات بخصوص العقود التى تتضمن خرقا لقانون الرقابة على النقد في دولة أجنبية أو التي تتضمن تهريا من القوانين الجمركية الأجنبية ولا توجد مشكلة خاصة إذا كان قانون العقد هو قانون الدولة المراد مخالفة قانونها الخاص بالرقابة على النقد أو الخاص بالجمارك، فالعند يكون باطلا لعدم مشروعية السبب. ولكن ما هو الحل لو كان قانون العقد ليس هو قانون الدولة التي يراد خرق أنظمتها الخاصة بالرقابة على النقد أو الجمارك ؟ هنا نفرق بين فرضين: الأول، إذا كان هذا القانون الأخير لا يصطدم بالنظام العام فى دولة القاضي، فيعتبر العقد باطلا بالنظر لعدم مشروعية سببه عملا بأحكام قانون القاضى، خصوصا إذا كان بلد القاضي يرتبط باتفاقية مع الدولة التي ينطوي العقد على تهرب من قوانينها النقدية أو الجمركية. الثانى، إذا كان القانون يتعارض مع النظام العام باعتباره من قوانين المصادرة أو القوانين الوجهة ضد مصالح دولة القاضي، فيعتبر العقد صحيحا ولا ينظر إلى عدم مشروعية سببية.[1]

المطلب الثاني: أثار العقد

تدخل آثار العقد كقاعدة عامة في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية، يقررها البعض في شأنها وذلك بالنسب لكل من آثار العقد المتعلقة بالأشخاص وآثاره المتعلقة بالموضوع.

الفرع الأول: الآثار بالنسبة للموضوع

فمن الفقهاء من أخضع تفسير العقد إلى قانون محل الإبرام على أساس أن المتعاقدين حين يستعملان المصطلحات الجارية في مكان إبرامه يكونان قد قبلا اختصاصه فيما يخص تفسيرهما ورأي آخرون إسناده لقانون محل التنفيذ، إن تنفيذ هذه الالتزامات يخضع بدوره للقانون الذي يحكم العقد، فيرجع إلى هذا القانون المعرفة متى

[1] احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص1129

يكون التنفيذ عينيا وكيف يكون وأهمية الأعذار ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي، وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد.[1]

بينما رأي فريق ثالث إسناده إلى قانون القاضي، ويميل الرأي الراجح فقها إلى إسناد التفسير إلى قانون العقد وينبنى على ذلك أن هذا القانون هو المختص بتحديد ما هو من مستلزمات العقد وطيعة التزامات الأطراف ومتى يكون التنفيذ عينيا وكيفية التنفيذ عن طريق التعويض وتحديد وسائل إجبار المدين على التنفيذ وكحم الشرط الجزائي ومتى يجوز تعديل العقد وسلطات القاضي في التعدىل زيادة أو تخفيضا فيه.[2]

ويخضع تنفيذ العقد إلى قانون مكان مباشرته من حيث الإجراءات بالنظر للطابع الإقليمي الذي يحكمه، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى تعدد القانون المختص بالتنفيذ بتعدد أماكن مباشرته، والظاهر أن القضاء في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية غير مستقر على رأي واحد. أما القانون الإنجليزي فيفرق بين الالتزام ذاته وتنفيذه ويسند الأول إلى قانون العقد بينما يخضع الثاني إلى قانون محل التنفيذ العيني قانون محل مباشرته، بينما وسائل التنفيذ هناك من أسندها إلى قانون القاضي ومن أسندها إلى قانون مكان التنفيذ.

إذا أبرم العقد صحيحا بين طرفيه، صار ملزما لهما، وأنتح أثاره الموضوعية، والتزم كل منهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه وهذه هى القوة الملزمة للعقد، أو آثاره من حيث الموضوع، والتي يعبر عنها بأن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين أول لأسباب التي يقررها القانون.

وفي إطار تحديد النطاق الموضوعي للقوة الملزمة للعقد، وبيان مضمون الالتزامات التعاقدية. ونقول أن مسألة على أمرين: الأول، معنى لغة وكلمات العقد. وهنا لا مانع من الرجوع إلى قانون الدولة المستخدمة لغتها لمعرفة معاني الألفاظ

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ص 400

[2] د زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 223.

والكلمات الأمر الثاني، وهو الأثر القانوني المترتب على معني ومفهوم لغة ومصطلحات العقد، بحسبان أن المسألة ت تصل بنطاق الالتزامات التعاقدية و وجودها. فقانون العقد يحكم التفسير، في حالة وضوح عبارة العقد، وحالة غموضها، والبحث عن النية المشتركة للتعاقدين، وقواعد التفسير عند الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين، والعوامل التي يستعان بها لتكملة العقد.

كما يخضع لقانون العقد تحديد مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وحكم نقض وتعديل المضمون التعاقدي ومضمون حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية. له فكرة الظروف الطارئة، وشروط تطبيقها، والجزاء المرتب على تحق قها، وسلطة القاضي في هذا الخصوص، ومدى تعلق تلك السلطة بالنظام العام.[1]

الفرع الثاني: النطاق الشخصى

أثار العقد قسمها الفقه التقليدي إلى آثار مباشرة ويسري علي قانون العقد وآثار غير مباشرة أو عرضية وتخضع لقانون محل التنفيذ أي القانون القاضي ولكن هذا التقسىم منتقد، ولذلك قسمت إلى آثار شخصية وأثار مالية. أما الآثار الشخصية فتخضع لقانون العقد من حيث مدى انصراف أثار العقد إلى الخلف العام والخلف الخاص[2]،إن انصراف العقد إلى الخلف العام يدخل في مجال أعمال القانون الذي يحكم الميراث،إما اثر العقد للخلف الخاص فانه حسب بعض الفقهاء يدخل ضمن مضمون الفكرة المسندة بينما يرى البعض الأخر إن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال.[3] وإلى المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير، وقد طبق بعض الفقهاء على النيابة الاتفاقية القانون الشخصي الأصيل وقال آخرون بإسنادها إلى القانون الذي ينظم علاقة الأصيل

[1] احمد سلامة، المرجع السابق، ص ص 1331 –1132

[2] د زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 222.

[3] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ص399

بالنائب ورأي آخرون تطبيق قانون موطن النائب أو قانون محل إبرام عقد الوكالة مع الأصيل ولكن الرأي الراجح أسندها إلى قانون العقد بين النائب ولغيره.[1]

يخضع لقانون العقد تحديد النطاق الشخصي لفكرة القوة الملزمة للعقد، أي مضمون فكره نسبية أثر العقد، أى مدى انصراف آثار العقد إلى العاقدين أنفسهما، والى الخلف العام، وإلى الخلف الخاص، وشروط فلك الانصراف، والحالات التي لا يعتبر فيها الخلف العام من الغير كما يخضع لقانون العقد بيان أحكام التعهد عن الغير كذلك الاشتراط لمصلحة الغير من ناحية شروطها وآثارها والعلاقات الناشئة عنها .

الفرع الثالث: أسباب انقضاء العقد

تنقضي الالتزامات التعاقدية بالوفاء أو بم يعادل الوفاء أو دون الوفاء بها. والوفاء بوصفه تنفيذا عينيا للعقد بحكمة قانون ل لعقد، الذي يبين أحكام من ناحية أطرافه وشروطه ومحله والآثار المترتبة عليه، ولكن قد يستبعد القانون باسم النظام العام كأن يكون يجىز تقاضي فوائد ربوبية والتجدىد، هناك من أسنده إلى القانون الذي يحكم الالتزام القديم وهن من أسنده إلى القانون الذي يحكم الالتزام الجديد، وهناك من اشترط التطبيق الجامع لهذين القانونين ولكن الصحىح أن يخضع التجديد للقانون المنظم للعلاقة الجديدة بوصفها اتفاقا جديدا هدفها انقضاء الالتزام القديم وقيام التزام جديد محله.

ويسري القانون المتفق عليه على الإنابة والحلول ألاتفاقي، أما الحلول القانوني فيخضع إلى قانون العقد، أما أسباب اتحاد الذمة فيسري عليها القانون الذي يحكم مصدرها القانون الشخصي بالنسبة للميراث والقانون العيني بخصوص حقوق الارتفاق بينما تخضع آثارها إلى قانون العقد.[2]

---

[1] د زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 222.

[2] د احمد سلامة، المرجع السابق، ص 1135.

ويميز بصدد المقاصة بين المقاصة القضائية التي يسري عليها قانون القاضي والمقاصة الاتفاقية التي يحكمها القانون المتفق عليه ولو كان الدينان موضوع المقاصة مختلفين أما المقاصة القانونية، فإذا كان الدينان خاضعين النفس القانون، فيطبق عليهما هذا القانون، أما إذا اختلفا فرأي البعض إسنادها إلى قانون القاضي ورأي آخرون إخضاعها إلى أحد القانونين الذين يحكمان الدينين موضوع التقاضي وهو قانون الدين القديم في رأي البعض أو قانون الدين الجديد في رأي آخرين، واقترح فريق آخر إجراء التطبيق الجامع للقانونين معا .

أما الإبراء من الدين فإن اعتبرناه اتفاقا بين الطرفين حسبما هو مقرر في القوانين الغربية، فيجب أن يسري عليه القانون الذي يحكم هذا الاتفاق، وإذا اعتبرناه تصرفا تبرعيا يستقل به الدائن فيجب أن يخضع للقانون الشخصي للدائن، وآثار ميعاد السقوط والدفع بالتقادم خلافا في الرأي فقها وقضاء، ولكن الثابت أن مواعيد السقوط تختلف عن التقادم من حيث مهمتها وآثارها، فهي تخص مسألة أولية لا تمس موضوع وأصل الحق المدعي به والدفع بها هو دفع في الإجراءات فيستحسن إذن أن تخضع لقانون القاضي بينما نظام التقادم هو دفع في الموضوع الغرض منه رفض الدعوى قانونا لانقضاء سبب الحق المدعي به، ومع ذلك فقد أخضعه الفقه والقضاء الانجلوساكسوني وقلة من الفقه لاتيني إلى قانون القاضي، في حين يميل الرأي الراجح في القضاء اللاتيني والفقه أيضا إلى إسناده لقانون العقد، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية تمنح للمدين حق الاختيار بين قانون العقد وقانون موطن المدين إذا كان أفضل له [1].

يرتب العقد أثاره، وهى الالتزامات التعاقدية بمقتضى قوته الملزمة إلا أنه قد يعلق وجود الالتزام على شرط، أو يضاف تنفيذه إلى أحل. وإذا كان الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب علي حدوثه وجود الالتزام، أو زواله، وكان الأجل أمر

[1] د زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 225.

مستقل محقق الوقوع، يترتب عليه نفاذ الالتزام وانقضاؤه، فإنهما يخضعان، بالضرورة لقانون العقد لأنهما يتصلان بوجود الالتزامات العقدية وبفعاليتها

فيختص قانون العقد تبتىان شروط الواقعة التي ت تخذ كشرط يعلق عليها وجود الالتزام وبيان أثار الشرط في فترة التعليق، وأثره الرجعى ونظامه. كما يختص قانون العقد، بيان أنواع الأجل، عدا الأجل القضائي أو ما بنظرة الميسرة، وأثر الأجل الفاسخ وحكم انقضاء الأجل وطرقه.

المبحث الثاني:العقود التي تخرج عن فئة الالتزامات التعاقدية

العقود التي تخرج عن فئة الالتزامات التعاقدية والتي يطبق عليها قانون موقعها كالعقود المتعلقة بالعقار لان القاعدة السائدة في قوانين مختلف الدول هي خضوع العقار إلى قانون موقعها وان مبررات إخضاع العقار لقانون موقعها هي سياسية وعملية في آن واحد ، سياسية لان العقارات جزء لا يتجزأ من إقليم الدولة ،وعملية نظرا للحاجة إلى الاستقرار والثبات في التعامل ، لان مكان المال يكون دائما ثابتا بذاته وبالتالي يسهل معرفة القانون المطبق عليه.[1]

كما أن عقد العمل من العقود التي تخرج عن فئة التزامات التعاقدية لان القانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل وذلك لكونه أكثر القوانين ملائمة لحكم كافة المشاكل المتعلقة بعقد العمل سواء كان هذا العقد هو أسسها أو كان موكلا إلى نصوص قواعد الآمرة.[2]

إن عقد العمل هو كسائر العقود،إلا أن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد العمل اوجب البحث عن أسس قانونية جديدة ، وأرجعه أغلبية الفقه إلى مكان تنفيذ عقد العمل.[3]

كما إن عقد الهبة يعتبر كسائر العقود الأخرى تخضع إلى قانون العقد وعرفها المشرع المصري على أنها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب من المال له دون عوض.

وعليه سنتطرق من خلال المطلب الأول: إلى العقود المتعلقة بالعقار وفي المطلب الثاني:عقود الاستخدام(العمل) وفي المطلب الثالث: عقد الهبة

---

[1] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،دار هومة للنشر وتوزيع،الجزائر 2002 ص 281

[2] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ص 406

[3] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001م ص 124

المطلب الأول: العقود المتعلقة بالعقار

لا تختلف التشريعات حول تطبيق قانون موقع المال على العقار، فهذه قاعدة تقليدية يرجع عهدها إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي وضعت القاعدة، فقانون موقع المال هو الذي يطبق على الأحوال العينية، وتشمل هذه الأحوال كل الحقوق الواقعة على عقار، كما تشمل حق الملكية وأسباب كسبه من حيازة وشفعه وغيرها وتطبيق قانون الموقع فيما يتعلق بالعقار لا يثير أية صعوبة، لأن العقار ثابت في مكانه لا ينتقل ولقد برر بعض الفقهاء تطبيقه على العقار بأنه يعتبر جزء من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها وإقليم الدولة هو أهم ركن من أركان قىامها فيجب أن يطبق عليه قانون الدولة نفسها.

وعلى هذا سنتطرق إلى : الفرع الأول : أساس تطبيق قانون موقع العقار اما الفرع الثاني: اختصاص قانون الواجب تطبيق على العقار وأما الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق على العقار.

الفرع الأول : أساس تطبيق قانون موقع العقار

لقد برر بعض الفقهاء تطبيق قانون موقع العقار، على أساس المزج بين الملكية والسيادة باعتبار العقار جزء من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها، وقد ساد هذا النظر منذ القرون الوسطى وعند الفقهاء المعاصرين من دوي النزعة الإقليمية، وأسنده فقهاء آخرون إلى فكرة تامين المعاملات العقارية واستقرارها حفاظا على حقوق الغير، ورأى سافيني أن مبناه هو الخضوع الإرادي، في حين استثناه مانشيني من المبدأ العام عنده، وهو شخصية القوانين، تأسيسا على النظام العام، غير أن أغلبية الفقه الحديث بر ر تطبيق قانون موقع العقار على أساس اعتبارات ملائمة المعاملات ومبدأ التركيز الموضوعي ل لعلاقات القانونية إذ أن قانون موقع العقار هو انسب القوانين لحكمه باعتباره ثابتا ومستقرا وهنالك يركز موضوع العلاقة القانونية وتشهر فيه التصرفات

التي تتعلق به حتى يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير واختصاص قانون موقع العقار هو اختصاص عادي، غالبا ما يكون هو قانون القاضي، ومع ذلك ليس مبناه النظام العام لأن استبعاد القانون الأجنبى باسم النظام العام يفترض عدم اختصاص قانون القاضي مبدئيا .مجال اختصاص قانون موقع العقار.[1]

ويعود التأصيل الفقهي لهذه القاعدة إلى عهد فقه الأحوال الإيطالية القديمة الذي لم يترد د في إخضاع الحقوق على الشيء لقانون موقعه ، حيث تساءل الفقيه "بارتول" عن حق الأجنبي في البناء على عقار يملكه وقد تمت الإجابة عن الفقيه الإيطالي في ذالك الوقت بان الحق على الشيء يخضع لقانون الموقع كما أن جانبا من فقه المدرسة الإيطالية القديمة في القرون الوسطى ذهب إلى إخضاع الميراث لقانون موقع المال[2].

ولقد تأكدت هذه القاعدة من طرف الفقيه الفرنسى دار جنيريه المعروف بنزاعاته الإقليمية في القرن سع كل ما يتعلق بالعقار لقانون موقعه في كافة النواحي ، من حيث أهلية تعاقد سل ع العقد وشكله وشروطه الموضوعية ، وهذا يعتبر نتيجة منطقيته لنظريته في التنازع التي تؤكد أن الأصل هو إقليمية القوانين والاستثناء هو شخصيتها، وبالنتيجة فان القانون السائد في الإقليم هو الذي يحكم كل الأموال الكائنة فيه ، وكل الأشخاص المتوطنين في رحابه ولذا فمن الطبيعي أن تخضع الأموال لقانون موقعها وفقا لهذه النظرية.

وفي القرن التاسع عشر اعتبر "مانشيني" خضوع الملكية العقارية للقانون الإقليمي أثناء على مؤيدا نظرية شخصية القوانين التي نادي بها تأسيسا على أن كل القوانين المتعلقة بالملكية العقارية تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي تطبق تطبيقا إقليميا ، وقد اخذ

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري،مرجع سابق ص 190-191

[2] صادق علي هشام، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري،طة، نشأة المعارف الإسكندرية 1993،ص794.

بهذه القاعدة أيضا الفقيه " سافيني." ويقول بعض الفقه ، يكفي تبريرا لقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه اعتبارا منه كون العقار جزء من إقليم الدولة وهو المسقط الأول لسيادتها واعتبارا كون سلامة المعاملات العقارية يستلزم وحدة القانون الذي خضع له هذه المعاملات وانسب القوانين الذي تخضع له هذه العلاقة القانونية في العقار هو قانون المكان الذي يرتكز موضوعها العقار وهو قانون موقع العقار[1].

هناك استثناء من القاعدة العامة كما وضعها (بارتن) فقد رأي أن يخضع تكييف المال هل عقار لقانون موقع المال ون كان بعض الفقهاء لا يسلم بهذا الاستثناء،ويشمل تطبيق قانون موقع العقار كل ما يتعلق بحق ملكية هذا العقار وطرق كسب الملكية من حيازة وشفعة والتصاق كما يشمل كل الحقوق العينية العقارية الأخرى من انتفاع واستعمال وسكن وارتفاق ويشمل كذالك التقادم المكسب ،وطرق الإشهار الواجبة ل لتصرف العقارية . . الخ ، وحقوق الامتياز الواردة على العقار والرهن الرسمي.[2]

الفرع الثاني: اختصاص قانون الواجب تطبيق على العقار

ويشمل اختصاص قانون العقار بيان نظام الأموال وتقسيمها إلى عقارات ومنقولات وهذا استثناء من القاعدة العامة في التكييف حسب نظرية بارتـــــان.

وان كان بعض الفقهاء لا يسلم بهذا الاستثناء على أساس أن قانون القاضى هو المختص دائما بالتكييف الأولى الضروري للعلاقة القانونية تمهيدا ألإسنادها خصوصا فيما يتعلق بنظام الإرث في النظم التي تميز في الميراث بين الميراث المنقول والميراث في العقار، وكذلك يشمل اختصاص قانون موقع العقار بيان أحكام طرق

---

[1]عيلوش قربوع كمال ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،ج2،دار الهومة ، الجزائر ،2007،ص281

[2]علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية بدون سنة، ص 94

كسب الملكية العقارية من حيازة وشفعة والتصاق وأثارها وانتقالها وانقضائها، وما يرد على العقار من حقوق عينية أصلية من انتفاع واستعمال وسكني وارتفاق كما يبين مضمون هذه الحقوق وأثارها والقيود التي ترد عليها وطبيعتها القانونية، وقد اختلف الفقهاء في حقوق الارتفاق العقار المخدوم موجودين في دولتين مختلفتين، بأي قانون يؤخذ؟ هل بقانون دولة العقار الخادم أم بقانون دولة العقار المخدوم يميل الرأي الراجح في هذه المسالة إلى الأخذ بقانون موقع العقار الخادم مادام هذا العقار هو المثقل بالارتفاق.[1]

كما وضع المشرع الجزائري استثناءات تخضع العقار إلى قانون أخر غير قانون موقعه لأنه جعل من المواد التي تحكم الوصية موضوعا من مواضيع الأحوال الشخصية بينما تخضعها بعض التشريعات ضمن فئة الأحوال العينية ، وهو ما فيه استثناءا من القاعدة العامة التي تخضع العقار لقانون موقعه ، إذ انه في هذه الحالة يستثني تطبيقه إذا اكتسب العقار عن طريق الميراث والوصية أو الهبة بحيث أن هذه الطريقة في كسب الملكية لا تخضعان في القانون الجزائري إلى قانون الموقع ، إنما تخضع لقانون جنسية المالك، عدا ما تعلق منها بشهر انتقال الملكية وإجراءات التسجيل فتخضع هذه الأخيرة لقانون موقع العقار[2].

وذلك من خلال لفقرة الثانية من المادة 18 يسري على العقد المتعلق بالعقار قانون موقعه استثناء من القاعدة العامة المقررة في الفقرة الأولى من هذه المادة التي تنص على أن الالتزامات التعاقدية الإرادية يسري عليها قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان علـــى تطبيق قانون آخر، بمعني أن الأصل في التصرفات الإرادية هو خضوعها القانون الإرادة كما سوف نبحثه لاحقا، وم ما يؤكد سلامة هذا الاستثناء الذه نرجح الأخذ به أن المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المتضمن قانون

[1] الطيب زروتي، مرجع سابق ص 191-192

[2] بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين،جامعة البويرة سنة2016،ص45

التوثيــق تتطلب الرسمية في كل التصرفات التي يترتب عليها نقل ملكية العقار والحقوق العينية الواردة عليها ويجب أن يدفع الثمن أمام الموثق تحت طائلة البطلان، وبعد إلغاء قانون التوثيق أدمج مضمون هذه المادة في المادة 324 مدني فى فقرة مكر رة ولكن مضمون المادة بقي كما كان سابق.[1]

كما أن العديد من تشريعات أرجعت إن قانون العقد العقار يعود إلى موقع العقار ويتضح من نصوص المواد 2/20 من القانون المدني الأردني والمادة 25 من مشروع القانون المدني الفلسطيني أن العقد الذي يرد على العقار يخضع لقانون موقع العقار سواء فيما يخص اثر العقد من إنشاء الحق العيني أو نقله أو ما يحصر الشروط الموضوعية لانعقاد العقد أو آثاره بما في ذلك الحقوق الشخصية كعقد الإيجار، باستثناء الأهلية وشكل العقد [2].

ويري البعض أن موقع العقار يحكم العقد بما في ذلك الأهلية والشكل اللازمين للعقد إذ إن من مصلحة الطرفين والدولة أن تخضع الأهلية لقانون موقع العقار فالعقار دائم الموجود ويخص تلك الدولة زىرى جانب من الفقه أن قانون موقع العقار، على شكل العقود العقارية ويستند في ذلك إلى انه إذا كان القانون قد أخضع موضوع تلك العقود لقانون الموقع وهو أكثر أهمية، فلا تصور أنه قصد إخراج شكلها من نطاق ذلك القانون وسكوته عن النص ليس إلا اقتصادا في التقنين، كما أن هذه العقود والأشكال الخاصة بها تعتبر ، وهي غالبا أشكال ت تعلق بالعلانية زلات تم إلا لدي سلطة عامة وهي السلطات العامة في موقع المال، ناهيك عن أن هذا الحل يحقق وحدة القانون واجب التطبيق على العقود العقارية ويحق ق يسرا ل لأطراف وطمأنينة في التعامل بالنسبة لآخر[3].

---

[1] الطيب زروتي، مرجع سابق ص 193

[2] داوي حسن ،تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية،دار ثقافة ونشر ،عمان ط2 سنة 1997 ص131

[3] داوي حسن، مرجع سابق ص 132

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق على العقار

حسب نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على يسري على الحيازة والملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار . . .) وعليه فالمشرع الجزائري وعلى غرار الكثير من التشريعات أخذ بقاعدة خضوع المال لقانون موقعه اخضع المشرع الجزائري العقار إلى العقار كله في بلد واحد، أو كان جزئ منه في إقليم و الجزء الأخر في إقليم دولة مجاورة ، حيث يطبق في هذه الحالة قانون البلد الذي يوجد فيه كل جزئ مما يسهل تطبيق قاعدة قانون موقعه سواء كان التنازع الخاصة بوقع العقار.

وبالرجوع إلي التشريع الجزائري فان موقع العقار يسري على ما يلي :

- شهر التصرفات القانونية العقارية في تسجيل وقيد.
- الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار ، وهي حق الملكية وما يخوله للمالك من حق تصرف واستعمال واستغلال ، وحق الانتفاع ، السكن، الارتفاق، وكذا ما يتعلق بأسباب الكسب وهي الاستيلاء ، الشفعة ، العقد ، الالتصاق ، الحيازة ، التقادم المكسب الميراث الوصية والهبة.
- الحقوق العينية التبعية وهي الرهن الرسمي ، الرهن الحيازي ، حق التخصيص ،حقوق الامتياز الواردة عل العقار ، أما إذا كان حق الامتياز غير خاص بالعقار وحده بل وارد على الذمة المالية للمدين ك كل فانه يخضع في إقراره إلى قانون الموقع والقانون الذي يسري على الرهن الذي يقر ره عليه هذا الحق، وهو الرأي الراجح عند الفقه.

- شرط المنع من التصرف الوارد على العقار من حيث جوازه وأثاره والقيود التي يرتبها فان سلطات المالك تخضع بالإضافة إلى قانون موقع العقار إلى القانون الذي يحكم التصرف الذي ورد بموجبه سواء كان عقد أو وصية.
- العقود الواردة على العقار وهذا حسب نص المادة 18/4 ق م ج، أما العقد الوارد على العقار فيخضع للقواعد الواردة في نص المادة 19 في م ج[1].

المطلب الثاني: عقود الاستخدام(العمل)

لعل مشكلة تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بعقد العمل تعد من أدق المشاكل التي أثارت جدلا فقهيا صاخبا في فقه القانون الدولي الخاص،فعقد العمل يعد بحق نموذجا للعقود التي تتنافي طبيعتها شأن إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وهي المشرع في المادة 19 من قانون المدني المصري،ذلك أن تدخل المشرعين الأمر لعلاقات قاعدة الإسناد العامة في مع القاعدة التي نص عليها منذ مقتبل هذا القرن بالتنظىم في البلاد الرأسمالية نفسها، قد حصر دور الإرادة في مجال ضيق ومحدود ، إلى درجة قد تثير التساؤل عن جدوى التحدث في هذا الإطار عن فكرة العقد في حد ذاتها[2].

لقد استقر الفقه والقضاء فيما يتعلق بتنازع القوانين بصدد،عقود العمل على ضرورة إخضاعها لقانون دولة معينة واستبعاد فكرة العقد المتجرد من أي قانون لحكمه الذي نادت به النظرية الشخصية، لما لها من تبعات وخيمة على البعد الإنساني و الاجتماعي لعلاقة العمل، لما كان عقد العمل الدولي عقدا كسائر العقود، اعتبر أمرا بديهيا خضوعه لمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة بشأنه، غير أن خصوصية عقد العمل الدولي قد حالت دون أن يكون

[1] بشور فتيحة، مرجع سابق ص45

[2] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ص405

قانون الإرادة قانونا ملائما لحكمه، وهو ما أوجب معه البحث عن أسس قانونية بديلة لتعب ين القانون الواجب التطبيق على عقد العمل.

الفرع الأول: إخضاع عقد العمل إلى قانون بلد تنفيذ

اعتنق الفقه والقضاء الغالب الاختصاص التشريعي لقانون مكان التنفيذ، و ذهب إلى إخضاع عقد العمل إما بطريقة آمرة لقانون هذا المكان، وإما عن طريق نظرية التركيز بوصف أن هذا المكان يمثل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي تنفذ فيه علاقة العمل، فمكان التنفيذ يؤكد الرابطة الفعالة والصلة الوثيقة بين العقد في مجموعه ومصالح الخصوم في هذا المكان، ومن ثم فإن أي عمل يتم على إقليم دولة معينة، يجب أن يخضع لقانون هذا الإقليم، لأن الإسناد لقانون مكان التنفيذ يضمن على نحو أفضل التناسق مع القانون العام في مكان العمل، ويمكن القول بأن هذا المكان يتحقق فيه مركز الثقل في العلاقة وأن العقد يصبح فيه حقيقة ملموسة ويفترض أنه القانون الخاص بالعقد الملائم لحكم العلاقة التي تنشأ في ظله.

من ناحية أخرى، فإن إخضاع علاقة العمل لقانون مكان التنفيذ يتطابق مع الاختصاص التشرىعى القواعد بوليس العمل، وهذه الوحدة ضرورية لأن نطاق النصوص الآمرة في علاقات العمل أكثر اتساعا من القواعد الأخرى التي تحكم هذه العلاقة ، وإذا كان من المرغوب فيه حقا إخضاع عقد العمل لقانون تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي موحد، فإن أفضل وسيلة لذلك هو تحديد قانون لا يمكن تفادي تطبيقه ولو جزئيا، وهذا القانون هو قانون مكان تنفيذ عقد العمل الذي لا مناص من تدخله سواء باسم النظام العام أو بوصفه قانون .وعلى النحو السابق فإن ضابط قانون مكان التنفيذ يكشف عن ميزة لا يتضمنها أي نظام آخر من النظم المقترحة في شان القانون الواجب التطبيق في علاقة العمل[1].

[1]عبد المجيد منير،مفهوم قانون العقود الدولية،مجلة محاماة سنة 1991 ص 121

ثار خلاف في فقه القانون الدولي الخاص حول القانون الواجب التطبيق على عقد العمل، ذلك أن تدخل المشرعين في كافة دول العالم لتنظيم هذا العقد بمقتضى نصوص أمرة، تحقيقا للسياسة الاجتماعية التي تهدف إليها الدولة، قد نبه الفقه كما رأينا إلى عدم صلاحية قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية بوجه عام بالنسبة للمسائل المتعلقة بعلاقات العمل.

ثار الخلاف في وقد اقترح البعض تطبيق قانون الدولة التي تم فيها إبرام عقد العمل، أنه باعتبار يعد غالباً قانون موطن المتعاقدين ، واتجه البعض الآخر إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة ل لمتعاقدين في حالة اشتراكهما في الجنسية ، ويفضل فريق ثالث من الشرح تطبيق قانون مقر المشروع أو المنشأة، أي قانون مركز إدارة الأعمال، وقد تأثر مشروع القانون المدني بهذا الاتجاه الأخير حينما نص في المادة 44 منه على أنه » يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في مصر هي التي أبرمت هذه العقود فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق[1].»

وقد أخذ الفقه الحديث على كافة الاتجاهات السابقة تجاهلها لحرص و دول العالم، كما رأينا، على تنظيم عقود العمل بقواعد آمرة تهدف إلى حماية العمال وتأمين مستواهم الاجتماعي، كالقواعد الخاصة بتحديد أجور العمال وساعات العمل والتعويض عن إصابات العمل مشرعي إلخ .

وهي قواعد يهدف المشرع إلى تطبيقها على كافة العمال الذين يمارسون أعمالهم في الدولة بصرف النظر عن مكان انعقاد العقد، أو المكان الذي يوجد فيه مركز الأعمال وقد دفعت هذه الاعتبارات بغالبية الفقه الحديث في فرنسا وغيرها إلى إخضاع

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص407

عقد العمل لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل، لما لهذه الدولة مصلحة واضحة في تطبيق قانونها على كافة علاقات العمل التي تنفذ في من إقليمها، لتعلق الأمر بالحماية الآمرة التي يتطلبها المشرع للطبقة العاملة.

وفي سبيل إرساء هذا الحل على أساس وضعي يقر جانب من الفقه الفرنسي أن تطبيق قانون دولة التنفيذ هو تعبير عن إرادة المتعاقدين المفترضة . وقد تلافي هذا الرأي ما قد يؤدي إليه منطقه من تطبيق قانون آخر، عينته إرادة المتعاقدين الصريحة بالقول إن مجال إعمال قانون الإرادة يتقيد بالمسائل التي لا تتعلق بالجانب التنظيمي للعقد، أما هذا الجانب الأخير فهو يخضع دائما لقانون بلد التنفيذ، باعتبار أن قواعده في هذا الشأن تتعلق بالبوليس والأمن المدني[1].

الفرع الثاني: عقد العمل الذي يجري تنفيذه في اكثر من دولة

قد يجري تنفيذ العمل في عدة أماكن أو دول مختلفة، يسود كل منها قانون مغاير، وهذا هو الحال بالنسبة لعلاقات العمل الدولية التي تبرمها المؤسسات مع المندوبين المتنقلين أو الم مثلين التجاري بين الذين لا يمارسون نشاطهم في مكان ثابت أو محدد، وكذلك الحال في خصوص عمال النقل الدولي، ونتيجة ل لأوضاع السابقة يثار إشكال حول كيفية تحديد قانون مكان التنفيذ الواجب التطبيق على عقد العمل.

اختلفت اتجاهات الفقه والقضاء حول الحل الواجب تبنيه لمواجهة فرض تعدد أماكن العمل، حيث اتجه رأي إلى تطبيق قانون كل مكان جرى فيه تنفيذ العمل غير أن هذا الحل قد تم استبعاده لأنه يتعارض مع وحدة القانون المختص بحكم علاقة العمل، وذهب اتجاه آخر إلى تطبيق قانون مكان التنفيذ المعاصر ل لنزاع أو لإنهاء علاقة العمل، وفي هذا السياق، ذهب باتيفول" إلى القول بأن هذا الحل لا يمكن تعميمه، لأن عملية التنفيذ في هذا المكان قد لا تكون ذات أهمية بالنسبة إلى مضمون عقد العمل في

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص408

مجموعه، وهي لا تكشف عن إرادة الأطراف في اعتناق هذا الحل. في حين أن اتجاها ثالثا ذهب إلى وجوب تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي من بين أمكنة التنفيذ المتعددة و ذلك لأن الأعمال التي يتم تنفيذها في الخارج تعتبر امتدادا ل لعمل المؤدي في مركز الإدارة الرئيسي الذي يتلقى فيه العامل تعليماته ويخضع لسلطان رب العمل. [1]

ويتجه كل من الفقه والقضاء الراجح في فرنسا إلى تطبيق قانون مركر هذا الفرض على أساس أن العمل المؤقت في أكثر من مكان بإدارة الأعمال في خارج نطاق الدولة التي توجد فيها إرادة المشروع يعد امتدادا لنشاط هذ الأخير، بالإضافة إلى أن هذا المعيار يكفل بدوره وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد . كل ما في الأمر هو أن الفقه قد اشترط في هذه الحالة أن تكون ثمة رابطة بين العمل الذي يؤديه العامل أو الموظف ومركز المشروع الذي يتبعه، بأن يتلقى توجيهاته من هذا المركز، حتى يمكن القول بأن العمل المؤدى في الخارج امتداد لنشاط المشروع مما يبر تطبيق قانون مركز إدارة الأعمال، وعلى هذا النحو يمكن القول بأن إخضاع عقود العمل لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد مشروط بأن يكون العقد منفذا تنفيذا كاملا في هذه الدولة، أو أن تكون هذه الأخيرة على الأقل محلاً لتنفيذ الجزء الأساسي عن العقد . في أكثر من دولة على النحو الذي رأيناه فيه يخضع في هذه الحالة لقانون مركز إدارة الأعمال. إذ تفقد الاعتبارات الآمرة القانون دولة التنفيذ أهميتها إلى حد كير في أما إذا كان العقد منفذا العقد خضوع التي تقوم عليها قاعدة مثل هذا الفرض.[2]

إن الرأي الغالب في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل في حالة تعدد أمكنة التنفيذ هو تنفيذ أكثر القوانين صلاحية للعامل، لأن هذا القانون يتلاءم

[1] عبد المجيد منير، مرجع سابق ص 127

[2] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص414

مع طبيعة هذه العلاقات ومبدأ حماية العامل وتقرير ضمانات أفضل لصالحه، وهذه هي الأس س التي ترتكز عليها هذه العلاقات في النظم الداخلية المختلفة.

المطلب الثالث: عقد الهبة

تعرف الهبة بأنها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض فهي تمليك بلا عوض، ولا ترتبط الهبة بالوفاة واختلفت القوانين في تحديد القانون المطبق على الهبة فهناك من اعتبرها من العقود وطبق عليها ما يطبق على العقود كالقانون الليبي والمصري، وهناك من يرى ترتبط بالأحوال الشخصية لأنها تمس الميراث وتتعلق بالعلاقات الأسرية وبعض الدول تقيد الواهب في مقدار المال الذي يهبه، في الجزائر تم إخضاع الهبة لقانون جنسية الواهب لأنها تتعلق بالأحوال الشخصية فقد نظمها المشرع الجزائري في ق.أ.ج في المواد من 202 إلى 212، وحددها المشرع بوقت إجراء الهبة حسب المادة 16 فقرة 2 من قي.م.ج والتي جاء فيها: ". . . ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما".

لم يخص القانون المدني الجزائري بالتنظيم الهبة من حيث إسنادها أو موضوعها، ولذلك اعتبرت من الأحوال الشخصية عملا بالمادة الأولى الفقرة الثانية من نفس القانون التي تحيل على الشريعة الإسلامية كمصدر ثاني ل لقانون، والهبة في الشريعة الإسلامية من الأحوال الشخصية .وحينما صدر قانون الأسرة سنة 1984، نظم الهبة في المواد 202 إلى 212 منه، ومن ثم استقر اعتبارها نهائيا من الأحوال الشخصية بالرغم من أنها عقد ناقل للملكية كسائر العقود الأخرى .أما في البلاد العربية، كان القانون المصري يعتبرها سابقا من الأحوال الشخصية، ولكن القانون المدني الحالي أدرج أحكامها ضمنه معتبرا إياها عقدا كسائر العقود الأخرى، وحذفت المادة 39 من المشروع التمهيد لهذا القانون والتي كانت تقضي بإسناد الهبة لقانون جنسية الواهب وقت الهبة، ولكن هذا التكييف لا يسري في حق الأجانب الذين تدرج قوانينهم الهبة

قانون جنسية الواهب لأنه الطرف الأهم في العقد ولم يضع المشرع العربي في سوريا ليبيا وفي العراق وفي الأردن وفي اليمن وفي دولة الإمارات العربية، قاعدة الكويت تخضع لقانون جنسية الواهب وقت الهبة فيما يخص انعقادها، أما نفاذها في حق الورثة فيسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت)م 49 من قانون رقم 5 لسنة 1961 .)ونفضل في ظل تصنيف المشرع الجزائري للهبة على أنها من الأحوال الشخصية إسنادها إلى قانون جنسية الواهب وقت الهبة من حيت صحتها مادامت عقدا فوريا ناقلا ل لملكية، ويختص هذا القانون بيان الأحكام الموضوعية ل لهبة من حيث تحديد أهلية الواهب ل لتبرع ومدى جواز الهبة للوارث أو عدم جوازها والمقدار الذي يجوز فيه الهبة وأحوال الرجوع فيها وأحوال بطلانها.

أما من حيث نفاذها، ولو أن الهبة عقد فوري ناقل ل لملكية في حياة الواهب، إلا انه مادامت من الأحوال الشخصية ولها اتصال بالميراث فتخضع ل لقانون الذي يحكم الميراث والتصرفات المضافة لما بعد الموت، ومن ثم تخضع الهبة من حيث صحتها لقانون جنسية الواهب في العلاقة بين هذا الأخير و المواهب له، والى قانون جنسية الواهب وقت الموت بالنسبة لنفاذها في حق الورثة، ويميل الفقه والقضاء الفرنسيان إلى الأخذ بهذا الحل مع أن الهبة في القانون الفرنسي من التصرفات الإرادية .وأما شكل الهبة فيخضع لقانون محل إبرامها كقاعدة عامة، أو القانون جنسية الواهب وقت الهبة قياسا على الحكم الخاص بشكل الوصية. وقد نص على ذلك المشرع الكويتي صراحة المادة49 /2مع ملاحظة أن هبة العقار يشترط فيها الرسمية في الجزائر)م 206 من قانون الأسرة(، وهذا لا يخل باختصاص قانون موقع العقار من حيث انتقال المال الموهوب والاحتجاج به تجاه الغير.[1]

[1] زروتي الطيب ،مرجع سابق ص 182-183

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما سبق التطرق إليه في هذا الفصل أن تحديد فئة التزامات التعاقدية وتطرقنا إلى المسائل التي تدخل ضمن فئة التزامات التعاقدية، من تكوين العقد الذي ينصب وفقا لقانون الإرادة في المسائل :التراضي ، المحل،السبب، وتضارب الآراء الفقهية حول إسنادها إلى القانون الشخصي،أو قانون محل إبرام العقد.

كما تتطرقنا إلى أثار العقد بالنسبة للموضوع والذي اعتبره الفقهاء انه خاضع لقانون محل إبرام العقد،ورأي أخر اعتبره خاضع إلى محل تنفيذ العقد،أما نظرية الشخصية فأرجعته إما للخلف العام الذي يدخل في مجال أعمال القانون،أما الخلف الخاص فانه يدخل ضمن الفكرة المسندة،وبعض الأخر أرجعه إلى قانون موقع المال.

أما بناسبة للعقود التي تخرج عن فئة التزامات التعاقدية يطبق عليها قانون موقعها كالعقود المتعلقة بالعقار،وذلك باعتبار العقار جزء لا يتجزأ من إقليم الدولة،اما عقد العمل يطبق عليه قانون مكان تنفيذ العمل وذلك كونه أكثر القوانين ملائمة لحكم كافة مشاكل المتعلقة بعقد العمل.

أما عقد الهبة فهو عقد يتصرف بمقتضاه الواهب،ولقد اختلفت القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على الهبة،هناك من أرجعها إلى للأحوال الشخصية كالمشرع

الجزائري في المادة 16 من ق.م.ج ،وهناك من اعتبرها على إنها عقد كسائر العقود الأخرى كالقانون المصري.

الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

أن الإرادة المنفردة والتي تكون محل نزاع القوانين كمحل إبرام وتنفيذ العقد فا الإرادة هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق وهذا نص عليه مشرع الجزائري في نص المادة 1/18 من ق.م.ج(تسري الالتزامات التعاقدية على القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين).

كما أن للإرادة دور في اختيار القانون الواجب التطبيق في جميع الأحوال إلا أنا هناك مسائل تدخل ضمن قانون الإرادة و مسائل أخرى تخرج عن نطاق قانون للإرادة .

إن المتفق عليه من اجل تحديد القانون الواجب تطبيق، يجب تحديد ضابط الإسناد ويعتبر قانون الإرادة أهم ضابط إسناد يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق، على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي .

وأكدت مختلف التشريعات اتفاقيات الدولية ،والقوانين الوطنية على الدور الذي تلعبه الإرادة في تحديد القانون الواجب تطبيق،برغم من الصعوبات التي تعترض هذا القانون،سواء تعلق الأمر بموضوع العقد أو في تعيين القانون أكثر ملائمة لحكم العلاقة العقدية، وفي ظل مشكلة تنازع القوانين يعتبر قانون الإرادة الأنسب في تحديد القانون الواجب التطبيق .

وعليه سنتطرق في المبحث الأول: إلى دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمبحث الثاني:إعمال قواعد الإسناد المتعلقة بالعقد.

المبحث الأول: دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، يجب تحديد دور قانون الإرادة وكيفية التعبير على هذه الإرادة، سواء كان هذا التعبير عن طريق إرادة صريحة أو إرادة ضمنية وذلك حسب منصت عليه المادة18من ق.م.ج حيث إن القاضي يعتد بإرادة الصريحة في تحدي القانون الواجب تطبيق على التزامات التعاقدية ،وفي حالة غياب إرادة الصريحة يعتمد على الإرادة الضمنية وذلك من خلال حيثيات العقد من جنسية مشتركة أو الموطن المشترك.

ومنه سنحدد: كمطلب أول: مفهوم قانون الإرادة و الفرع الأول : تعريف قانون الإرادة والفرع الثاني: أسس قانون الإرادة

أما في المطلب الثاني: تحديد قانون الإرادة، الفرع الأول:إرادة الصريحة الفرع الثاني:الإرادة الضمنية.

المطلب الثالث: شروط قانون الإرادة الفرع الأول:القانون ذو صلة بالعقد، الفرع الثاني :القانون الإرادة المتعلقة بالمتعاقدين.

المطلب الرابع:إعمال ضوابط الإسناد الفرع الأول:قانون الموطن المشترك، الفرع الثاني:قانون الجنسية المشتركة.

المطلب الأول : مفهوم قانون الإرادة

يعتبر قانون الإرادة الإسناد الأول في تحديد القانون الواجب التطبيق للالتزامات التعاقدية في أغلب التشريعات، إلا أن فقه القانون الدولي الخاص يحمل في طياته اختلافات فقهية فيما يخص هذه الإرادة وخاصة فيما يتعلق في الأساس الذي بموجبه

تختار إرادة الأطراف القانون الذي سيحكم العقد وعليه سنتطرق في الفرع الأول: التعريف قانون الإرادة أما الفرع الثاني : أساس قانون الإرادة.

الفرع الأول: التعريف قانون الإرادة

لقد ذهب البعض إلى تعريف قانون الإرادة بأنه " السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يتعرف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة مالكان لهذه المراكز من وجود أو لو وجدت ولكن في صورة مختلفة [1]" و هناك من يعرفها بأنها " الاعتراف ل لأطراف بحق اختيار و تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم و إعطائهم الحرية الكاملة و عدم تقي يدهم[2]."

كما يقصد بقانون الإرادة في القانون الدولي الخاص ،القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنيا وكذالك هو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى إرادة الأفراد ، وينحصر دور الإرادة في تعين القانون وليس تحرير العقد من السيطرة القانون.[3]

لكن أن السلطة المعترف بها لأفراد في ضل نظام قانون، معين و إنشاء مراكز قانونية بها هو جوهر مبدأ سلطان الإرادة ،و هذا راجع إلى أسباب عملية و خاصة في عقود الدولية حيث يسمح للمتعاقدين باختيار القانون، الأنسب لحكم علاقاتهم التعاقدية

---

[1]عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل الدكتوراء في القانون الخاص ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة تلمسان ، 2010/1 201 ص 212.

[2]احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولى ، مفاوضات العقود الدولية ، قانون الإرادة و أزمته ، دار النهضة العربية الإسكندرية ، 2008ص 157

[3]خالد شويرب ،القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ،اطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة،الجزائر 2009/2008ص12

و الوصول إلى الغاية المرجوة من إبرام تصرفاتهم القانونية، أطراف العقد هم أدري بالقانون الذي ملائم و الذي لا يعرقل مصالحه.

بدأت ملامح فكرة قانون الإرادة، في بدايات القرن الثالث عشر وفي ظل مدرسة الأحوال الإيطالية القيمة، حيث كانت العقود تخضع لقانون الدولة التي أبرمت فيه سواء من حيث موضوعها ،أو من حيث شكلها حيث اعتبرته المدرسة الإيطالية القديمة القوانين المتعلقة ،بالعقود من القوانين الإقليمية التي تسري على كافة التصرفات القانونية التي تتم في هذا الإقليم ،وذلك لسهولة تعرف جميع الأطراف على أحكام هذا القانون[1]، إلا أنه وفقا لفقه المدرسة الإيطالية القيمة يعتبر إسناد العقود القانون المحل إبرامه بمثابة إسناد أمر لا تملك الإرادة تغيره.

إن كانت فكرة سلطان الإرادة لم تتضح بعد في ذلك الوقت وفي القرن الخامس عشر حاول الفقيه الإيطالي(Curtius)الخروج عن طابع الأمر لتلك القاعدة بقوله أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه، هو ارتضاء المتعاقدين ضمنا التطبيق قانون بلد الإبرام[2] .

وفي القرن السادس عشر تبلورت فكرة سلطان الإرادة على يد الفقيه الفرنسي (ديمولان)إذ رأى أنه ما دام العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتبار ذلك تعبيرا عن رضا المتعاقدين الضمني فيجب الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون آخر غيره ليحكم العقد"

وفي نهايات القرن التاسع عشر جاء الفقيه البلجيكي (الوران) ليؤكد أن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد باعتبار حقا من حقوق الإنسان

---

[1]هشام صادق ،تنازع القوانين مقارنة في المبادئ العامة في بشريع المصري ، الإسكندرية دار منشاة المعارف ص182

[2]سلامة، أحمد عيد الكريم. الأصول في التنازع الدولي للقرانين،بدون طبعة، دار النهضة العربية ،32شارع عبد الخالق ثروت،القاهرة ، ص 1059.

، وفي بدايات القرن العشرين تأكدت قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أمام الفضاء الفرنسي ،والذي يعتبر قرار المحكمة كدستور لقانون بصورة قاطعة أن القانون الواجب التطبيق ،على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بشروطها هو القانون، الذي تبناه الأطراف الأمر الذي أدى تبني هذا المبدأ في مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة 1967 والذي يقضي يخضع العقد ذو الطابع الدولي والالتزامات الناشئة ،عنه القانون الذي قصد الأطراف الخضوع له[1] وكذلك بالنسبة للتشريعات الغربية الأخرى فقد تبنت هذا المبدأ.

كما إن المشرع الجزائري وعلى غرار غالبية من تشريعات وكذلك الاتفاقيات الدولية الخاصة لقانون الإرادة معاهدة روما1980 واتفاقية لاهاي 1978 الخاصة بقانون الإرادة والتي تقر للأفراد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية وذلك من خلال نص المادة 18 من ق.م.ج التي تنص على " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذ كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد . .

.

فنص المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري يؤكد للأطراف لهم الحق في اختيار القانون الأكثر صلة بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم وجود الصلة الحقيقية يطبق قانون الموطن أو الجنسية أو قانون محل الإبرام[2].

الفرع الثاني : أساس قانون الإرادة

أولا: النظرية شخصية

ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر، والذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقا طبيعيا

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم ،مرجع سابق ص 1060

[2] نظر نص المادة 18 من الأمر 75- 58 المعدل و المتم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005والمتضمن القانون المدني الجزائري

وفطريا اله، فالفرد وحريته هي الغاية التي وجدت من اجلها الجماعة التي تعيش فيها وليس العكس[1].

وهذا فقد غالي أنصار النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة إلى حد القول بأن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة ، وهي لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون، فالعقد ملزم في ذاته وهولا يستمد هذا الإلزام من القانون وإنما من إرادة المتعاقدين وإذا كان للقانون من دور في هذا المجال فهولا يتعدى تأكيد احترام حرية الأفراد في التعاقد، ومن ثم يتعين أن ينحصر دور القانون في حماية هذه الحرية ، دون أن يكون له أي دور اجتماعي أو اقتصادي آخر سواء حماية الطرف الضعيف أو إدراك مصلحة عامة[2].

ولقد أسندت النظرية الشخصية مفاهيمها إلى قانون سلطان الإرادة فيما يخص إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، إذ يعتبر العقد الدولي وفقا لهذه النظرية تصرفا قائما بذاته متمثلا بنظام قانوني مستقل عن أي قانون وطني أو دولي حيث يكفي بذاته بيان حقوق والتزامات الأطراف وإقرارها من دون الحاجة إلى تدخل أي نظام قانوني معين [3] "أي بمعني أن إرادة الأطراف هي القانون ولا حاجة إلى الاستناد لقانون ما ليبرر وجودها [4]وعليه يرد أنصار النظرية الشخصية، وعلى رأسهم الفقيه البلجيكي (لوران) قدره المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة فيكون اختيار المتعاقدين للقانون في هذه الحالة اختيارا ماديا حيث يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أمامه مجرد شروط عقدية يملك المتعاقدون

---

[1]اشرف عبد العليم الرفاعي القانون الواجب تطبيق على تحكيم في العلاقات الدولية الخاصة طبعة1 دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2003ص38

[2]هشام على صادق القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الدولية طبعة2 دار الفكر الجامعي الاسكندرية ص 122

[3]سلامة، احمد عبد الكريم،. نظرية العقد الدولي الطليق. ، دار النهضة العربية، القاهرة سنة1988، ص 47.

[4]عبد المجيد، منير،. مفهوم القانون المحدد في العقود الخاصة الدولية. مجلة المحاماة سنة1991 ، ص44

الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الأمر وعلى هذا النحو يبقي العقد الدولي طليقا أي بلا قانون يحكمه وهو ما يعني في نهاية الأمر إخراج العقود الدولية من مجال تنازع القوانين.

وان لم تكن إرادة الأطراف صريحة وفقا لهذه النظرية فعلى القاضي البحث عن الإرادة الضمنية وان لم يتمكن من الوصول إلى إليها وكشف عنها فله سلطة التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق كما قد يحددها وفق لقواعد الإسناد المسبقة.

ويمكن تطبيق القانون المختار في العقد لدى أنصار النظرية الشخصية فقط في حالة اختيار الأطراف لقانون العقد صراحة أو ضمنا[1]، إذ يرى جانب من الفقه صعوبة اندماج القانون في العقد في الفرض الذي تعدم الإرادة الصريحة أو الضمنية إذ يكون القانون الذي سيحكم عقدهم قد عين من قبل قاضي النزاع أو المشرع وليس قانونا اخترته إرادة الأطراف[2].

الفرع الثاني : النظرية الموضوعية

تعتبر النظرية الموضوعية أساس القانون الثاني لقانون الإرادة والتي يرجع أصلها إلى الفقيه الألماني سافيني إلا أنها تطورت على يد الفقيه باتيفول، والتي بدورها ترفض هذه النظرية رد إرادة الأطراف إلى مطلق سلطان الإرادة التى جاءت به النظرية الشخصية.

ولقد أسس أنصار النظرية الموضوعية رأيهم على أساس أن الإرادة لا تقوى على تحرير العقد الدولي من حكم القانون[3] على عكس أنصار النظرية الشخصية، فالعقد الدولي يرتبط بالضرورة بوسط اجتماعي معين هو الوسط الذي ترتكز فيه عناصره

[1] ياقوت محمود محمد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي دار المنشاة المعارف سنة 2000ص81

[2] هشام علي صادق القانون الواجب تطبيق على تجارة الدولية مرجع سابق ص 86

[3] هشام علي صادق مرجع سابق ص347

الأساسية و تترتب فيه آثاره أو معظم هذه الآثار، و هو على هذا النحو يخضع بالضرورة للقانون السائد في هذا الوسط الاجتماعى[1].

وفقا للنظرية الموضوعية فان إرادة الأطراف تكمن في تحديد دولة معينة للعقد وليس حق في اختيار القانون الواجب التطبيق، فالمتعاقدان لا يختاران قانونا معينا ملزم للقاضي وإنما يركزان عقدهما في مكان معين باعتبار أن هذا التركيز بمثل مركز ثقل العقد، أي أن إرادة الأطراف وإن كانت قد اختارت القانون الواجب التطبيق باعتباره القانون الذي يمثل مركز ثقل العقد، إلا أنها مجرد إرادة موطن للعقد أو إرادة للمكان الذي يتركز فيه العقد، التي تشير إليه ظروف و ملابسات التعاقد، ومتى كان اختيار أطراف العقد القانون الواجب التطبيق لا يتطابق مع التركيز الحقيقي للعقد كان للقاضي أن يمهل هذا الاختيار ويسعي هو إلى البحث عن التركيز الحقيقي للعقد الذي يمثل مركز الثقل في العقد من خال ظروف التعاقد و ملابساته لاستخلاص القانون الواجب التطبيق[2]"، لذا نجد أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية وفقا لهذه النظرية لا تقوي على اختيار القانون الواجب التطبيق بصورة مباشرة وإنما يقتصر دورها في تركيز العقد، في مكان محدد أي أن دورها ثانوي أو احتياطي وعلى القاضي أن يستخلص عناصر العقد وظروفه المحيطة به القانون الواجب التطبيق إذ يجب وفقا لهذه النظرية أن القانون المختار من قبل الأطراف والتركز الموضوعي للعقد متوافقين وهذا الشرط أساسى والوحيد لفعالية دورا لإرادة في الاختيار.

إلا أن هذه النظرية لقيت عديد من الانتقادات كونها تلغي، أي دور لإرادة الأطراف إذ وفقا لهذه النظرية لا تملك الإرادة حق اختيار إنما مجرد تركيز العقد في مكان معين، وبذلك يكون دور إرادة الأطراف مجرد دوري ثانوي وعليه لا عبرة بالتفرقة ما بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية .

---

[1] ياقوت محمود محمد مرجع سابق ص 128

[2] سلامة، أحمد عد الكريم. الأصول في تنازع الدولي لقوانين. مرجع سابق، ص 1070.

كما يعاب على هذه النظرية أن سلطة القاضي وحقه في تعديل اختيار الأطراف متى كان هذا الاختيار لا يتلاءم مع التركيز الحقيقي للعقد والذي يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف[1].

الانتقادات التي وجهت للنظرية الموضوعية حيث أن النظرية لا تتناول أساس إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما تناولت حق القاضي في التصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، إذ أن النظرية الموضوعية تنكر أي حق لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكل ما جاءت به هذه النظرية هو عملية تركيز العقد من خلال البحث التي تناط بالسلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني :تحديد قانون الإرادة

يتم تحديد الإطراف العقد إخضاع عقدهم إلى الإرادة التي اتفقوا عليها صراحة ،وإذا لم يحدد أطراف العقد إرادته الصريحة،فتعين البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق دلائل وجود الإرادة ضمنية وذلك من خلال جنسية المشتركة أو الموطن المشترك.

الفرع الأول:الإرادة الصريحة

إذا كان القانون قد اعترف للمتعاقدين بالحق في تعيين، أو تحديد، القانون الذي يحكم عقدهم فإن المقتضي الطبيعي أن يمارس هؤلاء ذلك الحق، بإعلان إرادتهم الصريحة أن قانون هذه الدولة أو تلك، أرخ القواعد الموضوعية التي استقرت في محال معين، هو الواجب التطبيق عند المنازعة فإن تم ذلك. كنا بصدد الاختيار الصريح أو الإرادة الصريحة أو الإرادة الصريحة لقانون العقد. وكنا فعلا بصدد قانون الإرادة[2].

---

[1] ياقوت محمود محمد الروابط العقدية بين النظرية شخصية والموضوعية دار الفكر العربي الاسكندرية مصر سنة 2004ص 11

[1] احمد عبد الكريم سلامة، ، مرجع سابق، ص 553.

يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الذي أتخذه، كلاما أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك، مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن الإرادة حسب المألوف عند الناس، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام، و ذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعني الذي تنطوي عليه الإرادة، و قد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية، في شكل سند أو كتاب نشرة أو إعلان، موقعا عليها أو غير موقع، مكتوب باليد أو بالآلة الطابعة أو بأي طريقة أخرى[1].

ويكون التعبير صريحا أيضا بالإشارة المتداولة عرفا، و يكون كذلك التعبير صريحا باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود ،و يقصد بذلك بالاختيار الصريح للإرادة في مجال عقود التجارة الدولية، هي الإرادة الحقيقة والمعلن عنها صراحة في العقد، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم العقد، بقولهما أن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة، إذ يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يعتد بهذا القانون، مادام العقد يتصف بالصفة الدولية، بشرط أن يكون القانون المختار له صلة بالرابطة العقدية، فالعبرة في هذا الاختيار هو إعلان الإرادة و يعتبر اختيار القانون الواجب تطبقه على العقد التجاري في حال نشوء نزاع أحد الشروط الأساسية لنجاح العلاقة التجارية ذات الطابع الدولي، لأنها تعطي الأمان للمتعاقدين لذلك يرتاح المتعاقدان الدوليان، إذا قامت إرادتهما باختيار القانون المطبق على العقد و النص عليه في هذا الأخير صراحة، لأن تطبيق هذا القانون ناتج عن إرادتهما، م ما يدل بدون أدنى شك أنه يخدم مصالحهما إضافة إلى أن الاختيار الصريح يعد دليلا يقيني لا يدع مجالا الشك، لكن هناك شروط تقيد الاختيار الصريح للمتعاقدين للقانون بحكم النزاع.

[1] عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بشكل عام،مصادر الالتزام ،دار احياء التراث العربي،بيروت لبنان ص174

ولقد كرست هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية، ومن أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية روما التي نصت في المادة الثالثة في فقرة الأولى على أنه يخضع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة ، ويتعين أن يكون هذا الاختيار صريحا ناتجا على نحو مؤكد من نصوص العقد ذاته أو من ظروف التعاقد ويتبين من هذا تنص أن هذه الاتفاقية تكرس الاعتداد بإرادة المتعاقبين في اختيار القانون الواجب التطبيق ، و اتفاقية روما من أبرز الاتفاقيات التي نصُت على حرية الأطراف في اختيار قانون لحكم عقودهم الدولية ، حيث تبرز أهمية التحديد الصريح إلى مدى فعاليته و قوته في مواجهة القانون[1].

ولقد اختلف البعض حول هذه الفعالية فلقد اتجه فريق إلى أن حرية، المتعاقدين كاملة في اختىار قانون العقد و يستندون إلى انه إذا وضعنا قيود على هذه الحرية، سيخرج بقاعدة التنازع في خصوص العقود عن مضمونها و هدفها مبدأ هذه القاعدة ،إلى تيسير الأطراف في إبرام العقود التجارية الدولية و أن القانون الذي سيتحدد، مع وجود أي قيد سىعتبر قانون العقد و ليس قانون الإرادة و يكفي أن يكون قد ثم اختيار قانون العقد بنحو قانونى، الذي لا يتعارض مع فكرة النظام العام أو ينطوي على غش نحو القانون ، و على العكس من ذلك اتجه فريق أخر إلى اعتبار اختيار الأطراف لقانون عقدهم، يكون عديم القيمة و عديم الفعالية، سالم توجد صلة جوهرية أو روابط طبيعية بين العقد و الدولة التي أختير قانونها لحكم العقد الدولي ، فإذا انعدمت تلك الصلة أو الرابطة حق للقاضي أن لا يعتد بالقانون المختار، و يبحث القاضي عن القانون الذي له صلة حقيقية بأعقد[2] .

ويرى اتجاه أخر انه يجب من حيث المبدأ استلزام رابطة أو صلة بين العقد و البلد الذي اختير قانونه لحكمه حيك ،لا يجب أن يكون العقد مقطوع الصلة بذلك البلد

[1]نص المادة 3 من إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية المبرمة سنة 1980.

[2]احمد عبد كريم سلامة ،اصول في تنازع القوانين،مرجع سابق ص 1090-1091

،و لكن يكفي أن توجد صلة فنية معينة من تلك أن يجري العقد، في صورة عقد تمطى أو نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة المقارنة في معناها .

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي أتخذه ليس في ذاته موضوعا الكشف عن الإرادة، و لكنه أوسع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك كان يتصرف شخص في شيء ليس له، و لكن عرض عليه أن يشتريه و هذا هو مفهوم الإرادة الضمنية بوجه عام في القانون المدني[1].

يمكن للقاضي الكشف عن الاختيار الضمني، للقانون الإرادة من خلال الملابسات و الظروف المحيطة بالعقد، إذ توجد عدة مؤشرات يستطيع من خلالها القاضي ،أن يقيم القرينة على اتجاه الخصوم على اختيار قانون معين، مع مراعاة و دراسة كافة ظروف العقد، و عدم الاقتصار على أي عنصر، ثم الترجيح بين هذه العناصر للوصول إلى أكثرها أهمية في نظر المتعاقدين ، حيث أن اتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق سواء تحديد القانون ،عند التعاقد أم في مرحلة لاحقة و بعد ظهور النزاع ، وعليه أعتدت هيئات التحكيم باتفاق الأطراف سواء على اختيار الأطراف باتفاق صريح أم ضمني التي يستخلصها القاضي من دلائل ثابتة على إبرام العقد الأصلي[2].

أثارت فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عدة انتقادات من جانب فقهاء القانون الدولي الخاص، إذ يعبر جانب من الشراح عن هذه الصعوبات أنه عند السكوت عن تحديد القانون فالقاضي عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد، بدل من البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، ويؤدي القاضي حسب هذا الاتجاه تطبيقه

---

[1] عبد الرزاق سنهوري مرجع سابق ص 175

[2] بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،منشورات الحلي الحقيقية بيروت لبنان2006 ص 111.

للقانون مستترا بالإرادة الضمنية للأطراف، لكن في الحقيقة أن الأمر يتعلق بتحديد القانون حسب إرادته الخاصة، فهذا الأمر شأنه أن يخل بتوقعات الأطراف، ويهدد الأمان الذي تنشده التجارة الدولية[1].

يرى الجانب من الفقه أن فكرة الإرادة الضمنية، ما هي إلا وهم وتصور يستند إليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويستند هذا الاتجاه إلى عدة فروض قد تعترض العملية التعاقدية والتي تتمثل في تطرق الصفة الأجنبية ،على العقد بصورة لاحقة على التعاقد، كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج، أي أن تحديد القانون الواجب التطبيق لم يظهر الأطراف العقد في وقت التعاقد، كذلك في بعض الحالات التي قد يعتمد فيها أطراف العقد بعدم تحديد القانون الواجب التطبيق ،كونها محل خلاف بين أطراف العقد، وخشية الأطراف من عدم إتمام العملية التعاقدية، فيتم التعاقد من دون الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق[2].

رفض هذا الجانب من الفقه الفروض التي يستند إليها الاتجاه السابق إذ يرى هذا الجانب أن هناك فروض أخرى يتخلف فيها أطراف العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن إرادتهم لضمنية قد اتجهت إلى قانون معين ليحكم العقد، وان على القاضي أن يبحث عن هذه الإرادة من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، ويرى هذا الجانب أن إلحاق إرادة الأطراف بالعدم يتنافي مع المنطق السليم والذي بدوره يتجاهل قواعد الإسناد في قانون القاضي بخضوع العقد لقانون الإرادة.[3]

ويشترط هذا الجانب من الفقه أن البحث عن الإرادة الضمنية يكون عن طريق قرائن يستدل بها قاضي النزاع للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، والذي يكون

---

[1] خلفي سمير،حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية،مذكرة نيل شهادة الماجستير،جامعة مولود معمري تيزي وزو،2010ص35

[2] صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع سابق، ص383.

[3] صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع سابق، ص341

بصورة مؤكدة تمثل حقيقة إرادة الأطراف الضمنية وعلى هذا الأساس اعتبر الفقه أن تحرير عقد من العقود النموذجية ينتمي إلى نظام محدد.

وهذا مذاهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 18من ق.م.ج من اجل الوصول إلى معرفة الإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال النظر في حيثيات العقد،آن كان له صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين.

وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الثالث من شروط الواردة على قانون الإرادة.

المطلب الثالث : شروط الواردة على قانون الارادة

يتعين على الإرادة أن تختار أحد القوانين التي تحكم العقد الدولي، ما دام أن هناك تسليم بدورها كمعيار للإسناد في قاعدة من قواعد التنازع ذات الطابع الوظيفي، فإن هي تجاوزت دورها في حل مشكلة تنازع القوانين، فكأنها بذلك تحرر هذه الرابطة من سلطان القواعد الآمرة في أي من القوانين المتصلة بها, وهو ما يؤدي إلى إفلاتها من مجال التنازع على خلاف الهدف الذي تسعي إليه قاعدة الإسناد[1].

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

---

[1]هشام على صادق مرجع سابق ص453

[2]محمد بلاق ،قواعد تنازع والقواعد الماديةفي منزعات التجارة الدولية،مذكرة ماجستير ،قادة شهيدة،جامعة تلمسان 2011/2010ص46

ينقسم الفقهاء في تفسير لا أن أغلب الفقه يرى بضرورة وجود الصلة الأقرب التي تربط القانون المختار بالمتعاقدين أو العقد, فالاتجاه الرافض للشرط يبرر رأيه بالقول أن للأطراف حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق بدون تقييد بأي صلة احتراما لمبدأ سلطان الإرادة, إذا لم ينطو هذا الاختيار على غش نحو القانون, أما عن الاتجاه المؤيد ،مثلا في القضاء الأمريكي وبعض الفقهاء الأوروبي ين فيرى بأن الاختيار المبني على غير شرط وجود الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد, يعد تحايلا على القانون الواجب التطبيق وتهريا من القواعد الأمرة التي تكون واجبة التطبيق, وبالتالي لا يعتد بهذا الاختيار[1].

وهذا مجسده المشرع الجزائري في المادة 18من ق.م.ج ،على حقيقة دور الإرادة في تحديد شروط علاقة التعاقدية ،وهو إلزامية توفر صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرع الأول:قانون الإرادة ذو صلة بالعقد .

والفرع الثاني:قانون الإرادة ذو صلة بالمتعاقدين

الفرع الأول:قانون الإرادة ذو صلة بالعقد.

قد اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون المختار بإرادة المتعاقدين والعقد الدولي، الذي سيخضع لأحكام القانون المختار، كما اختلفوا أيضا حول المقصود بتلك الرابطة الواجب توافرها[2].

- فقد اتجه رأي في الفقه إلى ضرورة تقييد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على هذه العقود، وأكد أنصار هذا الاتجاه إلى أن تطبيق مبدأ سلطان لإرادة لا يعني إطلاق الحكم فيه، فلا بد أن تكون رابطة حقيقية وجدية بين القانون المختار والعقد، وهذا على أساس أن الغرض من قواعد القانون الدولي الخاص تهدف

[1]خالد شويرب, القانون الواجب التطبيق على العق التجاري الدولي،مرجع سابق ص 40-41

[2]زروتي الطيب ، المرجع السابق، ص222-223

إلى حماية المصالح الفردية دون اهتمام كبير بالتدخل الأمر الذي يسعى إليه هذا الأخير، وبذلك يتمتع أطراف العقد بحرية في اختيار قانون العقد بشكل لا يتاح للقاضي معه تغيير القانون المختار بدعوى افتقاره للصلة المتطلبة بينه وبين العقد التجاري الدولي.[1]

- ويرى جانب آخر من الفقه أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم روابطهم العقدية حرية نظرية لا تتفق مع الواقع، لاسيما إذا أشاروا في عقدهم إلى قانون ليست له صلة بالعقد وهكذا يتعين على الإرادة أن تختار أحد القوانين التي تزاحم حكم العقد، وألا كان على القاضي إذا ما عرض عليه النزاع عدم الاعتداد بالقانون المختار، الذي يكشف غالبا عن مقاصد المتعاقدين غير المشروعة ويطبق قواعد الدولة التي ترتبط بالعلاقة العقدية، ويقترب هذا الرأي من الاتجاه الذي يصر على وجود صلة قائمة على عناصر مادية أو شخصية، بل يكفي من وجهة نظرهم أن تكون الصلة فنية، كأن يجري العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة معينة، وتقبله أوساط التجارة الدولية[2].

وبالرجوع إلى القوانين الوطنية فنجد أن أغلب التشريعات الوطنية قد اشترطت وجود صلة بين العقد و القانون المختار، وهو موقف المشرع الجزائري في التعديل الأخير للقانون المدني ، إذ نص في المادة 18 من التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري على وجود صلة حقيقية بين العقد و القانون المختار.

الفرع الثاني :قانون الإرادة له صلة بالمتعاقدين

يكون للإرادة وجود مادي عند صدورها من أحد المتعاقدين، ثم وجود قانوني عند إعلام الطرف العقد، فالتعبير يوجد مباشرة الآخر بالتعبير عنها ، ويقصد بالإعلام

---

(1) محمد بلاق، المرجع السابق، ص47.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولى الخاص: تلاق أم فراق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 12 ماي 2000، ص 38-39.

توجيه التعبير للطرف الأخر في بعد صدوره من المعبر أي المتعاقد الأول ثم يستقل عن شخص من صدر منه، و القانون يستلزم أن تصل الإرادة إلى علم من وجه إليه و إلا فلا أثر له ، كما نصت المادة 61 من القانون المدني الجزائري على أن: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"، فوصول الرسالة البريدية هو قرينة قانونية على العلم غير أنها تقبل إثبات العكس بعدم الوصول، ومنه فلتوافق إرادة الطرفين المتعاقدين يجب أن يكون هناك إيجاب يتقدم به طرف إلى آخر أو آخرين قصد إبرام العقد بينهما.[1]

من خلال نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد..."، يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يشترط مجموعة من الشروط التي يفسح المجال للمتعاقدين باختيار قانون يحكم علاقته التعاقدية هي:

- أن يكون العقد دوليا
- الشكل الذي يرد فيه الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد.
- أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين.

فالحقيقة أن هذا الشرط الأخير يشكل تقي يد الحرية المتعاقدين في اختيار أي قانون ليحكم علاقاتهم التعاقدية، حيث أن المشرع الجزائري قد تأثر بالنظرية الموضوعية في تأسيس حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية ، فهو وعلى عكس ما كان عليه قبل التعديل نص المادة 18 أين كانت تمنح للأطراف إرادة مطلقة في اختيار أي قانون، لكن بعد تعديل المادة ألزم الأطراف المبرم أكثر أن

[1] غالب علي الدوادي، المرجع السابق، ص237.

يختاروا قانونا له صلة بهم أو بالعقد المبرم أكثر من ذلك الشرط أن تكون هذه الصلة حقيقية.[1]

يقصد بالصلة الحقيقية أن لا مكان لتطبيق قانون الإرادة وفقا للمشرع الجزائري إلا إن كان يمثل صلة بالمتعاقدين كأن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتهما، أو أن يمثل صلة بالعقد كأن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد.

لكن المشرع يشترط أيضا أن تكون هذه الصلة حقيقية، بمعنى يجب أن يكون قانون الإرادة يمثل مركز الثقل الفعلي في العلاقة، أي يجب أن يكون الأوثق إلى المتعاقدين أو الأوثق إلى العقد بمعنى أن يؤخذ بالقانون الذي له صلة أكبر، وفي هذه الحالة لا يوجد إلا قانون واحد يتصف بهذا الوصف. [2]

المطلب الرابع:إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين

في حالة عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد الدولي، ولم يتمكن القاضي من استخلاص ما ذهبت إليه الإرادة الضمنية للأطراف، سيتم في هذه الحالة تطبيق الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها قاعدة التنازع التي تخص العقود الدولية، المتمثلة في كل من ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة وإذا تعذر ذلك يتم تطبيق ضابط محل إبرام العقد، يتم تطبيق هذه الضوابط بصفة متدرجة كما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة2/18 من ق .م.ج والتي تنص على أن :"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكانية ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

[1] محمد بلاق، المرجع السابق، ص49.

[2] غالب علي الدوادي، المرجع السابق، ص238.

ومن خلال هذه المادة التي جعل بها المشرع الجزائري، من الموطن المشترك والجنسية المشتركة ضابطين للإسناد يتم للجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة،على غرار العديد من التشريعات العربية. ومنه سنتطرق الى

الفرع الأول : قانون الموطن المشترك

يعد الموطن ذلك الاستقرار المكاني اللازم لتنظيم العلاقات القانونية ، حيث أن كل شخص يصل بمكان معين بحكم صلته بعائلته وبحكم عمله ومصالحه وبحكم العادة ، أما على مستوى الحياة الدونية ل لأفراد ، فتظهر فكرة الموطن على أساس توزيع الأشخاص توزيعا دوليا بين الدول برابطة سياسية وقانونية تربط الشخص بالدولة هي الجنسية، وبما أن الأشخاص الذين يرتبطون بدولة ما بهذه الرابطة لا يستقرون بالضرورة جميعا على إقليمها فسنهم سن ينتقل إلى إقليم دولة أخرى بصفة عرضية ومنهم من ينقل بغية الاستقرار، فإنه يمكن القول أن من سكان الدولة من يرتبط بها برابطة الجنسية وبإقليمها أيضا ، ومنهم من يرتبط بها برابطة الجنسية وحدها، ومنهم من يرتبط بإقليمها فقط، هذه الرابطة بين الفرد والإقليم هي التي تبني عليها فكرة الموطن في الحياة القانونية الدولية[1].

أن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، و قد اعتادوا أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء إعمالهم لهذا الضابط لذلك فضل المشرع الجزائري، تخويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب قبل قانون الجنسية المشتركة و قبل قانون محل إبرام العقد، رغم أهمية و وزن هذين الأخيرين .و الأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص و المكان برباط قانوني، و لهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله.

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، مصر، 1977، ص 546.

لقد عرفت لعديد من الدول الموطن ضمن تشريعاتها الداخلية، و من ذلك نجد المشرع المصري في المادة 40 من القانون المدني المصري، الذي عرف الموطن على أنه المكان الذي بقيم فيه الشخص عادة و هذا في الفقرة الأولي منها، و كذلك يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز أن لا يكون له موطن ما و هو ما قضت به أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة [1] و يختلف تعريف الوطن بين القانون الدولي الخاص عنه في القانون المدني، فإذا كان الأول يعبر عن موطن الشخص في أي دولة من النول، فإن الثاني ينصرف إلى إعتباره توطن الشخص في دولة دون غيرها .

فتحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص و المكان الذي يتخذه مركزا لمصالحه و لأعماله المشرع الجزائري فلقد تطرق ضمن أحكام المادة 36 من القانون المدني الجزائري إلى تعريف الموطن بأنه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي، و عند عدم وجود السكن فإن محل الإقامة العادي يحل محل الموطن، كما نصت أحكام الفقرة الثانية في المادة 36 على علم جواز أن يكون للشخص أكثر من موطن في نفس الوقت[2].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يعرف الموطن بطريقة مطلقة كما فعلت بقية التشريعات المقارنة و التي اعتمدت مصطلح "موطن كل شخص"، و ذلك لأن استعمال المشرع الجزائري في تعريفه الموطن لعبارة موطن كل جزائري ، يجعل من هذه العادة لا تتماشي مع جميع نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، كالمواد الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

---

[1] قانون: رقم 131 الصادر في 22/19/1317 ه الموافق 1948/07/29المتعلق بالقانون المدني المصري، جريدة رسمية العند 108 مكن أ. مصر، ص:4

[2] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 44.

ولقد 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 38من القانون المدني الجزائري أن موطن كل من القاصر و المفقودة و المحجور عليه و الغائب هو موطن من يقوم بالنيابة القانونية عن هؤلاء: أما العادة 39 من القانون المدني فقد أجازت أن يقوم الشخص باختبار موطن معين من أجل تنفيذ تصرف قانوني .

- القانون المختص بتحديد الموطن:

إن ما يميز الموطن هو اختلاف مفهومه و وظيفته من دولة إلى أخري ، بل حتى في الدولة الواحدة حيث يتميز بتعدد الحالات وأنواعها ، وهذا الاختلاف هو الذي بطرح بشأنه مشكل تنازع القوانين ، فالموطن يخضع لحكم قانون الجنسية في دولة ما إذا تم طرحه في النزاع بصفته من العناصر المميزة لشخصية الإنسان وحالته ، ذلك أنه كالاسم ذاتية تفصله عن غيره ، على أساس أنه يمكننا من العثور على مكان الشخص ، ففي هذه الحالة وجب إخضاعه قانون الجنسية أي للقانون الشخصي طبقا لما جاء في نص المادة 10 من القانون المدني .

ففي هذه الحالة اقترحت عدة حلول لربط الموطن بقانون معين ، منها: قانون قاضي الدعوى قانون مكان الإبرام. .، على أن يرتبط الموطن بالمؤسسة القانونية التي يطبق بصددها القانون المعين أي أن تطبيق هذا القانون أو ذاك ستوقف على الحالة موضوع البحث ، فحين يؤدي تطبيق قاعدة التنازع إلى تدخل عنصر الموطن فإن القانون الذي يخضع له هذا الأخير هو قانون الدولة المصدرة لهذه القواعد أي قانون قاضي الدعوى.[1]

[1] محند اسعاد،القانون الدولي الخاص،ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية،ج1الجزائر 1989 ص283

ويجب على القاضي في هذه الحالة التحري من أن هناك صلة تربط النزاع بإقليم دولته ، أو يتوافر مصلحة مشروعة للخصوم ، أي أن انعقاد الاختصاص لقانون قاضي الدعوى لا يتم بمجرد أن يتخذ الشخص من إقليم دولة القاضي المعروض عليه النزاع موطنا مختارا له[1]

ففكرة الموطن لا تخضع لقانون القاضي إلا بمناسبة إعمال قاعدة مادية في قانونه ، كان يستخدم الموطن بوصفه ضابطا لعقد الاختصاص القضائي الدولي أو بوصفه شرطا للدخول في الجنسية أو الخروج منها أو بوصفه عاملا من عوامل الترجيح في حالة تعند الجنسيات لدي الشخص أو انعدامها أو بوصفه معيارا للتميز بين الأجانب المقيمين وغير المقيمين في الدولة أو بوصفه أثر من آثار مؤسسة قانونية معينة في قانون القاضي ، ففي هذه الحالات يتعين الرجوع إلى قانون القاضي أو إلى قانون الدولة الأجنبية التي اتخذت الموطن ضابطا اختصاص محاكمها أو للدخول في جنسيتها ، ففي هذه الحالة الأخيرة يظهر الموطن كمسألة لازمة لترتيب أثر متعلق بالجنسية وهي مركز من مراكز القانون العام ، وأيضا يتعين من خلال هذه الحالة مفهوم الموطن بالرجوع إلى قانون الدولة المتعلق الأسر بجنسيتها والتي يدعي الشخص الدخول فيها أو الخروج منها ، وذلك على أساس أن الأمر متعلق بمسالة الجنسية وهي مسألة تدخل ضمن النطاق الاستشاري لكل دولة ، فيكون بديهيا الرجوع إلى قانون الدولة المنظمة لها حتى يتبين معني الشروط اللازمة لدخول فيها أو الخروج منها.

الفرع الثاني: قانون الجنسية المشتركة

[1] حفيظة سيد الحداد،مرجع سابق ص96

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

أما لمادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، فإنه يطبق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة". باستقراء أحكام هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة لأطراف العقد ضابط إسناد احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة عدم إتحاد الأطراف من حيث الموطن، أي أن المشرع الجزائري قد أنتهج طريقة التدرج في إعمال الضوابط الاحتياطية، و يمكن تبرير تبني المشرع الجزائري لهذا المعيار إلى أن الأفراد عادة ما يكونون على دراية بقوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها بل و يفترض فيهم ذلك، و بتالي فهم لا يتفاجؤون بتطبيق قانون أجنبي قد لا يخدم مصالحهم عند تطبيقه على العقد محل النزاع.

ولقد اعتمدت غالبية القوانين الوطنية للدول معيار الجنسية المشتركة ل لأطراف كضابط احتياطي يتم اللجوء إليه عند غياب قانون الإرادة، لكنه قد اختلفوا في ترتيبه، و مدى الأولوية عن باقى الضوابط[1].

كما نجد من التشريعات الوطنية ما لم يشر إني الجنسية المشتركة للأطراف كضابط إسناد احتياطي، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الأردني حيث نصت أحكام السادة 20 من القانون المدني الأردني على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية

[1] خلفيي سمير ،مرجع سابق ص 43

قانون الموطن المشترك للأطراف فإن لم يتحدا من حيث الموطن فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أي عند غياب قانون الإرادة ، وهو نفس التوجه الذي اتجه اليه المشرع المصري ضمن أحكام المادة 19 من القانون المدني المصري و المادة 25 من القانون المدني العراقي [1].

أما الاتفاقيات الدولية في بدورها لم تهتم بضابط الجنية كمعيار يتم الاعتماد عليه لإيجاد قانون يحكم العقد الدولي، و من ذلك نجد اتفاقية روما لسنة 1980 ضمن المادة 04 منها و التي جاءت تحت عنوان القانون المطبق في حالة غياب الاختيار، حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه " :إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لأحكام المادة الثالثة 03 من هذه الاتفاقية فإن العقد يخضع لقانون البلد الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا، كما نصت على إمكانية تجزئة العقد إذا كان جزءا من هذا الأخير له صلة أوثق مع بك آخر.

فما يستكشف من هذه المادة أن القاضي في حالة غياب قانون الإرادة يكون حرا في تحديد البلد الذي يرتبط به العقد ارتباطا وثيقا و الملاحظ مما سبق بيانه أن الجنسية المشتركة الأطراف تجد مكانة لها في بعض الدول حيث تمنحها الأولوية ،عن بقية الضوابط أو تجعلها ضمن الضوابط الاحتياطية على سبيل الترتيب و استدرج في الوقت الذي تستبعد دول أخرى اعتمادها كضابط إسناد يتم اللجوء إليه في حاله غياب قانون الإرادة.

[1] غالب علي الداودي، حني محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص (الجنسية الموطن، مركز الأجانب)، و أحكامه في القانون العراقي، الجزء الأول دون دار نشر، دون بلد النشر ، دون سنة النشر ، ص 132

المبحث الثاني : إعمال ضوابط الإسناد (الاحتياطية) المتعلقة بالعقد

أن تحديد القانون الواجب التطبيق من ضمن القوانين التي لها صلة وثيقة بالرابطة العقدية، حيث أتي بضابطي إسناد احتياطيين و قرر الأخذ بهما على سبيل التدرج مستبعدا بذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية، و هو نفس التوجه الذي أخذ به القانون الإتفاقي مثلما تنص على ذلك صراحة اتفاقية روما2008، و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، صادرة عن البرلمان الأوروبي .

كما يلاحظ على نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري أن المشرع هو الذي تولى عملية الإسناد في معاملات التعاقدية الدولية، خاصة و أنها ضوابط إسناد احتياطية أوردها نية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب وأهميتها.

فارجع المشرع الجزائري ضوابط قواعد الإسناد في حلة عدم وجود إرادة صريحة من إطراف العلاقة التعاقدية ،واختلاف في الإرادة الضمنية في البداية وحسب الترتيب إلى قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة، سالفة الذكر وفي حالة تعذر ذلك توجه المشرع الجزائري إلى قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الأول :قانون محل إبرام العقد والمطلب الثاني قانون محل تنفيذه.

المطلب الأول :قانون محل إبرام العقد

إن إسناد العقد لقانون بلد الإبرام هو الحل الأكثر شيوعا لدي كل من القضاء الفرنسى والإنجليزي بحيث كان لهذه القاعدة طابع إلزامي، بحيث لم يكن في وسع إرادة الأطراف المشتركة اختيار قانون آخر غير القانون المنصوص عليه في هذه القاعدة وهو قانون بلد الإبرام، ولما استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة في

نهاية القرن التاسع عشر، أصبح إخضاع العقد لقانون بلد الإبرام محصورا فقط في الحالات التي يسكت فيها المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا .حكم محكمة النقض الفرنسية كان الدليل على اتجاهات الفقه والقضاء آنذاك على اعتماد ضابط مكان الإبرام بحيث أنه قرر أن القانون الواجب التطبيق على العقد عند سكوت الإرادة عن اختيار هذا القانون صراحة أو ضمنا هو قانون بلد الإبرام فيما لو كان المتعاقدون مختلفي الجنسية[1].

الفرع الأول :إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد

رغم اعتماد المشرع على قانون محل تنفيذ كضابط احتياطي للوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية إلا أن هناك جانب من الفقه أيد هذا القانون، وظهرت اختلافات فقهية حوله.

في القرن الثالث عشر لميلاد، كان القانون الواجب التطبيق على التصرفات التعاقدية المتضمنة لعنصر أجنبي خاضعا من حيث الشكل و الموضوع لمحل إبرام تلك التصرفات، و ذلك بصفة مطلقة و بشكل إلزامي، و هو ما كرسته نظرية الأحوال الإيطالية، على أساس أن الإرادة الضمنية الأطراف القد الدولي قد اتجهت تطبيق هذا القانون لأنهم أبرموا عقدهم في ظله[2].

فقد كانت فكرة خضوع العقد الدولي القانون محل إبرامه هي الفكرة الساندة و المستمر العمل بها في السابق و ذلك على أساس أن محل إبرام العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف والاعتماد على ضابط محل إبرام العقد كقانون يطبق في حالة غياب قانون الإرادة، يرجع إلى اعتباره أول مكان تتلاقى و تتجسد فيه الإيرادات، فضلا على

[1]هشام على صادق. المرجع سابق ص 550-551

[2]غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص: 129

أن أطراف العقد يمكن لهم الإطلاع على هذا القانون بكل سهولة، كما أن تطبيق هذا الضابط من شأنه أن يضمن وحدة القانون المطبق على العقد[1].

كذلك فالتشريعات العربية انتهجت نفس ضوابط الإسناد على غرار المشرع الأردنى قد أخذ بمحل إبرام العقد كضابط إسناد يتم الاعتماد عليه في حالة مدم وجود موطن مشترك لأطراف العقد، أي أنه قد جعل من هذا الضابط في المرتبة الثانية بعد الموطن المشترك في حالة غياب قانون الإرادة و ذلك بموجب المادة 20 منه و التي تقابلها المادة 25 من القانون المدني العراقي، و المادة 19 من القانون المدني المصري.

كذلك نجد أن التشريعات الوطنية لأغلب الدول قد أولت أهمية لضابط محل إبرام العقد، لكن مع اختلافها في مدى إعطانه الأولوية و الأفضلية عن باقي الضوابط الاحتياطية، و من ذلك نجد المشرع الجزائري قد اعتمد هذا المعيار في حالة تعبير عن الإرادة الصريحة الأطراف المتعاقدة، و هو ما قضت به أحكام الفقرة الثالثة من المادة 18 من القانون العنني الجزائري و التي نصت على و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد'، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل من ضابط محل إبرام العقد في المرتبة الثالثة تطبيقا، حيت يتم إعماله من طرف القاضي في حالة انتفاء الضوابط السابقة له و هي ضابطي الموطن المشترك و الجنسية المشتركة.

الفرع الثاني :تقييم ضابط محل إبرام العقد

وبالرغم من هذه المزايا التي يراها مؤيدو هذا الإسناد، إلا أن هذا الأخير تعريض الانتقادات من معارضيه حيث يرون أن الأطراف قد يبرمون العقد بمحظ الصدفة و بصفة عارضة، كما يعتبرون الأخذ بمعيار محل إبرام العقد من شأنه أن يخل بالثقة و

[1] عدلي محمد عبد الكريم ، مدي انطباق قاعدة قانون الإرادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ،المعيار المركز الجامعى تسمسيلت، الجزائر،العدد4،سنة 2011ص136.

الأسان القانوني التي بأمل لها الأطراف كذلك فإن تحديد قانون محل إبرام، العقد يختلف باختلاف أنظمة الدول ما قد يؤثر على طبيعة القانون المطبق على العقد .[1]

وان هذه المزايا لا تقوم على أساس صحيح وذلك لان :

- إن مكان إبرام العقد. وان كان محل نشوء العقد. إلا أنه لا يعبر مع ذلك عن حقيقة المصالح التسليم بالرابطة الجدية القوية التي المعنية التي ترتبط بالعملية التعاقدية وهو ما يصعب معه يدعيها أنصار هذا الإسناد بين مكان الإبرام والعقد.
- أن مكان إبرام العقد يتحد د بناء على ظروف عارضة لا تكفي لقيام الصلة المتطلبة بين الرابطة العقدية والقانون الذي سيحكمها.
- أن أطراف العقد يميلون عادة لإبرام عقودهم في أماكن محايدة تمليها اعتبارات الصدفة.
- عدم ملاءمته لتطور التجارة الدولية بحيث شاع التعاقد بين غائبين عن طريق وسائل اتصال حديثة.

الإضافة إلى الصعوبات التي يثيرها تحديد مكان الإبرام إذا تم التعاقد عبر هذه الوسائل، هل هي دولة إرسال الإيجاب أو دولة محل القبول, أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول.

أنه حتى ولو تم التوصل إلى مكان إبرام العقد, فهذا لا يعني أنه القانون الأنسب لحكم الرابطة التعاقدية في مجموعها, لأن مكان الإبرام قد يتعارض مع المصالح المرجو تنفيذها كالمبالغ بضائع واجبة التسليم, أو أعمال و إجراءات واجبة التنفيذ ولهذا يعتقد بعض بأن مكان التنفيذ هو الأنسب لإسناد الرابطة التعاقدية إلى قانون يحكمها.[2]

المطلب الثاني : قانون بلد التنفيذ

---

[1] بلاق محمد،مرجع سابق ص 45

[2] صادق هشام على ،مرجع سابق ص 557

لقد اعتبرت العديد من الدول محل تنفيذ العقد كضابط إسناد احتياطي يتم اعتماده في حالة غياب اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد الدولي المبرم بينهم، و يظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، و هو قانون الدولة التي يتم حصول كل طرف على حقوقه، كما أن هذا الضابط يرتبط أكثر بموضوع العقد كما يذهب البعض إلى التأكيد على أن محل التنفيذ، بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل و الارتباط الاجتماعي و الاقتصادي في الرابطة العقدية، ففي هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم و تنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم[1] .

الفرع الأول:مضمون محل تنفيذ العقد

إن أول من جاء فكرة خضوع العقد الدولي لقانون بلد التنفيذ هو الفقيه الألماني سافيني، استنادا إلى فكرة أساسية مؤداها أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في الدولة محل تنفيذ العقد ولما استخدم سافيني إرادة المتعاقدين كحل لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي كان قصده في هذا الشأن هو مجرد اعتبارها تبرير لاحق لتحديد لقانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع التي وضعها المشرع[2].

انطلاقا مما جاء به سافيني سوف نعرض إلى اتجاه قضاء القانون الدولي الخاص إلى الأخذ بمحل التنفيذ كضابط لإسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة محل التنفيذ لدي والمزايا التي يمكن أن يقدمها قانون مكان التنفيذ خدمة لمصالح المتعاقدين.

أن فقه القانون الدولي الخاص يعول كثيرا على قانون التطبيق مبدأ باعتباره من أهم مؤشرات الإرادة الضمنية لأطراف العقد إلى القانون الذي يحكم، لنزاعات التعاقدية في حالة سكوت أرادة الأطراف وذلك بعدما أكد الفقيه سافيني على أهمية هذا القانون و تبناه الفقيه الفرنسي ديمولان في نظرية التركيز الموضوعي باعتباره يمثل مركز الثقل،

[1] خليفي سمير مرجع سابق ص42

[2] صادق هشام علي مرجع سابق ص 558

ويرد أنصار قانون محل التنفيذ أهميته إلى عدة أسباب ومنها أن بلد التنفيذ يمثل الغاية التي يرجونها من تعاقدهم فالتنفيذ يمثل الغرض الرئيسي من العقد وعليه ترتبط جميع مصالح أطراف العقد في بلد التنفيذ، كما أن قانون بلد التنفيذ يمثل الوجهة الأخيرة للعقد وعليه سيخضع العقد لأحكام قانون وأحد وبذلك تحفظ وحدة العقد.

يرى أنصار قانون بلد التنفيذ أهميته إلي عدة أسباب ومنها أن بلد التنفيذ يمثل الغاية التي يرجونها من تعاقدهم فالتنفيذ يمثل الغرض الرئيسي من العقد وعليه ترتبط جميع مصالح أطراف العقد في بلد التنفيذ، كما آن قانون بلد التنفيذ يمثل الوجهة الأخيرة للعقد وعليه سيخضع العقد لأحكام قانون واحد وبذلك تحفظ وحدة العقد فضلا عن انه في حالة أخلال أحد الأطراف العقد بتنفيذ التزامه فقانون بلد التنفيذ هو الأجدر بحكم هذه العلاقة، وعليه تحفظ حقوق وتوقعات أطراف العقد من خلال تطبيق قانون بلد تنفيذ العقد.[1]

يقوم الإسناد إلى قانون دولة التنفيذ على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز في هذه الدولة وهو ما يتماشي مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، والتي تعتد في التركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر إلى العالم الخارجي، و لعل ظهور العناصر المادية كا القلية إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ على هذا النحو هو الذي يمكن غير المتعاقدين من العلم بوجود هذه العلاقة، فيصون لهم على هذا النحو مصالحهم المشروعة في تطبيق قانون هذه الدولة.[2]

الفرع الثاني : تقييم ضابط محل تنفيذ العقد

[1]صفوت عبد الحفيظ، أحمد، دور الاستثمار الاجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية اسكندرية2005، ص 186.

[2]سليمان احمد فضل، المرجع السابق، ص116

إن قاعدة إسناد قانون العقد إلى محل تنفيذه ومعرفة أطراف العقد ،القانون الواجب تطبيق مسبقا وبرغم من النتائج التي توصل إليها غير انه لم يسلم من الانتقاد الذي تركز على:

- أن فكرة تركيز العقد ت تجاهل الدور الأساسي للطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق ما يؤدي إلى إنكار كل تدخل للإرادة في هذا الإطار.
- السماح للقاضي بالتدخل وفرض إرادته عن طريق سلطته في تعديل اختيار الأطراف بدعوى أن هذا القانون المختار لا يرتبط بالعقد، ما من شأنه المساس بمبدأ دقة الأحكام دون استقرار الأوضاع القانونية[1].
- خطورة هذا التوجه بتجاهله لطبيعة الخاصة لكل عقد حين يضع قاعدة إسناد عامة، وكثيرا ما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية، الأمر الذي يبدوا بعيدا عن المألوف في إطار المنهج العام القائم على قواعد التنازع، ما يؤدي إلى ربط قاعدة التنازع مركز الثقل في العلاقة العقدية بالرغم من عنصري اليقين والمعرفة المسبقة التي يوفرهما هذا الضابط[2].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من ضوابط الإسناد الخاصة بالعقد

أقر المشرع الجزائري على غرار بقية التشريعات قاعدة قانون الإرادة على شرط وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين وفي حالة سكوت الأطراف عمد التركيز العقد بنفسه وذلك على تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة ما إذا تعذر ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد طبقا أنص المادة 18 من القانون المدني بنصه:...وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد..." ويذلك يكون المشرع هو الذي رتب ضوابط الإسناد لكن ما يأخذ عليه هو عدم ذكره

[1] زروتي طيب القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع سابق ص 117

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة ، دار الجامعات الجديدة ،2007ص 59

لضابط مكان التنفيذ رغم أهميته، ويتضح من خلال صياغة المادة 18 بعد تعديل2005 أنه أصبح للقاضى دور مراقب ومقوم لعملية الاختيار، ويتدخل كلما كان الاختيار غير نزيه أو مشوب بالتحايل، وفي حالة سكوت المتعاقدين وعدم تحديدهم للقانون الواجب التطبيق فيع على مسؤوليته تحديد القانون وذلك بتحديده النقاط التي يتركز عليها العقد والتي من خلالها يمكن من تحديد القانون الأكثر ملائمة للعقد عن طريق الاستعانة بملابسات وظروف التعاقد، وهي مسألة في غاية الدقة تعرض على القاضي الإحاطة بكل ملابسات العقد من حيث إبرامه وقت تنفيذه وليست بالمهمة السهلة .

وقد كان موقف المشرع الجزائري قبل تعديل سنة 2005، للمادة 18،[1] التي كانت تنص فقط على ضابطين الإسناد : قانون الإرادة وقانون محل الإبرام وعليه فالمشرع هو من تولى تركيز العقد في حالة عم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق وقد وجهت للصياغة السابقة عدة انتقادات ومنها أن الراجح فقها هو ضرورة تقي يد حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما بأن تكون له صلة بها أو بالعقد، [2] وأن تفضيل ضابط مكان الإبرام عن غيره من الضوابط الأخرى ليس له مبرر قانوني بل بالعكس أن مكان الإبرام مجرد قرينة لتركيز العقد مثله مثل القرائن الأخرى والتي تكون أكثر أهمية مثل حالة الاشتراك في الموطن أو الجنسية وضابط محل التنفيذ.[3]

وبالرغم من الانتقادات السابقة الموجهة إلى ضابطي قانون مكان الإبرام ومكان التنفيذ، إلا أنها لا تقل ل من أهمية الدور التي يلعبانه خاصة مكان التنفيذ الذي بعد أهم القرائن في توطين العقد وتشخيص الأداء الم ميز فيه إذ سيظل قانون مكان التنفيذ أوثق

---

[1] نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل تعديل 20جوان 2005 أي يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر، غبر أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه

[2] على على سليمان، المرجع السابق، ص 115.

[3] الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص ص 242_ 243.

صلة بالرابطة العقدية ومع تنك فان الإسناد لا يكفي المواجهة كافة الفروض المتنوعة التي كشف عنها التطور العلمي والتكنولوجي الذي طرأ على التجارة الدولية[1].

خلاصة الفصل الثاني :

نستنتج من هذا الفصل أن العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي ،تستند في حالة غياب الإرادة الصريحة عن القانون الواجب التطبيق إلى الإرادة الضمنية التي بموجبها يعمل القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق.

وقد تطرقنا من خلال المادة 18من ق.م.ج على الضوابط الاحتياطية التي اعتمد عليها المشرع من محل إبرام العقد،الذي اعتبره المشرع ضابط الإسناد الأول ،كما انه يمكن إعمال ضوابط إسناد أخرى كالموطن المشترك للمتعاقدين ،أو الجنسية المشتركة.

كما أننا أبرزنا دور ضوابط الإسناد المتعلقة، بالعقد كالقانون محل إبرام العقد الذي يعتبر أساس ضوابط الإسناد وذلك لوجود صلة حقيقية بالعقد ،أو المتعاقدين على القانون المختار وقانون محل تنفيذه الذي يعتبر الإسناد الثاني ،ويبرز ذلك من خلال أن المتعاقدين، قاموا بتصرفاتهم كتسليم بضاعة أو التزام بدفع ثمن،ليكون بذلك قانون بلد تنفيذ اقرب الاستناد، عليه وذلك لصلته الحقيقية بين العلاقة التعاقدية والقانون المطبق.

[1] احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص202.

الخاتمة

و في الأخير لخاتمة موضوع مذكرتنا القانون الواجب تطبيق على الالتزامات التعاقدية، في مجال تنازع القوانين نكون قد درسنا أهم المعايير وقواعد الإسناد التي يعتمد عليها لقاضي في حل نزاع ذات العنصر الأجنبي.

لقد أخضع المشرع الجزائري الأموال لقانون موقعها وهذا حسب نص المادة 17من القانون المدني الجزائري وتنقسم إلى عقارات ، تخضع العقارات إلى قانون موقعها ، المشرع بكل حق أو من اجل تسهيل إعمال قاعدة الإسناد التي تحكم المال المعنوي في قواعد التنازع.

كما فرضت ضرورة حماية الطبقة العاملة على المستوى الدولي توسيع مفهوم علاقة العمل لتشمل كل علاقة يخضع فيها شخص يعمل لحساب شخص آخر لقاء مقابل مادي، دون اعتبار لوجود عقد من عدمه.

يخضع تكوين عقد العمل الدولي لقانون مكان تنفيذ العمل،ذا كان تنفيذ العمل يجري في أكثر من مكان فهنا يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارة الأعمال، فإن تعدد هذا المركز طبق قانون البلد الذي يعد أكثر ارتباطا بالعقد،إذا كان تنفيذ العمل يجري في مكان لا يخضع لسيادة دولة ما ، فهنا يخضع العقد للقانون الذي يعد أكثر صلاحية للعامل على جميع عناصر العلاقة.

كما أن المادة 18من قانون المدني الجزائري التي أكد فيها المشرع ،دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

- إن المشرع الجزائري أخذ بقانون الإرادة لكن قيده بوجوب توافر صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين مراعيا في ذلك ما تبنته النظرية الموضوعية، و كذلك أخذ بتجزئة العقد و يبرز ذلك من خلال إخضاع العقار لقانون موقعه و الأهلية لقانون القاضي مراعيا في ذلك ما تبنته النظرية الشخصية،كما استثنى المشرع الجزائري شكل العقد من نطاق قانون الإرادة و إخضاعه إلى لقانون محل الإبرام أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

- كما يطبق قانون الإرادة بموجب قواعد إسناد دولة قاضي النزاع على شروط تكوين العقد وأثاره على الرأي الراجح في الفقه وهناك من يرى أن نطاق تطبيقه يمتد إلى اثأر العقد دون شروط تكوينه ونعتقد أن فكرة الالتزامات العقدية تتكون من شروط العقد وأثاره كما يدخل ضمن هذا النطاق الإرادة من حيث كونها الإرادة صريحة أو ضمنية وكذلك مدى اعتبار السكوت ،وكذلك وجود المحل وصحته ووجود السبب، كما يشمل نطاق قانون الإرادة أوصاف الالتزام الشرط و الأجل وتعدد الملتزمين وحالات الضمان كما يطبق على أسباب انتهاء الالتزام بالإبراء أو الوفاء والمقاصة وخاصة الاتفاقية منها.
- كما أن المشرع الجزائري اوجب على القاضي نزاع البحث عن الإرادة الضمنية للإطراف العقد في حالة غياب إرادة صريحة وذلك من خلال مؤشرات تشير إليها شروط وظروف التعاقد على أن يكون الكشف بصورة مؤكدة.
- وتبني المشرع الوطني قانون الإرادة على هذا النحو يستوجب تعيين حدود قانون الإرادة ومجال تطبيقه, بحيث يتركز تطبيقها في تكوين العقد, آثاره انقضائه, كما يستثني من مجال تطبيقه ما أورد ذكره من قبل المشرع في نص الفقرة الأخيرة من المادة 18 قانون مني، التي تخرج العقود المتعلقة بعقار من مجال قانون الإرادة، كما وتخرج عقود العمل كذلك بسب ب خصوصية هذا العند عند اشتماله على عنصر أجنبي.
- كذلك نستنتج الحلول التي يقدمها كل من الفضاء والتشريع في حال سكوت الأطراف عن تحديد قانون العقد صراحة أو ضمنا، بحيث تطرح هذه المسألة إشكالات في التطبيق، هذه الحلول التي تنحصر أساسا إما في إستاد العقد إلى قانون بلد الإبرام،أو إلى قانون بلد التنفيذ، أو إسناد الرابطة التعاقدية بالنظر إلى ظروف العقد وملابساته التي تستخلص عن طريق مؤشرات عامة، أو خاصة.

- الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكر مكان التنفيذ عندما نص على الضوابط الاحتياطية في نص الفقرة 2 من المادة 18 على غرار الجنسية والموطن المشترك أو حتى مكان الإبرام.

ويمكن القول كرأي شخصي أن المشرع الجزائري قد وفقا من خلال المادة 18من القانون المدني المدني الجزائري حين اسند الالتزامات التعاقدية للقانون المختار إذا كان هناك صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين،أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: الكتب:

1. أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين،دار هومة للنشر وتوزيع،الجزائر 2002
2. سلامة احمد عبد الكريم ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، بدون طبعة، دار النهضة العربية , 32 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، بدون سنة النشر.
3. سلامة احمد عبد الكريم،نظرية قانون العقد الدولى ، مفاوضات العقود الدولية ، قانون الإرادة و أزمته ، دار النهضة العربية الإسكندرية ، 2008
4. لرفاعي اشرف عبد العليم ،القانون الواجب تطبيق على تحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،ط1، دار الفكري الجامعي، اسكندرية، بدون سنة النشر.
5. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،منشورات الحلي الحقيقية ،بيروت لبنان2006.
6. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تتازع القوانين، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى 2004
7. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص بالنهضة العربية ،2001م
8. زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الطبعة الأولى، دار النشر مطبعة الكاهنة، سنة النشر2000
9. العربي بالحاج،النظرية العامة للالتزام القانون المدني الجزائري ،ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، ط1،الجزائر سنة2010.
10. السنهوري عبدا لرزاق،الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية ومصادر الالتزام،دار الحياء التراث العربي ،لبنان، بدون سنة نشر.

11. غصوب عبده جميل ، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع ،200

12.عكاشة محمد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة ، دار الجامعات الجديدة ،2007

13. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية بدون سنة.

14.علي علي سليمان،النضرية العامة للالتزامات، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط1 الجزائر سنة 2006

15.عز الدين عبد ﷲ،القانون الدولي الخاص،ج1،دار النهضة العربية،مصر،سنة 1977

16. غالب علي الدوادي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، ودراسة مقارنة الطبعة الثانية 2013 دار الثقافة للنشر والتوزيع.

17. محمد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات دار الجامعة الجديدة للنشر 1996م.

18.محند إسعاد،القانون الدولي الخاص،ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية،ج1الجزائر 1989

19. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001م

20.هشام علي صادق،تنازع القوانين المقارنة والمبادئ العامة في تشريع المصري ،دار منشاة المعارف،إسكندرية،بدون سنة.

21.ياقوت محمود محمد ،حرية المتعاقدين في اختيار القانون العقد الدولي ،دار منشاة المعارف ،الإسكندرية، سنة2000.

22.ياقوت محمود محمد ،الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية،دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة2004.

23.صفوت عبد الحفيظ، أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية اسكندرية2005.

ثانيا: المذكرات الجامعية:

- خليفي سمير،حل النزاعات في مجال التجارة الالكترونية ،مذكرة نيل شهادة الماجستير جامعة مولود معمري ،تيزي وزو سنة 2010
- جندوبي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/1 .201
- زيتون بختة ، التطبيق الاستثنائي ل لقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية تخصص دولي خاص ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير 1 2010.201
- شويرب خالد ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي،أطروحة دكتوراه،جامعة يوسف بن خدة،الجزائر 09 08.20 20
- عكوش سهام القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا لدراسة (مقارنة)ملخص مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه ، فرع عقود ومسؤولية سنة 09 20/2010.
- عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة تلمسان ، 2010 /2011

- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، قادة شهيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/1 201.

ثالثا: المقالات:

- أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولي الخاص: تلاق أم فراق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 12 ماي 2000،
- عبد المجيد منير،مفهوم قانون العقود الدولية،مجلة المحماة،سنة1991

رابعا: القوانين:

1_ القانون المدني الجزائري، نص المادة18 من امر 58-75 المعدل ومتمم بقانون1005 المؤرخ في 20جوان2005 ومتضمن القانون المدني .

3-قانون: رقم 131 الصادر في 22/19/1317 ه الموافق 1948/07/29المتعلق بالقانون المدني المصري، جريدة رسمية العند 108 مكن أ. مصر

الاتفاقية الدولية :

- اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة با القانون الواجب تطبيق على الالتزامات التعاقدية.
- مؤتمر لاهاي مبدا حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية سنة2015.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول : الفصل الأول: تحديد فئة الالتزامات التعاقدية	2
المبحث الأول: المسائل التي تدخل ضمن فئة الالتزامات التعاقدية	3
المطلب الأول : تكوين العقد	
الفرع الأول : التراضي	
الفرع الثاني : محل العقد	
الفرع الثالث:سبب العقد	
المطلب الثاني: أثار العقد	
الفرع الأول: الآثار بالنسبة للموضوع	
الفرع الثاني: النطاق الشخصى	
الفرع الثالث: أسباب انقضاء العقد	
المبحث الثاني:العقود التي تخرج عن فئة الالتزامات التعاقدية	
المطلب الأول: العقود المتعلقة بالعقار	
الفرع الأول : أساس تطبيق قانون موقع العقار	
الفرع الثاني: اختصاص قانون الواجب تطبيق على العقار	
الفرع الثالث: **موقف المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق على العقار**	
المطلب الثاني: عقود الاستخدام(العمل)	
الفرع الأول: إخضاع عقد العمل إلى قانون بلد تنفيذ	
الفرع الثاني: عقد العمل الذي يجري تنفيذه في أكثر من دولة	
المطلب الثالث: عقد الهبة	
خلاصة الفصل الأول	

الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية	
المبحث الأول: دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية	
المطلب الأول : مفهوم قانون الإرادة	
الفضل الثاني :دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق	
المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية	
المطلب الأول : مفهوم قانون الإرادة	
الفرع الأول: التعريف قانون الإرادة	
الفرع الثاني : أساس قانون الإرادة	
الفرع الثاني : النظرية الموضوعية	
المطلب الثاني :تحديد قانون الإرادة	
الفرع الأول:الإرادة الصريحة	
الفرع الثاني: الإرادة الضمنية	
المطلب الثالث : شروط الواردة على قانون الإرادة	
الفرع الأول:قانون الإرادة ذو صلة بالعقد.	
الفرع الثاني :قانون الإرادة له صلة بالمتعاقدين	
المطلب الرابع:إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين	
الفرع الأول : قانون الموطن المشترك	
الفرع الثاني: قانون الجنسية المشتركة	
المبحث الثاني : إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد	
المطلب الأول :قانون محل إبرام العقد	
الفرع الأول :إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد	
الفرع الثاني :تقييم ضابط محل إبرام العقد	

المطلب الثاني : قانون بلد التنفيذ	
الفرع الأول:مضمون محل تنفيذ العقد	
الفرع الثاني : تقييم ضابط محل تنفيذ العقد	
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من ضوابط الإسناد الخاصة بالعقد	
خلاصة الفصل الثاني	
الخاتمة	64
قائمة المراجع	68
فهرس	73