

جامعة امحمد بوقرة (بومرداس)

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

محاضرات في القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"

ملقاة على طلبة السنة الثالثة - حقوق - قسم القانون الخاص

السنة الجامعية 2020/2019

د/ عمر الحسين

السنة الجامعية

2020/2019

مقدمة

ظهر مصطلح القانون الدولي الخاص في كتاب "التعليق على تنازع القوانين" للفقير الأمريكي "جوزيف ستوري"، حيث برز هذا المصطلح للمرة الأولى في العام 1834، لم يلبث أن تبعه الفقير الفرنسي "فيليكس" الذي جعل هذه العبارة عنواناً لكتاب له في العام 1843.

أصبح مصطلح القانون الدولي الخاص متداولاً في أوروبا وأمريكا، معبراً عن فرع من فروع القانون، لكن هذه التسمية أثارت بعض الانتقادات حيث اعتبرها بعض الفقهاء متناقضة، إذ كيف يكون هذا القانون دولياً وخاصاً بنفس الوقت، لذا حاولوا البحث عن تسميات أخرى لهذا القانون من بينها "قواعد تنازع القوانين" وهي العبارة القديمة التي كانت تعبر عن هذا القانون، باعتبار أن هذا الفقه يعتبر أن نطاق هذا القانون يقتصر على موضوع تنازع القوانين، وذلك عكس بعض الفقه الذي يعتبر نطاقه يمتد ليشمل مواضيع كالجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي "الفقه الموسع"، في حين اعتبر البعض الآخر من الفقه أنه يشمل إضافة لتنازع القوانين موضوع من بين هذه المواضيع "الفقه الوسيط".

لكن جميع الفقه لا يختلف في كون موضوع تنازع القوانين هو الموضوع الأساسي في هذا القانون، وهو الموضوع الذي نحن بصدد دراسته في هذه المحاضرات.

بداية وقبل التطرق لموضوع تنازع القوانين لابد من إلقاء نظرة عامة على ماهية القانون الدولي الخاص، وهذا تحت عنوان الفصل التمهيدي .

الفصل التمهيدي

ماهية القانون الدولي الخاص

للتعرف على القانون الدولي الخاص يجب تحديد نطاقه وطبيعته القانونية ومصادره، كما يلي :

المبحث الأول

نطاق القانون الدولي الخاص

يقصد بنطاق أو مجال القانون الدولي الخاص، المواضيع المشكلة لهذا الفرع من فروع القانون، وقد كانت هذه المواضيع محل اختلاف بين الاتجاهات الفقهية، وقد تمايزت في ثلاث اتجاهات، بين فقه حصر هذا القانون في موضوع واحد هو تنازع القوانين، وعرف بالفقه المضيق للقانون الدولي الخاص، وفقه زاد موضوع أو موضوعين وهما تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ومركز الأجانب إضافة لتنازع القوانين، وعرف بالفقه الواسع للقانون الدولي الخاص. وعرف بالفقه الموسع للقانون الدولي الخاص.

و يلاحظ أن جميع هذه الاتجاهات اجمعت على أن موضوع تنازع القوانين هو الموضوع المركزي والأساسي للقانون الدولي الخاص، لكنها لم تجمع على الموضوعات الباقية.

المطلب الأول

الاتجاه الفقهي المضيق للقانون الدولي الخاص:

يعتبر قسم من الفقه - وبالأخص في ألمانيا - أن نطاق القانون الدولي الخاص يقتصر على تنازع القوانين فقط وذلك للأسباب الآتية¹:

1- إن طبيعة قواعد التنازع "قواعد الإسناد" لا تطبق مباشرة بل نتعرف من خلالها على القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر

¹ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 1993، ص8.

أجنبي، سواء كان قانون القاضي المعروض عليه النزاع أو القوانين الأخرى المتزامنة على حكم هذه العلاقة وهو ما يضيف عليها صفة "قواعد غير مباشرة"، وإذا ما قارنا هذه القواعد بالقواعد الموضوعية الأخرى التي تشكل قواعد الاختصاص القضائي الدولي أو قواعد موضوع الجنسية أو مركز الأجانب، فإنها قواعد تطبق بشكل مباشر لذا فإنها تخرج عن نطاق القانون الدولي الخاص.

2- إن موضوع تنازع القوانين يتميز عن المواضيع الأخرى المذكورة آنفاً، من حيث منهجية تطبيقه إذ تقتضي البحث عن الفئات المسندة التي يخصص لها ضوابط إسناد طبقاً لقواعد التنازع الوطنية، ثم يتم تحديد القانون واجب التطبيق، وهذا يعني أنه قبل مرحلة الإسناد لابد من عملية تسمى "بالتكييف"، ذلك الأمر غير موجود في قواعد المواضيع الأخرى كالجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي.

بناء على هذا الاتجاه فإن القانون الدولي الخاص يقتصر نطاقه على تنازع القوانين، لذلك يطلق عليه بالفقه المضيق للقانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني

الاتجاه الفقهي الوسطي

يدخل جزء من فقهاء هذا الاتجاه موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي إلى جانب تنازع القوانين، ليشكلاً نطاق القانون الدولي الخاص، بينما يدخل البعض الآخر مركز الأجانب كموضوع ثالث إلى جانب تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

- الاتجاه المضيق لتنازع الاختصاص القضائي الدولي

يعتمد هذا الاتجاه على الترابط بين تنازع القوانين وموضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي، كون هذا الأخير متعلق بتحديد المحكمة المختصة دولياً، حالة سابقة على التطرق إلى حل مشكلة تنازع القوانين، كذلك فإنه لا تثار مسألة تنازع الاختصاص القضائي الدولي إلا إذا كانت مسألة تنازع القوانين موجودة أصلاً.

ولذلك رأى هذا الفقه في توسيع نطاق القانون الدولي الخاص بإضافة موضوع تنازع الاختصاص القضائي إلى موضوع تنازع القوانين، وقد نادى بهذا الاتجاه كل من الفقيهان الفرنسيان ببيه (Pillet) وبارتان (Bartin)، ويجد أرضية له في البلدان الإنجلوسكسونية.

1- الاتجاه الذي يضيف موضوع مركز الأجانب إضافة للموضوعين السابقين.

يؤيد هذا الاتجاه دول أمريكا اللاتينية وإيطاليا وإسبانيا، حيث يلاحظ أن هذا الاتجاه يستثني من مواضيع القانون الدولي الخاص موضوع الجنسية.

وذلك إلى كون موضوع مركز الأجانب ذو علاقة وثيقة بموضوع تنازع القوانين لأن المركز القانوني للأجنبي وما يقوم به من نشاط يخضع إلى قواعد الإسناد في الدولة التي يقيم بها، ومن المعلوم أن قواعد الإسناد يمكن أن تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني على الشخص الأجنبي أو قانونه الوطني أو قانون آخر، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى لأن الفصل في تنازع القوانين الذي يميز العلاقات القانونية المثارة بصده ذات عنصر أجنبي، وعلى قانون القاضي أن يبحث أولاً عن مدى تمتع الأجنبي بالحقوق الذي يطالب به أمام القاضي الوطني، حيث أن الدول تختلف فيما بينها بخصوص منح الأجانب حقوق بنفس المستوى الذي يتمتع بها المواطنون كتملك العقارات أو ممارسة بعض المهن الحرة، أي أن الفصل في ذلك يعتبر مسألة أولية قبل الفصل في مسألة تنازع القوانين.

المطلب الثالث

الفقه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص:

انتبه هذا الاتجاه من الفقه أن موضوع الجنسية الذي استبعدته الاتجاهات السابقة ذو أهمية بالغة بالنسبة للقانون الدولي الخاص، كون الجنسية تشكل ضابط إسناد لكثير من الفئات المسندة في تنازع القوانين، خصوصاً فئة الأحوال الشخصية وبها يسترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة ذات البعد

الدولي (التي تشتمل على عنصر أجنبي)، إضافة إلى إمكانية اعتبارها ضابطا لاختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

بناء على ذلك رأى هذا الاتجاه إدخال الجنسية إلى نطاق القانون الدولي الخاص لتصبح جميع المواضيع محتواة في نطاق القانون الدولي الخاص، وهذا شأن المفهوم الفرنسي للقانون الدولي الخاص.

وأخيرا فإنه من الجدير بالذكر أن بعض الفقه يدخل موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية في نطاق القانون الدولي الخاص لعلاقته الوثيقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي حيث في إطار هذا الموضوع تقوم دولة ما بتنفيذ حكم صادر من سلطة تابعة لدولة أخرى ضمن حدودها الإقليمية، لكن ذلك يخضع إلى عدة اعتبارات أهمها أن يكون هذا الحكم مستوفيا لشروط منصوص عليها قانونا وغير مخالفة للنظام العام.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص.

رأينا أن نطاق القانون الدولي الخاص يشمل أكثر من موضوع، وخاصة الفقه الموسع الذي يدخل جميع المواضيع المشار إليها في نطاقه، مما يعني تعدد المواضيع وتناثر قواعدها، فالجزائر مثلا تجعل قواعد تنازع القوانين في القانون المدني (م 09 إلى 24)، وقانون خاص للجنسية، والاختصاص القضائي الدولي يتخذ قاعدته في المادتين 41، 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما مركز الأجانب فقواعده مبعثرة بين مراسيم وأوامر وغيرها، أدى ذلك إلى تعدد في آراء الفقهاء، حيث بعضهم يُثبت له الصفة الدولية بينما آخرون ينفون عنه هذه الصفة ويجعلونها داخلية²، كذلك من الفقه من يعتبره من القانون العام وآخرون يثبتون له صفة القانون الخاص، فما هي الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص؟

المطلب الأول

الصفة الدولية والصفة الداخلية للقانون الدولي الخاص.

² - صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، 1972، الجزء الأول، ص 51، 52.

هناك اتجاهين يرى كل منهما عكس الآخر في كون القانون الدولي الخاص له الصفة الدولية أم الصفة الداخلية ولكل منهما حججه في ذلك.

أولاً: الاتجاه الفقهي الذي يعتبر القانون الدولي الخاص قانون داخلي.

لهذا الاتجاه مناصرون على رأسهم الفقيه الفرنسي "نبوييه" "Niboyet" وحجتهم في ذلك ما يلي:

- إن المشرع الوطني هو الذي يضع قواعد القانون الدولي الخاص بمختلف موضوعات فمصادره كلها داخلية، كذلك فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الوطني، إضافة إلى أنه لا يوجد في المدى المنظور ترسيخ لفكرة إيجاد قانون دولي خاص مشترك لكل الدول، فلكل دولة قانون دولي خاص بها³.
- لا يمكن للقانون الدولي الخاص أن يكون دولياً لأنه لا يتناول العلاقات بين الدول بل إن العلاقات التي يحكمها هي بين الأفراد، "القانون الذي يكون دولياً حقاً لا بد أن يكون قانوناً عاماً أي منظماً للعلاقات بين الدول، فإذا كنا بصدد قانون خاص، منظم للعلاقات بين الأفراد فلا يمكن أن يكون دولياً"⁴.
- كذلك فإن تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يمكن لها أن تنفذ في أي دولة دون أن يسمح لها القاضي الوطني من خلال المحاكم الوطنية، وذلك بمنحها الصيغة التنفيذية بعد دراستها.

ثانياً: الاتجاه الفقهي الذي يعتبر القانون الدولي الخاص قانوناً دولياً.

هذا الاتجاه حجته الرئيسية هو أن الدولة عندما تضع قوانينها خصوصاً القوانين التي يمكن أن تطبق على العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي، فإنها تراعي إرادة الدول الأخرى.

ففي موضوع تنازع القوانين لا تظهر إرادة الدول الأخرى في التنازع الإيجابي بينما هي موجودة في التنازع السلبي، حيث يرفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع، ولا يمكن

³ أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في لجنة ومركز الأجانب، 1956، مكتبة النهضة المصرية، ص32.

⁴ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص616، يمكن الاطلاع على:

Y- Lau.ssuarn et Bouret : Droit international privé : Dalloz, 3ed, 1988, P.5.

فرض الاختصاص على القانون الآخر رغم رفضه، حيث تطرح مسألة الإحالة في القانون الدولي الخاص.

وفي موضوع الجنسية فالمشرع الوطني عندما يضع قواعد قانون الجنسية الخاص به فإنه لابد أن يأخذ الاعتبار مسألة التنازع السلبي والإيجابي للجنسيات ومراعاة الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن.

أما موضوع مركز الأجانب، فالمشرع عليه أن يدرك أنه مثلما يوجد أجنبي في دولته فإن وطني دولته هم أجنبي في دولة أخرى، لذلك عليه أن يراعي مسألة المعاملة بالمثل وهذا يقتضي عدم غياب العنصر الدولي عن القواعد التي يضعها بشأن الأجانب من حيث دخولهم وخروجهم وإقامتهم وعملهم... الخ.

ورغم أن العلاقات هي بين الأفراد وليس الدول، إلا أن كل المسائل القانونية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص وخصوصا تنازع القوانين متعلقة بشمولها على عنصر أجنبي أي علاقات بين الأفراد وذات طبيعة دولية.

أخيرا نستخلص أن هذا القانون يجمع بين الصفتين الدولية والداخلية، فهو دولي بالنسبة إلى موضوعه كونه ينظم الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي، وهو داخلي بالنظر إلى مصادره لأن كل دولة تضع قواعده في مختلف المواضيع المتعلقة به.

المطلب الثاني

الصفة العامة والصفة الخاصة للقانون الدولي الخاص.

هناك من يرى أن القانون الدولي الخاص هو فرع من مروع القانون العام، وهناك من يرى عكس ذلك أي أنه من فروع القانون الخاص وبطبيعة الحال لكل منهما مبرراته.

أولاً: القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون العام.

يرى هذا الاتجاه أن قواعد التنازع هي مخصصة لمعرفة مدى سيادة القانون الوطني إزاء القانون الأجنبي، ويعتبر الفقيه نبوييه Niboyet من المناصرين لهذا الرأي كما سنرى لاحقاً⁵، ومادامت هذه القواعد من وضع السلطة التشريعية فهي

5 - د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 19.

تضع حدود اختصاص السلطة التشريعية الوطنية مقابل السلطة التشريعية الأجنبية⁶، أضف إلى ذلك أن تحديد التنازع بين القوانين من حيث المكان متعلق بسيادة الدولة، لذلك فهذا الفرع ينتمي إلى القانون العام.

أما بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي فإنه مرتبط بمرفق القضاء وهو مرفق عام، لذا فإنه ينتمي للقانون العام.

كذلك مركز الأجانب، فإن وجودهم في الدولة مرتبط بالتعامل مع إدارات الدولة منذ دخولهم في الحدود والمطارات والموانئ، وكذلك خروجهم إضافة إلى تنظيم إقاماتهم التي تكون على مستوى المصالح الإدارية، لذا فإن هذا الفرع من فروع القانون العام، كذلك يتحدد بواسطة الجنسية ركن الشعب في الدولة، والجنسية هي الرابطة السياسية بين الفرد والدولة، وتشكل الدولة الثقل الأكبر في هذه العلاقة إذ هي تحدد شروط منح الجنسية ونزعها، وهذا يؤكد أن القانون الدولي الخاص هو فرع من القانون العام⁷.

ثانياً: القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص

• بداية بخصوص الموضوع الأساسي في القانون الدولي الخاص وهو تنازع القوانين، فإن قواعده تنظم العلاقات القانونية الخاصة "تجارية، مدنية، أحوال شخصية..."، وما يميزه فقط هو أن هذه العلاقات القانونية مشتملة على عنصر أجنبي سواء كان من حيث الأشخاص أو الموضوع أو المحل، ولولا هذا العنصر الأجنبي لطبق على هذه العلاقات القانون المدني أو التجاري أو الأسرة.

والترقية بين القانون العام والخاص هو أن القانون الخاص يحكم العلاقات بين الأفراد، الأمر الذي ينطبق على تنازع القوانين، لذلك فهو فرع من فروع القانون الخاص.

⁶ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 1، في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ط11، 1986، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص 99.

⁷ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 19.

• ينطبق الأمر نفسه على أن القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص على مادة الجنسية كونها مسألة تتعلق بحالة الأشخاص من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المنازعات المتعلقة بالجنسية هي من اختصاص القضاء العادي لا الإداري.

• أما في موضوع مركز الأجانب فرغم أن الإدارة تحكم جزءا كبيرا من العلاقات الخاصة به، إلا أنه يتناول الحق في ممارسة المهن الحرة، وأعمال التجارة وهي من العلاقات الخاصة، لذا فهو من فروع القانون الخاص.

خلاصة القول: يعتبر القانون الدولي الخاص، قانونا مستقلا بحد ذاته، فهو يأخذ بالمصلحة الوطنية من جهة ويتلاءم مع طبيعة ما يتطلبه النظام الدولي من جهة أخرى.

المبحث الثالث

مصادر القانون الدولي الخاص

نظرا للطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص ، فقد قسم بعض الفقه إلى مصادر هذا الفرع من القانون إلى مصادر داخلية ومصادر دولية، فمنهم من اعتقد بإمكانية توحيد قواعد القانون الدولي الخاص بين كل الدول مما يؤدي إلى توحيد الحلول القضائية، فيقدمون المصادر الدولية على الداخلية، ومنهم من يرى عكس ذلك عندما يفضلون المصادر الداخلية على الدولية⁸، لكن رأيا آخر يرى أنه بغض النظر إلى هاتين النزعتين فإنه يمكن احتوائهما ضمن مصادر تعتبر رسمية وأخرى غير رسمية، لذلك نتناولها حسب هذا الرأي في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول

المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص

وتتمثل بالتشريع والمعاهدات والعرف الدولي.

الفرع الأول: التشريع

⁸ د. أعراب بلفاسم، المرجع السابق ، ص 23.

يعتبر التشريع من أهم المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص وهو أيضا من المصادر الرسمية له، وهو القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية الوطنية، التي يلجأ إليها القضاء في حل المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، وتختلف أهمية التشريع تبعا لمجالات تطبيقه ومواضيعه المختلفة، ومدى ارتباطها بسيادة الدول.

- ففي مجال تنازع القوانين، رأينا أنه الموضوع الذي لا يختلف عليه الفقه كونه الموضوع الأهم في القانون الدولي الخاص، بل ذهب البعض إلى اعتباره الموضوع الأوحدهذا القانون.

ورغم ذلك فإنه لم يحظى بتقنين مستقل، بل اختلفت الدول في وضع قواعد قليلة وخاصة به، من خلال مواد أغلبها في القانون المدني، ففي الجزائر نجد أن المشرع خصص المواد من 09 إلى 24 إضافة لبعض المواد في قانون الحالة المدنية ، وفي التشريع الفرنسي خصص لها المشرع المادة الثالثة من التقنين المدني الفرنسي، ونعتقد أن سبب قلة هذه القواعد هو ارتباط هذا الموضوع بطريقة غير مباشرة بسيادة الدولة⁹.

- وفي موضوع الجنسية، نظرا لكون الجنسية هي التي تحدد ركن الشعب في الدولة، أي هي التي تحدد رعايا الدولة ، لذلك خصتها بعض الدول بقوانين مستقلة تظهر من خلالها سيادة الدولة بشكل واضح. ففي التشريع الجزائري، وضعت الدولة أول قانون مستقل للجنسية عام 1963 بعيد الاستقلال، ثم عدل في الأمر 70/86 لعام 1970، ثم عدل أخيرا بالأمر 01/05 لعام 2005.

- أما في موضوع مركز الأجانب، وهو الموضوع الذي يحدد المركز القانوني الأجنبي في الدولة، وحقوقه وواجباته، والقوانين التي تحكم كيفية دخوله وخروجه وإقامته في الدولة، فقد اختلفت الدول في تنظيم قواعد خاصة بهذا الموضوع تبعا لإستراتيجية كل دولة .

⁹ د. أعراب بلقاسم ، نفس المرجع، ص 25.

فقد نظمت الجزائر وضعية الأجانب من خلال تشريعات خاصة تتناول حقوق وواجبات الأجنبي، آخذة بعين الاعتبار المواثيق الدولية ذات الصلة من ناحية - ومن ناحية أخرى - مصلحة الدولة، كالأمر الصادر في 1966/01/21 والمرسوم التطبيقي الصادر بنفس التاريخ، الذي عدل بموجب مرسوم آخر صادر في 1971/8/05 ، متبوعا بمرسوم تطبيقي بتاريخ 1972/01/21، كذلك تم تنظيم عمل الأجانب والمهن التجارية والحرّة بالمرسوم المؤرخ في 1975/12/26، وغيرها من التعليمات.

- لم تولي الدول أهمية لتنازع الاختصاص القضائي الدولي إلا في القرن العشرين ، حيث أصدرت بعض الدول أحكام تتعلق بهذا الموضوع في قوانين المرافعات ، أو الإجراءات المدنية والإدارية كالجزائر، وهو ما ينطبق على موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية.

الفرع الثاني: المعاهدات

أبرمت العديد من الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ومن أبرزها: اتحاد باريس المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الملكية الصناعية، واتحاد بيرن 1886 الخاص بالقانون الواجب التطبيق على الملكية الأدبية والفنية، ومعاهدات لاهاي (1895، 1902، 1905) المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، إضافة إلى اتفاقية لاهاي لعام 1935 التي عالجت بعض مسائل الجنسية، واتفاقية جنيف 1952 الخاصة بحق المؤلف، واتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع، الذي عدل في 1985.

أولاً: أهمية المعاهدات:

للمعاهدات أهمية بالغة لجهة وضع حلول مناسبة لمسائل القانون الدولي الخاص، سواء كانت ثنائية أو جماعية، وتختلف أهميتها تبعاً لمواضيع القانون الدولي الخاص.

- ففي موضوع تنازع القوانين: تكمن أهمية المعاهدات في حل مسائل القانون الواجب التطبيق على مسألة معينة، تختلف بشأنها قواعد الإسناد في الدول، كتحديد المعاهدة إلى تطبيق قانون الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية،

أو تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأموال المعنوية وغيرها، فتكون نصوصها حكما بين قوانين الدول التي تتنازع مسألة ما.

- وفي موضوع الجنسية ومركز الأجانب: رغم أن دور المعاهدة ينحصر كون هذا الموضوع مرتبط بسيادة الدول، إلا أن دورها يبرز عند ضم إقليم إلى دولة ما، أو انفصاله، كالاتفاق الذي حصل بين تركيا ومصر (1937) الذي أعطى بعض رعايا الدولة العثمانية حق اختيار الجنسية التركية. وهو ما ينطبق على مسألة حقوق وواجبات ودخول وخروج وإقامة الأجانب، وهو الأمر الذي يتحقق من خلال الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية.

وللمعاهدات دور بارز في مسائل تحديد الاختصاص القضائي الدولي بإسناد الاختصاص لمحكمة معينة، أو تحديد الإجراءات الواجب إتباعها.

وكذلك في تخفيف الشروط القاسية المفروضة من بعض الدول في تطبيق الأحكام الأجنبية، عن طريق إبرام اتفاقيات بهذا الصدد.

ثانيا: تفسير المعاهدات:

قد تحتاج المعاهدة لتفسير بعض النصوص الغامضة، لذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الجهة المعنية بتفسير هذا النص؟

- هناك التفسير الدولي للمعاهدة: حيث للدول الأطراف حق تفسير المعاهدة، وذلك إما عن طريق تبا دل المذكرات بن الدول الأعضاء في الاتفاقية، أو باللجوء للقضاء الدولي، طبقا للمادة 36 من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

- أو التفسير الوطني للمعاهدة: يجد القاضي الوطني نفسه أمام نص غامض في المعاهدة المراد تطبيقها، في هذه الحالة هناك رأيان:

الأول: لا يسمح للقاضي بالتفسير بل عليه تأجيل الفصل في النزاع إلى حين موافاته بالتفسير من طرف حكومة بلده، وهو الأمر الذي يتنافى مع مبدأ هام من مبادئ العدالة، وهو الفصل بأقرب الآجال¹⁰. ويؤدي إلى ضرر الأطراف¹¹

¹⁰- أنظر المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، (تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة)،

الثاني: يرى أن المعاهدة عندما يتم المصادقة عليها من طرف حكومة القاضي تصبح وكأنها من التشريع الداخلي ، وعليه للقاضي الوطني سلطة التفسير¹².
من الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي أخذ بالرأي الأول إذا كان نص المعاهدة يمس النظام الدولي العام، وأخذ بالرأي الثاني إذا كان النص يمس المصالح الخاصة فقط¹³.

أما القضاء الجزائري فيبدو أنه قد أخذ بالرأي الأول، وهو الامتثال للتفسير من طرف الحكومة، أي أنه على القاضي طلب التفسير من وزارة الخارجية¹⁴.

التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي:

ماذا يطبق القاضي لو وجد تعارضا بين أحكام المعاهدة وتشريع داخلي؟

هناك احتمالين:

الأول: عندما يكون المشرع الوطني نص صراحة أو ضمنا على سمو المعاهدة على القانون الداخلي، ففي هذه الحالة تطبق أحكام المعاهدة دون النظر للقانون لداخلي.
الثاني: عندما لا يوجد ما يشير على سمو المعاهدة على القانون الداخلي، ففي هذه الحالة يميز الفقهاء بين فرضين:

- إذا كان تعارض أحكام المعاهدة مع تشريع داخلي سابق، تطبق أحكام المعاهدة بناء على أن (التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق)، أو أن المعاهدة أقوى من التشريع الداخلي، تأسيسا على صفتها الدولية التي يترتب عنها مسؤولية دولية¹⁵.

11 - صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، 1972، ج1، ص.42.

12- عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ط11، 1986، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، ص 70.

13 - Mohand Issad ; droit international privé. Alger.O.P.U.1986, tome 1, p 86.

14- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 32.

14 - نصت المادة 37 / 5 من قانون الجنسية الجزائري على " وعندما يقتضي الأمر تفسير أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية بمناسبة نزاع، تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الخارجية، وتلتزم المحاكم بهذا التفسير"، للمزيد ، العود مطبوعتنا الخاصة بالقانون الدولي الخاص 2، " الجنسية"، الملقاة على طلبة السنة الثالثة ، للسداسي السادس 2020/2019.

15 - صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ج1، ص 44، 43.

- أما إذا كان تعارض أحكام المعاهدة مع تشريع داخلي لاحق، نفرق بين التعارض الصريح والتعارض الضمني.
- فعندما يكون النص الداخلي متعارضا مع معاهدة سابقة تعارضا صريحا، أي أنه نص صراحة بأن أحكامه واجبة التطبيق رغم مخالفته لمعاهدة سابقة، فلا مناص من تطبيق النص التشريعي من طرف القاضي، وقد تتحمل الدولة نتيجة مخالفتها للاتفاقية إذا أضر تصرفها بطرف في المعاهدة.
 - أما إذا كان التعارض ضمنيا أي لا يوجد نص صريح يقر بتطبيق التشريع المخالف للمعاهدة، فإنه تطبق المعاهدة على أساس اعتبار هذا التعارض غير مقصود، واعتبار المعاهدة في هذه الحالة حكما خاصا، والتشريع حكما عاما، والعام لا يلغي الخاص، والخاص يقيد العام¹⁶.
- ومن الجدير بالذكر أن المشرع الوطني الجزائري لم ينص على سمو المعاهدة على التشريع الداخلي في دستور 1976، رغم أن المشرع المدني الجزائري نص على سمو المعاهدة في المادة 21 من ق م ج¹⁷.
- أما الدساتير اللاحقة فقد نصت صراحة على سمو وتغليب تطبيق المعاهدة على القانون الداخلي.

الفرع الثالث: العرف

يقصد بالعرف مجموعة القواعد القانونية التي يعتاد الناس على سلوكها بشكل مضطرد، وعلى نحو معين معتقدين أنها قواعد ملزمة وأن مخالفتها تؤدي إلى توقيع جزاء معين، وهو أقدم مصادر القانون في التاريخ. ويقتضي العرف وجوب توفر الركن المادي وهو اعتياد الناس على سلوك معين في مدة زمنية معينة، وركن معنوي هو اعتقادهم بأن هذا المسلك ملزم لهم.

إن معظم النصوص والقواعد القانونية كان مصدرها العرف، غير أن قواعده انحسرت بشكل كبير وأصبحت نصوصا تشريعية، والقواعد المستمدة من

¹⁶ - د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 33.

¹⁷ - المادة 21 من ق م ج، " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر " وهو ما سوف ندرسه لاحقا ضمن هذه المحاضرات.

العرف في مجال القانون الدولي الخاص كثير ومنها، قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه " *lex rei sitae* " ، وقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون المحل " *Locus Règit Actum* " ، وخضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي، هذا في تنازع القوانين، أما في الجنسية نجد عدم خلع جنسية الدولة على أبناء الممثلين الدبلوماسيين الذين يولدون على إقليمها إذا كانت الدولة تبني جنسيتها على رابطة الإقليم، وهي قاعدة عرفية أصلا.

المطلب الثاني

المصادر غير الرسمية للقانون الدولي الخاص

وتتمثل هذه المصادر بالقضاء والفقه.

أولاً: القضاء

- يجد القضاء مجالا واسعا ليكون مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص الداخلية عندما لا يتدخل المشرع بوضع قواعد قانونية كافية لحل المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص خاصة تنازع القوانين، والعكس صحيح. فالقضاء الفرنسي يكاد يكون المصدر الأكثر أهمية في حل هذه المسائل، لأن المشرع الفرنسي لم يتدخل بشكل كبير كما رأينا، مما حدا بالقضاء سد هذا الفراغ والتصدي لكافة المسائل المتعلقة بهذا القانون خاصة في موضوع تنازع القوانين، وسنرى لاحقا في هذه المحاضرات كيف كانت محكمة النقض الفرنسية هي بحق من اجتهد لوضع الحلول المتعلقة بتنازع القوانين ، كمسألة التكيف والإحالة وغيرها¹⁸.
- أما في الجزائر فقد تصدى القضاء في أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين، لكنه اعتمد على الحلول المعتمدة في القضاء الفرنسي¹⁹.

¹⁸ لقد اعتبر باتيفول (الفقيه الفرنسي) أن محكمة النقض الفرنسية والمحاكم الخاضعة لرقابتها تشكل المصدر الأساسي لقواعد القانون الدولي الخاص. أنظر .د أعراب بلفاسم ، المرجع السابق، ص26.

¹⁹ Mohand Issad ; droit international privé. Alger.O.P.U.1986, tome 1, p 26.

أما في المواضيع الأخرى كالجنسية²⁰، فإن تدخل المشرع جعل دور القضاء ينحسر بشكل ملحوظ، لكنه بدأ يشكل مصدرا هاما، متماشيا مع التطور الهام في المجالات التي يحكمها القانون الدولي الخاص.

● أما القضاء الدولي الذي يتمثل محكمة العدل الدولية، فإنه يشكل مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص رغم قلة الأحكام الصادرة عنه، ويعود ذلك إلى كون المنازعات الخاصة بالقانون الدولي الخاص تنشأ بين الأفراد في منازعات خاصة، وليس من حقهم اللجوء إلى محكمة العدل الدولية كونها تختص بالنزاعات المتعلقة بأشخاص القانون الدولي، إلا إذا قامت الدولة بتبني إحدى هذه العلاقات الخاصة، ومنها:

- في مسائل تنازع القوانين: صدر عن محكمة العدل الدولية حكمين بتاريخ 1929/07/12 متعلقان بحق كل دولة في وضع قواعد التنازع التي تراها مناسبة لسياستها التشريعية.

- وفي مسائل الجنسية، نجد الحكم الصادر في قضية "نوت بوم" 1952 القاضي بأن الدولة التي تبسط الحماية الدبلوماسية على الشخص المتعدد الجنسيات هي الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها الحقيقية " الواقعية".

- وبخصوص مركز الأجانب: أقرت محكمة العدل الدولية في 1926/5/25 بأن نزع ملكية الأجانب من طرف الدول المتواجدين على أرضها بدون تعويض هو إجراء مخالف للقانون الدولي.

ثانيا: الفقه

يلعب الفقه دورا فعالا، كونه مصدرا غير رسمي من مصادر القانون الدولي الخاص، في تطور الحلول المتعلقة بمسائل تنازع القوانين والجنسية وتنازع الاختصاص القضائي.

وقد لعبت المدارس الفقهية (كالمدرسة الإيطالية، والهولندية، والفرنسية) دورا هاما في تجسيد القواعد القانونية المتعلقة بتنازع القوانين، يضاف إليها الآراء الفقهية

²⁰ مثلا : تدخل المحكمة العليا في الجزائر للتأكيد على وجوب ميلاد الأصليين الذكريين المطلوبين لإثبات الجنسية الجزائرية الأصلية في الإقليم الجزائري، وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 1996/5/21 .

البارزة، كفه مانشيني (الإيطالي)، وسافيني (الألماني)، والفرنسيين بارتان، نبوايه، بيه وغيرهم، والتي أصبحت من القواعد القانونية المستقرة .

الفصل الأول

مفهوم تنازع القوانين ونشأته.

يظهر مشكل تنازع القوانين في أغلب الأحيان عند عرض المسألة القانونية المتنازع عليها أمام القاضي الوطني، عندما تكون بصدد علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي بالنسبة إلى دولة معينة، أو ذات طابع دولي، ويكون العنصر الأجنبي إزاء هذه العلاقة متمثلاً بالأشخاص، كما لو تعلق الأمر بإبرام عقد بين تونسي وفرنسي بخصوص تجارة ما في الجزائر، أو من حيث المحل، كإبرام عقد في الجزائر بين جزائريين بمال كائن في فرنسا، أو من حيث السبب كتوقيع عقد بين جزائريين في دولة أجنبية، أي أن هذه العلاقة ترتبط عن طريق أطرافها أو سببها أو محلها، بقوانين دولتين أو أكثر، كما لو تعاقد تاجر جزائري مع تاجر إسباني في تركيا لتوريد آلات إلى الجزائر، حيث أن لهذه العلاقة قابلية في إمكانية تطبيق أنسب قوانين هذه الدول.

وفي هذا الاتجاه نجد ما يلي:

تتصل هذه العلاقة بقوانين دولتين أو أكثر، بسبب العنصر الأجنبي الذي يميزها عن باقي العلاقات القانونية الخاصة، وهو ما يؤدي إلى البحث عن القانون الأنسب لحكم هذه العلاقة القانونية.

يلجأ القاضي المعروض أمامه النزاع في مثل هذه الأصول إلى قواعد معينة تسمى في القانون الدولي الخاص "بقواعد الإسناد"، هذه القواعد تكون إلى جانب القواعد

الموضوعية الداخلية، حيث يضعها المشرع الوطني خصيصاً لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقة القانونية²¹.

قبل الإضاعة على قواعد الإسناد وكيفية إعمالها، نتعرض إلى مفهوم تنازع القوانين ونشأته من خلال مبحثين متتاليين.

المبحث الأول

مفهوم تنازع القوانين.

يعني هذا النوع من التنازع وجود قانونين أو أكثر كل منهما قابل للتطبيق على العلاقة القانونية الخاصة، التي تنشأ بين الأفراد وتشتمل على عنصر أجنبي، حيث أن:

- العلاقات التي نحن بصدد دراستها تنور بين الأفراد والتي يحكمها القانون الخاص.

- إن وجود عنصر أجنبي هو الذي يخرج العلاقة القانونية من نطاق القانون الداخلي إلى نطاق القانون الدولي الخاص.

لا يعني تنازع القوانين إدعاء كل قانون حقه في حكم العلاقة القانونية، بل أنه محدود بسيادة دولته داخل إقليمها ولا يتعدى هذه الحدود لمنازعة قانون القاضي في دولة أخرى ليطبق على النزاع²²، إنما يبحث في إمكانية تطبيق قانونه الوطني أو قانون أجنبي، يكون الأنسب لحكم هذه العلاقة القانونية.

فما هو مجال تنازع القوانين وما هي خصائص القوانين المتنازعة.

المطلب الأول

تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان

²¹ تظهر قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين في الجزائر"، في المواد من 09 إلى 24"، في الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان، من الباب الأول، من الكتاب الأول، من القانون المدني الجزائري.

²² فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1981 ص 06.

يختلف تنازع القوانين من حيث المكان عن تنازع القوانين من حيث الزمان، كون الأول يكون بالاتجاه الأفقي، أي بين قوانين دول محددة ومختلفة في وقت معين، غير أن التنازع الزماني ينشأ شاقولياً بين قوانين متعاقبة في دولة واحدة تحكم علاقة قانونية معينة، وتكون صادرة عن سلطة واحدة. كما أن تنازع القوانين من حيث المكان، ينشأ من وجود علاقات مشتملة على عناصر مختلفة وطنية وأجنبية أو كلها أجنبية أمام القاضي الوطني، أما التنازع الزماني فينشأ من صدور قوانين متلاحقة زمنياً في دولة واحدة وبصدد علاقة قانونية واحدة، كأن يتزوج شخص من جنسية دولة معينة ثم يغير جنسيته خلال هذه العلاقة ويطلب حل الرابطة الزوجية، فيثور التنازع بين قانون الجنسية وقت الزواج وقانون الجنسية الجديد.

وتختلف الآلية المتبعة لحل التنازع من حيث المكان عنها من حيث الزمان، فالأول يتم حله عن طريق قواعد يضعها المشرع إلى جانب القواعد الموضوعية تسمى قواعد الإسناد أو قواعد التنازع، أما الثاني فله قواعد انتقالية خاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان.

وبالرجوع إلى موضوع تنازع القوانين من حيث المكان - محل دراستنا - فإنه يمكن أن يظهر من خلال التنازع بين قواعد الإسناد، أي مثلما هناك اختلاف بين الدول في القواعد الموضوعية لكل منها، فإن قواعد التنازع (قواعد الإسناد) هي الأخرى تختلف من دولة لأخرى، فينشأ التنازع بين قواعد الإسناد في دولة معينة مع قواعد الإسناد في دولة أخرى، وهو ما يسمى أيضاً بتنازع أنظمة التنازع التي استخلصت منها فكرة الإحالة كما سنرى لاحقاً.

كما تجدر الإشارة إلى أن التنازع الدولي للقوانين يأخذ أحد شكلين، التنازع الثابت والتنازع المتغير، الذي يظهر في مرحلة اللجوء إلى القضاء لحل المسألة القانونية الخاصة والمشملة على عنصر أجنبي.

إن العلاقة القانونية تخضع لقانون معين منذ نشوء هذه العلاقة وفي مرحلة نفاذها كعلاقة الرابطة الزوجية التي تنشأ بانعقاد الزواج، ثم تمر بآثار الزواج المالية والشخصية، وصولاً إلى انحلال الرابطة الزوجية وما يترتب عنها، فإما أن تكون هذه

العلاقة ثابتة من حيث عناصرها فلا تتبدل أثناء قيامها ونفاذها أي يحكمها قانون واحد، كأن يثور تنازع بين قانون دولة الزوج وقانون دولة الزوجة حول صحة الزواج، وهذا منذ لحظة نشوء هذه العلاقة، وقد ينشأ التنازع بعد نشوء هذه العلاقة وخلال نفاذها، وتتغير جنسية الزوج بعد الزواج فيثور النزاع بين قانون دولة الزوجة وقانون دولة الزوج الجديدة، بعد تغيير جنسيته.

مثال: زواج فرنسي بفتاة لبنانية، ثم ثار نزاع بشأن صحة الزواج، فيكون التنازع بين قانون جنسية دولة الزوج (الفرنسي)، وقانون جنسية الزوجة اللبنانية (القانون اللبناني)، ثم يكتسب الزوج الجنسية الإنجليزية بعد الزواج ويرغب في طلاق زوجته اللبنانية فيثور النزاع بين قانون جنسية الزوج الأولى والثانية من ناحية وتنازع بين قانون جنسية الزوج والزوجة، أي القانون الإنجليزي واللبناني، من ناحية أخرى. فالتنازع الثابت هو الذي يثور مع قيام العلاقة الزوجية، أو أثناء إنفاذها شرط عدم تغيير عناصر العلاقة القانونية المتمثلة بالرابطة الزوجية.

أما التنازع المتحرك فينشأ خلال مرحلة نفاذ العلاقة الزوجية، ويشترط فيه أن تتغير إحدى عناصر العلاقة القانونية المتمثلة بضابط الإسناد.

المطلب الثاني

التنازع الدولي والتنازع الداخلي

1- يقصد بالتنازع الدولي للقوانين هو الذي يقوم بين قانون القاضي الوطني، وقانون أجنبي، كالنزاع حول أهلية إنجليزي متوطن بالجزائر، أو بين قانونين أجنيين، أو عدة قوانين أجنبية، كأن يشتري مغربي آلات زراعية من تاجر إسباني في تركيا، حيث يكون التنازع بين القانون المغربي كون المشتري، ذو جنسية مغربية، والقانون الإسباني وهو قانون الطرف الثاني، وبين القانون التركي محل إبرام العقد.

ومن أهم شروط هذا التنازع أن تكون القوانين لدول ذات سيادة معترف بها، حيث يتم استبعاد تطبيق القوانين الصادرة عن دول غير معترف بسيادتها إذ أن عدم الاعتراف

بسيادة الدولة يؤدي بالضرورة لعدم الاعتراف بقانونها، لأن إصدار القوانين هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة، كما لو كان بالنسبة للجزائر القانون الأجنبي واجب التطبيق أو المتنازع معه هو قانون ما تسمى "دولة إسرائيل" التي لا تعترف بالجزائر بوجودها.

أما مسألة الاعتراف بحكومة الدولة من عدمه فإن عدم الاعتراف بحكومة دولة ما، لا يعني عدم الاعتراف بالقوانين السائدة لأن مسألة الاعتراف بالحكومة لا يعني إنكار القوانين السارية المفعول على إقليم هذه الدولة²³، والاعتراف بالحكومة مسألة سياسية لا علاقة لها بالأشخاص الذين يشكلون الحكومة، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث أقرت عدم السماح للقاضي الفرنسي تجاهل القوانين الصادرة عن دولة ذات سيادة رغم عدم الاعتراف بحكومة هذه الدولة²⁴.

وقد تراجعت بعض الدول التي رفضت تطبيق القانون "السوفياتي" بحجة عدم الاعتراف بالحكومة البلشفية آنذاك، بعد أن اقتنعت أن عدم الاعتراف بالحكومة لا يمنع تطبيق قوانينها وهذه الدول هي فرنسا، بريطانيا، بلجيكا.

2- أما التنازع الداخلي، فهو التنازع الذي يقوم بين قوانين شرائع داخل الدولة الواحدة التي تتعدد فيها الشرائع إما إقليمياً أو شخصياً.

حيث التعدد الإقليمي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، وسويسرا، أما التعدد الشخصي فهو القائم على تعدد الأديان والطوائف كما هو الحال في لبنان ومصر.

ومن الجدير بالذكر فإن معظم الفقه لا يعتبر هذا التنازع يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، ويميز البعض بين التعدد الإقليمي حيث اعتبروه يدخل ضمن القانون الدولي الخاص دون التنازع الشخصي.

²³ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 66، 65.
- ماجد حلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، الكويت 1973، ص 256.
- TYAN EMIL. précis de droit international privé -Bevrouth.2m.ed.Beyrouth 1974- Do. -274 - p. 374.

- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة 1981، ص 10، 11.

²⁴ د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 43.

وقد حاولت الدول التي تتعدد فيها التشريعات توحيد قوانينها ونجحت في ذلك كفرنسا وإيطاليا، بينما ما زالت الولايات المتحدة الأمريكية تدخل هذا التنازع في نطاق القانون الدولي الخاص.

المبحث الثاني

نشأة تنازع القوانين.

بيننا سابقا أن تنازع القوانين ينشأ بين دول مستقلة وذات سيادة، ومختلفة عن بعضها من حيث قوانينها، فلا يمكن أن نتحدث عن مسألة تنازع القوانين إلا عند ظهور الكيانات السياسية المستقلة التي تتباين قوانينها الداخلية، كفرنسا وإيطاليا وهولندا، حيث قام تنازع القوانين بين أقاليمها الداخلية، أي تنازع محلي أو داخلي، وعندما تم توحيد هذه الأقاليم أصبح هذا التنازع دوليا بين قوانين هذه الدول أي بين دولة ودولة أجنبية أخرى.

لذا ارتبطت نشأة تنازع القوانين بالعوامل التاريخية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، حيث تكون العلاقات بين الأشخاص بوجود عنصر أجنبي وهذا بسبب عوامل متعددة، لتظهر المدارس الفقهية والاتجاهات المختلفة، لحل مشكلة تنازع القوانين، فما هي عوامل نشوء تنازع القوانين وما هي المدارس والاتجاهات الفقهية التي ظهرت بهذا الصدد؟

المطلب الأول

عوامل نشأة تنازع القوانين.

تتمثل عوامل نشوء تنازع القوانين بثلاث وهي:

أولاً: تطور العلاقات بين الدول بوجود حركة دولية للأشخاص والأموال ووجود تعامل تجاري واقتصادي بين هذه الدول والمجتمعات، إضافة إلى العلاقات والروابط الاجتماعية والأسرية.

وتعتبر العلاقات الاجتماعية وتنقل الأشخاص بين حدود الدول والإقامة والزواج والعمل والتجارة هي الركن الأعظم في هذه الحركة الدولية، خصوصاً أن ميدان الأحوال الشخصية والأموال والعقود تشكل أهم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المرشحة لمسألة تنازع القوانين، فمثلاً تنقل الأشخاص وزواجهم من خارج إقليم دولتهم يرتب علاقات بين الأفراد وأحد عناصرها أجنبي فتتنازع هذه العلاقات عدة قوانين لدول مستقلة، كالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للزواج، القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وانحلال الرابطة الزوجية والنفقة بين الأقارب، والوصية والميراث وغيرها، إضافة إلى مسألة العقود، كأن يبرم جزائري عقداً مع تونسي يتعلق بتجارة ما موجودة في فرنسا، حيث تتنازع هذه العلاقة ثلاثة قوانين، وبالمحصلة يمكن القول أنه لا يمكن أن ينشأ تنازع القوانين إلا بوجود حركة دولية للأشخاص والأموال.

ثانياً: السماح بتطبيق القانون الأجنبي بالنسبة لدولة القاضي.

لا يمكن تصور وجود تنازع للقوانين عندما ترفض جميع الدول تطبيق القانون الأجنبي في أقاليمها حيث الدول تأخذ بالتطبيق المطلق لإقليمية القوانين، لذا يجب أن تكون قوانين الدول تسمح بتطبيق القانون الأجنبي وهذا بوضع قواعد قانونية تسمح بذلك، حيث يؤدي ذلك إلى تحقيق المقومات الأساسية اللازمة لمفهوم تنازع القوانين.

ثالثاً: اختلاف القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية

وأن لا تكون متماثلة، فلا يمكن تصور وجود تنازع في مسألة القانون المطبق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج إذا كان قانون الأحوال الشخصية متماثل بين الدول، ولا يمكن تصور وجود تنازع بين القوانين إذا كانت قوانين الدول المتعلقة بالقواعد المنظمة للميراث مشابهة، لأن التنازع بين القوانين التي تتنازع علاقة قانونية معينة مبني على مسألة البحث عن المفاضلة بينها لتطبيق القانون الأنسب.

وقد تأخر ظهور تنازع القوانين لتأخر توفر هذه العوامل الثلاث السابقة وكان ذلك في نهاية القرن الثاني عشر حيث قبلت المدن الإيطالية تطبيق قوانين مدينة ما في

مدينة أخرى، من أجل ازدهار التجارة، حيث كانت المدرسة الأولى في نظرية تنازع القوانين، واستمرت الجهود الفقهية لتتشكل في مدارس ثلاث في مرحلة ما قبل صدور التقنين المدني الفرنسي وصدور اتجاهات فقهية حديثة ومعاصرة بعد صدور هذا التقنين وهو ما نتناوله حالا.

المطلب الثاني

المدارس والاتجاهات الفقهية في مجال نظرية تنازع القوانين.

أشرنا في مقدمة هذا الموضوع إلى كيفية ظهور القانون الدولي الخاص، الذي كان من أهم مواضيعه تنازع القوانين، وغياب هذه الظاهرة في المجتمعات القديمة وظهر بذرتها في الحقوق اليونانية والرومانية، كذلك في العصور الوسطى حيث الممالك الجرمانية "وشخصية القوانين"، والإقطاع ونظام "إقليمية القوانين".

إلا أن أواخر القرن الثاني عشر كان بداية نشوء أهم النظريات الفقهية أو ما سميت بالمدارس الفقهية أحيانا، حيث ظهرت ثلاث مدارس فقهية هي المدرسة الإيطالية للأحوال والمدرسة الفرنسية للأحوال والمدرسة الهولندية.

أولا: المدرسة الإيطالية للأحوال.

اجتهد الفقهاء الإيطاليون الذين اعتمدوا على طريقة التحشية على النصوص الرومانية (المحشون الأولون)، ثم تبعهم (المحشون اللاحقون) وهم الذين اعتمدوا الشروح على المتن ومن أبرزهم "بارتول" في الوقت الذي ازدهرت التجارة بين المدن الإيطالية المختلفة قوانينها والتي تعالج النزاعات بين الأفراد الذين ينتمون إلى أكثر من مدينة.

من أبرز الحلول التي وضعها فقهاء هذه النظرية ما يلي:

- 1- التمييز بين الإجراءات والموضوع، حيث يسري قانون القاضي على الإجراءات التي لا يمكن السماح بتطبيق قانون أجنبي بشأنها، على عكس الموضوع الذي يمكن تصور تطبيق قانون أجنبي عليه.

2- العقود: إخضاعها لقانون محل إبرامها²⁵ سواء في الشكل أو الموضوع وذلك وفقاً لقاعدة لو كيس "Locus regit actum" باستثناء بعض المسائل الفرعية كإجراءات تقديم دليل إثبات، والآثار غير المباشرة للعقد حيث أخضعوا الأولى للقانون واجب التطبيق أما الثانية إلى مكان تنفيذها أو لقانون القاضي.

3- الجرائم: أخضعوها لمكان وقوعها وتشمل الأفعال الضارة والنافعة، حيث أن هذه القاعدة أصبحت ثابتة حتى يومنا هذا²⁶.

4- الأموال: تم إخضاع الأموال لقانون موقعها²⁷.

5- الأحوال الشخصية، تم إخضاعها لقانون الموطن.

6- تقسيم الأحوال الشخصية إلى الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، أو الأحوال الملائمة و الأحوال البغيضة، حيث سمح للمدن الأخرى بتطبيق المستحسنة فيها، بينما الأحوال المستهجنة التي تضر بالشخص ولا يقلبها المنطق فتطبق عليها قانونها فلا تمتد خارج الإقليم، و كان محظوراً على القاضي تطبيقها، حيث اعتبرت أول بذرة للدفع بالنظام العام.

ثانياً: المدرسة الفرنسية للأحوال (القرن السادس عشر)

تقوم هذه النظرية في تنازع القوانين بين المقاطعات الفرنسية المختلفة قوانينها على أفكار كل من الفقيهين: شارل ديمولان وبرتران دار جنتريه.

1- ديمولان (1500-1566):²⁸

أهم ما جاء به ديمولان مبدأ سلطان الإرادة في العقود، حيث اعتبر أنه إذا كان مبدأ إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق محل الإبرام فمن الأولى أن يتم السماح باختيار قانون غير محل الإبرام ليحكم العقد بين المتعاقدين.

²⁵- غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 14

²⁶- هشام غلي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 22. أنظر أيضاً، فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2013/2014، ص 30.

²⁷- عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، 1986، ص 24-25.

كما أن ديمولان هو أول من اكتشف مسألة التكييف وكان ذلك بمناسبة قضية تناولت النظام المالي للزوجين²⁹، الذي أخضعه إلى قانون موطنهما وهو التكييف الذي ما زال القضاء الفرنسي يعتمد، وذلك بعد أن دعم هذه الفكرة الفقهية بارتان فيما بعد بنظريته المشهورة الخاصة بالتكييف.

2- دارجنترية (1519-1590)

هو قاض في مقاطعة بريتان الإقطاعية التي ضمت إلى التاج الفرنسي، حاول المحافظة على أعراف هذه المقاطعة لضمان استقلالها القانوني.

اعتبر دارجنترية أن الأحوال تقسم إلى عينية وشخصية، حيث أخضع الأحوال العينية إلى قانون موقعها مع أنه يحصر الأحوال العينية بالعقار فقط، أما الأحوال الشخصية المتعلقة حصراً بالحالة والأهلية والمنقول فيمتد تطبيق القانون الوطني لموطن الشخص أينما وجد، واعتبر الأحوال التي تتعلق بآن واحد بالعقار والأشخاص أحوالاً مختلطة، حيث تطبق تطبيقاً إقليمياً كما هو الحال في الأحوال العينية.

وبالمحصلة فإن دارجنترية بنى حلوله لتنازع القوانين على مبدأ عام هو إقليمية الأحوال، واستثنى الأحوال الشخصية وبالضبط حالة الشخص وأهليته والمنقول، حيث أخضعه لقانون الموطن.

ثالثاً: المدرسة الهولندية (القرن السابع عشر الميلادي)

ثبت فقهاء هذه المدرسة ما جاء به دارجنترية للتشابه بين وضع مقاطعة بريتان وهولندا وسعيهما للتحرر، وعلى ذلك اعتمدت هذه المدرسة فكرة إقليمية القوانين وطبقته بشكل مطلق ودون استثناء.

²⁹ - سامي يدع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت (لبنان)، 1994، ص 107.

لكن بالرغم من هذا التشدد باعتبار أنه ليست للقوانين السيادة إلا على الإقليم الذي أصدرها، فقد سمحت بتطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة الدولية وليس الإلزام³⁰.

وقد كان القصد من فكرة المجاملة هو أن لا تكون من طرف القاضي وإنما من طرف المشرع أي أن المجاملة يجب أن تظهر في التشريع³¹، وليس من طرف القاضي الذي يمكن أن يتعسف في استعمال مبدأ المجاملة وهو النقد الذي وجه لهذه النظرية حينها.

وقد تبنت هذه المدرسة تقسيم الأحوال إلى عينية ومختلطة، مشابهة مبدأ دارجنترية مع اختلاف في المضمون، ومن أهم فقهاء هذه المدرسة، هوبير إريك "Huber Ulric" 1636-1694، وهو أول من استعمل مصطلح تنازع القوانين، إضافة إلى بول فويت "Paul Voet" (1619-1677).

المطلب الثالث

الاتجاهات الحديثة والمعاصرة في تنازع القوانين.

ظهرت هذه الاتجاهات بعد صدور التقنين المدني الفرنسي، حيث تمثلت أهم الاتجاهات الفقهية الحديثة بفقهاء سافيني (الألماني) وفقه مانشيني الإيطالي، بينما تميزت الاتجاهات المعاصرة ببروز كل من الفقهاء الفرنسيين، بيبه، بارتان، ونوابيه. أولاً: الاتجاهات الفقهية الحديثة.

1- فقه سافيني 1779-1861.

ظهر فقه سافيني في كتابه "القانون الروماني" المنشور عام 1849، حيث بنى فكرته لمشكلة تنازع القوانين على عامل الاشتراك الحضاري بين الدول الأوروبية التي لها دين موحد هو المسيحي والعامل الآخر هو اعتبارها وراثاً للقانون الروماني، واعتماداً

³⁰- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 1996، ص ص 40-41.

على هذه العاملين تخلق قواعد مشتركة تسمح بالوصول لحلول موحدة بين هذه الدول حيث تجد قوانين بعض الأقاليم تطبيقاً لها في أقاليم بعضها الآخر.

واتبع سافيني أسلوباً منفرداً في التحليل حيث توصل للحلول القانونية الآتية³²:

1-تطبق على الأموال سواء كانت عقاراً أو منقولاً قانون الدولة التي يوجد بها.

2-تطبق على حالة الشخص وأهلية قانون موطنه.

3-تطبق على الالتزامات التعاقدية قانون مكان تنفيذ الالتزام.

ولم تتجو أفكار سافيني من الانتقاد خاصة في مسألة الاشتراك الحضاري للدول المسيحية التي أصبحت لا يعتد بها بعد تطور التجارة بين الدول والحركة الدولية للأشخاص بين مختلف دول العالم، كذلك مسألة مكان تنفيذ الالتزام حيث يمكن أن تتصرف إرادة الأشخاص إلى غير ذلك.

2-فقه مانشيني 1817-1888:

يتميز فقه مانشيني عن سابقيه باعتماده مبدأ شخصية القوانين، أي خضوع الشخص لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وفي محاضراته التي ألقاها في تورين "الجنسية كأساس للقانون الدولي"، عام 1851 اعتمد في فقهه على قانون الجنسيات، حيث اعتبر أن الأشخاص هم مجموعة تجمعهم وحدة الدين والأصل واللغة والتقاليد، وعليه فإن قانون كل دولة يجب أن يكون مستمداً من هذه الصفات التي تتلاءم مع تطلعات هذه المجموعات، لذلك وجب أن يكون لكل دولة قانون يمتد ويرافق هؤلاء الأشخاص المنتمين للدولة داخل وخارج الإقليم³³.

اعتمد مانشيني شخصية القوانين كأصل واستثنى ما يلي:

1-القوانين المتعلقة بالنظام العام.

2-اعتماد مبدأ سلطان الإرادة، أي تطبيق قانون إرادة الأطراف على العقود من حيث موضوعها.

3-إخضاع شكل التصرف لقانون البلد الذي تم فيه.

³²- سامي بديع، المرجع السابق، ص ص 93-94.

³³- عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 53.

وكانت كثرة الاستثناءات الواردة على مبدأ شخصية القوانين، إحدى أهم الانتقادات التي وجهت لفقهه، إضافة للخلط بين الأمة والدولة، فقد اعتبر الأمة هي الدولة وهذا غير واقعي.

ثانيا: الاتجاهات المعاصرة: تميزت هذه الاتجاهات المعاصر ب بروز كل من الفقهاء الفرنسيين بيبه، بارتان وبنواييه.

1-فقه بيبه "Pillet": تأثر فقه بيبه بتكوينه، كونه أستاذا في القانون العام فاعتبر بيبه أن تنازع القوانين ما هو إلا تنازع بين السیادات أو تنازع بين مصالح الدول³⁴، وينبغي أن يحكم هذا التنازع قانون الدولة التي لها مصلحة أكبر في ذلك التنازع، وقد اعتبر أن المفاضلة تتم على أساس القانون الأنسب من بين القوانين المتنازعة، لأنه إذا كان الهدف هو حماية الفرد فإن القانون يجب أن يكون ممتدا (شخصيا)، أما إذا كان الغرض هو حماية المجتمع فيكون (إقليميا).

2-بارتان "Bartin": اشتهر بنظريته التي أطلق عليها "التكييف"³⁵، حيث بنى تحليل العلاقة القانونية المطروحة للنزاع على فكرة السيادة، أي وفقا للقانون الوطني الداخلي، لكي يربطها بما أسماه المؤسسات القانونية (وهو ما يعرف الآن بالفئات القانونية المسندة)، والتي قسمها إلى أربع فئات أو مؤسسات. أ- الفئة التي تمس تكوين الأسرة أو حماية الأفراد وأخضعها لقانون الجنسية.

ب - الفئة التي تمس الأموال، وأخضعها لقانون مكان وجوده.

ج- فئة الالتزامات غير التعاقدية وشكل التصرفات لقانون المحل.

د- الفئة التي تخص التصرفات المالية لقانون الإرادة.

3-نبواييه "Niboyet": اعتبر نبواييه أن الهدف من وضع المشرع الفرنسي لقواعد الإسناد هو حماية المصالح الوطنية الفرنسية، ويمكن ملاحظة ذلك لاحقا عند دراسة تفسير قاعدة الإسناد.

³⁴BATIFFOL ET LAGARDE, OP. CIT, TOME 1,N.233, P 304.

³⁵- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 43، كذلك: د أعراب بلفاسم، المرجع السابق، ص 65.

أن المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي أيا كان هذا العنصر، كان في النهاية يخضع للعنصر الفرنسي الموجود بهذه العلاقة سواء كان الشخص أو المحل أو الموضوع، وعليه فأهم ما يميز فقه نبوييه هو التعصب للقانون الوطني والتضييق ما أمكن من تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الرابع

تنازع القوانين في ظل الإسلام.

بعد امتداد الفتوحات الإسلامية إلى أصقاع العالم المختلف، ظهر التقسيم المعروف بدار الحرب ودار الإسلام وإلى جانبهما دار الصلح، ولم يكن تنازع للقوانين بين الدارين، حيث ينعدم وجود العلاقات التي تؤدي إلى نشوء هذا التنازع، رغم وجود ما كان يعرف بالمستأمن وهو الذي قدم من دار الحرب للإقامة في دار الإسلام لفترة مؤقتة، ولكون الشريعة الإسلامية السمحاء كانت ذات نظرة عالمية، لا تعرف الحدود السياسية أو الطبيعية، فقد كان تطبيق قوانينها تطبيقاً إقليمياً.

بالمقابل فقد ظهر ما يسمى التنازع الداخلي داخل دار الإسلام، بين المسلم وغير المسلم وكذلك بين غير المسلمين من الذميين "المسيحيين واليهود".

وقد طغى مبدأ إقليمية القوانين في دار الإسلام، مع السماح في بعض الأحيان إلى تطبيق القاضي المسلم لأحكام ديانة غير المسلمين، إذ كانوا مشتركين في الديانة (مسيحي مع مسيحي) أو (اليهودي مع آخر)، وهذا في المنازعات التي تتعلق بدياناتهم.

الفصل الثاني

آليات تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

يستند حل مشكل تنازع القوانين على أساس البحث عن أنسب وأفضل القوانين المتنازعة والمتزاحمة على حكم العلاقة القانونية، التي تشتمل على عنصر أجنبي،

وذلك بالاستناد إلى قواعد قانونية تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، تسمى هذه القواعد "بقواعد الإسناد" أو قواعد تنازع القوانين.

وقد لجأ المشرع الجزائري إلى الاعتماد على هذه الطريقة لحل مشكل التنازع المذكور حيث نظم هذه القواعد تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان"، المدرجة تحت الفصل الثاني من الباب الأول للقانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر 10/05 لعام 2005، وذلك في المواد من "9 إلى 24".

عندما تعرض المسألة القانونية المشتعلة على عنصر أجنبي على القاضي، عليه تحديد طبيعة المسألة المتنازع عليها بما يسمى (التكييف)، ثم يبحث من خلال قواعد الإسناد الوطنية عن ضابط الإسناد الذي يرشده للقانون الواجب التطبيق، فقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي، فيطبق قواعده الموضوعية، وقد يكون هذا القانون هو قانونا أجنبيا، فهل تطبق قواعده الموضوعية مباشرة، أم نستشير قواعد إسناده (قواعد التنازع)؟

إذا طبقت قواعده الموضوعية مباشرة، نكون بصدد رفض ما يسمى "الإحالة" في القانون الدولي الخاص، أما إذا استشرنا أو طبقنا قواعد أسناده، ثم أشارت هذه القواعد إلى قانونا آخر، سواء كان قانون القاضي أم قانونا ثالثا (آخر)، ففي هذه الحالة نكون بصدد "الإحالة".

لذلك سوف نتولى دراسة هذه النقاط في ثلاث مباحث وهي على التوالي:

قواعد الإسناد، التكييف، والإحالة.

المبحث الأول

قواعد الإسناد.

يضع المشرع القواعد الموضوعية الداخلية التي تطبق على كافة العلاقات القانونية كقواعد القانون المدني، التجاري، الأسرة... الخ، وهي القواعد التي تطبق مباشرة على العلاقة القانونية المعروضة على القاضي، ويصع إلى جانبها قواعد يمكن الرجوع إليها في المسائل المشتعلة على عنصر أجنبي تسمى قواعد التنازع أو قواعد

الإسناد، فما هي هذه القواعد؟ نستعرضها من خلال تعريفها، عناصرها، وخصائصها، ومدى التزام القاضي بتطبيقها، من خلال المطالب الثلاث الآتية.

المطلب الأول

تعريف قاعدة الإسناد وعناصرها.

الفرع الأول: تعريف قاعدة الإسناد.

إن العلاقات القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي سواء من حيث المحل أو السبب أو الأشخاص، يضع المشرع بشأنها قواعد قانونية خاصة ترشده إلى معرفة القانون واجب التطبيق، من بين القوانين المتنازعة، فتحدد القانون الأنسب لحكم هذه العلاقة سواء كان قانون القاضي أم القانون الأجنبي.

فقاعدة الإسناد هي: "عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني، وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي".

الفرع الثاني: عناصر قاعدة الإسناد.

من الصعب حصر مختلف العلاقات القانونية الخاصة بين الأشخاص، لذلك فإن بناء قواعد الإسناد يتم على أساس فكرة المجموعات أو الفئات، حيث يتم تصنيف المسائل القانونية الخاصة بين الأفراد إلى فئات أو مجموعات متشابهة ومتقاربة كقوة الأحوال الشخصية، الالتزامات التعاقدية، غير التعاقدية، الأموال... الخ، بحيث تشمل كل فئة وحدة النوع والطبيعة الحقوقية.

يقابل كل مجموعة قانون معين يطبق على هذه المجموعة وذلك بعد ربطه بأحد عناصر العلاقة القانونية كالجنسية أو الموطن أو المحل، والذي يسمى ضابط الإسناد.

مما سبق نستنتج أن قاعدة الإسناد مكونة من ثلاث عناصر هي، الفئة المسندة، ضابط الإسناد، القانون المسند إليه.

وهناك كثير من الفقه ورجال القانون يعتبرون أن لقانون المسند إليه ما هو إلا النتيجة المترتبة عن قاعدة الإسناد، أي أن عناصر قاعدة الإسناد تقتصر على الفئة المسندة وضابط الإسناد.

أولاً: الفئة المسندة:

هي عبارة عن مجموعة المسائل القانونية المتقاربة والمتشابهة التي خصها المشرع بضابط إسناد أو أكثر لإسنادها إلى قانون دولة معين.

حيث عمد المشرع -ونظراً لكثرة المسائل القانونية التي يصعب حصرها- إلى جمع المسائل المتقاربة والمتشابهة لوضعها في فئة مسندة واحدة، وربطها بقانون دولة معين من بين القوانين التي تتنازع حكم هذه العلاقة وذلك بواسطة ضابط إسناد محدد، كفئة الأحوال الشخصية، فئة الأموال، فئة الالتزامات التعاقدية، الالتزامات غير التعاقدية.

ثانياً: ضابط الإسناد: يتم اختيار أحد العناصر المكونة للعلاقة القانونية الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي والمستمدة من أطراف هذه العلاقة، كالجنسية، الموطن، الإرادة المشتركة للأطراف، أو محلها كموقع المال أو مكان التنفيذ، أو سببها كمحل إبرام العقد أو مكان مباشرة الإجراءات، وذلك لجعله صلة ربط بين الفئة المسندة والقانون المختار من القوانين المتنازعة.

فضابط الإسناد هو: أداة قانونية ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه. أو هو المعيار المختار لتحديد القانون واجب التطبيق.

أو المعيار الذي يثبت به الاختصاص لقانون معين، فهو الصلة التي تربط الفكرة المسندة بالقانون المسند إليه³⁶.

36 - عكاشة محمد عبد الغال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 19.

فئة الإسناد الخاصة بالأهلية (حسب المادة 10 ق م ج) خصها المشرع الجزائري بضابط إسناد هو الجنسية، يسند هذه الفئة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

أما القانون المسند إليه فهو القانون الذي حدده ضابط الإسناد المخصص لفئة مسندة محددة، فئة الإسناد الخاصة بالمال وضع لها المشرع ضابط الإسناد هو موقع المال وإن قانون الدولة التي يقع فيها المال هو القانون المسند إليه أو واجب التطبيق، وإذا كان ضابط إسناد فئة شكل التصرفات هو محل إبرام العقد فإن القانون المسند إليه هو قانون الدولة التي أبرم فيها هذا العقد.

لقد خص المشرع الجزائري كل فئة مسندة إلى ضابط إسناد واحد يربطها بالقانون المسند إليه، إلا أنه خص بعض الفئات بعدة ضوابط إسناد بعضها اختيارية كما هو الحال في المادة 19 ق م وبعضها مرتبة أصلية واحتياطية كالمادة 18 ق م .

المطلب الثاني

خصائص قاعدة الإسناد.

تتميز قاعدة الإسناد بأنها قواعد غير مباشرة، قواعد مزدوجة ومحيدة.

الفرع الأول: قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة.

الوظيفة الأساسية لقاعدة الإسناد هي إرشاد القاضي للقانون واجب التطبيق حيث تقوم بإسناد النزاع إلى قانون معين، ثم تترك للقواعد الموضوعية لهذا القانون والتي ترتبط بموضوع النزاع بيان الحل النهائي لهذا النزاع. أي أن قاعدة الإسناد لا تعطي الحل النهائي للنزاع بل تبين القانون الذي يخضع له النزاع.

فمثلا: قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية (م 10 ق م ج)، لا تبين سن الرشد الواجب لاكتمال الأهلية، بل ترشد القاضي للقانون الذي سيتكفل هو ببيان سن الرشد الذي يحدد أهلية الشخص.

كذلك قاعدة الإسناد الخاصة بانعقاد الزواج³⁷، لا تحدد شروط صحة الزواج ولا تبين صحة الزواج من عدمه بل تبين القانون الواجب تطبيقه على انعقاد الزواج وتترك لهذا القانون بيان الشروط الموضوعية الواجب توفرها لصحة انعقاد الرابطة الزوجية. وهذه الميزة لقاعدة الإسناد تظهر لنا الفرق بين موضوع تنازع القوانين وموضوعات القانون الدولي الخاص الأخرى، كالجنسية أو مركز الأجانب التي يتم تطبيق قواعدها مباشرة على موضوع النزاع³⁸.

الفرع الثاني: قاعدة الإسناد ثنائية الجانب "مزبوجة".

تتميز قاعدة الإسناد في أنها يحتمل فيها جانبان بأنها إما أن تشير إلى اختصاص القانون الوطني لحكم النزاع وإما أن تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي فقاعدة الإسناد الجزائرية الخاصة بالأهلية (م10) قد تشير إلى اختصاص قانون القاضي أي القانون الجزائري أو القانون الأجنبي³⁹.

فلو أثبتت مسألة تتعلق بنزاع حول أهلية إنجليزي متوطن بالجزائر فإن قاعدة الإسناد قد تشير إلى اختصاص القانون الجزائري أو الأجنبي وذلك حسب جنسية الشخص، وهي لا تترك فراغا في حل المسألة القانونية المعروضة كونها تجعل الاختصاص لأحد القانونين المتنازعين.

الفرع الثالث: قواعد الإسناد قواعد محايدة: إن القاضي المعروض عليه النزاع لا يعلم بنوع الحل الذي سيطبق على النزاع، لأن حدود معرفته حسب قاعدة الإسناد هو إظهار القانون المختص بحكم هذه العلاقة، دون نوع الحل، حيث يمكن أن يكون هذا قانون القاضي أم القانون الأجنبي.

المطلب الثالث: مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد

تهدف قاعدة الإسناد إلى إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق، وعادة ما يطلب الخصوم من القاضي أعمال قاعدة الإسناد التي وضعها مشرعه الوطني، لكن

³⁷- تنص المادة 11 من ق م ج "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"

³⁸- فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، المرجع السابق، ص31.

³⁹- نصت المادة 10 من ق م ج "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"

الخصوم قد يلتزمون الصمت، إما لجهلهم بقواعد الإسناد، أو بقصد منهم لأن تطبيق هذه القاعدة تؤدي إلى حكم يضر بمصلحتهم .

فهل القاضي في مثل هذه الأحوال ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه؟

يظهر بهذا الصدد ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: ساد هذا الاتجاه في إنجلترا، وهو يمنع القاضي من إعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه، بل يطبق القواعد الموضوعية في قانونه حتى لو كانت العلاقة القانونية المطروحة للنزاع مشتملة على عنصر أجنبي، وإذا تمسك الخصوم بإعمال قاعدة الإسناد فلا يجوز له الامتنال لذلك إلا إذا أثبت الخصوم أن مضمون القانون الأجنبي يختلف عن أحكام القانون الانجليزي⁴⁰.

نستنتج أن المشرع الانجليزي يفترض التشابه بين قانونه والقانون الأجنبي، لهذا فإنه إذا تمسك الخصوم بإعمال قاعدة الإسناد وجب عليهم إثبات هذا الاختلاف.

الاتجاه الثاني: ساد اتجاه ثان في ألمانيا يلزم القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك بها الخصوم، ولم يشترط هذا الاتجاه إثبات الاختلاف بين القانون الأجنبي وقانون القاضي. وقد قبلت المحكمة العليا في ألمانيا تمسك الخصوم بتطبيق قاعدة الإسناد أمامها*.

الاتجاه الثالث: يترك هذا الاتجاه السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، بغض النظر عن تمسك الخصوم بتطبيقها أم لا، طبقت ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1960/03/02 " يسوغ لقضاة الموضوع البحث عن القانون الأجنبي ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه"*

وجهت لهذا الاتجاه انتقاد على أنه يفسح المجال واسعا لأهواء القضاة .

- إن الهدف من تطبيق قاعدة الإسناد هو أن يتمكن القاضي من معرفة القانون الواجب التطبيق، الذي قد يكون قانونه أم قانونا أجنبيا، ولكي يصل إلى ذلك الهدف عليه القيام بتفسير لقاعدة الإسناد، حيث أن هذه المسألة تثير عملية

⁴⁰- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 63.

أولية لأبد للقاضي المرور بها وهي عملية التكييف، وكذلك مسألة الإحالة وهي الحالة التي يرفض فيها القانون الأجنبي الاختصاص، ويقبل القاضي الوطني اختصاص قانونه أو قانون دولة أخرى ، فما هو التكييف؟ وما هي الإحالة؟

هذا ما سنتناوله في المبحث الثاني والثالث من هذا الفصل.

المبحث الثاني

التكييف La Qualification

نتناول هذا المبحث من خلال مفهوم التكييف "المطلب الأول"، الاتجاهات أو النظريات الفقهية في القانون الذي يخضع له التكييف "المطلب الثاني" وأخيرا التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري "المطلب الثالث".

المطلب الأول

مفهوم التكييف ونشأته.

يعتبر التكييف عملية أولية يلجأ إليها القاضي لتحديد طبيعة المسألة المطروحة أمامه، فما هو التكييف وكيف نشأ؟

الفرع الأول: مفهوم التكييف: يتعرض القاضي في مختلف فروع القانون الداخلي إلى مسائل قانونية تتطلب فيه القيام بعملية التكييف، ففي العقود "القانون المدني" عليه إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد فيما إذا كان عقد بيع أم وعد بالبيع، أم عقد إيجار أو عقد وكالة... الخ، وفي الجانب الجزائي عليه أن يحدد الوصف القانوني لجريمة ما، هل هي سرقة أم اختلاس أم خيانة الأمانة... الخ، وهو التكييف في القانون الداخلي.

أما التكييف في القانون الدولي الخاص، فيظهر عندما تعترض القاضي مسألة قانونية بين الأفراد تشتمل على عنصر أجنبي موضوعها قانون خاص ما، إذ عليه البحث عن الفئة المسندة المناسبة لإدراج المسألة فيها، فإذا كانت المسألة المطروحة

متعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بين فرنسي وإسبانية، فإن الفئة المسندة هي انحلال الرابطة الزوجية، التي خصص لها المشرع ضابط إسناد هو جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فالقانون المسند إليه هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى، فعملية تحديد المسألة المطروحة ثم وضعها في فئة مسندة معينة تسمى "عملية التكييف".

إذا التكييف هو: "تحديد طبيعة موضوع النزاع من أجل وضعه بإحدى الفئات المسندة بنية ربطه بالقانون المسند إليه وبالتالي القانون الذي يحكم النزاع".

أو "تشخيص حالة قانونية معينة بقصد تصنيفها بين مختلف الفكر المسندة"⁴¹.

لكن التكييف بحد ذاته ليس هو المشكل في القانون الدولي الخاص إنما المشكل هو تنازع التكييفات أو التنازع في التكييف، أي معرفة القانون الذي يخضع له التكييف، فلو أعطت القوانين جميعا نفس التكييف للمسألة القانونية المطروحة أما القاضي لما كانت هناك مشكلة، لكن هذه المسألة لها علاقة بقانونين أو أكثر كونها تشتمل على عنصر أجنبي لذلك يجب معرفة: ما هو القانون من بين هذه القوانين الواجب التكييف بمقتضاه؟

تعطي القوانين المرتبطة بالعلاقة بالقانونية تكييفات مختلفة تؤدي إلى نتائج مختلفة، حيث تظهر أهمية التكييف ودور القاضي في اختيار القانون الذي يحكم التكييف.

الفرع الثاني: نشأة التكييف لقد كان الفقيه ديمولان أول من أبرز أهمية التكييف عندما أخضع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة لا لقانون موقع المال باعتبار هذه العلاقة عقدية.

لكن مسألة التكييف لم تتبلور إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني "فرانز كاهن" والفرنسي "بارتان" هذا الأخير الذي وضع نظرية متكاملة للتكييف في القانون الدولي الخاص، والتي استخلصها من القضايا المأخوذة من القضاء الفرنسي، أمثلة:

⁴¹ - عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع السابق، ص 114.

01/وصية الهولندي⁴²: حيث تتلخص هذه القضية بأن قام هولندي موجود بفرنسا بتحرير وصية بالشكل العرفي، حيث القانون الفرنسي يجيز ذلك، ثار نزاع بشأن صحة هذه الوصية، ومن المعروف أن القانون الهولندي لا يعترف للهولنديين كتابة الوصية بالشكل العرفي بل بالشكل الرسمي حتى لو كانوا في خارج هولندا، فلو تم التكييف حسب القانون الفرنسي فإن الوصية صحيحة وتدخل في شكل التصرفات الأمر الذي يجعلها خاضعة لقانون بلد الإبرام وهو القانون الفرنسي، بينما لو تم التكييف حسب القانون الهولندي فالوصية غير صحيحة وباطلة، ولا تدخل في شكل التصرفات، بل تدخل في أهلية الشخص الهولندي، والأهلية تخضع لقانون الجنسية وهو القانون الوطني الهولندي "الموصي"، وعليه فالحل سيكون مختلفا بحسب القانون الذي يتم وفقه التكييف.

02/ زواج اليوناني "الأرثودوكس"

تتلخص القضية بزواج يوناني أرثودوكسي بفرنسية في فرنسا زواجا مدنيا، وبمناسبة نزاع يخص صحة هذا الزواج أمام القضاء الفرنسي، أثارت مسألة خضوع التكييف، هل للقانون الفرنسي الذي يعتمد الزواج المدني أم للقضاء اليوناني الذي يشترط في الزواج الشكل الديني؟

حيث أنه إذا تم التكييف حسب القانون اليوناني فإن الشكل الديني هو من الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، والشروط الموضوعية تخضع حسب قواعد الإسناد الفرنسية لقانون جنسية الزوجين، وهو القانون اليوناني، وأن تخلف أحد الشروط الموضوعية يبطل الزواج.

أما إذا تم التكييف حسب القانون الفرنسي فإن الشكل الديني هو أحد الشروط الشكلية التي تخضع لقانون بلد الإبرام وهو القانون الفرنسي فيعتبر الزواج صحيحا.

03/ ميراث المالطي⁴³: تتلخص هذه القضية بأن زوجان من جزيرة مالطا استقرا بعد زواجهما في الجزائر التي كانت تحت الاحتلال الفرنسي، توفي الزوج وترك عقارات

⁴²- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 73.

⁴³- سامي بديع، المرجع السابق، ص 178. كذلك: د. فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 73.

ذات قيمة مالية كبرى، طالبت الزوجة بنصيبها وفقا للقانون المالطي الذي يسمى "نصيب الزوج المحتاج أو البائس"، حيث يعترف هذا القانون للزوجة بهذا الحق، فلو تم التكييف وفقا للقانون المالطي فإن هذا الحق يعتبر من نظام الأموال وفي فرنسا ووفقا لقانون القاضي الفرنسي فإنه يخضعه للقانون المالطي الذي يعترف للزوجة بهذا الحق.

أما إذا تم تكييفه وفقا للقانون الفرنسي فإنه سوف يعتبره من ميراث الهالك، حيث يخضع وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية، إلى قانون موقع العقار وهو القانون الفرنسي الذي لا يعترف في حينها بحق الزوجة في ميراث زوجها⁴⁴.

يتضح مما سبق أن الاختلاف في تكييف المسألة المتنازع عليها بين قوانين الدول يؤدي إلى الاختلاف في القانون واجب التطبيق، وهذا يظهر الأهمية البالغة في تحديد القانون الذي يخضع له التكييف.

المطلب الثاني

الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد القانون الذي يخضع له التكييف.

عندما نكون بصدد المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، في العلاقات القانونية الخاصة التي تشتمل على عنصر أجنبي، يبرز السؤال التالي: ما هو القانون الذي يلجأ إليه القاضي الوطني عند القيام بعملية التكييف؟ هل هو قانون دولة القاضي أم القانون المختص بحكم النزاع، أم قانونا آخر؟

برزت بهذا الشأن النظريات التالية:

الفرع الأول: نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي.

لنظرية خضوع التكييف لقانون القاضي قاعدة عامة، وترد عليها استثناءات.

أولاً: القاعدة.

يعتبر الفقيه الفرنسي بارتان هو مؤسس هذه النظرية في فرنسا بينما تولى هذا الرأي الفقيه "كاهن" في ألمانيا، ومحتوى هذه النظرية هو أن عملية التكييف يجب أن تكون

⁴⁴ حكم صادر عن محكمة الجزائر بتاريخ 1889/12/24، أنظر ذلك في أ.د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص76.

حسب قانون القاضي، أي على القاضي اتباع أحكام قانونه الوطني والمفاهيم التي يمثلها عند إجراء عملية التكييف، ويقصد بقانون القاضي كل القواعد القانونية، سواء كان مصدرها التشريع أم العرف أو القضاء⁴⁵.

وقد استخلص بارتان هذه القاعدة من خلال القضايا التي فصل بها القضاء الفرنسي في مسألة التكييف، فمن خلال قضية وصية الهولندي، وميراث المالطي وجد الفقيه بارتان أن معرفة القانون الواجب تطبيقه تتم حسب قانون القاضي، وهو ما فعلته المحاكم الفرنسية، دون أن ينتبه القضاة إلى أن هذه العملية هي عملية التكييف أي أن القضاء الفرنسي كان يتقيد في تحديد طبيعة المسألة محل النزاع بأحكام القانون الفرنسي⁴⁶.

ثانيا: تبرير خضوع التكييف لقانون القاضي.

برر "بارتان" نظريته في خضوع التكييف لقانون القاضي على فكرة السيادة⁴⁷، حيث حسب رأيه أن التنازع بين قوانين الدول هو تنازع بين سيادات هذه الدول، وعندما تسمح قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق القانون الأجنبي فذلك هو تنازل عن جزء من سيادة القانون الوطني لفائدة القانون الأجنبي، وبما أن قواعد الإسناد من صنع المشرع الوطني فإنه إذا هو من ينظم حدود وكيفية هذا التنازل عن السيادة عن طريق قواعد الإسناد الوطنية، ولذلك فإن تحديد مقدار التنازل لفائدة القانون الأجنبي، مسألة تخضع للقانون الوطني أي لقانون القاضي، سواء كان هذا التكييف يتنازعه قانون القاضي والقانون الأجنبي أم بين قانونيين أجنبيين أي أن هذه القاعدة تنطبق بشكل مطلق.

اعتمد الفقه الحديث نظرية بارتان في خضوع التكييف لقانون القاضي لكنه اختلف عنه في مسألة التبرير حيث ابتعد عن تبرير بارتان المبني على فكرة السيادة، مبررا الأخذ بخضوع التكييف لقانون القاضي لما يلي:

45 - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 66.

46 - فؤاد عبد المنعم و سامية راشد، المرجع السابق، ص 62.

47 - سامي بديع، المرجع السابق، 183.

1- التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية، فلا يعقل أن يتم هذا التفسير من قانون غير القانون الذي أوجد هذه القاعدة⁴⁸.

2- إن القانون الأجنبي لا يمكن معرفته إلا بعد عملية التكييف أي أن التكييف هو عملية أولية سابقة على معرفة القانون الأجنبي واجب التطبيق كما أن إجراء عملية التكييف وفقا للقانون الأجنبي معناه أن القانون الأجنبي هو القانون الواجب التطبيق وعليه فلا مبرر لعملية التكييف.

3- التكييف عملية يقوم بها القاضي الوطني كمرحلة أولية، مما يعني أن الإسناد في هذه الحالة هو الإسناد القضائي وهو المبرر للقيام بعملية التكييف وفقا لقانون القاضي.

4- يتأثر القاضي الذي يقوم بعملية التكييف بالتكوين القانوني الذي تلقاه مما يجعله ميالا إلى المبادئ الواردة في قانونه وليس قانونا آخر.

ثالثا: الاستثناءات الواردة على خضوع التكييف لقانون القاضي.

1- التكييف الأولي: (السابق) والتكييف الثانوي (اللاحق). يرى بارتان أن التكييف الأولي هو تحديد طبيعة المسألة القانونية المطروحة ووضعها في إحدى الطوائف المسندة (الفئة المسندة) التي تحدد القانون الواجب التطبيق، أما التكييف الثانوي فهو التكييف الذي يقوم به القانون الذي تم الاهتمام إليه بواسطة قاعدة الإسناد.

فلو عرضت على القاضي مسألة موضوعها جنائي (السرقه أو القتل) فإن القاضي يقوم بعملية التكييف وفقا لقانونه بوضع هذه المسألة في فئة الالتزامات غير التعاقدية، حيث ضابط الإسناد هو مكان وقوع الفعل، وهنا ينتهي التكييف الأولي، حيث عرف القانون واجب التطبيق و ينتهي دور القاضي، ثم يأتي دور القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لتجرى عملية التكييف وفقه في تحديد ما إذا كان هذا الفعل ضارا أم لا، هل شكل جريمة أم جنحة، هل هو سرقة أم خيانة الأمانة أم الاختلاس وهذا هو التكييف الثانوي.

⁴⁸- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 60.

وقد أخضع بارتان حسب هذه النظرية التكييف الأولي فقط إلى قانون القاضي وأخرج من هذه الدائرة التكييف الثانوي.

2-تكييف المال⁴⁹:

استثنى بارتان من نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي تكييف المال، هل هو عقاراً أم منقولاً، حيث أخضعه لقانون موقعه، وذلك من أجل استقرار المعاملات المتعلقة بالمال. والملاحظ أن رغم إخضاع التكييف لقانون موقعه لا يتغير شيء كون القانون الواجب التطبيق على المال هو نفسه قانون موقعه، وهو ما يمكن افتراضه من التكييفات اللاحقة.

إلا أنه يصبح لهذا الاستثناء تأثيره عندما يختلف القانون المختص بحكم المال بين كونه عقاراً أو منقولاً، فالقانون الفرنسي يخضع الميراث في المال المنقول لقانون موطن المتوفي أما الميراث في العقار فللقانون موقعه.

3- ورود قاعدة الإسناد في معاهدة:

عندما تكون قاعدة الإسناد المتعلقة بالمسألة محل النزاع واردة في معاهدة نافذة في دولة القاضي، فإن التكييف يكون وفقاً لما نصت عليه المعاهدة وهو ما يشكل استثناء على نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي.

الفرع الثاني: الاتجاه الذي يرى إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع⁵⁰.

مضمون هذا الاتجاه هو أن يكون التكييف وفقاً للقانون الذي تحدده قاعدة الإسناد في قانون القاضي أي القانون المختص بحكم المسألة محل النزاع ففي قضية زواج اليوناني (الكاثوليكي) التي تم ذكرها آنفاً فإن التكييف خارج القانون اليوناني الذي هو من يحدد إذا كان شرط المراسيم الدينية شرطاً موضوعياً أم شكلياً، قد يعتبر جانباً للمنطق.

⁴⁹- لقد استثنى المشرع الجزائري، من نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي تكييف المال، وهو ما يستدل عليه من نص المادة 17

من ق م ج.
⁵⁰- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص176.

انتقد هذا الاتجاه كون عملية التكييف سابقة على معرفة القانون المختص بحكم النزاع فلا يمكن للقاضي معرفة القانون المختص بحكم النزاع قبل أن يقوم بعملية التكييف، وإلا سيقوم بالتكييف مرتين، أي أن التكييف وفقا للقانون المختص بحكم النزاع مرتبط بالتكييف الذي يقوم به القاضي وفقا لقانونه أولا⁵¹.

ففي المثال السابق ووفقا لهذا الاتجاه فإن القانون اليوناني هو الذي يتم وفقه التكييف لأنه هو الذي سيحكم النزاع، لكن تطبيقه مرتبط بالتكييف الذي سينتهي إليه القاضي وفقا لقانونه، وما دام أن التكييف لم يتم بعد فإنه لا يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق، من فقهاء هذا الاتجاه باشيوني "الإيطالي" و "ولف" "الألماني".

الفرع الثالث: التكييف وفقا للقانون المقارن.

يرى فقه هذا الاتجاه وعلى رأسهم "رابل" الفقيه الألماني أنه على القاضي أن يقوم بدراسة النظم القانونية واستعمال المنهج المقارن في استخلاص مفاهيم عالمية تتسجم مع المعاملات الدولية وتتلاءم مع قواعد الإسناد، حيث القصد من وضعها أساسا هو مواجهة مواضيع خاصة ذات طابع دولي.

إلا أن هذا المنهج صعب التطبيق إن لم يكن مستحيلا، كون القاضي من الصعب عليه الإلمام بكل النظم القانونية واستخلاص ما يراد منها، إضافة إلى أن النظم القانونية تختلف فيما بينها بشأن الوصف القانوني المناسب لتكييف المسألة القانونية.

الفرع الرابع: إعطاء دور للقانون الأجنبي والتوسع في مفهوم الفئات المسندة "النظرية الحديثة"

1- إعطاء دور للقانون الأجنبي: على القاضي القيام بتحليل نظام قانوني معين ليصل إلى طبيعة المسألة محل النزاع، فإذا كان هذا النظام القانوني أجنبيا فإنه من الأولى تحليله وفقا لهذا القانون الذي نص على هذا النظام، وأن تحليله وفقا لقانون غير هذا القانون من شأنه تشويه هذا القانون.

51 - هشام علي صادق، دروس فيا لقانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، ص ص 52-53.

ففي قضية ميراث المالطي المذكورة سابقا فإن القانون الأنسب لتكييف نصيب الزوج المحتاج هو القانون المالطي وليس الفرنسي.

وتقوم هذه النظرية على التحليل والقرار، يقوم القاضي بتحليل المسألة المطروحة وفقا للقانون المختص بحكم النزاع لمعرفة طبيعة النزاع التي تسمح له بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه، ثم يقوم باتخاذ القرار وفقا لقانونه.

2-التوسيع في مفهوم الفئات المسندة: إن المفهوم الحديث للتكييف أخرج

نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي إلى إطار أوسع عندما رأى أنه لا بد من أن يقوم المشرع بتوسيع الفئات المسندة في قانونه، فالمشرع الفرنسي عليه إضافة مفهوم تعدد الزوجات، والمهر والوقف في فئاته المسندة، كي لا تعترضه الاستحالة المادية، أي عدم معرفة العلاقة القانونية المراد تكييفها.

كذلك ما فعله المشرع الجزائري عندما أضاف مسألة الانفصال الجسماني إلى فئة انحلال الرابطة الزوجية. (م12/ف2)⁵².

أدى ذلك إلى استجابة نظرية "بارتان" خضوع التكييف لقانون القاضي "للاعتبارات الدولية.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من التكييف.

نصت المادة 09 من القانون المدني الجزائري على "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات القانونية المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"، ومن خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قد تبنى نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي.

ما يلاحظ على موقف المشرع الجزائري أنه لم يورد أي استثناء من خلال نص المادة 09، إلا أنه يمكن القول أنه يساير رأي بارتان في استثناء خضوع تكييف المال لقانون القاضي، وهذا من نص المادة (17 ق م ج) حيث أخضعت الفقرة الأولى منها تكييف المال لقانون موقعه، واستثنى ما نصت عليه المعاهدة من خلال نص

⁵² - نصت المادة 21/ف2 على "يسري على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى".

المادة (21 ق م ج) كذلك فإن المشرع الجزائري حصر التكييف الخاضع لقانون القاضي بالتكييف الأولي فقط، أي أخذ بالتمييز بين التكييف الأولي (السابق) والتكييف الثانوي اللاحق.

لكن المشرع الجزائري لم يعط دورا للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع في عملية التكييف ما يبين أنه لم يساير الفقه الحديث من هذه الناحية. لكنه اتجه إلى مسايرة الفقه الحديث في مسألة التوسع في مفهوم الفئات المسندة عندما أضاف في التعديل الوارد على القانون المدني حسب الأمر 10/05 لعام 2005، في المادة 02/12 العلاقة المسماة "الانفصال الجسماني"، التي تغنيه عن استثناء خضوع التكييف لقانون القاضي في حالة الاستحالة المادية.

المبحث الثالث

الإحالة

ندرس في هذا الإطار مفهوم الإحالة، موقف الفقه والقانون الوضعي من الإحالة، أساس ونطاق الإحالة.

المطلب الأول

مفهوم الإحالة وأنواعها.

الفرع الأول: مفهوم الإحالة: يتألف قانون كل دولة من قواعد موضوعية تطبق على النزاع مباشرة كقواعد القانون التجاري، الأحوال الشخصية... الخ، ويوجد إلى جانبها قواعد تبين القانون واجب التطبيق عندما يكون النزاع مشتملا على عنصر أجنبي، فيطبق أحد هذه القوانين المتنازعة على حكم هذه العلاقة.

ففي القانون الجزائري، نجد قانون الأسرة الذي يحتوي قواعد موضوعية تنظم الرابطة الزوجية من حيث انعقادها وانحلالها وآثارها، ومسألة الوصية والميراث والنفقة وغيرها، وتوجد قواعد القانون التجاري الموضوعية التي تنظم أعمال التاجر والأعمال التجارية، ويوجد بنفس الوقت إلى جانبها قواعد أخرى تسمى قواعد الإسناد، هدفها تحديد القانون الواجب التطبيق على حكم العلاقة المعروضة على القاضي والتي

تشتمل على عنصر أجنبي، بحيث يحتمل من خلالها تطبيق القانون الأجنبي أو قانون القاضي، نجدها في المواد (من المادة 9 إلى 24) من ق م ج.

فإذا عرض نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن بالجزائر أمام القاضي الجزائري فإن هذا النزاع وعملا بنص المادة (10 ق م ج) يخضع إلى جنسية الشخص وهو القانون الإنجليزي.

ومن المعلوم أن القانون الإنجليزي المتعلق بالأحوال الشخصية يتضمن قواعد موضوعية متعلقة بين الرشد وعوارض الأهلية وغيرها، وقواعد إسناد إلى جانبها تثير إلى القانون واجب التطبيق على مسألة الأهلية وهو قانون موطن الشخص وهو القانون الجزائري.

فعندما تشير قاعدة الإسناد الجزائرية إلى القانون المسند إليه أي القانون الإنجليزي. فما هو هذا القانون الإنجليزي هل العقد قواعده الموضوعية المتعلقة بنظام الأهلية من حيث سن الرشد وعوارض الأهلية، أم قواعد الإسناد المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق؟

إذ اعتبر القاضي الوطني أن المطلوب هو استثارة قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي، فيجد أنها ترفض الاختصاص وتحدد القانون الواجب التطبيق بقانون موطن الشخص وهو القانون الجزائري، فيطبق القاضي الجزائري قواعد قانونه الموضوعية المتعلقة بالأهلية، ويكون بذلك قد طبق ما تسمى "الإحالة"، لكنه إذا اعتبر أن المقصود بالقانون الإنجليزي هو قواعده الموضوعية وطبقها مباشرة على النزاع، فإنه يكون قد رفض الإحالة.

إذا الإحالة هي: رفض قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق الاختصاص، وإحالاته إلى قانون القاضي أو قانون آخر.

الفرع الثاني: نشأة الإحالة وأنواعها

يأخذ التنازع في القانون الدولي الخاص أحد صورتين، التنازع الإيجابي والتنازع السلبي:

• **التنازع الإيجابي:** وهو أن قانون كل دولة له علاقة بالنزاع يسند الاختصاص لنفسه أي يقبل الاختصاص.

مثال: موت ألماني متوطن بفرنسا تاركا أموالا منقولة، لو عرض النزاع على القاضي الفرنسي لقبل الاختصاص وطبق قانونه لأن قواعد الإسناد الفرنسية تجعل الاختصاص في ميراث المال المنقول إلى موطن المورث وهو فرنسا (القانون الفرنسي).

أما لو عرض النزاع على القاضي الألماني فإنه سيتقبل الاختصاص ويسنده لنفسه لأن قواعد إسناده تنص على تطبيق قانون جنسية المتوفي في ميراث المال المنقول.

• **التنازع السلبي:** ينتج هذا التنازع عندما يتخلى كل من القانونين المتنازعين عن الاختصاص بحكم العلاقة المراد حلها، كأن تثار مسألة تخص أهلية إنجليزي متوطن بالجزائر أمام القاضي الجزائري حيث أنه سوف يسندها للقانون الإنجليزي بناء على المادة (10 ق م ج) التي تجعل مسألة الأهلية خاضعة لقانون جنسية الشخص وهو القانون الإنجليزي، أي يرفض الاختصاص، كذلك سوف يفعل القانون الإنجليزي نفس الشيء أي سيرفض الاختصاص لأن قواعد إسناده تشير بخصوص الأهلية أن القانون المختص وهو قانون موطن الشخص وهو القانون الجزائري.

وعليه تثار مسألة الإحالة في التنازع السلبي فقط، لكن قبل أن نبين أنواع الإحالة سنعرض المسألة التي أثّرت فيها الإحالة في القانون الدولي الخاص لأول مرة وهي قضية فورغو.

أولا: نشأة الإحالة (قضية فورغو): إذا يمكن القول أن الإحالة أثّرت لأول مرة في هذه القضية التي تتلخص بأن فورغو (Forgo) ولد غير شرعي من إقليم بافاريا، انتقلت به أمه من إقليم بافاريا موطنه الأصلي إلى فرنسا للعيش فيها، وكان عمره 05 سنوات، لم يتحصل فورغو وأمه على إقامة قانونية في فرنسا لعدم تحصلهم على رخصة بذلك فبقيا مقيمين فعليا، توفيت الأم ثم لحقها فورغو وعمره 65 سنة تاركا

وراءه أموالا منقولة هائلة، وكونه لا وارث له استحوذت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية على هذه التركة، إلا أن عائلة ديتشل وهو حواشي فورغو أي أخواله، أرادوا الحصول على نصيبهم من التركة فرفعوا دعوى قضائية ضد أملاك الدولة الفرنسية في محكمة بو "Pau" حيث تم رفض طلبهم لأن ميراث المنقول يخضع حسب القانون الفرنسي إلى قانون موطن المتوفي وهو القانون الفرنسي، الذي لا يورث الحواشي إذا كان الولد غير شرعي.

طعنت عائلة ديتشل في الحكم أمام محكمة النقض أين صدر قرار بنقض الحكم 1875/05/15 كون فورغو لم يكن متوطنا بفرنسا بشكل قانوني مما يعني أن موطنه الحقيقي القانوني هو بافاريا، وحول هذا القرار لمحكمة "بورجو" للفصل فيه، حيث حكمت لصالح الورثة بعد أن طبقت القواعد الموضوعية البافارية التي تقبل توريث الحواشي من الولد غير الشرعي.

لم تستسلم أملاك الدولة الفرنسية فطعنت من جديد أمام محكمة النقض التي أصدرت قرارها 1880/05/22 بنقض الحكم الصادر عن محكمة بورجو على أساس أنها طبقت القواعد الموضوعية الباغارية ولم تستشر قواعد الإسناد في الإقليم البافاري التي تجعل الاختصاص في ميراث المال المنقول للموطن الفعلي للمتوفى وهو فرنسا، وأحالت القرار لمحكمة تولوز التي حكمت لصالح أملاك الدولة الفرنسية⁵³.

• وكانت هذه القضية بمثابة الإحالة .

ثانيا : أنواع الإحالة

للإحالة نوعان: الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية.

أ- الإحالة من الدرجة الأولى، هي: عندما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي، كما هو الحال عندما أحالت قواعد الإسناد في القانون البافاري الاختصاص إلى قانون القاضي الفرنسي، وتسمى أيضا بإحالة الرجوع أو "الرجعية".

⁵³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص99. كذلك: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 90.

مثال: لو أثبتت مسألة أمام القضاء الجزائري، متعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بين زوجان يحملان الجنسية الانجليزية، ومتوطنين بالجزائر، فإنه يرجع القاضي الجزائري إلى قواعد إسناده بعد تكييف المسألة المطروحة، يجد أن ضابط الإسناد هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أي القانون الإنجليزي، لكنه بعد استشارة قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي فإنها ترفض الاختصاص، حيث تشير إلى قانون الموطن وهو القانون الجزائري. وهي الإحالة من الدرجة الأولى.

ب- الإحالة من الدرجة الثانية: وهي عندما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة غير دولة القاضي.

مثال: عرضت المسألة السابقة ذكرها على القاضي الجزائري، وبما أن قاعدة الإسناد الجزائرية تحيل الاختصاص للقانون الإنجليزي، كونه قانون جنسية الشخص، ثم أشارت قواعد الإسناد الإنجليزية إلى اختصاص قانون الموطن، وكان هذا الشخص متوطنا بالاندمازك، وهذه إحالة من الدرجة الثانية.

المطلب الثاني:

موقف الفقه والقانون الوضعي من الإحالة

مثلاً هو الفقه كذلك القانون الوضعي، كلاهما مختلفان بشأن مسألة الإحالة، فقد انقسم الفقه بين رافض للإحالة ومؤيد لها، وكذا القانون، فمنه من أخذ بها ومنه من رفضها ، وهناك من أخذ بالإحالة في مجال محدد.

الفرع الأول: موقف الفقه من الإحالة

بعد قضية "فورغو" المعروفة انقسم الفقه، وخاصة الفرنسي منه، إلى تأييد أو رفض الإحالة، وكل له حججه في ذلك.

أولاً: حجج مؤيدي الإحالة.

- إن الأخذ بالإحالة هو احترام لقواعد الإسناد في قانون القاضي، وهي لا تفرق بين القواعد الموضوعية أو قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، الرجوع إليها كل لا يتجزأ⁵⁴.
- إذا أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي وكانت قواعد إسناده ترفض الاختصاص، ثم طبقت قواعده الموضوعية، يكون القاضي قد طبقها رغما عن هذا القانون وهو ما يخالف المنطق، لذلك لابد من احترام ما تقرره قواعد الإسناد في القانون الأجنبي⁵⁵.
- الإحالة وسيلة لتوحيد الحلول، فمثلا لا يختلف الأمر لو عرض نزاع يتعلق بطلاق انجليزي متوطن بالجزائر على القاضي الجزائري حيث تشير قواعد إسناده إلى القانون الإنجليزي الذي يعيد الاختصاص لقانون الموطن أي القانون الجزائري، أو عرض بداية على القاضي الإنجليزي.
- في الإحالة ضمان لتنفيذ الأحكام الأجنبية لأن الحكم سيكون مصدره قواعد الإسناد الأجنبية التي منحت الاختصاص لقانون القاضي⁵⁶.

ثانيا: حجج رافضي الإحالة.

- ينبغي اعتبار قانون القاضي هو أيضا كل لا يتجزأ ، ما يعني الرجوع مرة أخرى لقواعد إسناده مما يؤدي لحلقة مفرغة.
- الأخذ بما تشير له قواعد الإسناد في القانون الأجنبي والانصياع لما تقرره هو امتثال لأوامر المشرع الأجنبي.
- وعلى حجة توحيد الحلول، فإن ذلك لا يتحقق إلا إذا أخذ بها فريق دون آخر

الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الإحالة.

لم تتحد النظم القانونية المختلفة في موقفها من مسألة الإحالة، بينما نجد أن المشرع الجزائري غير من موقفه الرافض للإحالة، بعد تعديل القانون المدني طبقا للأمر 10/05 لعام 2005.

⁵⁴ - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 66.

⁵⁵ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص - ص 163 - 164.

⁵⁶ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

أولاً: موقف القانون المقارن:

أخذت بالإحالة فرنسا خصوصاً بما يتعلق بميراث المال المنقول، الطلاق والانفصال الجسماني، الزواج والشركات، وكان من بينها أحكام أخذت بالإحالة من الدرجة الثانية.

كذلك أخذت بها دول أمريكا اللاتينية، بريطانيا، ألمانيا، بلجيكا، اليابان، بولونيا .

ولم تأخذ بالإحالة معظم الدول العربية مثل سوريا (م 29 ق.م)، الأردن (م 28 ق.م)، مصر⁵⁷ (م 27 ق.م) كذلك العراق، لبنان والمغرب، الدول الاسكندنافية، هولندا، إيطاليا، واليونان.

ومن الجدير بالذكر أن اتفاقيات لاهاي استبعدت الإحالة.

ثانياً: موقف القانون الجزائري من الإحالة. لم يشر المشرع الجزائري إلى الإحالة قبل تعديل القانون المدني وفقاً للأمر 10/05 لعام 2005 ، رغم إشارته في المادة 23 ق.م.ج على الإحالة الداخلية لدول تتعدد فيها التشريعات.

لكنه عدل عن ذلك عندما احتوى الأمر 10/05 على المادة 23 مكرر 01" إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان"، حين رفض الإحالة من خلال الفقرة الأولى ليقبلها في الفقرة الثانية" غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص" مشترطاً أن تكون هذه الإحالة حصراً من الدرجة الأولى، أي أن تعيد قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المسند إليه الاختصاص إلى القانون الجزائري.

ونعتقد أن المشرع الجزائري خيراً فعل في قبوله الإحالة من الدرجة الأولى لاعتبارات منها أنه طبق ما جاءت به قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي امتثالاً لقواعد الإسناد الوطنية لا غيرها، وهو ما يفسر رفضه للإحالة من الدرجة الثانية إضافة إلى سهولة تنفيذ الحكم الصادر في دولة القاضي.

57 - يظهر ذلك من خلال المواد (م 29 من القانون المدني السوري)، (م 28 قانون مدني أردني)، (م 27 ق مدني مصري).

المطلب الثالث

أساس الإحالة ونطاقها.

تعددت الآراء الفقهية في إيجاد أساس تبني عليه مسألة الإحالة في القانون الدولي الخاص، بينما أجمعت معظمها على نطاق الإحالة.

الفرع الأول: أساس الإحالة.

اختلف الفقه في أساس الإحالة عندما حاولوا البحث عن أساس منطقي لها كما يلي:

1- **الإحالة تفويض:** إن إشارة قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى اختصاص قانون أجنبي ، فإن المقصود هي قواعد إسناده وذلك لتفوضه سلطة تعيين القانون الذي سيطبق على النزاع. انتقدت هذه الفكرة على أساس أنها تنازل عن السيادة، وأن ذلك يؤدي إلى حلقة مفرغة.

2- الإحالة حل احتياطي.

يقتضي هذا التبرير وجوب أن يكون لدى قانون القاضي قواعد إسناد احتياطية إلى جانب القواعد الأصلية، فإذا رفض القانون الأجنبي الاختصاص الممنوح له من طرف قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فإنه على القاضي أن يطبق قاعدة الإسناد الاحتياطية، كأن تكون مثلاً قاعدة إسناد احتياطية تشير لقانون الموطن إلى جانب الأصلية التي تشير لقانون الجنسية. (مثلما هو الأمر بأهلية انجليزي متوطن بالجزائر).

3- فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد.

وهي أن الإحالة تبني على وجوب أن يسعى المشرع عند وضع قواعد إسناده إلى التنسيق مع قاعدة الإسناد الأجنبية، والرجوع لهذه الأخيرة عندما تشير لها قاعدة الإسناد الوطنية، وعليه لم يتم إعمال القاعدة الأجنبية امتثالاً لأوامر المشرع الأجنبي بل بناء على قاعدة الإسناد الوطنية.

4- نظرية الإحالة الكلية

يقتصر وجود هذا التبرير على القانون الإنجليزي ، وذلك في ميراث المال المنقول والطلاق وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة في الخارج⁵⁸.

وبمقتضى هذه النظرية على القاضي الإنجليزي إذا أشارت قاعدة إسناده إلى قانونا أجنبيا، أن يضع نفسه مكان القاضي الأجنبي ويفصل في النزاع مثلما كان سيفصل فيه القاضي الأجنبي.

5- أخيرا ما قال به نبوايه وبيجونير، وهو أن القانون الأجنبي عندما يرفض الاختصاص المخول له من قاعدة الإسناد الوطني، فإن هذا النزاع يبقى دون قانون يحكمه ، ولما كان الأصل في القوانين هو الإقليمية ، وأن تطبيق القانون الأجنبي هو على سبيل الاستثناء، فالأولى تطبيق القانون الوطني.

الفرع الثاني: نطاق الإحالة.

اتفق غالبية الفقه على استبعاد الإحالة في حالتين:

- 1- عدم الأخذ بالإحالة عندما يكون القانون واجب التطبيق هو قانون إرادة المتعاقدين، كما هو الحال في نص المادة 18 ق.م.ج⁵⁹ . حيث أن تجاهل هذا الاستثناء يعني تجاهل لإرادة الأطراف التي كفلتها قاعدة الإسناد الوطنية.
- 2- عدم الأخذ بالإحالة في شكل التصرفات القانونية، فقد اتفقت جميع قوانين الدول على خضوع شكل التصرفات لقانون بلد إبرامه وهذا لاستقرار المعاملات القانونية.

⁵⁸- ويطلق على الإحالة الكلية أيضا عبارة " الإحالة المزدوجة -double renvoi " أو الإحالة الكاملة - renvoi integral " انظر في ذلك: سامي بديع، مرجع سابق، ص 628، كذلك: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص-54-55.

⁵⁹ - تنص المادة 1/18 من ق م ج " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة بالعقد او المتعاقدين"

الفصل الثالث

كيفية تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده

تعرفنا على سلطة القاضي الوطني في أعمال قاعدة الإسناد الوطنية، وفقا لما رسمه المشرع الوطني من حيث مدى إلزامية تطبيقها.

وإذا ما كانت النتيجة هي تطبيق القانون الأجنبي، فإن السؤال يطرح نفسه عن أساس تطبيق هذا القانون، وسلطة القاضي في التعرف على مضمونه وإثباته وتفسيره، ومدى استبعاده؟

مثال: لو عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية بين زوجين مصريين، فإنه حتما سيطبق قاعدة الإسناد الواردة في (المادة 02/12 من ق م ج)، حيث سيطبق القانون المصري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. فما هو أساس تطبيق هذا القانون الصادر عن مشرع أجنبي، وهل القاضي هو من يحل أحكام هذا القانون، وعلى من يقع عبء إثباته وتفسيره، وهل تطبيق هذا القانون يكون بشكل مطلق أم يمكن للقاضي استبعاده؟

للإجابة عن هذه الأسئلة نقسم الإجابة على بحثين هما، كيفية تطبيق القانون الأجنبي (المبحث الأول) واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

كيفية تطبيق القانون الأجنبي

تتطلب معرفة كيفية تطبيق القانون الأجنبي، البحث في أساس تطبيقه، وإثباته وتفسيره.

المطلب الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي.

يمكن أن نميز بين اتجاهين في مسألة أساس تطبيق القانون الأجنبي.

أولاً: الاتجاه الذي يعامل القانون الأجنبي كأنه مجرد واقعه.

يتفق أنصار هذا الاتجاه على معاملة القانون الأجنبي مجرد واقعة أي أنه يفقد طبيعته القانونية أمام القاضي الوطني.

لكنهم يختلفون في أن قسماً منهم يعتبر أن القانون الأجنبي يفقد العنصر الآمر فيه أو الملزم ويبقى عنصر المضمون، أما القسم الآخر فيعتبرون أنه يطبق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة.

1- يرى القسم الأول من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "باتيفول" أن أساس تطبيق القانون الأجنبي، هو أن القانون الأجنبي يتكون من عاملين: عامل المضمون أو العامل العقلي، وعامل الإلزام في التطبيق أو الأمر، وأن هذا القانون يفقد أمام القاضي العامل الثاني وهو عامل الإلزام في التطبيق أو العامل الأمر أو الملزم يتمتع به القانون في بلاده أمام القاضي فينتهي هناك، وعليه يصبح مجرد واقعه، حيث يطبقه القاضي الوطني بناء على أوامر مشرعة⁶⁰.

2- يرى القسم الآخر من الفقهاء أن القانون الأجنبي يطبق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة في الخارج، إذ أنه على القاضي أن يرجع إلى مضمون القانون الأجنبي ليتعرف على الحق المكتسب في الخارج، حيث نشأ هذا الحق تحت سلطانه. ويظهر هذا القانون مجرد واقعة خالية من أية قوة ملزمة، لكنها تستمد قوتها القانونية من مبدأ احترام الحق المكتسب الموجود في قانون القاضي الوطني، فلا يفترض منه أن يتعرف على أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويقع عبء إثباته وتقييم مضمونه على الخصم الذي يتمسك به، وليس للمحكمة العليا حق الرقابة على تفسير هذا القانون وإثباته.

ثانياً: احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية.

⁶⁰ - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 116.

يرى أيضا هذا الاتجاه ضرورة احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية، ولا يعامل معاملة الواقعة، إنما يضعون ذلك تحت فكرة الإدماج أو الاستيعاب، أي أن قاعدة الإسناد الوطني من شأنها دمج القانون الأجنبي أو استيعابه أو استقباله ضمن النظام القانوني الوطني ليصبح جزءا منه، وهي الفكرة التي تزعمها الفقهاء الإيطاليون (نظرية الاستيعاب أو الاستقبال). لكن عند بعضهم يكون هذا الإدماج ماديا، أي ذوبان القانون الأجنبي بمقوماته ضمن القانون الوطني، بمعنى أن قاعدة الإسناد عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي فإنها تحتوي أحكام القانون الأجنبي وتتحول هذه القاعدة إلى قاعدة مادية موضوعية، تتضمن أحكاما مطابقة لأحكام القانون الأجنبي.

وعند بعضهم الآخر هو إدماج شكلي، أي المحافظة على كل مقومات القانون الأجنبي، ويترتب على هذا الاتجاه أن على القاضي وجوبا معرفة وتطبيق وتفسير القانون الأجنبي وإعماله من تلقاء نفسه لأنه يفترض علمه بأحكامه وتفسيره، ويخضع كل ذلك لرقابة المحكمة العليا.

وبسبب النقد الموجه لهذا الفريق ونظريتهم (الاستيعاب والاستقبال)، تمسك بعض الفقهاء بالأخذ بفكرة التفويض، "أي أن القاضي يطبق القانون الأجنبي الذي تشير له قاعدة الإسناد الأجنبية، بناء على أوامر المشرع الأجنبي الصادرة بموجب تفويض من المشرع الوطني، تعقده له قواعد الإسناد الوطنية".⁶¹

لكن الفقه المعاصر يرى عكس ذلك كله، ويؤكد أن القاضي الوطني يتلقى الأمر من قاعدة الإسناد الوطنية (أي أوامر المشرع الوطني)، التي تأمره بتطبيق القانون الأجنبي، مع المحافظة على الطبيعة القانونية لهذا القانون وإبقاء الصيغة الأجنبية له، لكن أغلب هذا الفقه لا يوجب على القاضي ضرورة التعرف على أحكام هذا القانون وتفسيره أو إثباته، أي لا تجب معاملة القانون الأجنبي كمعاملة القانون الوطني.

61 - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 118.

المطلب الثاني

إثبات القانون الأجنبي.

رأينا سابقا أن القاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه في أنظمة وفي أنظمة أخرى يطبقه إذا طلب الخصوم ذلك، وفي كلتا الحالتين على القاضي أن يكون عالما بمضمون القانون الأجنبي الذي يطبقه.

فمن هو المطالب بإثبات مضمون القانون الأجنبي، هل هو القاضي أم الخصوم؟ وما هي وسائل إثبات هذا القانون؟ وما هو الحل عند استحالة التعرف على مضمونه.

أولاً: عبء إثبات القانون الأجنبي

في مسألة من يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي، فإن ذلك يرجع إلى ارتباطه بالقوانين التي تعامل القانون الأجنبي كوقائع، والقوانين التي تعامله بأنه قانون لا واقعه، حيث أن القوانين التي تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع تجعل عبء إثبات مضمونه على عاتق الخصوم، فالقانون الفرنسي ومن خلال محكمة النقض نجد أنها تلقي على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي عبء إثبات مضمونه⁶².

لكنها لا تجعل القاضي مرتبطاً بما يقدمه الخصوم بل يمكن له بناء قناعته بأن يقوم هو بالسعي لمعرفة مضمون القانون الأجنبي، والملاحظ أن محكمة النقض الفرنسية لا تلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، لكنها لا تمنع من لجوءه إلى البحث عن مضمون القانون الأجنبي عندما لا يتمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي، أو إذا لم يقتنع بما يقدمه الخصوم من أدلة لإثبات مضمون هذا القانون.

أما القوانين التي تعامل القانون الأجنبي كقانون وليس كواقعة، فإنها تلقي عبء إثبات هذا القانون على القاضي، وتسمح له بالاستعانة بالخصوم لهذا الهدف فقد تراجعت محكمة النقض الإيطالية بعدما كانت تلقي عبء إثبات القانون الأجنبي

62 - أعراب بلفاسم، مرجع سابق، ص 147.

على عاتق الخصوم، جعلته مجدداً على عاتق القاضي، أو ما يقدمه الخصوم في الإثبات، فإنه للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ به أم لا، أي أن ذلك يعد مسألة ثانوية، كذلك فعل القانون الألماني حيث يمنع القاضي من التقيد بما يقدمه الخصوم في مسألة الإثبات بل عليه أن يعتمد كافة الوسائل للوصول إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي.

ثانياً: الوسائل المتبعة لإثبات مضمون القانون الأجنبي.

نميز بين ما يقدمه الخصوم من وسائل للإثبات وما يقدمه القاضي "المحكمة" بهذا الشأن.

فإذا كان عبء الإثبات يقع على عاتق الخصوم فلهم أن يقدموا مختلف وسائل الإثبات الممكنة باستثناء اليمين والإقرار، (رغم أن هاتين الوسيلتين ناجعتين في إثبات الوقائع)، لكننا نعتقد أن مرد ذلك لأنهما لا يصلحان لإثبات حكم قانوني⁶³، ومن بين الوسائل التي يمكن للخصوم تقديمها أيضاً:

- 1- نصوص القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، مترجمة إذا لزم الأمر لذلك.
- 2- المؤلفات الفقهية والقرارات القضائية التي يمكن أن يستخلص منها مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق.
- 3- في حالة تناقض شهادات الإثبات المقدمة من الخصوم يمكن للقاضي اللجوء للخبرة.

- أما عندما يكون عبء الإثبات على القاضي، فإنه يملك كافة الصلاحيات الممكنة لإثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء كان ذلك بوسائله الخاصة العلمية والتقنية، أو الطلب رسمياً من وزارة العدل في بلده التي بدورها تحول الطلب لوزارة الخارجية، لتقديم الشهادة الضرورية للإثبات، كذلك الاستعانة بالخصوم، وكثيراً من الدول لجأت إلى عقد اتفاقيات ثنائية، أو جماعية لهذا الغرض كاتفاقية لندن المؤرخة بـ 1968/06/07.

ثالثاً: الحل الواجب اتباعه عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي.

⁶³ - فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 121.

لقد اختلف الفقهاء على الحل الواجب اتباعه في هذه الحالة (أي استحالة التوصل إلى معرفة مضمون القانون الأجنبي).

1- فقد قال البعض بأنه على القاضي الامتناع عن الفصل في النزاع، كما فعلت بعض المحاكم الاتحادية الأمريكية بعد "قضية والتن" عام 1954⁶⁴. إلا أنه سيكون القاضي معرضاً للوصف بأنه أنكر العدالة، وهو مبدأ مسلم به لدى مختلف الدول.

2- وقال البعض الآخر بتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة، لكن هذا الرأي صعب التطبيق من الناحية العملية، وغالبا ما يطبق القاضي قانونه لاعتقاده أنه المستمد من المبادئ العامة للأمم المتقدمة.

3- تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق، لكن هذا الرأي صعب التطبيق كون القاضي الذي استحال عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي، فمن الصعوبة أن يجد القانون الأقرب لقانون لم يعرف مضمونه.

ومن الفقه من رأى وجوب الأخذ بالقانون الأكثر ارتباطاً بالمسألة المعروضة، وهناك رأي يقول بتطبيق القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وقد اقترحه بعض الفقه العربي حيث استندوا إلى القانون المصري الذي جعل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً تكميلياً⁶⁵.

4- الحل السائد لدى الكثير من قضاء الدول كما هو الحال في إنجلترا وفرنسا هو قانون القاضي، ففي إنجلترا يطبق القاضي الإنجليزي قانونه في حال عدم التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وذلك على أساس الافتراض بالتشابه القائم بين هذا القانون وقانونه أي البناء على الافتراض، أما القاضي الفرنسي فطبق قانونه في حالة استحالة معرفة مضمون القانون الأجنبي وإثبات، على أساس أن القانون الفرنسي هو صاحب الاختصاص العام المطبق لحكم جميع

64 - فؤاد ديب المرجع السابق، ص 123.

65 - نفس المرجع، ص 123.

العلاقات المرتبطة بالقانون الخاص، أو باعتباره صاحب الاختصاص العام الاحتياطي⁶⁶.

ويمكن القول أن الأخذ بهذا الرأي يكون متعلقا باعتبارات عملية أكثر منها قانونية أو افتراضية، ذلك لأنه يسد الفراغ الحاصل فحسب. إضافة إلى أنه يمكن أن يقوي النزعة الوطنية في تطبيق قانون القاضي حتى قبل أن يتم استنفاد كافة الطرق لإثبات مضمون القانون الأجنبي.

المطلب الثالث

تفسير القانون الأجنبي ومدى رقابة المحكمة العليا عليه.

قد يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق غامضا، مما يستوجب إيجاد تفسيراً له، وهذا التفسير بدوره قد يكون خاطئاً فهل يخضع هذا التفسير لرقابة المحكمة العليا؟

أولاً: تفسير القانون الأجنبي واجب التطبيق.

يتمتع القاضي الوطني بسلطة تفسير القانون الأجنبي، وذلك في الحالات التي تظهر غموضاً في أحكامه، ومن القواعد المتبعة هو أن القاضي يقوم بالتفسير لهذا القانون الأجنبي طبقاً لأسلوب التفسير المتبع في الدول التي نسب إليها هذا القانون، وليس في أسلوب التفسير القائم في دولة القاضي، ويسود هذا الأسلوب في التفسير معظم الدول سواء كانت هذه الدول تنظر للقانون الأجنبي بوصفه مسألة واقع، أو الدول التي تعتبره بوصفه قانون.

ويكون هذا التفسير مبنياً على الأسلوب الذي تأخذ به محاكم الدولة التي ينتمي إليها القانون الأجنبي واجب التطبيق، أي الحلول المستقرة في قضاء تلك الدول حتى ولو لم يعتبر قضاؤها مصدراً رسمياً لقواعد القانون⁶⁷.

66 - فؤاد ديب، نفس المرجع، ص 123.
67 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 154.

بناء على هذه القواعد فإن القاضي غير ملزم بالتفسير الذي يتمسك به أحد أطراف الخصومة للقانون الأجنبي، إنما عليه دائماً التقيد بالتفسير المتبع من طرف محاكم الدول التي ينتمي إليها القانون الأجنبي.

وتقويم التفسيرات المتناقضة للقانون الأجنبي التي يتمسك بها الخصوم، وقد أقرت المحكمة العليا الدائمة للعدل الدولية أنه "لا يمكن إعطاء للقانون -الأجنبي- معنى غير المعنى الذي أعطاه له قضاؤه"⁶⁸.

أما في الحالات التي لا يكون للقانون الأجنبي أي تفسير في بلده، فإنه على القاضي التصدي لتفسير هذا القانون حسب أصول ومبادئ التفسير المتبع في الدولة التي ينتمي إليها هذا القانون.

ثانياً: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.

يخضع الخطأ في تطبيق قواعد الإسناد لرقابة المحكمة العليا، وفقاً للفقهاء والقضاء السائد حالياً، فهل يندرج هذا على تفسير القانون الأجنبي؟

يمكن التفريق بين الدول التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعه، والدول التي تعتبره مسألة قانون، فالأولى يترتب عنها عدم خضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، عكس الأخيرة التي يترتب عنها خضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، لكن ذلك لا ينسجم مع نهج القضاء من الناحية التطبيقية، فها هي إنكلترا التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعه، تعطي للمحكمة العليا فرصته رقابة تطبيقه وتفسيره، وتعطي الحق للخصوم بالتمسك أمام المحكمة العليا لأول مرة بشأن هذا التفسير، ويرجع ذلك إلى كون المحكمة العليا الإنجليزية هي درجة ثالثة للتقاضي.

أما فرنسا فقد استبعدت رقابة محكمة النقض على القانون الأجنبي من حيث تفسيره وتطبيقه، معتبرة أن ذلك التفسير هو من مهام قضاة الموضوع، واقتصرت رقابتها على تطبيق قواعد الإسناد الفرنسية.

68 - أعراب بلقاسم، نفس المرجع، 155.

لكن محكمة النقض الفرنسية عادت لتتراجع عن رأيها الأول، حيث مارست رقابتها على تفسير القانون الأجنبي واعتبرت أنه نُسخ من طرف قضاة الموضوع الذين تجاهلوا المعنى الواضح والدقيق للقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

كذلك لم تقتنع بكفاية التسبيب الذي قام به قضاة الموضوع في تفسير القانون الأجنبي، فبسطت رقابتها على هذا القانون في قرارها الصادر بـ 10 أكتوبر 1978⁶⁹.

وهو ما يعتبر نوعاً من رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي.

أما القانون الألماني فإنه وعلى الرغم من معاملته القانون الأجنبي كقانون وليس واقعة، فإنه لا يخضعه لرقابة المحكمة العليا، لكنه يجيز للخصوم التمسك بتفسير أحكام القانون الأجنبي لأول مرة أمام المحكمة العليا.

ومن الدول التي تمارس فيها المحكمة العليا رقابتها على تفسير القانون الأجنبي كل من روسيا، مصر، إيطاليا، النمسا.

وتقتصر الرقابة على تفسير القانون الأجنبي في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية فقط في بعض الدول العربية والإسلامية ومن بينها الجزائر، حيث نصت المادة 358/ف6 من ق.إ.م.إ على "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: ... 6، مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة"⁷⁰.

ومن الجدير بالذكر فإن الاتجاه السائد حالياً في الفقه يرى أنه لا يجب ترك مسألة تفسير وتطبيق القانون الأجنبي لقضاة الموضوع دون أن تبسط المحاكم العليا رقابتها على هذا القانون، لئلا يكون في تطبيق وتفسير القانون الأجنبي إفراغه من محتوى، أو يكون في ذلك مساس حتى بأوامر المشرع الوطني.

محكمة النقض الفرنسية - Cassation- (1ere ch.civ) 10 octobre 1978, Rev.cri.1979, P.775.
"يكون محلاً لنقض القرار الذي حكم عدة مدينين بالتضامن تطبيقاً للقانون الأجنبي دون بيان ما هي في معنى هذا القانون المسائل التي تستدعي بطبيعتها التضامن، ولماذا تتمتع الدعوى بهذه الطبيعة"، راجع: "د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين"، مطبعة جامعة دمشق، 2013-2014، ص125-126.

⁷⁰ - أنظر المادة: 6/358 من القانون 09/08 الصادر في 2008/02/25.

ونعتقد أن انتقال المحاكم العليا الى بسيط رقابتها على القانون الأجنبي الواجب التطبيق، قلل من شأن الفقهاء الذين ينتقدون هذه الرقابة لأسباب عملية ووظيفية كعدم تمكن القضاء الوطني من بسط رقابته على الأحكام الصادرة من مختلف دول العالم⁷¹.

المبحث الثاني

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

يقوم القاضي الذي يفصل في نزاع يتعلق بعلاقات الأفراد الخاصة ذات البعد الأجنبي، أي "علاقة مشتملة على عنصر أجنبي" في أعمال قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا ما أشارت هذه القاعدة إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنه يطبقه امتثالاً لقاعدة الإسناد الوطنية.

لكنه (القاضي) إذا ما اطلع على مضمون هذا القانون ووجده يتعارض مع المبادئ والمفاهيم الأساسية التي لا يمكن مخالفتها في قانونه، فإنه يمتنع في هذه الحالة عن تطبيق هذا القانون لأنه يخالف النظام العام السائد في بلده.

وإذا تبين للقاضي أن القانون الأجنبي تم التوصل إليه نتيجة تحايل الأطراف على قاعدة الإسناد ذات الصلة، فإنه يمتنع أيضا عن تطبيقه، لأنه نتج عن تحايل على القانون أو "غش نحو القانون".

وقد استقر الفقه والقضاء في مختلف دول العالم على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لهذين السببين "المانعين".

أما في القانون الجزائري فقد رأى المشرع الوطني ضرورة استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق لتعارضه مع النظام العام الوطني، أو كانت نتيجة التحايل على القانون⁷².

⁷¹ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، الطبعة الثانية، ص593 وما بعدها.
⁷² أنظر المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

للإضاءة على أعمال فكرتي النظام العام والتحليل على القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، نتناولها في مطلبين متتاليين هما: "فكرة النظام العام كمانع لتطبيق القانون الأجنبي"، و"فكرة الغش نحو القانون كمانع لتطبيق القانون الأجنبي".

المطلب الأول

النظام العام كمانع لتطبيق القانون الأجنبي.

يتم تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد الوطنية، إلا أن القاضي الذي لم يكن يعرف مضمون هذا القانون مسبقا لن يكون متسامحا في تطبيقه بشكل مطلق بل إن ذلك يكون بشرط عدم تعارض هذا القانون مع المبادئ والمفاهيم الأساسية السائدة في المجتمع، والتي تسمى بالنظام العام، أي بمعنى آخر على القاضي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام الوطني، فما هو مفهوم النظام العام، وما هو أثر الدفع بالنظام العام كمانع لتطبيق القانون الأجنبي؟

الفرع الأول: مفهوم النظام العام، دور القاضي في إعماله، خصائصه، شروط الدفع به

نتطرق في هذا السياق المقصود بالنظام العام، ومدى سلطة القاضي في إعماله، ثم الخصائص التي يتميز به النظام العام، والشروط الواجب توفرها للدفع به كمانع لتطبيق القانون الأجنبي.

أولا: مفهوم النظام العام

ظهرت فكرة النظام العام لدى الفقهاء الإيطاليون القدماء عندما ميزوا بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة (البغيضة)، وسلموا بأنه على القاضي أن يمتنع عن تطبيق الأحوال المستهجنة، كمنع الميراث عن البنت، ومنع الزوجة أن توصي لزوجها.

أما في هولندا حيث سادت نظرية إقليمية القوانين، امتنع القضاة عن تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع مصلحة النظام المحلي.

وقد كان "سافيني" أول من وضع أساس فكرة النظام العام كونها استثناء على القانون الواجب التطبيق.

لكن نتيجة الاختلاف بين قوانين الدول الأوروبية، بشأن المسائل المتعلقة بالأفراد أصبحت فكرة النظام العام ماثلة أمام القضاء، في الوقت الذي كانت غائبة في البلدان العربية، نتيجة لهيمنة الاستعمار وخاصة الدولة العثمانية.

من الصعوبة أن نجد تعريفا شاملا ودقيقا للنظام العام، لأنه يختلف من دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر، وهو بحد ذاته غير ثابت فهو يأخذ أشكالا مختلفة باختلاف الزمن، ضمن المجتمع الواحد، عدا عن أن إعمال فكرة النظام العام لا تظهر إلا في المرحلة القضائية ولكل قضية على حدة.

لكن هذا لم يمنع كثيرا من المتخصصين في القانون الدولي الخاص، من وضع تعاريف للنظام العام من أبرزها تعريف الأستاذ فؤاد ديب، فهو: "مجموعة من المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة، السياسية والاجتماعية، الاقتصادية، الخلقية والفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة تاريخية معينة، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"⁷³.

ثانيا: دور القاضي في إعمال الدفع بالنظام العام

يتبادر للذهن السؤال التالي: إذا كان القاضي ملزم باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان مخالفا للنظام العام، فهل ذلك خاضع للسلطة التقديرية التي يتمتع بها أم أنه مقيد بمعايير محددة؟

من الصعب معرفة فيما إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في دولة القاضي قبل معرفة وتحديد مضمون هذا القانون، حيث أن ذلك يتوقف على نوعية النزاع، ونتائج تقييم القاضي لمضمون هذا القانون الأجنبي ومدى تعارضه مع النظام العام لدى دولة القاضي، كذلك معرفة الآثار التي تترتب على تطبيق هذا القانون.

⁷³ - فؤاد ديب ، مرجع سابق، ص 138.

لقد اتجه الفقه السائد إلى إعطاء القاضي السلطة التقديرية في تحديد حالات تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني، مع تقييد هذه السلطة بواسطة معيار موضوعي يختلف الفقه في تحديده تبعا للعادات والتقاليد ونظام الحكم والمجتمع والمبادئ الأساسية لكل بلد، لكنها اجتمعت على بعض العوامل المشتركة في تحديد هذا المعيار الذي يعبر عن فكرة أساسية وهي أن استبعاد القانون الأجنبي يكون عندما يتعارض مع "المبادئ والأفكار الأساسية السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الخلقية والفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن معين".

والسلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للقاضي في أعمال الدفع بالنظام العام يجب أن تخلو من التقدير الشخصي للقاضي ومعتقداته وقناعاته الذاتية، بل على المعيار الموضوعي الذي يخضع لتقديره، وأن يعتمد مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها، لا مذهباً فردياً خاصاً⁷⁴.

والأهم هو أن خطأ القاضي في التقدير يعتبر مسألة قانون يخضع لرقابة المحكمة العليا.

ثالثاً: خصائص النظام العام

نستنتج من خلال التعريف الذي أشرنا إليه سابقاً أن النظام العام يتميز بما يلي:

1- **الصفة الوطنية:** المقصود بالنظام العام، هو النظام العام الوطني أي الذي يتبع دولة المحكمة النازرة في النزاع، فهو يعتبر نظاماً وطنياً حيث يختلف من بلد لآخر حسب المبادئ الأساسية والأفكار التي تميز كل مجتمع والتي لا يسمح بتطبيق ما يخالفها.

مع أنه يمكن أن تشترك الكثير من المجتمعات في بعض المبادئ والأفكار الأساسية التي تشكل جزءاً من النظام العام كالتى تنبثق عن المبادئ العامة الدولية، كمبادئ حقوق الإنسان مثل "عدم التمييز في اللون والجنس أو...".

إضافة إلى أن نطاق تدخل النظام العام هو بين العلاقات الداخلية.

74 - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص ص 141-142.

2-الصفة الغامضة: يتميز النظام العام بالغموض نظرا لصعوبة تحديد معيار يقوم على عناصر دقيقة وثابتة، حيث الفكرة التي تبنى عليها متغيرة بتغير المكان والزمان، ومن أهم الدلائل التي تشير إلى غموض فكرة النظام العام أن أعماله لا يظهر إلا في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق (المرحلة القضائية) وليس أثناء وضع قواعد الإسناد من طرف المشرع الوطني⁷⁵.

3-الصفة المتغيرة (النسبية): يختلف النظام العام من مجتمع لآخر، من دولة لأخرى، وبنفس الوقت يختلف في الدولة الواحدة أو المجتمع الواحد من زمن إلى آخر ومن جيل إلى جيل.

حيث تتبدل الظروف والأفكار وينتج عنها تغير في التشريعات والمفاهيم، فالقانون الأجنبي يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة ما قد يصبح غير مخالف في زمن آخر، فمثلا كان الطلاق في فرنسا غير جائز قبل 1884، فيعتبر القوانين الأجنبية التي تجيز الطلاق مخالفة للنظام العام الفرنسي (يمكن الرجوع إلى قضية الأميرة دي بوفيرمون، التي سوف نتطرق لها في المطلب القادم).

ويترتب على الصفة المتغيرة للنظام العام وجوب قيام القاضي بتقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام لدى دولته، وقت النظر في النزاع وليس وقت نشوء العلاقة أصل النزاع.

رابعا: شروط الدفع بالنظام العام:

- 1-أن يكون القانون محل الدفع باستبعاده أجنبيا، تشريعيا كان أم قواعد عرفية غير مكتوبة أم اجتهادات قضائية مطبقة في الدولة الأجنبية.
- 2-أن تكون أحكام هذا القانون متعارضة مع النظام العام في بلد القاضي.
- 3-يرى البعض أن تكون صلة كافية بين النزاع ودولة القاضي، وقد اشترط ذلك القانون الألماني، مع أننا نعتبر أنه مجرد رفع النزاع أمام القاضي الوطني، أصبح له صلة كافية بالنزاع.

الفرع الثاني: أثر الدفع بالنظام العام

75 - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 145.

نميز بين أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق يراد إنشاؤه في دولة القاضي، وبين أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق اكتسب في الخارج ويراد التمسك بآثاره في دولة القاضي.

أولاً: أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق يراد إنشاؤه في دولة القاضي

في هذه الحالة والتي تتعلق بالدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، يظهر الأثر السلبي للدفع بالنظام العام والأثر الإيجابي للدفع به.

01: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.

يتمثل هذا الأثر باستبعاد القانون الأجنبي المختص، لكن قد يكون هذا القانون فيه جزء مخالف للنظام العام في دولة القاضي والجزء الآخر غير مخالف للنظام العام، فهل يستبعد القانون الأجنبي كله أم يمكن أن يستبعد الجزء المخالف للنظام العام دون الجزء الغير مخالف له؟

يظهر في هذا المجال رأيان:

الرأي الأول: يرى بعض الفقهاء أنه يجب أن يكون استبعاد القانون الأجنبي كاملاً وذلك لأن استبعاد جزء دون الآخر من شأنه عدم احترام ما تهدف إليه قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي كاملاً دون تجزئته. وكذلك لأن عدم تطبيق القانون الأجنبي كاملاً يؤدي إلى مسح القانون الأجنبي وإفراغه من المعنى الذي أراده المشرع الذي وضعه⁷⁶.

الرأي الثاني: لكن فريقاً آخر من الفقهاء يرى بأن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي هو لأنه يتعارض مع الأحكام والمفاهيم والمبادئ الأساسية للمجتمع في دولة القاضي، ولكن دون المغالاة في ذلك بحيث يكون إعمال هذا الدفع ضمن الحدود اللازمة لحماية هذه المبادئ والأفكار، وذلك ينسجم مع احترام تطبيق قواعد الإسناد، وهو ما سلم به معظم الفقه والقضاء بحيث يمكن استبعاد القانون الأجنبي بصورة جزئية أي استبعاد جزء دون الجزء الآخر الغير مخالف للنظام العام، على أن يكون الاستبعاد

⁷⁶ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت (لبنان)، الطبعة الأولى، ص151.

جزئيا إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطا وثيقا بالجزء الغير مخالف، بحيث أن استبعاد الجزء المخالف لا يحول دون تطبيق الجزء الغير مخالف.

مثال: إذا كان القانون الواجب التطبيق على التركة يجيز التوارث مع اختلاف الدين بين المورث والمورث فإن هذا النص يخالف النظام العام في الجزائر ويترتب عن أعمال الدفع به أمام المحاكم الجزائرية استبعاد وهذا النص فقط كونه يخالف النظام العام الوطني (أي استبعاد الوارث المختلف في ديانتته مع المورث المسلم)، أما الأحكام الأخرى من هذا القانون الغير مخالفة للنظام العام الوطني، مثل: شروط الإرث والأنصبة لكل وارث وحالات الحجب وغيرها... فإنها تطبق ولا تستبعد، لأن استبعاد هذا الجزء لم يؤثر على الأجزاء الأخرى في التطبيق.

أما إذا كان الجزء المخالف للنظام العام مرتبطا ارتباطا وثيقا بالأجزاء الغير مخالفة بحيث يؤثر استبعاده على الأجزاء الأخرى، يترتب عنه عدم تطبيقها.

بمعنى أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلا يتجزأ في التطبيق، ففي هذه الحالة يتم استبعاده كليا.

مثال 1: القانون الواجب التطبيق المتعلق بعقد جائز حسب هذا القانون لتوفر أسباب أساسية، وكان أحد هذه الأسباب مخالفا للنظام العام في دول القاضي، إذا كان هذا السبب في استبعاده يصبح العقد باطلا، فإنه في هذه الحالة يتم استبعاد القانون الأجنبي كاملا لارتباط هذا السبب بالأسباب الأخرى غير المخالفة للنظام العام ارتباطا وثيقا.

مثال 2: إذا كان القانون الأجنبي يجيز الزواج بين مختلفي الدين، ولكن الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة، فإن وجود مثل هذه الحالة تستدعي استبعاد القانون الأجنبي كاملا، لأنه في استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في دولة القاضي الوطني (الجزائري) هدم للقانون الأجنبي بشكل كامل كون الجزء المخالف مرتبطا ارتباطا وثيقا بالأجزاء غير المخالفة للنظام العام.

02: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

إذا كان القاضي يرفض تطبيق القانون الأجنبي ويستبعده لمخالفته النظام العام، وهذا وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، فهل يترك النزاع دون قانون يحكمه؟

رغم أن بعض الدول سارت في اتجاه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام في دولة القاضي باقتصار الإعلان عن عدم اختصاصه بحكم هذه العلاقة لمخالفته النظام العام⁷⁷.

إلا أن أغلب الفقه رأى في هذا الاتجاه أنه تجاهل النتائج المترتبة عن ذلك التي لا تنطوي على المنطق، ويؤدي إلى إنكار للعدالة، ولتقاضي هذه النتيجة فلا بد من إيجاد قانون آخر بحكم هذه العلاقة، وغالبا ما يكون قانون القاضي، كما توصل إليه المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني في الأمر 10/05 العام 2005، عندما أضاف الفقرة الثانية من المادة 24 من ق م ج، التي توجب تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد.

ففي المثال السابق الذي يستبعد فيه القانون الأجنبي الذي يجيز الزواج لمختلفي الدين، وكان الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة، فإنه على القاضي الجزائري استبعاد تطبيق هذا القانون لمخالفته النظام العام وإحلال القانون الجزائري محله، وهو رفض الزواج.

ويمكن أيضا حصول عكس ذلك، فإذا كان القانون الأجنبي لا يجيز الزواج لمختلفي الدين، وكان الزوج مسلما والزوجة مسلمة أو الزوج غير مسلم والزوجة غير مسلمة أيضا، فإن القاضي الوطني يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الوطني، ويحل محله قانون القاضي الذي يحكم بالزواج ويعتبره صحيحا.

إن هذا الحل يتفق مع منطق الأمور وينسجم مع طبيعة النظام العام بحد ذاته، وهو ما يمسى بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

77 - فؤاد ديب المرجع السابق، ص 150.

أما إذا كان الاستبعاد جزئياً، فإن قانون القاضي يحل محل الجزء المخالف للنظام العام في دولة القاضي، وإذا كان الاستبعاد كلياً استقل قانون القاضي بالحلول محله كاملاً.

ثانياً: أثر الدفع بالنظام العام بشأن حق اكتسب في الخارج ويراد التمسك بآثاره في دولة القاضي

قد يكون الحق قد نشأ في خارج دولة القاضي حسب القانون الأجنبي أصولاً، وكان هذا الحق بحد ذاته مخالف للنظام العام في دولة القاضي، ويراد التمسك بآثار هذا الحق في دولة القاضي.

في هذه الحالة يجب البحث في الآثار الناشئة عن الحق المكتسب في الخارج، فيما إذا كانت هذه الآثار بحد ذاتها مخالفة للنظام العام في دولة القاضي أم لا فإذا كانت هذه الآثار غير مخالفة للنظام العام الوطني، فإنه يمكن الاعتراف بها، بغض النظر عن كون أصل الحق المكتسب في الخارج مخالف للنظام العام.

وهو ما يسمى بالآثر المخفف للدفع بالنظام العام. " Effet atténué de l'ordre public.

مثال: يعتبر تعدد الزوجات مخالفاً للنظام العام الفرنسي، فلو تزوج جزائري بثنائية في الجزائر (الحق اكتسب بالجزائر)، ثم أرادت الزوجة التمسك بآثار هذا الزواج في فرنسا كالمطالبة بالنفقة الزوجية، فإن هذا الأثر لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي، رغم أن أصل الحق وهو تعدد الزوجات مخالف لهذا النظام، وعليه يعترف للزوجة بالنفقة.

مثال 2: كان القانون الفرنسي قبل عام 1884 يحرم الطلاق حيث يعتبر الزواج رابطة أبدية لكنه أجاز التمسك بآثار الطلاق إذا كان قد حدث خارج فرنسا حسب القانون الأجنبي المختص⁷⁸.

الفرع الثالث: امتداد أثر الدفع بالنظام العام (الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام).

78 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 182.

وهو امتداد لأثر النظام العام الوطني خارج دولة القاضي.

مثال: لنفرض أن زوجين من الجنسية البولونية تزوجا في بلجيكا طبقا لاستبعاد تطبيق القانون البولوني الواجب التطبيق لمخالفته النظام العام البلجيكي (حيث أن القانون البولوني يرفض الزواج بين مختلفي الدين)، وإحلال القانون البلجيكي محل القانون المستبعد، فهل يجوز الاعتداد والتمسك بهذا الزواج في فرنسا؟

يرى البعض أن قانون الدولة الأجنبية (بلجيكا) والذي تم وفقا لإعماله الدفع بالنظام العام، لا يمكن أن يتعدى أثره إلى دولة أخرى (فرنسا) لأن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية لا تمتد إلى الدول الأخرى، فلا يمكن للزوجين البولونيين الاعتداد والتمسك بهذا الزواج في فرنسا، أما أغلب الفقه فيميز بين حالتين:

الحالة الأولى: عندما يكون النظام العام في الدولة التي تم فيها نشوء الحق طبقا لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، مشابها ومتطابقا مع النظام العام للدولة التي يراد الاحتجاج بالحق أمامها.

أي في المثال السابق، عندما يكون النظام العام البلجيكي، متطابقا مع النظام العام الفرنسي، ففي هذه الحالة يمكن الاعتداد والتمسك بهذا الزواج في فرنسا.

الحالة الثانية: عندما يكون النظام العام في الدولة التي نشأ فيها الحق طبقا للدفع بالنظام العام، غير متطابق مع الدولة التي يراد الاحتجاج بالحق أمامها، أي في المثال السابق، عندما يكون النظام البلجيكي لا يتطابق مع النظام العام الفرنسي، ففي هذه الحالة لا يمكن للزوجين الاحتجاج بهذا الزواج في فرنسا.

مثال 2: لنفرض أن زوجين بولونيين مختلفي الدين أرادا الزواج أمام القاضي الجزائري، حيث يخلص القاضي بعد مرحلة التكييف والإسناد إلى أن القانون البولوني هو واجب التطبيق نظرا لضابط الإسناد (الجنسية).

وبما أن هذا القانون لا يجيز زواج مختلفي الدين، فإنه يعتبر مخالفا للنظام العام الجزائري، فيتم استبعاده وإحلال القانون الجزائري محله طبقا للأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام فيقبل زواجهما ويحكم بذلك.

فهل يمكن لهذين الزوجين أن يعتدا ويتمسكا بهذا الزواج في مصر مثلاً؟
نعم يمكن لهما ذلك لأن النظام العام الجزائري بخصوص هذا الشأن متطابق ومتشابه مع النظام العام المصري.

وبمفهوم المخالفة لو كان الزوجان يرغبان الاعتداد بهذا الزواج في دولة لا تجيز زواج مختلفي الدين، لا يمكنهما ذلك لأن النظام العام الجزائري لا يطابق مع النظام العام لهذه الدولة.

إن التبرير المنطقي لهذا الرأي هو أن التطابق بين النظام العام في دولة القاضي والدولة التي نشأ فيها الحق يترتب عنه وصول القاضي الوطني لنفس النتيجة لو أن النزاع كان مطروحاً عليه ابتداءً⁷⁹.

المطلب الثاني

الغش نحو القانون كمانع لتطبيق القانون الأجنبي.

يعتبر الغش نحو القانون مانعاً لتطبيق القانون الأجنبي، شأنه شأن النظام العام، فما هو الغش نحو القانون، وما هي شروط الدفع به، وأساسه والجزاء المترتب عنه؟

الفرع الأول: المفهوم والنشأة.

أولاً: مفهوم الغش نحو القانون: رأينا أن للقاضي استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام الوطني وذلك عندما يتعارض مضمون هذا القانون مع المبادئ والمفاهيم الأساسية التي لا يجوز مخالفتها، وسمي هذا باستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام. وقد رأينا أن الوصول لمعرفة القانون الأجنبي يتطلب من القاضي تكييف أي مسألة مشتملة على عنصر أجنبي، لوضعها في إحدى الفئات المسندة، والتي تربط بالقانون المسند إليه (الواجب التطبيق) بواسطة أداة اسمها ضابط الإسناد.

79 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 185

وقد يعتمد طرف ما بالسعي إلى تغيير ضابط الإسناد لكي يتغير من خلاله القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية.

إن تغيير ضابط الإسناد بشكل إرادي هو حق مشروع لأطراف العلاقة القانونية سواء كان ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن أو المال المنقول أو مكان إبرام التصرف، وبهذا المعنى يمكن التوقع أن يقوم الأفراد بالتحايل على القانون الواجب التطبيق في ميدان القانون الدولي الخاص عن طريق استخدام قواعد الإسناد في أجل التهرب في القانون الواجب التطبيق، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أم قانون أجنبي بحيث تصبح العلاقة القانونية خاضعة لمصالح الأفراد التي تعتمد إلى التحايل.

كما لو أن الأفراد يلجؤون إلى تغيير الجنسية من أجل تطبيق قانون الجنسية الجديدة الذي يناسبهم، أو الموطن ليطبق عليهم قانون الموطن الجديد، أو قانون موقع المال الجديد، أو قانون محل إبرام للتهرب من القانون الواجب التطبيق الأصلي فيما كان يتضمن أحكاماً آمرة أو مانعة لا تتفق مع مصالحهم، وعليه يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه "التغيير الإرادي لضابط الإسناد، بنية أو بهدف التهرب من القانون الواجب التطبيق".

ثانياً: نشأة الغش نحو القانون.

تعتبر فكرة الغش نحو القانون قديمة في ميدان القانون الدولي الخاص، حيث ظهر ذلك في المدرسة الهولندية منذ القرن السابع عشر عندما تحفظ فقهاء هذه المدرسة على أعمال قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع أهلية الموصي للإيصاء لقانون محل إبرام الوصية، وذلك في حالة انتقال الموصي إلى محل إبرام الوصية بقصد التهرب من أحكام قانونية الشخص الذي لا يمنحه أهلية الإيصاء⁸⁰.

ثم ظهور هذه الفكرة في قضاء بعض الدول وخصوصاً فرنسا، حيث تمثل قضية الأميرة "دي بوفيرمون" *Princesse de Bauffermont* أشهر هذه القضايا وهي: أن أميراً فرنسياً يدعى "دي بوفيرمون" تزوج بسيدة بلجيكية الأصل، واكتسبت الجنسية الفرنسية بعد زواجها، لم تكن على وفاق مع زوجها، فحصل بينهما انفصال

80 - فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 156.

جسماني، ثم رغبت في تحويله إلى طلاق أين كان حينها القانون الفرنسي يمنع الطلاق، لجأت إلى التجنس بالجنسية الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق وعلى إثر ذلك حصلت على حكم الطلاق، ثم تزوجت بألماني وطلقته بعد فترة وجيزة لتتزوج ثالثة من أمير روماني آخر يدعى "بييسكو Bibesco" واكتسبت جنسيته، ثم انتقلا للإقامة في فرنسا، أقام الزوج الأول "دي بوفيرمون" دعوى بطلان زواجها بسبب بطلان طلاقها أصلا، حيث اعتبره تحايلا على القانون الفرنسي واجب التطبيق، حيث تحصل من محكمة النقض الفرنسية ببطلان الطلاق، حيث اعتمدت أساسا قانونيا هو أن تغيير الجنسية حتى لو كان عملا مشروعاً إلا أن القصد أو النية هي التهرب من القانون الفرنسي الواجب التطبيق لأنه يمنع الطلاق وصولا للقانون الألماني الذي يسمح به، وعليه استبعد تطبيق القانون الألماني وطبقت القانون الفرنسي على هذا النزاع، الذي أبطل الطلاق وما ترتب عنه من زواج⁸¹.

أثارت هذه القضية وحكم محكمة النقض الفرنسية ردود فعل متباينة بين مؤيد لإعمال الدفع بالتحايل على القانون (الغش نحو القانون) ومعارض له.

فالمعارضون يحتجون بأن تغيير الأفراد لجنسيتهم أو لوطنهم حق مشروع لهم ولا يمكن اعتبار ذلك تحايلا على القانون لأنه لا يمكن التمسك بنية التحايل التي لا يمكن كشفها وإثباتها، رغم هذا الرأي إلا أن هذا الدفع بالغش نحو القانون أصبح معتمدا لدى الكثير الدول ومنها المشرع الجزائري⁸².

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون، أساسه، والجزاء المترتب عليه.

أولا: شروط الدفع بالغش نحو القانون.

من خلال تعريف الغش نحو القانون يمكن استنتاج الشرطين الأساسيين للدفع بالغش نحو القانون، ويمثلان بالتغيير الإرادي لضابط الإسناد (الركن المادي)، وتتوفر نية الغش أو التحايل على تطبيق القانون الواجب التطبيق (الركن المعنوي).

⁸¹ - القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية. 1878 I, p. 193, 18/3/1878, Cassation civile.

⁸² - اعتمد المشرع الجزائري الدفع بالغش نحو القانون بناء على المادة (24 الفقرة 1) التي نصت على: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون". وذلك حسب الأمر 10/05 لعام 2005.

الشرط الأول: التغيير الإرادي لضباط الإسناد.

أي أنه للاعتداد بهذا الشط فيجب أن يكون هناك تغيير لضباط الإسناد وأن يكون هذا التغيير إراديا، ويكون تغيير ضابط الإسناد عندما يكون هذا الضابط خاضعا لإرادة الفرد بالتغيير فلا يمكن التصور أن يتغير ضابط الإسناد بالنسبة لموقع العقار، لهذا فإن الضوابط التي يمكن تغييرها هي، الجنسية، الموطن، موقع المال، مكان إبرام التصرف، ويمكن أن يكون ضابط الإرادة في الالتزامات التعاقدية كذلك، لكن ما ينبغي الإشارة إليه أن المشرع الجزائري حصن هذه الإرادة من التحايل عليها عندما أضاف على مبدأ الإرادة المقصودة هنا جملة "إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد"⁸³.

أما أن يكون التغيير إراديا، أي أن يكون بإرادة الشخص الحرة دون تدخل عامل خارجي يرغمه على ذلك، فلا يعتد بالتغيير غير الإرادي كأن تتبدل الجنسية بتغيير السيادة على الإقليم أو الانفصال بين دولتين، أو ضم إقليم دولة معينة.

وهذا الشرط يمثل الركن المادي المطلوب لتوفر الدفع بالغش نحو القانون.

الشرط الثاني: توفر نية الغش نحو القانون.

بالعودة إلى قضية الأميرة "دي بوفيرمون" نجد أنها اكتسبت الجنسية الألمانية لم يكن الغرض من ذلك لكونها ستعيش فيها بشكل دائم، أو بقصد بسط الحماية الدبلوماسية الألمانية وغير ذلك من الآثار المترتبة على اكتسابها لهذه الجنسية بل كان الغرض هو الحصول على حكم الطلاق.

لقد كان الهدف هو أمر تعلمه السيدة دي بوفيرمون، وهو أمر باطني لا يمكن أن يسهل على الأقل اكتشافه، لذلك اتجه كثير من الفقه التردد في التسليم بفكرة التحايل على القانون أو الدفع به لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، لكن ذلك لم يثني الكثير من قوانين الدول الأخذ بهذه الفكرة خصوصا أن للقاضي السلطة التقديرية التي يتلمسها من حيثيات كل قضية ووقائعها وإجراءاتها والتوقيت الخاص بها⁸⁴.

83 - المادة 18/ف1 من القانون المدني الجزائري.

84 - أعراب بلفاسم، المرجع السابق، ص 191.

لم يكن هذان الشرطان الوحيدان (المتفق عليهما من الفقه) بل هناك شرطان غير متفق عليهما.

الشرطان غير المتفق عليهما للدفع بالغش نحو القانون.

1- أن يكون القانون الواجب التطبيق الذي يريد الفرد التهرب من أحكامه هو قانون القاضي.

وبمفهوم المخالفة أنه إذا كان القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون أجنبي غير قانون القاضي، فلا يعتد بالدفع بالغش نحو القانون حيث أن القاضي عليه حماية قانونه فقط لا غيره، وقد أخذ القضاء الفرنسي في بداية الأمر بهذا الاتجاه، إلا أنه أخذ منحى جديداً، وهو اعتبار الغش نحو القانون الأجنبي عاملاً للدفع بالغش نحو القانون⁸⁵.

2- أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها تمثل قواعد آمرة.

أخذ بهذا الشرط بعض الفقه واعتبر أن الغش نحو القانون لا يتحقق إلا إذا كانت أحكام القانون المراد التهرب منه آمرة لا مكملة.

لكن أغلب الفقه اعتبر أنه حتى القواعد المكملة لها صفة الإلزام نفسها التي هي للقواعد الآمرة، لأن أهم شروط تطبيقها هو عدم اتفاق الأفراد على مخالفتها، فإذا توفر هذا الشرط اعتبر شرط تطبيقها متوفراً وملزماً.

ثانياً: أساس الغش نحو القانون.

تقترب فكرة الغش نحو القانون في أساسها من نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الصورية في القانون المدني، إضافة إلى فكرة الدفع بالنظام العام.

- تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق عند غالبية الفقه هي أساس لفكرة الغش نحو القانون، فكلاهما يكون للشخص الحق في استعمال حقه، إلا أنه يتم استعماله بطريقة تؤدي لمصلحة غير مشروعة، إلا أن ما يميز فكرة التحايل على القانون هو أنها لا تضر بالمصالح الخاصة للأفراد وإنما تضر

85 - نفس المرجع، ص 193.

بالمصلحة العامة، حيث تتحرف بقواعد الإسناد عند هدفها والغاية من إحداثها، بينما التعسف في استعمال الحق يضر بالمصالح الخاصة للأفراد وليس المصلحة العامة.

• يعتبر بعض الفقه أن أساس الغش نحو القانون هو كونه أحد تطبيقات الدفع بالنظام العام ورغم التشابه بينهما خصوصا أن كلاهما يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إلا أنهما يختلفان عن ناحيتين:

1- عندما يتم إعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، فإنه ينظر إلى مضمون القانون الأجنبي، الواجب التطبيق، أما في إعمال الدفع بالغش نحو القانون ينظر إلى التحايل الذي يقوم به ذوي المصلحة.

2- يتم إعمال الدفع بالنظام العام عندما يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام، أما في إعمال الدفع بالغش لاستبعاد القانون الأجنبي فإنه يهدف إلى حماية القانون المختص أصلا بحكم النزاع.

إضافة إلى أن الدفع بالنظام العام يتم إعماله لحماية القانون الوطني بينما الدفع بالغش نحو القانون يمكن أن يكون لحماية القانون الوطني أو الأجنبي.

• أما الفقه الذي اعتبر أساس الغش نحو القانون هو نظرية الصورية في القانون المدني، فقد انتقد بشدة كونهما يختلفان من حيث افتراض وجود عقد ظاهر غير حقيقي يستر عقدا باطنا حقيقيا في نظرية الصورية بينما في الغش نحو القانون التصرف يكون ظاهرا حقيقيا إنما الغرض منه غير مشروع، أي أن الإرادة الظاهرة فيه هي إرادة حقيقية⁸⁶.

ثالثا: الجزاء المترتب على الغش نحو القانون.

يهدف الغش نحو القانون هو تحقيق غاية كما هو الحال في قضية الأميرة (دي بوفيرمون) الحصول على حكم الطلاق، لكن هذا الهدف يتم باستخدام وسيلة تتمثل في تغيير ضابط الإسناد هو الجنسية.

⁸⁶ د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص161. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص196.

وعندما يتم إعمال الدفع بالغش نحو القانون يطرح السؤال التالي: هل يشمل الجزاء المترتب على هذا الغش الغاية والوسيلة أم الغاية فقط؟

يرى جانب من الفقه شمول الجزاء على الغاية والوسيلة، ففي قضية دي بوفيرمون يشل الجزاء حكم التطليق وكذلك الجنسية الجديدة، أي عدم نفاذ حكم التطليق وما يبنى عليه من زواج، إضافة إلى الوسيلة وهي الجنسية الألمانية حيث تبقى جنسيتها فرنسية (أي عدم الاعتداد بالجنسية الجديدة) وذلك لأن عدم الأخذ بالنتيجة دون الوسيلة من شأنه ترتيب آثار متناقضة على الأوضاع القانونية، فلا يمكن مثلا أن نقبل بالجنسية الجديدة (الوسيلة) للشخص حيث ترى عليه في جميع المسائل القانونية، مع إخضاعه في الوقت نفسه لأحكام قانون جنسيته القديمة بالنسبة لموضوع النزاع فقط.

أما الرأي السائد فهو شمول الجزاء على الغاية فقط دون الوسيلة، حيث يسري الجزاء على النتيجة غير المشروعة (الطلاق في قضية دي بوفيرمون)، دون الوسيلة المشروعة (اكتساب الجنسية)⁸⁷، وعليه في المثال السابق فإنه يقتصر أثر الدفع بالغش على عدم سريان النتيجة في بلد القاضي وهي الطلاق، أما تغيير الجنسية فيبقى صحيحا ومنتجا لآثاره باعتباره أن تغيير الجنسية عملا مشروعاً بحد ذاته، مع التسليم ببعض الصعوبات التي تواجه هذا الرأي على إطلاقه خصوصا في حال تغيير مكان المنقول، حيث يقتصر الجزاء على إبطال النتيجة دون الوسيلة⁸⁸. مع الإشارة إلى أن مشروعية الوسيلة يؤكدتها المنطق، وتدعمها الاتفاقيات الدولية الخاصة بالجنسية.

⁸⁷ - فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 165.

⁸⁸ - فؤاد ديب، نفس المرجع، ص 165.

الفصل الرابع

تطبيقات قواعد الإسناد الجزائرية

سبق أن تطرقنا لقواعد الإسناد في دراستنا من حيث طبيعتها، وعناصرها ومميزاتها، تلك القواعد الواجبة التطبيق على المسائل المتعلقة بالأشخاص المشتملة على عنصر أجنبي، والتي يتوجب على القاضي إتباعها في تحديد القانون واجب التطبيق.

تجد هذه القواعد مصدرها الأساسي في القانون المدني الجزائري (القانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005)، حيث كرس لها المشرع ثلاثا وعشرين مادة من المادة 9 إلى المادة 24 في الفصل الثاني من الباب الأول، الكتاب الأول، تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان، وإذا كان القانون المدني هو المصدر الأساسي لقواعد الإسناد، فإنه تجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن يضاف لهذا المصدر المعاهدات، حيث يستفاد ذلك من نص المادة 21 من (القانون المدني الجزائري)⁸⁹، كذلك ما أشارت إليه المادة (23 مكرر 2 القانون المدني الجزائري) باعتبار المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين كمصدر تكميلي، مع وجوب الأخذ بالمواد ذات الصلة والمدرجة في بعض القوانين الداخلية⁹⁰.

لقد نظم المشرع الجزائري قواعد تنازع القوانين من حيث المكان وفقا لطوائف رئيسية، تسمى الفئات المسندة، تتضمن كل منها المسائل القانونية المتشابهة والمتقاربة، المتمثلة بفئة الأحوال الشخصية، فئة الأموال، فئة الالتزامات التعاقدية، فئة شكل التصرفات، وفئة الالتزامات غير التعاقدية، التي سنتعرض لها من خلال المباحث الآتية:

⁸⁹ الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وكذلك المعاهدات الثنائية كالاتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين بين فرنسا والجزائر (1988/06/21).

⁹⁰ مثل قانون الحالة المدنية (الأمر 20/70، فيفري 1970 خصوصا المادة الخاصة على القنصليات الجزائرية في الخارج والمتعلقة (بزواج جزائريين أو جزائري وأجنبية). كذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية، م41، 42، 44، 605. أيضا قانون الأسرة الجزائري، م62، 138. إضافة إلى المواد المتعلقة بالنظام العام الجزائري.

المبحث الأول

الحلول الوضعية المتعلقة بالأحوال الشخصية.

هي جميع المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي يحكمها القانون الشخصي، حيث تخضع إلى قانون الجنسية أو لقانون الموطن وفقا لمصلحة الدول الوطنية والاعتبارات الاستراتيجية الخاصة بكل دولة، فالدول التي تعاني من كثرة الأجانب تنحو إلى الأخذ بقانون الموطن لدمج هؤلاء الأجانب، حيث أن ارتباط الفرد بالوسط الإقليمي أقوى من ارتباطه بالوسط الاجتماعي الذي ينتمي إليه بجنسيته، ففي الموطن تتمركز مصالحه وعمله، وحيث يكون فيه روابط اجتماعية وأسرية، إضافة لسهولة تطبيق قانون الموطن، الذي غالبا ما يكون قانون بلده الذي يعرفه جيدا، والأخذ بقانون الموطن يؤدي إلى استقرار المعاملات.

أو الأخذ بقانون الجنسية كما هو الحال إلى جميع الدول العربية وبعض دول أمريكا الجنوبية ومعظم الدول الغربية، لأن فئة الأحوال الشخصية وخاصة الحالة والأهلية، هي من الصفات التي تلحق بالشخص على وجه الدوام⁹¹، كذلك يؤدي الأخذ بقانون الجنسية إلى بسط سيادة الدولة على رعاياها.

وبالعودة إلى الجزائر نجد أن المشرع اعتمد الأخذ بقانون الجنسية في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ووضع حلولاً لبعض الصعوبات التي تواجه تطبيق قانون الجنسية وهي:

أولاً: حالة تعدد الجنسيات: تصدى المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون المدني الجزائري إلى الحالة التي يكون فيها الشخص متعدد الجنسيات، ويمكن التمييز بين حالتين بهذا الصدد:

⁹¹ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص175.

- الحالة الأولى: عندما يكون الشخص متعدد الجنسيات دون أن تكون الجنسية الجزائرية بينها، حيث نصت المادة 22/ق1 "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

- الحالة الثانية: عندما يكون الشخص متعدد الجنسيات وتكون الجنسية الجزائرية من بين هذه الجنسيات حيث نص المشرع في الفقرة 2 من نفس المادة "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر، الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة".

ثانيا: حالة انعدام الجنسية، حيث يطبق القاضي الجزائري قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، وذلك طبقا للمادة "22 /ق3 قم ج".

ويرجع ذلك إلى كون قانون الموطن هو الأنسب في مثل هذه الحالات، وهو القانون الذي يرتبط به الشخص بشكل فعلي أكثر من غيره.

ثالثا: حالة الإسناد إلى دولة تتعدد فيها التشريعات: لقد حرص المشرع الجزائري على معالجة المشاكل التي تعترض تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يكون ضابط الإسناد هو الجنسية، في دولة تتعدد فيها التشريعات سواء التعدد الديني أو الطائفي، أو التعدد الإقليمي وهذا طبقا للمادة 23 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء نصها: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه، وإذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

فمثلا لو أن القانون الواجب التطبيق هو القانون اللبناني فإن قواعد التنازع الداخلي في هذا البلد هي التي تحدد القانون الواجب، أي قانون الطائفة التي ينتمي إليها

الشخص، ويطبق التشريع الغالب في لبنان في حالة عدم وجود ما يشير إلى ذلك في قواعد التنازع الداخلي اللبناني.

أما إذا كان القانون الواجب التطبيق في دولة تتعدد في التشريعات إقليمياً كالولايات المتحدة الأمريكية فإن قواعد التنازع الداخلي للقانون الفيدرالي الأمريكي هو الذي يحدد قانون أي ولاية أمريكية يطبق وإذا لا يوجد نص على بهذا الشأن يطبق قانون العاصمة (واشنطن).

لم يشأ المشرع الجزائري وضع قاعدة إسناد وحيدة وشاملة لمختلف المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأنه راعى تطبيق قانون الجنسية في الحالات المختلفة، بل وضع لكل حالة ضابط إسناد، كقانون الجنسية لأطراف علاقة الزواج، أو جنسية أحدهما كقانون الزوج، أو قانون الأب دون الابن في النسب وقانون الابن دون الأب في الوصاية، إضافة إلى تحديد وقت التطبيق كقانون جنسية طرف ما وقت انعقاد الزواج - أو وقت رفع الدعوى، أو وقت ميلاد الطفل أو وقت موت المورث أو الموصي... الخ، كذلك وضع قواعد مفصلة، للحالة الأهلية، وانعقاد الزواج وانحلاله والآثار المالية والشخصية لانعقاد الرابطة الزوجية، النسب، الكفالة، النفقة بين الأقارب، الولاية والوصاية والقوامة، الميراث والوصية، والهبة والوقف، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة التي تتميز بها كل حالة من هذه الحالات، لذا سنعمل على بيان القانون الواجب التطبيق في كل حالة من هذه الحالات كما يلي:

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية

وضع المشرع الجزائري المادة 10 من القانون المدني الجزائري لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية المتعلقة بالأشخاص.

الفرع الأول: الحالة: يقصد بالحالة جميع الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته، وهي صفات تقوم على أسس الواقع، كالسن والجنس والصحة أو على أسس من القانون كالزواج والجنسية⁹².

ويشمل نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الحالة على اسم الشخص واللقب والموطن وتحديد مركزه من أسرته، كالزواج والطلاق والنسب.

ويطبق قانون الجنسية على الشخص منذ ولادته إلى وفاته، وتحدد جنسية الشخص الاعتباري من خلال مركز الإدارة الرئيسي أو مركز الاستغلال أو مكان النشاط.

الفرع الثاني: الأهلية.

نصت المادة 10 من ق.م.ج على "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكانت نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبنيه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر على أهليته وفي صحة المعاملة.

أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

قبل أن نتطرق إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على الأهلية، حسب قاعدة الإسناد الواردة في المادة 10 من ق.م.ج، لابد من تحديد نوع الأهلية التي تدخل في نطاق هذه القاعدة.

أولا: المقصود بالأهلية:

⁹² فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص183.

لكل شخص صفات معينة تلحق به فترتب له حقوق وعليه واجبات، فلا يعتبر الشخص أهلاً لممارسة الحقوق والقيام بالواجبات إلا إذا كان قد بلغ سناً يسمى سن الرشد، ويختلف هذا السن من دولة لأخرى⁹³، ما يضفي أهمية بالغة على القانون الواجب التطبيق على الأهلية.

فلو ثار نزاع بخصوص أهلية جزائري تعاقد مع فرنسي في مصر أمام القضاء السوري. فما هو القانون الذي يحكم النزاع؟، هل هو القانون السوري (قانون القاضي) أم القانون الجزائري (قانون جنسية الشخص) أم القانون المصري (محل إبرام العقد).

فهذا النوع من الأهلية يسمى أهلية الأداء التي بموجبها تحدد صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع والشراء، والوصية، وهي أهلية الأداء العامة المناطة بها القدرة على التعبير عن الإرادة والتي يتحدد نطاقها بالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية التي تحتاج للإرادة عند إنشائها⁹⁴.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق (م 10 ق.م.ج)

نلاحظ من نص المادة 10 التمييز بين القاعدة العامة، الظاهر في الفقرة 1 من المادة 10، والاستثناء الوارد في الفقرة 2 من نفس المادة.

القاعدة العامة:

تتمثل القاعدة العامة في خضوع أهلية الأشخاص لقانون البلد الذي ينتمون إليه بجنسيتهم أي القانون الوطني للشخص، وبمقتضى هذه القاعدة يتوجب على القاضي الجزائري، تطبيق القانون الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته فيما إذا كان بالغاً سن الرشد أم لا، وتطبق هذه القاعدة بالنسبة لأهلية الجزائريين أو الأجانب على حد سواء.

الاستثناء الوارد على القاعدة العامة:

⁹³ سن الرشد في القانون الجزائري 19 سنة، السوري 18، الفرنسي 18، مصر 21، هولندا 23، الدانمارك 25.
⁹⁴ أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 216، 217.

يظهر ذلك في الفقرة 02 من المادة 10، حيث استثنى المشرع الجزائري الحالة التي يتعاقد فيها جزائري مع أجنبي، ويجهل أنه ناقص الأهلية، وفقا لقانونه الأجنبي لأنه لا يفترض بالمتعاقد الجزائري علمه بكافة قوانين الدول فيما يخص الأهلية، ويكون جهل المتعاقد بنقص الأهلية إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه. يجد هذا الاستثناء أصله في قضية ليزاردي التي صدر فيها حكم شهير عام 1861 لمحكمة النقض الفرنسية، وصرحت بعدم الاعتداد بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي، لأن المتعاقد الفرنسي كان يجهل نقص أهلية الأجنبي عند التعاقد، شرط أن يكون الفرنسي قد تعاقد دون خفة وبغير رعونة وأن يكون حسن النية⁹⁵.

فلو تعاقد جزائري مع شخص أجنبي عمره 24 سنة، فإنه لا ينتبه أنه قاصر، أي أن السبب في الجهل بنقص الأهلية فيه خفاء أي لم يتصور أن سن الرشد مثلا حسب قانون هذا الأجنبي هو 25 سنة.

من خلال النص نستنتج أن هذا الاستثناء لا يتم تقريره إلا إذا توفرت شروط هي:

- أ- أن يكون التصرف يدخل ضمن نطاق التصرفات المالية.
- ب- أن يتم التصرف في الجزائر، وينتج آثاره فيها، وأن يكون التعامل بين وطني وأجنبي.
- ج- أن يكون الأجنبي كامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري وناقص الأهلية طبقا لقانون بلده.
- د- أن يكون نقص الأهلية يرجع لسبب فيه خفاء لا يسهل تبينه.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فيطبق نص المادة 3/10 من ق.م.ج، بحيث يطبق على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها المقر الاجتماعي الرئيسي أو الفعلي، لكن إذا كان النشاط في الجزائر يطبق القانون الجزائري م/04/10.

⁹⁵ تتلخص القضية أن "ليزاردي هو شاب مكسيكي عمره 23 سنة اشترى من تاجر فرنسي بعض المجوهرات في باريس وقدم سندات بمبلغ كبير لقاء هذا الذهب، وعند الاستحقاق امتنع ليزاردي عن الدفع، وكان دفعه عندما أقام التاجر الفرنسي دعوى قضائية ضده أن السندات باطلة نظرا لنقص أهليته وفقا لقانونه المكسيكي الذي يحدد سن الرشد بـ 25 سنة، رفضت المحكمة ادعاءه وحكمت بدفع قيمة السندات، أيدت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن الفرنسي غير ملزم بمعرفة أحكام مختلف قوانين الدول الخاصة بالقصر والبلوغ مادام قد تعامل بحسن نية ودون خفة أو رعونة".

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الواجب التطبيق على عديم الأهلية أو ناقص الأهلية هو القانون الوطني للشخص الذي يجب حمايته، حيث يظهر ذلك من نص المادة "15 من ق م ج"، وذلك عندما يتعلق الأمر بالشروط الموضوعية الخاصة بالولاية أو الوصاية أو القوامة، ويطبق القانون الوطني على تدابير الاستعجال عندما يكون القصر أو عديمو الأهلية أو الغائبون في الجزائر وقت اتخاذ التدابير، أو أنها تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر⁹⁶.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الرابطة الزوجية.

بداية لابد من الإشارة إلى الخطبة كونها مقدمة لانعقاد الزواج حيث عرفت م 05 من قانون الأسرة الجزائري، "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"، فما هو القانون الذي يحكم الخطبة؟

لم نجد نصا أو قاعدة استناد في ق، م، ج تظهر القانون الواجب التطبيق على الخطبة وآثار العدول عنها، لكن القواعد العامة الواردة في المادة 09 فإن تكييف ما يعتبر من الشروط الموضوعية للخطبة كالمصاهرة والرضاع ومن يحرم بينهما الزواج، يخضع لقانون جنسية الشخص الخاطب أو المخطوبة.

أما الشروط الشكلية فتخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها في "م 19 ق، م، ج".
ويطبق قانون جنسية الخاطب على آثار الخطبة كعدم جواز الخطبة على الخطبة من شخص آخر وذلك وقت الخطبة.

وتطبق "م 19 ق، م، ج" على قواعد الإثبات، أي قانون البلد الذي تمت فيه الخطبة أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للخطيبين، أو ما ينطبق على شروطها الموضوعية.

⁹⁶ نص المادة 2/15 يشير إلى هذه التدابير، "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين بالجزائر وقت اتخاذ التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة بالجزائر".

إن جواز العدول عن الخطبة لا يترتب آثارا إلا إذا كانت ضارة بأحد الطرفين سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فيطبق القاضي قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية "م20 ق، م، ج".

وبالنسبة للهدايا المقدمة خلال فترة الخطبة كالذهب وغيرها، فقد رأى البعض تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين باعتبارها تدخل في مسألة انعقاد الزواج لكن الأرجح هو تطبيق قانون محل تحقق الإثراء، لأن الالتزام برد الهدايا هو التزام من قبيل الإثراء بلا سبب.

ويستبعد تطبيق القانون الواجب التطبيق عند مخالفة النظام العام الوطني كأن يلزم الطرفين بإتمام الزواج رغما عنها، وهذا ما لا يجيزه النظام القانوني في الجزائر.

هذا بالنسبة للخطبة، أما في مسألة القانون الواجب على الرابطة الزوجية، تختلف النظم القانونية للزواج والأسس التي يقوم عليها باختلاف الدول واختلاف الطوائف والجماعات ضمن الدولة الواحدة، لذلك يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة الزوجية، وبما أن هذا القانون يختلف من انعقاد الزواج عنه في انحلاله أو الآثار المالية والشخصية لانعقاد الزواج، نتناولها في الفروع الثلاث كما يلي:، القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج (الفرع الأول)، القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية والشخصية للزواج (الفرع الثاني)، ثم القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الرابطة الزوجية

نتيجة لتطور العلاقات الاجتماعية، الاقتصادية والثقافية ووسائل الاتصال بين الدول، انتشر الزواج المختلط.

ويعتبر الزواج في القانون الدولي الخاص الجزائري من أهم المسائل اللصيقة بحالة الشخص حيث يتحدد مركزه من أسرته، ويختلف الزواج في خضوعه للقانون الواجب التطبيق عن بقية المسائل المتعلقة بحالة الشخص، خصوصا أنه يتعلق برابطة بين

شخصين وبالتالي يخضع لقانون الزوج أو الزوجة أو كليهما أو كل منهما، على الشروط الموضوعية، أو قانون المحل أو الجنسية أو الموطن على الشروط الشكلية.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لانعقاد الزواج

يمثل إشهار الزواج وإثباته وتحريره، والزواج بالوكالة والشهود، الشروط الشكلية لانعقاد الزواج، حيث تختلف هذه الشروط من دولة إلى أخرى ومن نظام قانوني إلى آخر، فالدول المسيحية تعتبر إشهار الزواج من خلال الشكل الديني شرطاً شكلياً في حين تعتبر بعضها شرطاً موضوعياً كما هو الحال في اليونان وإسبانيا، حيث يجوز لها أن ترفض الزواج ولا تعترف به، إذا أبرم بين رعاياها في الخارج من دون الشكل الديني الذي يعتبر ركناً موضوعياً لصحة الزواج⁹⁷.

ويخضع التكيف في تحديد الشروط إن كانت موضوعية أو شكلية إلى قانون القاضي (م 09 القانون المدني الجزائري) ولم يتطرق المشرع الجزائري في المواد المتعلقة بتنازع القوانين فيما يخص انعقاد الرابطة الزوجية إلى الشروط الشكلية للزواج، مما يحتم اللجوء إلى القواعد العامة في المادة 19 من ق م ج⁹⁸.

حيث يطبق على هذه الشروط قانون البلد الذي تم فيه إبرام العقد، وبالنسبة للجزائريين في الخارج يمكن لهم بالمقابل إبرام الزواج صحيحاً حسب القانون المحلي لذلك البلد مثلما هو صحيح عندما يتم إجراؤه أمام رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي الجزائري في ذلك البلد⁹⁹.

⁹⁷ انظر نص المادة 05 من اتفاقية لاهاي 1902 الخاصة بالزواج "يعتبر الزواج الحاصل صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذي يباشر فيه صحيحاً في كل مكان آخر... وتضيف المادة... ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجوز للبلاد التي يتطلب قانونها شكلاً دينياً للزواج أن تعترف بصحة الزواج المبرم بين رعاياها في الخارج من غير الشكل الديني المطلوب.

- انظر (قضية كراسلانيس) في الفصل الأول من هذه المحاضرات تحت عنوان (التكيف).
⁹⁸ تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقد أو لقانونها الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

⁹⁹ انظر المادة 96 من قانون الحالة المدنية (الأمر رقم 20/70 في 19/02/1970).

"ويعتبر الزواج بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لانعقاد الزواج"¹⁰⁰.

كما يمكن أن يطبق على الشروط الشكلية للزواج قانون الجنسية المشتركة أو المواطن المشترك للطرفين، كما يجوز للقاضي الجزائري أن يطبق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لهذا العقد.

ثانيا: الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج هي الرضا والأهلية وموافقة ولي الأمر والمهر وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، ويتم التكيف إلى تحديد ما هو شكلي وما هو موضوعي كما تم ذكره حسب قانون القاضي.

وفي حقيقة الأمر فإن المقصود هو القانون الواجب التطبيق بين الأجانب أمام القاضي الجزائري، لأنه في حالة ما إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 13 القانون المدني الجزائري مع استثناء أهلية الزواج.

نصت المادة 11 من القانون المدني الجزائري على "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، حيث تحدد هذه المادة ضابط الإسناد لانعقاد الزواج في جنسية كل من الزوجين، لكن الأمر سهل عندما تكون جنسية الزوجين متحدة، لتثور صعوبة التطبيق عندما تكون جنسيتهم مختلفة، فكيف يتم أعمال ضابط الإسناد في هذه الحالة؟

2- كيفية تطبيق قانون كل من الزوجين:

إذا كان الزوجان من جنسية تونسية (جنسية مشتركة)، فإن القاضي يسهل له تطبيق القانون التونسي الخاص بحكم الشروط الموضوعية للزواج لأن الزوجين لهما جنسية مشتركة، أما إذا كان الزوج من الجنسية التونسية والزوجة فرنسية فالأمر مختلف،

¹⁰⁰ انظر المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

لأن على القاضي تطبيق قانون كل منهما أي القانون التونسي والقانون الفرنسي،
فكيف يتم تطبيقهما؟

يترتب على هذا الاختلاف في الجنسية تطبيق أحد مبدأين، التطبيق الجامع لقانون
الجنسية، والتطبيق الموزع .

أ- التطبيق الجامع "Application cumulative": يقصد به توفر الشروط
الموضوعية التي يشترطها قانون الزوج في كل من الزوج والزوجة معا،
وبنفس الوقت يجب توفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون الزوجة في
كل منها ومن الزوج، أي إدماج الشروط الموضوعية لكلا القانونين ومجموع
هذه الشروط يجب أن يطبق عليها معا، لكن هذا التطبيق يعتبر صعب
خصوصا إذا كان الزوجان من جنسيتين لا ينتميان لنفس المنظومة القانونية
كالمنظومة الإسلامية أو الإنجلوسكسونية... الخ.

ب- التطبيق الموزع: "Application distributive".

يكفي ليكون عقد الزواج صحيحا من حيث توفر الشروط الموضوعية، أن تتوافر
الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسية الزوج فيه فقط دون اشتراط توفرها
على الزوجة، وبالمقابل أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون الزوجة
على الزوجة دون اشتراط توفرها في الزوج، ففي المثال السابق فإن القاضي يطبق
على الزوج التونسي الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون التونسي، ويطبق على
الزوجة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الفرنسي، وهذا ما ورد في المادة
11 القانون المدني الجزائري "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة
الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"¹⁰¹.

مع الإشارة إلى أن القوانين التي اتبعت التطبيق الموزع استثنت منه كل ما يتعلق
بالموانع نظرا لخطورتها على العلاقة الزوجية وما يترتب عنها، مثل "مانع القرابة،

¹⁰¹ تتطابق المادة 11 من القانون المدني الجزائري مع كل من المواد: 12 مدني مصري، 13 مدني سوري، 19 مدني عراقي، 12
مدني ليبي، 13 مدني أردني، 17 مدني سوداني، مدني 36 من المرسوم الأميري الكويتي رقم 05 لعام 1981.

العدة، المسلمة للمسلم فقط، وتعدد الزوجات في الدول المسيحية"، بحيث يسري عليها التطبيق الجامع.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

نصت المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج"، ومن خلال هذا النص يظهر تقسيم هذه الآثار إلى شخصية ومالية.

1- الآثار الشخصية: يقصد بها، الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، فعلى الزوجة حق لزوجها في الطاعة والسكن معه والانتقال أين يحل، وعلى الزوج حق الزوجة مثل المهر والنفقة والرفق، وعلى كل منها اتجاه الآخر الوفاء والإخلاص والاحترام.

2- الآثار المالية: يقصد به نظام المال بين الزوجين المعروف لدى الدول المسيحية بنظام المشاركات المالية "Les régimes matrimoniaux" حيث الاشتراك المالي، وهذا النظام لا تعرفه النظم القانونية الإسلامية كما هو الحال في "الانفصال المالي" أو استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين، لكن ينبغي الإشارة إلى أن المشرع استحدث في قانون الأسرة الجزائري¹⁰² حكما يجيز للزوجين الاتفاق في عقد الزواج أو عقد لاحق (رسمي) على إدارة الأموال وتحديد الأرباح والنسب، لكنه في رأينا لا يخرج عن نظام الانفصال المالي (استقلال الذمة المالية) وهو يشبه إلى حد بعيد أي عقد بين أي شخصين.

وقد أخضع المشرع الجزائري هذه الآثار لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كما هو وارد في المادة 01/12 من القانون المدني الجزائري .

رابعا: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية.

¹⁰² يتعلق هذا الحكم بالآثار المالية للزواج، والذي ورد في نص المادة 02/37 من قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 2/12 من ق م ج .القانون "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، حيث يظهر أن المشرع الجزائري أخضع انحلال هذه الرابطة القانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى¹⁰³.

وهو الأمر الذي يضر أحيانا بالزوجة التي تفاجأ باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء انعقاد الزواج، حيث يمكن أن يسمح هذا القانون بانحلال الزواج لأسباب لم تتوقعها¹⁰⁴، فرابطة الزوجية تنشأ وفقا لقانون الطرفين، والواجب أن لا تتحل إلا وفقا لحكم قانون يجمع الطرفين أو لقانون يكون الطرفان متبصرين به، إن لم يكن خضعا لقانون واحد¹⁰⁵.

وينقضي الزواج إما بإرادة الزوج المنفردة أو بالتطبيق أو بالمخالعة أو بالتفريق (الانفصال الجسماني)، وهذه الأخيرة تأخذ بها قليل من الدول المسيحية التي تعتبر الزواج رابطة أبدية لا تنتهي إلا بموت أحد الطرفين (المذهب الكاثوليكي).

أما نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، فإنه يسري على شروط الانحلال والآثار المترتبة عليه، كحق الزوج في الطلاق أم لا، وكيفية إيقاعه وإجازة الوكالة فيه، وحق كل من الزوجين في طلب التطليق أو الانفصال الجسماني، أما بخصوص الإجراءات الخاصة بانحلال الزواج فيخضع لقانون دولة القاضي.

خامسا: الاستثناء الوارد على انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المالية والشخصية لانعقاد الزواج.

نصت المادة 13 القانون المدني الجزائري "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها المادتين 11، 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية" وطبقا لهذا النص فإنه يمكن القول أنه:

¹⁰³ تنسجم المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري مع كل المواد: 2/12 مدني مصري، 2/14 مدني سوري، 3/19 مدني عراقي، 2/14 مدني أردني.

¹⁰⁴ د أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2002، ص256.

¹⁰⁵ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ط2، ص309.

1- في انعقاد الزواج، فإن الشروط الموضوعية لانعقاده تخضع للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، ماعدا شرط الأهلية الذي يخضع لقانون جنسية المعني.

2- فيما يخص الآثار الشخصية والمالية: فإن الاستثناء الوارد في المادة 13 يستثني تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج الوارد في المادة 1/22 ويطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج.

3- أما في مسألة انحلال الرابطة الزوجية فالقاعدة العامة هي ما وردت في المادة 2/12 بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لكن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها إذا كان أحد الزوجين جزائرياً، بل يطبق القانون الجزائري طبقاً لنص المادة 13 القانون المدني الجزائري.

فإذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج الزوج مثلاً، ثم اكتسب جنسية أخرى وتخلّى عن الجنسية الجزائرية بعد زواجه، ثم تم حل الرابطة الزوجية بالطلاق فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري رغم أن الزوجين أجانبين، أي لا يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لأن نص المادة 13 ينص على أنه في حالة انحلال الزواج فالقانون الواجب تطبيقه هو القانون الجزائري وقت انعقاد الزواج.

مثال، تزوج جزائري بفرنسية عام 1990، وبعد 10 سنوات اكتسب الجزائري الجنسية الفرنسية، وتخلّى عن الجنسية الجزائرية، ثم اختلف الطرفان وأرادا حل الرابطة الزوجية فرفعت دعوى الطلاق في العام 2013. فما هو القانون الواجب التطبيق؟

إن تطبيق جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب المادة (2/12) تقتضي أن يطبق قانون الزوج وقت رفع الدعوى وهو القانون الفرنسي، لكن وبناء على المادة 12 القانون المدني الجزائري فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزوج، وأن أحد الطرفين وهو الزوج كان جزائرياً وقت انعقاد الزواج.

أخيرا: يمكن القول أن المادتين (11، 1/12، 2) من ق م ج. نظمتا القانون الواجب التطبيق بإظهار ضابط الإسناد في كل من انعقاد الرابطة الزوجية، الآثار المالية والشخصية للزواج، وانحلال الرابطة الزوجية، إلا أن المادة 13 أوردت استثناء على تطبيق هاتين المادتين إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج حيث يطبق القانون الجزائري، ماعدا الأهلية التي تبقى خاضعة لجنسية الشخص المادة 10 القانون المدني الجزائري وللقاضي الجزائري إعمال الدفع بالنظام العام إذا تبين ما يخالفه في هذه الحالات طبقا للمادة 24 من ق م ج بفقرتيها (1، 2).

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على كل من النسب، الكفالة، التبني والنفقة بين الأقارب.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب، فالنسب رابطة قانونية بين الأب وابنه (أبوه)، أو الأم وابنها (أمومة) وتأخذ شكل الابن مع كليهما (بنوة).

- تأخذ هذه الرابطة على العموم عدة أشكال فتأخذ شكل النسب الشرعي إذا كان الولد ناتج عن علاقة تربط الأم والأب وتكون شرعية برابطة زوجية.
- وتأخذ شكل البنوة الطبيعية أو غير الشرعية عندما ينتج الابن عن علاقة بين الأب والأم، وتكون غير شرعية، وهناك التبني¹⁰⁶.

والسؤال: ما هو القانون الواجب التطبيق على كل من هذه الأشكال.

لا يوجد في المادة 13/مكرر تحديدا للقانون الواجب التطبيق على هذه الأشكال، الأمر الذي يلزمنا بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص، وهي المبادئ المتداولة والأكثر شيوعا في مختلف التشريعات، عملا بالمادة 23 مكرر 2 من ق م ج¹⁰⁷.

¹⁰⁶ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص250.
¹⁰⁷ تنص المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري على "تطبيق المبادئ العام للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

طبقا لنص المادة 13 مكرر نجد أن المشرع الجزائري تناول مسألة النسب من حيث الاعتراف به وإنكاره وهو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، أما إذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل فيطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته.

ينبغي أن نشير إلى أن المشرع الجزائري لم ينظم مسألة النسب في قواعد التنازع قبل التعديل الأخير رغم ورودها في قانون الأسرة في المواد من 40-45، وقد اعتبر ذلك فراغا في قواعد الإسناد الجزائرية خصوصا أن التشريعات تختلف في هذه المسألة وهي مثار جدل، فهناك من طبق على النسب قانون جنسية الطفل عند ميلاده، أو جنسية الأم عند ميلاد الطفل كونها غالبا لا تكون مجهولة، وهذا في النسب الطبيعي، لذا عدّل الأمر 01/05 لعام 2005 هذه المسألة باستحداث المادة 13 مكرر المنوه إليها سابقا.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني.

نصت المادة 13 مكرر من الأمر رقم 10/05 لعام 2005 "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني".

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع ميّز بين صحة الكفالة والتبني من جهة وآثار الكفالة والتبني من جهة أخرى.

1- فمن حيث صحة الكفالة والتبني: نجد من خلال عبارة "جنسية كل من الكفيل والمكفول" أن صحة الكفالة والتبني يحكمها قانونين هما قانون جنسية الكفيل وقانون جنسية المكفول، وهي تشير إلى حد بعيد ما أخذ به المشرع في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في المادة 11 من ق م ج، والتي وردت بها عبارة مشابهة "جنسية كل من الزوجين".

2- من حيث آثار الكفالة والتبني: حدد المشرع الجزائري الاختصاص في آثار الكفالة وآثار التبني إلى قانون جنسية الكفيل وحده دون أن يحدد تطبيق هذا القانون هل هو وقت إجراء الكفالة أم وقت حدوث آثارها.

ومن الجدير بالذكر أن القانون الجزائري لا يبيح التبني إلا أنه من الممكن إجراء هذا التصرف بين الأجانب في الجزائر أو قيام منازعات بشأنه أمام القضاء الجزائري.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب.

النفقة هي التزام يقع على شخص محدد يقدم بمقتضى هذا الالتزام مبلغ مادي أو عيني إلى قريب من رابطة الدم أو المصاهرة، وهي تشمل الأصول والفروع والحواشي أو المصاهرة كقربة الابن بزوجة أبيه، والأب بزوجة ابنه¹⁰⁸.

وباعتبار تلك النفقة هي التي تنقرر وفقا للقواعد الموضوعية الداخلية للدول المختلفة، والتي هدفها حماية المعوزين من أفراد العائلة المحددة ضمن هذه القوانين، فإنه يخرج عن نطاقها النفقة الزوجية سواء التي يقررها القاضي أثناء سير الخصومة للمحافظة على الأبناء القصر من حيث المعيشة، أو النفقة المقررة قانونا بعد انحلال الرابطة الزوجية¹⁰⁹، فهي لا تندرج ضمن نطاق المادة 14 من ق م ج، بل هي من آثار انحلال الرابطة الزوجية، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وبالعودة للمادة 14 من ق م ج، فهي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب بقانون جنسية المدين بها، حيث نصت على "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

وقد بينّ المشرع الجزائري المقصود بالنفقة في قانون الأسرة الجزائري¹¹⁰.

المطلب الرابع

القانون الواجب التطبيق على حماية القصر، الميراث، الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والهبة والوقف.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على حماية القصر.

¹⁰⁸ انظر المواد: 33، 35 من القانون المدني الجزائري.

¹⁰⁹ زدوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، 2000، ص181، كذلك د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص266، 267.

¹¹⁰ أنظر المواد 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 15 من ق م ج،¹¹¹يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعملة إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

يتضح من الفقرة الأولى من هذه المادة خضوع الشروط الموضوعية¹¹¹ لقانون المستفيد من الحماية لأن هذه الحماية مقررة لصالحه ولفائدته، أي لقانون جنسية ناقص الأهلية أو الغائب أو القاصر.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع قبل تعديل 2005 وقف عند هذا الحد دون أن يضع استثناءات على هذه القاعدة، كما فعل بعد التعديل حيث أضاف في الفقرة الثانية من المادة 15 استثناءين هما:

الأول: عندما يكون ناقص الأهلية أو عديم الأهلية أو الغائب فوق الإقليم الجزائري ويتم اتخاذ تدابير استعجال تعنيهم في شؤونهم المالية، فإنه لا يطبق إلا القانون الجزائري، لا جنسية القاصر أو عديم الأهلية، أو الغائب.

الثاني: عندما توجد أموال هؤلاء القصر أو الغائبين أو عديمي الأهلية في الإقليم الجزائري، فإنه يطبق أيضا القانون الجزائري، ويعتقد أن المشرع أخضع الأمور التي تخص أموال هؤلاء للقانون الجزائري بسبب وجود المال في الجزائر أي قانون موقع المال، والتدابير الاستعجالية لقانون القاضي¹¹²، ومن الجدير بالذكر فإن القانون الفرنسي أخذ بنفس الأحكام المذكورة آنفا، غير أن النظم الأنجلوسكسونية أخذت بخصوص الأموال التي يملكها ناقص الأهلية إلى قانون موقع المال.

¹¹¹ أنظر المواد من 81 إلى 115 من قانون الأسرة الجزائري.

¹¹² لقد أخذت اتفاقية لاهاي لعام 1961 بخضوع التدابير الاستعجالية المتعلقة بالمال إلى قانون القاضي.

وعليه فإن قانون جنسية المحمي لا يجب أن تمس بقاعدة قانون موقع المال عندما يكون في دولة لا تعترف بهذا الحق كون المال تحكمه قاعدة خضوعه لقانون موقعه.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت.

أولاً: الميراث: نصت المادة 16 من القانون المدني الجزائري على ما يلي "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما".

خلافًا لما أقرته التشريعات الغربية كفرنسا في خضوع الميراث لقانون موطن المورث، واعتبرته من الأحوال العينية، حيث قانون آخر موطن للهالك بالنسبة للمنقول وقانون موقع العقار بالنسبة للعقار، فقد أخضع المشرع الجزائري الميراث بشقيه المنقول والعقار لقانون جنسية الهالك، حيث اعتبره من نظام الأحوال الشخصية لا العينية، ويظهر قانون جنسية المورث، من هم الورثة وأنصبتهم، وما هي موانع الإرث كالقتل واختلاف الدين والرد، وهل يعتبر المفقود أو الحمل المستكن وارثًا أم لا¹¹³.

وبخصوص التركة التي ليس لها وارث، فهل يمكن القول أن الدولة ترث المال على أساس أن الدولة ترثه أم أنها تملكه؟.

بالرجوع إلى المادة 773 من ق م ج نجد أن الدولة هي مالكة لكل الأملاك الشاغرة والتي ليس لها مالك، مما يعتبر أنها مالكة للمال وليست وارثة له، وهذا على أساس سيادة الدولة التي تملك المال الذي ليس له مالك أو وارث، كذلك يظهر من نص المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري أن الدولة مالكة وليست وارثة من صياغة المادة حيث عبارة "أيلولة التركة إلى الخزينة وليس ميراثها".

ثانياً: الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

¹¹³ أنظر المادة 173 من القانون المدني الجزائري.

أخضع المشرع الجزائري الوصية إلى قانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، وهذا طبقا لنص المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري.

والوصية هي "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"¹¹⁴، أما التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت هي ما نصت عليه المادتين 776، 777 من القانون المدني الجزائري¹¹⁵.

ويبين قانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، حدود الوصية وشروط الموصي وصحتها، ولمن لا تجوز الوصية¹¹⁶.

أما شكل الوصية فتتطبق عليها القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 19 من ق م ج. حيث يمكن تطبيق قانون محل إبرامها، أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، أو القانون نفسه الذي ينطبق على الشروط الموضوعية للوصية.

ومن المهم ذكره أن المشرع قبل تعديل ق م، أخضع شكل الوصية إلى قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون البد الذي تمت فيه الوصية، قبل أن تحذف الفقرة الثانية من المادة 16 في التعديل الجديد بموجب الأمر 10/05 لعام 2005. ثالثا: الهبة والوقف.

نصت المادة 02/16 من ق م ج "ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها"، فهذا القانون هو الذي يبين ما هي الهبة¹¹⁷، وما هي أحكامها¹¹⁸، أما الوقف فهو "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق" وهو الوارد في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري، ويسري على أحكامه الموضوعية قانون جنسية الواقف وقت إجرائه، وقد نصت على ذلك المواد من 213 إلى 220 من قانون الأسرة الجزائري.

¹¹⁴ عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الوصية "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".
¹¹⁵ وهي التصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في حال مرض الموت قصد التبرع وتعتبر هذه التصرفات وصية وتجري عليه أحكام الوصية.

¹¹⁶ أنظر المواد من 185 إلى 189 من قانون الأسرة الجزائري.
¹¹⁷ عرفت المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري الهبة بأنها "تمليك بلا عوض".
¹¹⁸ أنظر المواد من 203 إلى المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري.

أما القانون الذي يطبق على الهبة والوقف من حيث الشكل فهو ما ورد في المادة 19 من القانون المدني الجزائري. كما هو الحال في الوصية وسائر التصرفات وقت الموت.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأموال.

نصت المادة 17 "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

تخضع مسألة تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا، إلى قانون الدولة التي يوجد فيها، وهو يعد استثناء على نص المادة 09 من ق م ج، التي تجعل خضوع التكييف إلى القانون الجزائري وحده، وهذا الاستثناء أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/17، ويتمشى مع ما أورده "بارتان" في نظريته خضوع التكييف إلى قانون دولة القاضي، واستثنى منها خضوع المال إلى هذه النظرية.

وقد كانت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه من أولى القواعد التي ظهرت في العالم خاصة في عهد الإقطاع الذي تميّز بإقليمية القوانين وكذلك المدرسة الإيطالية القديمة، ومبرر ذلك هو المحافظة على استقرار المعاملات، وحماية الغير حيث

مكان تواجد المال الذي يتم التأكد من خلاله على سلامة المعاملات والتصرفات التي قام بها المالك، وأخذت بهذه القاعدة كثير من دول العالم¹¹⁹، وكون الأموال تقسم إلى مادية و معنوية، لذا نتناولها في مطلبين متتاليين .

¹¹⁹ يظهر في المواد: 18 مدني مصري، 24 مدني عراقي، 26 مدني سوداني، 19 مدني أردني والفصل 17 ظهير الوضعية المدنية للأجانب.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية. (المادة 2/17)

الأموال المادية هي عقار ومنقول، فما هو القانون الواجب تطبيقه على كل منهما؟

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على العقار.

لا توجد صعوبة في تحديد القانون الذي يحكم العقار، حيث أنه ثابت لا يتحرك وإن القانون الذي يحكمه هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا العقار.

ويشمل نطاق تطبيق هذا القانون المسائل الآتية¹²⁰:

- 1- تحديد وصف المال فيما إذا كان منقولا أم عقارا.
- 2- بيان مركز العقار وكيفية التعامل معه.
- 3- تحديد أسباب كسب الحيازة وكل ما يتعلق بها.
- 4- بيان الحقوق العينية التي تترتب على العقار، وتشمل الحقوق العينية الأصلية، والحقوق التبعية المترتبة على العقار وكونها تابعة لحق شخصي فينبغي التمييز بين الحقوق العينية التبعية التعاقدية (الرضائية) فإن قانون موقع المال يستقل بحكمها¹²¹، والحقوق العينية التبعية الجبرية (القانونية) فيحكمها كل من القانون الشخصي وقانون موقع المال¹²².

إن الصعوبة التي تظهر فيما إذا توزع العقار بين دولتين، في كل دولة يوجد جزء من هذا العقار، لكن الرأي السائد حاليا هو إخضاع كل جزء إلى قانون الدولة التي يوجد فيها¹²³، لكن في حق الارتفاق فإن قانون دولة العقار الخادم هو القانون الذي يحكمه وليس قانون دولة العقار المخدم، لأن العقار الخادم هو المثقل بالارتفاق.

¹²⁰ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 294.

¹²¹ وهو ما أقرته المادة 18 من القانون المدني الجزائري، في فقرتها الأخيرة.

¹²² يمكن الإطلاع في هذا الشأن إلى: د. فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 294، 295.

¹²³ د، سامي عبد الله: الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية - ط1، 1987، ص 138.

وأما السفن والطائرات، فإن المتفق عليه أنه يسري عليها قانون موقع العقار باعتبارها كذلك، وتثار مسألة وجودها في أعالي البحار أو الأجواء الدولية، فالرأي الراجح خضوعها لقانون العلم الذي ترفعه (أي الدولة التي سجلت فيها السفن والطائرات)، وهو ما يعبر عن المكان القانوني وليس الفعلي، تبعا لذلك فالرهن الذي يرد على هذه الوسائل والحقوق العينية الأخرى، يحكمها قانون العلم أيضا¹²⁴.

إضافة إلى ذلك فإن أموال الميراث والوصية ينطبق عليها قانون جنسية الهالك وقت الوفاة، أما شكل العقود ينطبق عليها قانون المحل أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لهذه العقود¹²⁵.

كذلك فإن شرط المنع من التصرف الوارد على العقار يجب أن يكون مجازا من قانون موقع العقار، وقانون العقد على حد سواء.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأموال المنقولة ومسألة التنازع المتحرك.

طبقا لنص المادة 02/17 فإن القانون الذي يحكم المال المنقول هو قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المال وقت تحقق السبب، أي الموقع الفعلي أو الحقيقي، وهو القانون الذي يطبق على الحقوق العينية التي ترد على هذا المنقول، وطرق اكتسابها وانتقالها وآثارها، ووجوب شهرها من عدمه.

لا تثير هذه القاعدة أية صعوبة لسهولة تحديد الموقع الفعلي والحقيقي للمال المنقول، لكن تثار مسألة المنقولات دائمة الحركة كالسفن والطائرات والبضائع أثناء النقل والوسائل التي تنقل البضائع دون أن تحمل علما كالقطارات والشاحنات.

ويذهب الاتجاه الغالب في هذا الشأن إلى تطبيق قانون العلم الذي ترفعه السفينة والطائرة وهو نفسه ما يطبق على البضائع المحمولة عليها، وهو كما أشرنا إليه سابقا قانون الموقع القانوني وليس الفعلي.

¹²⁴ هذا ما أقرته اتفاقية بروكسل المنعقدة بتاريخ 1926/04/1.

¹²⁵ انظر نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

أما القطارات والشاحنات التي لا تحمل علما فقد تعددت الآراء بهذا الشأن فمنهم من اقترح قانون دولة المستقر أي الدولة التي تستقر فيها هذه المنقولات¹²⁶، لكن إذا كانت البضاعة ستمكث في دولة ما بصفة مؤقتة لمواصلة نقلها فيطبق هذا القانون¹²⁷.

قد تترتب حقوق معينة على المنقولات التي تنتقل من إقليم لآخر، في كلا الإقليمين أو أحدهما حيث تثار مسألة ما هو القانون الذي يطبق، هل هو قانون الدولة الجديدة دون أثر رجعي أم قانون موقعه القديم؟

استند البعض للإجابة عن هذا السؤال إلى أحكام التنازع في القوانين الداخلية كما هو الحال في القانون الفرنسي، بينما استند البعض الآخر بالرأي الذي يعتمد على نفاذ الحق المكتسب.

الرأي الأول: يتمسك هذا الرأي إلى إعمال أحكام التنازع بين القوانين الداخلية من حيث الزمان، بمعنى أنه إذا صدر قانون جديد فإنه يطبق بأثر مباشر على كل ما يقع تحت سلطانه من وقائع وآثار دون أن يكون له أثر رجعي، وعليه إذا تحول منقول من إقليم إلى إقليم آخر فإن كل ما يتعلق بهذا المنقول يخضع لقانون الإقليم الجديد بغض النظر عما ترتب على الحقوق التي حدثت تحت سلطان القانون القديم. **مثلا:** لو أن "س" حاز منقولا في دولة ليست في قانونها ما يعرف بالحيازة كسند صحيح للملكية، ثم انتقل هذا المنقول إلى دولة يعرف بقانونها هذا النظام فإنه يصبح مالكا للمنقول حسب القانون الجديد طبقا للأثر المباشر للقانون الجديد.

أيضا لو اشترى جزائري منقولا في ألمانيا، (ألمانيا تشترط التسليم لكي يكون البيع تاما) دون أن يتسلمه ثم قام بنقل هذا المال إلى فرنسا (فرنسا لا تشترط التسليم ليكون البيع تاما) أعتبر مالكا له، والعكس صحيح لو أن الجزائري اشترى المنقول في فرنسا ثم نقله إلى ألمانيا، فإن عقد البيع لا يكون تاما طبقا

¹²⁶ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، 1974، الجزء الثاني، ص354، كذلك ¹²⁷ د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص285.

للقانون الجديد (القانون الألماني) دون أن يؤخذ بالتصرف الذي حدث في القانون السابق (فرنسا) بالاعتبار.

وعليه يترتب عن هذا الرأي إهدار للحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم، وبالتالي انعدام الثقة في استقرار المعاملات.

الرأي الثاني: نفاذ الحق المكتسب.

يبني هذا الرأي على احترام الحق المكتسب في ظل القانون السابق (القديم) بشرط أن يكون هذا الحق قد نشأ صحيحاً، ويبقى معترفاً به في ظل القانون الجديد مادام قد تم اكتسابه بشكل صحيح في ظل القانون القديم، وهذا ما لم ينشأ حق مضاد تحت سلطان القانون الجديد، حيث يؤدي ذلك إلى الثقة في استقرار المعاملات ولا يهدر الحقوق المكتسبة. مثلاً:

- 1- إذا اشترى جزائري منقولاً في فرنسا دون أن يتسلمه فإنه يعتبر مالكا بمجرد انعقاد العقد، ثم انتقل بهذا المال إلى ألمانيا أو سويسرا، فإنه لا يجوز الاحتجاج بأن البيع غير تام مادام يتم التسليم، وذلك لأن الحق اكتسب في ظل القانون القديم الذي يعتبر البيع كاملاً دون تسليم. (نفاذ الحق المكتسب).
- 2- إذا حاز شخص مالا منقولاً بحسن نية، في بلد يعترف قانوناً بالحيازة كسند للملكية، وانتقل هذا المال إلى بلد لا يعرف قانونه بالحيازة كسند للملكية، فإنه يعتبر مالكا له ويحترم هذا الحق كونه نشأ صحيحاً وتحقق السبب طبقاً للقانون القديم أو السابق ولكن لو نشأ حق مضاد في ظل القانون الجديد فإن الحق في القانون القديم يسقط، ونفس الشيء لو كان الحق النافذ في القانون القديم كان مخالفاً للنظام العام في القانون الجديد¹²⁸.

من الجدير بالذكر أن معظم القوانين أخذت بالرأي الثاني ومن بنىها الجزائر طبقاً لنص المادة 02/17.

¹²⁸ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص394.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية

من خلال نص المادة 17 مكرر/1 "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"، تحدد بأن هذه الأموال تخضع قانون المحل الذي وجدت فيه بشكل عام، والمقصود بالأموال المعنوية هي الأشياء غير الملموسة ولا تقع تحت الحس البشري لكنها تصلح لأن تكون محلا للحق، كالحقوق الذهنية والأدبية، والمؤلف والاختراع وغيرها، لكن المشرع لم يكتف بهذا العموم بل وضع معايير وحدد هذه الأموال ليكون من السهل تحديد القانون الذي يحكمها، حيث أضاف الفقرات 2، 3، 4، 5، 6 من المادة 17 مكرر، التي نستنتج من خلالها القانون الواجب التطبيق على كل منها كما يلي:

- يعتبر محل وجود الملكية الأدبية والفنية، مكان النشر الأول للمصنف أو إنجاز المادة 17 مكرر/2.
- يعتبر محل براءة الاختراع البلد الذي منحها المادة 17 مكرر/3.
- يعتبر محل وجود الرسم الصناعي والنموذج الصناعي البلد الذي تم تسجيلها به أو أودعا فيه.
- يعتبر محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال المادة 17 مكرر/5.
- يعتبر محل وجود الاسم التجاري، بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري، المادة 17 مكرر/6.

من الملاحظ أن المشرع الجزائري تدرج في معالجة الأموال المعنوية والقانون الذي يحكمها، وبهذا الصدد نجد أنه لم يتطرق المشرع قبل تعديل 2005 إلى المال المعنوي والقانون الذي يحكمه، لكنه استدرك ذلك الأمر بعد التعديل بموجب الأمر 10/05 لعام 2005 بإضافة المادة 17 مكرر الخاصة بالقانون الذي يحكم الأموال

المعنوية، لكنه أيضا لم يتطرق كذلك إلى بعض المسائل المتعلقة بالمنقول المعنوي مما يدفعنا إلى معالجة هذه المسائل خاصة التي تحكمها اتفاقيات دولية.

من بين هذه المسائل الديون التي تعتبر من الحقوق الشخصية وبذلك تخضع لقانون الإرادة أو للقانون المحلي تبعا لكونها ناشئة عن عقد أو ناشئة عن فعل.

لكن بعض الفقه يعتبر الديون أموالا معنوية، وتخضع لقانون موقعها على غرار الأموال المادية¹²⁹، ويعتبرون موطن المدين هو موقعها لسهولة التعرف على الدين من طرف الغير.

وهناك الأموال الثابتة في أوراق قابلة للتداول والمتمثلة في الصكوك والأسهم والكمبيالات والشيكات والسندات الأذنية، ينبغي معرفة القانون الذي يحكمها طبقا لما جاء في بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية جنيف، الأول في 1930/6/7 الخاصة بتنازع القوانين في الكمبيالة والسند الأذني، والثانية في 1931/05/19 الخاصة بتنازع القوانين في الشيك¹³⁰، وذلك كما يلي:

السند لحامله - ويمتزج مع الدين فيصبح كالمنقول المادي ويخضع لقانون الموقع		
- قانون موطن الدائن (صاحب الحق) - قانون موطن المدين - مكان المدعى عليه (رفع الدعوى) والوفاء	السند الإسمي	1-الصك
	يطبق قانون الهيئة التي أصدرتها	2-الأسهم الاسمية

¹²⁹ د. أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص298.

¹³⁰ د. أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص301، كذلك د. فؤاد ديب، المرجع السابق، ص312. وفؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص415.

- قانون محل الوفاء أو - قانون محل انعقاد كل التزام صرفي كما يلي: - التزام الساحب- يخضع لقانون محل السحب. - التزام المظهر - يخضع لقانون محل التظهير. - التزام القابل- يخضع لقانون محل القبول.	الكمبيالات والشيكات والسندات الإذنية
---	---

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

تثار مسألة تنازع القوانين بشأن الالتزامات التعاقدية، بين القوانين الوطنية والأجنبية أو بين قانونين أجنبيين، حيث تكاد تجمع كافة القوانين على تطبيق قانون الإرادة على هذا التنازع من حيث موضوعه .

تنص المادة 18 ق م ج "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.

• من الملاحظ أن المشرع الجزائري ترك للمتعاقدین حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، لكنه حدد قوانين أخرى واجبة التطبيق في حالة عدم وجود ما يفيد الإرادة الصريحة للمتعاقدین في عقدهما.

فكيف يمكن إعمال هذه القوانين؟ وما هي العقود المستثناة من قانون إرادة الأطراف أو مجمل القوانين التي حددها المشرع كضوابط احتياطية على هذا المبدأ؟

المطلب الأول

قانون إرادة الأطراف.

تقوم قاعدة خضوع العقد للقانون الذي اختاره المتعاقدان على أساس احترام مبدأ سلطان الإرادة في إطار العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي أي العقود التي تخضع للقانون الدولي الخاص، وذلك من حيث التراضي، محل العقد، سبب العقد، آثار العقد، وكذلك البطلان والإبطال والفسخ وانقضاء الالتزام.

ومن خلال الفقرة الأولى من نص المادة 18 نجد أن قانون الإرادة يجب أن يبنى على الإرادة الصريحة، شريطة أن تكون لها علاقة بالعقد أو المتعاقدين.

أما الإرادة الضمنية التي ينظر إليها الفقه من حيث استخلاص القاضي لها من خلال بعض الإشارات المحيطة بالعقد والمتعاقدين، مثل:

محل تنفيذ العقد، المصطلحات المستعملة أو اللغة المستعملة في العقد، نوع العملة المدفوعة، اختيار النماذج المعينة، أو وجود نصوص قانونية في متن العقد مأخوذة من قانون دولة معينة لها علاقة بالعقد أو المتعاقدين، أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو مكان إبرام العقد.

إلا أن المشرع الجزائري وبموجب الأمر 10/05 لعام 2005 لم يترك للقاضي عناء البحث عن الإرادة الضمنية بكل تشعباتها بل وجهه إلى الأخذ بضوابط أخرى في حالة عدم وجود إرادة صريحة في العقد، وذلك بترتيب ضوابط الإسناد بشكل واضح لا تأويل فيه، حيث جعل إرادة الأطراف هي ضابطا أصليا يجب الركون إليه أولا وفي حالة عدم إمكان ذلك حدد ضوابط احتياطية هي الأخرى مرتبة بحيث لا يجوز تطبيقها إلا حسب ترتيبها طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري كما يلي:

1- إرادة الأطراف (ضابط أصلي)، ويقضي أن تكون هذه الإرادة صريحة وأن يكون للقانون المختار علاقة بالمتعاقدين أو بالعقد، سواء من حيث جنسية الأطراف أو أحدهما أو مكان إبرام العقد أو موطن أحدهما.

2-الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة (ضابط إسناد احتياطي أول)، ونصفه بأنه ضابط احتياطي بالنظر لعبارة "وفي حالة عدم إمكان ذلك" الواردة في الفقرة الثانية أي في حالة عدم وجود إرادة صريحة بتطبيق قانون الإرادة يطبق القاضي قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وهذا لفرضية توجه إرادة الطرفين الضمنية إلى هذا الضابط.

3-مكان إبرام العقد (ضابط إسناد احتياطي ثان) وهو كذلك نظرا لعبارة "وفي حالة عدم إمكان ذلك" الواردة في الفقرة 3 من المادة 18، فإذا لا توجد إرادة صريحة، ثم عدم اتحاد جنسية الطرفين أو موطنهما، يتجه القاضي لتطبيق الضابط الاحتياطي الثاني، وهو محل إبرام العقد لفرضية إرادة الأطراف اتجهت إلى هذا القانون.

إذا يمكن القول أن المشرع أخذ بقانون الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لكنه لم يترك للقاضي عناء البحث عن الإرادة الضمنية بل وجه القاضي لها من خلال الفقرتين 2، 3 من المادة 18 كما تم ذكره.

المطلب الثاني

مجال تطبيق قانون الإرادة.

المقصود هنا هي العقود المستبعدة من نطاق قانون الإرادة. وهي:

1-العقود المتعلقة بالعقار: طبقا للمادة 4/18 وهذا بالنسبة للحقوق العينية سواء كانت أصلية أم تبعية، منشئة أم معدلة أم منهيّة، دون الحقوق الشخصية التي ينطبق عليها قانون الإرادة كعقد الإيجار.

2-شكل العقد: يخرج عن نطاق قانون الإرادة حيث ينطبق عليه حكم المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

3-أهلية المتعاقدين: على الرغم من أنها شرط من شروط التعاقد إلا أنها لصيقة بالشخص فتخرج عن نطاق قانون الإرادة، وتخضع لقانون جنسية الشخص المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

4-العقود التي تكون الدولة طرفا فيها كونها صاحبة السيادة، حيث تكون العقود من خلال اتفاقيات دولية تخضع لقواعد القانون الدولي العام.

5-عقود العمل: لأنه يغلب عليها الطابع التنظيمي التي تجعل قواعده آمرة لا يجوز مخالفتها.

6-عقود الأحوال الشخصية: كما سبق وأشرنا إليها في هذه المحاضرات في إطار قانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، كعقد الزواج، الهبة، الوصية...الخ.

المبحث الرابع

القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات

تعتبر قاعدة لوكيس، أي خضوع شكل التصرفات لمحل إبرامها قديمة جدا حيث أخذ بها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة¹³¹، وكانت من أبرز القواعد المطبقة في تلك الحقبة من الزمن، ثم أصبحت تحكم التصرفات الإرادية من حيث موضوعها وشكلها، لكن بروز قاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون الإرادة (مبدأ سلطان الإرادة)، جعل قاعدة لوكيس تتميز عنها بحكم قانون شكل التصرفات، وانحسر تطبيقها في ظل نظام الإقطاع في أوروبا حيث ساد نظام إقليمية القوانين الذي ترعّمه الفقيه دارجنترية، الذي قسم فيها الأحوال إلى شخصية، وعينية ومختلطة، ثم عادت هذه القاعدة واستقرت في عهد ديملان الذي أخضع موضوع العقد لقانون الإرادة والشكل لقانون محل الإبرام، وسادت هذه القاعدة لدى أكثرية الدول في العصر الحديث منها الدول العربية وكذلك الجزائر، مع بعض التمييز في التطبيق لأن بعض الدول اعتبرتها قاعدة آمرة، والبعض الآخر أخذ بها كقاعدة اختيارية إلى جانب ضوابط إسناد أخرى كالجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو القانون الذي يحكم الموضوع¹³²، أما مبررات الأخذ بهذه القاعدة هي:

¹³¹ من أبرز فقهاء هذه المرحلة الفقيه بارتول "Partol"
¹³² كالجزائر التي أخذ بها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، المادة 20 من القانون المدني المصري، 21 من القانون المدني السوري، المادة 26 مدني عراقي، مادة 23 مدني سوداني، مادة 63 من المرسوم الأميري الكويتي، مادة 21 مدني أردني.

- تيسير وتسهيل المعاملات والإجراءات في مجال العقود.
- سهولة معرفة المتعاقدين لقانون المحل.
- يبعث على اطمئنان الأطراف على صحة التصرف وسلامته بوجود متخصصين في تحرير العقود كالموثقين وما يتعلق بكل أشكالها.

فما هي الكيفية التي عالج بها المشرع الجزائري تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات طبقا للمادة 19 من القانون المدني الجزائري؟ وما نطاق تطبيق هذا القانون؟

أولا: كيفية معالجة المشرع للقانون الذي يحكم شكل التصرفات.

"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"، (مادة 19 ق م ج).

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل مختلف أنواع العقود سواء كانت تلك المتعلقة بالمعاملات المالية أم بالأحوال الشخصية، تخضع من خلال شكلها إلى ضوابط اختيارية لا تقتصر على قاعدة محل الإبرام بل أضافت إلى هذه القاعدة قوانين أخرى يمكن أن تحكم شكل العقد كالجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو القانون الذي ينطبق على الأحكام الموضوعية لهذه العقود.

وهذا ما لم يكن قبل التعديل بموجب الأمر 10/05 لعام 2005 حيث كانت المادة 18 من ق م ج "تخضع العقود بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجب أن تخضع أيضا لقانون الوطني المشترك للمتعاقدين".

حيث كانت القاعدة اختيارية بين قانون محل الإبرام والقانون الوطني للمتعاقدين أما بعد التعديل فقد جاءت صياغة المادة بشكل أفضل مع إضافة ضابطي إسناد جديدين هما القانون الذي ينطبق على أحكامها الموضوعية وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أي أن للقاضي الوطني السلطة التقديرية في اختيار القانون المناسب من

بين هذه القوانين باعتبارها اختيارية، على عكس ما جاءت به المادة 18 التي تحكم موضوع العقد حيث لم تكن الضوابط كذلك.

ثانيا: نطاق تطبيق قانون الشكل: لتحديد نطاق تطبيق قانون الشكل، علينا بتوضيح المقصود بعبارة الشكل؟ إن نظام الأشكال متعدد، فهناك، شكل انعقاد التصرف، والأشكال المطلوبة لإثبات التصرف وشهره وإعلانه، والأشكال المكملة للأهلية، وشكل الإجراءات¹³³.

- بداية إن التكييف في تمييز ما هو شكلي عن ما هو موضوعي يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري.
- بالنسبة للعقار فإن الأشكال المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار كالشهر والتبديل أو القيد تخضع لقانون موقع العقار، وهذا من أجل استقرار وضمان سلامة المعاملات، وحماية لحقوق الغير (المادة 4/18 من ق م ج).
- الأشكال المكملة للأهلية، كالإذن للوصي بالتصرف أو القاصر فإنها تخضع لقانون جنسية الوصي أو القاصر، (المادة 15 من ق م ج).
- إن إجراء التصرفات في بلد أجنبي تكون صحيحة إذا حررت طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد كعقود الزواج وشهادات الحالة المدنية الجزائري، حسب المادتين 95، 96 من قانون الحالة المدنية لعام 1970.
- خضوع العقد من حيث شكلها لقانون محل إنشائها.
- إن قاعدة خضوع التصرف من حيث شكله لقانون محل الإبرام تطبق على الأشكال التي يتطلبها إثبات التصرف كتحريير الورقة أو إثبات التاريخ والتوقيع والتصديق وشهادة الشهود.

المبحث الخامس

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية.

¹³³ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص240.

نصت المادة 20 من ق م ج "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

لمعرفة القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية، ندرسها في سياق مفهوم قاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوعها، من حيث أساس تطبيقها وصعوبات تطبيقها والاستثناء الوارد على تطبيق هذه القاعدة.

المطلب الأول

قاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون المحل وأساس تطبيقها.

إن المقصود بالالتزامات غير التعاقدية، هي الالتزامات الناجمة عن الوقائع القانونية التي إما أن تكون أفعالا ضارة (غير مشروعة) أو أفعالا نافعة (مشروعة)، أي كل الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية ويتكون الالتزام غير التعاقدية من عناصر شخصية وأخرى غير شخصية، العناصر الشخصية تتمثل في المتضرر والمحدث للضرر بالنسبة للفعل الضار، والدائن والمدين بالنسبة للفعل النافع، أما العناصر غير الشخصية فهي الفعل والضرر بالنسبة للفعل الضار، والافتقار والاغتناء بالنسبة للفعل النافع، وهذا يؤدي إلى إمكانية توزيع هذه العناصر في أكثر من دولة، أي أكثر من قانون، مما يؤدي إلى تنازع بين هذه القوانين.

وتعتبر هذه القاعدة قديمة جدا حيث ترجع إلى مبدأ خضوع الجريمة لمكان وقوعها، الذي عبرت عنه المدرسة الإيطالية القديمة¹³⁴، وهي مبنية على فكرة التركيز المكاني إذ أن العلاقة بين المتضرر ومرتكب الفعل، والدائن والمدين، في هذا المكان وهو مكان وقوع الفعل، هكذا استقرت هذه القاعدة ليضعها المشرع الجزائري في المادة 20

¹³⁴ برزت المدرسة الإيطالية في القرن الثالث عشر ميلادي، وكان هذا المبدأ "خضوع الجريمة لقانون موقعها" مقتصرًا على الجريمة الجنائية.

من القانون المدني، حيث أخضع الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار والفعل النافع إلى قانون الدولة التي وقع فيها الفعل (المادة 20 / 1 من ق م ج)، لكن ما هو الأساس الذي يبنى عليه خضوع هذه الالتزامات لقانون المحل؟

أساس تطبيق قاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام:

1-برزت هذه القاعدة أولا في المدرسة الإيطالية القديمة كما تم ذكره سابقا، وبنيت الأساس في تطبيق هذه القاعدة إلى فكرة الصفة الطبيعية بين الفعل المادي (الجريمة) وبين مكان وقوعها، وهذه الفكرة هي من المنطق والقوة بمكان لتكون أساس خضوع الالتزام غير التعاقدى لقانون محل وقوعه.

2-تبنى الفقهاء في العصر الحديث هذه القاعدة بناء على فكرة التوازن بين حقوق الأفراد، ولأجل ذلك لابد من تطبيق قانون محل وقوع الأفعال المنشئة للالتزام ويطبق هذا القانون على جميع الوقائع التي تحدث على إقليم الدولة.

وقد كان رد هذا الفريق على الاتجاه القائل بتطبيق قانون القاضي، أن الالتزامات التي تنشأ عن الأفعال هو الفعل الضار وليس التعويض، بغض النظر من أن حكم القاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض، لكنه ليس مصدرا للالتزام، وعليه قانون القاضي ليس هو الأساس المنطقي لأنه ليس له صلة بالالتزام وبالفعل المنشئ له.

وأخيرا فإن اختصاص قانون محل وقوع الفعل مبرر على فكرة التوازن بين حقوق الأفراد سواء داخل دولة القاضي أم خارجها، لأن الفعل بحد ذاته يرتب أثرا قانونيا هو انتهاك قواعد السلوك في الوسط الاجتماعي للدولة التي وقع فيها الفعل، إضافة إلى قدرة هذا القانون على تحديد الالتزامات المترتبة على هذه الوقائع.

ومن نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري، نستنتج أن المشرع الجزائري اتخذ هذا الأساس لخضوع الالتزام غير التعاقدى لقانون محل وقوعه.

المطلب الثاني

صعوبات تطبيق قانون المحل

مثلاً سبق ذكره فإن الفعل المنشئ للالتزام سواء كان ضاراً أم نافعاً يمكن أن تتوزع عناصره الشخصية وغير شخصية في أكثر من دولة، أو يقع الفعل في أعالي البحار، أو على السفينة في عرض البحر أو على الطائرة في الفضاء، مما يطرح التساؤل التالي: كيفية تحديد القانون المحلي الواجب تطبيقه على هذه الحالات؟

أولاً: الفعل الضار

- 1- في حالة توزع وقائع الفعل الضار في أكثر من دولة: يرى فريق من الفقه الفرنسي تطبيق قانون البلد الذي تحققت فيه الواقعة الأساسية، لكن أقروا بقصور هذا الرأي في حالة تساوي الوقائع الأساسية في الأهمية بين عدة بلدان فرأى البعض الأخذ بالواقعة الأخيرة قبل حصول النتيجة¹³⁵.
- 2- الحالة التي يقع الفعل الضار في دولة وينتج عنه الضرر في دولة أخرى أو عدة دول: أيضاً هناك آراء فقهية بهذا الشأن، فقد أخذ فريق بالاعتداد بمكان وقوع الخطأ لأن الفاعل تتم مساءلته في هذا المكان، حيث معرفة القانون أو العلم به قبل أن يقدم على ارتكاب الفعل، ومن الصعب معرفة مكان وقوع الضرر بشكل مسبق¹³⁶، كذلك فإن قيام المسؤولية تعتمد على الخطأ وليس الضرر المترتب عنه.

لكن فريقاً آخر يرى العكس أي الأخذ بمكان وقوع الضرر، لظهور الخلل في التوازن بين حقوق الأفراد، وأن مسألة التعويض عن الضرر من ميزات التطور الحديث لقيام المسؤولية خصوصاً في الدول التي تأخذ بالخطأ المفترض للتعويض عن الضرر أو ما يسمى المسؤولية غير الخطيئة، كذلك هناك من يؤسس ذلك تبعاً لأن قيام المسؤولية كان بجبر الضرر، لكن الضرر قد يكون موزعاً بين عدة دول، وفي هذه

¹³⁵ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص349.

¹³⁶ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص518 وما بعدها.

الحالة هناك رأي بالأخذ بكل قانون حسب المكان الذي وقع فيه الضرر، ورأي آخر يرى إعطاء الحرية للمتضرر باختيار أحد هذه القوانين.

ثانياً: الفعل النافع: لا خلاف عندما يقع الافتقار والاعتناء في مكان واحد (إقليم واحد) لكن في حالة الاختلاف في وقوع الافتقار في بلد والاعتناء في بلد آخر بحيث يرى البعض الأخذ بقانون محل نشوء الافتقار لأنه يترافق مع قيام الالتزام، لكن الأغلبية يرون تطبيق محل الاعتناء لأنه الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، وتطبيق قانون محل الدفع بالنسبة لدفع غير المستحق، وبمحل أداء الفضالة بالنسبة لعمل الفضالة. أما المشرع الجزائري فقد أخذ بمحل وقوع الفعل المنشئ للالتزام سواء كان الفعل ضاراً أم نافعاً طبقاً لنص المادة 1/20 من ق م ج.

مع أنه ينبغي الإشارة إلى الاختلاف بين بعض الفقهاء فمنهم من رأى أنه على القاضي الاختيار بين قانون البلد الذي وقع فيه الخطأ أو قانون تحقق الضرر حسب مصلحة المضرور¹³⁷.

فيما يرى آخرون تطبيق قانون المحل الذي وقع تحت سلطانه الفعل المنشئ للالتزام¹³⁸.

المطلب الثالث

الاستثناء الوارد على خضوع الفعل المنشئ للالتزام لقانون المحل.

من نص المادة 2/20 "... غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه."

¹³⁷ من أنصار هذا الرأي: أ. محند إسعد.

¹³⁸ من أنصار هذا الرأي: أ. علي سليمان، حيث اعتمد ما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المصري، الذي شرح معنى الفعل المنشئ للالتزام بأنه المكان الذي وقعت تحته الحادثة وأن المادة 1/20 من القانون الجزائري مشابهة تماماً للمادة التي تقابلها في القانون المصري.

يدعم هذا النص استثناء التكيف الخاص بالفعل الضار عن خضوعه لقانون القاضي، بل يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل.

كذلك فإن هذا النص استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على الوقائع التي حدثت خارج الجزائر، إذا كانت هذه الوقائع تعد مشروعة بموجب القانون الجزائري، أي أنه ينبغي على القاضي عند النظر في نزاع يتعلق بفعل يعد بموجب القانون الأجنبي أنه غير مشروع، أن ينظر بما يقابله هذا الفعل في القانون الجزائري فإذا كان مشروعاً في الجزائر فإنه يستبعد تطبيق هذا القانون الأجنبي، ولا يسأل مرتكب هذا الفعل رغم أن الفعل الذي قام به غير مشروع في البلد الذي وقع فيه.

ويستند هذا الاستثناء إلى اعتبارات تتعلق بالنظام العام، حيث وردت الإشارة إلى ذلك في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري¹³⁹، وهو ما ينطبق برأيينا على سبب ورود هذا الاستثناء في القانون الجزائري.

وقد عمدت كثير من الدول في الأخذ ببعض الاستثناءات لفائدة قانون القاضي كالمرجع الإنجليزي الذي ألزم المحاكم الإنجليزية أن يكون التعويض المترتب عن فعل ما مقرر في الوقت نفسه في قانون مكان وقوع الفعل.

كذلك القانون الألماني الذي لا يلزم بالحكم على شخص ألماني من أجل فعل ارتكبه خارج ألمانيا بتعويض يزيد على التعويض المقرر في القانون الألماني.¹⁴⁰

تم بعون الله

¹³⁹ جاء في هذه المذكرة "إلحاق وصف المشروعية لواقعة من الواقع أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام". راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص300.

¹⁴⁰ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص356.

المراجع

- أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في لجنة ومركز الأجانب، 1956، مكتبة النهضة المصرية .
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2002.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 1996.
- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت (لبنان) .
- هشام علي صادق، تنازع القوانين، الإسكندرية، مصر، 1974 .
- زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، 2000.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت (لبنان)، 1994.
- سامي عبد الله: الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية – ط 1 1987 .
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 1، في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ط11، 1986، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب
- عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، 1986.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 1993.
- عكاشة محمد عبد الغال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

- صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، 1972، الجزء الأول .

- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطابع جامعة دمشق (2014/2013).

- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1981 .

- ماجد حلواني ، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، الكويت 1973.

- - Laussouarn et Bourel : Droit international privé : Dalloz, 3ed, paris. 1988.
- Mohand Issad ; droit international privé. Alger.O.P.U.1986, tome 1..
- TYAN EMIL. précis de droit international privé. 2m . éd-Beyrouth.

النصوص القانونية

- القانون المدني الجزائري.
- قانون الأسرة الجزائري.
- القانون التجاري الجزائري.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- قانون الجنسية الجزائري.
- قانون الحالة المدنية الجزائري.
- القانون المدني المصري.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول.

الاتفاقيات

- الاتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائر وفرنسا، المنعقدة في 1988/6/21.
- اتفاقية لاهاي 1961.
- اتفاقية بروكسل المنعقدة بتاريخ 1926/4/01.

الفهرس

02	المقدمة:
03	الفصل التمهيدي: ماهية القانون الدولي الخاص
03	المبحث الأول: نطاق القانون الدولي الخاص
03	المطلب الأول: الاتجاه الفقهي المضيق للقانون الدولي الخاص
04	المطلب الثاني: الاتجاه الفقهي الواسع
05	المطلب الثالث: الاتجاه الموسع
06	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص
06	المطلب الأول: الصفة الدولية والصفة الداخلية للقانون الدولي الخاص
08	المطلب الثاني: الصفة العامة والصفة الخاصة للقانون الدولي الخاص
10	المبحث الثالث: مصادر القانون الدولي الخاص
10	المطلب الأول: المصادر الرسمية
16	المطلب الثاني: المصادر غير الرسمية
18	الفصل الأول: مفهوم تنازع القوانين ونشأته
19	المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين
19	المطلب الأول: تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان
21	المطلب الثاني: التنازع الداخلي والتنازع الدولي
23	المبحث الثاني: نشأة تنازع القوانين
23	المطلب الأول: عوامل نشأة تنازع القوانين
25	المطلب الثاني: المدارس والاتجاهات الفقهية لتنازع القوانين
28	المطلب الثالث: الاتجاهات الحديثة والمعاصرة في تنازع القوانين
31	المطلب الرابع: تنازع القوانين في ظل الإسلام
31	الفصل الثاني: آليات تحديد القانون الواجب التطبيق
32	المبحث الأول: قواعد الإسناد
33	المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد
35	المطلب الثاني: خصائص قاعدة الإسناد

المطلب الثالث: مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد	36
المبحث الثاني: التكييف	38
المطلب الأول: مفهوم التكييف ونشأته	38
المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد القانون الذي يخضع له التكييف	41
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من التكييف	46
المبحث الثالث : الإحالة	47
المطلب الأول: مفهوم الإحالة وأنواعها	47
المطلب الثاني: موقف الفقه والقانون الوضعي من الإحالة.....	51
المطلب الثالث: أساس الإحالة	53
الفصل الثالث: كيفية تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده.....	56
المبحث الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي	56
المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي	56
المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي	59
المطلب الثالث: تفسير القانون الأجنبي ومدى رقابة المحكمة العليا	62
المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي	65
المطلب الأول: النظام العام كمانع لتطبيق القانون الأجنبي	66
المطلب الثاني: الغش نحو القانون كمانع لتطبيق القانون الأجنبي.....	75
الفصل الرابع: تطبيقات قواعد الإسناد في القانون الجزائري	82
المبحث الأول: الحلول الوضعية المتعلقة بالأحوال الشخصية	83
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية	85
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الرابطة الزوجية	89
المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على النسب، الكفالة والتبني والنفقة بين الأقارب	97
المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على حماية القصر، الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والهبة والوقف.....	99

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأموال	103
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية	104
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية	108
المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية	110
المطلب الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف	111
المطلب الثاني: مجال تطبيق قانون الإرادة	112
المبحث الرابع: القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات	113
المبحث الخامس: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية	115
المطلب الأول: خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون المحل	
وأساس تطبيقها	116
المطلب الثاني: صعوبات تطبيق قانون المحل	118
المطلب الثالث: الاستثناء الوارد على خضوع الفعل المنشئ للالتزام	
لقانون المحل	119
المراجع:	121
فهرس الموضوعات:	124

