

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص:
تنازع القوانين

لطلبة السنة الثالثة ليسانس - السداسي الأول
تخصص القانون الخاص

من إعداد الدكتورة أيت قاسي حورية
أستاذة محاضرة - قسم "أ"

السنة الجامعية 2020-2021

مقدمة

يتفق الفقه الغالب على أنه هناك عدة مواضيع تشكل المضمون الواسع لمادة القانون الدولي الخاص كالجنسية ومركز الأجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ومع ذلك، فإن هذه المادة قد نشأت في بدايتها مع موضوع تاريخي ومحوري ومحدّد هو "تنازع القوانين"، الذي يبقى الموضوع الأساسي لهذه المادة.

إن تجربة تدريس هذه المادة لسنوات طويلة كشفت عن صعوبات في فهمها واستيعابها من قبل الطلبة مما يستدعي محاولة تبسيط مفاهيمها، وإيصالها بشكل سلس للمتلقين وقد اقتضت منا منهجية البحث التطرق في **الباب الأول** للنظرية العامة لتنازع القوانين باعتبارها الموضوع الأساسي للقانون الدولي الخاص، والذي يستدعي منا بدءاً التطرق الى تعريف القانون الدولي الخاص وطبيعته ومواضيعه ومصادره الدولية والداخلية، ثم نتناول مشكلة تنازع القوانين من حيث الأسباب التي تثيرها، ومنهجية حلها التي تقتضي من القاضي تكييف المسألة، ثم إسنادها إلى القانون الواجب التطبيق عليها في حالة ما إذا رفض القانون الأجنبي المختص طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص المسند إليه.

وعلى خلاف تطبيق القانون الوطني الذي لا يثير إشكالا بالنسبة للقاضي الوطني، فإن القانون الأجنبي يثير عدة إشكالات تتعلق بأساس تطبيقه من طرف القاضي الوطني وعبئ إثباته وكذا الالتزام بتفسيره، كما أنه هناك حالات يقوم القاضي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم كونه مختصاً وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه، وهي حالة مخالفة النظام العام وحالة الغش نحو القانون.

بعد ذلك ننتقل في **الباب الثاني** إلى دراسة تطبيقية لقواعد التنازع في القانون الجزائري، وتحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف المسائل القانونية التي يمكن أن تعرض على القاضي الجزائري، وتشتمل على عنصر أجنبي ولقد قمنا بجمعها في ثلاثة فئات هي الأحوال الشخصية التي تشكل مجالاً خصباً لتنازع القوانين، وخاصة ما يتعلق بشروط الزواج وآثاره وانحلاله، ومسائل الأهلية والنسب والكفالة والتبني والميراث والوصية والهبة... الخ.

وتتمثل الفئة الثانية في الأحوال العينية ويقصد بها الأموال سواء كانت مادية وتشمل العقارات والمنقولات المادية، أو معنوية كحقوق الملكية الأدبية والفنية وحقوق الملكية الصناعية وبراءة الاختراع...الخ.

أما الفئة الثالثة فتشمل من جهة العقود التي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على شروطها الشكلية وشروطها الموضوعية، ومن جهة أخرى الالتزامات غير التعاقدية سواء تلك التي تنترتب عن الفعل الضار أو الفعل النافع.

الباب الأول

النظرية العامة لتنازع القوانين

لقد تعقدت العلاقات القانونية بين أفراد الجنس البشري في العصر الحديث، نتيجة لتطور وسائل النقل، فأصبحت الدول تضم إلى جانب مواطنيها، عددا كبيرا من الأجانب الذين يرتبطون فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين مواطني الدولة بعلاقات قانونية.

وبما أن كل دولة لها نظامها القانوني الخاص بها، والمختلف عن باقي قوانين الدول الأخرى، فإنه لا شك سيثور نزاع حول أي هذه القوانين ستخضع له العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وهو ما يسمى بتنازع القوانين الذي يعتبر أهم مواضيع القانون الدولي الخاص (فصل أول) والذي يثير إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، والذي لا يمكن الوصول إليه إلا باتباع منهجية خاصة تقتضي البدء بمسألة أولية هي التكييف ثم إسناد المسألة القانونية إلى القانون الواجب التطبيق كما قد يقتضي الأمر بالنسبة لبعض التشريعات إحالة المسألة إلى قانون آخر إذا رفض القانون الأجنبي الاختصاص المسند إليه (فصل ثان).

الفصل الأول

تنازع القوانين كموضوع أساسي للقانون الدولي الخاص

يعتبر تنازع القوانين أحد أهم مواضيع مادة القانون الدولي الخاص، لدرجة أنه في البداية كان الموضوع الوحيد للقانون الدولي الخاص، وكان المصطلحان مترادفين، وبمرور الوقت بدأ نطاق القانون الدولي الخاص يتسع ليشمل مواضيع أخرى غير تنازع القوانين مما يقتضي منا التوقف عند المفهوم الشامل للقانون الدولي الخاص (مبحث أول) ثم تحديد مفهوم تنازع القوانين باعتباره الموضوع الأساسي لمادة القانون الدولي الخاص (مبحث ثان).

المبحث الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص

لابد من تناول تعريف القانون الدولي الخاص (مطلب أول)، للتمكن من تحديد طبيعته التي تميزه عن باقي فروع القانون الأخرى (مطلب أول).

المطلب الأول: تعريف القانون الدولي الخاص وطبيعته

يتضح من تعريف القانون الدولي الخاص (فرع أول) طبيعته الفريدة التي تميّزه عن باقي فروع القانون الخاص (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف القانون الدولي الخاص

يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً حديثاً من فروع القانون بالمقارنة مع باقي القوانين، ولقد استعمل هذا المصطلح لأول مرة في كتاب للفقيه الأمريكي جوزيف ستوري المعنون: "تعليق حول تنازع القوانين" صدر سنة 1834، والذي يمثل أول كتاب منهجي حول قضايا القانون الدولي الخاص، وقد استعملت هذه التسمية من جديد في ألمانيا في عام 1841 من قبل شافنر وفي فرنسا من قبل فوليكس الذي أشار صراحة إلى كتاب جوزيف ستوري¹.

ولقد تبلورت أحكام القانون الدولي الخاص مع انهيار مبدأ التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، الذي ظل سائداً في العصور القديمة إلى غاية القرن الثاني عشر².

يعرّف البعض القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الأفراد في علاقاتهم الدولية³، بينما يعرّفه البعض الآخر بأنه: "مجموعة القواعد المنطبقة على العلاقات القائمة بين الأشخاص الخاصة في المجتمع الدولي"⁴.

¹ نقلا عن: موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص17.

² حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول : المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص12.

³ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الطبعة الثامنة، 1968، ص10.

⁴ مثل باتيفول ولاقارد، مشار إليه في: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول:تنازع القوانين، المجلد الأول: المبادئ العامة لتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص11.

ويلحظ استعمال مصطلح الأشخاص الخاصة في هذا التعريف بدلا من مصطلح الأفراد المستعمل في التعريف السابق، والذي يستبعد العلاقات القانونية التي تكون الأشخاص الاعتبارية طرفا فيها¹.

ولقد تعرضت هذه التسمية للانتقاد، فكيف يكون القانون دوليا وخصوصا في ذات الوقت؟

الفرع الثاني: طبيعة القانون الدولي الخاص

رغم تسميته هذه إلا أن هناك خلاف فقهي حول طبيعته، من جهة هل هو داخلي أم دولي (أولا)، ومن جهة أخرى هل هو قانون عام أم قانون خاص؟ (ثانيا).

أولا: القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم دولي

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة القانون الدولي الخاص، هل هو قانون داخلي أم قانون دولي، وانقسموا في ذلك الى اتجاهين فقهيين:

يرى الإتجاه الأول الذي يتزعمه الفقيه نيبوييه² Niboyet، أن القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي، ويستند في ذلك إلى الحجج التالية:

- إن أغلب مصادر القانون الدولي الخاص هي مصادر داخلية، فالمشروع الوطني هو الذي يضع قواعد تنازع القوانين وكذا تنازع الاختصاص ونفس الشيء بالنسبة للجنسية ومركز الجانب.

- القانون الدولي الخاص ينظم العلاقات بين الأفراد وليس العلاقات بين الدول.

- يرتبط هذا القانون بسيادة الدولة، لأن القاضي لا يطبق سوى قاعدة التنازع الوطنية دون أن يهتم بالحلول المعتمدة من طرف القوانين الأجنبية، كما أن القوانين المتعلقة بالجنسية ومركز الأجانب توضع من طرف كل دولة بصورة مستقلة³.

¹ المرجع نفسه.

² Cité par : YIVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, 9^e édition, Dalloz, Paris, 2007, p.60.

³ اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، دار هومة، 2003، ص16.

أما الإتجاه الثاني فيرى أنصاره أن العلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص في ميدان تنازع القوانين، رغم أنها تنشأ بين الأفراد إلا أنها ترتبط بدولة أجنبية من خلال أحد عناصرها، وبالتالي فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي تحديد سيادة القانون الأجنبي، وهو أمر يمس بالنظام الدولي وحتى بالنسبة لموضوع الجنسية رغم أن الدولة تتمتع بالحرية في تنظيم هذه المسألة، إلا أنها ملزمة باحترام قواعد القانون الدولي لتفادي التنازع السلبي والايجابي للجنسيات¹.

ونفس الشيء بالنسبة لحالة الأجانب، فرغم أن الدولة تتفرد بوضع القواعد المنظمة لمركز الأجانب المقيمين على إقليمها، إلا أنها تضع في الاعتبار مبدأ المعاملة بالمثل المعروف في القانون الدولي العام².

ثانيا: القانون الدولي الخاص قانون عام أم خاص

يرى بعض الفقهاء أن القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون العام، وذلك بالاستناد إلى مواضيعه، فقواعد التنازع هدفها تحديد مجال تطبيق القانون من حيث المكان، فهي تتعلق بسيادة الدولة وبالتالي فهي من القانون العام³.

أما بالنسبة لقواعد تنازع الاختصاص القضائي فهي تتعلق بتنظيم مرفق عام في الدولة وهو مرفق القضاء، وبالتالي فهي من القانون العام، وبالنسبة لمسألة الجنسية فباعتبارها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة وهذه الأخيرة هي التي تنفرد بوضع شروط منحها، إضافة إلى كونها الأداة التي يتحدد بها أحد أركان الدولة وهو الشعب، لهذا فهي تدخل ضمن القانون العام. وأخيرا بالنسبة لموضوع حالة الأجانب، فإنه بالنظر إلى المصالح الإدارية التي تهتم بشؤونهم والتي تعتبر مرافق تابعة للدولة، فإن هذا الموضوع أيضا يدخل ضمن القانون العام⁴.

¹ المرجع نفسه، ص17.

² دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص30.

³ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 19.

⁴ المرجع نفسه.

بالمقابل، يستند أنصار الطبيعة الخاصة للقانون الدولي الخاص، إلى هذه المواضيع للوصول إلى نتيجة مغايرة.

فبالنسبة لقواعد التنازع فهي تنظم علاقات القانون الخاص، وهي علاقات بين الأفراد لا تكون الدولة طرفاً فيها، ولهذا نجد أن أغلب التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري يدرجها ضمن القانون المدني. أما بالنسبة للجنسية، فبالإضافة إلى كونها رابطة بين الفرد والدولة، فهي تعتبر عنصر من حالة الشخص وهذه الأخيرة تدخل ضمن القانون الخاص، كما أن منازعات الجنسية تخضع للقضاء العادي وليس الإداري¹.

وأخيراً فيما يخص موضوع مركز الأجانب، فإنه يهتم وبدرجة أكبر بالحقوق الخاصة التي يتمتع بها الأجانب ولهذا يرجح اعتباره من القانون الخاص².

بعد استعراض هذه الاتجاهات يمكن التوصل إلى أن القانون الدولي الخاص هو فرع قانوني متميز وقائم بذاته³، ولقد اختلف الفقهاء حول تعريف القانون الدولي الخاص نتيجة لاختلافهم حول مجاله، أي المواضيع التي تدخل ضمنه.

المطلب الثاني: مواضيع القانون الدولي الخاص

هناك اتجاهين فقهيين حول تحديد مواضيع القانون الدولي الخاص أحدهما تقييدي يحصر القانون الدولي الخاص في موضوع واحد هو تنازع القوانين (فرع أول) والثاني يوسّع من نطاق القانون الدولي الخاص ليشمل إضافة إلى تنازع القوانين مواضيع أخرى ذات صلة بهذا الأخير (فرع ثان).

الفرع الأول: الاتجاه التقييدي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تنازع القوانين هو الموضوع الوحيد الذي يدخل في صميم القانون الدولي الخاص، ولهذا يعرفونه بأنه ذلك القانون الذي ينظم علاقات الأفراد المالية

¹ دريال عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 33.

² المرجع نفسه.

³ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 5.

والشخصية التي تشتمل على عنصر أجنبي. ويعتبر تنازع القوانين هو الموضوع الوحيد المجمع عليه بأنه من مواضع القانون الدولي الخاص، بل إن قواعد هذا القانون، لم توضع في بادئ الأمر إلا من أجل التصدي لمعالجة مشكل تنازع القوانين، أي البحث عن القانون الواجب التطبيق على نزاع مشتمل على عنصر أجنبي¹.

الفرع الثاني:الاتجاه التوسعي

في نظر هذا الاتجاه يشتمل القانون الدولي الخاص إضافة إلى تنازع القوانين، على مواضيع أخرى نتيجة لارتباطها مع هذا الأخير وهي:

أولاً- تنازع الاختصاص القضائي

يتناول مسألة البحث عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وهي مسألة أولية يتم التعرض لها قبل مسألة تنازع القوانين، فلكي يحدد القاضي المعروض عليه النزاع، القانون الواجب التطبيق على النزاع، يجب عليه أن يبحث عما إذا كان هو نفسه مختصاً أو غير مختص بالنظر في هذا النزاع، مستندا في ذلك على قواعد قانونية وطنية تسمى قواعد تنازع الاختصاص القضائي².

إن تنازع الاختصاص القضائي لم ينل نفس الاهتمام الذي حظي به تنازع القوانين ولعل السبب في ذلك، هو أن المشرع الوطني يسمح بتطبيق القانون الأجنبي في إقليم دولته وإن كان في الحقيقة ينتقص من السيادة الإقليمية لقانون دولته، إلا أن هذا الانتقاص تبرره اعتبارات العدالة واعتبارات حاجة المعاملات الدولية، وهو بعد ذلك ليس بالغ الخطورة لأن تطبيق القانون الأجنبي يتم بمعرفة القاضي الوطني، وهو رقيب على مصالح الدولة فيستطيع تعطيل تطبيق القانون متى تعارض مع هذه المصالح³.

ثانياً- الجنسية والموطن:

¹ علي علي سليمان، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص6.

² اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص7.

³ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، د.س.ن، ص ص20-21.

إن الجنسية لها أثر على حل مشكل تنازع القوانين لارتباطها بمركز الأجنبي، لأن تحديد صفة الأجنبي يتوقف على قيام الدولة بتحديد صفة وطنيها، وهذا لا يتأتى إلا من خلال أحكام الجنسية، أضف إلى ذلك أن الجنسية تعتبر ضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية في أغلب الدول الأوروبية وجميع التشريعات العربية. أما في الدول الأنجلوسكسونية فيعتبر الموطن ضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية، بدلا من الجنسية، لهذا أدمج ضمن مجال القانون الدولي الخاص¹.

ثالثا - مركز الأجنبي:

يتناول الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي في دولة إقامتهم، وعليه إذا ثار نزاع أمام المحكمة يتمسك فيه أجنبي بحق معين، فيجب على القاضي أن يبحث أولا عما إذا كان هذا الأجنبي يتمتع بالحق محل النزاع أم لا².

رابعا - تنفيذ الأحكام الأجنبية:

يرتبط هذا الموضوع بالاختصاص القضائي، وبما أن الحق قد ينشأ في دولة ما وينتج آثاره في دولة أخرى، فقد أجازت قواعد القانون الدولي الخاص تنفيذ الحكم الأجنبي بشروط معينة³.

المطلب الثالث: مصادر القانون الدولي الخاص

تتنوع مصادر القانون الدولي الخاص ما بين مصادر داخلية (فرع أول) ومصادر دولية (فرع ثان).

الفرع الأول: المصادر الداخلية

تتمثل المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص في التشريع (أولا) والقضاء (ثانيا).

¹ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، المجلد الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2014، ص ص14-15.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 8.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 8.

أولاً- التشريع:

يعتبر التشريع أهم مصدر داخلي للقانون الدولي الخاص، وهناك بعض الدول صاغت قانوناً مستقلاً يدعى القانون الدولي الخاص، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد خص كل موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص بنصوص خاصة.

فقواعد تنازع القوانين منصوص عليها في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني¹ تحت عنوان " تنازع القوانين من حيث المكان"، أما موضوع الجنسية فقد تم تنظيمه بموجب قانون مستقل، وأول قانون للجنسية صدر بعد الاستقلال هو القانون رقم 63-96 المؤرخ في 27 مارس 1963²، وتم إلغاؤه بقانون الجنسية الحالي، الذي صدر بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970³، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005⁴.

وبالنسبة لمركز الأجانب فقد تم تنظيمه بموجب القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتعلق بشروط دخول وإقامة الأجانب وتنقلهم فيها⁵.
وبالنسبة لموضوع تنازع الاختصاص القضائي خصص له المشرع المواد 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁶.

حيث تنص المادة 41: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيماً في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها في الجزائر مع جزائري".

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.

² - Loi n° 63-96 du 27 mars 1963 portant code de la nationalité Algérienne, JORADP n°18 du 2 avril 1963 (Abrégée) .

³ ج.ر.ج. عدد 105، الصادر في 18 ديسمبر 1970.

⁴ أمر رقم 01-05 الصادر في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج. عدد 15، الصادر في 27 فبراير 2005.

⁵ ج.ر.ج. عدد 36، الصادر في 2 يوليو 2008.

⁶ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21 الصادر في 23 أبريل 2008.

أما المادة 42 فتتص: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

ويمكن إضافة المادة 605 من نفس القانون والخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، والتي

تتص:

"لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.

2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه،

3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية ،
وأثير من المدعى عليه،

4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".

ثانيا-القضاء:

لعب القضاء دورا هاما في خلق قواعد القانون الدولي الخاص في الدول التي لم يتدخل المشرع في وضع قواعد تفصيلية لمختلف مواضيع هذا القانون، مثل قضاء محكمة النقض الفرنسية.

أما في الجزائر فإنه وإلى غاية صدور القانون المدني الجزائري في سنة 1975، فإن الأحكام القضائية التي صدرت من المحاكم في مسائل تنازع القوانين قد أخذت الحلول من القضاء الفرنسي.

الفرع الثاني: المصادر الدولية

تتمثل المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص في المعاهدات الدولية(أولا) القضاء الدولي(ثانيا) العرف الدولي (ثالثا) والفقهاء الدولي (رابعا).

أولاً- المعاهدات الدولية:

لقد رأينا أن مواضيع القانون الدولي الخاص لها علاقة بالنظام الدولي، ولهذا من البديهي أن يستمد أحكامه من العديد من المعاهدات الدولية سواء الثنائية أو الجماعية من أجل إيجاد حلول للمشاكل التي يمكن أن تثور بين الدول بسبب اختلاف تشريعاتها¹، من بين هذه الاتفاقات :

-اتفاقيات 1930 و 1931 الخاصة بتوحيد أحكام السّفْتجة والشيك²

-اتفاقية 1930 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الجنسية³.

اتفاقية جنيف لعام 1951 الخاصة بحالة اللاجئين⁴

اتفاقية نيويورك لعام 1954 الخاصة بحالة عديمي الجنسية⁵.

اتفاقية برن لعام 1971 لحماية المصنفات الأدبية والفنية⁶.

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المؤرخة في 11 أبريل 1980.⁷

1980.⁷

¹ في أهمية المعاهدات الدولية كمصدر للقانون الدولي الخاص انظر:

LECUER Stanislas, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel : pour l'harmonisation des relations internationales privées*, LGDJ, Paris, 2007.,p.80.

² متاحة على الرابط التالي:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf>

³ Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signé à la Haye, le 12 avril 1930, <http://www.ipr.be/data/V.19300412>

⁴ المؤرخة في 28 جويلية 1951، ودخلت حيز التنفيذ في 22 أبريل 1954، وفقا لأحكام المادة 43، (يشار إليها فيما

يلي باتفاقية 1951)،ولقد انضمت إليها الجزائر في 7 فيفري 1963، وتم تحديد طرق تطبيقها بموجب المرسوم رقم

274/63، مؤرخ في 25 جويلية 1963، ج. ر.ج.ج. العدد 52 لـ 30 جويلية 1963، ولم ينشر النص في الجريدة

الرسمية. ويمكن الإطلاع على النص الكامل لهذه الاتفاقية، على موقع المفوضية باللغة العربية:

<http://www.unhcr-arabic.org/4d11b3026.htm>

⁵ <https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/StatelessPersons.aspx>

⁶ متاحة على الرابط التالي:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo_pub_287.pdf

⁷ متاحة على الرابط التالي:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية المؤرخة في 23 نوفمبر 2005¹.

إضافة إلى العديد من الاتفاقات الثنائية التي تبرمها الدول فيما بينها من أجل حل مشاكل تنازع القوانين، ومشاكل الجنسية وكذلك تنظيم حقوق الأجانب.

ثانيا- القضاء الدولي: رغم أن منازعات القانون الدولي الخاص تثار عادة بين الأفراد، مما يحول دون امكانية نظرها من طرف القضاء الدولي، إلا انه قد يحدث أن تتبنى الدول دعوى الفرد في حالات نادرة وترفعها الى المحاكم الدولية²، من أمثلتها: قرار محكمة العدل الدولية الدائمة رقم 07 المؤرخ في 12 جويلية 1929 في مجال مركز الأجانب والذي يقضي بعدم جواز نزع ملكية الأجنبي دون تعويض³. وقرار محكمة العدل الدولية في قضية قضية نوتبوم لسنة 1955 والذي يقضي بعدم جواز ممارسة الدولة لحق الحماية الدبلوماسية على فرد إذا كانت رابطة الجنسية بينهما ليست فعلية⁴، حيث أقرت المحكمة مبدأ هاما في هذا الحكم، هو ضرورة الاعتراف بالجنسية الفعلية عند تعدد جنسيات الشخص.

ثالثا-العرف الدولي:

لقد كان للعرف دور مهم في مجال تنازع القوانين قبل صياغة قواعده في نصوص تشريعية، ومن بين القواعد التي لها منبع عرفي قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، وقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون المحل، ولقد أصبحت هذه القواعد اليوم نصوصا تشريعية في أغلب الدول.⁵

¹ متاحة على الرابط التالي:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/06-57450_ebook.pdf

² هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص187.

³ مشار اليه في: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص188.

⁴Cour Internationale de Justice (CII), Affaire Nottebohm (Liechtenstein c.Guatemala); Deuxième phase, 6April 1955, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b71f0.html>

⁵ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص14.

رابعاً-الفقه الدولي:

لقد ساهم فقه القانون الدولي في وضع وصقل قواعد القانون الدولي الخاص في مجال تنازع القوانين وخاصة فقه المدرستين الإيطاليتين القديمة والحديثة، والمدرسة الفرنسية والهولندية. وسنتطرق لذلك بالتفصيل عند التعرض لموضوع نشأة تنازع القوانين، ومن أشهر فقهاء القانون الدولي الخاص الذي ساهموا في تأصيل نظرية تنازع القوانين، وصياغة الحلول الوضعية لمشاكله الفقيه بيبه، دارجونتريه، ديمولان، وبارتان.

المبحث الثاني: مدخل لتنازع القوانين

قبل التطرق للإشكالات القانونية التي يثيرها تنازع القوانين والحلول التشريعية لها، لابد من التطرق لمفهوم تنازع القوانين (مطلب أول) والمراحل التاريخية التي مر بها (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين

من خلال تعريف تنازع القوانين (فرع أول) تتضح الشروط التي يجب أن تتوفر لقيامه (فرع ثان) ومجاله (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف تنازع القوانين

هو موازنة ومفاضلة يجريها المشرع الوطني بين قوانين دول مختلفة، بمناسبة علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، لاختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم هذه العلاقة¹، وقد تؤدي هذه المفاضلة إلى إفساح المجال لتطبيق القانون الأجنبي بدلا من القانون الوطني².

بذل فقه القانون الدولي الخاص جهده في وضع قواعد قانونية تحل هذا التنازع باختيار القانون الذي يسري على موضوع العلاقة القانونية ليحكمها سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني أم قانونا أجنبيا، وتسمى هذه القواعد بقواعد تنازع القوانين وتكون مهمتها فض التنازع ، بإسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة.

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص40؛ عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص6.

² حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص:تنازع القوانين-المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص13.

إذ قد تتصل علاقة قانونية بعنصر أو أكثر من عناصرها، بأكثر من قانون واحد، كقانون جنسية أطراف العلاقة القانونية وقانون موطنهم وقانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه أو مكان تواجد المال... الخ. وهذا الاتصال يجيز مبدئياً لكل من هذه القوانين أن يطبق على العلاقة القانونية وينتج عن ذلك تزام وتنازع فيما بينها مما يستلزم معرفة أي من هذه القوانين يجب أن تخضع له العلاقة القانونية¹.

الفرع الثاني: شروط قيام تنازع القوانين

1- أن يكون هناك امتداد في العلاقات والتبادل الدوليين، فمتى كانت العلاقة القانونية وطنية بحتة بجميع عناصرها، فالقانون الذي يحكمها هو القانون الوطني، أما إذا شابها عنصر أجنبي فإننا نتساءل عن القانون الذي يحكمها، وهذا العنصر الأجنبي الذي يحكمها قد يكون سبب العلاقة أو محلها أو أطرافها².

2- أن تكون هناك مكنة في أن يقبل المشرع الوطني في حالات معينة تطبيق قانون غير قانونه، وعليه لا يمكن تصور مشكل تنازع القوانين في دولة تأخذ بمبدأ الإقليمية بشكل مطلق³.

3- أن يكون هناك اختلاف بين تشريعات الدول، التي تتنازع حكم العلاقة لأنها لو كانت متماثلة، ومتفقة في الحكم فلا مجال لتنازع القوانين⁴، لأن هذا الأخير يقوم على المفاضلة بين القوانين، لاختيار أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع.

وإذا كان الاختلاف ضرورياً لقيام تنازع القوانين إلا أنه لا يجب أن يبلغ حد التعارض في الأسس والمبادئ التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة، مما يؤدي إلى النفور من القواعد الأجنبية واستبعادها رغم كونها واجبة التطبيق⁵.

¹ CLAUEL Sandrine, Droit international privé, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2010, p.9.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص16.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص25. حسن الهداوي، مرجع سابق، ص17.

⁴ بلمامي عمر، مرجع سابق، ص15.

⁵ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص18-19.

الفرع الثالث: مجال تنازع القوانين

يتحدد نطاق تنازع القوانين من خلال الصفة الدولية للتنازع (أولاً) والصفة الخاصة للتنازع (ثانياً).

أولاً-الصفة الدولية للتنازع:

ويقصد بها أن العلاقات التي تحكمها قواعد التنازع تتعدى حدود الدولة الواحدة، نتيجة لاشتمالها على عنصر أجنبي أو أكثر¹، ويترتب عن ذلك أنه لا يمكن تصور وجود التنازع إلا بين قوانين الدول. ويترتب عن ذلك استبعاد حالات التنازع الداخلي عن نطاق تنازع القوانين. ويقصد بالتنازع الداخلي ذلك الذي يقوم بين شرائع الدولة الواحدة التي تتعدد فيها الشرائع تعددا اقليمياً، كما هو الحال في الدول المركبة مثل الولايات المتحدة الأمريكية، أو تعددا شخصياً بسبب تعدد الأديان مثل سوريا ولبنان².

ثانياً-الصفة الخاصة للتنازع:

يؤكد غالبية الفقهاء أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي تخضع للقانون الخاص سواء تعلقت بالمعاملات المالية و الأحوال الشخصية، سواء كانت هذه المعاملات بين أشخاص طبيعيين، أو أشخاص اعتباريين، من الوطنيين أو من الأجانب³.

فهذه العلاقات القانونية الخاضعة للقانون الخاص، سواء كانت مالية أو شخصية هي وحدها التي تكون محلاً لتنازع القوانين، أما العلاقات الخاضعة للقانون العام فهي تثير فقط

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص25؛ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص -المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، طبعة1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص ص 562-563.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص562.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص559؛ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجديدة، بيروت، 1980، ص11.

مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان¹، أي أن القاضي يكتفي فقط ببيان ما إذا كانت تخضع للقانون الوطني أم لا، دون البحث عن القانون الأجنبي الذي تخضع له.

وعليه إذا طرح على القاضي نزاع يتعلق بالقانون العام فإن عمله سينصب على البحث في مسألة أولية هي تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون العام في دولته من حيث المكان. والأمر لا يخلو حينئذ من فرضين: إما أن يتبين للقاضي أن النزاع يدخل في نطاق تطبيق قواعد القانون العام الوطنية فطبق هذه القواعد ويحكم في النزاع المطروح أمامه على أساسها. أما إذا اتضح أن القواعد الوطنية لا تسري على هذا النزاع، فهو لا يملك أن يبحث عن قواعد القانون الأجنبي التي تنطبق على النزاع وإنما يجب أن يتخلى عن النظر فيه.²

المطلب الثاني: التطور التاريخي لتنازع القوانين

عرف تنازع القوانين تطورا كبيرا منذ العصور القديمة مرورا بالعصور الوسطى (فرع أول) وصولا إلى المدارس الفقهية الحديثة، التي كان لها دور كبير في تأصيل نظرية تنازع القوانين (فرع ثان).

الفرع الأول: تنازع القوانين في العصور القديمة

لم تعرف المجتمعات القديمة تنازع القوانين بشكله الحديث، فاليونان القديمة كانت مقسمة إلى مدن ولكن قوانينها متشابهة، وخاصة في المجال التجاري وبالتالي بيان القانون واجب التطبيق على النزاعات التي تثور بين مواطني هذه المدن، لم تكن له أهمية كبيرة، ولهذا كانت المحاكم تلجأ إلى تطبيق القانون دون بيان السند.³

أما مصر الفرعونية بعد أن استعمرت من طرف الإغريق عام 332 قبل الميلاد وقام هؤلاء بجلب قوانينهم إلى مصر دون أن يلغوا القوانين المحلية، حيث كان يطبق على الإغريق قوانينهم المحلية، أما إذا تعامل مصري مع إغريقي فإن القانون الواجب التطبيق هو

¹ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 124.

² المرجع نفسه، ص ص 126، 125.

³ دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ص 34-35.

قانون اللغة التي حرر بها العقد ويعتبر الأخذ بلغة العقد كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أول وأقدم قاعدة تنازع في التاريخ¹.

أما عند الرومان، فكان الأجانب يعتبرون بمثابة العبيد وبالتالي لا مجال لتنازع القوانين، لكن بعد اتساع الإمبراطورية الرومانية نتيجة لاستعمارها للعديد من الشعوب وتزايد الاتصالات والعلاقات بين الرومانيين وسكان المستعمرات، كان لابد من إيجاد حل لتنازع القوانين فوضع ما يسمى بقانون الشعوب وتم إحداث محكمة لتطبيقه وهي محكمة القاضي الأجنبي، وكان ذلك بداية لنظام جديد يتمثل في تطبيق قوانين مختلفة من قبل ذات القاضي وفقا للحالات ولأصل الأطراف².

غير أن الرومان لم يتركوا نظاما متكاملًا في تنازع القوانين لأن المسألة فقدت قيمتها في عهد الإمبراطور كاركالا الذي أصدر سنة 212 بعد الميلاد مرسوما يقضي بمنح حق المواطنة لكافة سكان الإمبراطورية، والذين أصبحوا يخضعون لنفس القانون وبالتالي لم يعد هناك محل لتنازع القوانين³.

بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية قام على أنقاضها النظام الإقطاعي الذي ساد فيه مبدأ إقليمية القوانين حيث يستقل كل إقطاعي بإقطاعيته، وتخضع الإقطاعية لقانون واحد يطبق على جميع الأشخاص والأموال والتصرفات، ولم تظهر مشكلة التنازع إلا في نطاق ضيق بين المدن الإيطالية التي لم تستقل فيها الإقطاعية والتي عرفت التبادل التجاري بينها، وكانت قوانينها شديدة الشبه فيما بينها لأنها مستمدة من أصل واحد هو القانون الروماني⁴.

الفرع الثاني: مشكل تنازع القوانين ودور المدارس الفقهية في حله

كان لكل من مدرسة المحشيين الإيطالية (أولا) والمدرسة الفرنسية (ثانيا) والمدرسة الهولندية (ثالثا) دورا بارزا في تاصيل مشكلة تنازع القوانين، وإيجاد حلول وضعية لها.

¹ موحند اسعد، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها.

² ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، ص 21.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 17.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 27.

أولاً- المدرسة الإيطالية القديمة:

بعد أن استطاعت إيطاليا أن تتخلص من النظام الإقطاعي، نشأت فيها وحدات إقليمية (مدن)، لكل منها قوانينها الخاصة ويسود فوقها القانون الروماني، وأخذ الفقهاء يظطلعون بحل هذا التنازع، فظهرت المدرسة الإيطالية في أواخر القرن 12 على مرحلتين. المرحلة الأولى تدعى مدرسة المحشين نسبة إلى الطريقة التي انتهجوها في دراستهم لحل التنازع وهي التعليق على نصوص القانون الروماني بحواشٍ مختصرة، وأهم فقهاء هذه المدرسة الفقيه أكورس Acurse، وكان منهج هذه المدرسة في حل التنازع يقوم على اختيار قانون إحدى المدن التي تتزاحم قوانينها بحكم النزاع على أساس اعتبارات المنطق القانوني المجرد من ناحية، ومقتضيات التجارة والضرورات العملية من ناحية أخرى دون الاستناد إلى فكرة مسبقة كفكرة شخصية القوانين أو إقليمية القوانين¹.

بعد ذلك جاءت مرحلة مدرسة المحشين اللاحقين التي يتزعمها بارتول Bartol والتي توصلت إلى تجميع الكثير من العلاقات القانونية في فئات مسندة تخضع كل منها لقانون معين. كما ميزت بين الإجراءات والموضوع حيث أخضعت الإجراءات لقانون القاضي، أما الموضوع فيختلف القانون الذي يحكمه حسب الفئة المسندة التي ينتمي إليها²:

- العقد يخضع لقانون بلد الإبرام
- المال يخضع لقانون موقعه
- الجرائم تخضع لقانون مكان وقوعها، وتعتبر هذه الفكرة، النواة الأولى لقاعدة خضوع الفعل الضار لقانون محل وقوعه المعمول بها حديثاً³
- حالة الشخص وأهليته تخضع لقانونه الشخصي، لكن حدث خلاف بين فقهاء هذه المدرسة حول المقصود بالقانون الشخصي، هل هو قانون جنسية الشخص أم قانون موطنه.

¹ YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit,p.89.

اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص48.

² موحند إسعاد، مرجع سابق، ص65.

YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, pp.89-90.

³ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص49.

وأخيرا فإن هذه المدرسة قد ميزت بين الأحوال المستحسنة التي يمكن تطبيقها خارج حدود المدينة التي وضعتها، والأحوال المستهجنة التي يجب استبعادها وهذا التمييز يعتبر النواة الأولى لفكرة النظام العام المعمول بها حاليا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي¹.

ثانيا: المدرسة الفرنسية

يتزعمها الفقيه ديمولان الذي يعود إليه الفضل في ابتداء فكرة التكييف كأول مرحلة يمر بها القاضي لحل مشكل تنازع القوانين، كما أنه أول من أخضع العقد لقانون إرادة المتعاقدين؛ بعد ذلك ظهر الفقيه دارجنتره الذي قسّم الأحوال إلى أحوال عينية، تنطبق على كل من يقطنون في الإقليم، وأحوال شخصية تلحق بالشخص أينما ذهب².

لكن الإشكال الذي يطرحه هذا التقسيم أن هناك بعض الأحوال تتعلق بالأشخاص والأموال في نفس الوقت كالنص الخاص بمنع الزوجة من الإيذاء بالعقار لزوجها، مما يجعله داخلا في الأحوال الشخصية، ومن جانب آخر يتعلّق بالعقار مما يجعله داخلا في الأحوال العينية³.

رد دارجنتره على هذا الإشكال أن مبدأ إقليمية القوانين هو الأصل بينما شخصية القوانين هي الاستثناء، وبالتالي فإن الأحوال المختلطة، كما يسمّيها تخضع للأصل العام وهو إقليمية القوانين⁴.

ثالثا: المدرسة الهولندية

أهم فقهاء هذه المدرسة هم أولريخ هوبر Ulrich Hubert وبول فوي Paul Voet ولقد نادوا أيضا بتطبيق مبدأ إقليمية القوانين دون أن يرد عليه استثناء، لأن قبول تطبيق القانون الأجنبي على الإقليم فيه اعتداء على سيادته، ولكن انتبه هؤلاء الفقهاء إلى المغالاة في تطبيق مبدأ الإقليمية معناه أن الهولنديين المقيمين في الخارج لا يخضعون للقانون

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 28.

² المرجع نفسه، ص 28.

³ محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 365-366.

⁴ المرجع نفسه، ص 266.

الهولندي. وبالتالي لكي تسمح الدول الأجنبية بتطبيق القانون الهولندي على الهولنديين المقيمين على إقليمها، لابد من السماح بتطبيق القانون الأجنبي على الأجانب المقيمين في هولندا، ولكن ليس على سبيل الإلزام وإنما على سبيل المجاملة الدولية.¹

ولقد انتقد فقه المدرسة الهولندية لأنه منح السلطة التقديرية للقاضي الذي يمكنه أن يطبق القانون الأجنبي، متى شاء ولكن الواقع أن هذا التفسير ليس هو المقصود، فالمشرع وليس القاضي، هو الذي يملك سلطة السماح بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه وذلك على أساس المجاملة الدولية، ومتى قرّر ذلك فما على القضاء سوى التطبيق.

الفرع الثالث: تنازع القوانين في العصر الحديث

لقد بدأ الفقهاء يعتنقون مبادئ حديثة لحل مشكل تنازع القوانين وأشهر هؤلاء مانشيني وسافيني

أولاً- فقه مانشيني:

مانشيني هو زعيم المدرسة الإيطالية الحديثة، ولقد أسس نظريته على مبدأ القوميات ومؤداه أن إيطاليا تشكل أمة واحدة تجمعها وحدة الأصل والدين واللغة والتقاليد، وقانونها لابد أن يكون مستمداً من هذه المقومات. وبالتالي فالقانون الإيطالي وضع من أجل الإيطاليين وينبغي أن يتبعهم أينما وجدوا.²

وهكذا اعتنق مانشيني مبدأ شخصية القوانين ولكن أورد عليه عدة استثناءات وهي:

القوانين المتعلقة بالنظام العام كقانون العقوبات، تطبق تطبيقاً إقليمياً، أي تشمل جميع سكان الإقليم مواطنون وأجانب.

- الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون إرادة المتعاقدين

- شكل العقد يخضع لقانون بلد الإبرام

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 30-31.

² YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, pp.104-105.

ولقد انتقد مانثيني بسبب إكثاره من الاستثناءات حتى طغت على المبدأ العام الذي بنى عليه نظريته، وهو مبدأ شخصية القوانين¹.

ثانيا - فقه سافيني:

اعتمد هذا الفقيه في حلّه لمشكل تنازع القوانين على فكرة الاشتراك القانوني للدول الأوروبية، ومؤداها أن قوانين هذه الدول مستمدة كلها من أصل واحد هو القانون الروماني، كما أن عاداتها ومبادئها مستمدة من ديانة واحدة هي المسيحية، وهذا الارتباط بينها يسهل امكانية تطبيق قانون كل دولة في إقليم الدولة الأخرى، وذلك وفق قواعد مشتركة تسمح بالوصول إلى حلول موحدة².

وبهذا لا يتصور سافيني وجود تنازع إلا بين قوانين الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني، أما بالنسبة للدول الأخرى فإن قوانينها تستبعد من التطبيق باسم النظام العام. ومن أجل حل مشكلة التنازع أكد سافيني، أن لكل رابطة قانونية مركز مكاني ولهذا يجب تحليل كل رابطة وتحديد طبيعتها من أجل تركيزها في مكان معين، ومركز الرابطة على هذا النحو هو المكان الذي تحقق فيه كافة آثارها أو معظمها، وتطبيقا لهذه الفكرة أخضع سافيني:

- حالة الشخص وأهليته لقانون الموطن.

- الأموال لقانون موقعها.

- الإلتزامات التعاقدية لقانون مكان التنفيذ.

- الوقائع القانونية لقانون محل وقوعها.

وحسب سافيني فإن إرادة الشخص تتدخل في تحديد هذه المراكز المكانية، لأن ارتباط الشخص برابطة معينة يفترض خضوعه لقانون مركزها³. وهكذا استطاع أن يضع منهجا لحل مشكل التنازع والذي مازال متبعا حتى الآن في أغلب التشريعات المعاصرة، والتي تعمل

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 34-35.

² محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 374.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 32.

على تقسيم الروابط القانونية إلى فئات مسندة تمهيدا لإخضاع كل منها إلى أكثر القوانين ملاءمة¹.

ثالثا- فقه ببيه²

يرى أن تنازع القوانين هو تنازع سيادات الدول وتطبيق القانون على كل إقليم الدولة هو مظهر من مظاهر سيادته، ويتحدد نطاق هذه السيادة بالنسبة إلى القانون بدوامه وعموميته³، ويقصد بدوام القانون استمرار سلطانه واستقراره وثباته بالنسبة للأشخاص والأموال الخاضعة له، ويقصد بعموميته انطباقه على جميع الأشخاص والأموال، ويترتب عن هاتين الخاصيتين خضوع وطني الدولة لقانونها أينما وجدوا وأينما وجدت أموالهم، وأينما وقعت تصرفاتهم، ومن جهة أخرى يخضع كل الأشخاص الموجودين على إقليمها لقانونها سواء أكانوا وطنيين أو أجانب. ولو أن كل قانون أريد تطبيقه في نطاق القانون الدولي الخاص وجب أن تتوفر فيه هاتين الخاصيتين لتعذر حل مشكل تنازع القوانين، وعليه وجب التضحية بإحدى الخاصيتين، الدوام أو العموم، من أجل حل مشكل تنازع القوانين.⁴

وعليه تقسم القوانين إلى مجموعتين:

مجموعة تكون ممتدة لاحتفاظها بصفة الدوام دون العموم حيث تنطبق على الوطنيين ولو كانوا خارج الدولة، وفي نفس الوقت لا تنطبق على الأجانب الموجودين داخل الدولة. مجموعة تكون إقليمية التطبيق لاحتفاظها بخاصية العموم حيث تنطبق على كل من في الإقليم ووطنيين وأجانب، وفي نفس الوقت لا تمتد للأشخاص الموجودين في الخارج حتى ولو كانوا وطنيين، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق على أي أساس يتم تقسيم القوانين على هاتين الفئتين.

¹ محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 374.

² Pillet, Principes de droit international privé, 1905.

نقلا عن علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 36-38.

³ YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, p107-108.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 36.

يرى الفقيه ببيه أن هناك مجموعة من القوانين: الأولى تهدف إلى حماية الفرد بينما الثانية تهدف إلى حماية النظام العام، بالنسبة للمجموعة الأولى خاصة الدوام هي التي تحقق هدفها المتمثل في حماية الفرد ولهذا فهي تتبعه حتى خارج إقليم دولته، أما المجموعة الثانية فإن خاصية العموم هي التي تحقق الهدف منها وهو حماية النظام العام مما يقتضي تطبيقها على كل من في الإقليم وطنيين وأجانب.¹

رابعاً - فقه نيبوييه²

كان متأثراً بالقانون الدولي العام في بحثه لمشكلة تنازع القوانين، و اعتمد على مبدأ الإقليمية الذي تبرره اعتبارات وطنية بحتة ويرى أن الهدف من قاعدة الإسناد هو حماية المصالح الوطنية وعليه يجب اختيار قواعد الإسناد التي تتفق مع مصالح الدولة بغض النظر عما إذا كانت ملائمة لحل مشكل تنازع القوانين ويترتب عن تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، تطبيق قوانين الدولة على كل من في إقليمها من الأجانب مما يسهل عملية اندماجهم مع مواطني الدولة، أما شخصية القوانين فإنه ينبغي أن لا يؤخذ بها إلا في أضيق الحدود لأنها تصعب من اندماج الأجانب وفي كل الحالات يجب البحث عن الحلول التي تكون أكثر ملاءمة مع المصالح الوطنية، وهذا ما يفسر اختيار نيبوييه لقانون الموطن بشأن حالة الأشخاص وأهليتهم، مع أن القانون الفرنسي يأخذ بقانون الجنسية ونتيجة لغلو فقه نيبوييه في الإقليمية وتغليبها للمصلحة الوطنية على الاعتبارات الدولية لم يلق إلا صدى ضعيفاً في القضاء الفرنسي.³

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 64.

² Niboyet, Traité de droit International privé, 1938.

نقلا عن علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 39.
انظر أيضا:

YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, pp.111.

³ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 66.

الفصل الثاني

منهجية حل مشكل تنازع القوانين

إن تطور الفكر القانوني في مجال تنازع القوانين انتهى إلى نهج في حل مسأله، عن طريق تقسيم العلاقات المختلفة إلى فئات مسندة وإخضاع كل منها للقانون الملائم، وما على القاضي المعروض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي إلا أن يقوم بإدراج المسألة القانونية المطروحة أمامه ضمن إحدى هذه الفئات وذلك بعد تكييفها (مبحث أول) ليتمكن بعد ذلك من إسنادها إلى القانون الواجب التطبيق عليها (مبحث ثان). لكن قد يحدث أن يسند الاختصاص إلى قانون أجنبي، فيرفضه مما يثير ما يسمى في فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة (مبحث ثالث).

المبحث الأول: التكييف

بما أن المسائل القانونية كثيرة، فإن المشرع قد قسمها إلى فئات مسندة وخص كل منها بقاعدة إسناد. وعليه لما تعرض على القاضي مسألة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي، فإن أول ما يقوم به هو البحث عن الفئة التي يمكن أن تتدرج ضمنها هذه المسألة، وهذا ما يسمى بالتكييف (مطلب أول) ومع أن التكييف معروف في مختلف فروع القانون الأخرى لكن الإشكال الذي يثيره في مجال تنازع القوانين هو تحديد القانون الذي تخضع له عملية التكييف (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم التكييف:

حاول الفقهاء وضع تعريف للتكييف (فرع أول) تتضح من خلاله أهمية هذه العملية لحل مشكل تنازع القوانين (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف التكييف

عرف الدكتور عز الدين عبد الله التكييف بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"¹ وعرفه الدكتور هشام علي صادق بأنه: "تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين"².

أما الدكتور محمد كمال فهمي فيرى أن الغاية من التكييف هي وصل الحالة القانونية بإحدى الفئات المسندة ، وليس إحدى النظم القانونية كما يعرفه اغلب الفقهاء، وجاء تعريفه كالتالي: "تشخيص حالة قانونية معينة بقصد تصنيفها بين مختلف الفكر المسندة"³ أما حسن الهداوي فيعرفه بأنه: "تحديد طبيعة موضوع النزاع وإعطائه الوصف القانوني الملائم تمهيدا لإسناده إلى قانون معين"⁴.

ويعرفه الأستاذ علي علي سليمان بأنه قيام القاضي بإدخال العلاقة القانونية المعروضة عليه في نظام من النظم القانونية حتى يعرف ما هو القانون الذي يسند إليه حكمها" ، ويؤكد بذلك أن مرحلة التكييف تسبق مرحلة الإسناد⁵.

يستخلص من هذه التعاريف أن التكييف هو عملية أولية تسبق عملية الإسناد، تهدف إلى تحديد الطائفة القانونية التي يندرج فيها موضوع النزاع للتمكن من ربطه بقانون معين هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعليه فإن التكييف يقوم على ثلاثة عناصر أساسية هي:

- تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين؛
- إدراج هذه المسألة ضمن إحدى الفئات المسندة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد؛
- التوصل تلقائيا إلى القانون المختص بحكم النزاع.⁶

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 118.

² هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 114.

³ محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 397.

⁴ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 50.

⁵ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 41.

⁶ بلمامي عمر، مرجع سابق، ص ص 154-155.

هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد¹. في الواقع إن التكييف موجود في مختلف فروع القانون، ولكن المشكل الذي يواجهه التكييف في القانون الدولي الخاص هو تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف².

الفرع الثاني: أهمية التكييف

إن المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ترتبط بقوانين عدة دول، وبما أن تكييف المسائل القانونية يختلف من قانون لآخر، وباختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف يختلف القانون المطبق على النزاع³، وبالتالي يختلف الحل النهائي للنزاع، ولهذا لا بد من تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف.

وسيتضح هذا الإشكال من خلال ثلاثة أمثلة كلاسيكية لقضايا عرضت على القضاء الفرنسي وهي: قضية زواج اليونانيين الأرثوذكسي (أولا) وقضية ميراث المالطي (ثانيا) وقضية وصية الهولندي (ثالثا).

أولا- قضية زواج اليونانيين الأرثوذكسي:

تزوج يوناني بفرنسية زواجا مدنيا في فرنسا مع العلم أن القانون اليوناني يشترط على اليونانيين عقد زواجهم في الشكل الديني. وطرح النزاع على القضاء الفرنسي حول صحة هذا الزواج.

فإذا تم تكييف المراسيم الدينية للزواج وفقا للقانون الفرنسي فهي تعتبر شرطا شكليا للزواج، يخضع طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية، لقانون بلد الإبرام أي القانون الفرنسي، وبالتالي يعتبر الزواج صحيحا.

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 114.

² موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 175.

³ بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 96.

أما إذا تم تكييف المراسيم الدينية للزواج وفقا للقانون اليوناني، فهي عبارة عن شرط موضوعي يخضع وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية لقانون جنسية الزوج أي القانون اليوناني، وبالتالي فإن هذا الزواج باطل.

ثانيا - قضية ميراث المالطي:

تزوج مالطيان في مالطا، ثم أقاما في الجزائر إبان الاستعمار الفرنسي، حيث كانت تعتبر مقاطعة فرنسية، تملك الزوج فيها عقارات، وعند وفاته طالبت زوجته بحقها في عقارات زوجها، وهو ما يعرف في القانون المالطي، بربع الزوج الفقير، طرحت القضية أمام القاضي الفرنسي، ويثور الإشكال بالنسبة لتكييف ما تطالب به الزوجة، هل هو ميراث عقار وبالتالي يخضع لقانون موقع المال، وهو القانون الفرنسي وبالتالي لا حق للزوجة على عقارات زوجها، أم يكيف على انه نظام مالي للزوجين وبالتالي يخضع للقانون المالطي، وبالتالي من حق الزوجة ان تاخذ ربع عقارات زوجها¹.

ثالثا - قضية وصية الهولندي:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن هولنديا قام بتحرير وصية في فرنسا في الشكل العرفي، أي بخط يده وتوقيعه، وهو شكل يجيزه القانون المدني الفرنسي، في حين تعتبر مثل هذه الوصية باطلة طبقا للقانون الهولندي الذي يحظر على الهولنديين إجراء وصاياهم في الشكل العرفي، وتلزمهم بإجرائها في الشكل الرسمي، ولو كانوا في الخارج².

فإذا تم تكييف هذا المنع حسب القانون الهولندي فهو مسألة تتعلق بالأهلية، أي أن هذا المنع هو قيد على أهلية الشخص في إبرام وصيته، والهدف منه هو حماية إرادة الموصي، والتيقن من عدم تسرعه في إبرام الوصية³، بدليل انه يسري على الهولنديين ولو كانوا في الخارج، وهذه المسألة تخضع لقانون جنسية الشخص وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية، أي القانون الهولندي وبالتالي تعتبر الوصية باطلة.

¹ محمد كمل فهمي، مرجع سابق، ص 399.

² بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 74-75.

³ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 210.

أما إذا تم تكييف هذا المنع وفقا للقانون الفرنسي (قانون القاضي)، فهو يدخل في شكل التصرفات القانونية، لأنه يتعلق بالوسيلة المتبعة لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي¹، وطبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية فشكل التصرفات القانونية يخضع لقانون بلد الإبرام وهو القانون الفرنسي، وعليه تعتبر الوصية صحيحة، لأن القانون الفرنسي يجيز إبرام الوصية في الشكل العرفي.

نستنتج من هذا المثال أنه باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف يختلف القانون المطبق على النزاع، وبالتالي يختلف الحل النهائي للنزاع، ولهذا لا بد من تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف، ولقد اختلفت اتجاهات الفقهاء حول هذه المسألة.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف

اختلف الفقهاء في تحديد القانون الواجب التطبيق على التكييف حيث يرى البعض وعلى رأسهم الفقيه بارتان إخضاع التكييف لقانون القاضي (فرع أول) بينما يرى البعض الآخر إخضاعه للقانون الواجب التطبيق على النزاع (فرع ثان) ويذهب اتجاه آخر إلى إخضاع التكييف للقانون المقارن (فرع ثالث) أ

أما الاتجاه الحديث فقد ساند الاتجاه الذي يقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي مع إعطاء دور للقانون الأجنبي (فرع رابع).

الفرع الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بارتان² الذي يعود له الفضل في تأصيل نظرية التكييف، وتبعه في ذلك أغلب الفقهاء المحدثين. ولقد برّر بارتان رأيه بفكرة السيادة، فتنازع القوانين عنده لا يعدو أن يكون تنازعا بين السیادات³، فيما أنه قد يترتب عن التكييف انعقاد

¹ المرجع نفسه.

² رغم ان الفقيه الالمانى كاهن Kahn قد سبق له أن أبرز مشكلة التكييف في مقال نشر له في ألمانيا عام 1897، وانتهى الى نتيجة مشابهة لتلك التي توصل اليها بارتن بعده، إلا أن الفقه الفرنسي يصر على اعتبار بارتن هو الرائد الحقيقي لنظرية التكييف. انظر هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي لخاص، ص 208.

³ Bartin, Principes de droit international privé, 1931.

نقلا عن علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43.

الاختصاص للقانون الأجنبي الذي يعتبر في حد ذاته انتقاص من سيادة الدولة التشريعية، وبالتالي فإن المشرع الوطني هو الوحيد الذي لديه سلطة تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص به سيادة الدولة التشريعية، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال إخضاع التكييف لقانون القاضي¹.

أما الفقهاء المحدثين فرغم تأييدهم لنظرية بارتين في التكييف وهي إخضاع التكييف لقانون القاضي، إلا أنهم ينتقدون الأساس الذي بنى عليه نظريته وهو السيادة، فهم يرون أن تطبيق القانون الأجنبي لا يؤدي إلى انتقاص من سيادة الدولة، وإنما هو اختيار المشرع الوطني لأكثر القوانين ملائمة للنزاع، وبالتالي فإن تطبيق القانون الأجنبي في مثل هذه الحالات هو تعبير عن السيادة الوطنية وليس انتقاص منها، وعليه برر الفقهاء المحدثين إخضاع التكييف لقانون القاضي بحجج أكثر صلابة من فكرة السيادة²، ولعل أهمها:

- اعتبار أن التكييف ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية، ومنه لا بد أن يخضع لقانون القاضي³.

- لا يمكن إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع، لأن هذا الأخير لا يكون معروفاً قبل إجراء عملية التكييف.

- إن إخضاع التكييف للقانون الأجنبي يجعل من المسألة الواحدة تأخذ عدة أوصاف تختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف، وعليه فإن قانون القاضي هو وحده الذي يحقق وحدة التكييف⁴.

يرى البعض أن القاضي عندما يقوم بتكييف المسألة فهو يتأثر بتكوينه الثقافي والقانوني بالمبادئ الواردة في قانونه⁵.

انظر أيضا: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 213.

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 81.

² هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 214.

³ موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 186.

⁴ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 82.

⁵ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 215.

يعتبر هذا الاتجاه هو الراجح في الفقه والقضاء وقد أخذت به جل تشريعات الدول بما في ذلك التشريع الجزائري ويتضح ذلك من خلال المادة 9 ق.م.ج التي تنص: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

بعد تعديل القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم 10/05، أورد المشرع الجزائري استثناء على خضوع التكييف لقانون القاضي وذلك من خلال المادة 1/17 التي تنص: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

الفرع الثاني: خضوع التكييف للقانون واجب التطبيق على النزاع

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي ديسبانيي Despagné وتبعه في ذلك الفقيه الألماني وولف Wolf، والفقيه الايطالي باشيوني Pacchionni ويرون أن كل قانون له تكييفاته، وعليه يجب أن يخضع التكييف للقانون الذي يحتمل أن يكون هو المختص بحكم المسألة محل النزاع¹، على أساس أن النزاع يجب أن يخضع لنفس القانون ابتداء من تكييفه، وصولا إلى الحل النهائي له. كما أنه إذا تم تكييف المسألة وفقا لقانون القاضي وترتب عن ذلك تطبيق القانون الأجنبي، فإن هذا سيؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي خارج المسار الذي رسمه له مشرعه، فيما لو كان هذا الأخير يعتبر موضوع النزاع يدخل في فئة مسندة غير تلك التي أدرجت فيها نتيجة لتكييفها طبقا لقانون القاضي².

انتقد هذا الاتجاه بأنه تعترضة استحالة عملية³، فالتكييف عملية سابقة على تحديد القانون المختص، فالقاضي قبل التكييف، لا يعلم بعد ما إذا كان قانون ما سيختص بحكم المسألة أم لا، فكيف يقوم بالتكييف وفقا لقانون لم يتحدد بعد، فطالما أن التكييف لم يتم،

¹ Cité par : YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, p.235.

² هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 231.

³ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 87.

لا يمكن أبدا الجزم بأن هذا القانون أو ذاك هو الذي سيطبق¹، أي لا يمكن معرفة القانون المختص بحكم النزاع قبل إجراء التكييف، وإلا فما جدوى عملية التكييف؟

الفرع الثالث: خضوع التكييف للقانون المقارن

يتزعم هذا الإتجاه الفقيه الألماني رابل Rabel الذي يرى بأنه يجب على القاضي عند قيامه بعملية التكييف، أن لا يعتمد على قانون واحد، وإنما يجب أن يستعين بمختلف القوانين المقارنة ليتوصل إلى تكييفات موحدة لمختلف المسائل القانونية².

يجد هذا الإتجاه أساسه في فكرة أساسية، هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وضعت لمواجهة علاقات دولية خاصة، ولذلك فإن مضمونها، يجب أن يتحدد على أساس مفهوم عالمي موحد، وليس على أساس قانون معين كما في النظريات السابقة والتي لا تتلاءم وحاجة المعاملات الدولية³، وفقا لقواعد مطابقة لطبيعتها والوظيفة الدولية التي تؤدّيها. ومن ثم يجب اعتماد في توحيد مضمونها مفاهيم عالمية موحدة ومجرّدة، وميزة هذا النظام أنه يؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية إذ أنه يجعل لقواعد الإسناد معنى عالميا بالإضافة إلى أنه يذلل الصعوبات التي تجابه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في التشريع الداخلي.

انتقد هذا الاتجاه رغم وجاهته من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية عسير التطبيق فمن جهة، يستحيل على القاضي أن يلمّ بجميع القوانين الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف، ومن جهة أخرى؛ فإن هذه القوانين مختلفة فيما بينها حول الوصف القانوني لكثير من المسائل القانونية، وبالتالي لا يمكن الوصول إلى تكييفات موحدة لهذه المسائل⁴.

¹ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص36.

² YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, p.237.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص620؛ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط3، د.ت، ص404.

⁴ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 39.

الفرع الرابع: الفقه الحديث- إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف وفقا لقانون القاضي

سعى هذا الاتجاه الحديث إلى تطوير نظرية بارتان وإخراجها من جمودها التقليدي استجابة للاعتبارات الدولية، حيث يرى أن إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون الأجنبي الذي تمسك الخصوم بأحكامه، أو المحتمل التطبيق، لأن الوقوف على حقيقة العلاقة المطروحة أمام القضاء لا يتأتى إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي من خلاله يتمكن القاضي من الكشف عن الملامح الأساسية للعلاقة أو المركز القانوني¹.

وعليه عندما تعرض على القاضي مسألة قانونية غريبة عن قانونه فإنه لا بد أن يعطي دورا للقانون الأجنبي في عملية التكييف التي تمر بمرحلتين:

-مرحلة التحليل: أي دراسة المسألة القانونية وفهمها والكشف عن ملامحها الأساسية، وفقا للقانون الأجنبي الذي يعرفها.

-مرحلة الحكم: أي إدراج المسألة القانونية ضمن إحدى الفئات المسندة في قانون القاضي.²

حاول الأستاذ شمس الدين الوكيل أن يجد سندا تشريعيًا لهذا الاتجاه الفقهي الحديث نحو الاستعانة بالقانون الأجنبي للتوسع في مفهوم الفكرة المسندة، فأكد أن المشرع المصري قد استخدم في المادة 10 قانون مدني مصري التي تقابل المادة 9 قانون مدني جزائري، صياغة مرنة تسمح بهذا التوسع حيث جاء فيها أن القانون المصري هو المرجع في التكييف، وليس الواجب التطبيق على التكييف.³

¹ هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، 2007، ص84.

² YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, p.240.

³ نقلا عن: هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص87.

المبحث الثاني: الإسناد

الإسناد هو ربط المسألة القانونية محل النزاع بالقانون الواجب التطبيق عليها بواسطة ضابط الإسناد، وذلك بعد إدراجها ضمن إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد (مطلب أول) ومن المفترض أن يكون لكل فئة مسندة ضابط إسناد واحد يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، إلا أنه توجد بعض المسائل التي يتم إسنادها إلى أكثر من قانون، أي تتعدد بشأنها ضوابط الإسناد، كما يمكن أن يترتب عن الإسناد خضوع المسألة القانونية إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم قاعدة الإسناد

يتم حل مشكل تنازع القوانين باختيار القانون الذي يسري على العلاقة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي، سواء كان القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ولا يتأتى ذلك إلا بالرجوع إلى قواعد التنازع والتي تسمى أيضا قواعد الإسناد ولفهم المقصود بقاعدة الإسناد (فرع أول) يجب تحديد عناصرها (فرع ثان) وخصائصها (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف قاعدة الإسناد

هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني لترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي¹. وليس هناك تعريف واحد لقاعدة الإسناد، وإنما وردت بشأنها مجموعة من التعارف تبيّن في بعض الحالات دور هذه القواعد في مجال العلاقات الخاصة الدولية المتمثل في البحث عن القانون المختص، كما تبيّن في حالات أخرى خصائص هذه القواعد ذات الطبيعة الخاصة التي تميّزها عن بقية القواعد القانونية الأخرى، لاسيما تلك التي تضطلع بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية.

وفي هذا الإطار هناك من يعرفها بأنها: "القاعدة التي بمؤداها يجب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة، وهي قاعدة قانونية من طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد الوطنية"، أو أنها: "تلك القاعدة التي تحدد، بالنظر إلى صياغتها المزدوجة، حالات تطبيق

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 67.

القانون الأجنبي أو التي يناط بها فض تداخل مجالات انطباق القوانين الموضوعية، كما تعرف كذلك بأنها القاعدة القانونية التي ترشد القاضي الوطني إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية ذات الطابع الدولي¹.

أو أنها "قاعدة قانونية وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها" أو هي: "قاعدة قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية، وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية " أو هي: " قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا والسياسية"².

فقاعدة الإسناد وفقا لما سبق، هي قاعدة قانونية ذات طابع فني تسعى إلى اصطفاء أكثر القوانين ملاءمة لحكم النزاع كلما كانت العلاقة مرتبطة بأكثر من قانون واحد، فليست حكم القانون في حد ذاتها، وإنما تبحث عن القانون واجب التطبيق كلما كانت العلاقة مرتبطة بالعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي؛ فلا يتم الفصل في موضوع النزاع بمجرد إعمال هذه القواعد الفارغة المضمون، فالحل الموضوعي يكمن في ذلك القانون الذي تعينه هذه القواعد لتتولى القواعد الموضوعية فيه للفصل في النزاع. فهذه القواعد - حسب التعريف السابق - هي قواعد يطغى عليها طابع فني أو شكلي وليس موضوعي، تخص نوع معين من العلاقات وفي مجال محدد، وهي العلاقات الخاصة الدولية التي لها علاقة بأكثر من قانون واحد³.

¹ عيد عبد الحفيظ، "حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 3، ص 349.

² عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 349.

³ المرجع نفسه، ص 350.

يتمثل الطابع الفني في أن حل النزاعات الخاصة الدولية يتطلب المرور بمرحلتين أساسيتين، الأولى تتمثل في إعمال قاعدة الإسناد ذاتها لتوجهنا بدورها إلى القانون الواجب التطبيق، وتأتي بعد ذلك المرحلة الثانية التي تتمثل في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق؛ هذا على خلاف الأسلوب المتبع بشأن العلاقات الخاصة الداخلية حيث يتم تحديد حكم العلاقات في مرحلة واحدة وهي مرحلة تطبيق القاعدة الموضوعية في القانون الوطني مباشرة على العلاقة .

يتميز الطابع الفني لقاعدة الإسناد، هذه الأخيرة عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص التي تضطلع هي الأخرى إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، فيكفي تطبيق هذه القواعد الأخيرة على نحو مباشر لتحقيق الغاية التي يريدها المشرع بلوغها من هذا القانون، دون أن يتعدى هذا التنظيم ليشمل القانون الأجنبي، فقد يبين مثلا المشرع في قانون الجنسية من يحمل الجنسية الجزائرية دون أن يبين من يحمل جنسية دولة أجنبية¹.

الفرع الثاني: عناصر قاعدة الإسناد:

تتكون قاعدة الإسناد من عنصرين هما الفئة المسندة (أولا) وضابط الإسناد (ثانيا)، ويضيف بعض الفقهاء عنصرا ثالثا هو القانون المسند إليه.

أولا- الفئة المسندة:

إن العلاقات القانونية التي تتضمن عنصرا أجنبيا لا يمكن حصرها، بحيث من المستحيل وضع قاعدة إسناد خاصة بكل واحدة منها، ولذلك عمد المشرع إلى تقسيمها إلى مجموعات تضم كل منها المسائل القانونية المتقاربة والمتشابهة، وتسمى الفئات المسندة وأخضعها لنفس القانون².

¹ عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 350.

² سامي بديع منصور، نصري انطوان دياب وعبد جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع الاختصاص التشريعي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 235.

فالعنصر الأول في بنية قاعدة الإسناد هو مجموعة المسائل القانونية التي تعنى قاعدة الإسناد بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها والتي تسمى الفئة المسندة¹، فمثلا الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة طبقا لنص المادة 18 ق.م.ج. إذن، الإلتزامات التعاقدية تعتبر فئة مسندة تتضمن كل أنواع الإلتزامات التي تنشأ عن العقود (عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الوديعة،... الخ). وعليه إذا عرض على القاضي نزاع يشتمل على عنصر أجنبي، فأول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة المسندة التي يندرج ضمنها موضوع النزاع ليصل إلى القانون الواجب التطبيق عليه.

ثانيا- ضابط الإسناد:

هو العنصر الثاني المكون لقاعدة الإسناد، والمكمل لدور الفئة المسندة في عملية الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهو يقوم على معيار مجرد، أي لا يسمى قانون دولة معينة.²

ويمكن تعريفه بأنه أداة تربط بين الفئة المسندة والقانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع،³ وهو إما أن يكون مستمدا من أطراف العلاقة القانونية كالجنسية والموطن ومحل الإقامة والإرادة المشتركة لهما أو محلها كموقع المال أو مكان التنفيذ، أو من سببها كمحل إبرام العقد ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع.⁴

مثال : الأهلية تخضع لقانون الجنسية طبقا لنص المادة 10 ق.م.ج.

- الأهلية فئة مسندة.

- الجنسية ضابط إسناد.

- قانون جنسية الشخص هو القانون الواجب التطبيق (القانون المسند إليه).

الفرع الثالث: خصائص قواعد الإسناد:

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 580.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 582.

³ اعراب يلقاسم، مرجع سابق، ص 68.

⁴ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 582.

تتميز قواعد الإسناد بثلاث خصائص مهمة جدا تميزها عن باقي قواعد القانون الدولي الخاص التي تعتبر قواعدا مادية، وهي أنها قواعد غير مباشرة(أولا) ومزدوجة (ثانيا) ومحايدة(ثالثا).

أولا- قواعد الإسناد غير مباشرة:

بمعنى أنها لا تحل النزاع وإنما ترشد القاضي إلى القانون الذي سيحل النزاع، وهذا على عكس القواعد الموضوعية التي تحل النزاع مثلا: (قواعد قانون الأسرة، القانون التجاري)، فهي قواعد مرشدة للقانون الواجب التطبيق وليست قواعد مادية جاهزة للتطبيق على النزاع، أي أنها قاعدة انتقاء للقانون المختص، وليست قاعدة حل مباشرة.¹ فمثلا المادة 10 ق.م التي تنص على خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص لا تحدد شروط اكتمال أهلية الشخص، وإنما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع وهو الذي يتضمن هذه الشروط.

ثانيا-قواعد الإسناد مزدوجة:

بمعنى أنها تعطي الاختصاص للقانون الوطني أو الأجنبي وذلك حسب طبيعة النزاع المعروض، فمثلا: طبقا لقاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية إلى قانون بلد الإبرام المنصوص عليها في المادة 19 ق.م.ج. فإن العقد المبرم في الجزائر يخضع للقانون الجزائري، والعقد المبرم في دولة أجنبية يخضع للقانون الأجنبي.²

في حين أن المادة 10 قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 05-10 كانت قاعدة أحادية حيث تحدد القانون الواجب التطبيق على حالة وأهلية الجزائريين ولكنها لا تحدد القانون الواجب التطبيق على حالة وأهلية الأجانب.³

¹ المرجع نفسه، ص 588.

² تنص المادة 10 ق.م.ج. قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 05-10: "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية".

³ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص155.

ثالثا-قواعد الإسناد قواعد محايدة:

عندما يعمل القاضي قاعدة الإسناد، فإنه لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع، لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع، وهذا القانون قد يكون قانونه، وقد يكون قانونا أجنبيا¹.

إن قواعد الإسناد بوصفها قواعد غير مباشرة تتسم بطابع شكلي، حيث يقتصر دورها على تحديد القانون الأقرب صلة بالمركز القانوني من وجهة نظر المشرع الوطنية وذلك بصرف النظر عن مضمون هذا القانون أو آثار تطبيقه، فقواعد الإسناد تهدف إلى تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص وليس العدالة المادية².

المطلب الثاني: أنواع الإسناد

الأصل أن كل قاعدة إسناد تتضمن ضابط إسناد واحد يشير إلى القانون الواجب التطبيق لكن هناك بعض قواعد الإسناد تتضمن أكثر من ضابط إسناد، وبالتالي تشير إلى تطبيق أكثر من قانون (فرع أول) كما قد يحدث أن تشير قاعدة الإسناد إلى قانون تتعدد فيه التشريعات، مما يقتضي تحديد أي قانون من بينها هو الواجب التطبيق (فرع ثان).

الفرع الأول: الإسناد إلى أكثر من قانون

تنص المادة 19 ق.م.ج. "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".

يتضح من نص هذه المادة أنه توجد أربع ضوابط إسناد اختيارية ويجوز للقاضي تطبيق أي واحد منها. أما المادة 18 ق.م.ج. فتتص: " يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص73.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 592-593.

يتضح من نص هذه المادة أنه يوجد ضابط إسناد أصلي يلتزم القاضي بالرجوع إليه أولاً وهو إرادة المتعاقدين (أي القانون المختار من طرف المتعاقدين) وإذا تعذر إعمال هذا الضابط يعود إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية وهي الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أما إذا لم يكن للمتعاقدین جنسية مشتركة ولا موطن مشترك، فإنه يرجع إلى ضابط الإسناد الاحتياطي الأخير وهو بلد الإبرام.

الفرع الثاني-الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات

قد تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون دولة تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليمياً (مثل الو.م.أ) أو تعددا شخصياً (أي طائفاً مثل لبنان ومصر)، في مثل هذه الحالة فإنه طبقاً لنص المادة 23 ق.م.ج. فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يحدد أي تشريع سيطبق، أما إذا لم يرد نص في هذا الشأن فإنه:

- يطبق قانون عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي.
- يطبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الشخصي.

المبحث الثالث: الإحالة

يتضمن قانون كل دولة إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع، قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق على نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، ويثور نتيجة لذلك تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي، وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ويأخذ هذا التنازع صورتين إما تنازع إيجابي أو تنازع سلبي.¹

التنازع الإيجابي ومؤداه أن تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الوطني، وتقضي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي باختصاص القانون الأجنبي.² إن هذه الصورة من التنازع لا تثير أي إشكال، ويتم حلها عن طريق الاختصاص القضائي،

¹ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 96.

² مثال: أهلية إنجليزي متوطن في إنجلترا. بما أن قاعدة الإسناد الجزائرية تخضع الأهلية إلى قانون جنسية الشخص وبالتالي يطبق القانون الجزائري. أما قاعدة الإسناد الإنجليزية فتخضع الأهلية إلى قانون موطن الشخص وبالتالي يطبق القانون الإنجليزي.

أي أن كل قاض يعرض عليه النزاع يطبق قاعدة الإسناد في قانونه¹، أي في هذا المثال لو أن النزاع عرض على القاضي الجزائري فإن عليه تطبيق قاعدة الإسناد الجزائرية التي تعطي الاختصاص للقانون الجزائري. ولو أن النزاع عرض على القاضي الانجليزي فإن هذا الأخير يطبق قاعدة الإسناد الانجليزية التي تعطي الاختصاص للقانون الانجليزي.

أما التنازع السلبي فيثور عندما تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي، وتقضي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي باختصاص قانون آخر .

مثال: أهلية انجليزي متوطن في الجزائر.

بما أن قاعدة الإسناد الجزائرية تقضي باختصاص قانون جنسية الشخص أي القانون الانجليزي. وقاعدة الإسناد الانجليزية تقضي باختصاص قانون موطن الشخص أي القانون الجزائري. فإن هذا النوع من التنازع يثير المشكلة التالية : لو أن هذه القضية عرضت على القاضي الجزائري فهل يطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص (القانون الانجليزي في هذا المثال)، أم عليه أن يرجع أولاً إلى قواعد الإسناد في هذا الأخير، وينظر لمن تعطي الاختصاص. إن هذا المشكل في فقه القانون الدولي الخاص يسمى مشكلة الإحالة. والبت فيها أمر جوهري لأنه يتوقف الحل النهائي للنزاع على الموقف المتخذ منها.²

المطلب الأول: مفهوم الإحالة

هي آلية لحل التنازع السلبي بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، ومؤداها أن يطبق القاضي القانون الذي تقضي باختصاصه قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص مبدئياً، حسب قاعدة الإسناد الوطنية، أي أن القاضي ينظر في قاعدة الإسناد الأجنبية، ويطبق القانون الذي تقضي باختصاصه. ويرجع الأساس التاريخي لنظرية الإحالة إلى قضية

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، 97.

² غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية - دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2005، ص122؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص11.

فورقو Forgo التي عرضت على القضاء الفرنسي الذي يعتبر أول من أخذ بها دون أن يصرح بذلك (فرع أول) ويختلف نوع الإحالة بالنظر إلى القانون الذي تمت الإحالة إليه فإذا تمت الإحالة إلى قانون القاضي تسمى بالإحالة من الدرجة الأولى، وإذا تمت الإحالة إلى قانون أجنبي آخر سميت بالإحالة من الدرجة الثانية (فرع ثان).

الفرع الأول: الأساس التاريخي للإحالة (قضية فورقو)

فورقو ولد غير شرعي ولد في اوائل القرن 19 بإقليم بافاريا ونزحت به أمه وهو طفل في الخامسة من العمر إلى فرنسا وأقاما هناك إقامة فعلية دو أن يتخذا لهما موطننا قانونيا في فرنسا، إذ كان القانون الفرنسي آنذاك يشترط للتوطن القانوني الحصول على تصريح بالتوطن ولم يسعى فورقو ولا أمه للحصول عليه. وعندما بلغ فورقو 68 سنة توفي تاركا أموالا منقولة ولم يترك ورثة مباشرين (أم، أب، أولاد، إخوة، زوجة).

استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة التي تركها باعتبارها تركة بلا ورثة فتثار نزاع بينها وبين حواشي فورقو (أقاربه من أمه)، إذ طالبوا بحقهم في الميراث مستنديين إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي بين الولد الشرعي وغير الشرعي في الميراث، فقضت محكمة استئناف PAU برفض طلبهم مستندة إلى أن فورقو كان متوطنا في فرنسا وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته المنقولة القانون الفرنسي والذي يقضي بأنه لا حق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه أو لإخوته.

طعن وورثته فورقو في الحكم أمام محكمة النقض فنقضت هذا الحكم في 1875/05/15 على أساس أن فورقو لم يكن متوطنا في فرنسا لأنه لم يحصل على الترخيص بالتوطن فيها، وبالتالي فبفاريا هي موطنه القانوني وقانونها هو الذي يجب أن يطبق على ميراثه، فأحالت بذلك محكمة النقض القضية أمام محكمة استئناف بوردو، فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي. طعننت مصلحة أملاك الدولة في الحكم أمام محكمة النقض، فنقضت هذه

الأخيرة هذا الحكم في قرار لها صادر بتاريخ 24 جوان 1878¹، على أساس أنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، والتي تسند الاختصاص لقانون الموطن الفعلي مما يجعل القانون الفرنسي مختصا. وأحالت بالتالي القضية إلى محكمة استئناف تولوز فقضت بما رأته محكمة النقض في 22 ماي 1880 فيتضح من ذلك أن محكمة النقض قد قالت بتطبيق قاعدة الإسناد في القانون البافاري الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي، فتكون بذلك قد أخذت بفكرة الإحالة، وإن لم تستعمل هذا الإصطلاح من حكمها كما أن نوع الإحالة التي أخذت بها هي الإحالة من الدرجة الأولى؛ ثم توالى أحكام القضاء الفرنسي آخذة بالإحالة.²

الفرع الثاني: أنواع الإحالة

هناك نوعين من الإحالة، إحالة من الدرجة الأولى (أولا) وإحالة من الدرجة الثانية (ثانيا).³

أولا- الإحالة من الدرجة الأولى: ويطلق عليها الفقهاء العرب أيضا اسم الرد أو الإرجاع.³ ونكون بصدد الإحالة من الدرجة الأولى عندما تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي، وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي تحيل الاختصاص إلى قانون القاضي.⁴

مثال: نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر معروض أمام القاضي الجزائري.

¹ Cour de cassation (Ch.civ), Forgo c/Administration des domaines, 22fevrier1882, in BERTRAND Ancel, YVE Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op.cit, pp.60-62.

² ذكرت في العديد من كتب القانون الدولي الخاص مثل:

-YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit,p.256.

-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص19.

-هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ص 265-266.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص640.

⁴ دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص95.

إن القاضي الجزائري يطبق قاعدة الإسناد الجزائرية (المادة 10 ق.م.ج.) التي تقضي باختصاص قانون جنسية الشخص، أي القانون الانجليزي. وعندما ينظر في قاعدة الإسناد الانجليزية يجدها تقضي باختصاص قانون موطن الشخص، وهو القانون الجزائري. إذن في هذا المثال يطبق القاضي الجزائري القانون الجزائري الذي تمت الإحالة إليه من القانون الانجليزي.

ثانيا-الإحالة من الدرجة الثانية:

ومؤداها أن تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي، وتقضي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي باختصاص قانون أجنبي آخر. وهذا النوع من الإحالة بخلاف الأول نتاج متابعة فقهية امعنت النظر في حيثيات الحكم الصادر في قضية فورقو حيث جاء فيها: "وجوب الأخذ بالإحالة التي يقرها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي كما هو الشأن في الحالة محل البحث".

وهذا ما دفع القاضي لاحقا الى القبول بالإحالة من الدرجة الثانية، حيث لاحظ باتيفول انه رغم أن الحكم يتعلق بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي، أي القبول بالاحالة إلى قانون ثالث وهذا ما تفصح عنه دون عناء مفردات الحكم المذكور.¹

حسب نص المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج، فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من القانون الأجنبي المختص إلى القانون الجزائري (مثال أهلية انجليزي متوطن في الجزائر)، لكن لو تعلق النزاع مثلا بأهلية انجليزي متوطن في إيطاليا فإن القاضي الجزائري يطبق قاعدة الإسناد الجزائرية التي تقضي باختصاص قانون جنسية الشخص أي القانون الانجليزي، وبالتالي يطبق القواعد الموضوعية في القانون الانجليزي، ولا يستشير قاعدة الإسناد الانجليزية لأن هذه الأخيرة ستحيل الاختصاص إلى قانون موطن الشخص، وهو القانون الإيطالي وهذه إحالة من الدرجة الثانية، لا يأخذ بها المشرع الجزائري.²

¹ نقلا عن سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 642.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 696.

المطلب الثاني: موقف الفقه من الإحالة

لقد أثار موضوع الإحالة اهتمام الفقهاء وانقسموا بشأنها إلى اتجاهين بين مناصر لها (فرع أول) ورافض لها (فرع ثان)، ولكل منهما حججه في ذلك.

الفرع الأول-حجج مناصري الإحالة

1- يرى أنصار الإحالة أنه عندما تنص قاعدة الإسناد في قانون القاضي على اختصاص القانون الأجنبي، فإنه يجب احترام هذا القانون باعتباره ككل لا يتجزأ، وهذا ما يستدعي الرجوع إلى قواعد الإسناد فيه وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه.¹

2- من غير المعقول تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، في الحالة التي لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه.²

3- عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون تتعدد فيه التشريعات، فإن القاضي سيجد صعوبة في معرفة القواعد الموضوعية التي تحل النزاع، لكنه إذا قبل الإحالة من هذا القانون إلى قانونه هو، فإنه سيتخلص من هذا الإشكال.

4- إن في الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، لأن هذا الحكم يكون قد طبق القانون الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي.³

5- إن إسناد الاختصاص للقانون الأجنبي لا يعني نسب الاختصاص الفعلي له، بل إنه عرض يمكن رفضه من طرف المشرع الأجنبي، لأنه هو الذي يحدد سيادة ونطاق تطبيق قانونه.

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 645؛ هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 93.

² اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 103.

³ الدح عبد المالك، "الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة ام حل)"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 8، العدد 4، 2015، ص 151.

6- الإحالة وسيلة لتوحيد الحلول فمثلا مسألة أهلية انجليزي متوطن في الجزائر، القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الجزائري، سواء عرض النزاع على القضاء الجزائري، أو القضاء الإنجليزي.

الفرع الثاني - حجج معارضي الإحالة

1- إن الهدف من وجود قواعد الإسناد هو حل مشكل تنازع القوانين، وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، والذي قد يكون قانونا أجنبيا، لكن استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي معناه حل مشكل تنازع القوانين مرتين، وهذا أمر غير مستساغ¹.

2- إن الأخذ بالقانون الأجنبي ككل حسب رأي أنصار الإحالة يقتضي أيضا الأخذ بقانون القاضي ككل، وعليه عندما تحيل قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص إلى قانون القاضي، فإنه يجب الرجوع أولا إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، وهذه الأخيرة تعيد الاختصاص إلى القانون الأجنبي وهكذا، مما يؤدي بنا إلى حلقة مفرغة².

3- إن الأخذ بالإحالة فيه مساس بسيادة الدولة لأنها تؤدي إلى امتثال القاضي الوطني، إلى ما يمليه المشرع الأجنبي.

4- ردا على حجة ضمان تنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المختص قانونها، وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، فإنه ليس بالضرورة أن الحكم سينفذ في هذه الدولة، كما أنه ليست جميع الدول تشترط لتنفيذ الحكم، أن يكون صادرا وفق ما تقضي به قواعد الإسناد في قانونها.

5- ردا على حجة "توحيد الحلول" فإن ذلك لا يتحقق إلا إذا أخذت إحدى الدول بالإحالة والأخرى لم تأخذ بها.

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 104.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 649.

المطلب الثالث: أساس الإحالة:

حاول الفقهاء الفرنسيين تبرير الحل الذي وصل إليه القضاء الفرنسي في قضية فورقو على أسس مختلفة كالتفويض (فرع أول) أو وجود قاعدة إسناد احتياطية (فرع ثان) أو على أساس فكرة الإقليمية (فرع ثالث) أو على أساس التنسيق بين قواعد الإسناد (فرع رابع).

الفرع الأول: الإحالة تفويض

عندما تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاص قانون أجنبي معين فإنها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في هذا القانون، وإنما تفوض المشرع الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع والذي قد يكون قانونه أو قانون القاضي أو قانونا أجنبيا آخر.¹

ويلاحظ أن أهم نقدين وجها إلى نظرية الإحالة يتعلقان بهذا الأساس.

النقد الأول: هو أنه هناك تنازل عن السيادة لما يكون القانون الأجنبي هو الذي يناط به أمر توزيع الاختصاص التشريعي، لأنه يؤدي إلى التوسيع في حدود اختصاص قانون القاضي.

والنقد الثاني: هو أنه يؤدي إلى حلقه مفرغة وذلك لما يكون كل قانون له علاقة بالنزاع يرفض الاختصاص المخول له ويحيله إلى قانون آخر.²

الفرع الثاني: الإحالة حل احتياطي

تعود هذه النظرية للفقهاء لوروبور بيجونيير (LEREBOURS- PIGEONNIERT) الذي لم يحاول تبرير الإحالة وإنما تبرير بعض نتائجها.

حسب هذا الفقيه، عندما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي وجب حينئذ تعيين قانون آخر هو الواجب التطبيق، وقانون

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 111.

² اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 111.

القاضي هو الذي يقوم بهذا التعيين لأن القاضي الوطني لا يمكن أن يتبع إلا نظامه القانوني المتعلق بحل تنازع القوانين. لكن كيف يمكن للقاضي أن يعين هذا القانون؟¹

للإجابة عن هذا السؤال يقول الفقيه بيجونيار بأنه يوجد في قانون القاضي إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية، قاعدة إسناد احتياطية تنص على أنه إذا حددت قاعدة التنازع الأصلية قانوناً أجنبياً لحكم النزاع، وعرض الاختصاص على هذا القانون ورفضه، فإن الاختصاص بحكم النزاع يترد مرة أخرى إلى قانون القاضي.²

ولقد أراد بيجونيار بابتداعه ما يسمّى بقاعدة الإسناد الاحتياطية أن يتجنب ما وجه إلى الإحالة من نقد، يتمثل في كونها تؤدي إلى امتثال القاضي الوطني لأوامر المشرع الأجنبي، وهو أمر فيه مساس بسيادة الدولة، لأنه في هذه الحالة القاضي يطبق قانونه بناء على ما تنص عليه قاعدة الإسناد الاحتياطية الوطنية، وليس قاعدة الإسناد الأجنبية.

فيكون بذلك قد وقف فقط عند رفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له من طرف قواعد الإسناد في قانون القاضي، دون أن يتجاوزها إلى تطبيق القانون الذي يشير هذا القانون الأجنبي باختصاصه، وهكذا بواسطة قاعدة الإسناد الاحتياطية يبقى القاضي مؤتمراً بأوامر مشرعه.³

وأهم نقد وجه لهذه النظرية أنها تقوم على أساس افتراضي وهمي، إذ لا يوجد أي دليل على أن المشرع قد وضع إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية قاعدة إسناد احتياطية.⁴

الفرع الثالث: تبرير الإحالة على أساس فكرة الإقليمية

حاول الأستاذ **Niboyet** إيجاد مبرر للنتائج التي توصل إليها القضاء الفرنسي في قضية فورفو، إستناداً إلى مبدأ إقليمية القوانين، حيث يرى أنه في حالة رفض القانون الأجنبي

¹ المرجع نفسه، ص 112.

² هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 97.

³ المرجع نفسه.

⁴ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 46.

للاختصاص المخول له يبقى حينئذ النزاع بدون قانون يحكمه، ولما كان الأصل في القوانين عند هذا الفقيه هو الإقليمية وأن تطبيق القانون الأجنبي ليس إلا من باب الإستثناء، تعين حينئذ تطبيق على النزاع قانون القاضي¹.

وما يمكن ملاحظته هو أن هذه النظرية تبرر فقط نتيجة الإحالة من الدرجة الأولى. وقد انتقدت هذه النظرية على أساس مبالغتها في عقد الاختصاص لقانون القاضي لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له على الرغم من أنه قد يكون النزاع المطروح، لا يرتبط بقانون القاضي إلا برباط جد ضعيف هو رباط الاختصاص القضائي².

الفرع الرابع: تبرير الإحالة استنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد

يحاول الأستاذ باتيفول صاحب هذه النظرية تبرير الإحالة استنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد التنازع الفرنسية وقواعد التنازع الأجنبية، فالعلاقات القانونية الخاضعة للقانون الدولي الخاص مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر، وهذه الوضعية تفرض على المشرع لما يضع قاعدة التنازع في قانونه أن يسعى إلى تحقيق التنسيق بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية ولا يمكن أن يتم هذا التنسيق بالإكتفاء بالرجوع فقط إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، وإنما ينبغي الرجوع كذلك إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه، ولا ينبغي أن نعتبر الرجوع إلى قواعد التنازع الأجنبية وتطبيق ما تقضي به تركا لقاعدة الإسناد الوطنية وامتنالا لأوامر المشرع الأجنبي³.

ذلك أن قاعدة التنازع الأجنبية لم يتم إعمالها بصفة عفوية وإنما بناء على إرادة المشرع الوطني أصلا.

ويلاحظ الأستاذ باتيفول أن فكرة التنسيق هذه ليست كلمة تقال وإنما حقيقة ملموسة بشكل فعلي عندما تشير قواعد الاسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع،

¹ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 46.

² هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 100.

³ قتال حمزة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص ص 165-

حيث يجب استشارة قاعدة الإسناد الأجنبية فلماذا لا نعمل نفس الشيء مع قوانين الدول الأخرى.

وقد أخذ على هذه النظرية عدم توضيحها لماذا التوقف عند الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، وتطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون، في حين أن قواعد إسناده ترفض الاختصاص¹.

المطلب الرابع: نطاق الإحالة

يتحدد نطاق الإحالة من خلال حالات الأخذ بها (فرع أول) وحالات استبعادها (فرع ثان)

الفرع الأول: حالات الأخذ بالإحالة

اختلف الفقهاء المؤيدين للإحالة حول نطاق تطبيقها، فجانبا منهم، يرى وجوب الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، أي الإحالة إلى قانون القاضي، واستندوا في ذلك إلى نفس الاعتبارات التي استند إليها القضاء الفرنسي، وهي التحيز لقانون القاضي والنظر إليه على أنه عدل القوانين المتنازعة إضافة إلى الاعتبارات العملية وصعوبة البحث عن القانون الأجنبي².

إلى جانب هذا الاتجاه هناك اتجاه آخر أيد الإحالة بنوعيتها: أي الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية، لتفادي الانتقاد الموجه للإحالة والمتمثل في كون أن استشارة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي قد تؤدي إلى إحالة الاختصاص إلى قانون آخر، واستشارة قاعدة الإسناد في هذا الأخير قد تؤدي إلى إحالة الاختصاص إلى قانون آخر قد يكون قانونا سبقت الإشارة إليه، مما يوقعنا في حلقة مفرغة.

¹ هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص103.

² المرجع نفسه، ص108 .

بينما يرى اتجاه ثالث الأخذ بالإحالة أيا كان نوعها متى كان تطبيقها يحقق العدالة، وهذا ما يسميه الفقه الألماني بالدور الانتقائي للإحالة. ويعيب هذا الرأي أنه يترك سلطة تقديرية للقاضي مطلقة في الأخذ بالإحالة من عدمه.¹

الفرع الثاني: حالات استبعاد الإحالة

لقد اختلفت الدول التي تأخذ بالإحالة فيما بينها حول نطاق أعمالها، هناك من تأخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى، وهناك من تأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى والثانية، ومع ذلك من المتفق عليه فقها وقضاء استبعاد الإحالة في حالتين هما: خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين (فرع أول) وخضوع شكل العقد إلى قانون بلد الإبرام (فرع ثان).

أولاً: حالة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين

عندما تنص قاعدة الإسناد في قانون القاضي على خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، فإنه يجب تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، دون الرجوع إلى قواعد الإسناد فيه التي قد تحيلنا إلى قانون آخر لم يختره المتعاقدين، لأن هذا فيه تجاهل لإرادتهما التي تعتبر ضابطاً للإسناد في الالتزامات التعاقدية.²

مثال: تعاقّد فرنسي مع بلجيكي واتفقا على تطبيق القانون الإيطالي على عقدهما ففي حالة حدوث نزاع بينهما، فإنه يجب على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون الإيطالي المتفق عليه احتراماً لإرادة المتعاقدين، لكن لو أخذ بالإحالة فمعناه أنه يجب أن يستشير قاعدة الإسناد الإيطالية التي قد تحيله إلى قانون آخر لم يختره المتعاقدين، وهذا أمر غير مقبول، لأن فيه تجاهل لضابط الإرادة الذي وضعه المشرع لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فالإحالة إذن لا يجب أن تؤثر في هذه الإرادة أو تؤدي إلى تجاوزها.³

¹ هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 108-109.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 655.

³ المرجع نفسه، ص 655.

ثانيا- حالة خضوع شكل العقد إلى قانون بلد الإبرام

عندما تنص قاعدة إسناد في قانون القاضي على خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه، فإنه يجب تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون، دون الرجوع إلى قاعدة الإسناد التي قد تحيلنا إلى قانون آخر، قد يقضي ببطلان عقد أبرم بشكل صحيح وفقا لقانون بلد الإبرام وهذا فيه إضرار بمصالح المتعاقدين.

الفصل الثالث

تطبيق القانون الأجنبي

قد تشير قاعدة الإسناد باختصاص قانون القاضي، وقد تشير باختصاص قانون أجنبي. وعلى خلاف تطبيق القانون الوطني الذي لا يثير اشكالا بالنسبة للقاضي الوطني، فإن القانون الأجنبي يثير عدة اشكالات في التطبيق (مبحث أول) كما ان هناك حالات يقوم القاضي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم كونه مختصا وفقا لقواعد الاسناد في قانونه (مبحث ثان).

المبحث الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي

يثير تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي عدة مشاكل أهمها أساس تطبيق القاضي الوطني لقانون صادر عن سلطة أجنبية ليس لها حق في إصدار الأوامر له (مطلب أول) وعبء اثباته (مطلب ثان) والالتزام بتفسيره (مطلب ثالث).

المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي

حاول الفقهاء إيجاد أساس لالتزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي كفكرة المجاملة الدولية (فرع أول) ونظرية الحقوق المكتسبة (فرع ثان) ونظرية التفويض (فرع ثالث) ونظرية الاستقبال والاستيعاب (فرع رابع) واعتبار القانون الاجنبي كواقعة (فرع خامس).

الفرع الأول: نظرية المجاملة الدولية

حسب أنصار هذه النظرية التي سادت في هولندا، فإن تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس المجاملة الدولية، إن هذه الفكرة يكتنفها غموض كبير، ففكرة المجاملة تعني ان تطبيق القانون الأجنبي منوط بالسلطة التقديرية للقاضي حسبما تقتضيه مصلحة دولة القاضي وفي ذلك إضرار بمصالح الأفراد¹.

يرى عز الدين عبد الله أن الفهم الصحيح لفكرة المجاملة الدولية هو أن المشرع حر في السماح بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه، ومتى قيل بذلك يكون القضاء ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي وعليه فإن فكرة المجاملة الدولية تظهر في مرحلة وضع قاعدة التنازع وليس مرحلة تطبيقها²، ونظراً لسوء تفسير هذه النظرية من طرف البعض تم هجرها³.

الفرع الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة

سادت في البلاد الأنجلوساكسونية، ويرى فقهاء هذه المدرسة أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في إقليم دولته احتراماً للحق المكتسب، فلا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطاته⁴. وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها غير شاملة إذ أنها لا تعطي لنا تفسيراً لتطبيق القانون الأجنبي، قد يكون أيضاً في مرحلة نشوء الحق وهو الفرض الغالب مثل حالات الزواج أو الطلاق أو إثبات البنوة، إضافة إلى ذلك فإن الأخذ بهذه النظرية يقصر فقط مهمة القاضي في التحقيق فيما إذا كان الحق قد صار مكتسباً أم لا؟ أي هل الأطراف قد احترمو القانون عند نشوء الحق أم لا، وذلك يجعل القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يبحث القاضي عن وجودها. في حين أن مهمة القاضي هي إنشاء الحق أو الاعتراف بحق وذلك بتطبيق عليه القانون الأجنبي المختص⁵.

الفرع الثالث: نظرية التفويض

¹ اعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص140.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص38.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 134.

⁴ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 140.

⁵ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 141-142.

لقد رأَت طائفة من الفقهاء الفرنسيين والألمان أن القاضي يطبق القانون الأجنبي بمقتضى تفويض من المشرع الأجنبي أمّلته قاعدة الإسناد في قانون القاضي. ولكن اعترض على هذا الرأي بأن التفويض لا يكون إلا لمفوض معين والمفوض هنا غير معين.¹

ولذلك فقد ساد في القضاء الفرنسي والإنجليزي الحديث الرأي القائل باعتبار القانون الأجنبي واقعة وأيدهم في ذلك الفقه والقضاء في أمريكا.

الفرع الرابع: نظرية الاستقبال والاستيعاب

يرى هذا الاتجاه أن القانون الأجنبي يظل محتفظا بطبيعته القانونية داخل حدود الدولة الصادر عنها وخارجها أيضا. فالقانون الأجنبي ليس عنصرا من الواقع بل قانونا بكل معنى الكلمة وإن كان مركزه يتميز عن مركز القانون الوطني.²

ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه نظريتهم على فكرة ان قاعدة الاسناد تدمج القانون الاجنبي في النظام القانوني الوطني ويتحول إلى جزء منه وتسمى هذه النظرية بنظرية الاستقبال، وطبقا لها فمتى أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي، فإن هذه القاعدة تستوعب القانون الأجنبي فيندمج فيها حتى لكأنّ القاضي وهو يطبق القانون الأجنبي إنما يطبق قاعدة التنازع في قانونه هو.³

وقد اختلف الفقهاء الإيطاليون حول طبيعة هذا الاندماج، فبعضهم (مثل أنزي لوتي) قد غالوا لدرجة اعتبار هذا الاندماج مادي ويقصدون بذلك أن القاعدة القانونية الأجنبية تكون محل تأميم حقيقي بحيث أن مضمونها يندمج في النظام القانوني الإيطالي، الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن النظام القانوني الإيطالي يفرز قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية التي عينتها قاعدة الإسناد، وعليه فلما يطبق القاضي الإيطالي القانون الأجنبي فكأنما يطبق قانونه، ولقد انتقد هذا الاتجاه على أساس الاندماج المادي يؤدي إلى خضوع

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 125.

² قتال حمزة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص8.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص699.

تفسير القانون الأجنبي للمفاهيم السائدة في بلد القاضي الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى تشويهها¹.

ولتجنب النقد السابق اتجه الفقيه الإيطالي الحديث "روبير آغو" إلى القول بأن الاندماج المقصود هو الاندماج الشكلي وبمقتضاه تبقى القاعدة القانونية محتفظة بمعناها وبمقوماتها التي تتمتع بها أصلا في بلادها².

غير أن هذا المفهوم الجديد على الرغم من أنه يجعل القاضي الوطني يفسر القانون الأجنبي وفقا للمفاهيم السائدة في البلد الذي صدر فيه إلا أنه تنقصه الواقعية كما أنه وبدرجة أقل يؤدي إلى تأميم القانون الأجنبي.

وقد عيب على هذه النظرية في مجملها بمفهومها المادي أو الشكلي أنها تنزع عن القانون الأجنبي طبيعته الأجنبية لا لشيء إلا لأن قاضيا أجنبيا هو الذي يطبقه³. ولهذه الأسباب فإن الأساس النظري لتطبيق القانون الأجنبي لا يمكن أن نجده سوى في الاختيار الصادر عن قاعدة تنازع قاضي الدعوى، إذ أن لجوء هذه الأخيرة إلى تعيين قانون أجنبي يعود إلى تمركز العلاقة القانونية المبحوثة في الخارج وفقا لمفاهيم قانون قاضي الدعوى .

الفرع الخامس: المدرسة الفرنسية- تطبيق القانون الأجنبي كواقعة

هناك جملة من التوجيهات أقرها القضاء الفرنسي في معاملته للقانون الأجنبي منها:

- الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي ملزم بإثبات مضمونه وإلا طبق القاضي الفرنسي قانونه.

- القاضي لا يملك تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به الطرفان أو على الأقل أحدهما.

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 143.

² Roberto Ago, Teoria Del, Droit international privé, p.11.

نقلا عن اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص143.

³ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص97.

- إن محكمة النفض الفرنسية ترخص بسط رقابتها على التفسير الذي أعطاه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي.

- للخصوم أن يتنازلوا عن تطبيق القانون الأجنبي، فيطبق القاضي حينئذ قانونه.

- بما أن القانون الأجنبي واقعة، فالعذر يجعله مقبولا ولا تطبق قاعدة لا عذر بجهل القانون.¹

ولقد اعترض جانب كبير من الفقهاء على المفهوم الذي ينكر على القانون الأجنبي صفته القانونية مع أنه قانون واجب الاحترام في بلده، كما أنه لا يمكن أن يفقد صفته القانونية إلا لشيء واحد وهو كونه قد طبق من طرف قاضي أجنبي، إضافة لذلك فإن الخصوم هم الذين يعرضون الوقائع على القاضي ليطبق عليها القانون، فإذا طبق عليها القانون الأجنبي يكون بذلك قد طبق واقعة على واقعة وهو ما لا معنى له.²

وحسب الفقيهين "باتيفول و لاقارد" فإن القانون له عنصرين: عنصر عقلي وهو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة، وعنصر أمر تستمد منه القاعدة الزاميتها، ولما يطبق القانون خارج بلاده يفقد عنصره الأمر، ولا يبقى له إلا العنصر العقلي الذي يطبقه القاضي، وهو عبارة عن مجموعة الأحكام التي تشكل مضمونه، وعليه فإن تطبيق العنصر العقلي وحده للقانون الأجنبي يجعله مجرد واقعة وقد اعترض على هذا الرأي أنه يقوم على نقطة بداية، تعدّ في ذاتها خاطئة، فإذا كان صحيحا أن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من العنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد هو أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته.³

المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي

يجهل القاضي في الغالب مضمون القانون الأجنبي سواء في الحالة التي يطبقه فيها من تلقاء نفسه أو في الحالة التي يطبقه فيها بناء على طلب أطراف الخصومة، ويثير هذا

¹ YVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, op.cit, pp. 309-310.

² أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 144-145.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 697.

الجهل بمضمون القانون الأجنبي عدة إشكالات منها تحديد من يقع عليه عبء الإثبات (فرع أول) وكيفية اثباته (فرع ثان).

الفرع الأول: تحديد من يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي

لما تحدثنا عن طبيعة القانون الأجنبي اتضح لنا أن هناك قوانين تعامله معاملة الوقائع، وقوانين تعامله معاملة القانون، وبديهي أن يترتب عن هذا الاختلاف اختلاف في تحديد الجهة التي يقع عليها إثبات مضمونه.¹

فالقوانين التي تعامله معاملة الوقائع تجعل عبء إثبات مضمونه على عاتق الخصوم مثل فرنسا، والقاضي غير مرتبط بما يقدمه له الخصوم من إثبات لمضمون القانون الأجنبي، ومن جهة أخرى فإنه بإمكانه لتكوين اقتناعه اللجوء إلى معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي.²

أما القوانين التي لا تعامل القانون الأجنبي على أنه من قبيل الوقائع فإنها لا تلقي عبء إثباته على الخصوم، بل تلزم القاضي بالبحث عن مضمونه، غير أنها لا تحرمه في سبيل ذلك من الاستعانة بالخصوم، فالقانون الألماني مثلا يمنع المحكمة من التقيد في سبيل تحديد مضمون القانون الأجنبي، بما قام الخصوم ببيانه، ويسمح لها باللجوء إلى كافة وسائل العلم.³

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، وبالرجوع إلى المادة 6/358 ق.إ.م.إ نجد أنها لا تسمح بالطعن بالنقض إلا بسبب مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، وعليه يمكن أن نستخلص أن القوانين الأخرى ما عدا قانون الأسرة، تعتبر بمثابة وقائع.

الفرع الثاني: كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي

يقصد بالإثبات هنا إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي وبيان أحكامه، وهذا يقتضي تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، وتحديد وسائل الإثبات.

¹ هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 141.

² نسرين شريقي وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 99.

³ المرجع نفسه.

بالنسبة للقضاء الفرنسي الذي يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة يتعين على الخصوم إثباته، حيث يرى الاستاذ باتيفول أن الحلول القضائية الفرنسية تعبر عن واقع فعلي هو أن القاضي الوطني حين يعين مضمون قانون أجنبي ومفهومه يقوم بعملية تختلف عما يقوم به إزاء تعيين وتفسير قانونه الوطني¹، فهو لا يبحث عن عما هو أقرب للمنطق والإنصاف والفائدة بل عما هو مقبول في الواقع في البلد الذي يطبق قانونها وتقتصر مهمته في مراقبة هذا القانون من الخارج كما يفعل عالم الاجتماع. وعليه في مثل هذه النظم يتوجب على الخصوم أنفسهم وبالتحديد على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه عبء اثبات مضمونه حتى ولو أثير عرضيا من طرف الخصم الآخر².

ويمكن الرجوع إلى كل وسائل الإثبات المعتمدة في دولة القاضي، وعندما يستحيل على الخصوم أو على القاضي التوصل إلى معرفة الأحكام الحقيقية في القانون الأجنبي، تعددت الحلول التي قدمها الفقه وأهمها:

-امتناع القاضي عن الفصل في النزاع لكن هذا يتناقض مع مبدأ التزام القاضي بالفصل في الدعوى وإلا كان ناكرا للعدالة.

-تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة (صعب التحقيق).

-تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص العام.

أما القضاء الفرنسي فقد أخذ اتجاها عمليا حيث قضت بعض أحكام محكمة النقض برفض طلبات الخصم الذي يقع على عاتقه إثبات مضمون القانون الأجنبي وعجز عن ذلك³.

المطلب الثالث: تفسير القانون الأجنبي

يلتزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي وفق ضوابط معينة (فرع أول) ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض (فرع ثان).

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 710.

² المرجع نفسه.

³ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 453.

الفرع الأول: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي

يرى البعض أن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، فهو يبحث في الحالتين عن نية المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت متحريا بذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي فإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلا أنه غير ملزم بالأخذ بها لأنه إذ يحكم بالعدل فإنما يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسؤوليتها.¹

يرى الفقه الغالب بأن القاضي يتقيد في تفسيره للقانون الأجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها، فيأخذ بالحلول القضائية المستقرة فيها حتى ولو لم يكن القضاء فيها مصدرا رسميا لقواعد القانون²، كما أكد على ذلك القضاء الفرنسي في عدة أحكام. أما إذا لم يكن القانون الأجنبي محلا لأي تفسير ففي هذه الحالة على القاضي الوطني أن يتصدى لتفسيره، ولكن عليه أن يتقيد بالمبادئ والأصول التي كان سيتقيد بها القاضي الأجنبي³.

الفرع الثاني: رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي

جرى القضاء الفرنسي على التفرقة بين الرقابة على أعمال قاعدة الإسناد والرقابة على تفسير القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه، فبينما استقر قضاء المحكمة على نقض الأحكام التي لم تطبق القانون المختص طبقا لقاعدة الإسناد الوطنية على الأقل طالما سبق للخصوم التمسك بهذه القواعد أمام محكمة الموضوع، على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص يشكل خرقا لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقه⁴.

وبالمقابل، رفضت محكمة النقض الفرنسية بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي ويرى بعض الفقهاء أن هناك اعتبارات واقعية هي التي أملت عليها هذا الموقف. فإذا أعطت

¹ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 172.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 717.

³ عبده جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 154.

⁴ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 457.

للقانون الأجنبي التفسير الذي تراه الأصوب، فقد يتعارض ذلك مع التفسير المعطى له في الدولة الأجنبية، وهذا من شأنه أن يفقد أحكامها مصداقيتها¹.

المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

إن أعمال قاعدة الإسناد من طرف القاضي الوطني ينتهي به إلى إسناد الاختصاص للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي، وفي هذا الفرض الأخير قد يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في دولته (مطلب أول) كما يمكن أن يتبين للقاضي أن اختصاص القانون الأجنبي جاء نتيجة لتحاييل الخصوم على القانون المختص أصلا (مطلب ثان) وفي كلتا الحالتين يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، رغم أنه مختص طبقا لقاعدة الإسناد الوطنية وهذا ما تنص عليه المادة 24 ق.م: "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. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

يتضح من نص المادة 24 ق.م.ج. أن القاضي الوطني يستبعد تطبيق القانون الأجنبي التي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه، إذا رأى أنه يخالف النظام العام في دولته، ولهذا يجب تحديد المقصود بفكرة النظام العام (فرع أول) وبيان شروط الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي (فرع ثان) والآثار المترتبة عن أعمال هذا الدفع (فرع ثالث).

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

هو مجموعة من المبادئ والأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في الدولة، ويعتبر فكرة مرنة يصعب تحديدها، لأنها تختلف من دولة لأخرى، كما أنها تتطور من عصر لآخر. وتعود الجذور الأولى لفكرة النظام العام إلى مدرسة الأحوال الإيطالية

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 722.

القديمة، التي فرّقت بين الأحوال المستحسنة التي يمكن تطبيقها داخل كل المدن الإيطالية والأحوال المستهجنة، التي لا يتعدى تطبيقها حدود إقليم المدينة التي وضعتها¹.

وفي القرن 19 استند الفقيه الإيطالي مانشيني إلى فكرة النظام العام كمبرر لتطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً، استثناءً على مبدأ شخصية القوانين الذي كان يناهز به. أما الفقيه الألماني سافيني فإنه أول من تعرض لفكرة النظام العام بمفهومها الحديث، عندما نادى باستبعاد تطبيق قوانين الدول الأجنبية التي ليس لها اشتراك قانوني مع دولة القاضي. وجعل منه الفقه الحديث أساساً قانونياً لاستثناء امتداد القوانين عند من أخذ بهذا المذهب ولتبرير كافة حالات انعقاد الاختصاص لقانون القاضي وتعطيل القانون الأجنبي سواء كان شخصياً ممتداً أو عينياً إقليمياً²، ولقد استقرت تشريعات جميع الدول في العصر الحديث على الأخذ بفكرة النظام العام، كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بما في ذلك التشريع الجزائري³.

وبما أن مفهوم النظام العام يعد مفهوماً نسبياً يختلف من دولة لأخرى، فإنه لا يمكن تحديد الحالات التي يعتبر فيها القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام، وإنما يترك أمر تقدير ذلك للقاضي، لكن هذا لا يعني أنه سيعتمد في ذلك على أهوائه ومعتقداته وقناعاته الشخصية، بل يجب أن يكون موضوعياً ويستند إلى معايير عامة مستوحاة من المبادئ الجوهرية السائدة في دولته⁴.

¹ قتال حمزة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 366؛ دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 134.

² وقد حاول بعض الفقهاء أن يجعلوا من النظام العام قاعدة اسناد استثنائية تحل محل القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة التنازع العادية وجعلوا دوره تدخّلياً ولكنه احتياطياً يتحرك في حالة إزاحة القانون الأجنبي غير أن هذا الاجتهاد غير سديد، ذلك أن النظام العام مجرد من محتوى دقيق وثابت كقواعد الاسناد فضلاً عن أن حصره في قواعد التنازع يؤدي إلى تجميده وتثبيتته بلحظة حدوث الواقعة محل النزاع، مع أن من خصائصه المرونة وقابليته للتغيير والآنية.

انظر: زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 106-107.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص ص 736-737.

⁴ حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 265.

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام

تتمثل شروط الدفع بالنظام العام في مايلي:

1- أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في دولة القاضي.
2- أن تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة للنظام العام، ولا إشكال إذا كان القانون الأجنبي المختص يتصف بعدم العدالة المطلقة بالمفهوم العالمي، أو مخالفا للمثل العليا من القانون الطبيعي، بحيث تصبح أحكام ذلك القانون محل استهجان عالمي، ولكن أحيانا يهدف النظام العام إلى الحفاظ على سياسة تشريعية معينة ومن الأفضل حينئذ ضبط حدود تدخله وبيان سلطة القاضي في تحديده. ولقد استقر العمل على أن تفعيل آلية تنازع القوانين يكون عند اختلاف الأحكام الموضوعية الأجنبية مع مثيلتها الوطنية ولكي يتحقق ذلك يفترض مبدئيا السماح للقانون الأجنبي بالامتداد بيد أن مجرد الاختلاف لا يبرر اللجوء إلى الدفع بالنظام العام تلقائيا وإلا انتقت الحكمة من إقرار نظام التنازع أصلا.¹

في دولة القاضي والسلطة التقديرية في ذلك تعود لهذا الأخير. وبما أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يترتب عنه تعطيل أعمال قاعدة الإسناد الوطنية فالمسألة هنا تتعلق بالقانون ولهذا فهي تخضع لرقابة المحكمة العليا.²

3- العبرة بمخالفة النظام العام السائد وقت رفع الدعوى، وعليه فإذا نشأ حق طبقا لقانون أجنبي مخالفا للنظام العام في قانون القاضي ثم تغير هذا الأخير بحيث أصبح ذلك الحق غير مخالف للنظام العام وقت رفع الدعوى، فإن القاضي لا يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المنشئ لهذا الحق. وتبعاً لذلك يعتد بتغير مقتضيات النظام العام من زمن لآخر في المجتمع. ويترتب على شرط حالية النظام العام، أنه إذا كان الحق الذي نشأ طبقا لقانون أجنبي مختص مخالفا للنظام العام في قانون القاضي عند نشوئه، ثم تغير قانون القاضي

¹ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 300.

² هشام خالد، مرجع سابق، ص 707.

فأصبح ذلك الحق غير مخالف للنظام العام عند النظر في النزاع فلا يعتد القاضي بالمخالفة السابقة للنظام العام عند نشوء الحق¹.

الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام

يترتب على الدفع بالنظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وهذا ما يسمى بالآثر السلبي (أولاً)، وثبوت الاختصاص لقانون القاضي وهذا هو الأثر الإيجابي (ثانياً).

أولاً- الأثر السلبي للدفع بالنظام العام

درج الفقه على تسميته بالآثر الإستبعادي للنظام العام²، والذي يؤدي إلى استبعاد تطبيق قاعدة القانون الأجنبي من حكم النزاع.

إذا نصت قاعدة الإسناد الوطنية على اختصاص قانون أجنبي، واتضح أنه مخالف للنظام العام في قانون القاضي، فإنه يجب استبعاد أحكامه.

أمثلة: استبعاد أحكام القانون الفرنسي التي تسمح بزواج المسلمة بغير المسلم من طرف القاضي الجزائري.

-استبعاد أحكام القانون الجزائري التي تسمح بتعدد الزوجات من طرف القاضي الفرنسي.

ثانياً- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

بعد أن يقوم القاضي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولته، عليه أن يطبق قانوناً آخر على النزاع المعروض عليه. فدور القاضي لا يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي بل إحقاق العدالة عن طريق الوصول إلى حل نهائي للنزاع وتحقيق هذا الهدف يستدعي البحث عن القاعدة البديلة للقاعدة المستبعدة³.

¹ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 301.

² هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 154.

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 751.

ويرى الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء أنه يجب الرجوع إلى قانون القاضي وهذا هو موقف المشرع الجزائري الواضح من نص المادة 24ق.م.ج. فمثلا لو عرض نزاع على القاضي الجزائري يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، وكان القانون الأجنبي المختص يحرم الطلاق فعليه أن يستبعده لمخالفته للنظام العام، ويطبق بدلا منه القانون الجزائري الذي يسمح بالطلاق.

ثالثا- أثر الدفع بالنظام العام بشأن الحقوق المكتسبة في الخارج

من المتفق عليه أن المطالبة بإنشاء حق مخالف للنظام العام في دولة القاضي مصيره الرفض التام، ولكن يثور التساؤل حول ما إذا كان يمكن الدفع بالنظام العام في حالة ما إذا نشأ الحق في دولة أجنبية، وتم الاحتجاج به أمام القاضي الوطني؟ كالتمسك بآثار الزواج الثاني الذي تم في الجزائر أمام القاضي الفرنسي.

لقد درج القضاء على الاعتراف بالآثار المترتبة عن حقوق مكتسبة في الخارج، حتى ولو كان إنشاؤها مخالفا للنظام العام في دولة القاضي. وهذا ما يسمى بالآثر المخفف للنظام العام الذي تقتضيه ضرورة المعاملات الدولية واستقرار المراكز القانونية¹. لكن هذا الحكم ليس عاما لأنه أحيانا يتدخل النظام العام حتى في مواجهة آثار الحقوق المكتسبة في الخارج، مثل عدم جواز تمسك الولد المتبنى بحقه في الميراث أمام القاضي الجزائري، حتى ولو كان التبنّي قد تم في الخارج. والواقع أن مسألة تحديد حالات الأثر المخفف للنظام العام يعود تقديرها لقاضي الموضوع.²

يميز الفقه والقضاء بين دور النظام العام عند إنشاء الحق في بلد ما ودوره عند التمسك بحق اكتسب خارج البلد، ويميل الاتجاه الحديث إلى احترام آثار الحق المكتسب في الخارج بمقتضى القانون الأجنبي المختص، حسبما هو مقرر في قواعد الإسناد الوطنية حتى ولو كان القانون الوطني لا يسمح بإنشاء مثل هذا الحق لتعارضه مع النظام العام.

¹ موخذ إسعاد، مرجع سابق، ص254.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص156.

وتجدر الملاحظة أن الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج ما هو إلا تلطيف لمفعول النظام العام ولا يعني بأي حال استبعادا كليا لفكرة الدفع بالنظام العام ولا يعني بأي حال استبعادا كليا لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الاحوال بالنسبة لأي حق اكتسب في الخارج وعلى هذا فإن هناك حالات أخرى، لم يقبل فيها التمسك بآثار الحق المكتسب في الخارج¹.

المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون

إن بعض ضوابط الإسناد قابلة للتغيير بإرادة الأفراد كالجنسية، الموطن، موقع المنقول... الخ، وعليه قد يعمد الأشخاص إلى تغييرها بهدف الوصول إلى تطبيق قانون آخر، غير القانون المختص بحكم النزاع والذي لا يتوافق مع مصالحهم، كتغيير جنسية الشخص من أجل تغيير القانون الذي يحكم أحواله الشخصية. ويطلق على مثل هذا التصرف الغش نحو القانون والذي يجد أساسه في قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي (فرع أول) ولإعمال الدفع بالغش نحو القانون لا بد من توفر الركن المادي والركن المعنوي (فرع ثان)، ثم تحديد الحالات التي يتم فيها إعماله (فرع ثالث).

الفرع الأول: نشأة نظرية الغش نحو القانون

لقد ارتبط ظهور نظرية الغش نحو القانون بقضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي هي قضية الأميرة دي بوفرومون DeBauffremont، وتتخلص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي دي بوفررمون، فاكتسبت بذلك الجنسية الفرنسية، وعندما أرادت الطلاق من أجل الزواج من الأمير الروماني بيبيسكو Bibesco قامت بالتجنس بالجنسية الألمانية، لأن القانون الفرنسي آنذاك وهو المختص طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية، لا يبيح الطلاق على عكس القانون الألماني. تحصلت السيدة بوفررمون على التطلق وتزوجت بالأمير الروماني وأقامت معه بفرنسا. رفع زوجها السابق دعوى أمام القضاء الفرنسي طالب فيها ببطان التطلق وبالتالي بطلان الزواج الثاني للأميرة².

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص ص 192-193.

² Cour de cassation(ch.civ), Princesse de Bauffremont c/ Prince de Bauffremont, 18 mars 1878, in BERTRAND Ancel, YVE Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2006, p p.47-48.

أصدرت المحكمة حكماً لصالح الزوج الأول واستندت في ذلك على فكرة الغش نحو القانون، إذ أن تغيير السيدة بوفرمون لجنسيتها كان بهدف التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي يمنع الطلاق، ونتيجة لذلك فإن تطليقها من زوجها الأول وزواجها الثاني اللذين تما استناداً للقانون الألماني، ليس لهما أي أثر قانوني في فرنسا¹، ويبقى زواجها الأول قائماً، وابتداءً من هذه القضية تبلورت نظرية الغش نحو القانون.²

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

لإعمال الدفع بالغش نحو القانون يشترط توافر الركن المادي (أولاً) والركن المعنوي (ثانياً).

أولاً- الركن المادي:

يتمثل في التغيير الإرادي لضابط الإسناد، ومن بين الضوابط القابلة للتغيير بإرادة الشخص، الجنسية كما رأينا في قضية الأميرة دي بوفرمون، والموطن بالنسبة للقوانين التي تستعمله كضابط إسناد للأحوال الشخصية، وكذلك موقع المال بالنسبة للمنقولات، أما موقع العقار فلا يمكن تغييره لأنه لا يتوقف على إرادة الأشخاص.³

كما قد يتحايل أطراف العلاقة القانونية على قواعد الإسناد الوطنية من خلال تضمين علاقتهم عنصراً أجنبياً مصطنعاً، كأن ينتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية لإبرام تصرف قانوني فيها بغرض الهرب من أحكام القانون الوطني الذي لا يخدم مصالحهما الشخصية.

¹ Cour de cassation(ch.civ), Princesse de Bauffremont c/ Prince de Bauffremont,18 mars1878, in BERTRAND Ancel, YVE Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,op-cit, pp.48-49.

² دغيش أحمد، "الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 2، 2017، ص77.

³ BERTRAND Ancel, YVE Lequette, op.cit,p.51.

يتمثل في نية الغش نحو القانون المختص، وتتنحصر نية الغش في إخراج العلاقة القانونية من اختصاص قانون لقانون آخر¹، إذ أن مجرد تغيير ضابط الإسناد (تغيير الجنسية أو الموطن مثلا) لا يعتبر في حد ذاته مبررا للدفع بالغش نحو القانون، لأنه يعتبر عملا مشروعاً وهو حق للشخص، ولهذا يجب أن يقترن الركن المادي بركن معنوي، هو توافر نية التحايل والتمثلة في التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً. والبحث عن نية الغش يعتبر مسألة تقديرية يستخلصها القاضي من وقائع وملابسات القضية المطروحة أمامه².

الفرع الثالث: نطاق الدفع بالغش نحو القانون

لقد استقر القضاء الفرنسي في أحكامه الأولى على إعمال نظرية الغش نحو القانون فقط في الحالات التي يتم فيها التحايل على أحكام قانون القاضي (القانون الفرنسي)، ولقد أيد العديد من الفقهاء الفرنسيين هذا الموقف على أساس أن التهرب من أحكام قانون القاضي، هو الذي يمس بمصالح دولة هذا الأخير، وبالتالي يبرر إعمال الدفع بالغش. أما القانون الأجنبي فالقاضي غير ملزم بحماية أحكامه. غير أن الفقه الحديث انتقد هذا الاتجاه ونادى بإعمال الدفع بالغش نحو قانون القاضي والقانون الأجنبي على السواء، وأسسوا موقفهم على أنه يجب محاربة الغش بجميع صورته، وتحت تأثير هذا الاتجاه الحديث غير القضاء الفرنسي موقفه، حيث يتضح من أحكامه الأخيرة أنه طبق نظرية الغش نحو القانون، حتى في الحالات التي يراد فيها التهرب من أحكام القانون الأجنبي المختص³.

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص203.

² BERTRAND Ancel, YVE Lequette, op.cit, pp.54-55.

³ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ص216-218.

الباب الثاني

تطبيقات قواعد الإسناد الجزائرية على المسائل القانونية المختلفة

تم النص على قواعد الإسناد الجزائرية التي تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ضمن أحكام القانون المدني (تنازع القوانين من حيث المكان) ويمكن تقسيم هذه المسائل القانونية إلى فئات مسندة تخضع كل منها إلى قانون معين، وهي فئة الأحوال الشخصية (فصل أول) وفئة الأحوال العينية (فصل ثان) وفئة الالتزامات التي بدورها تنقسم إلى التزامات تعاقدية و التزامات غير تعاقدية (فصل ثالث).

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

الأحوال الشخصية هي جميع المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي يحكمها القانون الشخصي، ولقد اختلفت الدول فيما بينها حول المقصود بهذا القانون، فبعضها يقصد به قانون الموطن مثل إنجلترا وأمريكا، والبعض الآخر يقصد به قانون الجنسية مثل أغلب الدول الأوروبية والدول العربية.

أما الفقه فبعضه يرجح ضابط الموطن والبعض الآخر يرجح ضابط الجنسية ولكل حججه في ذلك، وإن كان هذا الأخير تواجهه صعوبات في التطبيق بالنسبة للأشخاص عديمي الجنسية ومتعددي الجنسية (مبحث أول) وبالرجوع إلى المادة 10 ق.م.ج نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالجنسية كضابط إسناد لأحوال الشخصية، والذي تظهر تطبيقاته المختلفة في المواد من 11 إلى 16 من القانون المدني الجزائري (مبحث ثان).

المبحث الأول: ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية

اختلف الفقه حول ضابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، فمنهم من يرى أن الموطن هو الأنسب لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، بينما يرى

اتجاه آخر بأن الجنسية هي الضابط الأكثر ملاءمة (مطلب أول) وهو الإتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري (مطلب ثان).

المطلب الأول: الأحوال الشخصية بين قانون الجنسية وقانون الموطن

يرى جانب من الفقه أن قانون جنسية الشخص هو القانون الأكثر ملاءمة لحكم الاحوال الشخصية واستندوا في ذلك إلى مجموعة من الحجج (فرع اول) بينما يرى فريق آخر من الفقهاء ان قانون الموطن هو الانسب للتطبيق على الاحوال الشخصية ولهم أسانيدهم في ذلك (فرع ثان).

الفرع الأول: حجج أنصار قانون الجنسية

1- يضمن قانون الجنسية الاستقرار والثبات الذي تتطلبه الأحوال الشخصية، لأن الجنسية من الصعب والنادر تغييرها على عكس الموطن.¹

2- إن الدول تضع قوانين الأحوال الشخصية لرعاياها دون سواهم من الاجانب ويجب أن تتبع هذه القوانين رعاياها أينما وجدوا، وهي لا تتبعهم إلى الخارج، إلا إذا ارتبطت بجنسيتهم كما أن قانون الجنسية يعتبر أكثر تكيفا من غيره مع الأشخاص الذين وضع من أجلهم، لذلك نجد رغبة هؤلاء في اللجوء إلى أحكامه، أكثر من رغبتهم في اللجوء إلى قانون الموطن أو أي قانون آخر.

3- الأخذ بقانون الجنسية يغرس في نفوس رعايا الدولة الشعور بقوميتهم ويجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحملون قانونه أينما ذهبوا.

4 - كل دولة تهتم برعاياها في الخارج وتعنى بحماية حقوقهم بواسطة سفاراتها وقنصلياتها، ومن حق هؤلاء الرعايا الذين يحملون معهم قانون جنسيتهم أن يرجعوا في كل تصرفاتهم إلى سفارات دولتهم لتدافع عن حقوقهم وتحميهم، بينما هم لو انصهروا في قانون موطنهم الجديد فسوف تنقطع صلاتهم بهذه السفارات والدليل على ذلك هو أن الدول التي

¹ هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 247.

تعتق قانون الموطن تمنح مع ذلك لمواطنيها حق اللجوء إلى سفاراتها وقنصلياتها في الخارج للقيام بتصرفاتهم طبقاً لقانون موطنهم¹.

في هذه الحالة يكون قانون جنسيتهم هو الذي يطبق دون قانون موطنهم.

الفرع الثاني: حجج أنصار قانون الموطن

يرى أنصار هذا الاتجاه أن قانون الموطن هو القانون الأكثر ملاءمة للتطبيق على مسائل الأحوال الشخصية وكانت لهم حجج في ذلك من بينها:

- من السهل توحيد موطن الأسرة إذا اختلفت جنسية الزوجين؛

- قانون الموطن هو الواجب التطبيق في حالة الشخص عديم الجنسية؛

- قانون الموطن أصلح من قانون الجنسية بالنسبة إلى المهاجرين الذين توطنوا في إقليم آخر، إذ يكون من مصلحتهم أن يسري عليهم قانون الموطن الذي يعرفونه دون قانون جنسيتهم، وربما كانوا يجهلونه بسبب بعدهم عن إقليم دولتهم. ثم إن من شأن سريان قانون الموطن على المهاجرين أن يسهل إنماجهم في رعايا الدولة وإحاقهم بمواطنيها بدلاً من أن يظلوا أجنباً عنها².

- أهم مزايا ضابط الموطن هي أن قانون الموطن يتوافق في أغلب الحالات مع قانون القاضي، ذلك أن الشخص غالباً ما يرفع دعواه في دولة إقامته.

- لو طبق على كل أجنبي قانون جنسيته في بلد يكثر فيه الأجنب، مثل الولايات المتحدة الأمريكية لضاق مجال تطبيق القانون الوطني إلى حد كبير وفي ذلك ضرر بسيادة الدولة.

بعد استعراض حجج أنصار قانون الجنسية، وحجج أنصار قانون الموطن نستنتج أن اختيار تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن على قضايا الأحوال الشخصية، هو مسألة نسبية تتوقف على ظروف كل دولة (الكثافة السكانية، ارتباط الزواج بالدين، ... الخ).

¹ موخذ إسعاد، مرجع سابق، ص 156.

² المرجع نفسه، ص 157.

المطلب الثاني: الصعوبات المترتبة عن الأخذ بضابط الجنسية

إن الأخذ بالجنسية كضابط إسناد يثير بعض الصعوبات، كما لو عرض على القاضي نزاع يتعلق بحالة شخص له أكثر من جنسية (فرع أول)، أو لا يحمل أية جنسية (فرع ثان)، فما هو القانون الواجب التطبيق عليه؟

الفرع الأول : حالة متعدد الجنسية

قد تثبت للشخص عدة جنسيات في وقت واحد مما يطرح مشكلة تحديد من بين هذه الجنسيات، الجنسية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تعيينه القانون واجب التطبيق.

لقد نص المشرع على هذه الحالة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 22 ق.م.ج.:
في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد. بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

يتضح من نص هذا المادة ان المشرع ميز بين احتمالين فيما يتعلق بمتعدد الجنسية:

أ- إذا كانت إحدى جنسيات هذا الشخص هي الجنسية الجزائرية (جنسية القاضي)، فالعبرة بالجنسية الجزائرية وبالتالي يطبق القانون الجزائري على أحواله الشخصية. وقد أخذت بهذا الحل القوانين العربية و كذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية (المادة 3).

لكن المادة الرابعة من الاتفاقية نفسها أوردت قيودا مفاده: "لا يمكن لدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية على شخص تعتبره من رعاياها ضد دولة يحمل جنسيتها".

ب- إذا كانت الجنسيات المتنازعة كلها أجنبية عن جنسية القاضي: حسب المادة 5 من اتفاقية لاهاي، فإنه يجب اختيار إحدى هذه الجنسيات. لكن حدث خلاف فقهي حول أساس اختيار إحدى هذه الجنسيات، فهناك من يرى أن العبرة بالجنسية الأولى للشخص، وهناك من يرى الاعتداد بآخر جنسية اكتسبها الشخص، لكن الرأي الراجح يأخذ بالجنسية

الفعلية¹، وهو نفس موقف المشرع الجزائري الذي استعمل مصطلح الجنسية الحقيقية والمقصود بها الجنسية الفعلية وهذا ما يؤكد النص الفرنسي:

«En cas de pluralité de nationalités, le juge applique la nationalité effective»

ويقصد بالجنسية الفعلية تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها²، ويعرفها الأستاذ عز الدين عبد الله بأنها: "جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعاتها، وعاش في كنفها، واستعمل فيها حقوقه وتحمل التزاماته، يحددها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع، وليس في ميدان القانون، ويتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات المتنازعة على الأخرى"³.

وتعود السلطة التقديرية في تحديدها للقاضي، الذي يعتمد على عدة معايير مثل مكان الإقامة، ممارسة الحقوق السياسية، أداء الخدمة الوطنية، إتقان اللغة، الاندماج... الخ.

الفرع الثاني: حالة عديم الجنسية

اختلف الفقه في أساس تحديد القانون واجب التطبيق على الأحوال الشخصية لشخص عديم الجنسية، هناك من يرى تطبيق قانون الدولة التي كان الشخص يحمل جنسيتها قبل انعدام الجنسية، غير أن هذا الحل انتقد على أساس أنه من الممكن أن يكون هذا الشخص عديم الجنسية منذ الولادة، وهناك من يرى تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص في حالة تعذر تطبيق القانون الأجنبي. ويذهب الرأي الراجح إلى تطبيق قانون موطن عديم الجنسية، أو قانون محل إقامته؛ وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بعد

¹Loussouarn YIVON, Pierre BOUREL, Pascal DEVARELLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, op-cit, p. 82 ; François Mélin, *Droit international privé*, op-cit, p. 214.

²عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية، مرجع سابق، ص 181؛ علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 192؛ حفيظة السيد الحداد، مدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص 70.

³عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 250.

تعديل المادة 3/22 ق.م.ج. بموجب الأمر رقم 05-01 السالف ذكره، والتي تنص: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة"¹.

المبحث الثاني: تطبيقات قانون الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية

تعتبر مسائل الحالة والأهلية (مطلب أول) ومسائل الزواج (مطلب ثان) مجالات خصبة لتنازع القوانين مما دفع المشرع الجزائري إلى تخصيص قواعد إسناد كل منهما، كما أنه لم يهمل مختلف مسائل الأحوال الشخصية الأخرى التي خصها بقواعد إسناد ترشد القاضي الوطني إلى القانون الواجب التطبيق عليها (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الحالة والأهلية

طبقا لنص المادة 10 ق.م.ج فإن حالة الأشخاص (فرع أول) وأهليتهم تخضع لقانون جنسيتهم (فرع ثان).

الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على حالة الشخص

يختلف القانون الواجب التطبيق على الشخص الطبيعي (أولا) عن القانون الواجب التطبيق على الشخص المعنوي (ثانيا).

أولا- حالة الشخص الطبيعي

يجب التمييز بين الحالة العامة (1) والحالة الخاصة في مجال تنازع القوانين (2).

1- الحالة العامة:

يقصد بها الجنسية التي تستقل كل دولة بتنظيمها عن طريق تشريعها الداخلي، ولا يمكن أن تكون محلا لتنازع القوانين، وبالتالي فهي تخرج من نطاق تطبيق المادة 10 ق.م.ج.

¹ قبل تعديل المادة 3/22 كانت تنص على أن القاضي هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لشخص عديم الجنسية.

2- الحالة الخاصة:

وهي بدورها تنقسم إلى الحالة الفردية والحالة العائلية، بالنسبة لهذه الأخيرة فقد خصها المشرع بقواعد إسناد خاصة بها، وعليه فإن الحالة الفردية وحدها هي التي تدخل في إطار نص المادة 10، ويقصد بها مجموع الصفات التي تميّز الشخص كالإسم واللقب، الموطن، وكل ما يتعلق بحمايتها يطبق عليه قانون جنسية الشخص.

ثانيا- حالة الشخص المعنوي:

حسب نص المادة 3/10 ق.م.ج. فإن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الرئيسي والفعلي، في كل ما يتعلق بها من تمتع بالشخصية المعنوية، تنظيمها، تكوينها، إرادتها وتصرفاتها.

غير أن الأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطا في الجزائر تخضع لأحكام القانون الجزائري فقط.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأهلية

الأصل أن الأهلية تخضع لقانون جنسية الشخص (أولا) لكن استثناء يطبق القانون الجزائري على اهلية الاجنبي بتوافر شروط معينة (ثانيا).

أولا- القاعدة العامة: خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص

تخضع الأهلية إلى قانون جنسية الشخص، حسب نص المادة 1/10 ق.م.ج. وهذا نتيجة طبيعية لاعتبار الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية ، وأساس ذلك أن الغرض من أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه، ولو كان التصرف الذي يباشره من التصرفات المالية¹.

ينصرف مصطلح الأهلية إلى عدة أنواع ولذلك يجب تحديد نطاق تطبيق نص المادة 1/10 التي تخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص. وكما نعلم فإن الأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق (حق ملكية

¹ هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 297.

مثلا) والتحمل بالالتزامات (كأن يكون مدينا)، وهي تثبت للإنسان بمجرد ولادته¹، وتثبت حتى للجنين في بطن أمه، وبالتالي فهي تخرج من نطاق تطبيق المادة 10 ق.م.ج.

وبما أن أهلية الوجوب تكون دائما متعلقة بحق معين فهي تخضع للقانون المختص بحكم هذا الحق، فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وحق الشخص في أن يملك، يخضع للقانون الذي يحكم الملكية، وهكذا².

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والوصية... الخ. ومناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، ولذلك فإن نطاقها يتحدد بالتصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها، وكذلك في ترتيب آثارها، فتخرج بذلك من نطاقها الأعمال المادية، لأنها لا تحتاج إلى الإرادة مطلقا، لأن القانون هو الذي يرتب عليها الآثار القانونية المناسبة لها، حتى ولو لم يرد الشخص ترتيب تلك الآثار، فمرتكب الفعل الضار مثلا يلتزم بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر، بصرف النظر عن الإرادة المصاحبة للفعل هل صدر عن عمد أم غير عمد³.

يتضح مما سبق أن أهلية الأداء محورها التمييز ولذلك لا خلاف بين الفقهاء أن هذه الأهلية تدخل في نطاق قانون الجنسية، وهو موقف أغلب التشريعات الحديثة، بما في ذلك التشريع الجزائري الذي يتضح من خلال المادة 1/10 ق.م.ج. التي تنص: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

وعليه يجب الرجوع إلى قانون جنسية الشخص لمعرفة ما إذا كان كامل الأهلية أم ناقصها، أم عديمها. ولمعرفة كل ما يتعلق بعوارض الأهلية وآثارها والجزاء المترتب على مباشرة التصرفات القانونية دون توفر الأهلية.

أما أهلية الأداء الخاصة فهي تتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية، وهي تقوم على اعتبارات أخرى غير الإدراك وسلامة الإرادة من

¹ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 398.

² المرجع نفسه.

³ المرجع نفسه.

العيوب لذلك فهي في الحقيقة مجرد موانع لمباشرة التصرفات ويسري عليها القانون المنظم للعلاقة القانونية بين الطرفين¹، ومن أمثلتها:

- منع المفلس من التصرف في امواله، خلال فترة الريبة بعد صدور حكم الافلاس².

- عدم أهلية رجال القضاء لشراء الاموال المتنازع عليها بأسمائهم او أسماء مستعارة، إذا كان النزاع داخلا في الدائرة القضائية التي يمارسون فيها مهامهم. وكذلك الحكم بالنسبة لكتاب الضبط و المحامين والمحضرين القضائيين³.

- منع النائب أن يشتري باسمه أو اسم مستعار ما عهد إليه بيعه حماية لمصلحة الأصيل⁴.

- تقييد أهلية المرأة المتزوجة في التصرف في أموالها دون إذن من زوجها في بعض القوانين العربية عملا بالقانون الذي يحكم آثار الزواج، وتحديد سن الزواج في الدول التي يختلف فيها هذا السن عن سن الرشد المدني.

ثانيا- الاستثناء الوارد على خضوع الأهلية لقانون الجنسية

لقد أورد المشرع الجزائري استثناء على قاعدة خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 10: "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص 17.
² تنص المادة 1/244 ق.ت.ج.ج: " يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه، تخلى المفلس عن إدارة امواله أو التصرف فيها...".

³ تنص المادة 402 ق.م.ج: 'لا يجوز للقضاء، ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".

⁴ تنص المادة 410 ق.م.ج: 'لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

يرجع إلى سبب فيه خفاء، لا يسهل تبينه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر على في أهليته وفي صحة المعاملة".

يتضح من نص هذه الفقرة أنه، خروجاً عن القاعدة العامة، يطبق القانون الجزائري على أهلية الأجنبي وليس قانون جنسيته، ولكن بتوفر مجموعة من الشروط هي:

1- أن ينعقد تصرف مالي بين جزائري وأجنبي:

أي يشترط أن يكون أحد المتعاقدين جزائرياً، فإذا كان كلا المتعاقدين أجنبياً لا يطبق الاستثناء، كما أنه يجب أن يكون العقد المبرم بين الجزائري والأجنبي من العقود المالية وبالتالي تستبعد عقود الأحوال الشخصية كالزواج والهبه والوصية.

2- أن ينعقد التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها:

إذا انعقد التصرف في الجزائر ونفذ في بلد أجنبي، لا يطبق الاستثناء، والشيء نفسه، إذا انعقد التصرف في بلد أجنبي ونفذ في الجزائر.

3- أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية طبقاً للقانون الجزائري، وناقص الأهلية طبقاً لقانون دولته:

إن اكتمال أهلية المتعاقد الأجنبي شرط مهم لتطبيق الاستثناء، أي تطبيق القانون الجزائري على أهلية الأجنبي، وعليه إذا كان المتعاقد الأجنبي ناقص الأهلية طبقاً للقانون الجزائري لا يطبق الاستثناء ونعود إلى القاعدة العامة وهي تطبيق قانون جنسية الشخص، أي القانون الأجنبي.

4- أن يكون نقص الأهلية راجع لسبب فيه خفاء يتعذر على المتعاقد الجزائري تبينه:

يقصد بهذا الشرط، أن يكون المتعاقد الجزائري حسن النية، أي أنه لا يعلم بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي، ولقد اختلف الفقه في أساس هذا الاستثناء، فبنى البعض منهم هذا

الاستثناء على المصلحة الوطنية (مصلحة المتعاقد الوطني)، والبعض الآخر على فكرة النظام العام، والبعض الآخر على فكرة الإثراء بلا سبب¹.

وأخيرا تلمس الفقه الراجح أساس هذا الاستثناء في حيثيات قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية ليزاردي الصادر بتاريخ 16 جانفي 1861²، وهو أن المتعاقد الوطني يعد معذورا بجهله للقانون الأجنبي.

تتلخص وقائع قضية ليزاردي في أن شابا مكسيكيا في سن الثالثة والعشرين اشترى في باريس بعض المجوهرات من تاجر فرنسي، وحرر بالثمن سندات عليه وعند المطالبة احتج بإبطال السندات بسبب نقص أهليته على أساس أن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع في حكمهم بصحة السندات والزام الشاب المكسيكي بالدفع. وجاء في حيثيات المحكمة إنه لا يجوز أن يفترض في الشخص الفرنسي العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بتقص الأهلية، وعلى ذلك يكفي لصحة العقد ان يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفة وبغير رعونة، وأن يكون حسن النية"³.

ثالثا- حماية ناقص الأهلية وعديم الأهلية والغائب

تنص المادة 1/15 ق.م.ج: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته " .

حسب نص هذه المادة، فإن قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته والمتمثل في القاصر⁴، عديم الأهلية¹، أو الغائب² هو الذي يحدد الشروط التي يجب توافرها في الولي أو

¹ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ص 398-399.

² Cour de cassation(Ch.req), Lizardi c/Chaise et autres, 16 janvier 1861, in BERTRAND Ancel, YVE Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op.cit, pp39-40.

³ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 302.

⁴ تنص المادة 43 ق.م.ج.: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

أو الوصي أو القيم؛ والالتزامات التي تقع على عاتقهم، وحدود سلطاتهم، ومتى تنتهي مهمتهم...الخ.

ويشمل إصطلاح الولاية الوارد في المادة 15ق.م.ج. الولاية على النفس وعلى المال. لكن إذا تعلق الأمر بالتدابير الاستعجالية، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، في حالة ما إذا كان الشخص المعني بهذه التدابير موجود في الجزائر، أو إذا تعلق الأمر بأمواله الموجودة في الجزائر.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج

يختلف مفهوم الزواج باختلاف تشريعات الدول نظرا لاختلاف الأنظمة القانونية بشأنه لأنه يقوم على اعتبارات اجتماعية وقانونية ودينية مختلفة³، فلا يعتبر في بعض الدول من قبيل الزواج إلا الرابطة المؤبدة وغير المتعددة والعكس في الدول الأخرى، كما تختلف الدول أيضا في طريقة انعقاد الزواج وآثاره وانحلاله ولهذا يعتبر هذا الموضوع مجالا خصبا لتنازع القوانين بسبب اختلاف تشريعات الدول حول شروط انعقاده (فرع أول) وآثاره الشخصية والمالية (فرع ثان) وطرق انحلاله (فرع ثالث).

الفرع الأول: شروط الزواج

يشتمل الزواج على شروط شكلية (أولا) وشروط موضوعية (ثانيا).

¹ تنص المادة 42ق.م.ج.: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون".

² تنص المادة 110 ق.أ.ج.: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود"، أما المادة 109 ق.أ. فتتص: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

³ لقد جرت العادة أن تبدأ إجراءات الزواج بالخطبة فإذا وصلت الخطبة مرحلة الوعد ذو القيمة القانونية فلا شك في أنها تعتبر كمقدمة للزواج وتدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وقد أدخلها القانون المصري فعلا في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي تخضع لنفس القانون الذي يخضع له الزواج نفسه وإذا فسخت الخطبة وترتب على فسحها المسؤولية التقصيرية فإن هذه المسؤولية تخضع لقانون المحل الذي حصلت فيه القطعية. انظر: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 68.

أولاً: الشروط الشكلية للزواج

لم يرد نص خاص بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج، وبالتالي يجب الرجوع إلى القاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات القانونية الواردة في المادة 19 ق.م.ج حيث تنص: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

وعليه يطبق على الشروط الشكلية لعقد الزواج، إما قانون بلد إبرام عقد الزواج، أو قانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو قانون الموطن المشترك للزوجين، أو القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية للزواج وهو قانون جنسية الزوجين حسب أحكام المادة 11 ق.م.ج.

وقد تأكد هذا الحل في قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70-20¹، حيث تنص المادة 1/97 على أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد، شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية (أي الشروط الموضوعية) التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج وقد سمحت الفقرة الثانية من المادة نفسها للقنصليات الجزائرية المعتمدة في الخارج أن تبرم زواجا حسب الشكل الوطني إذا كان أحد الطرفين جزائرياً.

ثانياً: الشروط الموضوعية

تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقاعدة العامة الواردة في المادة 11 ق.م.ج (1) غير أن هذه القاعدة ورد عليها استثناء لصالح القانون الجزائري في المادة 13 ق.م.ج (2).

1- القاعدة العامة

¹ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج. العدد 21 الصادر في 27 فبراير 1970.

حسب نص المادة 11ق. م.ج. فإن الشروط الموضوعية لعقد الزواج تخضع لقانون جنسية الزوجين.

فإذا اتحدت جنسية الزوجين فلا يوجد أي صعوبة، إذ يطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة.

مثال: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج المبرم بين فرنسي وفرنسية هو القانون الفرنسي.

لكن يثور الإشكال في حال ما إذا كان الزوجين مختلفين في الجنسية؟ ونجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير تلك المنصوص عليها في القانون الآخر، فهل يطبق قانون جنسية كلا الزوجين تطبيقاً موزعاً أم تطبيقاً جامعاً؟

كان الفقه الفرنسي القديم يميل إلى التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين ويقوم هذا الرأي على أساس أن كل من قانون الزوج أو الزوجة، لا يهدف إلى حماية الطرف الذي ينتمي إليه فقط بل يهدف إلى حماية الرابطة الزوجية، وهو الأمر الذي يتعين معه تطبيق كل من القانونين تطبيقاً جامعاً، وقيل أيضاً إن هذا الحل هو الذي لا يعطي امتيازاً لأحد القانونين على الآخر. ويعتبر الأستاذ بيجونيار لوروبور من المدافعين على التطبيق الجامع.¹

ولقد انتقد الفقه الحديث التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين، على أساس أنه يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً منهوذاً يتنافى مع الهدف من إعمال قاعدة الإسناد، كما أن هذه النتيجة تتنافى مع الغاية التي يستهدفها أنصار التطبيق الجامع أصلاً وهي احترام قانون كل من الزوج والزوجة معاً²، إضافة لذلك فإن هذا الحل سيؤدي في الواقع إلى الإكثار من الحالات التي لا ينعقد فيها الزواج، وقد أدت هذه الانتقادات إلى هجر الفقه الغالب لهذا الحل وميله إلى الأخذ بالتطبيق الموزع وأخذت بذلك أغلب الدول.

¹ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 262.

² هشام صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 272.

يميل الاتجاه الراجح في الفقه والقضاء إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقاً موزعاً، وعليه يكفي لصحة الزواج أن تتوفر في الزوج الشروط التي يتطلبها قانون جنسيته، وفي الزوجة الشروط التي يتطلبها قانون جنسيتها.¹

مثال: زواج إيطالي وفرنسية، الزوج الإيطالي يخضع للقانون الإيطالي والزوجة الفرنسية تخضع للقانون الفرنسي.

لكن يجب الإشارة إلى أن بعض موانع الزواج كاختلاف الدين²، درجة القرابة، أو إذا كان أحد الزوجين يمنع المطلق من الزواج إذا كان طليقه حياً³، إذا نص عليها قانون أحد الزوجين فإنها تطبق على كلا الزوجين حتى ولو لم ينص عليها قانون الزوج الآخر، أي يطبق عليها قانون جنسية الزوجين تطبيقاً جامعاً، لأن الهدف من هذه الموانع هو حماية الرابطة الزوجية ذاتها.⁴

2- الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري

تنص المادة 13 ق. م. ج على تطبيق القانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية للزواج إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، ماعدا الأهلية التي تظل خاضعة لقانون جنسية كل زوج على حدة.

مثال: عقد زواج بين جزائري وفرنسية، يطبق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لهذا الزواج سواء بالنسبة للزوج الجزائري أو الزوجة الفرنسية، ماعدا الأهلية حيث يخضع الزوج الجزائري للقانون الجزائري، والزوجة الفرنسية تخضع للقانون الفرنسي، وينطبق الشيء نفسه على زواج جزائرية من مغربي مثلاً.

الفرع الثاني: آثار الزواج

¹ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 89.

² يشكّل اختلاف الدين مانعاً مؤقتاً للزواج بالمرأة الجزائرية المسلمة فلا يجوز أن يتزوجها غير المسلم وهذا ما نصّت عليه المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري.

³ هشام صادق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 273.

⁴ يعقوبي فتيحة وحزاب ربيعة، "آثار عقد الزواج المختلط في تنازع القوانين والتشريعات المقارنة"، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 4، العدد 16، جوان 2020، ص 302.

حددت المادة 12 ق.م.ج. القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج كقاعدة عامة (1) أما المادة 13 ق.م.ج. فتناولت الاستثناء الوارد على القاعدة العامة لصالح القانون الجزائري(2).

أولاً: القاعدة العامة

حسب نص المادة 1/12 ق.م.ج. تخضع آثار الزواج الشخصية (1) والمالية (2) لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

1- الآثار الشخصية لعقد الزواج

هي الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين، وتكون بحكم الشرع وليس بإرادة الزوجين. وتتنوع هذه الحقوق ما بين حقوق خاصة بكل زوج على حدة، وحقوق مشتركة بين الزوجين، ويمكن تقسيم الآثار الشخصية للزواج إلى آثار شخصية محضة وآثار شخصية ذات طابع مالي¹.

بالنسبة للآثار الشخصية المحضة والتي استمدت من الشريعة الإسلامية، وورد ذكرها في قانون الأسرة الجزائري ومختلف القوانين العربية المتعلقة بالأسرة وشؤونها، وتشمل هذه الآثار مجموع الحقوق والواجبات المترتبة عن عقد زواج شرعي وقانوني. وقد نصت المادة 36 ق.أ.ج. على: "يجب على الزوجين:

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
- 2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
- 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم
- 4- التشاور في تسيير شؤون الاسرة وتباعد الولادات
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
- 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
- 7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

¹ يعقوبي فتيحة وحزاب ربيعة، مرجع سابق، ص 302.

أما الآثار الشخصية ذات الطابع المالي فتتمثل في حق الزوجة في النفقة الزوجية والتي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وتخرج من هذا الحكم النفقة بين الأقارب التي تخضع لقانون جنسية المدين بها، أي الملزم بالإنفاق، حسب نص المادة 14 ق.م.ج.¹

أما النسب فقد خصص له المشرع قاعدة إسناد مستقلة في المادة 13 مكرر ق.م.ج. وحسب نص هذه المادة، فإن كل ما يتعلق بإثبات النسب أو إنكاره، يخضع لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، لكن إذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل، فإنه يطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته.

2- الآثار المالية للزواج

يقصد بالآثار المالية للزواج أو ما يسمى بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي بمقتضاها تتحدد حقوق والتزامات كل منهما من حيث ملكية أموالهما، وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تترتب قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلاله، وتسوية حقوق كلا الزوجين بعد انتهاء الرابطة الزوجية.² وهناك أنظمة مختلفة في القوانين الغربية مثل النظام المالي المشترك، ونظام الانفصال المالي، ونظام البائنة.³

ثانيا- الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري

طبقا لنص المادة 13 ق.م.ج. يطبق القانون الجزائري وحده على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. في الواقع تظهر أهمية هذا الاستثناء فقط عندما تكون الزوجة جزائرية.

¹ تنص المادة 14 ق.م.ج: "يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

² هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 275.

³ المرجع نفسه.

مثال: عقد زواج بين أردني وجزائرية، تخضع آثار هذا الزواج للقانون الجزائري طبقاً لنص المادة 13 ق.م.ج. لأن أحد الزوجين (وهي الزوجة) في هذا المثال تحمل الجنسية الجزائرية.

لكن إذا كان الزوج هو الذي يحمل الجنسية الجزائرية، كزواج جزائري من إيطالية، في هذه الحالة يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج، استناداً إلى القاعدة العامة الواردة في المادة 1/12 ق.م.ج. بغض النظر عن الاستثناء الوارد في المادة 13 ق.م.ج.

الفرع الثالث: انحلال الزواج والانفصال الجسماني

حددت المادة 12 ق.م.ج. القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج كقاعدة عامة (أولاً) ولكن ورد استثناء على هذه القاعدة لصالح تطبيق القانون الجزائري، وهذا ما اقرته المادة 13 ق.م.ج (ثانياً).

أولاً- القاعدة العامة

حسب نص المادة 2/12 ق.م.ج. يخضع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

أي العبرة بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، حتى ولو كانت له جنسية أخرى وقت انعقاد الزواج. والواقع أن الحكم الوارد في هذه المادة منتقد لأنه يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بأحكام لم تتوقعها عند زواجها¹ إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الانعقاد ووقت رفع دعوى الطلاق، كأن يكون قانون جنسيته وقت الزواج يجيز الطلاق، أما قانون جنسيته وقت رفع دعوى الطلاق لا يجيز ذلك، أو العكس.²

وتجدر الإشارة أنه قبل تعديل المادة 2/12 ق.م.ج. بموجب الأمر رقم 05-01 لم تكن هناك أي إشارة إلى الانفصال الجسماني وهو نظام غير معروف في القانون الجزائري

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 309؛ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 256. هشام صادق و عكاشة محمد عبد العال، المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 283.

² فاطمة زهرة جندولي، الأسباب الإرادية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين، الحوار المتوسطي، مجلد 1، عدد 1، 2021، ص ص 663-680، ص 667.

ولا في الشريعة الإسلامية، ولكنه معروف في التشريعات الغربية، وعليه وارد أن ترفع دعوى أمام القاضي الجزائري يطالب فيها أجنيان مقيمان في الجزائر بالانفصال الجسماني، وعليه لا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة، لهذا السبب ألحقه المشرع الجزائري بمسائل انحلال الزواج وأخضعه لنفس القانون وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

ثانيا-الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري

كما هو الحال بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج وآثاره، فإن انحلال الزواج والانفصال الجسماني أيضا يخضع للقانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، طبقا للمادة 13 ق.م.ج.

ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما ورد في قرار المحكمة العليا: " ان الطاعة لها الجنسية الجزائرية، مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك خالف القانون وأخطأ في تطبيقه يتعين نقضه¹.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية الأخرى

إضافة إلى مسائل الأهلية والزواج، تناول المشرع الجزائري من خلال قواعد الإسناد العديد من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي تثير مشكل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حال اشتغالها على عنصر اجنبي، ويمكن اجمالها في الكفالة والتبني(فرع أول) الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت(فرع ثان) والمسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية(فرع ثالث).

الفرع الأول:الكفالة والتبني

¹ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش. ملف رقم170082، صادر بتاريخ 17 فيفري1998، المجلة القضائية ، العدد1، 2000، ص ص167-170.

حسب نص المادة 13 مكرر 1 تنطبق نفس أحكام الكفالة (أولاً) على التبني (ثانياً).

أولاً-الكفالة:

الكفالة نظام خاص أقره المشرع الجزائري في المواد (116-125) من قانون الاسرة الجزائري، يتم بموجب عقد موثق او ترخيص من المحكمة بموجبه يخول الكافل الولاية الشرعية على القاصر فيلتزم بالعناية به عناية الأب أو الأم لأولادهما من نفقة وتربية ورعاية ولكن من غير أن يلحق نسب المكفول بالكافل¹.

حسب نص المادة 13 مكرر 1 ق.م.ج. تكون الكفالة صحيحة إذا توفرت فيها الشروط المنصوص عليها في قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، أما آثار الكفالة فتخضع فقط لقانون جنسية الكفيل.

ثانياً- التبني :

حسب الفقرة 2 من المادة 13 مكرر 1 ق.م.ج. فإنه تنطبق أحكام الكفالة على التبني، حيث يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبني، أما آثار التبني فتخضع لقانون جنسية المتبني.

الفرع الثاني: الميراث والوصية والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت

تنص المادة 16 ق.م.ج. على القانون الواجب التطبيق على كل من الميراث (أولاً) والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (ثانياً).

أولاً: الميراث

أخذ المشرع الجزائري، بالاتجاه الذي اعتبر التركات من الأحوال الشخصية²، فأدرج أحكام الميراث والوصية ضمن قانون الأسرة، ويكون بذلك قد سلك مسلك أغلبية الدول العربية¹.

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علماً وعملاً، مرجع سابق، ص19.

² خلافا لبعض المسائل والتي موضوعها مالي والتي تدخل في إطار الأحوال العينية والمسائل الأخرى التي تخص حالة الشخص، والمتعلقة بالأساس بمركزه في أسرته كالزواج والطلاق والنفقة والتي تدخل في إطار الأحوال الشخصية دون

حسب نص المادة 1/16 ق.م.ج. يخضع الميراث سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول إلى قانون جنسية المتوفي وقت وفاته، حيث ان المشرع لم يفرق بين ميراث العقار والمنقول مثل بعض التشريعات المقارنة، حيث تفادى ازدواجية الاسناد²، وعليه فإن قانون جنسية المتوفى هو الذي يحدد أسباب الإرث كالقربة والزوجية³، من هم الورثة، حالات الحرمان من الميراث، حالات الحجب، نصيب كل وارث، وقت استحقاق الإرث وميراث الحمل... الخ⁴.

بالنسبة للتركة الشاغرة، من المعروف قانونا أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الدولة، لكن الغموض يكمن في معرفة أية دولة تؤول إليها التركة، هل هي الدولة التي يقع بها المال أو الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق على الميراث، إذا كيّف إلحاق التركة إلى الدولة على أساس أنها وارث لمن لا وارث له، فإن انتقال التركة لها ينظمه قانون الميراث التابع لجنسية المتوفى.

اختلاف، فإن الميراث يقع بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، فهي باعتبارها تؤمن انتقال مجموع الذمة المالية للشخص بسبب الموت، فإنها تتبع الحالة الشخصية، وبما أن هذا الانتقال ينصب لا محالة على الأموال فإنها تتبع كذلك الحالة العينية، فأحدث بذلك خلافا فقها واختلافا تشريعا وذلك بشأن تحديد القانون الذي يخضع له. هناك اتجاه يرى أن انتقال المال عن طريق الميراث ومهما كانت طبيعته ما هو إلا عملية من عمليات نقل الملكية الأخرى، فتخضعه بذلك لقانون الأحوال العينية، لأن الاختلاف الوحيد يكمن في سبب الانتقال وهو الوفاة (بخلاف التصرفات الأخرى)، لكن الموضوع دائما نفسه، وبالتالي فالقانون الذي يطبق هو نفسه القانون الذي يطبق على الأحوال العينية، وهذا ينطبق على كل التصرفات الناقلة للملكية ومهما كانت طبيعة هذا النقل. اتجاه آخر يرى أن إخضاع الميراث لقانون الأحوال الشخصية هو مبرر عند من يرى أن الميراث مرتبط بحياة و وفاة شخص معين، وأن هذا الانتقال مرتبط بروابطه العائلية، وعلى اعتبار المحافظة على هذه الأموال في إطار العائلة، وبالتالي يجب إخضاع هذه العملية للقانون الشخصي للفرد. انظر: امحمدي بوزينة أمينة، إشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم، دراسة تحليلية نقدية على ضوء أحكام قواعد تنازع القوانين والاجتهاد القضائي)، ص ص 174-175.

¹ كمصر، الأردن، العراق، ليبيا، كما يتماشى هذا التكييف مع ما جاءت به اتفاقية لاهاي لعام 1928 التي اعتبرت الموارث من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة.

² حواسي يامنة، الإشكالات القانونية للميراث الناتج عن الزواج المختلط"، مجلة القانون والمجتمع، مجلد5، عدد10، 2017، ص138.

³ تنص المادة 126 ق أ ج: 'سباب الارث: القرابة و الزوجية' .

⁴ تنص المادة 134 ق.أ.ج: "لا يرث الحمل الا اذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

أما إذا كان الانتقال على أساس سيادة الدولة على إقليمها فإن التركة تؤول إليها باعتبارها مالا لا مالك له. ونفس الأمر تأخذ به مختلف الأنظمة التشريعية مع الاختلاف بينها في طبيعة استيلاء الدولة على هذه الأموال كما سبق الذكر¹.

وتعتبره دولا أخرى مالا شاغرا تستولي عليه بموجب سيادتها على إقليمها وباسم النظام العام، ومنها فرنسا والأنظمة العربية ومنها الجزائر وهذا ما نجده في المادة 180 من قانون الأسرة² والمادة 773 من القانون المدني³.

ثانيا - الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

تخضع الوصية طبقا لنص المادة 16/ق.م.ج. فيما يتعلق بشروطها الموضوعية إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وبالتالي فإن هذا القانون هو الذي يحدد مدى توفر شروط الوصية كالرضا والمحل والسبب، ومقدار المال الموصى به والأشخاص الذين لا يجوز الإيصال لهم...الخ.

وينطبق الحكم نفسه على جميع التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والمقصود بهذه التصرفات تصرفات المريض مرض الموت ويكون مقصودا بها التبرع، والتصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بأية طريقة كانت بحياسة العين المتصرف فيها والانتفاع بها مدى الحياة. وقد نص المشرع الجزائري على هاتين المسألتين في المادتين 1/776 و 777 ق.م.ج.⁴.

¹ امحمدي بوزينة أمينة، مرجع سابق، ص 180.

² تنص المادة 180 ق.أ.ج.: "...فإننا لم يوجد نوب فروض أو عصابة آلت التركة الى نوي الأرحام فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

³ تنص المادة 773 ق.م.ج. "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الاموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك اموال الاشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

⁴ تنص المادة 1/767 ق.م.ج.: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

أما المادة 777 ق.أ.ج. فتتنص: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياسة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

الفرع الثالث: الهبة والوقف

حددت الفقرة الثانية من المادة 16 القانون الواجب التطبيق على كل من الهبة (أولاً) والوقف (ثانياً).

أولاً-الهبة

حسب نص المادة 202 ق.م.ج. الهبة هي تملك بلا عوض، ويسري عليها حسب نص المادة 16/2 ق.م.ج. قانون جنسية الواهب وقت إجرائها، وهذا فيما يتعلق بالشروط الموضوعية. ويدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية الواهب الشروط التي يجب توافرها في الواهب¹، والأحكام المتعلقة بالهبة للحمل، وامكانية الرجوع عن الهبة... الخ

ثانياً-الوقف

حسب نص المادة 213 ق.ج.ج. فإن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق. ويسري على الشروط الموضوعية للوقف قانون جنسية الواقف وقت إجرائه وهذا حسب نص المادة 16/2 ق.ج.ج.

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط الشكلية للوصية² والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والهبة والوقف تخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 ق.م.ج بشأن شكل التصرفات القانونية³.

¹ تنص المادة 203 ق.أ.ج. "تشرط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجوز عليه".

² قبل تعديل نص المادة 16 بموجب الامر رقم 05-01 سالف الذكر، كانت الشروط الشكلية للوصية تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيضاء.

³ تنص المادة 19 ق.م.ج: " 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".

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على الأموال

كما هو معروف، فالأموال متعددة ومختلفة التصنيف، فتميز بين المنقول منها والثابت انطلاقا من قابلية المال لنقله دون تلف، ونميز بين المادية والمعنوية منها، من خلال التحقق من احتلالها حيزا مكانيا ملموسا من عدمه¹.

قبل تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال، تجدر الإشارة إلى أن تكييف المال هل هو عقار أم منقول يخضع لقانون موقع المال طبقا للفقرة الأولى من المادة 17 ق.م.ج.، وهذا استثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بخضوع التكييف لقانون القاضي المنصوص عليها في المادة 9 ق.م.ج.² وعليه يتحدد القانون الواجب التطبيق على الأموال بعد تكييفها إلى عقارات (مبحث أول) أو منقولات (مبحث ثان).

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقارات

حسب نص المادة 2/17 ق.م.ج. فإن العقار يخضع لقانون موقعه على أساس ارتباطه بالسيادة الإقليمية للدولة (مطلب أول) وعليه فإن جميع الحقوق والعقود الواردة على العقار تخضع لهذا القانون (مطلب ثان).

المطلب الأول: أصل وأساس قاعدة خضوع العقار إلى قانون موقعه

إن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه من أقدم قواعد القانون الدولي الخاص حيث يعود أصلها للفترة التي بدأت تظهر فيها بوادر المنهج التنازعي في أوروبا، تحت ما يسمى بنظرية الأحوال للفقهاء الإيطاليين (بارتولوس دي سكاسوفيراتو Bartolus De Saxoferrato

1 بن ناصر ياسين، الأموال الثقافية وإشكالية تنازع القوانين، مجلة مدارات للعلوم الاجتماعية والانسانية، المركز الجامعي غليزان، عدد3، 2021، ص506.

² تنص المادة 9 ق.م.ج.: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

وبالدوس دي اوبالديس (Baldus De Ubaldis) حيث تم تقسيم هذه الأحوال إلى ثلاث فئات، فئة الأشخاص، فئة التصرفات القانونية وفئة الأشياء أو الأموال، سميت تتابعا بالأحوال الشخصية، الأحوال العينية، والأحوال المختلطة¹.

فبالنسبة للأموال، كانت العقارات تخضع لقانون موقعها في جميع ما يرتبط بها، سواء تعلق الأمر بالنظام العيني، أو بالعلاقات التي تكون موضوعا لها (أسرية، تعاقدية) ...، في حين، كانت تخضع المنقولات للقانون الشخصي لصاحبها والذي يتمثل في موطنه، على اعتبار أن المال المنقول يكون دائما مصاحبا لمالكه، وبالتالي يكون موقعه هو نفسه موقع صاحبه، بشكل يجعل من تطبيق القانون الشخصي أو قانون الموقع يؤديان إلى نفس النتيجة².

وقد استمر الحال في أوروبا على هذا النحو إلى حدود القرن 19، حينما ظهر أول قانون يخضع الأموال بمختلف أصنافها لقانون موقعها، يتعلق الأمر هنا بالقانون المدني البافاري، ولم تعرف هذه المسألة تطورا تشريعا على مستوى واسع، إلا بعد المنتصف الثاني من القرن 19، حيث أخضعت مجموعة من القوانين للعديد من الدول، الأموال سواء كانت منقولات أو عقارات، لقانون موقعها.³

ولقد برر بعض الفقهاء هذه القاعدة بفكرة السيادة، إذ أن العقار يعتبر جزءا من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها، والذي يعتبر ركن من أركانها، وسيادة هذه الأخيرة على إقليمها تقتضي سريان قانونها على كل ما يوجد فيه من عقارات.⁴

أما الفقيه بارتان فيبرر تطبيق قانون الموقع على العقار بتأمين المعاملات، ويعترض الأستاذ علي سليمان على هذا الرأي بحجة أنه يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الغير دون مصلحة المالكين والحائزين.⁵

¹ نقلا عن : بن ناصر ياسين، مرجع سابق، ص 507

² المرجع نفسه.

³ المرجع نفسه.

⁴ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 280.

⁵ علي سليمان، مرجع سابق، ص 93.

وعموما فإن تطبيق قانون موقع العقار من شأنه تيسير التعامل عليه، إذ هو المكان الذي يجب أن تشهر به جميع التصرفات الواردة على العقار، وبالتالي تتركز كل المعاملات الخاصة به في مكان واحد¹. بحيث أن التأكد من وجود الحق العيني على المال لا يكون إلا بالرجوع إلى قانون البلد الذي يكون المال فيه، الأمر الذي يضمن حماية للغير كما أن الاختصاص القضائي يثبت للقضاء الذي يقع في دائرة اختصاصه المال، فالأولى أن يكون القانون المطبق على هذا المال هو قانون موقعه، إضافة إلى توفير الحماية الاقتصادية للدولة، لأن العقار هو الثروة الحقيقية لها فالأحرى أن تخضعه لقانونها².

وحاليا لا توجد دولة لا تأخذ بهذه القاعدة، مما دفع البعض إلى القول بوجود عرف دولي يلزم الدول بالأخذ بها³.

المطلب الثاني: مجال تطبيق قانون موقع العقار

يشمل تطبيق قانون موقع العقار، الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية، بما في ذلك طرق اكتساب الملكية كالشفعة والالتصاق والحيازة والاستيلاء... الخ، وما يترتب عن حق الملكية من حقوق أخرى كحق الانتفاع، الاستعمال، السكن، الارتفاق. ويشمل كذلك التقادم المكسب وطرق الإشهار الواجبة للتصرفات العقارية⁴.

وكذلك الحقوق العينية التبعية كالرهن، وحق الامتياز، وحق الاختصاص، كما يشمل أيضا العقود الواردة على العقار طبقا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 18 ق.م.ج. التي تنص: "على أن العقود التي ترد على العقار تخضع لقانون موقع العقار". وهو بمثابة استثناء للقاعدة التي تنص على إخضاع الشروط الموضوعية للعقد لقانون إرادة المتعاقدين وفقا للفقرة الأولى من المادة 18.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 94.

² عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 972-975.

³ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 282.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 94.

المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على المنقولات

تتقسم المنقولات إلى منقولات مادية ومعنوية ولقد تناولت المادة 3/17 ق.م.ج. القانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية (مطلب أول) أما المنقولات المعنوية فلم تكن هناك قاعدة إسناد خاصة بها إلا بعد تعديل القانون المدني الجزائري بمقتضى الأمر رقم 01-05 السالف ذكره حيث تم إضافة المادة 17 مكرر ق.م.ج. التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المنقولات المعنوية (مطلب ثان).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي

حسب نص المادة 3/17 ق.م.ج. يخضع المنقول المادي إلى قانون البلد الذي يتواجد فيه وقت تحقق سبب الملكية أو الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى، غير أن المنقول بسبب امكانية نقله من دولة إلى أخرى أي تغير مكان تواجده يثير مشكل تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، هل هو قانون مكان تواجده القديم أم الجديد (فرع أول) ولقد حاول الفقه إيجاد حل لهذا الإشكال والذي تم تبنيه من طرف التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري (فرع ثان) وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي لابد من تحديد المسائل التي تدخل في نطاق تطبيقه (فرع ثالث).

الفرع الأول: الإشكال الذي يثيره المنقول: التنازع المتحرك

إذا كان تحديد موقع العقار لا يثير أي إشكال لأنه ثابت في مكانه، فإن المنقول بسبب إمكانية نقله من دولة لأخرى، فإنه يثير مشكل تحديد القانون الذي يطبق عليه هل هو قانون موقعه القديم، أم قانون موقعه الجديد، إن هذا الإشكال في القانون الدولي الخاص يسمى التنازع المتحرك.

يتحقق التنازع المتحرك عندما يحدث تغيير واقعي في ضابط الإسناد يؤدي إلى انتقال شيء معين من نطاق تطبيق قانون إلى قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد¹، أو بعبارة أخرى، يتحقق التنازع المتحرك عندما تكون هناك قابلية خضوع وضعية معينة لنمطين

¹ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، د. د. ن.، القاهرة، 1991، ص 56.

قانونيين مختلفين¹، وعليه ينشأ التنازع المتحرك عن خضوع علاقة لقانونيين متتابعين يتنازعان لحكم موضوع واحد بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان².

ولقد حاول الفقهاء حله وانقسموا في ذلك إلى عدة اتجاهات، حيث يرى الإتجاه الأول ومن أنصاره باتيفول ولوروبر بيجونيير تطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان على التنازع المتحرك، وعليه وبما انه في التنازع الزمني للقوانين القانون الجديد هو الذي يطبق، والذي يكون له أثر مباشر على كل ما يحدث تحت سلطانه من وقائع، وما يترتب عنها من آثار دون أن يكون له أثر رجعي يترد إلى الماضي، فإن الأمر نفسه ينطبق على التنازع المتحرك.

يرى إذن أنصار هذا الاتجاه أنه إذا انتقل المنقول إلى إقليم آخر فإن قانون الموقع الجديد هو الذي يطبق، بصرف النظر عما يكون قد تعلق به من الحقوق تحت سلطان القانون القديم. ولقد وجهت عدة انتقادات لهذا الاتجاه، من بينها أنه يهدر الحقوق المكتسبة على المنقول في ظل قانون الموقع القديم، ويؤدي إلى هدم الثقة في المعاملات³. ولهذا نادى الاتجاه الراجح بتطبيق مبدأ النفاذ الدولي للحق المكتسب⁴.

الفرع الثاني: حل مشكل التنازع المتحرك - مبدأ النفاذ الدولي للحق المكتسب

المقصود بالنفاذ الدولي للحق المكتسب، أن الحق المكتسب على المنقول طبقا لقانون موقعه القديم، يجب أن يبقى نافذا في أي دولة ينقل إليها حتى ولو كان قانون هذه الدولة لا يعترف بهذا الحق، لكن لا بد من توافر ثلاثة شروط لتطبيق هذا المبدأ هي⁵:

¹ شبورو نورية، "الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل اشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية"، مرجع سابق، ص230.

² يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص264.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص99-101.

⁴ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص12.

⁵ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص211.

1- أن تكون جميع عناصر الحق الوارد على المنقول قد اكتملت في ظل قانون موقعه القديم، فمثلاً: إذا اشترى شخص بضاعة ولم يتسلمها في دولة يشترط قانونها التسليم لانتقال الملكية، فإن حق الملكية لم تكتمل عناصره في ظل قانون هذه الدولة، وعليه إذا انتقل هذا المنقول إلى دولة أخرى، فإنه لا يمكنه التمسك بالملكية لأن عناصر حق الملكية لم تكتمل في ظل قانون الموقع القديم حتى ولو كان قانون دولة الموقع الجديد لا يشترط التسليم لانتقال الملكية، والعكس صحيح، فلو أن شخصاً اشترى بضاعة في دولة ينص قانونها على أن الملكية تنتقل بمجرد العقد، فإنه يمكن لهذا الشخص التمسك بالملكية في أي دولة ينتقل إليها المنقول، حتى ولو كان قانونها يشترط التسليم لانتقال الملكية، وهذا لأن عناصر حق الملكية قد اكتملت في ظل قانون الموقع القديم¹.

وبالمثل لو حاز شخص منقولا بحسن نية من غير مالكة في دولة يجيز قانونها التمسك بقاعدة الحيابة سند للملكية، ثم انتقل المنقول إلى دولة لا يعرف قانونها هذه القاعدة فإنه يعتبر مع ذلك مالكا له، ويحترم حقه المكتسب طبقاً لقانون موقع المنقول القديم².

2- أن لا يكون قد نشأ حق مضاد له في ظل قانون موقعه الجديد، كما لو حاز شخص منقولا في دولة تعتبر (الحيابة سند للملكية)، ثم نقل هذا المنقول إلى دولة أخرى، فادعى فيها شخص ملكيته لهذا المنقول بسند رسمي، فهنا نكون بصدد نشوء حق مضاد في ظل قانون الموقع الجديد للمنقول.

وقد جاء في المذكرة التوضيحية للقانون المدني المصري تعليق على المادة 18 ق.م.ج. التي تقابل المادة 17 ق.م.ج.، حيث كان النص يشتمل في المشروع الأول على هذه العبارة: "ويجب في البلد الثاني الذي انتقل إليه المنقول احترام كافة الحقوق الخاصة بالحيابة والملكية وسائر الحقوق الأخرى المكتسبة على المنقول المادي، وفقاً لأحكام قانون موقعه، وذلك إلى حين نشوء حق جديد بمقتضى قانون البلد الآخر"³.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 101-102.

² المرجع نفسه، ص 102.

³ نقلاً عن: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 102.

3- أن لا يكون هذا الحق مخالفا للنظام العام في دولة موقعه الجديد.¹

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فإنه يتضح من نص المادة 3/17 ق.م.ج. أنه قد استعمل معيارين لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنقول، فالمعيار الأول هو معيار مكاني يتمثل في مكان تواجد المنقول.

أما المعيار الثاني، فهو معيار زمني يتمثل في وقت تحقق سبب الملكية أو الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى الواردة على المنقول، ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ النفاذ الدولي للحق المكتسب.

الفرع الثالث: مجال تطبيق قانون مكان تواجد المنقول

يشمل تطبيق هذا القانون تحديد المنقولات التي يجوز التعامل فيها، وكذلك جميع الحقوق العينية الواردة عليها، كحق الملكية والحقوق العينية التبعية السابق ذكرها.

لكن تثار صعوبة في تحديد مكان تواجد بعض المنقولات ذات طبيعة خاصة كالسفن والطائرات لكونها دائمة الحركة، إضافة إلى كونها كثيرا ما تتواجد في مكان لا يخضع لسيادة أي دولة كأعالي البحار بالنسبة للسفن والفضاء الجوي الذي يعلوها بالنسبة للطائرات، في هذه الحالة تخضع لقانون الدولة التي تحمل علمها أي قانون دولة التسجيل، على أساس أن بلد التسجيل هو محل الوصول النهائي لها.

ومن الأموال المنقولة التي تثير أيضا إشكالا في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها نجد البضائع المشحونة، ويقصد بها الأموال الموجودة على متن إحدى وسائل النقل والتي تركت محل إصدارها في طريقها إلى البلد المرسل إليها² ولقد اختلف الفقهاء في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فهناك من يرى اخضاعها لقانون الدولة المصدرة منها وهناك

¹ شريقي نسرين وسعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 75 .

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 183.

من يرى اخضاعها الى قانون الدولة المصدرة اليها على أساس أنها المكان الذي تستقر فيه¹، بينما هناك من يرى اخضاعها إلى قانون بلد تسجيل وسيلة النقل².

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي

يخضع المنقول المعنوي لنفس القانون الذي يخضع له المنقول المادي وهو مكان تواجده (فرع أول) ولكن نظرا لصعوبة تحديد مكان تواجد المنقول المعنوي بسبب طابعه اللامادي، فقد خصّص المشرع الجزائري عدة قواعد إسناد تحدد مكان تواجد مختلف أنواع المنقول المعنوي (فرع ثان).

الفرع الأول: قاعدة خضوع المنقول المعنوي لمحل تواجده

يقصد بالاموال المعنوية أو غير المادية تلك الأشياء التي لا تقع تحت الحس، ومع ذلك تصلح أن تكون محلا للحق العيني، وتشمل حقوق الملكية الادبية والفنية كحق المؤلف والحقوق المجاورة ، وحقوق الملكية الصناعية كالرسوم والنماذج الصناعية، وحقوق الملكية التجارية كالعلامة التجارية والاسم التجاري.

وحسب نص الفقرة الأولى من المادة 17 مكرر ق.م.ج: "تخضع الأموال المعنوية إلى قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

بإضافة هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-10 السالف ذكره أصبح التشريع الجزائري في مصاف التشريعات الحديثة السبابة لحل مشكل تنازع القوانين في الأموال المعنوية بالنظر لأهميتها في المعاملات الدولية³.

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص284-285.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002، ص105.

³ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص270.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخضع المنقولات المعنوية لنفس القانون الذي تخضع له المنقولات المادية، وهو قانون مكان تواجدها، مع تحديد دقيق لمكان تواجد كل نوع من أنواع المنقولات المعنوية المتعارف عليها.

الفرع الثاني: تطبيقات قانون المحل على الأموال المعنوية

تخضع المنقولات المعنوية إلى نفس القانون الذي تخضع له المنقولات المادية ولكن نظرا لطابعها غير المحسوس فإنه من الصعب تحديد محل وجود المال المعنوي، ولهذا فقد حدد المشرع الجزائري بالتدقيق من خلال المادة 17 مكرر ق.م.ج. المقصود بمحل تواجد كل نوع من أنواع المنقولات المعنوية المعروفة كالتالي:

1- الملكية الأدبية والفنية :

تعرف بأنها مجموعة الحقوق القانونية التي تنتج عن الأنشطة الفكرية في المجالات الأدبية والفنية وهي تشمل حقوق المؤلف والحقوق المجاورة. وحسب الفقرة الثانية من المادة 17 مكرر ق.م.ج. تخضع الملكية الأدبية والفنية لقانون البلد الذي تم فيه النشر الأول للمصنف أو انجازه.

2- براءة الاختراع:

عرف المشرع الجزائري براءة الاختراع في المادة 2/2 من الأمر رقم 03-07 بأنها: " وثيقة تسلم لحماية اختراع"¹. وهي تضمن حماية من طرف الدولة للمخترع حتى لا تكون هناك أية إساءة في استغلال اختراعه دو إذنه. وحسب الفقرة 3 من المادة 17 مكرر ق.م.ج. تخضع براءة الاختراع لقانون البلد الذي منحها.

3- الرسومات والنماذج الصناعية:

تعتبر الرسوم والنماذج الصناعية من الابتكارات التي تدخل في نطاق الملكية الصناعية، ولقد عرف المشرع الجزائري الرسم والنموذج من خلال نص المادة الأولى من

¹ الأمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق ببراءة الاختراع الجزائري، ج.رج.ج. عدد 44 صادر في 23 جويلية 2003.

الأمر رقم 66-86 كمايلي: يعتبر رسماً كل تركيب خطوط أو ألوان ويقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يعتبر نموذجاً كل شكل قابل للتشكيل ومركب بالألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن إستعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي"¹.

وحسب الفقرة الرابعة من المادة 17 مكرر ق.م.ج. تخضع الرسومات والنماذج الصناعية لقانون بلد التسجيل أو الإيداع .

4- العلامة التجارية:

تعرف العلامة بأنها كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز صناعته أو بضاعته أو خدماته على مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون"².

وحسب الفقرة الخامسة من المادة 17 مكرر ق.م.ج. تخضع العلامة التجارية لقانون الدولة التي توجد فيها منشأة الاستغلال.

5- الاسم التجاري:

يعرف الاسم التجاري بأنه ذلك الإسم الذي يتخذه كل تاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً لتمييز نشاطه التجاري عن غيره.³ وحسب الفقرة السادسة من المادة 17 مكرر ق.م.ج. يخضع الإسم التجاري لقانون البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للمحل التجاري، على أساس أن الاسم التجاري هو عنصر من عناصر المحل التجاري.

¹ الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28 أبريل 1966، المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج.رج.ج. العدد 35، المؤرخة في 03 ماي 1966.

² محمد علي الرشدان، العلامة التجارية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص12.

³ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص783.

الفصل الثالث

القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية

قد تترتب الالتزامات عن العقود مما يستدعي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها (مبحث أول) والذي يختلف عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات المترتبة عن الوقائع القانونية (مبحث ثان).

المبحث الأول: القانون واجب التطبيق على العقود

يجب التمييز بين موضوع العقد (مطلب أول) وشكله (مطلب ثان) عند تحديد القانون واجب التطبيق.

المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للعقد

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع التصرفات القانونية في المادة 18 ق.م.ج. التي تنص: يسري على الإلتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع قد اعتمد على عدة ضوابط لإسناد الالتزامات التعاقدية إلى القانون الواجب التطبيق عليها (فرع أول) ولا بد من تحديد المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق هذا القانون (فرع ثان) لكن يثور التساؤل بشأن مدى ملاءمة هذه الضوابط للتطبيق على العقد الإلكتروني (فرع ثالث).

الفرع الأول: إسناد الالتزامات التعاقدية

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع قد اعتمد على ضابط إسناد أصلي هو إرادة المتعاقدين (أولاً)، وعدة ضوابط أخرى إحتياطية هي قانون الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، وبلد الإبرام (ثانياً).

أولاً- ضابط الإسناد الأصلي: إرادة المتعاقدين

لقد أعطى المشرع حرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، وهذا هو الموقف الذي تبنته أغلب تشريعات الدول. والواقع أن الفصل في ظهور الملامح الأولى لقاعدة خضوع العقد لإرادة المتعاقدين، يعود إلى الفقيه أكورس الذي برر خضوع العقد لقانون بلد الإبرام بالإرادة الضمنية للمتعاقدين¹.

ثم جاء بعد ذلك الفقيه الفرنسي ديمولان ليقول بأن إرادة المتعاقدين قد تتجه إلى اختيار قانون آخر غير قانون بلد الإبرام، وبالتالي لماذا لا نسمح لهما بالتصريح بهذا القانون المتفق عليه، وانطلاقاً من هنا نشأ مبدأ سلطان الإرادة الذي أخذت به الكثير من تشريعات الدول في مجال تنازع القوانين، بشأن الشروط الموضوعية للعقد؛ وإن اختلفت فيما بينها حول مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، وكذا طريقة التعبير عن الإرادة هل يجب أن يكون صريحاً أم ضمناً².

كانت قاعدة خضوع العقد لمكان إبرامه شكلاً وموضوعاً معروفة في المدرسة الإيطالية القديمة التي كان يتزعمها الفقيه بارتول Bartol، حيث أنه لم يفرق بين شكل العقد وموضوعه قد إتجهت إرادتهما ضمناً إلى إختيار قانون محل إبرام هذا العقد ليحكم علاقتهما العقدية³. ويرجع الفضل إلى الفقيه ديمولان في الفصل بين موضوع العقد و شكله، حيث أستشير سنة 1525 في قضية القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، فاعتبر النظام المالي عقداً وبالتالي وجب خضوعه للقانون الذي إختاره الزوجان، وأنه لا معنى لأن نفترض أن المتعاقدين باختيارهما لمكان إبرام العقد قد إختارا تطبيق قانون مكان الإبرام، إذ يمكن أن تكون إرادتهما قد إتجهت إلى إختيار قانون آخر، ومنذ هذا التاريخ ظهرت قاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين دون الشكل، و هكذا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص لأول مرة⁴.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 288.

² انظر مختلف هذه الاتجاهات في: حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ص 416-426.

³ أعراب، بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 301-303 .

⁴ المرجع نفسه، ص 304 .

وقد وجهت عدة انتقادات لقاعدة مكان إبرام العقد أهمها ما ذكره الفقيه باتيفول من أن مكان إبرام العقد، غالبا ما يكون عرضيا ولا علاقة له بمصالح المتعاقدين، ما جعل معظم التشريعات تأخذ بقاعدة قانون الإرادة كأصل عام . وعلى الرغم من النجاح الذي لاقاه قانون الإرادة، وجهت له عدة انتقادات أهمها:

-إذا كان يحق للمتعاقدين إختيار القانون الذي يحكم عقدهما، فكيف يكون الحل إذا اختارا قانون يقضي ببطلان العقد والمتعاقدان يجهلان ذلك.

-إن تحديد سلطان القانون من حيث المكان من اختصاص المشرع، لكن إذا أعطي للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، ألا نكون في هذه الحالة قد أعطينا اختصاص للمتعاقدين في تحديد سلطان القانون من حيث المكان.

- إذا لم يختار المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم عقدهما، فعلى القاضي البحث عن الإرادة الضمنية مما قد ينتج أن القاضي قد ينسب نعم تتجه إلى المتعاقدين قانونا لم تتجه إرادتهما إليه إطلاقا، مما يفتح المجال لإحلال إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين . كقاعدة إسناد فيما يخص القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وفرنسا والولايات وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية قد أحاطه بقيود، وضيق عليه، كما حدت التشريعات التي أخذت به من حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على عقدهما، خاصة بعد إعمال نظرية الغش نحو القانون.

وبالرجوع إلى نص المادة 18ق.م.ج. نجد أن المشرع الجزائري قد قيد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، بأن تكون له صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين، لأنه من غير المنطقي إعطاء المتعاقدين الحرية المطلقة، التي قد تؤدي إلى اختيار قانون ليس له أي صلة بالعقد، والذي يكون الغرض منه عادة هو التهرب من القواعد الآمرة الواردة في القوانين التي لها صلة بالعقد(الغش نحو القانون).

أما بالنسبة للإرادة الضمنية فلم يعتد بها المشرع الجزائري، وهذا ما يتضح بمفهوم المخالفة من المادة 19 من القانون المدني المصري التي تقابل المادة 18 من القانون

المدني الجزائري والتي تنص: "1- يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فان اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه.

2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

وعليه إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على قانون معين ليحكم عقدهما، فإن القاضي يعود إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية.

ثانيا- ضوابط الإسناد الاحتياطية

إذا تعذر أعمال ضابط الإسناد الأصلي المتمثل في إرادة المتعاقدين، يتم الرجوع إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية المتمثلة في الجنسية المشتركة والموطن المشترك (1) وإذا لم يكن للمتعاقدين جنسية مشتركة ولا موطن مشترك يتم الرجوع إلى ضابط الإسناد الاحتياطي الأخير المتمثل في بلد الإبرام (2).

1-الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك:

في حالة ما إذا لم يتفق المتعاقدين على قانون يحكم عقدهما، وكان هذان المتعاقدين لهما جنسية مشتركة فإنه يطبق قانون جنسيتيهما المشتركة على الشروط الموضوعية للعقد، وإذا كان لهما موطن مشترك فإنه يطبق قانون الموطن المشترك، أما إذا كان لهما جنسية مشتركة وموطن مشترك فإننا نطبق أحد القانونين دون أولوية أحدهما على الآخر، إلا إذا كان أحد القانونين يحكم بصحة العقد والآخر يقضي ببطلانه، في هذه الحالة يطبق القانون الذي يقضي بصحة العقد. أما إذا لم يكن للمتعاقدين لا موطن مشترك ولا جنسية مشتركة، يطبق ضابط الإسناد الاحتياطي الأخير وهو بلد الإبرام.

2- بلد الإبرام:

إذا لم يتفق المتعاقدين صراحة على قانون يحكم عقدهما، ولم يكن لهما جنسية مشتركة ولا موطن مشترك، فإنه يطبق قانون الدولة التي أبرم فيها هذا العقد.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون العقد والاستثناءات الواردة عليه

يجب تحديد المسائل التي تخضع لقانون العقد (أولاً) ثم بيان المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيقه (ثانياً).

أولاً: نطاق تطبيق قانون العقد

أركان العقد المتمثلة في المحل والسبب (الوجود، التعيين، المشروعية)، فكلها تخضع لقانون العقد، ونفس الشيء بالنسبة للجزاء المترتب عن تخلف أحد هذه الأركان (البطلان النسبي، البطلان المطلق)، والآثار المترتبة على العقد (مضمون إلتزامات المتعاقدين، انقضاؤها). أما الآثار المترتبة على تقرير البطلان فتخرج من نطاق تطبيق قانون العقد كإلتزام بالرد والالتزام بالتعويض، لأنها لا تعتبر من الإلتزامات التعاقدية ذلك أنه لا يمكن القول بوجود العقد بعدما قضي ببطلانه¹.

ثانياً - الاستثناءات

يستثنى من الخضوع لقانون العقد أهلية التعاقد التي تخضع لقانون جنسية المتعاقد، وهذا حسب نص المادة 10 ق.م.ج. أما عيوب الإرادة فقد حدث خلاف فقهي بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، إذ هناك من يرى إخضاعها لقانون جنسية الشخص باعتبارها تهدف إلى حماية المتعاقد وهناك من يخضعها لقانون العقد، لأنها تهدف إلى ضمان سلامة وصحة هذا الأخير².

¹ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 673.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 119-120.

بالرجوع إلى الفقرة 4 من المادة 18 ق.م.ج. نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع العقود الواردة على العقارات لقانون موقعها، وبالتالي استثنيت من القاعدة العامة التي تقضي بإخضاع العقد إلى قانون إرادة المتعاقدين.

الفرع الثالث: القانون الواجب على العقد الإلكتروني

تتسم غالبية المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت بطابعها الدولي لأنها تتم بين أفراد يقيمون وينتمون إلى دول مختلفة ، ويتميز العقد الإلكتروني بسمات تختلف عن العقود التجارية التقليدية وهنا تكمن صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثار بشأنها، حاول البعض ان يبقي على منهج تنازع القوانين للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وذلك لعدم تكامل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، وبالتالي تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود .

وعليه بالنسبة للقانون الجزائري يتم تطبيق المادة 18 ق.م.ج. لكنها تثير عدة صعوبات. فبالنسبة لضابط الإرادة المنصوص عليه في هذه المادة يتم الاختيار الصريح للقانون الواجب بالتطبيق بموجب عقود نموذجية تتضمن بندا يحدد من خلاله المتعاقدين القانون الواجب التطبيق، وهو ما يعرف بالاختصاص التشريعي، لكن الملاحظ على هذه العقود انها لا تعطي اي وزن لشرط الصلة الحقيقية بين العقد والقانون ، بالإضافة الى بعض الصعوبات العملية كصعوبة التحقق من وجود إرادة المتعاقدين، وصعوبة تحديد هويتهم¹.

بالنسبة للضوابط المكانية كالموطن المشترك للمتعاقدين وبلد إبرام العقد، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الانترنت في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في بلد رابع، فما هو المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد؟ هل هو مكان المستضيف للموقع، او مكان إقامة البائع أو مكان إقامة المشتري مما يؤدي إلى صعوبة تحقيق اسناد الرابطة العقدية لقانون بلد الابرام في مجال

¹ سعد الدين امحمد، "صعوبة تحديد قانون العقد الإلكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 58، عدد 1، 2020، صص 308-309.

التجارة الالكترونية لعدم توفر الرابطة الحقيقية بين العقد ومكان ابرامه، كما انه يتم الاعتماد على العناوين الالكترونية وليس العناوين الحقيقية لأطراف العقد، وبالتالي من الصعب تحديد موطن المتعاقدين¹.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على شكل العقد

حسب نص المادة 19 ق.م.ج. هناك أربع ضوابط إسناد اختيارية لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد (فرع أول) وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد يتعين تحديد المسائل التي تدخل ضمن مفهوم الشكل، وبالتالي تخضع لأحكام المادة 19 سالف الذكر (فرع ثان).

الفرع الأول: ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

تنص المادة 19 ق.م.ج: "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".

يتضح من نص هذه المادة أنه توجد أربعة ضوابط إسناد اختيارية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للعقد وهي: بلد الإبرام، الموطن المشترك للمتعاقدين، الجنسية المشتركة للمتعاقدين، والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية، وبالتالي يمكن للمتعاقدين إفراغ العقد في الشكلية المنصوص عليها في أحد هذه القوانين الأربعة.

الفرع الثاني: مجال تطبيق القانون الذي يحكم شكل العقد

الشكل هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة²، ويجب الرجوع إلى قانون القاضي لتكييف ما يدخل في الموضوع فيخضع لنص المادة 18 ق.م.ج.، وما يدخل في الشكل فيخضع لأحكام المادة 19 ق.م.ج. ، ونظرا لوجود العديد من المسائل التي قد يحدث الخلط بشأنها، فإنه يجب التعرض لمختلف الأشكال وتحديد القانون الذي يحكمها حيث أن الأشكال

¹ حوالف عبد الصمد، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية"، مجلة الحقيقة، العدد 31، ص 166.

² حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 386.

المطلوبة لإثبات العقد هي التي تخضع لأحكام المادة 19 الخاصة بشكل العقد (أولا) أما الأشكال المطلوبة لانعقاد التصرف (ثانيا) والأشكال المتعلقة بشهر التصرفات (ثالثا) والأشكال المكتملة للأهلية (رابعا) فهي تخضع لأحكام أخرى.

أولا- الأشكال المطلوبة لإثبات العقد

تتمثل الأشكال المطلوبة لإثبات التصرف القانوني في الكتابة، شهادة الشهود، التوقيع... الخ، وهي تخضع لأحكام المادة 19 ق.م.ج.

ويجمع كل من الفقه الفرنسي والمصري الراجح أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف تخضع للقانون الذي يحكم شكل هذا التصرف، كما تخضع لهذا القانون أيضا قوة الدليل في الإثبات، وعليه فإذا كان القانون الذي يحكم الشكل لا يتطلب الدليل الكتابي، بينما يقتضي القانون الذي يحكم الموضوع هذا الدليل فإنه يجوز إثبات التصرف بغير الدليل الكتابي¹.

ثانيا- الأشكال المطلوبة لانعقاد التصرف:

إن الأشكال الجوهرية المطلوبة لانعقاد التصرف تعتبر ركنا رابعا مضافا للأركان الثلاثة المطلوبة أساسا لانعقاد العقد (الرضا، المحل، والسبب)، وهذا إذا تطلب المشرع إفراغ الإرادة في قالب معين تحت طائلة البطلان²، فيصبح الشكل خاضعا للقانون الواجب التطبيق على الموضوع، كاشتراط الرسمية في العقد.

يرى فريق بأن الشكل المطلوب لانعقاد التصرف يعتبر مسألة موضوعية لأن الهدف منها هو حماية إرادة المتعاقد، وهو بذلك يتعلق بجوهر العقد، وبالتالي يجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم موضوع التصرف القانوني، لمعرفة ما إذا كانت الرسمية مطلوبة لانعقاد التصرف، فإذا كانت كذلك فلا ينعقد التصرف بدونها³.

¹ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 389.

² زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 24.

³ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 387-388.

وقد أيدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ذلك حيث جاء فيها: "ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التاميني(الرسمي) فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه الفصل من حيث الموضوع"¹.

يرى القضاء الفرنسي وتسايره أغلبية الفقه هناك أنه يدخل في مفهوم الشكل ويخضع لقاعدة لوكيس وذلك من أجل تيسير المعاملات وعليه فإن العقد الذي يبرم في الشكل العرفي في دولة لا تشترط الرسمية يعد صحيحا، حتى ولو كان القانون الذي يحكم موضوع العقد يشترط الرسمية².

وقد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية في عدة احكام لها ، ومن ضمن أحكامها الحكم بصحة هبة عقارية تمت في شكل عرفي بين فرنسيين. ومع ذلك فالفقه والقضاء يستثنيان الشكل المطلوب إجراؤه أمام موثق مثل الرهن الرسمي، ويرون أن هذا الشكل لا يخضع لقاعدة لوكيس بل يجب أن يعتبر قاعدة موضوعية واجبة الإجراء³.

ثالثا- الأشكال المتعلقة بشهر التصرفات:

كضرورة شهر التصرفات الواردة على العقارات فهي تخضع لقانون موقع المال، الهدف منها هو إعلام الغير وضمان استقرار المعاملات المالية⁴.

رابعا- الأشكال المكتملة للأهلية:

مثل ضرورة حصول القاصر البالغ 18 سنة على إذن من مجلس العائلة، مصادق عليه من المحكمة المختصة، لمزاولة النشاط⁵، فهي تخضع لقانون جنسية الشخص.

¹ نقلا عن حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 378.

² المرجع نفسه، ص 389.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 85؛ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 326.

⁴ ابراهيم احمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 327.

⁵ تنص المادة 5 ق.ت.ج: "لا يجوز للقاصر المرشد، نكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاوله التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن اعمال تجارية،

المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية (الوقائع القانونية)

الوقائع القانونية هي وقائع مادية تترتب عنها آثار قانونية، تتمثل في الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والالتزامات الناشئة عن الفعل النافع¹. ويتجه الفقه والقضاء في أغلب الدول إلى تطبيق القانون المحلي على هذه الالتزامات غير التعاقدية. ويقصد بالقانون المحلي قانون المكان الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

المطلب الأول: تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية

اختلف الفقهاء حول أساس تطبيق قانون المحل على الوقائع القانونية (فرع أول) ورغم أن أغلب التشريعات الحديثة تخضع الوقائع القانونية لمحل وقوعها إلى أنه في بعض الحالات، تعترضها صعوبات في التطبيق (فرع ثان).

الفرع الأول: أساس تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية

إن قاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون المحل، مستمدة من القاعدة التقليدية التي تقضي بخضوع الجرائم إلى قانون محل وقوعها، وعليه يرى بعض الفقهاء أن أساس تطبيقها هو مبدأ الشرعية².

فقانون المحل هو الذي يحدد مدى مشروعية الفعل الذي يقع تحت سلطانه، فالمسألة هنا تتعلق بالأمن المدني. أما البعض الآخر فبرر تطبيق قانون المحل بضرورة تحقيق التوازن بين مصلحة مرتكب الفعل والمتضرر، فلا مبرر لتفضيل قانون أحدهما دون الآخر³.

إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم . ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري".

¹ موحد إسماعيل، مرجع سابق، ص 175.

² فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص 333.

³ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 117.

الفرع الثاني: الصعوبات المعترضة تطبيق قانون المحل

إن وقوع الفعل المنشئ للإلتزام في مكان لا يخضع لسيادة أي دولة كما لو وقع تصادم بين سفينتين في عرض البحر، أو بين طائرتين في الفضاء الجوي الذي يعلوه يستحيل معه تطبيق قانون المحل، ولهذا لا بد من إيجاد القانون الواجب التطبيق عليه وهنا توجد عدة افتراضات:

فإذا كانت هناك اتفاقية دولية تعالج هذا الموضوع، فإن أحكامها هي التي تنطبق. أما إذا لم توجد مثل هذه الاتفاقية فإن بعض الفقهاء يرون تطبيق قانون علم السفينة التي تسببت في الاصطدام، وهناك من يرى تطبيق قانون علم السفينة المتضررة¹.

أما البعض الآخر فيرون تطبيق قانون القاضي باعتباره الحل الذي يجب الرجوع إليه كلما تعذر أعمال قاعدة الإسناد.

ويجب الإشارة إلى أنه إذا كانت السفينتين أو الطائرتين المتصادمتين تحملان نفس العلم، فإن قانون العلم المشترك هو الذي يطبق. أما إذا وقع الفعل المنشئ للإلتزام داخل السفينة الموجودة في عرض البحر، أو داخل الطائرة الموجودة في الفضاء الجوي الذي يعلوه فإنه يخضع لقانون علم هذه السفينة أو الطائرة².

تنص المادة 20 ق.م.ج. على أن: "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام، غير أنه فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج، وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

يتضح من أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بقاعدة خضوع الإلتزامات غير التعاقدية، سواء نشأت عن الفعل الضار أو الفعل النافع للقانون المحلي.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص 328.

² المرجع نفسه، ص 330.

ولكن يجب تحديد المقصود بقانون المحل هل هو قانون مكان وقوع الخطأ أم قانون مكان وقوع الضرر، وهذا في الحالات التي يقع فيها الخطأ في مكان والضرر في مكان آخر، كتقليد علامة تجارية في دولة ما وبيع البضائع التي تحمل هذه العلامة في دولة أخرى، أو وضع قنبلة زمنية في طائرة ثم تنفجر في دولة أخرى.¹

هناك خلاف فقهي حول هذه المسألة، فهناك من يرى تطبيق قانون مكان وقوع الضرر على أساس أن أركان المسؤولية لا تكتمل، إلا به كما أن مقدار التعويض يتحدد عادة بدرجة الضرر. إضافة إلى تطور صور المسؤولية التي لا تقوم على عنصر الخطأ، في حين لا يمكن تصور المسؤولية بدون عنصر الضرر. أما الاتجاه الفقهي الآخر فيرى تطبيق قانون محل وقوع الخطأ على أساس أن قواعد المسؤولية التقصيرية، تهدف إلى وقاية المجتمع من الأعمال غير المشروعة.²

وهذا هو الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري، بدليل أنه في الفقرة 2 من المادة 20 يشترط لتطبيق قانون المحل أن يكون الفعل المنشئ للالتزام غير مشروع طبقاً للقانون الجزائري، بمعنى أنه لو وقع فعل في دولة ما وهو غير مشروع طبقاً لقانونها، ولكنه مشروع طبقاً للقانون الجزائري، فإن القاضي لا يطبق قانون المحل، وإنما يطبق القانون الجزائري الذي يعتبر مرتكب هذا الفعل معفى من أي مسؤولية. أما لو كان هذا الفعل غير مشروع طبقاً للقانون الجزائري، وطبقاً لقانون الدولة التي وقع فيها، فإن أحكام هذا الأخير هي التي تطبق لتحديد المسؤولية.

ويذهب رأي آخر إلى وجوب تطبيق قانون محل تحقق الضرر، على أساس أن الهدف من تطبيق قانون محل تحقق الضرر، هو تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، فلا يمكن تجاهل مكان تحقق الضرر تجاهلاً تاماً، على أساس أن عنصر الخطأ يشكل ركناً أساسياً من أركان المسؤولية التقصيرية، كما أن العبرة بقانون مكان تحقق الضرر إن اختلف عن مكان ارتكاب السلوك الضار، أي الاعتداد بعنصر الضرر يجب أن يستجيب للواقعية في

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص 325-326.

² المرجع نفسه.

تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية، أي الابتعاد قدر الإمكان عن المجاز والتصور في تركيز العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي، وبذلك اللجوء إلى عناصر ذات طابع مادي، فالضرر هو العنصر المميز في هذه الحالة، فالأولية تكون لقانون ذلك المكان، هذا من جهة¹.

ومن جهة أخرى، فالمسؤولية المدنية غايتها الأولى التعويض المدني لا العقوبة على العمل أو السلوك الضار، وهذا ما يدعمه التطور الحديث في نظام المسؤولية المدنية يؤكد افتراقها عن المسؤولية الجنائية من حيث الاعتداد بعنصر الفعل الغير المشروع لان الهدف الأساسي لا يرمي إلى توقيع الجزاء على المخطئ بقدر ما يهدف إلى حماية المضرور وتعويضه عن الضرر الذي أصابه.²

والضرر هذا يجب أن يقدر بقانون مكان تحققه باعتباره قانون المكان الذي اخلت فيه التوازن بين المصالح التي يهدف القانون إلى حمايتها، وعليه يجب إعطاء الاختصاص في هذه الحالة لقانون الدولة التي يتحقق فيها الضرر الرئيس³.

فمثلا عند إرسال كتاب سب وشتم من بلد إلى بلد آخر يعتبر الضرر الرئيس قد وقع في المكان الذي يتم فيه تسلّم هذا الكتاب ويعتبر قانون هذا المكان هو القانون المختص، وعليه سوف يطبق قانون محل تحقق الضرر، فالمسؤولية المدنية غايتها الأولى التعويض المدني لا العقوبة على الفعل الضار، فلا يكون للمدعي مصلحة في الدعوى، ما لم يكن قد أصابه ضرر، لان الضرر هو الشرط الأول لقيام المسؤولية، كما أن تقادم المسؤولية يبدأ من وقت تحقق الضرر، وتقدير التعويض يكون بقدر الضرر.

وخلافا للموقف الأول والثاني هناك من يرى بضرورة تطبيق القانون الأصلح للمتضرر، أي أن المتضرر له الحق في الاختيار بين قانون وقوع الفعل الضار وقانون

¹ هشام بولسينة، القانون الواجب التطبيق عند تعدّد عناصر الحدث في القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد3، العدد5، 2018، ص5

² المرجع نفسه .

³ هشام بولسينة، مرجع سابق، ص7.

مكان تحقق الضرر، وأيهما أصلح وانفع له، وفي هذه الحالة القانون الذي تم تحديده هو قانون المكان الذي اكتملت فيه عناصر المسؤولية، أي القانون الأصلح للمتضرر أو أي قانون آخر يبدو مناسباً وملائماً¹.

المطلب الثاني: مجال تطبيق قانون المحل ونظرية القانون الملائم

نتناول من خلال هذا المطلب المسائل التي تخضع الى قانون محل وقوع الفعل المنشئ للمسؤولية (فرع أول) تم عرض إلى النظرية الحديثة في إسناد الوقائع القانونية وهي نظرية القانون الملائم (فرع ثان).

الفرع الأول: مجال تطبيق قانون المحل

يطبق قانون المحل على جميع صور المسؤولية التقصيرية (عن العمل الشخصي، عمل الغير، المسؤولية عن الأشياء...الخ). كما أنه هو الذي يحدد أركان المسؤولية (خطأ، ضرر، علاقة سببية)، مع مراعاة الشرط الوارد في الفقرة 2 من المادة 20 فيما يخص عدم مشروعية الفعل المرتكب. ويحدد أيضا قانون المحل حالات انتفاء المسؤولية وطريقة التعويض وكيفية تقديره.

ويجب الإشارة إلى إن أهلية المساءلة أيضا تخضع لقانون المحل باعتبارها الركن المعنوي للخطأ، وبالتالي فهي شرط من شروط المسؤولية ولا صلة لها بأهلية التعاقد التي تخضع لقانون جنسية الشخص².

هناك إشكال بالنسبة للأفعال التي ترتب مسؤولية مدنية وجزائية مثلا جزائري ارتكب جريمة في الخارج، فبالنسبة للشق الجزائي فإن قانون العقوبات الجزائري هو الذي سيطبق، أما بالنسبة للشق المدني فما هو القانون الواجب التطبيق عليه؟ هل هو قانون محل وقوع الجريمة، أم القانون الجزائري.

يرى الاتجاه الراجح في الفقه والقضاء تطبيق قانون المحل مع التمييز بين افتراضين:

¹ المرجع نفسه، ص ص 8-9.

² اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 327.

- إذا رفعت دعوى جزائية ومدنية أمام المحكمة الجزائرية، فإن القاضي يطبق قانون المحل على الدعوى المدنية ولكن يجب أن يتقيد بالحكم الصادر في الدعوى الجزائية.
- إذا رفعت دعوى جزائية أمام محكمة محل وقوع الجريمة ورفعت دعوى أمام المحكمة الجزائرية، فإن القاضي يطبق قانون المحل على الدعوى المدنية، دون أن يتقيد بالحكم الأجنبي الصادر في الدعوى الجزائية.¹
- بالنسبة للالتزامات المترتبة عن الفعل النافع يطبق قانون المحل على الاثراء بلا سبب² ودفع غير المستحق³، والفضالة⁴.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة في إسناد الالتزامات غير التعاقدية(القانون الملائم)

تسود هذه النظرية في أمريكا، وهي تعود إلى الفقيه موريس الذي نشر سنة 1951 مقالا في مجلة هارفارد القانونية بعنوان"القانون الملائم للفعل المستوجب للمسئولية التقصيرية"، ومؤدى هذه النظرية أن قانون المحل لا يكون دائما ملائما للتطبيق على الفعل الضار، لأن هذا الأخير قد يقع في مكان ما صدفة دون أن تكون له أي صلة به، ولهذا يجب على القاضي أن يبحث عن القانون الذي له ارتباط أكثر بالحادث.⁵

وأشهر قضية طُبّق فيها القضاء الأمريكي نظرية موريس هي قضية جاكسون Jackson وبابكوك Babcock، وتتخلص وقائعها في أن مواطنا من ولاية نيويورك أخذ معه راكبا من نفس الولاية في سيارته المسجلة في نفس الولاية، وأثناء الرحلة وقع حادث في مقاطعة أونتاريو Ontari، تسبب في ضرر للراكب، رفع نزاع أمام محكمة نيويورك، فقضت

¹ اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 327.

² تنص المادة 141 ق.م.ج: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

³ تنص المادة 143: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده. غير انه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء".

⁴ تنص المادة 150 ق.م.ج: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك".

⁵ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 91-92..

بتطبيق قانون نيويورك لتحديد المسؤولية، باعتبار أن المتسبب في الضرر والمتضرر متوطنان في نيويورك، كما أن السيارة مسجلة في نفس الولاية، وعليه فإن هذا القانون أكثر ملاءمة من قانون المحل (Ontario) الذي وقع فيه الحادث صدفة.¹

خلاصة

لقد أدى تباين العلاقات الخاصة الداخلية عن العلاقات الخاصة الدولية إلى اختلاف في منهجية حل النزاعات التي تترتب عنهما، إذ أنه من غير العدل أن تخضع العلاقة التي يشوبها عنصر أجنبي والتي تتصل بقانون أجنبي أو أكثر، لأحكام القانون الوطني وحده الذي شرع لحكم الروابط الداخلية؛ هذا ما دفع بفقهاء قانون الدولي الخاص منذ عصور إلى اقتراح حلول فقهية لمشكلة تنازع القوانين التي تعتبر عماد القانون الدولي الخاص رغم تعدد موضوعاته، والغرض من هذه الحلول هو التوصل إلى أفضل القوانين ملاءمة لحل مشكلة تنازع القوانين، ولقد شهدت تطورات متلاحقة إلى أن أصبحت على الشكل الذي نجده في مختلف تشريعات الدول بما فيها التشريع الجزائري الذي واكب هذه التطورات ولعل أكبر دليل على ذلك تعديل القانون المدني الجزائري بموجب الامر رقم 05-10 الذي من خلال تم تعديل مختلف قواعد الاسناد الجزائرية وأهم الإضافات التي جاءت فيه هي:

-النص صراحة على الاحالة من الدرجة الاولى؛

-وضع قاعدة إسناد خاصة بالانفصال الجسماني؛

- وضع قاعدة إسناد خاصة بالتبني؛

-وضع قاعدة إسناد خاصة بالمنقول المعنوي؛

-النص صراحة على الغش نحو القانون كآلية لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي.

ومع ذلك يبقى موضوع العقود الالكترونية يثير مشكلة في تطبيق قاعدة الاسناد العامة الواردة في المادة 18 التي تخص العقود التقليدية، وعليه يجب على المشرع مواكبة التطورات الحاصلة في مجال التجارة الالكترونية، وإضافة قاعدة إسناد ملائمة تتناسب مع خصوصية هذه العقود، وتسهل عملية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 92-93

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1-الكتب:

1. ابراهيم إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية ومركز الأجنبي، (د.ر.ط)، (د.د.م.ن)، 1993.
2. الأسدي عبد الرسول عبد الرضا، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002.
3. اسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.
4. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، دار هومة، 2003.
5. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري،- تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2002.
6. البستاني سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص -المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
7. الداوودي غالب علي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية - دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2005.
8. بلمامي عمر، دراسات في القانون المعاصر: نظرية التكييف، نظرية التكييف(دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
9. خالد هشام، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

10. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010.
11. الرشدان محمد علي، العلامة التجارية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص12.
12. رياض عبد المنعم و راشد سامية، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن).
13. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسييلة، 2010.
14. سليمان علي علي، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري لطلبة الفصلين السابع و الثامن(د، ر، ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
15. سلامة أحمد عبد الكريم، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
16. شريقي نسرين وبوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
17. صادق هشام علي، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجديدة، بيروت، 1980.
18. صادق هشام علي، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، المجلد الاول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى ، 2014.
19. صادق هشام علي، تنازع القوانين، د.د.ن، د.م.ن، 2007.
20. صادق هشام، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، الجنسية و مركز الأجنب دراسة مقارنة، (د.ر.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

21. عبد الله عز الدين، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الطبعة 11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، (د.م.ن)، 1986.
22. عبد الرحمان عبد الحكيم مصطفى، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط1، دون دار نشر، القاهرة 1991.
23. عرموش ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول: تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
24. فضيل نادية، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2006.
25. فهمي محمد كمال، أصول القانون الدولي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، د.س.ن.
26. قتال حمزة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018.
27. القليوبي سميحة، الملكية الصناعية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
28. مسلم أحمد، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان)، (د.ر.ط)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، (د.ت.ن).
29. منصور سامي بديع، دياب نصري انطوان وغصوب عبده جميل، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع الاختصاص التشريعي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.

30. الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين- المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

2- الأطاريح والمذكرات:

1-لعطر فتيحة، الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2018.

2- يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

3-المقالات:

1. اعراب بلقاسم، "أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الجزائري"، بدون بيانات

2. امحمدي بوزينة آمنة، "إشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم (دراسة تحليلية نقدية على ضوء أحكام قواعد تنازع القوانين والاجتهاد القضائي)"، ص ص 171- 195.

3. بن ناصر ياسين، الأموال الثقافية وإشكالية تنازع القوانين، مجلة مدارات للعلوم الاجتماعية والانسانية، المركز الجامعي غليزان، عدد3، 2021، ص ص 504-514

4. جندولي فاطمة زهرة، الأسباب الارادية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين، الحوار المتوسطي، مجلد 1، عدد1، 2021، ص ص663-680.

5. حواسي يامنة، "الإشكالات القانونية للميراث الناتج عن الزواج المختلط"، مجلة القانون والمجتمع، مجلد 5 عدد10، 2017، ص ص117-148

6. الدح عبد المالك، " الاحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة ام حل) "، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد8، العدد 4، 2015 ص ص148-156.
 7. دغيش أحمد، "الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 2، 2017، ص ص 74-87.
 8. ديدي ابراهيم، "اتفاق أطراف العلاقة القانونية على استبعاد تطبيق قاعدة التنازع في قانون القاضي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد1، 2019 ص ص1768-1787.
 9. زروتي الطيب، "اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط"، دون بيانات
 10. سعد الدين امحمد، "صعوبة تحديد قانون العقد الالكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد58، عدد1، 2020، ص ص303-323.
 11. شبورو نورية، "الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل اشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية"، ص ص 219- 236
 12. عيد عبد الحفيظ، "حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد10، العدد3، ص ص346-373.
 13. هشام بولسينة، "القانون الواجب التطبيق عند تعدد عناصر الحدث في القانون الدولي الخاص"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد3، العدد5، 2018، ص ص85-93.
 14. يعقوبي فتيحة وحزاب ربيعة، "آثار عقد الزواج المختلط في تنازع القوانين والتشريعات المقارنة"، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور - الجلفة، المجلد 4، العدد 16، 2019، ص ص 300-314.
- 5- النصوص القانونية:

أ-الاتفاقيات الدولية :

- 1-الاتفاقيات الخاصة بتوحيد أحكام السّفْتجة والشيك لعام 1930 و 1931. متاحة على الرابط التالي:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf>

2- اتفاقية جنيف الخاصة بحالة اللاجئين F28 لعام 1951، متاحة على الرابط التالي:

. <http://www.unhcr-arabic.org/4d11b3026.htm>

3- اتفاقية نيويورك الخاصة بحالة عديمي الجنسية لعام 1954، متاحة على الرابط التالي:

<https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/StatelessPersons.aspx>

4- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لعام 1971 ، متاحة على الرابط التالي:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo_pub_287.pdf

5- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المؤرخة في 11 أبريل 1980. متاحة على الرابط التالي:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

6- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية المؤرخة في 23 نوفمبر 2005، متاحة على الرابط التالي:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/06-57450_ebook.pdf

ب- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-86 المؤرخ في 28 أبريل 1966، المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية،

الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 03 ماي 1966.

2. أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج

العدد 21 الصادر في 27 فبراير 1970 معدل ومتمم.

3. أمر رقم 70-86 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية

الجزائرية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 105، الصادر في 18 ديسمبر 1970.

4. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري

العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم.

5. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.د.ش، العدد 15 الصادر في 27 فبراير 2005.
6. أمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق ببراءة الاختراع الجزائري، ج.ر.ج. عدد 44 صادر في 23 جويلية 2003.
7. أمر رقم 05-01 الصادر في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 15، الصادر في 27 فبراير 2005.
8. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21 الصادر في 23 أبريل 2008.
9. قانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتعلق بشروط دخول وإقامة الأجانب وتقلهم فيها، ج.ر.ج. عدد 36، الصادر في 2 يوليو 2008.

ثانيا - المراجع باللغة الفرنسية

I- Ouvrages

1. COURBE Patrick, *Droit international privé*, 2^e édition Armand Colin, Paris, 2003.
2. MELIN François, *Droit international privé*, 3^e édition, Lextenso éditions, Paris, 2008.
3. YIVON Loussouarn, BOUREL Pierre, DEVARELLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, 9^e édition, Dalloz, Paris, 2007
4. CLAUDEL Sandrine, *Droit international privé*, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2010.
5. BERTRAND Ancel, YVE Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2006.
6. LECUER Stanislas, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel : pour l'harmonisation des relations internationales privées*, LGDJ, Paris, 2007.
7. Derruppé Jean, *Droit international privé*, 12^e édition, Dalloz, Paris, 1979.

II- Textes juridiques

1. Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signé à la Haye, le 12 avril 1930,
<http://www.ipr.be/data/V.19300412>
2. Loi n° 63-96 du 27 mars 1963 portant code de la nationalité Algérienne, JORADP n°18 du 2 avril 1963 (abrogée).

III- Arrêts

- Cour Internationale de Justice (CII), Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) ; Deuxième phase, 9 April 1955,
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b71f0.html>

الفهرس

1	مقدمة
3	الباب الأول: النظرية العامة لتنازع القوانين
3	الفصل الأول: تنازع القوانين كموضوع أساسي للقانون الدولي الخاص
3	المبحث الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص
4	المطلب الأول: تعريف القانون الدولي الخاص وطبيعته
4	الفرع الأول: تعريف القانون الدولي الخاص
5	الفرع الثاني: طبيعة القانون الدولي الخاص
5	أولاً: القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم دولي
6	ثانياً: القانون الدولي الخاص قانون عام أم خاص
7	المطلب الثاني: مواضيع القانون الدولي الخاص
7	الفرع الأول: الاتجاه التقييدي
8	الفرع الثاني: الاتجاه التوسعي
8	أولاً: تنازع الاختصاص القضائي
9	ثانياً: الجنسية والمواطن
9	ثالثاً: مركز الأجانب
9	رابعاً: تنفيذ الأحكام الأجنبية
9	المطلب الثالث: مصادر القانون الدولي الخاص

9	الفرع الأول: المصادر الداخلية
10	أولاً: التشريع
11	ثانياً: القضاء
11	الفرع الثاني: المصادر الدولية
12	أولاً- المعاهدات الدولية
13	ثانياً- القضاء الدولي
13	ثالثاً- العرف الدولي
14	رابعاً- الفقه الدولي
14	المبحث الثاني: مدخل لتنازع القوانين
14	المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين
14	الفرع الأول: تعريف تنازع القوانين
15	الفرع الثاني: شروط قيام تنازع القوانين
16	الفرع الثالث: مجال تنازع القوانين
16	أولاً: الصفة الدولية للتنازع
16	ثانياً: الصفة الخاصة للتنازع
17	المطلب الثاني: التطور التاريخي لتنازع القوانين
17	الفرع الأول: تنازع القوانين في العصور القديمة
18	الفرع الثاني: مشكل تنازع القوانين ودور المدارس الفقهية في حلّه
19	أولاً: المدرسة الإيطالية القديمة

20	ثانيا: المدرسة الفرنسية
20	ثالثا:المدرسة الهولندية
21	الفرع الثالث: تنازع القوانين في العصر الحديث
21	أولا: فقه مانثيني
22	ثانيا: فقه سافيني
23	ثالثا: فقه بيه
24	رابعا: فقه نبوييه
25	الفصل الثاني: منهجية حل مشكل تنازع القوانين
25	المبحث الأول: التكييف
25	المطلب الأول: مفهوم التكييف
25	الفرع الأول: تعريف التكييف
27	الفرع الثاني: أهمية التكييف
27	أولا: قضية زواج اليوناني الأرثوذكسي
28	ثانيا: ميراث المالطي
28	ثالثا:قضية وصية الهولندي
29	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف
29	الفرع الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي
31	الفرع الثاني: خضوع التكييف للقانون واجب التطبيق على النزاع
32	الفرع الثالث: خضوع التكييف للقانون المقارن
		الفرع الرابع: الفقه الحديث: إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف وفقا لقانون
33	القاضي

34	المبحث الثاني: الإسناد.....
34	المطلب الأول: مفهوم قاعدة الإسناد.....
34	الفرع الأول: تعريف قاعدة الإسناد.....
36	الفرع الثاني: عناصر قاعدة الإسناد.....
36	أولاً: الفئة المسندة.....
36	ثانياً: ضابط الإسناد.....
37	الفرع الثالث: خصائص قواعد الإسناد.....
38	أولاً: قواعد الإسناد غير مباشرة.....
38	ثانياً: قواعد الإسناد مزدوجة.....
39	ثالثاً: قواعد الإسناد قواعد محايدة.....
39	المطلب الثاني: أنواع الإسناد.....
39	الفرع الأول: الإسناد إلى أكثر من قانون.....
40	الفرع الثاني: الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات.....
40	المبحث الثالث: الإحالة.....
41	المطلب الأول: مفهوم الإحالة.....
42	الفرع الأول: الأساس التاريخي للإحالة(قضية فورقو).....
43	الفرع الثاني: أنواع الإحالة.....
43	أولاً: الإحالة من الدرجة الأولى.....
44	ثانياً: الإحالة من الدرجة الثانية.....
45	المطلب الثاني: موقف الفقه من الإحالة.....
45	الفرع الأول: حجج مناصري الإحالة.....

- 46 الفرع الثاني: حجج معارضي
- 47 المطلب الثالث: أساس الإحالة
- 47 الفرع الأول: الإحالة تفويض
- 47 الفرع الثاني: الإحالة حل احتياطي
- 48 الفرع الثالث: تبرير الإحالة على أساس فكرة الإقليمية
- 49 الفرع الرابع: تبرير الإحالة استنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد
- 50 المطلب الرابع: نطاق الاحالة
- 50 الفرع الأول: حالات الأخذ بالإحالة
- 51 الفرع الثاني: حالات استبعاد الإحالة
- 51 أولا: حالة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين
- 52 ثانيا: حالة خضوع شكل العقد إلى قانون بلد الإبرام
- 52 الفصل الثالث: تطبيق القانون الأجنبي**
- 52 المبحث الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي**
- 52 المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي
- 52 الفرع الأول: نظرية المجاملة الدولية
- 53 الفرع الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة
- 53 الفرع الثالث: نظرية التفويض
- 54 الفرع الرابع: نظرية الاستقبال والاستيعاب
- 55 الفرع الخامس: المدرسة الفرنسية: تطبيق القانون الأجنبي كواقعة
- 56 المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي
- 57 الفرع الأول: تحديد من يقع عليه عبئ إثبات مضمون القانون الأجنبي

- 57 الفرع الثاني: كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي
- 58 المطلب الثالث: تفسير القانون الأجنبي
- 59 الفرع الأول: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي
- 59 الفرع الثاني: رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي
- 60 المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي
- 60 المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام
- 60 الفرع الأول: مفهوم النظام العام
- 62 الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام
- 63 الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام
- 63 أولاً: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام
- 63 ثانياً: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام
- 64 ثالثاً: أثر الدفع بالنظام العام بشأن الحقوق المكتسبة في الخارج
- 65 المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون
- 65 الفرع الأول: نشأة نظرية الغش نحو القانون
- 66 الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون
- 66 أولاً: الركن المادي
- 67 ثانياً: الركن المعنوي
- 67 الفرع الثالث: نطاق الدفع بالغش نحو القانون
- 68 الباب الثاني: تطبيقات قواعد الإسناد الجزائية على المسائل القانونية المختلفة
- 68 الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية
- 68 المبحث الأول: ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية

- المطلب الأول: الاحوال الشخصية بين قانون الجنسية وقانون الموطن 69
- الفرع الأول: حجج أنصار قانون الجنسية 69
- الفرع الثاني: حجج أنصار قانون الموطن 70
- المطلب الثاني: الصعوبات المترتبة عن الأخذ بضابط الجنسية 71
- الفرع الأول: حالة متعدد الجنسية 71
- الفرع الثاني: حالة عديم الجنسية 72
- المبحث الثاني: تطبيقات قانون الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية 73**
- المطلب الأول: الحالة والأهلية 73
- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص 73
- أولاً: حالة الشخص الطبيعي 73
- ثانياً: حالة الشخص المعنوي 74
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأهلية 74
- أولاً: القاعدة العامة 74
- ثانياً: الاستثناء الوارد على خضوع الأهلية لقانون الجنسية 76
- ثالثاً: حماية ناقص الأهلية وعديم الأهلية والغائب 78
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج 79
- الفرع الأول: شروط الزواج 79
- أولاً: الشروط الشكلية للزواج 80
- ثانياً: الشروط الموضوعية للزواج 80
- الفرع الثاني: آثار الزواج 82
- أولاً: القاعدة العامة 83

- 84 ثانيا: الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري
- 85 الفرع الثالث: انحلال الزواج والانفصال الجسماني
- 85 أولا: القاعدة العامة
- 86 ثانيا: الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري
- 86 المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية الأخرى
- 86 الفرع الأول: الكفالة والتبني
- 87 أولا: الكفالة
- 87 ثانيا: التبني
- 87 الفرع الثاني: الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت
- 87 أولا: الميراث
- 89 ثانيا: الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت
- 90 الفرع الثالث: الهبة والوقف
- 90 أولا: الهبة
- 90 ثانيا: الوقف
- 91 الفصل الثاني: القانون واجب التطبيق على الأموال**
- 91 المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقارات
- 91 المطلب الأول: أصل وأساس خضوع العقار إلى قانون موقعه
- 93 المطلب الثاني: مجال تطبيق قانون موقع العقار
- 94 المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقولات
- 94 المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي
- 94 الفرع الأول: الإشكال الذي يثيره المنقول: التنازع المتحرك

- 95 الفرع الثاني: حل مشكل التنازع المتحرك: مبدأ النفاذ الدولي للحق المكتسب
- 97 الفرع الثالث: مجال تطبيق قانون مكان تواجد المنقول
- 98 المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي
- 98 الفرع الأول: خضوع المنقول لمكان تواجده
- 99 الفرع الثاني: تطبيقات قانون المحل على الأموال المعنوية
- 99 1- الملكية الادبية والفنية وبراءة الاختراع
- 99 2- براءة الاختراع
- 99 3- الرسومات والنماذج الصناعية
- 100 4- العلامة التجارية
- 100 5- الاسم التجاري
- 101 الفصل الثالث: القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية
- 101 المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود
- 101 المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للعقد
- 101 الفرع الأول: إسناد الالتزامات التعاقدية
- 104 أولا- ضابط الإسناد الأصلي: إرادة المتعاقدين
- 104 ثانيا: ضوابط الإسناد الاحتياطية
- 104 أولا: الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك
- 105 ثانيا: بلد الإبرام
- 105 الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون العقد والاستثناءات الواردة عليه
- 105 أولا: نطاق تطبيق قانون العقد

105	ثانيا: الاستثناءات
106	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني
107	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل العقد
107	الفرع الأول: ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد
107	الفرع الثاني: مجال تطبيق القانون الذي يحكم شكل العقد
108	أولا: الأشكال المطلوبة لإثبات العقد
108	ثانيا: الأشكال المطلوبة لانعقاد التصرف
109	ثالثا: الأشكال المتعلقة بشهر التصرفات
109	رابعا: الأشكال المكتملة للأهلية
110	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية (الوقائع القانونية).
110	المطلب الأول: تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية
110	الفرع الأول: أساس تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية
110	الفرع الثاني: الصعوبات المعترضة تطبيق قانون المحل
114	المطلب الثاني: مجال تطبيق قانون المحل ونظرية القانون الملائم
114	الفرع الأول: مجال تطبيق قانون المحل
114	الفرع الثاني: النظرية الحديثة في إسناد الالتزامات غير التعاقدية(القانون الملائم).
116	خلاصة
117	قائمة المراجع
125	فهرس