



جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس - تخصص قانون خاص

من إعداد الأستاذة: غالية عز الدين

الموسم الجامعي: 2022/2021

مقدمة

إن التطور السريع الذي يعرفه العالم حاليا في مجال المواصلات والاتصالات أدى إلى كثرة العلاقات بين الأفراد في مختلف أنحاء العالم، لذلك كان لزاما على الدول إيجاد قوانين تحكم هذه العلاقات بين الأفراد أثناء حدوث النزاعات بينهم ليعود القاضي المعروض أمامه الدعوى إلى هذه القوانين وتطبيق أنسبها على هذه العلاقات.

وهذه العلاقات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، العقود، المسؤولية التقصيرية، أو غيرها من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، والتي تحمل في طياتها عنصرا أجنبيا بحاجة إلى قواعد خاصة، وذلك لارتباط العلاقة بدولتين أو أكثر، فلا ي دولة سيكون الحق في حل النزاع الناشئ خاصة وأن قواعد القانون الداخلي كقانون الأسرة، القانون التجاري وغيرها غير مؤهلة وغير كافية لإيجاد الحل المناسب، وهذا ما أدى إلى ظهور قواعد القانون الدولي الخاص.

وقد اختلف الفقه في تحديد الموضوعات التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص فمن الفقه من يدخل في نطاقه موضوعا واحدا فقط وهو تنازع القوانين، ومن الفقه من يتوسع في نطاقه فيدخل فيه الجنسية، مركز الأجانب، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، والملاحظ أن كل الاتجاهين الفقهيين اتفقا على اعتبار موضوع تنازع القوانين من مواضيع القانون الدولي الخاص، وهذا هو الموضوع الذي سنخصص له دراستنا في هذه المطبوعة.

وقد تكفل المشرع الجزائري بتنظيم مجالات القانون الدولي الخاص، حيث أصدر عدة قوانين بدءا من قانون الجنسية، وقانون الإجراءات المدنية، والقانون المنظم لمركز الأجانب وشروط استخدامهم، ثم الأحكام الواردة في القانون المدني، وفيه خصص المشرع الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول لتنازع القوانين من حيث المكان من المواد 09 إلى 24 منه.¹

¹ - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13 ملس=ي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

الفصل التمهيدي:

مبادئ عامة

إن الأصل في العلاقات التي تنشأ بين أفراد المجتمع أن تكون وطنية في كافة جوانبها، لا يدخل فيها أي عنصر أجنبي، كأن يتزوج جزائري من جزائرية ويبرم عقد الزواج بالجزائر، أو أن يبيع جزائري لجزائري آخر عقارا أو منقولا موجودا في الأراضي الجزائرية، أو أن يرث جزائري قريبه الجزائري التي توجد أمواله في الجزائر

ففي جميع الحالات توجد مشكلة حول معرفة المحاكم المختصة بنظر المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات أو القانون الواجب التطبيق عليها، إذ ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، ويطبق بشأنها القانون الجزائري.

ولكن تثور المشكلة إذا انطوت العلاقة نع عنصر أجنبي أو أكثر بأن يكون أحد أطرافها أو كلاهما أجنبيا، أو كان المال محل العلاقة موجودا في بلد أجنبي، إذ يثور حينئذ تنازع بين عدة قوانين وأيها يحكم العلاقة، وما هو القانون الواجب التطبيق عليها وقواعد القانون الدولي الخاص هي التي تجيب على مثل هذه التساؤلات.

فما المقصود بالقانون الدولي الخاص؟ وما المقصود بتنازع القوانين؟

المبحث الأول: ماهية القانون الدولي الخاص.

نظرا لاختلاف طبيعة الموضوعات التي يتضمنها القانون الدولي الخاص، ومن ثم اختلاف نطاق كل منها، فضلا عن اختلاف المصادر التي يستقي منها أحكامه، فلم يكن هناك اتفاق على تعريف القانون الدولي الخاص.¹

والمتمفحص لمجمل التعاريف التي تناولت القانون الدولي الخاص يجدها تتفق على كونه ينظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، غير أنها تختلف في المواضيع التي يمكن أن يشملها القانون الدولي الخاص، ومن حيث طبيعة هذه المواضيع.

وعليه وبناء على ما تقدم سنتطرق في هذا المبحث لنطاق القانون الدولي الخاص وطبيعته في المطلب الأول، ثم لمصادره في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص.

سنتطرق أولا لنطاق القانون الدولي الخاص في الفرع الأول ثم لطبيعته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نطاق القانون الدولي الخاص.

ظهرت اتجاهين قانونيين في سياق تحديد نطاق القانون الدولي الخاص، الاتجاه الأول يضيق من نطاق القانون الدولي الخاص في قصره على تنازع القوانين، أولا، واتجاه ثاني يوسع من نطاقه فيضم مواضيع أخرى إلى جانب تنازع القوانين ثانيا.

¹ - وضع فقهاء القانون عدة تعريفات للقانون الدولي الخاص واختلفت حسب نظرة كل اتجاه، بين موسع ومضيق لنطاق الموضوعات التي يتناولها القانون الدولي الخاص، فهناك من عرفه بأنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تبين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنسبة للعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي "، بينما عرفه آخرون بأنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة تنازع القوانين ومسألة الاختصاص القضائي الدولي، وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبين كيفية تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية الأجنبية "، قديري محمد توفيق، دروس في مقياس القانون الدولي الخاص، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2019-2020، ص08.

أولاً: الإتجاه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص.

الاتجاه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص هو الفقه الذي يقصر نطاق هذا الفرع من القانون على موضوع واحد، هو موضوع تنازع القوانين ويوجد أنصار هذا الاتجاه على وجه الخصوص في ألمانيا.¹

ويقصد الفقه الألماني على موضوع تنازع القوانين فقط دون غيره من الموضوعات التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، ويستند في ذلك إلى ما يتمتع بت موضوع تنازع القوانين من خصوصية، (وستتطرق لماهية تنازع القوانين بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل).

ثانياً: الاتجاه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص.

أخذ بهذا الاتجاه الفقه الفرنسي، ويشمل القانون الدولي الخاص في نطاقه وفقاً لهذا الاتجاه بالإضافة إلى موضوع تنازع القوانين، موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وموضوع مركز الأجانب وموضوع الجنسية.²

ويستند الفقه في إدخاله لموضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص إلى التشابه الموجود بينه وبين موضوع تنازع القوانين، وكذلك إلى الترابط الموجود بينهما، فلا يمكن أن تطرح مسألة الاختصاص القضائي الدولي إلا إذا كانت مسألة تنازع القوانين مطروحة، ويقصد بالاختصاص القضائي الدولي اختصاص محكمة دولة ما بنزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.³

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 10.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 13.

³ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص 19.

ضف إلى ذلك أن حل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي سابقة على حل مشكلة تنازع القوانين فقبل البحث عن أنسب القوانين نجد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي يجب البحث عن المحكمة المختصة دوليا أولا.

أما موضوع مركز الأجانب فيستند الفقه في إدراجه في نطاق القانون الدولي الخاص إلى كونه يعد مسألة أولية ينبغي الفصل فيها قبل الفصل في تنازع القوانين، ذلك أن الأجنبي إذا طالب بحق أمام القاضي الوطني، فإن هذا الأخير قبل أن يحدد القانون الذي يطبقه عليه يبحث فيها إذا كان لهذا الأجنبي الحق في التمتع بذلك الحق، فالأجانب لا يتمتعون بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون.¹

وإدراج الجنسية باعتبارها من مواضيع القانون الدولي الخاص، فيرجع إلى كون الجنسية تعد ضابط الإسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق في موضوع تنازع القوانين، كما أنها تعد ضابط لاختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا، فيتضح أن مشكلة الجنسية تعرض كمسألة أولية لازمة للفصل في أي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي مما يتعين تبعا لذلك إدراجها في القانون الدولي الخاص.²

وتجدر الإشارة إلى أن هناك موضوع خامس يدخل كذلك في نطاق القانون الدولي الخاص هو موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية لاتصاله بموضوع الاختصاص القضائي الدولي، ويقصد بتنفيذ الأحكام الأجنبية، أن تقوم دولة من غير دولة التي أصدرت الحكم بتنفيذ ذلك الحكم في حدود إقليمها. وذلك إذا استوفى الشروط التي نص عليها قانوننا.³

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 08.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 14.

³ - من أهم ثلث الشروط، أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه صادرا عن محكمة مختصة بنظر النزاع اختصاصا قضائيا دوليا وفقا لقانون الدولة التي أصدرته (قانون القاضي) لا قانون الدولة المطلوب بتنفيذ الحكم فيها، أن يكون الحكم الأجنبي قد اكتسب الصورة القطعية وأن لا يكون مخالفا للنظام العام، أنظر، إيناس محمد البهجي، يوسف المسري، المرجع السابق، ص 20.

وقد أخذت الدول العربية بالاتجاه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص بما فيها القانون الجزائري.

الفرع الثاني: طبيعة القانون الدولي الخاص.

يقصد بطبيعة القانون الدولي الخاص بيان أي فرع من فروع القانون يدخل هذا القانون، لعل يدخل ضمن القانون العام أم القانون الخاص، أم أنه قانون قائم بذاته، وهل هو قانون داخلي أم دولي؟ وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة القانون الدولي الخاص، وفيما يلي عرض لمختلف هذه الاتجاهات الفقهية.

أولاً: هل القانون الدولي الخاص قانون عام أم قانون خاص.

انقسم الفقه في هذه المسألة إلى اتجاهين منهم من قال بأنه قانون عام ومنهم من قال بأنه قانون خاص.

1- الاتجاه الذي يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً من فروع القانون العام.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن كل القواعد القانونية التي يكون موضوعها تحديد مجال تطبيق القوانين من حيث المكان تكون متعلقة بسيادة الدول، وعليه فإن قواعد تنازع القوانين لما كان الغرض من وضعها هو تحديد مجال تطبيق القوانين من حيث المكان فهي بذلك تعد منتمية إلى القانون العام، كما أن قواعد تنازع القوانين غرضها بيان مدى سيادة القانون الوطني بالنسبة للقانون الأجنبي، فهي بذلك توضح حدود اختصاص السلطة التشريعية الوطنية إزاء السلطة التشريعية الأجنبية، وذلك ما يجعلها منتمية للقانون العام.¹

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 19.

2- الاتجاه الذي يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً من فروع القانون الخاص.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص لأن قواعده تنظم علاقات قانونية خاصة، فلولا العنصر الأجنبي المشتملة عليه لكانت محكمة بقواعد القانون المدني أو التجاري أو بقواعد الأحوال الشخصية، ولاشك أيضاً وفقاً لهذا الاتجاه أن العلاقات التي تكون موضوعاً لتنازع القوانين هي علاقات بين الأفراد، لذلك فهي قانون خاص.

فالجنسية مثلاً بالرغم من كونها رابطة بين الدولة الفرد يحكمها القانون العام. لكن المنازعات المغلقة بما تختص بها المحاكم القضائية العادية لا القضاء الإداري، إضافة إلى ذلك فهي مسألة تتعلق بحالة الشخص والحالة هي بلا خلاف من موضوعات القانون الخاص.¹

ثانياً: هل القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم قانون دولي.

اختلف الفقه حول ما إذا كان القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم قانون دولي، وقد أرسى خلافهم إلى اتجاهين.

1- اتجاه ينفي الطابع الدولي للقانون ويصفه كقانون داخلي.

وقد قدم مناصرو هذا الاتجاه مجموعة من الحجج التي تؤيد وجهة نظرهم:

1. مصادر القانون الدولي الخاص في غالبيتها داخلية أي وطنية، ذلك أن المشرع الوطني في كل دولة هو الذي يضع القواعد التي تحكم علاقات القانون الدولي الخاص، والقاضي الوطني هو الذي ينعقد له الاختصاص بنظر منازعاته.

2. القانون الدولي الخاص لا يحكم إلا العلاقات ما بين الأفراد، أما العلاقات ما بين الدول

فلا تدخل في نطاقه، وبذلك فإنه لا يمكن أن يكون دولياً بالمعنى الصحيح.²

¹ - أعراب بلقاسم المرجع نفسه، ص 21.

² - أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص الجنسية ومركز الأجانب، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1956، ص 32.

3. موضوع الجنسية وموضوع الأجنبي هما موضوعان منظمان بقواعد قانونية موضوعية من طرف كل دولة بصفة مستقلة، دونما النظر إلى التنظيم الذي يمكن أن نعطيه لهما كل دولة، فذلك يوضح مدى تعلق الموضوعين بسيادة الدولة.¹

4. تنفيذ الأحكام الأجنبية لا تتم بصورة تلقائية، بل يجب الحصول على الصيغة التنفيذية من طرف المحاكم الوطنية، وهذا ما يعتبر موضوعا داخليا.

2- اتجاه المؤيد للطابع الدولي للقانون الدولي الخاص.

يذكر أنصار هذا الاتجاه الصفة الداخلية للقانون الدولي الخاص، ويرون أن القانون الدولي الخاص ذو طبيعة دولية، حيث يرون أن القانون الوطني يحكم العلاقات القانونية الداخلية المحصنة، في حين أن قواعد القانون الدولي الخاص تواجه علاقات أفراد تابعين لدول مختلفة ذات عنصر أجنبي لها مساس بأكثر من دولة واحدة، لذلك فالعلاقات التي يحكمها هذا القانون مادامت ليست داخلية بحتة فهي دولية.²

بالإضافة إلى ذلك فإن المراكز التي تتصدى لتنظيمها قواعد القانون الدولي الخاص، لها في كثير من الأحيان انعكاسات على علاقات الدول نتيجة لاهتمام الدول بمصالح رعاياها لهذا فإن القانون الدولي الخاص يختلف عن القوانين الداخلية تماما.

كما أن العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص ولو أنها تنشأ بين أفراد إلا أنها تتميز باتصالها بدولة أجنبية، وعليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق في موضوع تنازع القوانين يقتضي بالضرورة تحديد سيادة القانون الأجنبي وهو أمر يمس النظام الدولي.³

¹ - أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص 16.

² - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي، و أحكامها في القانون العراقي، الجزء الأول، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة و النشر في جامعة الموصل، العراق، 1982، 12.

³ - صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص بين القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1972، ص 52.

وحسب الأستاذ أعراب بلقاسم فالقانون الدولي الخاص هو قانون يجمع بين الصفة الدولية والصفة الداخلية، فهو داخلي بالنظر إلى مصادره، لأن قانون أي دولة هو الذي يضع القواعد التي تحكم مختلف مسائله، سواء المتعلقة منها بتنازع القوانين، أو المتعلقة منها بمركز الأجانب أو المتعلقة منها بالجنسية، وهو دولي بالنظر إلى موضوعه لأنه ينظم الحياة الخاصة الدولية.¹

المطلب الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص.

المصادر هي المناهل أو المنابع التي يستمد منها القانون الدولي الخاص أحكامه ويتفاوت تأثيرها بين موضوعات القانون الدولي الخاص فبعض المصادر تكون درجة تأثيرها عالية في بعض المواضيع دون البعض الآخر، علما أن هذه المصادر ليست من طبيعة واحدة فهناك مصادر داخلية تتمثل في التشريع والعرف والقضاء (الفرع الأول)، ومصادر دولية تتمثل في المعاهدات والأعراف الدولية وأحكام القضاء الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص.

للقانون الدولي الخاص مصادر داخلية تتمثل في التشريع والعرف والقضاء.

أولا: التشريع.

يعرف التشريع بأنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والموضوعة من قبل السلطة المختصة بالتشريع، وهو المصدر الرسمي الأول لكافة فروع القانون، وتختلف أهمية التشريع كمصدر من مصادر القانون الدولي تبعا إلى الموضوع الذي ينظمه المشرع، فالجنسية مثلا تتصل اتصالا وثيقا مباشرة بكيان الدولة. لأن أحكامها تحدد ركن الشعب في الدولة، لذلك يبادر المشرع مبكرا بتنظيمها بقواعد تشريعية عند نشوء الدولة ولا يسمح للمصادر الأخرى أن تلعب دورا في تنظيمها، وقد يصل الأمر إلى حد النص على بعض أمور الجنسية في الدستور.²

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 18.

² - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 19.

أما موضوع مركز الأجانب فلما كان لا يهتم فقط الدولة التي يوجد على أرضها الأجنبي، وإنما لهم أيضا سائر الدول، فإن للتشريع دور أقل أهمية لأنه مشارك في تنظيم أحكامه المعاهدات الدولية، ففي الجزائر هناك عدة تشريعات متعلقة بمختلف جوانبه، فوضعية الأجانب منظمة بأمر 21 جويلية 1966، وتستفي لهم منظم بأمر صادر بتاريخ 05 أوت 1971، ثم بقانون 10/81 المؤرخ في 11 جوان 1981، وممارستهم للمهن التجارية والصناعية والحرة فهي خاضعة لأحكام المرسوم الصادر بتاريخ 1975/12/26.¹

وأما موضوع تنازع القوانين الذي هو عند بعض الفقه يشكل الموضوع الوحيد للقانون الدولي الخاص، فكان من المفروض أن يحضى بتقنين مستقل من قبل المشرعين إلا أن غالبيتهم ل تخصص لأحكامه سوى بعض المواد القانونية، ففي الجزائر قد خص هذا الموضوع المشرع بمواد جد محدودة تضمنها القانون المدني وهي المواد من 09 إلى 24، ويمكن إضافة المادة 95 وما يليها من قانون الحالة المدنية التي تعتبر العقود المبرمة في الخارج وفقا للقانون المحلي صحيحة.²

ولما كان الاختصاص القضائي الدولي يتطلب وجود قواعد قانونية تحكمه من خلال تحديد الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية، ومدى ما يترك من هذا الاختصاص للمحاكم الأجنبية فإن المشرع الوطني يشرع القواعد القانونية التي تحدد الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية بصورة عامة، فمن خلال هذا التحديد يتحدد بصورة غير ومباشرة اختصاص المحاكم الأجنبية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي³، ونظرا لاتصال هذا الموضوع بموضوع تنازع القوانين لم يحظ هو الآخر باهتمام المشرعين، فمثلا المشرع الجزائري لم يخصص له سوى مادتين في

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 23.

² - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 23.

³ - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع نفسه، ص 20.

قانون الإجراءات المدنية هما/ المادتين 10 و11، ويمكن إضافة المادة 325 من نفس القانون المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.¹

ثانيا: العرف.

يعتبر العرف من أقدم مصادر القانون، وهو عبارة عن سلوك معين من ناحية معينة من نواحي الحياة، ويعتاد الناس على إتباعه بإطراء مصحوب باعتقاد لزومه، وترتب الجزاء المادي جبرا على مخالفته، فهو إذا مجموعة قواعد قانونية ملزمة غير مكتوبة لأنها لا تصدر عنه السلطة التشريعية، بل تنشأ من اعتياد الناس على إتباعها زمنا طويلا، حتى تثبت وتستقر وتصبح في نظر الناس ملزمة.²

ودور العرف كمصدر لخلق القواعد القانونية لموضوعات القانون الدولي الخاص يختلف تبعا لموضوعاته، ففي المسائل المرتبطة بالسيادة كالجنسية لا يجد العرف مجالا في تنظيمها لتعلق أحكامها بكيان الدولة وسيادتها، هذا بخلاف موضوع مركز الأجانب الذي ما زال للعرف دور في تحديده، إذ أن أكثرية القواعد التشريعية المتعلقة هي ذات أصل عربي، وهكذا الحال في موضوع تنازع القوانين، ودور العرف في موضوع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ضيق، لأن القواعد العرفية في هذه الموضوعات ضئيلة.

ثالثا: القضاء.

القضاء الداخلي كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص هو قرارات المحاكم الوطنية الصادرة في مسائل القانون الدولي الخاص، ويعتبر القضاء مصدرا وعملا مهما لتطوير القانون

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص25-26.

² - توفيق حين فرج، التدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، مصر، ص21..

وتوجيه المشرع في صياغة نصوصه، وذلك لأن مهمة القضاء هي تطبيق القواعد القانونية سواء كانت نصوصاً تشريعية أم قواعد عرفية.¹

ويلعب القضاء دوراً هاماً في خلق القواعد القانونية في كل الدول التي لم يتدخل المشرع فيها بوضع حول تفصيلية لمختلف المشاكل التي يمكن أن يثيرها موضوع تنازع القوانين، ففي فرنسا منها لما كان المشرع لم يخصص إلا نصوصاً جد قليلة لموضوع تنازع القوانين، وأيضاً تنازع الاختصاص القضائي الدولي ولموضوع مركز الأجانب، فإن القضاء قد ساهم مساهمة كبيرة في إيجاد الحلول لمختلف المشاكل التي يمكن أن تثيرها هذه الموضوعات.²

الفرع الثاني: المصادر الدولية.

رغم تعلق قضايا القانون الدولي الخاص بمصالح الأفراد إلا أنها ذات صيغة دولية لكونها مشوبة بعنصر أجنبي، وتمس سيادة الدولة بصورة غير مباشرة عن طريق مصالح الأفراد التابعين لها، ولهذا فإن لقواعد القانون الدولي الخاص صلة وثيقة بسيادة الدولة لكونها تحكم هذه القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، فلا بد من أن يعتمد هذا القانون في بعض قواعد على مصادر دولية بالإضافة إلى المصادر الداخلية.

وتشمل المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص في:

أولاً: المعاهدات الدولية.

تتمثل المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص في الاتفاقيات الدولية الجماعية منها والثنائية التي تعقد بين الدول المختلفة في موضوعات هذا القانون، فالهدف الرئيسي من إقدام الدول على

¹ - فؤاد عبد المنعم رياض ود، سامة راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1987، ص45.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص26.

إبرام المعاهدات هو معالجة الصعوبات التي تترتب نتيجة لاختلاف أنظمتها في حكم مسائل القانون الدولي الخاص بشكل يؤدي إلى تحقيق بعض المصالح المشتركة فيما بينها.

ويختلف دور المعاهدات الدولية في معالجة موضوعات القانون الدولي الخاص،؟ فدورها قد يكون مهما كمعالجة ازدواج الجنسية، وانعدامها، وتعذرهما، كما أن الالتجاء للمعاهدات يعد أمرا محتما في حالة ضم إقليم دولة إلى دولة أخرى، فالمعاهدات هي التي تبين جنسية سكان الإقليم المنضم أو الإقليم المفصول.¹

كما للمعاهدات الدولية أثر كبير في موضوعي تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، بتخفيف الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام، أو بمنح بعض الامتيازات أو الأفضلية تنفيذا لسياسة المعاملة بالمثل المنصوص عليها في معاهدة أو التمتع بشرط الدولة الأكثر رعاية.²

وفي مجال مركز الأجانب تلعب المعاهدات أيضا دورا مهما إذ أنها تعمل على التقليل من الاختلاف الموجود بين معاملة الأجنبي ومعاملة الوطني في مختلف الدول.³

أما فيما يتعلق بموضوع تنازع القوانين. فبالرغم من بدل المساعي الدولي لتوحيد حلوله إلا أنه لم يتم التوصل إلى وضع قواعد قانونية دولية موحدة له، لكن الاتفاقيات الدولية لعبت دورا واضحا رغم ذلك في معالجة مسأله.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 29.

² - غالب علي الداودي، حسن محمد المرجع السابق، ص 26.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 29.

ثانيا: العرف الدولي.

لا تكون الأعراف داخلية فحسب، بل دولية أيضا عندما تقبلها أكثرية الدول ويتكرر العمل بها عدة مرات، وتعتبر مصدرا دوليا للقانون الدولي الخاص، لهذا تعطي غالبية الدول أهمية للعرف مادام يزودها بمبادئ مقبولة من المجتمع الدولي.

يجد العرف الدولي مجالا متسعا في مسألة تنازع القوانين لأن أغلب قواعده المقننة مستمدة من العرف الدولي المستقر منذ عهد طويل مثل قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، وقاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون محل إبرامها وقاعدة قانون الإرادة.¹

أما المسائل المرتبطة بسيادة الدولة كقواعد الجنسية ومركز الأجانب والاختصاص القضائي الدولي فدور الأعراف الدولية فيها قليل ومحدود، ومع ذلك فهناك بعض المبادئ في هذا الشأن كالقاعدة القاضية بالألا تسحب الدولة جنسيتها على شخص لا يمت لها بأي صلة من رابطة الإقليم والدم، والقاعدة التي تقضي بوجود حد أدنى لتمتع الأجانب بالحقوق ويجب على الدولة الاعتراف بها.²

إن أهمية العرف في القرن الحالي كمصدر من مصادر القانون الدولي تضاءلت بسبب الانتشار الكبير لحركة تقنين مواضيع القانون الدولي الخاص، ومع ذلك ظلت بعض المبادئ التوجيهية محتفظة بطابعها كأعوان دولية مع اختلاف حدودها وطبيعتها من نظام قانوني إلى آخر منذ القاعدة التي تقضي بخضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه لاشك في مصدرها العرفي الدولي، لكن النظم القانونية الوطنية مختلفة في طبيعتها لعل هي ملزمة، أو اختيارية، وفي مضمونها فيما يخص الأشكال التي تخضع لها والأشكال الخارجة عن نطاقها.³

¹ - زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين الأخرى، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص42.

² - زروقي الطيب، المرجع نفسه، ص42-43.

³ - زروقي الطيب، نفسه، ص43.

ثالثاً: القضاء الدولي.

جعلت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أحكام القضاء الدولي مصدراً من مصادر القانون الدولي، لكن القيد الخاص بأشخاص القانون الدولي الذين لهم صفة التقاضي أمام المحكمة وهي الدول وحدها قلل من حجم منازعات القانون الدولي الخاص التي فصلت فيها هذه المحكمة.¹

لكن بالرغم من ذلك وبصفة استثنائية وفي حالات نادرة فصلت المحكمة العدل الدولية في بعض المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص منها.

في معيار الجنسية وفي استشارة 09 أبريل 1923 أقرت المحكمة الدائمة للعدل الدولي مبدأ حرية الدول في مادة الجنسية على إثر نزاع بين فرنسا وإنجلترا بالنسبة لمراسيم الجنسية التي أصدرتها فرنسا في تونس والمغرب، وكذلك اعتبار التجنس ليس حجة على الدول الأخرى ما لم توجد صلة واقعية بين الدولة والفرد المتجنس بجنسيتها... وقد أقرت هذا المبدأ محكمة العدل الدولية في قضية نوث بوهم سنة 1955 على إثر نزاع بين دولة جواتيمالا ودولة ليخينشتاين.²

وفي مجال مركز الأجانب قرار رقم 07 للمحطة الدائمة للعمل الدولية التي تقرر فيه أن نزع الملكية بدون تعويض مخالف للقانون الدولي، الأمر الذي يترتب عنه أنه ليس للدول أن تعامل الأجنبي كما يحلو لها، وهذا كان في قضية كروزد عام 1962.³

¹ - المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تأسست هذه المحكمة عام 1945 وبدأت أعمالها في العام اللاحق: تقع مقرها الرئيسي لاهاي بهولندا، (محكمة الدائمة للعدل الدولي سابقاً).

² - زروبي الطيب، المرجع السابق، ص 43.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 36.

أما في موضوع تنازع القوانين فللمحكمة حكمان صدرتا عام 1929 في قضية القروض البرازيلية بالنسبة للعقود الدولية، ومفادهما أن كل عقد مبهم بين الدول باعتبارها أشخاصاً للقانون الدولي يجد مصدره في قانون وطني، وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية التنازع وقواعد هذا القانون جزء لا يتجزأ من القانون الداخلي.¹

تعتبر محكمة العدل الدولية وفقاً للمادة 38 من نظامها الأساسي في فقرتها 4 القضاء الدولي وسيلة لمساعدة قواعد القانون مثلها مثل الفقه، ومعنى ذلك أن القضاء الدولي ليس إلا وسيلة يستعين بها القاضي عند تعيين قواعد القانون، ولا يمكن الاستناد إليه وحده في إصدار حكم ملزم في موضوعات القانون الدولي الخاص فالقضاء الدولي يعتبر من المصادر غير المباشرة للقانون الدولي الخاص.

¹ - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 34.

المبحث الثاني: ماهية تنازع القوانين.

يعتبر تنازع القوانين من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، بل إن قواعد هذا القانون لم توضع في بداية الأمر إلا من أجل التصدي لمعالجة موضوع تنازع القوانين، بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على المسائل المشتملة لعنصر أجنبي.¹

وقبل دراسة آليات تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، لابد من التطرق بداية إلى ماهية تنازع القوانين، وذلك بتحديد مفهومه، من خلال تعريفه وتحديد شروطه وكذا لنشأته.

المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين.

قد تبادر إلى الذهن عند سماع مصطلح " تنازع القوانين " وجود صراع بين القوانين في مجال معين، بوصفها تفيض عن سيادات دول مختلفة ويدعي كل قانون امتداد سلطانه بحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لكن الحقيقة خلاف لذلك. فالأمر لا يعدو أن يكون اختيار من بين هذه القوانين القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم العلاقة.²

ولتحديد مفهوم التنازع بشكل دقيق ينبغي التطرق بداية إلى تعريفه في الفرع الأول ثم لشروطه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف تنازع القوانين.

يعرف تنازع القوانين بمعناه الاصطلاحي في القانون الدولي الخاص بأنه: " تراحم قانونية متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي ".³

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 06.

² - حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، السمة الثالثة حقوق، 2019، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2018، ص 09.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 47.

ويقصد به كذلك بأنه: " تعدد القوانين المحتملة التطبيق في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي لأجل إختيار القانون الأكثر ملائمة من بينها ".¹

كما عرف تنازع القوانين بأنه: " معنى يقوم في ذهن المشرع الوطني مفاده جريان الموازنة ما بين القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة ".²

وعليه يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بين قوانين دولة مختلفة، فهو لا يهتم بالتنازع الداخلي، وإنما نطاقه هو التنازع الدولي، ثم لا يهم إن كانت الدولة معترف بها أم لا، بل المهم وجود سلطة نظامية وتشريع وعلاقة ذات عنصر أجنبي.³

كما ينحصر التنازع في القانون الخاص بمختلف فروع (مدني، تجاري، ...) دون القانون العام، لأنه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد والتي لا تكون الدولة طرفا فيها بصفتها سلطة عامة. أما العلاقات الداخلة في نطاق القانون العام فإنه لا يتصور فيها أن يطبق عليها القاضي قانونا غير قانونه، لذلك فهي تخرج من نطاق تنازع القوانين، فهو لا يكتفي بشأنها فقط ببيان أنها غير خاضعة لقانونه، ولا يبحث عن القانون الأجنبي الذي تخضع له.⁴

الفرع الثاني: شروط قيام تنازع القوانين.

ليس كل علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ممكن أن تؤدي إلى تنازع القوانين بل لابد من توافر مجموعة من الشروط، إن وجدت فتكون أمام تنازع القوانين وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

¹ - ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص11.

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، 1968، ص13.

³ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص22-27.

⁴ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص45.

أولاً: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.

يقصد بالعلاقة القانونية أي رابطة بين شخصين أو أكثر محكومة بقاعدة قانونية، ويقصد بالعنصر الأجنبي أشخاص العلاقة أو موضوعها أو سببها، فأشخاص العلاقة هم أطرافها (صاحب الحق والملتزم بهذا الحق - دائن ومدين، متسبب في الضرر والمضروب)، وقد يكون أطراف العلاقة متحدين جنسية أو موطناً، كما قد يكونون مختلفين.¹

أما موضوع العلاقة القانونية فهو المحل الذي ينصب عليه التصرف، أو تقع عليه الموافقة مثل القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويقصد بسبب العلاقة هو السبب المنشئ لها والذي قد يكون واقعة كواقعة الميلاد مثلاً، أو تصرفاً قانونياً كعقد من العقود مثلاً.

وقد يعتري العنصر الأجنبي أحد العناصر العلاقة القانونية أو بعضها أو كلها، فقد يكون السبب أجنبياً، كحدوث الواقعة أو إبرام التصرف في بلد أجنبي وقد يكون أحد أشخاص العلاقة أو كلاهما أجنبياً، وقد يكون المحل سواء عقاراً أو منقولاً موجوداً في الخارج.²

ثانياً: أن يفسح المشرع المجال لتطبيق القانون الأجنبي.

من المعلوم أن سلطان القانون محدد بحدود سيادة الدولة، ولا يمكن أن ينفذ القانون الأجنبي داخل الإقليم إلا بإذن المشرع الوطني، وعلى ذلك يكون تنازع القوانين في الحقيقة هو مفاضلة يجريها المشرع بين القانون الوطني والقانون الأجنبي بواسطة معايير محددة لاختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية.

وعليه فإنه يجب أن يقبل المشرع الوطني في حالات معينة تطبيق قانون غير قانونه، بواسطة قوانين الإسناد في قانونه، إذ لو تمسك بمبدأ سيادة القانون الوطني على إطلاقه لإنهزم تنازع

¹ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 47.

² - حمزة فتال، المرجع السابق، ص 52.

القوانين من الأساس.¹

كما يتوقف ظهور تنازع القوانين أيضا على عدم الأخذ بمبدأي الإقليمية القوانين وشخصية القوانين بصورة مطلقة، ويقصد بمبدأ الإقليمية القوانين سريان القوانين الوطنية على كل الأشخاص والأشياء والوقائع التي يحدث في إقليم الدولة، وهذا المبدأ يمنع أي تطبيق لقانون آخر غير القانون الوطني، ولا يظهر التنازع إلا إذا طبق في حالات معينة قانون آخر. أي الأخذ بمبدأ الإقليمية النسبية.²

أما مبدأ شخصية القوانين فيقصد بتطبيق القانون الوطني على كل شخص يحمل جنسية الدولة، والأخذ بهذا المبدأ بشكل مطلق من شأنه هو الآخر أن ينتفي معه احتمال تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني وبالتالي ينعدم التنازع.

ثالثا: تزام قوانين متعارضة لحكم العلاقة القانونية.

لكي يكون بصدد التنازع بين القوانين يجب أن يتزامن لحكم العلاقة القانونية المتنازع عليها قانونان أو أكثر، بمعنى أنه إذا كانت العلاقة القانونية وطنية في جميع عناصرها مثلا، إذا تزوج جزائري بجزائرية في الجزائر، يطبق على الزواج القانون الجزائري شاملا وموضوعا، لأنها علاقة جزائرية محضة.

أما إذا كانت العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي فيحدث التنازع بين القوانين المحتملة التطبيق كأن يتزوج جزائري بفرنسية في مصر وتوطن الزوجان في المغرب، ثم خلاف حول النظام المالي لهما وعرض التنازع على القضاء الإسباني، ففي هذه الحالة أي قانون يطبق؟ هل هو قانون الزوج أم قانون الزوجة أم قانون موطنهما أم قانون القاضي.

¹ - حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي، عمان، الأردن، 1993، ص13.

² - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص13-14.

فكل هذه القوانين محتملة التطبيق ولكل منها سندها الخاص، فيقع التزاحم والتنازع بينهما، وتتدخل قواعد الإسناد، في قانون القاضي لتعيين القانون المختص من ضمنها.¹

وفي حين يشترط اختلاف القوانين عنصرا أساسيا لا بد منه لقيام التنازع بين القوانين فإن هذا الاختلاف ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة، وإلا ترتب على ذلك تنافر بين فهم كل دولة للمفاهيم القانونية للدول الأخرى.²

وهي تحصل عندما يتقاطع القانون الواجب التطبيق في الحكم مع قانون قاضي النزاع، حيث ينفرد الأخير الأول عبر آلية استبعاد باسم فكرة النظام العام.³

ويشترط أن يكون التنازع بين قوانين الدول، ومن ثم يخرج من نطاق التنازع، التنازع الحاصل بين قوانين الولايات الداخلية في الاتحاد الفدرالي (كالولايات المتحدة الأمريكية) وتنازع النظم الطائفية (القوانين الطائفية في لبنان ومصر)، هذان التنازعا ليس دوليين، ويتكفل المشرع الوطني بتحديد طرق حكمها عن طريق توزيع الاختصاص التشريعي الداخلي.⁴

المطلب الثاني: نشأة تنازع القوانين.

نظرا لانعدام أي مظهر من مظاهر تنازع القوانين بشكل واضح المعالم في الأنظمة القديمة⁵. فسوف يتم تجاوزها إلى العصر الوسيط ابتداء من مدرسة الأحوال الإيطالية، حيث سيتم دراسة أهم المحطات التاريخية لتنازع القوانين بداية بالمدارس القديمة في الفرع الأول ثم المدارس الحديثة في الفرع الثاني.

1 - زروي الطيب، المرجع السابق، ص 50.

2 - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 14.

3 - سامي بديع منصور، غكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة، الحلول الوضعية، تنازع القوانين، الجنسية، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998، ص 179.

4 - زروي الطيب، تاملج السابق، ص 50.

5 - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 517.

الفرع الأول: المدارس القديمة.

سيتم التعرض في هذه المرحلة التاريخية لثلاث مدارس كان لها الفضل في وضع اللبنة الأولى هي بناء نظرية تنازع القوانين، الأولى هي المدرسة الإيطالية التي كان لها الفضل في تجميع العلاقات القانونية، والثانية هي المدرسة الفرنسية التي أدخلت إلى تنازع القوانين فكرة التكييف، والثالثة هي المدرسة الهولندية التي بحثت في أساس تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني.

أولاً: المدرسة الإيطالية للأحوال.

يقصد بنظرية الأحوال مجموعة من القواعد الفقهية التي صاغها الفقهاء الأوربيون منذ أواخر القرن 12 لفض التنازع بين قوانين البعد الواحد أولاً، ثم لفض التنازع بين قوانين البلاد المختلفة.¹ وكان البدء في إيطاليا.

لقد تصدى الفقه الإيطالي لظاهرة تنازع القوانين، وتميزت طريقته المتبعة بحثاً عن حلولها ببعدها عن أي فكرة مسبقة تنقيد بها سلفاً كفكرة إقليمية القوانين، أو فكرة شخصية القوانين، فأراد بذلك أن تكون حلوله عالمية صالحة لحل التنازع أياً كان مكانه.²

فقام بتحليل القوانين (الأحوال) ليعطي لها بحسب طبيعتها مجالها، واستعان في ذلك ببعض نصوص القانون الروماني، وباعتبارات المنطق القانوني المجرد ومقتضيات التجارة.³

وفي ضوء هذا المنهج التحليلي تصدى الفقه الإيطالي لوضع حلول التنازل الملائمة لكل من الروابط القانونية المتنوعة، وبذلك انتهى فقه الأحوال الإيطالي إل إخضاع الفقه لقانون البلد الذي

¹ - عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص 19.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 48.

³ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 24.

تم فيه إبرامه، فيما يخص آثاره الطبيعية (المباشرة كالوفاء، وكيفية الوفاء)، وإخضاعه للقانون محل تنفيذه فيما يخص آثاره العرضية (كعدم التنفيذ الناشئ عن الإهمال).¹

ومن جهة أخرى أخضع الفقه الإيطالي الالتزامات الناشئة عن الجرائم لقانون بلد وقوع الفعل، وهو الحل الذي يعد نواة للقاعدة الحديثة التي تقضي بأن الفعل الضار محكوم بقانون محل وقوعه.²

أما المسائل المتعلقة بحالة الأفراد وأهليتهم، فقد فضل الفقه الإيطالي إخضاعها لقانون الموطن دون اعتداد بقانون القاضي، وذلك لتعلق هذه المسائل بالفرد والتصاقها بشخصيته وحياته، مما يبرر قانون موحد بشأنها.³

كما أخضع الفقه الإيطالي الأموال لقانون موقعها، ولا فرق بين العقارات والمنقولات غير أن ميراث المنقول يخضع لقانون موطن المتوفي، وذلك أن المتوفي يفترض فيه أنه كان يأمل أن يعيش ويموت وفق أحوال موطنه.⁴

وأهم قاعدة توصل إليها الفقه الإيطالي هي التمييز بين مسائل إجراءات المرافعات ومسائل الموضوع، حيث أكد أن الإجراءات تخضع دائماً لقانون القاضي، أما مسائل الموضوع فتخضع إلى القانون الذي يحكم العلاقة محل النزاع.⁵

ولعل أهم ما يلاحظ على الفقه الإيطالي أنه أقام التفرقة بين الأحوال البغيضة التي تبقى حبيسة الإقليم التي سنها، فلا يمتد تطبيقها إلى خارجه كتلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث،

¹ - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 19.

² - هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 34.

³ - هشام صادق، المرجع نفسه، ص 34.

⁴ : حمزة قتال، المرجع نفسه، ص 20.

⁵ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 21.

وبين الأحوال المستحسنة التي يمتد تطبيقها إلى خارج الإقليم الذي سنها، فيطبقها قضاة البلاد الأخرى.¹

ويعتبر هذا التمييز النواة لفكرة النظام العام الذي تستخدمه القوانين الحديثة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قواعد إسنادها باختصاصه.²

وبناء على ما تقدم نستخلص أن هذه المدرسة تعتبر الأولى التي ساهمت في حل مشكلة تنازع القوانين في تاريخ هذا الأخير، والقواعد التي أتت بها هذه المدرسة على درجة عالية من الأهمية، كونها عاجلت أمهات مسائل تنازع القواعد، وبالرغم من عدم توصلها إلى التكييف، إلا أن جهود المدرسة هي السبب الأساسي في تطور تنازع القوانين بالشكل الحاضر.

ثانيا: المدرسة الفرنسية.

مرت فرنسا في القرون الوسطى بظروف سياسية واقتصادية تختلف عن وضع إيطاليا، فهي بلد زراعي مترامي الأطراف توغلت فيه الإقطاعية، حتى أصبحت الأرض هي محور النظام السياسي والقانوني والاقتصادي، فقال الفقهاء أن حالة الشخص تابعة للأرض.³

فكان مبدأ الإقليمية هو الميهم على تنظيم العلاقات القانونية القائمة في الإقطاعيات المتعددة في فرنسا، حيث كان لكل إقطاعية قواعد عرفية خاصة بها تطبق إقليميا، إلى أن جاء النظام الملكي مع بداية القرن 16، فأخذ يؤسس لنفسه بأفكار جديدة توطن أركانه بتوحيد وإدماج الإقطاعيات في مملكة واحدة وهي فرنسا، إلى أنه واجه تمسك بعض الأقاليم بأعرافها مما أنتج نوعا من التنازع في القوانين وتنازع في الأفكار.⁴ جسده بشكل واضح أعمال كل من

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 50.

² - موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ترجمة فائز النجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 67.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 54.

⁴ - زروقي الطيب، المرجع نفسه، ص 55.

الفقهيين البارزين الذين يرجع له الفضل في ابتداء فكرة التكييف والفقيه دار جنتريه الذي يرجع له فضل ابتكار طريقة الانطلاق من فكرة مسبقة تكون نقطة البدء.¹

من أهم مساهمات الفقيه ديمولان (1500-1566) في مجال تنازع القوانين هو ابتداعه لفكرة التكييف، وقد تعرض لها في فتواه الشهيرة بصدد النظام المالي للزوجين سنة 1525، إذ اعتبره كعقد ضمني، فيدل بذلك في فئة العقود، ومن ثم فهو يخضع للقانون الذي اختاره الزوجان، وهو قانون موطنهما وقت الزواج، فديمولان قد كيف بهذه الفتوى النظام المالي للزوجين على أنه عقد ضمني، فيدخل في فئة العقود وبذلك يكون قد كشف عن فكرة التكييف²، وهو بذلك يكون قد سمح للقانون الدولي الخاص بتحقيق تقدم كبير.³

كما قام ديمولان بالتمييز بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية على أساس روح القانون ذاته وغرضه الأساسي، وهو معيار لا يساعد كثيرا على معرفة نوع القوانين المتعلقة بأهلية التصرف في الأموال أو بالمواريث، لأنها تتعلق في نفس الوقت بالأشخاص والأموال.⁴

ومن أهم مساهماته أيضا إخضاع العقود لقانون الإرادة بعد مقولته الشهيرة إن كان سرد تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية، فمن باب أولى أن نسمح لهما باختيار قانون غير قانون محل الإبرام ليحكم العقد المبرم بينهما.⁵

أما الفقيه دار جنتريه (1519-1590) ونظرا لكونه من المتحمسين لاستقلال موطنه، فقد قام مذهبه على مبدأ إقليمية القوانين والتعصب ليعرف مقاطعته، فنأدى بوجوب تطبيقه وحده في إقليم مقاطعته، غير أن مبدأ إقليمية القوانين قد أخذ معنى أوسع في رأي دار جنتريه كما كان

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 50.

² - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 51.

³ - جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 68.

⁴ - جابر جاد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 68.

⁵ - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، دمشق، 1986، ص 33.

يأخذه في العهد الإقطاعي، فقد كان مبدأ إقليمية القوانين في هذا العهد يعني استبعاد تطبيق كل عرف أو قانون أجنبي داخل الإقليم، أما في رأي دار جنترية، فمبدأ إقليمية القوانين كان هو الأصل، ويمكن قبول تطبيق القانون الأجنبي على سبيل الاستثناء.¹

كما قام بتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية، ووضعه في قالب منطقي، ولكنه كان يعتبر الأحوال العينية هي الأصل، بينما الأحوال الشخصية هي الاستثناء، ولذلك فقد ضيق كثيرا من نطاق الأحوال الأخيرة لحساب الأحوال الأولى، وقصر الأحوال الشخصية على الحالة أو على الأهلية، مثل عدم أهلية الإيضاء بين الزوجين الذي أدخلها في الأحوال العينية، ثم لاحظ أن هناك أحوالا لا يمكن اعتبارها شخصية بحتة ولا عينية بحتة، فوضعها في طائفة ثالثة سماها الأحوال المختلطة، وضرب مثلا لذلك حالة منع الزوجة من الإيضاء بالعتقار لزوجها، وقال أن هذه الحالة تتعلق بأشخاص وبعقار في ذات الوقت فهي حالة مختلطة، ثم ألحق هذه الأحوال المختلطة بالأحوال العينية، وأخضعها لقانون موقع العقار (المال).²

ولقد رأى دار جنترية أن القوانين المتعلقة بالأحوال العينية إقليمية وأن القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية ممتدة، وبما أنه كان متعصبا لمبدأ الإقليمية، فقد أناط الأحوال الشخصية بقانون الموطن دون قانون الجنسية، باعتبار أن قانون الموطن إقليمي، وقانون الجنسية شخصي.³

والملاحظ أن دار جنترية قد أقام نظرية عامة لتنازع القوانين حاول من خلالها وضع الحلول المختلفة لمشكلة التنازع، فقد رد الحلول المختلفة لتنازع القوانين إلى أفكار عامة تتجمع في مبدأ عام هو عينية الأحوال، واستثناء عليه مبدأ شخصية الأحوال (أي امتدادها).

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، تنازع القوانين)، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2016، ص248.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع نفسه، ص248.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع نفسه، ص249.

فيكون بذلك قد خالف المدرسة الإيطالية التي اتبعت المنهج التحليلي المتمثل في معالجة مسائل تنازع الأحوال واحدة واحدة دون محاولة ربط ما بينها.¹

وما يعاب كذلك على نظرية دار جنتريه قصور التقسيم على استيعاب جميع الأحوال كالأحوال المتعلقة بالجرائم، وبشكل التصرفات، وبالالتزامات، وتلك الخاصة بمسائل المرافعات²، ولكن على الرغم من أن نظرية دار جنتريه لم تحظ في فرنسا بما تستحقه من نجاح، فقد نجحت في هولندا.

ثالثاً: المدرسة الهولندية.

كان موضع هولندا في نهاية القرن 17 مشابه لوضع مقاطعات إيطاليا، مدن مزدهرة ذات طابع تجاري، ونخضة علمية، وعلاقات اقتصادية فيما بينها ومع غيرها وقد استقلت المقاطعات الشمالية عن حكم الإسبان سنة 1579، وكونت اتحاداً فيما بينها، ولكنها بقيت محتفظة بعوائدها للسلطة المركزية، ولذلك تبنت نظرية دار جنتريه المعبرة من الناحية السياسية عن النزعة الاستقلالية، ومن الناحية القانونية عن السيادة الإقليمية المطلقة للقانون.³

وحسب المدرسة الهولندية ليست للقوانين السيادة إلا على الإقليم الذي أصدرها ومن ثم فإن مبدأ إقليمية القوانين لا ينبغي أن يرد عليه أي استثناء، لأن قبول الاستثناء يعني قبول تطبيق قانون أجنبي على الإقليم، وفي ذلك اعتداء على سيادته.⁴

ورغم هذا الغلو في الأخذ بمبدأ الإقليمية فإن الفقهاء الهولنديين قد سمحوا بتطبيق القانون الأجنبي، لكن ليس على سبيل الالتزام وإنما على سبيل المجاملة، وذلك من أجل التخفيف من

¹ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 33.

² - محمد كمال فهمي، الأصول في القانون الدولي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 366.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 57.

⁴ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 54.

قسوة المبدأ الذي اعتمده الفقه الهولندي، وما ينجر عنه من نتائج خطيرة على مصالح الأفراد والمصالح المشتركة للدول.¹

ومعنى فكرة المجاملة الدولية التي ابتدعها الفقهاء الهولنديين أن القاضي ليس ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي، وإذا هو قبل تطبيقه، فإنما يكون ذلك على أساس المجاملة الدولية وقد أخذت هذه الفكرة على ظاهرها، وعيب عليها أنها تفسح المجال لأهواء القضاء، فإن شاء طبق القانون الأجنبي، وإن شاء استبعده، بيد أن تفسير المجاملة على هذا النحو تفسير خاطئ، فقد كانت المدرسة الهولندية ترغب في أن تقرر أن الدولة ليست بحاجة إلى أن تكون ملزمة بمعاهدة دولية لكي تطبق قانون دولة أخرى، بل هي يجب أن تطبق القانون الأجنبي ولو لم تكن ملزمة، ويكون ذلك منها على سبيل المجاملة، ولكنها متى رأت تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة التزم قضاءها بتطبيقه.²

ولقد تبين الفقهاء الهولنديين تقسيم دار جنترية للأحوال إلى أحوال عينية وأحوال مختلطة، إلى أنهم اختلفوا عنه في تحديد مضمون كل قسم، ولقد استطاعوا أن يجعلوها تستوعب ما أغفله فقه دار جنترية من الأحوال مثل الأحوال المتعلقة بالشكل، والأحوال المتعلقة بالموضوع.³

ومن أشهر فقهاء المدرسة الهولندية الفقيه بول فويت (1619-1677) وابنه جان فويت (1647-1714) والفقيه أولريك هوبر (1636-1694)، وهذا الأخير يرجع إليه الفضل في وضع لأول مرة اصطلاح "تنازع القوانين"، كما أنه أبرز لأول مرة فكرة أن القاضي له أن تستبعد تطبيق القانون الأجنبي، إذا رأى أنه مخالف للنظام العام المحلي.⁴

¹ - فؤاد علي ديب، المرجع السابق، ص 35.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 250، عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 31.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 249.

ولقد لاقت أفكار المدرسة الهولندية رواجاً كبيراً في إنجلترا ومن بعدها الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، والتي لا تزال حتى اليوم لدى اجتهاد المحاكم ولدى الفقه في هذه الدول.¹

الفرع الثاني: المدارس الحديثة.

إلى غاية منتصف القرن 19م كان مبدأ إقليمية القوانين هو السائد، وبعد ذلك ظهر تياران أحدهما يتسم بطابع عالمي يتزعمه في ألمانيا سافيني (المدرسة الألمانية) وفي فرنسا بيه (المدرسة الفرنسية)، ويقوم على فكرة الاشتراك القانوني عند الأول، والاحترام الدولي للحقوق المكتسبة عند الثاني، وتيار شخصي يتزعمه الفقيه الإيطالي مانشيني (المدرسة الإيطالية) الذي يقوم فقهه على أساس مبدأ الجنسيات.

وستتطرق لهذه المدارس الثلاث فيما يلي:

أولاً: المدرسة الألمانية.

كانت ألمانيا خلال النصف الأول من القرن 19م في وضع مشابه لحال المدن الإيطالية خلال القرن 13، حيث كان مجزأة إلى أقاليم أعرافه وقوانينه الخاصة بالإضافة إلى القانون الروماني باعتباره الشريعة العامة لكل المقاطعات.²

وفي ظل هذه الظروف ظهر فكر سافيني الذي عاش في برلين خلال (1779/1861) لذلك فقد كان من المتوقع أن يسلك سافيني نهج سابقه في في اعتناق مبادئ نظرية الأحوال، أو اعتناق مبدأ الإقليمية، إلا أنه أبى ذلك واعتمد أساساً آخر يختلف كلية عن أسس سابقه.³

فالمدرسة الألمانية لا تحول على تقسيم القوانين إلى عينية وشخصية، ولا على نظرية الأحوال نفسها، بل على أساس آخر هو أن العلاقات القانونية متعددة ومختلفة لا تخضع لمثل هذا التقسيم

¹ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص45.

² - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص533.

³ - حمزة قتال، المرجع السابق، ص36.

فقط، ومن ثم فإن تنازع القوانين لا يقود بالضرورة إلى الاختيار بين القانون الإقليمي أو القانون الشخصي كقانون محل التنفيذ أو محل السكن.¹

ولا يتفق سافيني مؤسس هذه المدرسة مع من يدعي بأن الدولة عند تطبيقها القانون الأجنبي في إقليمها إنما تعمل ذلك مدفوعة بروح التسامح وبناء على فكرة المجاملة الدولية بل إنها بالنسبة إليه تعمل ذلك بمقتضى التزام دولي، فالدول لها مصالح متبادلة وغايات مشتركة منها تحقيق العدالة، فالعدالة غاية مشتركة تهدف جميع الدول إلى تحقيقها، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية إلا بالتعاون فيما بينها عن طريق قبول الواحدة منها تطبيق قوانين الأخرى كلما اقتضت العدالة ذلك.²

يذهب سافيني إلى البدء بتحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بسببها النزاع للتعرف على طبيعتها بغية تحديد مركزها لإسنادها إلى نظام قانوني يلائمها ويتفق وطبيعتها، ولمعرفة هذا النظام القانوني يبحث سافيني عن الإقليم الذي تدخل فيه العلاقة بحسب طبيعتها، فهو يرى أن لكل علاقة قانونية موطناً أو محلاً ترتكز عليه الأشخاص تماماً فيجب البحث عن هذا المحل وبالتالي إخضاع العلاقة لقانون هذا المحل، ولكن كيف يتعرف على المحل أو الدائرة القانونية الذي تدخل فيه العلاقة بحسب طبيعتها؟³

وقد توصل سافيني إلى تعيين مقر العلاقة القانونية على ضوء عاملين، الأول هو قاعدة الاختصاص القضائي العادي، أي معرفة القانون المختص بمعرفة المحكمة المختصة، فمتى ثبت الاختصاص لمحكمة معينة كان قانونها هو المختص بحكم العلاقة القانونية، والثاني هو مبدأ الخضوع الإرادي أي رغبة ذوي الشأن بمعنى أنه يعتبر مقراً للشخص أو العلاقة القانونية المكان الذي أراده

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 44.

² - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص 44.

³ - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص 45.

الشخص مقر له أو العلاقة القانونية، وإذا لم يسعف الخضوع الإرادي في التعرف على مقر العلاقة القانونية فيحدد هذا المقر حسب ما تقتضيه طبيعة الأشياء.¹

وبالنسبة إلى الأموال والأشياء، سواء كانت منقولة أو عقارية يعتبر موقعها هو مقرها، وعلى ذلك فهي تخضع لقانون موقعها. وبالنسبة للالتزامات التعاقدية، يطبق قانون محل تنفيذها، إذ يفترض أن المتعاقدين قد أرادوا أن يكون مقر عقدهما هو محل تنفيذه وبالنسبة إلى الأفعال الضارة أو النافعة يطبق قانون المكان الذي وقعت فيه لأنه مقرها.²

وقد تعرض فقه سافيتي للنقد من عدة نواحي، أولاً هو عدم صحة فكرة الخضوع الاختياري الإرادي، لأن أحكام تنازع القوانين هي في الأصل أحكام أمرة وليست مجالاً لأعمال الإرادة، كما وجه انتقاد إلى فكرة الاشتراك القانوني التي كانت نقطة الانطلاق لفقهاء في تنازع القوانين، فهي فكرة كذبها الواقع، فتطور التجارة الدولية وحركة انتقال الأشخاص من دولة إلى أخرى قد جعل فكرة الاشتراك القانوني فكرة مهجورة، إذ أصبحت الدول تقبل على أقاليمها تطبيق قوانين دول أخرى لا يوجد اشتراك قانوني معها.³

وكذا صعوبة التطبيق العملي لفكرة التركيز المكاني، فهناك حالات تستعصي على إعمالها، كالعقود الدولية، والعلاقات القانونية التي نشأت في نظام قانوني معين ثم تمتد إلى نظام قانوني آخر، فجزورها في مكان وفروعها في مكان آخر، كالذي يبرم عقداً في دولة أجنبية بشأن أموال موجودة في دولة أجنبية أخرى، ثم ثار نزاع حول أهليته فلائي نظام قانوني تنتمي العلاقة القانونية، ثم إن الحلول الناتجة عن التحليل بقصد التركيز تكون مختلفة باختلاف وجهات النظر فيما يتعلق بالمسلمات التي يرتكز عليها البحث.⁴

¹ - زروي الطيب، المرجع السابق، ص 60.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 253.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 62.

⁴ - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 42، جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 123.

رغم الانتقادات التي وجهت لفقهِ سافيتي وللمدرسة الألمانية، إلا أنه كان له أثر كبير على الفقه والقضاء في ألمانيا، ولقد امتد أثره حتى إلى خارجها، وإلى يومنا لا تزال طريقة سافيتي التحليلية هي الطريقة السائدة، فبذلك فإن الفقه المعاصر يبقُ مدينا له بهذا.

ثانياً: المدرسة الفرنسية (طبيعة القوانين الاجتماعية والهدف منها).

تأسست هذه المدرسة في فرنسا نهاية القرن 19م، وأنشأها الفقيه بيبه الذي يرخص أن يجعل من شخصية أو ون إقليمية القوانين قاعدة لحل النزاع، ويرى بأن تنازع القوانين هو تنازع بين سيادات دول مختلفة، وحل النزاع عنده يكون ببيان الحد الذي يمكن أن تقف عنده سيادة دولة القاضي أمام سيادة الدول الأجنبية للسماح بتطبيق قوانين هذه الأخيرة.¹

ويتم تحديد مدى سيادة القانون بمدى دوامه وعموميته، ويقصد بالدوام امتداد السلطان القانون من غير القطاع إلى الأشخاص والأموال التي تخضع له من يوم إصداره إلى يوم إلغائه، ويقصد بالعمومية تطبيق القانون من غير تفرقة على جميع الأشخاص دون تمييز، وعلى كافة الأموال على إقليم الدولة.²

وتقتضي هاتان الخاصيتان للقانون، أن يخضع وطينو الدولة لقانونها أينما وجدوا، وأينما وجدت أموالهم، ووقعت تصرفاتهم، ومن جهة أخرى أن يخضع كل الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة لقانونها سواء كانوا وطينين أو أجانب.

ويرى بيبه أن حل النزاع يتم عن طريق الكشف عن الغرض الاجتماعي الذي يهدف إليه القانون، فلكل قانون غرض اجتماعي تسعى الدولة إلى تحقيقه وهو النفع العام أو المملكة العامة، وعليه فتنازع القوانين هو تنازع مصالح دول هذه القوانين، ويحل عن طريق المفاضلة بين هذه المصالح، بعقد الاختصاص لقانون الدولة التي لها أكبر مملكة في حكمها، ابتغاء تحقيق الغرض

¹ - عمر بلمامي، المرجع السابق، ص46.

² - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص62.

الاجتماعي للقانون.¹ وعقد الاختصاص لقانون الدولة التي لها أكبر مصلحة يقتضي تحديد الغرض الاجتماعي للقانون بمعيار المصلحة التي يحميها، فإذا كان الهدف حماية الأفراد فيحتفظ القانون بخاصية الدوام، حيث يكون ممتدا خارج الإقليم، وتتم التضحية بخاصية العمومية، أما إذا كان الهدف منه حماية المجتمع، فيحتفظ القانون بخاصية العموم حيث يكون إقليمها، وتتم التضحية بخاصية الديمومة.²

وأضاف بييه إلى ما تقدم، نظريته في الاحترام الدولي للحق المكتسب، فوفقا لهذه النظرية أن الحق متى اكتسب في دولة، وجب الاعتراف بوجوده واحترامه في الدول الأخرى والحق المكتسب إما أن ينشأ ابتداء خاليا من العنصر الأجنبي، ويراد الاحتجاج بحق في دولة أخرى، وحينئذ يكفي أن يكون هذا الحق تم تكوينه صحيحا طبقا لقانون الدولة التي نشأ فيها، بغض النظر عن قانون الدولة التي يراد الاحتجاج بت على إقليمها، وإما أن يكون الحق المكتسب قد نشأ مشمولاً على عنصر أجنبي منذ بدايته، ويراد الاحتجاج بت في دولة لأخرى وحينئذ يجب أن تسري عليه قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة الأخرى بغض النظر عن قواعد التنازع لفي الدولة التي نشأ فيها.³

ثم يضع بييه على قاعدة احترام الحق المكتسب قيدين هما⁴:

القيود الأول: هو أنه لا يمكن الاحتجاج بحق مكتسب في إقليم دولة لا وجود لمثل هذا الحق فيه، مثال ذلك احتجاج المؤلف بحقه في بلد يجهل قانونه حق المؤلف.

القيود الثاني: هو أنه لا يمكن الاحتجاج بحق مكتسب في دولة. يعتبر هذا الحق فيها مخالفا للنظام العام مثال ذلك الاحتجاج بزواج مسلمة من غير مسلم في بلد إسلامي.

¹ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 63.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 67.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 258.

⁴ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع نفسه، ص 258.

وقد تعرض فقه بييه لعدة انتقادات، فقد عيب عليه اعتباره تنازع القوانين تنازعا بين الدول، في حين أن موضوعه الأساسي هو العلامات الفردية الخاصة¹. وعيب عليه أينما تقسيمه للقوانين إلى ممتدة إقليمية بحسب هدفها فهي ممتدة إذا كانت ترمي إلى تحقيق المصلحة الفردية، وإقليمية إذا كانت ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة، في حين أن كل القوانين ترمي إلى تحقيق حماية الجماعة، مما يجعل من الصعب تصنيف القوانين إلى ممتدة إقليمية بحسب هدفها.²

ثالثا: المدرسة الإيطالية (نظرية شخصية القوانين النسبية).

أما مانشيتي، زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة، فقد كان أستاذا بجامعة تورين وقد استهل محاضراته فيها بقوله أن الجنسية هي أساس القانون الدولي عاما وخصا وقد اعتنق مبدأ شخصية القوانين إلى حد المغالاة، ورأى أن القوانين توضع للأشخاص لا لأقاليم، وهي لا تصلح لغير الأشخاص الذين وضعت لهم، وقال أن كل أمة يجب أن تكون لها دولة وليست الدولة إلى الأمة، وقد كان مذهبه وليد الظروف السياسية التي كانت تمر بها إيطاليا، إذ كانت تسعى إلى وحدتها وإلى استقلالها عن الإمبراطورية النمساوية، فأخذ مانشيتي ينادي بالدولة الإيطالية التي تتكون من الأمة الإيطالية وحدها.³

وانطلق مانشيتي في صياغة نظريته من مبدأ القومية، حيث من حق الأفراد الذين تجمعهم مقومات العرف والدين واللغة والتقاليد أن يطبقوا قوانين مستمدة من هذه المقومات، وهذا أينما حلوا وحيثما وجدوا، وهذا هو مبدأ شخصية القوانين غير أنه استثناء يمكن تطبيق مبدأ الإقليمية فيما يتعلق بالنظام العام، الشكل الخارجي للتصرفات، وكذا ترك حرية المتعاقدين في اختبار القانون

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 65.

² - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 65.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 252.

الواجب التطبيق على عقدهما، كما وسعت هذه المدرسة من مجال الأحوال الشخصية ليشمل الموارث والنظم المالية المقترنة بعقد الزواج.¹

وقد وجهت إلى مذهب مانشيني عدة انتقادات مريرة، فمن الناحية السياسية عيب عليه أنه جعل الأمة هي الدولة، في حين أن الأمة غير الدولة، فالأمة تتكون من مجموعة من أفراد تتحد في الأصل والدين واللغة والأمان والمشاعر، لكن قد لا تجمعها دولة واحدة كالأمة العربية مثلاً، أما الدول فيمكن أن تتكون من أمم مختلفة كما هو الحال في سويسرا، لأن العنصر الأساسي في الدولة هو وجود إقليم تستقر عليه مجموعة من الأفراد يشكلون رعاياها وتكون لها السيادة عليه وعليهم.²

وعيب عليه قوله بأنه الأصل هو شخصية القوانين وأنه يجب إسناد كل العلاقات القانونية إلى قانون جنسية الشخص إلا ما استثنى من هذه القاعدة من الصعب إكماله إذا كان أطراف العلاقة القانونية ينتمون إلى جنسيات متعددة أولاً جنسية لهم.³

كما انتقدت صياغته للنظرية بشكل معيب، يتمثل في صورة قاعدة تتمثل في مبدأ شخصية القوانين، إستنادات عليه، تتعادل مع المبدأ أو تفوقه، وإيجاد أن من بين استثناءات ما قد يعد قاعدة، كخضوع العقار لقانون موقعه، يصح أن ينظر إليه كقاعدة على اعتبار أن هذا هو الوضع للأشياء.⁴

ولكن على الرغم من الانتقادات إلا أن أفكار مانشيني كان لها الفضل في تعزيز موقف قانون الجنسية في مواجهة قانون الموطن لحكم مسائل الأحوال الشخصية وتوسيع نطاق قانون

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأحوال في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 231-238.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 59.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 60.

الجنسية ليشمل غير المسائل التقليدية كالحالة والأهلية ومسائل أخرى كالميراث والنظام المالي للزوجين وغيرها.¹

¹ - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 540.

الفصل الأول:

إعمال قواعد تنازع القوانين

إذا ثار نزاع بشأن حق أو مركز معين نشأ عن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، قد يتنازع على حكمه أكثر من قانون، وكل قانون من هذه القوانين سيدعي صلاحيته لذلك، وإذا كان من غير الممكن تطبيقها جميعاً في آن واحد، فإنه لا مناص من اختبار أحدهما باعتباره الأكثر ملاءمة، وهذا إنما يتم عن طريق اتباع منهج يسمى المنهج التنازعي¹، وهذا المنهج يركز على قواعد تسمى قواعد الإسناد ترشد القاضي الوطني إلى القانون الأكثر ملاءمة لحل مثل هذه النزاعات.

وهذا لا يتم إلا بعد اللجوء إلى آليات فنية تبدأ بتكييف المسائل القانونية التي أثارها النزاعات، ثم الإحالة إذا اقتضى الأمر. إذ أن القاضي وهو يسند المسألة إلى القانون الذي يحكمها يواجه مسألة تطبيق قواعد الإسناد في القانون المسند إليه، حيث تطرح مشكلة الإحالة.

ومن ثم فإن حل أي نزاع يشتمل على عنصر أجنبي يتطلب من القاضي العمل على مراحل للوصول إلى القانون الذي على أساسه سيصدر حكمه بشأن النزاع، هذه المراحل تبدأ بالتكييف (المبحث الأول)، ثم الإسناد والإحالة إن كان لها محل (المحل الثاني).

¹ - للمزيد حول المنهج التنازعي، إرجع إلى زروني الطيب، المرجع السابق، ص 27 ما يليها.

المبحث الأول: التكييف.

إن عملية إسناد العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص والذي تحدده قواعد تنازع القوانين، تستلزم قبل كل شيء تكييف ثلث العلاقة موضوع النزاع، ذلك لأن قواعد تنازع القوانين لا تضع الحلول لكل مسألة من المسائل بل إنها تبين القانون الذي يحكم كل طائفة من المسائل القانونية.

فتحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردھا لنظام قانوني معين مسألة قانونية يجب حلها أولاً وقبل كل شيء، وتسمى عملية التحديد هذه بالتكييف.

وسنحاول في هذا المبحث التطرق لمفهوم التكييف في المطلب الأول، ثم للقانون الواجب التطبيق على التكييف في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم التكييف.

لتحديد مفهوم التكييف ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف التكييف ثم لنشأته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التكييف.

بالرغم من إقرار الفقه لأهمية التكييف سواء في القانون بصفة عامة أو في تنازع القوانين بصفة خاصة¹، لم يجمع حتى الآن على تعريف موحد للتكييف، فإذا كان التكييف في القانون بصفة عامة يعني إعطاء الوصف القانوني السليم للفعل أو التصرف دون التقيد دبا يضيفه الخصوم

¹ - للاطلاع على المزيد حول أهمية التكييف، ارجع إلى حمزة قتال، المرجع السابق، ص 148 وما يليها.

² - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 52 وما يليها، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 88 وما يليها.

من وصف¹، أو تحليل للوقائع والتصرفات تمهيدا لإعطائها وصفها الحقيقي ووضعها في المكان الملائم بين التقسيمات السائدة في فرع من فروع القانون².

ويعرف التكييف في القانون الدولي الخاص بأنه: " تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين³.

ويعرف كذلك بأنه: " تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو تصرف لتحديد القانون الواجب التطبيق وشروط تطبيقه، وهو يمثل جانب من تفسير القانون لأن القانون الذي يقوم بتفسير القانون يقوم في حقيقة الأمر بعمليات التكييف"⁴.

وعرف كذلك بأنه: " تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد⁵.

ويعرف التكييف في القانون الدولي الخاص بأنه: " تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين⁶.

وعليه فالتكييف عملية أولية سابقة لضرورة لتحديد قواعد الإسناد التي ستحل مشكلة

التنازع.

1 - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 95.

2 - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 47.

3 - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 263.

4 - ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 35.

5 - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 118.

6 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 41.

ولقد اختلف الفقهاء فيما ينصب عليه التكييف في عدة اتجاهات أولها يغلب الجانب القانوني فيه، فرأى البعض منهم أن التكييف يتعلق بالنظم القانونية، بينما ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التكييف ينصب على العلاقات القانونية، في حين ذهب الرأي الآخر إلى القول بأن التكييف يقع على القواعد القانونية الموضوعية¹.

أما الإتجاه الثاني فيتخذ موضوع التكييف من ميدان الواقع، حيث يرى أنصار هذا الإتجاه أن التكييف ينصب على الوقائع المادية، وتكون وظيفة التكييف هو إعطاء الواقعة أو المركز الواقعي الطابع القانوني الذي يدخله في فئة من الفئات التي خصها المشرع بقاعدة اسناد².

وهناك اتجاه فقهي ثالث اتخذ موقفا وسطا بين الإتجاهين السابقين، بحيث لا يتقيد بعنصر القانون وحده، أو بعنصر الواقع وحده، وإنما يعتمد عليهما معا، فهو يرى بأن التكييف ينصب على موضوع النزاع، أو على المسألة التي يثيرها المركز الواقعي أو على المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 09 من القانون المدني نجده قد أشار إلى محل التكييف دون إعطاء تعريف له، ومحلّه وفقا لنص المادة هو أن التكييف ينصب على العلاقات.

ويتضح مما سبق من التعاريف المتعلقة بالتكييف، أن التكييف سواء يف القانون الداخلي، أو في تنازع القوانين يعني تحديد طبيعة المسألة القانونية محل النزاع، وهذا لا يعني تطابق فكرة التكييف في القانونيين، وذلك لأن القاضي ومن خلال التكييف في القانون الداخلي يسعى إلى تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، وهذا ما يطلق عليه التكييف الداخلي، بينما يسعى

¹ - زاندة عبد الرحمن، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021، ص22..

² - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص371

³ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص115-116.

القاضي من خلال التكييف في تنازع القوانين إلى إدراج المسألة محل النزاع إلى طائفة من النظم القانونية المقررة في قانونه تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص، وهذا يطلق عليه التكييف الدولي.

ويترتب على التعريفات السابقة أن التكييف في تنازع القوانين (التكييف الدولي) يقوم على

ثلاث عناصر أساسية وهي¹:

- تحديد طبيعة المسألة.

- إدراج المسألة محل النزاع إلى فكرة مسندة محددة.

- معرفة القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثاني: نشأة التكييف.

ارتبط ظهور التكييف بالقضاء الفرنسي، ومن أبرز القضايا التي أكدت نشأته القضائية هما

ما قضية " ميراث المالطي "، وقضية " وصية الهولندي ".

أولاً: قضية المالطي:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين من جزيرة مالطا تزوجا بدون عقد في مالطا واتخاذها موطنهما الأول، ثم هاجر إلى الجزائر (المستعمرة في ذلك الوقت) وكان القانون الفرنسي هو المطبق آنذاك في الجزائر على المعاملات المالية، وقد تملك فيها الزوج عقارات، ثم توفي فيها دون أن يوصي بشيء، فرفعت أرملته في البداية دعوى أمام محكمة البلدية ادعت فيها أنها أرملته، وأن لها نصيب في أموال زوجها المتوفي يسمى بنصيب الزوج المحتاج أو الفقير، وهو نظام معروف في القانون المالطي، دون القانون الفرنسي الذي كان لا يعطي للزوجة إلا الحق في قسمة الأموال

¹ - ديداني بومدين، أحسن زفور، أهمية التكييف الفقهي والقانون للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية العلوم الانسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، الجزائر، العدد 01، ص 97.

المشركة، وحقها في استرداد أموالها الخاصة¹، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي أو القانون الفرنسي.

فإذا كيف القاضي ما تطلبه الزوجة وفقا للقانون المالطي، اعتبره من نظام الأموال وأخضعه بالتالي وفقا لقواعد الإسناد في قانونه للقانون المالطي، أما لو كيفه وفقا لقانونه اعتبره نصيبا من ميراث الهالك، ومن ثم يخضع للقانون الفرنسي وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية، فوفقا للتكييف الأول تأخذ الزوجة حقها في عقارات زوجها الهالك ووفقا للتكييف الثاني لا يعترف للزوجة بأي حق في ميراث زوجها المتوفى، وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن أحقه بطائفة الإرث، ومن ثم أخذ بالتكييف الثاني².

ثانيا: قضية وصية الهولندي:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن هولنديا قام بتحرير وصية في فرنسا وفقا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، أي بخط يده، بالرغم من أن المادة 992 من القانون الهولندي تمنع الهولنديين من تحديد الإيصال في الشكل الرسمي حتى ولو كانوا في الخارج، بعد وفاة الهولندي ثار نزاع بين ورثته بشأن صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي مؤسسين ادعاءهم بناء على نص المادة 992 من القانون الهولندي³.

فوجد القاضي الفرنسي نفسه أمام مشكلة التكييف، تتعلق بتحديد طبيعة موضوع النزاع، وهو حضر الإيصال في الشكل العرفي، فإذا كيفه وفقا لقانونه اعتبرت الوصية صحيحة لأن مسألة تحرير الوصية في شكل معين هي مسألة تدخل في شكل التصرفات مما يجعلها خاضعة لقانون بعد الإبرام وهو القانون الفرنسي، أما إذا تم التكييف وفقا للقانون الهولندي اعتبرت الوصية باطلة، لأن المنع الوارد في هذا القانون لا يدخل في شكل التصرفات، وإنما ينطبق بأهلية الهولنديين بدليل أنه

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص76، حمزة قتال، المرجع السابق، ص146.

² - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص980.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص77.

يسري في مواجهتهم حتى ولو كانوا خارج هولندا، والأهلية وفقا للقانون الهولندي تخضع لقانون الجنسية¹.

وقد حل القاضي الفرنسي هذا الإشكال بأن كيفه تبعا للقانون الفرنسي على أنه يتعلق بالشكل، وقضى بحصة الوصية طبقا للقانون الفرنسي.

وهكذا نلاحظ بأن الحل يختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف.

اختلف الفقهاء في تحديد القانون الذي يكون رجعا في التكييف، فهناك اتجاه يرى إخضاع التكييف للقانون المقارن، واتجاه يرى إخضاعه للقانون الواجب التطبيق على النزاع، وهناك من رأي إخضاعه لقانون القاضي، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، ثم موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات وبأي اتجاه أخذ وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: النظريات الفقهية بشأن التكييف.

إذا كان التكييف عملية أولية سابقة على تطبيق قاعدة الإسناد، فإن القاضي يواجه إشكالية بيان القانون الذي بموجبه يتم التكييف موضوع النزاع، وقد طرحت في هذا الصدد ثلاث نظريات:

أولا: قضية التكييف للقانون المقارن:

يقضي هذا الاتجاه بحل التنازع الناشئ بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاهيم قوانين الدول الداخلية، وذلك دون التقييد بقانون دولة معينة، فإذا نص قانون القاضي مثلا على أن موضوع النزاع يتمحور حول الأهلية، فإن مفهوم هذه الأخيرة يجب أن لا يتحدد وفقا لقانون القاضي فقط، أو بموجب قانون جنسية الشخص فحسب، بل يجب أن يرجع في ذلك أيضا إلى

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 77.

المفهوم العالمي بهذا الشأن¹، والسبيل إلى ذلك هو دراسة قوانين الدول المختلفة، ومعرفة الأفكار العالمية، واستخلاص مضمون أو مدلول مجرد للأهلية.

ومن أهم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية هي أن تكليف القاضي بمهمة التكيف وفقا للقانون المقارن، يعتبر بمثابة تكليف مستحيل، لأن الدراسات المقارنة مازالت في مرحلة العموميات²، كما أن استعمال هذا المنهج يتطلب من القاضي الإلمام بمختلف لغات العالم، وهذا أمر يصعب إدراكه، كما أن هذا المنهج يفترض مسبقا من القضاة الذين يقومون بالتكيف تجردا وتضحية بالتكليفات المنصوص عليه في قوانينهم الوطنية، وهذا أمر غير وارد في ظل تنامي النزعة الوطنية في إطار القانون الدولي الخاص³.

ثانيا: خضوع التكيف للقانون الواجب التطبيق على النزاع:

يرى أنصار هذه النظرية أن يعطي الاختصاص في موضوع التكيف للقانون الذي سيحكم العلاقة موضوع النزاع، فقواعد التكيف المقررة في القانون الذي سيحكم النزاع تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية، ويبرر أنصار هذه النظرية اتجاههم بقولهم أن القانون إذا أشار بوجود حل النزاع وفقا لقانون ما، فإن هذا القانون يجب أن يحكم العلاقة بشكل كامل بما في ذلك تكيف العلاقة ووصفها كي تتحقق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون الأجنبي المختص⁴.

ولعل أهم انتقاد وجه لهذا الاتجاه هو أنه تعترضه استحالة عملية، فالتكيف عملية أولية سابقة على تحديد القانون المختص، فالقاضي قبل التكيف لا يعلم بعد ما إذا كان قانون ما سيختص بحكم المسألة محل النزاع، فكيف يقوم إذا بالتكيف وفقه وهو لم يتحدد بعد⁵.

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص55.

² - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص135.

³ - زناندة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص49.

⁴ - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص56.

⁵ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص87.

كما أن إعطاء الاختصاص في التكييف من الناحية النظرية إلى القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية يؤدي إلى الخروج عن قواعد تنازع القوانين، والابتعاد عن أوامر المشرع الوطني التي تنحصر بما ورد في قوانينه¹.

ثالثا: خضوع التكييف لقانون القاضي:

يرى أنصار هذا الاتجاه إخضاع التكييف لقانون القاضي سواء كان هذا القانون من بين القوانين المتنازعة أو كان التنازع بين قوانين أجنبية، فالقاضي كما يقول بارتان عند تحديد طبيعة الواقعة محل النزاع تخضع إلى القانون الوطني بطريقة ضمنية، وهذا ما أدرج عليه القضاء الفرنسي على إتباعه إلى غاية 1955².

ومن بين الحجج التي قدمها أنصار هذه النظرية لتبرير موقفهم، أن القواعد التي يطبقها القاضي لحل التنازع هي من نظامه الوطني، وأن تطبيق القانون الأجنبي لا يكون إلا بأمر نص عليه المشرع الوطني، وبهذا تكون قواعد القانون الأجنبي التي أعطي لها الاختصاص كأنها نصوص أقرها المشرع الوطني وحدد نطاق تطبيقها بدلا من القانون الوطني³.

ولقد الفقيه بارتان بين التكييف الأولي، وهو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق. أي التكييف اللازم لإدراج المسألة ضمن الفئة المسندة المناسبة لها، ويكون وفقا لقانون القاضي، وبين التكييف اللاحق أو الثانوي والذي يأتي بعد عملية الإسناد وتحديد القانون المختص، وهو يكون وفقا للقانون الواجب التطبيق، وقد برر هذا التمييز بفكرة السيادة⁴.

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 58.

² - كوبري الزهرة، رويح حنان، التكييف في القانون الدولي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، 2016/2017، ص 32.

³ - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص 58.

⁴ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 58-59.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن اختصاص قانون القاضي طبقاً لرأي بارتان يرد عليه استثناءات. بمعنى أن العمل بقانون القاضي في مسألة التكييف ليس مطلقاً بل ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات يعطى فيها الاختصاص في التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع وهي:

- وصف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً، يخضع إلى قانون موقعه، وليس إلى قانون القاضي الوطني، وقد برر بارتان ذلك بفكرة استقرار المعاملات، وتوطيد فكرة الطمأنينة والأمن الذي ينبغي أن يسود اكتساب الحقوق العينية¹.

- وصف الفعل هل هو جريمة جنائية أو مدنية، يجب أن يتم وفقاً لقانون المكان الذي حدث فيه، وهذا تحقيقاً للعدالة.

- حالة الاستحالة المادية في تكييف العلاقة موضوع النزاع، بمقتضى قانون القاضي بسبب عدم معرفة النظام القانوني الأجنبي المطلوب وصفه من قبل القاضي، وفيها يعطى الاختصاص لقانون آخر غير قانون القاضي.

- حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي ودولة أجنبية، تنص على أن تكييف بعض المسائل يخضع لقانون غير قانون القاضي.

رغم الحلول التي أتى بها بارتان لحل مشكلة التنازع ومسألة التكييف إلا أنها لم تسلم من الانتقاد بوجود بعض التناقض، فأولى هذه الانتقادات هو تصوير تنازع القوانين على أنه تنازع بين سيادات الدول، وقد انتقدت النظرية أيضاً بخصوص إخضاع تكييف المال إلى قانون موقعه، إذ أن إخضاع وصف المال لقانون موقعه به استثناء غير حقيقي في كثير من الحالات، فلا يمكن وصف

¹ - حمزة قنال، المرجع السابق، ص 154.

الحال ما إذا كان عقارا أو منقولاً، إلى في حالة لاحقة على الإسناد، أي مرحلة تطبيق القانون المختص، أي أنه تكييف لاحق¹.

كما أن إخضاع و صف الفعل لمحل وقوعه معناه إفساح المجال لقانون عقوبات أجنبي أن يطبق في بلد القاضي، وهذا ما يمس بالسيادة، كما أن تكييف الفعل بأنه جريمة مدنية وفقاً لمكان وقوعه، في مصادرة على المطلوب إذ يفترض سلفاً أننا بصدد جريمة مدنية، مع أن هذا الوصف هو الهدف من التكييف، كما أنه يمكن أن يقع الفعل في بلد ويتحقق الضرر في بلد آخر².

ولكن وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لنظرية بارتان، إلا أن العديد من التشريعات العربية منها والغربية، قد تبنت هذه النظرية في قوانينها.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

بالرجوع إلى نص المادة 09 من القانون المدني: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق ". يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أخضع التكييف لقانون القاضي، وهو بذلك قد تبني رأي القضاء الفرنسي والفقهاء بارتان في التكييف، كما أن هذه المادة تشمل المفهوم الواسع للقانون الجزائري، والذي يشمل القواعد مهما اختلفت مصادرها التي استمدت منها القوة الإلزامية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك اختلاف بين النصين العربي والفرنسي للمادة التاسعة من القانون المدني، حيث ورد في النص الفرنسي عبارة *pour qualifier la catégorie* أي تكييف الفئة، وهذا غير صحيح لأن التكييف يتعلق بالعلاقات المطلوب تحديدها كما جاء في النص العربي.

¹ - حمزة قنات، المرجع نفسه ص 155.

² - جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 220.

ويلاحظ على نص المادة 09 من القانون المدني أيضا أنها اقتضت على التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه معرفة القانون الواجب التطبيق، فبذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة لأنها لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي، وتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص، وبمعنى آخر المشرع الجزائري قد أخذ بالتمييز الذي قال به بارتن بين التكييف السابق الأولي والتكييف اللاحق الثاني¹.

المادة التاسعة أخذت بالقاعدة العامة لنظرية بارتان أي تكييف النزاع المشوب بعنصر أجنبي وفقا لقانون القاضي، لكن السؤال المطروح هنا هل أخذ المشرع فقط بالقاعدة العامة دون الاستثناء؟.

الملاحظ على نص المادة 09 من القانون المدني أنها لم تتعرض للاستثناء الذي أورده بشأن قانون القاضي، لكن بالرجوع إلى 17 و 21 من القانون المدني نجد تلك الاستثناءات.

بالنسبة لتكييف المال نجد المادة 01/17 من القانون المدني قد نصت صراحة على أن الأموال تخضع في تكييفها إلى منقول أو عقار لقانون المكان الذي يوجد فيه المال، ولا يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، أما فيما يخص المنقولات فإنها تخضع لقانون البلد الذي توجد بت وقت تحقيق السبب وبذلك فإن هناك مرحلتين في التكييف، المرحلة الأولى وهي تكييف للمسألة المعروضة على القاضي بأنها مال وتخضع لقانون القاضي المادة (09)، ثم المرحلة الثانية وهي تكييف هذا المال ما إذا كان عقارا أم منقولا (الذي أخضعه المشرع لقانون موقع المال طبقا للمادة 17)، وكلاهما تكييف أولي، ضروري لتحديد قاعدة الإسناد المناسبة².

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 94.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 157.

أما الاستثناء الوارد في نص المادة 21 من القانون المدني فمتعلق بتكليف النزاع وفقا لمعاهدة، إذ نصت المادة 21 أنه إذا نصت معاهدة دولية على القانون الذي يحكم التكليف في أحكامها، فعلى القاضي أن يجري التكليف وفقا لهذه الأحكام.

ولأن المعاهدة النافذة تسمو على القانون، فينبغي إذن على القاضي إعمالها ويستبعد نص القانون، ولأنها نافذة في الجزائر فتصبح داخلة في نطاق النطاق القانوني الوطني¹.

بالنسبة لتكليف الفعل الضار، وهو من بين الاستثناءات التي أتى بها بارتان والملاحظ على نص المادة 20 من القانون المدني أنه لم يلزم القاضي تكليف المسائل بأنها فعل ضار بناء على قانون المكان الذي وقع فيه الفعل، وإنما أشار إلى أن الفعل إذا كان مشروعا في الجزائر حتى وإن كان غير مشروع طبقا لقانون البلد الذي وقع فيه يسري عليه القانون الجزائري مباشرة بالرغم من كونه قد أنشأ علاقة ذات عنصر أجنبي.

المبحث الثاني: قواعد الإسناد ونظرية الإحالة.

بعد أن ينتهي القاضي من تكليف المسألة المطروحة عليه، وإدخالها في نظام معين من النظم القانونية التي يحددها قانونه الوطني، لينتقل إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة، أي إسناد حكم المسألة إلى القانون الذي يجب أن يخضع له، وإذا وجب تطبيق قانون أجنبي فهل يكون معنى ذلك أن تطبق قواعده الداخلية البحتة، أو أن تطبق أيضا قواعد التنازع فيه، وهذا ما يعرف بنظرية الإحالة.

وستتطرق في هذا المبحث في مطلبين لقواعد الإسناد في المطلب الأول ثم لنظرية الإحالة في المطلب الثاني.

¹ - للمزيد، اطلع في نفاذ المعاهدات، جمال منعة، نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 28-45.

المطلب الأول: قواعد الإسناد.

لا يمكن للقاضي معرفة القانون الواجب التطبيق إلا بإعمال قواعد الإسناد والقاضي لا يستطيع تجاوزها، بأن يطبق القواعد الموضوعية مباشرة على مثل هذه النزاعات، وأن يفصل فيها دون تطبيق قواعد الإسناد، وهذا ما يستدعي بالضرورة تحديد مفهوم قواعد الإسناد في الفرع الأول ثم تبيان عناصر الإسناد في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم قواعد الإسناد.

لتحديد مفهوم قواعد الإسناد نتطرق أولاً لتعريف قواعد الإسناد ثم الخصائص التي تتميز بها هذه القواعد ثانياً.

أولاً: تعريف قواعد الإسناد.

تعرف قواعد الإسناد بأنها تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، هدفها هو اختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقاً للعدالة، من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة القانونية¹. ويقصد بها كذلك القواعد القانونية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ عن علاقة ذات عنصر أجنبي.

وتعرف بأنها قواعد قانونية يصفها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي². وتكون مهمة هذه القواعد إسناد الحكم إلى القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقيه القوانين الأخرى المتنازعة لأنه هو أكثر إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهه نظر هذا القانون المختار³.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

² - هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، مصر، 2006، ص 213.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 68.

وقد عرفها الأستاذ جابر جاد عبد الرحمن بأنها: "قواعد وطنيه وصفها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة، ولا تصطدم بمصالح ألدوله العليا أو السياسة¹ وعرفت بأنها: "قواعد القانونية التي يتكفل المشرع الوطني غانبا بتنظيمها بتشريع أو مصادر أخرى لغرض الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المعروضة إمام القضاء والمشوبة بعنصر أجنبي²."

وعرفها الأستاذ احمد عبد الكريم سلامه بأنها: "قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنيه، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها"³.

ومن خلال ما تقدم من تعاريفي يتضح إن لقواعد الإسناد مجموعته من الخصائص التي تميزها عن غيرها من القواعد القانونية وهذا ما سنتطرق إليه في ما يلي:

ثانيا: خصائص قواعد الإسناد.

تعتبر قواعد الإسناد الوسيلة الأساسية التقليدية المستخدمة في القانون الدولي الخاص للكشف عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، ولأجل ذلك فهي تتميز بعدة خصائص جوهرية، منها ما يعبر عن صفات القاعدة القانونية ونهي كونها قواعد وطنية، ومنها ما يميزها عن بقية القواعد القانونية وهي صفات فنية، في كونها قواعد مرشدة ومزدوجة ومحيدة.

¹ - جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 169.

² - حافظ عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي المقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1979، ص 263.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 51، القاهرة، مصر، 1995، ص 98.

1. قواعد وطنية:

تعد قواعد الإسناد من القواعد الوطنية، والتي يتولى المشرع الوطني لكل دولة صياغتها وفقا لما يترأى له واضعا نصب عينيه اعتبارات دولته أالاقتصادية والاجتماعية والسياسية و الأخلاقية والذي يسعى إلى حمايتها، وهذا ما يؤدي إلى اختلاف قواعد الإسناد في كل دولة عن الأخرى.

2. قواعد مرشدة (قواعد غير مباشرة):

هي قواعد غير مباشرة لأنها لا تحل النزاع مباشرة، وإنما تحل النزاع بطريقة غير مباشرة، وذلك عن طريق الإشارة إلى القانون الذي يحل النزاع، وبالتالي قواعد الإسناد لا تتضمن حلا مباشرا للنزاع، وهذا ما يميزها عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى التي تعطي الحل مباشرة للنزاع، فالقواعد المنظمة للجنسية تبين مباشرة من هم رعايا الدولة، والقواعد المنظمة لمركز الأجانب تبين مباشرة الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والالتزامات التي يتحملها، ولا يختلف الأمر بالنسبة لقواعد الاختصاص الدولي، فهي تتكفل مباشرة بتحديد اختصاص محاكم الدولة بشأن النزاعات ذات الطابع الدولي¹.

3. قواعد مزدوجة:

تتميز قواعد الإسناد من حيث آثارها بكونها قواعد مزدوجة الجانب، أي أنها تبين متى يطبق القانون الوطني، وحتى يطبق القانون الأجنبي وتحقق الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد هدفين اثنين، يتمثل الهدف الأول في إنتاجه الفرصة للقانون الأجنبي للتطبيق إذا تبين للقاضي عدم اختصاص قانونه على اعتبار العلاقة القانونية ترتبط بنظام قانوني أجنبي أما الهدف الثاني فهو تحاشي حصول فريق قانوني إذا كان قانون القاضي غير مختص، وهذا بواسطة الإسناد المزدوج وبالتالي يتحدد القانون الأجنبي المختص حسب معيار التركيز الذي اعتمده المشرع.²

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص70.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، ص73، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص95.

وهذا يعني أن قواعد الإسناد تعد من القواعد ذات الطابع الشكلي والتي يقتصر دورها على تحديد القانون الأقرب صلة بالمركز القانوني للخصوم المتنازع، الأمر الذي يجعل من قواعد الإسناد آلية تعمل على إسناد العلاقة إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع المعروض على القاضي دون مراعاة لما يترتب على إعمال هذا القانون من نتائج¹.

الفرع الثاني: عناصر قواعد الإسناد.

نظراً للطبيعة الفنية لقواعد الإسناد ووظيفتها المميزة، فهي تنفرد بعناصر تساعد في أداء وظيفتها، وتشمل هذه العناصر في الفئة المسندة أولاً، وضابط الإسناد ثانياً، والقانون المسند إليه ثالثاً.

أولاً: الفئة المسندة.

لا يمكن وضع الدعاوى والحقوق تحت الحصر فمنها ما هو مسمى ومنها ما هو غير مسمى، لذلك وتخفيفاً لوطأة التعذر تعداد الحقوق والدعاوى، فقد تم اللجوء إلى ما يسمى بالفئة المسندة، والتي يتم من خلالها وضع تقسيمات للحقوق تمهيداً لإسنادها إلى القانون الواجب التطبيق.

فالمرجع عادة ما يلجأ إلى جمع مختلف العلاقات القانونية وتصنيفها إلى طوائف كبيره ومتجانسة تشترك مع بعضها في الطبيعة، ثم يقضي بخضوعها لقاعدة إسناد واحده، وعاده ما يجري تصنيف العلاقات إلى مسائل الأحوال الشخصية، ومسائل الأموال والالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية، ثم يتم إجراء تقسيمات داخلية مثل تقسيم الأحوال الشخصية إلى مسائل الأهلية، وآثار الزواج وطلاق وتطبيق وغيرها².

¹ - عبده جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص25.

² - عبد المنعم زرم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، الأردن، 2015، ص65.

ثانيا: ضابط الإسناد.

لما صنف المشرع المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسنده قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداه هي ضابط الإسناد، فبذلك ضابط الإسناد هو عبارة عن أداه ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه¹.

وعندما يتولى المشرع تحديد ضابط الإسناد فانه يبحث عن أكثر القوانين التي ترتبط بالنزاع والتي تكون أجدر على حكم العلاقة القانونية دون محاباة لقانون على غيره، فتحدد ضابط الإسناد يعتمد على استجلاء أكثر القوانين ارتباطا بالنزاع المعروض على القاضي، ولكن الذي يتولى تحديد هذا الضابط هو المشرع وليس القاضي.

ثالثا: القانون المسند إليه.

تكمن مهمة قاعدة الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يتخلله عنصر أجنبي، وهذا لا يتم إلا من خلال إدراج وقائع النزاع في فئة مسندة تمهيدا لتحديد ضابط الإسناد وصولا إلى تحديد القانون المسند إليه، أي القانون الواجب التطبيق.

والقانون المسند إليه قد يكون القانون الوطني كما قد يكون قانونا أجنبيا وذلك تبعا للصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد.

تجدر الإشارة إلى أن القاضي ملزم بتطبيق القوانين تلقائيا ولو لم يتمسك بها الخصوم، كما أن هذه القواعد ملزمة، فالمشرع الجزائري جمع النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني. مما يوحي بأنها مثل بقيه القواعد القانوني في إلزاميتها، وبالرغم من عدم وجود نص صريح يقرر التزام القاضي بالتطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد من عدمه. لكن عند النظر إلى صياغة هذه النصوص نجد أنها قد استعملت عبارات " يكون " " يسري " " يطبق " وهذه

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 68.

عبارات توحى بأن قواعد الإسناد قواعد أمرة يطبقها القاضي تلقائياً دون حاجة إلى تمسك الأطراف بها¹.

المطلب الثاني: نظرية الإحالة.

إذا انتهى القاضي من التكييف وأدخل العلاقة القانونية في أحد النظم المعينة في قانونه انتقل إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة أي أسند حكمها إلى القانون الذي يجب أن تخضع له، وفي هذه المرحلة تثور عدة مشكلات بصدد القانون الواجب التطبيق. أولى هذه المشكلات هل يقصد بالقانون الواجب التطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون أم أحكامه الداخلية دون قواعد الإسناد، وهذه المشكلة تعرف باسم الإحالة.

فما المقصود بالإحالة وكيف نشأت، وما هو موقف الفقه من الإحالة.

الفرع الأول: مفهوم الإحالة.

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى أساس الإحالة ثم لنشأتها في نقطتين ولكن قبل ذلك تعرف الإحالة بأنها تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية الذي تحدد اختصاصه بناء على قواعد إسناد قانون القاضي وصولاً إلى تحديد القانون المختص بشكل نهائي². ويقصد بها كذلك قبول تطبيق قانون أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي بمثابة القانون الواجب التطبيق.

فالإحالة تقتضي أن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي ليس متعلق بقواعده الموضوعية فحسب، وإنما يشمل أيضاً قواعد الإسناد التي ينص عليها، أي أول ما يطلع عليه القاضي الذي عرض عليه النزاع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، هو قواعد التنازع ليتأكد إن كان هذا القانون يقبل الاختصاص أو يرفضه، فإذا رفضه

¹ - حمزة قنار، المرجع السابق، ص 127.

² - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 16.

نكون أمام إحالة والتي لها صورتان، الإحالة من الدرجة الأولى وصورتها عندما ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي المستند إليه النزاع، حل هذا النزاع، وتحيله إلى قانون القاضي¹.

وإحالة من الدرجة الثانية وصورتها أن ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي، حل النزاع، لكنها لا تحيله إلى قانون القاضي ولكن إلى قانون أجنبي آخر².

أولاً: أساس الإحالة:

ظهرت في الفقه عدة نظريات حاولت إيجاد أساس قانوني للإحالة، وأن تبرر الأخذ بتنا، وتمثل في:

1. نظرية التفويض:

مفاد هذه النظرية إن قواعد الإسناد في قانون القاضي لما تشير باختصاص قانون أجنبي معين فإنها لا تشير باختصاص القواعد الموضوعية في هذا القانون وإنما تفوض المشرع الأجنبي لسلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع والذي قد يكون قانونه (حالة عدم وجود إحالة)، أو قانون القاضي (إحالة من الدرجة الأولى) أو قانوناً أجنبياً آخر (إحالة من الدرجة الثانية)³.

ينتقد الفقه نظرية التفويض لكونها ضعيفة الأساس، لأن قاعدة الإسناد ليست قادة تفويض الاختصاص التشريعي، وهذه ليست وظيفتها بل هي قاعدة لاختيار القانون المناسب لحكم المسألة، وفكره التفويض خيال ومجاز حيث لم يثبت أن دوله فوضت غيرها في فض تنازع القوانين بشأن مسألة معينه وهي تعترض مع فكرة السيادة، وإعمالها يؤدي إلى حلقة مفرغة⁴.

1 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 98.

2 - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 101.

3 - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 111.

4 - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 165.

ثانياً: نظرية تناسق النظم القانونية:

فحوى هذه النظرية أن المشرع الوطني عندما يضع قاعدة الإسناد فهو يشرع لحكم علاقة تتصل بأكثر من قانون، ولذلك يتصور التنسيق بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، ولذلك العمل بالإحالة لا يعد تنازلاً ن قواعد الإسناد الوطنية لصالح قواعد الإسناد الأجنبية، لكن لتحقيق التنسيق والتعاون بينهما¹.

وإعمال الإحالة بهذا الشكل يؤدي إلى حل مشكلة التنازع بين السيادة الكامن في ظاهرة تنازع القوانين، ويؤدي إلى توسيع نطاق القانون الوطني ليشمل النزاعات التي تمس المصالح المباشرة لدولة القاضي².

هذه النظرية لم تسلم هي الأخرى من الانتقاد، كصعوبة تحقيق التناسق بين القوانين، خاصة في ظل التباين بين ضوابط الإسناد من دولة لأخرى، كما قد تمس بمصالح الأفراد.

ثالثاً: نظرية الطابع الوظيفي للإحالة:

بمقتضى هذه النظرية لا يجب أن يقرر قبول أو رفض الإحالة بناء على أفكار عامة نظرية، وإنما استناداً إلى الوظيفة التي يمكن للإحالة أن تقوم بها من خلال ربطها بالغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، فالإحالة تعتبر أداة فنية ذات طابع وظيفي، فهي وسيلة من وسائل السياسة التشريعية، يلجأ إليها المشرع أو القاضي إذا وجد من المناسب استخدامها في نطاق معين لتحقيق أهداف متنوعة³.

¹ - حمزة قنال، المرجع السابق، ص165.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، المرجع السابق، ص449.

³ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007، ص172.

وقد أخذت بهذه النظرية بعض التشريعات الحديثة، كالقانون التشيكي لعام 1963 في المادة 35 منه، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 في المادة 04 منه¹.

ثانيا: نشأة الإحالة:

تعتبر الإحالة نظرية حديثة نسبيا، وقد ارتبط ظهورها بشكل أساسي بالقضاء، حيث طبقها القضاء الإنجليزي والقضاء الألماني في منتصف القرن 19، إلا أنها ظهرت بشمل واضح في قضية مشهورة عرضت على القضاء الفرنسي تعرف بقضية Forgo.

وتتلخص هذه القضية في أن فوركو ولد غير شرعي من الجنسية البافارية، أقام في فرنسا من الخامسة من عمره حتى وفاته في الثامنة والستين، وترك ثروة منقولة، طالبا بها حواشي المتوفي الطبيعيون وفقا لما يرتبه القانون البافاري، كما طالبت بها الحكومة الفرنسية أيضا باعتبارها مالكة للأموال التي لا وارث لها حسب القانون الفرنسي، ولدى الرجوع إلى قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي ظهر أنها تخضع الميراث في المنقولات لقانون الموطن القانوني للمتوفي، وهو في هذه الحالة القانون البافاري، لأن فوركو رغم طول إقامته في فرنسا فإنه لم يكتسب فيها موطنا قانونيا وفقا للقانون الفرنسي، وبناءا على ذلك حكمت محكمة استئناف بوردو لصالح الورثة.

طعنت الحكومة الفرنسية (إدارة الدومين) في فرنسا أمام محكمة النقض بنقض حكم محكمة الاستئناف بحجة أنه كان يتعين على هذه الأخيرة أن تطبق قاعدة الإسناد في القانون البافاري، لا أن تطبق قواعده المادية التي تعطي الحل المباشر للنزاع، فقاعدة الإسناد في القانون البافاري تقرر اختصاص قانون الموطن الفعلي للمتوفي، وهو القانون الفرنسي الذي لا يجيز توريث الحواشي ويعتبر

¹ - حمزة قتال، المرجع نفسه، ص166.

تركته شاغرة، وهذا ما قضت به المحكمة الفرنسية، وبهذا أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الإحالة، وإن كانت لم تستعمل هذا المصطلح في قرارها¹.

وقد تبنت المحاكم الفرنسية هذه النظرية في قضايا أخرى مما ترتب عليه انقسام الفقه إلى فريقين، منهم من اخذ بنظرية الإحالة، ومنهم من عارضها ولكل من الفريقين أدلته وحجته، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: موقف الفقه من الإحالة.

أثارت نظرية الإحالة جدلاً فقهيًا كثيرًا أحدثت انقسامًا بينهم بين مؤيدين لها على إطلاقها، وبين معارضين لها.

أولاً: الاتجاه المؤيد للإحالة:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه لما تشير قواعد الإسناد في قانونه باختصاص قانون أجنبي، يجب على القاضي أن يطبق قواعد الإسناد في هذا القانون لمعرفة هل تؤكد له الاختصاص أم أن قانونا آخر هو الأجدر بالتطبيق وحجتهم في ذلك:

1- أنه يجب معاملة القانون الأجنبي المسند إليه باعتباره كلاً واحداً لا يتجزأ حينما يسند قانون القاضي العلاقة إلى ذلك القانون، يعني إعطاؤه الاختصاص بصفته نظاماً قانونياً متكاملًا في قواعده الموضوعية وقواعد القانون الدولي فيه ولا مبرر لتجزئته والتميز بين قواعده، والأخذ فقط بقواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد فيه إذا كان يرفض الاختصاص الموضوعي².

2- قد تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي ولكن قد يحدث وأن تكون قواعد الإسناد في هذا القانون رافضة لهذا الاختصاص، فإذا أعرض القاضي عن هذه

¹ - حمزة قنال، المرجع السابق، ص164، هشام صادق، المرجع السابق، ص91، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص74-75.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص108.

القواعد واتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية يتضمنها وطبقها، فإنه يكون بذلك قد طبق القانون الأجنبي رغم أنه، وهو أمر غير مقبول، وعليه فإنه يجب حتى لا نصل إلى هذه النتيجة غير المقبولة أن يتم الأخذ بالإحالة والتي تعني احترام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص¹.

3- في الأخذ بالإحالة تسهيل وتعميم للحلول في القضايا، إذ لو أن كل قاضي أخذ بالإحالة فإن حكمه سوف يتمتع بحجية الشيء المقضي به أمام جميع محاكم الدول التي تأخذ بالإحالة، وسوف يسهل تنفيذه في البلد الذي طبق قانونه مادام قد اتبع ما أشارت إليه قاعدة التنازع فيه².

4- لما يكون القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي هو قانون بلد تتعدد فيه الشرائع تعددا إقليميا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية أو تتعدد فيها تعددا شخصيا كما هو الحال في بعض دول الشرق الأوسط فإن القاضي يجد صعوبة كبيرة في الكشف عن القواعد الموضوعية التي يتضمنها، لكن لو أن هذا القانون الأجنبي المتعدد الشرائع يرفض الاختصاص المخول له ويحيله إلى قانون القاضي، ويقبل القاضي بهذه الإحالة فإنه حينئذ لا يجد أية صعوبة لأن قانونه هو الذي سيصبح مختصا³.

5- إن الأخذ بالإحالة خاصة الإحالة من الدرجة الأولى من شأنه أن يوسع من دائرة تطبيق القانون الوطني، كما أنه يساهم في تسهيل عمل القاضي.

ثانيا: الاتجاه الراض للإحالة:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه إذا عينت قاعدة الإسناد القانون المختص، فيجب على القاضي أن يطبق مباشرة قواعد الموضوعية دون تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون وحجتهم في ذلك.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 103.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 280.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 104.

1. الفرض من وضع قواعد الإسناد من طرف المشرع هو كل مشكلة تنازع القوانين ولذلك لما يرجع القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه وينتهي إلى تحديد القانون الأجنبي المختص، فإنه يكون بذلك قد حل مشكلة تنازع القوانين، لكن لو أنه يرجع كذلك إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي عينته له قواعد الإسناد في قانونه. فإن ذلك يعني حلاً لمشكلة التنازع مرتين، وهو أمر غير مقبول لذلك فإن المقصود بالقانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد في قانون القاضي هو الأحكام الموضوعية الداخلية في هذا القانون وليس قواعد الإسناد فيه¹.

2. رداً على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة والتي مفادها أنه ينبغي أخذ القانون الأجنبي في جملة مما يتعين الرجوع إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها، يقول معارضو الإحالة أنه ينبغي اعتبار قانون القاضي هو كذلك كلاً لا يتجزأ مما يتعين الرجوع كذلك إلى قواعد إسناده من جديد بعد الإحالة من القانون الأجنبي إليه. وهكذا يبقى كلا القانونين يحيلان على بعضهما البعض مما يؤدي إلى حلقة لا نهاية لها، وحتى يتجنب الوقوع في ذلك عدم الأخذ بالإحالة إطلاقاً، وتطبيق القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الأجنبي دون قواعد إسناده².

3. رد معارضو الإحالة بأنها تؤدي إلى تسهيل الحلول والاعتراف للحكم بالحجية بقولهم غير صحيح من حيث أن تنفيذ الحكم يتم غالباً في البلد الذي صدر فيه (قضية فورقة مثلاً)³.

4. قواعد الإسناد من قواعد القانون العام، فهي إقليمية التطبيق فلا يطبقها إلا القاضي الوطني، كما أن الطابع السياسي لوظيفة قاعدة الإسناد تؤكد ذلك، وذلك أنها تفصل بين السيادة التشريعية للدول ذات الصلة بالنزاع⁴.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 104.

² - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 105.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 445.

5. إن الأخذ بالإحالة من شأنه إن يؤدي إلى إن يطبق على طرفي نزاع نظاما قانونيا ليسوا خاضعين له أصلا وغير مقرر في بلدهم¹.

هناك العديد من النماذج بالنسبة القضاء الرافض للإحالة، فقد رفض القضاء الايطالي الأخذ بتأيا كانت صورتها، تطبيقا للنص المادة 30 من القانون المدني الايطالي، كما رفض تطبيقها القضاء المصري بعد صدور القانون المدني المصري سواء أحاله من الدرجة الأولى أو الثانية، تطبيقا لنص المادة 27 منه².

ولقد اقترح بعض رافضي فكرة الإحالة، حلولا أخرى في حالة التنازع السليبي، وهذه الحلول وإن كانت لا تقول بالأخذ بفكرة الإحالة، إلا أنها تؤدي إلى ذات النتيجة المترتبة على الأخذ بتأيا على النحو التالي:

1* وجود قاعدة تنازع احتياطية:

اقترح الفقيه الفرنسي لوربور بيجونيير بديل عن الإحالة، أن يقال أن قواعد التنازع في كل دولة تتضمن قاعدة احتياطية إلى جانب القاعدة الأصلية، فإذا كانت القاعدة الأصلية تقضي بتطبيق القانون الأجنبي فمعنى ذلك أن يطبق هذا القانون إذا هو قابل الاختصاص الذي أحيل إليه، أما إذا هو رفضه، ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يرجع إلى قاعدة التنازع الاحتياطية في قانونه، وهي تقضي حينئذ بوجود تطبيق القانون الوطني الذي رفعت الدعوة أمامه³.

وأهم نقد وجه إلى هذه النظرية هو أن ما تقول به من وجود قاعدة إسناد احتياطية إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية هو من باب التخيل والوهم للحقيقة، فلا يوجد ما يدل على أن المشرع قد وضع إلى جانب كل قاعدة من قواعد الإسناد الأصلية قاعدة إسناد احتياطية⁴.

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص52.

2 - حمزة قنال، المرجع السابق، ص168.

3 - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص284.

4 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص113.

2* مبدأ إقليمية القوانين:

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه في حالة ما إذا كان هناك تنازع سلبي، يعلن فيه كل من قانون القانون والقانون الأجنبي عدم اختصاصه بحكم العلاقة القانونية، نكون أمام علاقة لا وطن لها، وبما أنه يسوغ أن تترك علاقة قانونية دون أن تحل، فيجب الرجوع إلى الأصل وهو إقليمية القوانين، هذا المبدأ الذي يقضي بأن الأصل هو أن يطبق كل بلد قانونه داخل إقليمه، وألا يطبق إلا قوانينه وحدها كلما كان ذلك ممكناً¹.

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 ضعيف هو رباط الاختصاص القضائي².

3* نظرية المحكمة الأجنبية (نظرية الإحالة الكلية):

وقد قال بهذه النظرية فريق من الفقه الانجليزي، وهي تعني أنه إذا عرض على القاضي الوطني نزاع يشتمل على عنصر أجنبي، وكانت قاعدة التنازع الوطنية تشير إلى تطبيق قانون دولة أجنبية معينة. وجب على القاضي أن يفصل في النزاع، كما يفصل فيه القاضي الأجنبي، التي أشارت قاعدة التنازع الوطنية باختصاص قانونه، بمعنى آخر يضع القاضي الوطني نفسه موضع القاضي الأجنبي ويفصل في النزاع كما يفصل فيه القاضي الأجنبي، أي يطبق القانون الذي كان سيطبقه القاضي الأجنبي، سواء كان يأخذ بالإحالة أو لا يأخذ بها³.

وما يعيب هذه النظرية رغم كونها ترمي إلى توحيد الحلول المعطاة لنفس القضية هو عدم أمكانه تعميمها، فهي غير صالحه إلا إذا اخذ بتا القاضي المطروح عليه النزاع دون غيره من قضاة

¹- أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص285.

²- أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص115.

³- أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع نفسه، ص285.

الدول الأخرى التي تنازعت قوانينها لحكم العلاقة المطروحة، إما لو اخذ بتناقض كل الدول التي لقوانينها علاقة بالنزاع فان ذلك سيؤدي إلى حلقة مفرغة¹.

بعد عرض الاختلاف الفقهي حول الإحالة، يطرح التساؤل حول موقف المشرع الجزائري من الإحالة وبأي اتجاه اخذ؟.

بالرجوع إلى نص المادة 23 مكرر 01 من القانون المدني والتي جاء فيها: " إذا تقرر قانون أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"، نجد أنها تطرح إشكالا من حيث الصياغة، فأول ما يلاحظ وجود تناقض بين حكم الفقرة الأولى والثانية، فالأولى نص المشرع صراحة على رفض الإحالة وألزم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد الإسناد فيه.

كما أن الفقرة الثانية فهي ذات مضمون مناقض تماما لما ورد في الفقرة الأولى بحيث يفهم من خلال استقراءها أن المشرع قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

وما يمكن استخلاصه كمنع عام لنص المادة 23 مكرر 01 من القانون المدني هو أن هذه المادة تتضمن قاعدة مفادها رفض الإحالة استثناءا يتضمن الأخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى أي تلك التي ترجع أو ترد الاختصاص لقانون القاضي، إما إذا ردت قاعدة الإسناد الأجنبية الأخص لدوله الثالثة وجب على القاضي الجزائري أن يفصل في النزاع استنادا للقواعد الموضوعية

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 119.

للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، ويكون بذلك قد امتثل لأحكام الفقرة الأولى من نص المادة 23 مكرر 01 وامتنع عن الخضوع لإرادة المشرع الأجنبي التي ترمي لتطبيق قانون أجنبي ثالث¹.

¹ - مقدس أمينة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة تحليلية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السادس، العدد 02، ديسمبر 2020، ص236.

الفصل الثاني:

قواعد الإسناد في القانون الجزائري

الحلول الوضعية لتنازع القوانين

لقد وضع المشرع الجزائري قواعد الإسناد بالنسبة لكل فئة من الفئات الرئيسية للمراكز والعلاقات القانونية، وقرر لكل مجموعة منها قواعد تعين القانون الواجب التطبيق، وتناولت هذه القواعد تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص (الأحوال الشخصية)، والقانون الواجب التطبيق على الأحوال العينية)، ثم على التصرفات والوقائع القانونية (الالتزامات التعاقدية والغير تعاقدية)، ولإحاطة بأحكام هذه القواعد سندرس كل منها في هذا الفصل، وذلك في مبحثين.

المبحث الثاني: قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية والأحوال العينية.

يقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول لقواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية، أما المطلب الثاني فنتناول فيه قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال العينية.

المطلب الأول: قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية.

الأحوال الشخصية هي مجموعة من العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة، وبالعلاقتة بأسرته والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بتنا الشخص برابطة الموطن أو الجنسية¹.

¹ - يحكم الأحوال الشخصية ضابطي اسناد أساسيين هما الجنسيه والموطن، وتختلف الدول في الاخذ بعدها وذلك استنادا الى ظروف كل منها على حدى، وقد حاول الفقه تبرير مواقف الدول، وبالرجوع الى المشرع الجزائري نجده قد أناط الاحوال الشخصيه بضابط الجنسيه غير ان تطبيق ضابط الجنسيه يثير اشكالياتين، حاله تعدد الجنسيات وحاله انعدامها، فاذا كنا بصدد تعدد الجنسيات نصت المادة 22 من القانون المدني على تطبيق قانون الجنسيه الفعليه اي اكثرها ارتباطا بالشخص، وإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين تلك الجنسيات التي يحملها الشخص فيطبق القانون الجزائري وحده، أما إذا كان الشخص محل النزاع عديم الجنسية فقد اقترح بعض الفقهاء تطبيق قانون دولة الميلاد، لكن ما من مشرع أخذ بهذا الرأي، لذا فالرأي المأخوذ به هو إخضاع عديم الجنسية لقانون موطنه وإذا لم يكن موطن، فقانون محل إقامته، وإذا لم يكن له لا موطن ولا محل إقامة عادية، يطبق قانون البلد الذي يوجد فيه، أما المشرع الجزائري فنص في المادة 22/3 من القانون المدني على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص62، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص207، 208.

ولا تتفق التشريعات على إطار محدد بشأن الأحوال الشخصية، فهناك تشريعات تدخل الميراث والوصية والنظم المالية التي تصحب الزواج في دائرة الأحوال الشخصية، بينما تستبعد بعض التشريعات من نطاق الأحوال الشخصية الهبة والوصية والميراث والنظم المالية التي تصحب الزواج وتدخله في نطاق الأموال، وهذا الاختلاف راجع لعدم وجود تعريف جامع مانع لمواد الأحوال الشخصية.

ولعل أقرب تعريف إلى المنطق هو التعريف الذي ورد في حكم محكمة النقض المصرية التي قالت فيه المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرمل أو مطلقا أو أبا أو إنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنونه، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدا لسبب من أسبابها القانونية ... إلخ¹.

وفي الجزائر يعتبر من نطاق الأحوال الشخصية الحالة والأهلية العامة وحماية ناقص الأهلية وانعقاد الزواج وانحلاله، والنبوة والتبني والكفالة والنفقة بين الأقارب والميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وفيما يلي سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على ما ورد من هذه المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.

تناول المشرع الجزائري قواعد الإسناد المتعلقة بالحالة والأهلية في المادة 10 من القانون المدني، وستتناول الحالة أولا ثم الأهلية ثانيا.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 302.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الحالة.

يتعين هنا دراسة حالة الشخص الطبيعي ثم حالة الشخص الاعتباري لمعرفة القانون الذي يحكم نظامه القانوني.

1- حالة القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي:

يقصد بحالة الشخص الطبيعي مجموع الصفات التي تحدد مركزه من أسرته، وتسمى الحالة المدنية، وتشمل مجموع صفاته الطبيعية ككونه ذكراً أو أنثى، رشيداً أو قاصراً، زوجاً أو أعزباً أو أرمل أو أباً أو ابناً، سليم القوى العقلية أو مصاباً بعاهة إلى غير ذلك من الصفات.

ويتم تحديد حاله الشخص بناء على قانون جنسيته، أي أن القانون الواجب التطبيق على الحالة هو قانون جنسيه الشخص محل النزاع، وهذا طبقاً لنص المادة 10 من القانون المدني، التي تنص على تطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص فيما يخص الحالة والأهلية، وهو ما يطبق على الجزائريين والأجانب.

2- القانون الواجب التطبيق على حالة الاعتباري:

الشخص الاعتباري حالة سياسية وحالة قانونية، ويقصد بالحالة السياسية تبعية الشخص الاعتباري لدولة معينة، وقد جرى الفقه والقضاء على وصف الرابطة السياسية بالجنسية أما الحالة القانونية أو النظام القانوني للشخص الاعتباري، فيقصد به كيفية تكوينه وإدارته وتصرفاته وانقضائه، وكل ما يتعلق به من شروط التمتع بالشخصية المعنوية¹.

وقد أدرجت التشريعات على إسنادها إلى قانون البلد الذي يوجد فيه المركز الرئيسي الفعلي للشركة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، في نص المادة 10/3 من القانون المدني.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 304.

ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي الفعلي المكان الذي تتركز فيه الإدارة العليا والتوجيه الرئيسي والرقابة على الشخص الاعتباري وهو الذي يتم فيه اجتماع مجلس الإدارة والجمعية العامة وتوجد فيه مكاتب الإدارة، وعمد المشرع إلى ضابط المركز الفعلي ليستبعد المركز الصوري الذي يتخذه الشخص الاعتباري بقصد التهرب من قانون دولة معينة.

وقد أدخل المشرع الجزائري على القاعدة التي تخضع حالة الشخص الاعتباري إلى قانون المركز الرئيسي الفعلي استثناء لصالحه، حيث أخضع النظام القانوني للشخص الاعتباري للقانون الجزائري، ولو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي في الخارج، متى مارس الشخص الاعتباري نشاطا في الجزائر، حيث نصت المادة 10/4 من القانون المدني على أنه: " غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري ".

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الأهلية.

الأهلية هي صلاحية الشخص لأن له حقوق وعليه واجبات وصلاحياته لاستعمال هذه الحقوق وأداء هذه الواجبات، وهنا الأمر يتعلق بشخص كامل الأهلية، كما قد يكون الشخص ناقص الأهلية أو عديمها ككونه مجنوناً أو معتوهاً أو محجوراً عليه أو تحت الولاية، وهذا قد وضعت نظم خاصة لحمايته.

1- القانون الواجب التطبيق على الأهلية:

المراد بالأهلية هنا، أهلية الأداء، لا أهلية الوجود، والمراد كذلك بأهلية الأداء هنا الأهلية العامة التي ترتبط بسن التمييز، أما الأهلية الخاصة فهي لا تخضع لقانون الجنسية وإنما يسري عليها القانون الذي يحكم العلاقة، ويخضع تكييف الأهلية لقانون القاضي طبقاً للقاعدة العامة في التكييف، فالقاضي المرفوع إليه النزاع هو الذي يكيف المسألة، هل تتعلق بالأهلية، وهل الأهلية عامه أو خاصة¹.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 305.

أما قانون الجنسية فهو الذي يحدد مدى أهلية الشخص، ومتى يبلغ سن الرشد وما هي التصرفات التي يعتبر أهلا للقيام بها، وتلك التي لا يستطيع القيام بها، ومتى يعتبر الشخص مأذونا بإدارة أمواله، ويبين قانون الجنسية أيضا ما يترتب من جزاء على هذه التصرفات، ويبين ما هي عوارض الأهلية¹.

والأهلية سواء تعلقت بالروابط العائلية أو بالروابط المدنية أو التجارية يكون الاختصاص فيها لقانون الجنسية، ذلك لأن القواعد المنظمة لها ما وضعت إلا لضمان حماية الفرد، ولا تتحقق هذه الحماية إلا بإخضاع الأهلية لقانونه الشخصي المستمد من حاجاته وظروفه لذلك تذهب غالبية القوانين إلى إخضاعها لقانون الجنسية وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 10/ف1 من القانون المدني.

غير أن المشرع الجزائري أورد استثناء في المادة 10 ف/2 من القانون المدني التي تنص على انه: " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملات ".

وطبقا لهذا النص المستثني من الأصل، وهو خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص تخضع الأهلية لقانون القاضي (القانون الجزائري) إذا توافرت الشروط الآتية:

1. أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية لا الشخصية.
2. أن يتم التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها.
3. أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع نفسه، ص305.

4. أم يكون سبب نقص الأهلية خفي لا يسهل تبينه من الطرف الآخر المتعاقد مع الأجنبي، فإذا سهل تبينه لا يؤخذ بهذا الاستثناء.

5. أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وليس عديمها.

ويرجع هذا الاستثناء إلى قضية ليزاردي Lizardi، وهو شاب مكسيكي يبلغ من العمر 23 سنة، اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي بقيمة 80 ألف فرنك، وقع صكوكا للتاجر الفرنسي، وحينما حل أجل هذه الصكوك طالب التاجر الفرنسي الشاب المكسيكي بالدفع، فتمسك هذا الأخير بنقص أهليته لعدم بلوغه سن 25 سنة، التي تعد سن الرشد بالنسبة للقانون المكسيكي وبالتالي يعد تصرفه قابل للإبطال¹.

رفع التاجر الفرنسي دعوى ضده على أساس جهله بالقانون المكسيكي، وأنه كان يعتقد بكمال أهلية الشاب، وذلك بالنظر إلى القانون الفرنسي الذي يحدد سن الرشد ب 21 سنة فصدر الحكم لصالحه وأيدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 16/01/1861 على أساس أنه يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي تعامل بحسن نية مع الأجنبي، واستقر القضاء والتشريع على هذا، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري أيضا².

ويبني الفقهاء هذا الاستثناء على أساس المصلحة الوطنية التي تقضي باستبعاد القانون الأجنبي إذا كان تطبيقه ضارا بالمصلحة الوطنية، غير أن هناك بعض الفقهاء يرون أن استبعاد القانون الأجنبي في هذه الحالة يرجع إلى فكرة النظام العام، بينما رأى بعض آخر منهم إرجاعه إلى فكرة الإثراء بلا سبب، ولعل الأصح أن أساس هذا الاستثناء هو القاعدة التي مفادها أن الجهل بالقانون الأجنبي عذر مقبول، فلا يعقل مطالبة الوطنيين بمعرفة قوانين الأجانب بل تكفي معرفتهم بقانونهم الوطني³.

¹ - هشام صادق، المرجع السابق، ص203.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص308.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص68.

2- القانون الواجب التطبيق على حماية الأشخاص عديمي الأهلية:

اعتبر المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية كالولاية (الولاية المقصود بها هنا هي الولاية على المال وليس الولاية على النفس لأنها هذه الأخيرة من أحكام الزواج، والوصاية، والقوامة، وغيرها من النظم الموضوعية التي تحمي المحجورين والغائبين من الأحوال الشخصية.

ولقد نصت المادة 15 من القانون المدني على أن القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية المتعلقة بالمحجورين والغائبين تخضع لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، فهذا القانون هو الذي يبين من يتولى الحماية (الولي، الوصي، القيم)، ومدى صلاحيته للقيام بتا، وما يجب عليه القيام به، وما يستحقه من مقابل لعمله، وإلى قانون جنسية يرجع في عزله في الحد من سلطته أو وقفها.

غير أنه إذا كان الحق المحمي محل تدابير استعجاليه يصف القانون الجزائري في حالتين¹:

1- إذا كان القصر عديمو الأهلية أو الغائبون موجودون في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير.

2- إذا تعلق الأمر على التدبير بأموالهم الموجودة في الجزائر.

أما المسائل الخاصة بالإجراءات اللازم إتباعها، فإنها تخضع للقانون الجزائري، طبقا للقاعدة العامة الواردة في نص المادة 21 مكرر من القانون المدني، وذلك إذا ما عرض الأمر على القضاء.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في انعقاد الزواج وانحلاله.

الزواج من أهم العلاقات الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان، وهو رابطته بين رجل وامرأة تفيد حل العشرة بينهما، ويقصد منها دوام الرابطة². وتترتب عليه آثار مهمة

¹ - المادة 15/ف2 من القانون المدني.

² - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص109.

والتزامات متقابلة، لذلك عكفت التشريعات في جميع الدول على تنظيمه تنظيماً دقيقاً، فحددت الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاده، ونظمت آثاره وكيفية انتهاءه¹.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره.

يشمل الزواج على شروط موضوعية وعلى شروط شكلية، لما يترتب على انعقاده مجموعة من الآثار.

1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج:

يرجع في تكليف ما هو موضوعي عن شرط الزواج لقانون القاضي طبقاً للقاعدة العامة، ولقد حددت الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج كالاتي: الرضا، الولي، الشاهدان، الصداق، بلوغ السن القانونية، خلو الزوجين من الموانع الشرعية.

وقد نصت المادة 11 من القانون المدني على أن يطبق في ما يخص الشروط الموضوعية لعقد الزواج القانوني لكل من الزوجين، على أن يعتد بجنسيه الزوجين وقت إبرام العقد، فلا يتأثر هذا الأخير إذا غير أحدهما جنسيته فيما بعد، وليس في إخضاع شروط الزواج الموضوعية لقانون الجنسية أية صعوبة إذا كان كلا الزوجين من جنسيه واحده، لكن تظهر الصعوبة حين يختلفان في الجنسية، فكيف تطبق هذه القاعدة؟.

يرى البعض تطبيق القاعدة التي تعطي الاختصاص في الزواج إلى قانون كل من الزوجين تطبيقاً جامعاً، ويكون باستيفاء الشروط الموضوعية المقررة في قانون الزوج والزوجة في كل منهما،

¹ - لقد جرت العادة أن تبدأ إجراءات الزواج بالخطبة، وهي وعد يبدي فيه كل طرف استعداداً للزواج بالطرف الآخر، فإذا وصلت الخطبة لمرحلة الوعد ذي القيمة القانونية، فلا شك أنها مقدمة للزواج وتدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وقد أدخلها المشرع الجزائري في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي تخضع لذات القانون الذي يخضع له الزواج نفسه، سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وإذا فسخت الخطبة وباعتبارها قائمة على أساس المسؤولية التقصيرية، فتخضع لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للضرر.

أي اجتماع شروط القانونيين معا في كل واحد منهما¹.

وقد يقال بتطبيقهما تطبيقا موزعا، أي يكفي لانعقاد الزواج صحيحا أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الأخذ بعين الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر². والرأي السائد هو القائل بالتطبيق الموزع، ذلك أن التطبيق الجامع يعد مستحيلا عمليا، غير أنه ينشأ من التصديق الموزع الشروط الخاصة بالموانع نظرا لخطورتها. ويؤخذ بشأنها التطبيق الجامع، أي وجوب احترام الموانع المنصوص عليها في كل من قانون الزوج وقانون الزوجة معا³.

إذا كانت المادة 11 من القانون المدني قد وضعت القاعدة العامة للشروط الموضوعية في الزواج، وأخضعتها لقانون جنسيته كل من الزوجين، فقد جاءت المادة 13 من القانون المدني باستثناء هذه القاعدة، حيث تنص تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا، إلا فيما يخص أهلية الزواج، فيجب أن تتوافر شرط الأهلية في الطرف الآخر طبقا لقانون جنسيته، والمهم هو أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج

2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

يعد من الشروط الشكلية لعقد الزواج كل القواعد والإجراءات التي تتصل بالزواج من حيث شهره، تحريره، إثباته، الوكالة، الشهود.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد اقتصر على النص في المادة 11 من القانون المدني إلى إخضاع شروط الزواج الشكلية لقانون كل من الزوجين، ولم يتعرض للشروط الشكلية للزواج، وبالتالي يجب تطبيق القواعد العامة الخاصة بالشكل المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني، والتي تخضع العقود في ما بين الأحياء في شكلها لقانون مكان إبرامها.

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 114.

² - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص 114.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69-70.

غير أن الأخذ بهذه القاعدة ليس إلزامي بل اختياري، إذ يجوز طبقا للمادة 19 من القانون المدني أن يطبق على الشروط الشكلية لعقد الزواج قانون جنسية الزوجين إن اتحدا في الجنسية، أو قانون موطنهما المشترك، أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية¹.

ويترتب على ذلك أن الجزائري الذي يبرم عقد زواجه وفقا للشكل المطلوب في البلد الذي أبرمه فيه، عقده صحيح شكلا، وكذلك إذا أبرم هذا الزواج لدى القنصليات الجزائرية في الخارج، إذا ما اتبع الشكل المنصوص عليه في قانون الحالة المدنية الجزائري².

3- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

يترتب على انعقاد الزواج واجبات والتزامات متقابلة منها ما هي شخصية تقع على عاتق الزوجين كواجب الإخلاص والطاعة، وأخرى ماله كارتباط الأزواج بالنظام المالي للزوجين المقرر ببعض الشرائع والتي تعطي للزوج حق إدارة أموال الزوجين، خلافا لما أورده الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين³.

ولقد اخضع المشرع الجزائري كل هذه الآثار إلى قانون جنسيه الزوج وقت إبرام عقد الزواج، فنصت المادة 12 من القانون المدني على انه: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج "

وطبقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام عقد الزواج، ويطبق هذا الاستثناء ولو غير الزوج الجزائري جنسيته، بأن تخلى عن الجنسية الجزائرية واكتسب جنسية أجنبية، بحيث يكون أجنبيا عندما يثور النزاع.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص321.

² - ارجع للمادة 70 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

³ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص117.

أما النسب وبالرغم من أنه يعتبر أثر من آثار الزواج، إلا أن المشرع قد خصه بنص خاص في المادة 13 مكرر من القانون المدني، حيث أخضعه لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، والأمر نفسه فيما يتعلق بالاعتراف بالنسب وإنكاره، فإذا ما توفي الأب قبل ميلاد الطفل طبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره.

تنتهي العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة أما بالوفاة أو الطلاق أو التطليق أو البطلان أو الخلع، أما الانفصال الجسماني الذي نظمته بعض القوانين ويقضي بانقطاع المعيشة، فلا ينهي الزواج في الحال وإنما ينهيه بعد قلبه إلى طلاق بعد انتهاء مده معينة¹. وبما انحلال الرابطة الزوجية لا يثبت إلا بحكم فهناك إجراءات متعلقة برفع دعوى الطلاق، التطليق، الخلع، كما يترتب على انحلال هذه الرابطة مجموعه من الآثار.

1- القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج:

أورد القانون الجزائري انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني²، وهذا طبقا للمادة 12/ف2 من القانون المدني التي تنص على أنه: " يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ".

ويرجع سبب اختيار قانون الزوج دون قانون جنسيه الزوجة إلى ما يتمتع به الزوج من بساطه واسعة داخل الأسرة، والى كونه يملك عصمته إنهاء زواجه بإرادته المنفردة وفقا لما تقضى به الشريعة الإسلامية.

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص95. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجانب، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2014، ص817.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص180.

وإذا كانت القاعدة العامة تخضع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فإن هناك استثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، وفقاً لنص المادة 13 من القانون المدني.

2- القانون الواجب التطبيق على إجراءات دعوى انحلال الرابطة الزوجية:

وهي الإجراءات المتعلقة برفع دعوه الطلاق، التطلق، الخلع، التفريق الجسماني، جلسة الصلح أو التحكيم، وهي متعلقة بالنظام العام، وبالتالي فهي تخضع لقانون القاضي حسب المادة 21 مكرر من القانون المدني والتي تنص على انه: " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.

3- القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الرابطة الزوجية:

أما آثار انحلال الزواج، فإذا كانت خاصة بعلاقة الطرفين الشخصية أو بعلاقة أولادهما بهما كنفقة العدة لزوج، نفقة الأولاد، الحضانة وشروطها ومدتها، مسكن الزوجية، والتعويض، وكذا تحديد المدة التي يتحول فيها التفريق الجسماني إلى التطلق، وما إذا كان يجوز للمطلقة الاحتفاظ باسم الزوج بعد الطلاق فيختص بتا القانون الذي يحكم الطلاق أو التطلق أو الانفصال، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق طبقاً لنص المادة 12 من القانون المدني.

وإذا تعلقت تلك الآثار بالحالة الشخصية للمطلقين كإمكانية إعادة الزواج ومدة العدة، وجواز استرداد الزوجة لاسمها السابق على الزواج، فإنها تخضع للقانون الشخصي للزوجين طبقاً للمادة 10 من القانون المدني.

غير أن المشرع الجزائري أورد في المادة 13 من القانون المدني استثناء، بحيث تنص هذه المادة على تطبيق القانون الجزائري وحده على آثار انحلال الزواج إذا كان أحد الأطراف جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني والنفقة بين الأقارب.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني.

عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري¹ على أنها الالتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام ورعاية قيام الأب لابنه وتتم بعقد شرعي وعليه في الكفالة تتم من طرف زوجين أو زوج واحد يسمى الكافل يتولى أمر طفل قاصر يسمى المكفول بغية رعايته وتربيته دون أن ينتسب له أي يحمل اسم العائلة الكافلة.

ويعتبر موضوع الكفالة من بين مسائل الأحوال الشخصية، وقد خصها المشرع بضابط إسناد في نص المادة 13 مكرر 01 في فقرتها الأولى من القانون المدني، والملاحظ على هذه المادة أن المشرع قد قسم نظام الكفالة من حيث القانون المختص إلى مرحلتين الأولى تتعلق بمرحله الإنشاء والثانية متعلقة بآثارها، فيسري إلى صحة الكفالة قانون جنسيه كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، أي فيما يخص شروط الموضوعية للكفالة يكون تطبيق موزع. فكل طرف يستجيب للشروط التي ينص عليها قانونه، أما الشروط الشكلية فتطبق بشأنها نص المادة 19 من القانون المدني.

أما بخصوص آثار الكفالة والتي يقصد بتا ما يترتب عنها سواء للكفيل، فيكون له الولاية على نفسه ومال المكفول، كما يلتزم بالنفقة عليه، وقبض الجح الخاصة به، وكذلك يقع عليه واجب تربيته والعناية به، وأما آثارها بالنسبة للمكفول فتتمثل في الحق في احتفاظه بنسبه الأصلي إذا كان معظم النسب من جهة الوالدين معاً، أو من جهة الأم فقط، فهذه الآثار للقانون الواجب التطبيق شأنها هو قانون جنسية الكفيل².

¹ - الأمر 02/05 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 27 فبراير 2003، العدد 15، ص18.

² - المادة 13 مكرر 01/1 من القانون المدني الجزائري.

أما التبني والذي يعرف بأنه عملية إلحاق شخص بآخر معلوم نسب أو مجهول مع علمه يقينا انه ليس منه، وهي علاقة بين طرفين احدهما وهو الشخص الكبير امرأة أو رجل يسمى المتبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبني¹، فقد أخضعت المادة 13 مكرر 1/ف2 من القانون المدني أحكام التبني لنفس الأحكام التي تسري على صحة الكفالة وآثارها.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب.

النفقة نوعان، نفقة زوجية، ونفقة بين الأقارب، تعد نفقة الزوجة من آثار الزواج وعليه فهي ليست المقصودة بالنفقة المدروسة هنا، إنما المعنية هي النفقة بين الأفراد الذين تربطهم علاقة الدم (الأصول، الفروع، الحواشي أو المصاهرة)، و المقررة بناء على قواعد موضوعية، ويهدف إلى حماية أفراد العائلة من العوز والفقير، الذي قد يلحقهم بسبب عدم قدرتهم على متطلبات المعيشة بمفردهم لذلك تعتبر النفقة بين الأقارب من موضوعات الأحوال الشخصية.

وقد خصها المشرع الجزائري بالمادة 14 من القانون المدني التي تنص على أنه: " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها ". وعليه فقانون المكلف بالنفقة هو الذي يبين من يجب له النفقة من الأقارب وشروط وجوبها وأسباب سقوطها، وغير ذلك من الجوانب الموضوعية².

الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما

بعد الموت، الهبة والوقف.

تنص المادة 16 من القانون المدني على أنه: " يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفيذ بعد الموت، قانون الهالك، أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت موته، 2. يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها ".

¹ - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص05.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص182.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الميراث.

لقد أدخل المشرع الجزائري الميراث في نطاق الأحوال الشخصية، وأخضعه كله سواء وقع على عقار أو على منقول لقانون جنسية المتوفي، ويستند المشرع الجزائري في اعتبار الميراث من الأحوال الشخصية، وإخضاعه لقانون جنسية المتوفي، إلى الصلة الوثيقة بين الميراث وروابط الأسرة، ذلك أن أموال المتوفي تنتقل بالميراث إلى ورثته من الأقارب والأزواج.

فقانون جنسية المتوفي هو الذي يبين شروط استحقاق الميراث، وهي تدور حول موت المورث (حقيقة أو حكماً)، وبناء الوارث، ويبين من هم الورثة ومرتبة كل منهم وأنصبتهم، وموانع الإرث، وحالات الحجب، ومن المسائل التي يتولى قانون جنسية المتوفي تحديدها أيضاً، بيان الحقوق والالتزامات التي تنقل إلى الورثة. وكيفية انتقالها و وقتها، ففي الشريعة الإسلامية تنقل الحقوق دون الالتزامات إلى الوارث، ومن ثم يجوز التنفيذ على الأموال الوارث وفاء لدين المورث¹.

إذا كان المشرع الجزائري قد أخضع الميراث لقانون جنسية المالك، إلا أن ثمة قيد هام على تلك القاعدة، ذلك أن الميراث يعتبر سبباً من أسباب انتقال الحق العيني ومن ثم يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الأموال، كلما اتصل الأمر بنظام الأموال بشكل مباشر، وعليه فإن قانون موقع المال هو الذي يبين المسائل التالية:

1. المحافظة على حقوق الدائنين " لا تركة إلا بعد سداد الديون ".
2. شهر حق الإرث بالنسبة للعقارات، وتحديد الآثار المترتبة على هذا الشهر، والجزاء المترتب على عدم الشهر، فإن الذي يحكم ذلك كله هو قانون موقع المال.
3. يتولى قانون موقع المال تنظيم حالة الشيوخ بين الورثة وكيفية إدارة أموال التركة الشائعة، وحق كل شريك في التصرف فيها، وكيفية إنهاء حالة الشيوخ.

1 - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 334.

أما بالنسبة للتركة الشاغرة، كأن يتضح من قانون جنسية الهالك ألا وارث له، أو أن ورثته تنازلوا عن حقهم، فإنها تؤول إلى خزينة الدولة باعتبارها مالكة لكل الأملاك الشاغرة الموجودة في إقليمها، طبقا لنص المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المادة 773 من القانون المدني.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الوصية¹ تصرف في التركة إلى ما بعد الموت، مقتضاه التملك بلا عوض²، ومع أن الصفة المالية تغطي على الوصية إلا أنها من الأحوال الشخصية، أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية المتعلقة بالوصية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة.

ويسري قانون جنسية الموصي وقت وفاته على مقدار الوصي، الأشخاص الذين تجوز لهم الوصية، شروط صحة الوصية، والجزاء المترتب على مخالفه أحكام الوصية، ونفاذ الوصية وآثارها. ولما كانت الوصية عمل إرادي، لذلك يجب أن تتوافر لدى الموصي أهلية التبرع عند صدورها، فإن الرأي السائد، هو أن أهلية الموصي تخضع لقانون جنسيته وقت عمل الوصية (وقت الإيصاء)، وهو الرأي المعمول به في فرنسا³.

أما شروط الوصية شكلا، فإن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معيناً للوصية فيجوز أن تتم شفاهة، بورقه عرفية، أو في الشكل الرسمي أمام الموثق، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 191 من قانون الأسرة فنجدها قد نصت على أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فتثبت بحكم ويخضع شكل الوصية إلى أحكام المادة 19 من القانون المدني.

¹ - تعرف المادة 184 قانون الأسرة الوصية لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

² - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 129.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 82.

أما التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت أو كما يطلق عليها الوصايا الحكيمة فهي في الأصل تصرفات أخرى (بيع، مبادلة، ...)، وهي ليست وصية، لكن القانون يعطيها حكم الوصية ويلحقها بها¹، وتتمثل هذه التصرفات طبقا لنص المادتين 776 و 777 فيما يلي:

- تصرفات المريض مرض الموت بقصد التبرع.

- التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة في الانتفاع مدى الحياة.

وتطبق على هذه التصرفات الأحكام ذاتها المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للوصية.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف.

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بأنها: " تملك بلا عوض "، ومن خصائصها أن تتم بين الأحياء وهي فورية ومنجزة عكس الوصية، وبما أنها تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية، فقد أسندها المشرع الجزائري إلى قانون جنسية الوهاب وقت الهبة، من حيث صحتها مادامت عقدا فوري ناقلا للملكية، ويختص هذا القانون ببيان الأحكام الموضوعية للهبة²، من حيث تحديد أهلية الوهاب للتبرع، ومدى جواز الهبة للوارث، أو عدم جوازها، والمقدار الذي يجوز فيه الهبة، وأحوال الرجوع فيها وأحوالها بطلانها.

تجدر الإشارة هنا إلى أن الهبة تخضع من خضع من حيث صحتها لقانون جنسية الوهاب في العلاقة بين الوهاب و الموهب له، وإلى قانون جنسية الوهاب وقت الوفاة بالنسبة لنفاذها في حق الورثة.

¹ - شيبورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث، الوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون،

المجلد الخامس، العدد 02، أكتوبر 2018، ص 200

² - المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة الجزائري.

أما الوقف والذي يقصد به حبس المال وجعله غير قابل للتصرف فيه، ولا هبته ولا توريثه، وهو صرف منافعه في سبيل الله¹، فهو أيضا يخضع لقانون جنسيه الواقف وقت إجرائها، ويحدد لنا هذا القانون أنواع الوقف وأركانه وشروطه.

أما فيما يتعلق بشكل هبه والوقف فيخضع للأحكام الواردة في نص المادة 19 من القانون المدني، لذلك تخضع إجراءات تسجيل وشهر وانتقام ملكيه في الهبة والوقف إلى قانون مكان وجود المال.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.

نصت المادة 17 من القانون المدني على أنه: " يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب أو فقد الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى ".

وقد أقر هذا النص تطبيق موقع المال على العقار وعلى المنقول على السواء أخذا بالحل التقليدي المعمول به منذ القرون الوسطى طبقا للقاعدة اللاتينية²، وإذا كان تطبيق هذه القاعدة بالنسبة للعقار أمر يقتضيه المنطق والواقع لأن العقار ثابت في موقعه ومتصل بالأرض، إلا أنها فيما يخص المنقول مختلف فيها بالنظر لما يثيره المنقول من صعوبات في حالة انتقاله، وما يترتب على ذلك من حقوق متعارضة، وكذلك بالنسبة لصعوبة تركيز المنقول المعنوي.

وبناء على ذلك سنتطرق في هذا المطلب لقانون الواجب التطبيق على العقار (الفرع الأول)، ثم على المنقول (الفرع الثاني)، ثم القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي (الفرع الثالث).

¹ - شبورو نورية، المرجع السابق، 202.

² - زورقي الطيب، المرجع السابق، ص 190.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على العقار.

عرفت المادة 683 من القانوني المدني العقار في فقرتها الأولى على أنه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار " .

ويخضع العقار إلى قانون موقعه حسب نص المادة 17 من القانون المدني سواء كان العقار كله في إقليم بلد واحد، أو وقع جزء منه في إقليم بلد والجزء الآخر في إقليم البلد المجاور، بحيث يطبق على كل جزء قانون البلد الذي يوجد فيه، مما يسهل تطبيق قاعدة قانون موقع العقار.

ويستخلص كذلك من نص المادة 17 من القانون المدني نطاق تطبيق قانون الموقع فتبين أن الأمر يتعلق بالحقوق العينية الأصلية، والحقوق العينية التبعية، وعليه يدخل في نطاق قانون الموقع ما يلي:

1. تحديد نظام الملكية خاصة أو اجتماعية، والطبيعة القانونية للمال، إذا كان منقولاً أو عقاراً.
2. تحديد الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية، الانتفاع والارتفاق، والحكر، ونطاق تلك الحقوق وأسباب كسبها وانتقالها.
3. تحديد الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي و الحيازي، حق التخصيص وحق الامتياز.
4. شهر التصرفات العقارية من تسجيل و قيد.
5. شرط المنع من التصرف الوارد على العقار، من حيث جوازه وآثاره القيود التي يرتبها على سلطات المالك، وتخضع بالإضافة إلى قانون موقع العقار إلى القانون الذي يحكم التصرف الذي ورد بموجبه سواء كان عقداً أو وصية.
6. العقود الواردة على العقار وهذا حسب المادة 18/ف4 من القانون المدني إلا ما يتعلق منها بالحقوق الشخصية التي ترتبط بالعقد، فهي تخضع لقانون الإرادة، أما أهلية

المتعاقدين فتخضع لقانون جنسية كل منهما، كما أن شكل العقد الوارد على العقار فيخضع لأحكام المادة 19 من القانون المدني.

7. ويستثنى من تطبيق قانون الموقع الحالة التي يكتسب فيها العقار أو المنقول عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة، بحيث أن هذه الطرق في كسب الملكية لا تخضع في القانون الجزائري إلى قانون موقع العقار، وإنما إلى قانون جنسيه المالك عدى ما يتعلق منها بشهر انتقال الملكية وإجراءات التسجيل فتخضع لقانون موقع العقار.

وتجدر الإشارة إلى أن السفن والطائرات تعامل معاملة العقارات من حيث ملكيتها وحياتها، وما يرد عليها من حقوق عينية أصلية أو تبعية، رغم كونها منقولات بطبيعتها، وقد أسندت اتفاقية بروكسل لعام 1924¹ رهن السفينة والبضائع الموجودة عليها لقانون العلم الذي تحمله، وهو قانون مكان قيدها.

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى القانون البحري الجزائري² في مواد 50 - 54 - 56 - 64، نجده أيضا أخذ بضابط إسناد مكان التسجيل فيما يخص كسب ملكية السفينة والحقوق العينية الأصلية والتبعية التي ترد عليها، وقد عمم هذا الحكم حتى فيما يتعلق بالحقوق الشخصية كعقد الإيجار³. أما الطائرات فتخضع لقانون الدولة التي تحمل عليها.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي.

عرف المشرع الجزائري المنقول في نص المادة 683 من القانون المدني بأنه: "... وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

¹ - اتفاقية بروكسل لعام 1924، هي اتفاقية دولية خاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات البشحن، وقعت بتاريخ 25 أوت 1924 ببروكسل.

² - قانون رقم 04/10 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 80/76 المتضمن القانون البحري الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976، جريدة رسمية رقم 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

³ - المادة 647 من القانون البحري الجزائري.

ويستخلص من نص هذه المادة أن كل شيء قابل للنقل من مكانه دون أن يتلف فهو منقول، سواء انتقل بذاته أو بقوة دافعة¹.

وفقا لمص المادة 17 من القانون المدني يخضع المنقول إلى قانون موقعه الفعلي وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو فقدها.

أما بالنسبة لوسائل النقل، فقط سبقه وان رأينا أن السفن والطائرات يسري عليها قانون العلم، كما يسري هذا القانون أيضا على المنقولات الموجودة عليها، لكن في حالة التوقف المؤقت في ميناء أو مطار معلوم يسري عليها قانون هذه الدولة باعتبارها قانون موقعها الحقيقي².

وبالنسبة للسكك الحديدية الدولية الراجح أن تنظم بأحكام اتفاقية دوليه في ما يخص إنشاؤها وتنظيم النقل عليها، ولكن غالبا ما يتفق في الاتفاقية على إسنادها تعاون الدولة التي يوجد فيها، أما السفن التي تقوم بالملاحة النهرية إلى الدولية فتأخذ حكم الملاحة الدولية البحرية، أي تخضع لقانون العلم، لكن السفن التي تقوم بالملاحة الداخلية يسري عليها قانون موقعها الفعلي، أي قانون الدولة التي خصصت للملاحة فيها³.

وبالنسبة للبضائع أثناء عملية النقل، كالأمتعة التي يحملها المسافر معه والبضائع المصدرة من دولة لأخرى، وإن كان من الصعب تحديد موقعها الحقيقي إلا أن الرأي الراجح فقها مستقر على إخضاعها لقانون البلد المصدرة إليه إذا كانت منقولة برا، أما إذا نقلت عن طريق البحر أو الجو فقد رأى البعض الفقهاء إسنادها إلى قانون على السفينة أو الطائرة، وإذا استقرت البضائع أثناء

¹ - رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقيين، بيروت، لبنان، 2003، ص383.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص196.

³ - زروقي الطيب، المرجع نفسه، ص196.

النقل استقرارا مؤقتا فتخضع لقانون مكان استقرارها¹، أما السيارات فيطبق عليها قانون موقعها الفعلي.

أما بالنسبة لنطاق تطبيق قانون موقع المنقول فيشمل:

1. الحقوق العينية من حيث مداها طرق اكتسابها وانتقالها وانقضاءها وآثارها وإذا ما كان يجب شهرها، وكيف يتم شهرها.
2. الحيازة من حيث كسبها، فقداها، الآثار المترتبة عنها واستردادها.
3. شرط المنع من التصرف.

إذا كان سبب الاكتساب هو الميراث أو الوصية فإن مجال تطبيق قانون البلد الذي وجد فيه المال تنحصر بالأثر الناقل للحق، أما الميراث والوصية فيحكمها القانون الذي تحدده القاعدة الخاصة بكل منهما وهو قانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة.

إن إعمال قانون موقع المنقول المادي ليس سهلا في كل الأحوال إذ توجد صعوبات تحيط بتطبيق هذه القاعدة، في حالة نقل المنقول من دولة إلى أخرى الأمر الذي يطرح مشكلة توزيع الاختصاص بين قانون موقعه الجديد وقانون موقعه القديم وهو ما يطرح مشكلة التنازع المتحرك، وكل هذا الإشكال انقسم الفقه إلى اتفادين:

أولا: نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد).

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مثل هذا التنازع بين قانون الموقع القديم وقانون الموقع الجديد يجب أن يحل وفقا لقواعد التنازع الزمني في ما بين قوانين الدولة الواحدة أي تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري ومباشر²، دون أن يستند إلى الآثار التي ترتبت في ظل القانون القديم³.

¹ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 196.

² - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 473.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 126.

ومثال ذلك:

إذا باع شخص منقولاً في سويسرا لآخر ولا يتسلمه المشتري فلم تنقل الملكية إليه وفقاً للقانون السويسري، ثم نقل المنقول إلى فرنسا أو الجزائر حيث التسليم ليس لازماً لانتقال الملكية في المنقول، أصبح المشتري مالكا وفقاً للقانون الفرنسي والقانون الجزائري قانون الموقع الحالي الذي في اختصاصه بيان أثر العقد في انتقال الملكية، وهذا هو الأثر المباشر لقانون الموقع الحالي¹.

إذا ارتهن شخص منقولاً في بلد يعرف قانونه رهن المنقول دون حيازته ثم انتقل المنقول إلى إقليم دولة مثل الجزائر لا تعرف الرهن الحيازي دون حيازة، فطبقاً للأثر المباشر لقانون الموقع الجديد، لا يكون للمرتهن أن يتمسك بهذا الرهن².

ثانياً: نظرية نفاذ الحق المكتسب.

طبقاً لهذا الرأي متى نشأ حق تحت سلطان قانون معين، فإن هذا الحق يبقى سارياً حتى ولو انتقل إلى موقع جديد، حيث يجب احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم طالما كان اكتساب هذا الحق اكتساباً صحيحاً، وكل عناصره اكتملت وكل عناصرها اكتملت في ظل القانون القديم، وأنه لم ينشأ حق مضاد له في ظل القانون الجديد، وكان هذا الحق المكتسب في ظل القانون القديم غير مخالف للنظام العام في القانون الجديد³.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 17 في فقرتها الثالثة، يفهم أنه قد أخذ بنظره النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، حيث هل الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي أدى إلى كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

¹ - زروي الطيب، المرجع السابق، ص 197.

² - علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 100.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي المرجع السابق، ص 1007-

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي (المنقول غير المادي).

تتضمن الأموال غير المادية حقوق الملكية الفكرية والمحلات التجارية والأوراق التجارية والملكية الصناعية، ومثل هذه الحقوق لا يمكن وصفها بأنها أموال منقولة للقول بإخضاعها إلى قانون موقعها الفهني بشكل مطلق، لذلك سيتم دراستها بانفراد.

أولاً: الملكية الفكرية.

يراد بتا الحقوق الأدبية والفنية، ويتم إيجاد أغلب أحكامها مقننة، إما على الصعيد الدولي في اتفاقيات دولية، أو بواسطة التشريع الداخلي، ومن أهم الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن اتفاقية برن المبرمة في سبتمبر 1886 والمعدلة في بروكسل سنة 1948، واتفاقية جنيف الخاصة بحقوق التأليف لسنة 1883 والمعدلة في لشبونة سنة 1952، أما التشريع الداخلي فإن المشرع الجزائري قد نظم شهادات المخترعين وإجازات الاختراع بالأمر 54/66 المؤرخ في 1966/03/03 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، وعلامات المصنع والعلامات التجارية المنظمة بموجب الأمر 57/66 المؤرخ في 1966/03/19 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 50/03 المؤرخ في 2003/07/19، وحقوق المؤلف المنظمة بالأمر 14/73 المؤرخ في 1973/06/13، والذي حل محله القانون رقم 97/10 الصادر لفي 1997/03/06 الخاص بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 2003/07/19¹.

ويرى بعض الفقهاء أن الملكية الأدبية والفنية يفترض موقعها في المكان الذي نشرت فيه لأول مرة، وبالتالي تعامل معاملة المنقول المادي ويسري عليها قانون موقعها من حيث مضمونها، مدى الحق فيها ومدتها².

¹ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص198.

² - زروقي الطيب، المرجع نفسه، ص198.

أما فيما يخص حماية حق المؤلف فقد أقرت الاتفاقيتين السابقتين على أن مبدأ حماية حقوق التأليف يكون حسب قانون البلد الذي تطالب فيه الحماية، ولكن بالنسبة لمدة الحماية المقررة يتعين الرجوع إلى قانون مكان النشر الأول لمعرفة المدة، وحينئذ لا يجوز أن تزيد مدة الحماية في البلد الذي تطالب فيه الحماية عن المدة المقررة في بلد النشر الأول¹، وعليه فالقانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي يمنح أقل مدة حماية.

أما القانون الواجب التطبيق على براءات الاختراع فهو قانون الدولة التي منحت البراءة أو الإجازة أو شهادة الاختراع.

ثانيا: المحل التجاري والأوراق التجارية.

إن القانون الواجب التطبيق على المحل التجاري هو قانون البلد الذي توجد أهم العناصر المعنوية المكونة له، وهو عنصر الزبائن أو العملاء، وهذا القانون هو الذي يحدد عناصر المحل التجاري، أهميتها، التصرفات الواردة عليها (إيجار، رهن، بيع)، أحكام الإخلاء، وفي حالة وجود فروع للمحل التجاري يخضع كل فرع لقانون الجهة التي أسس فيها الفرع².

أما الأوراق أو السندات التجارية، فقد رأى جانب من الفقه إخضاعها لقانون محل الوفاء، بينما ذهبت اتفاقيتنا جنيف لعام 1930-1931 فيما يخص السفتجة والسند لأمر، ويخص الشيك، إلى إخضاعها إلى قانون محل انعقاد كل التزام صرفي فيها، ومن تم يخضع التزام الساحب لقانون بلد الإصدار (السحب)، ويخضع التزام مظهر لقانون بلد التظهير، ويخضع التزام المسحوب عليه لقانون بلد القبول³.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 104-105.

² - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 140.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 200، حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص 147-149.

ثالثا: الملكية الصناعية.

يقصد بالملكية الصناعية الرسوم نماذج العلامات التجارية، وتخضع لقانون البلد الذي سجلت فيه لأول مرة.

وبالرجوع للمشرع الجزائري فنجده قد حدد في المادة 17 مكرر/02 محل وجود بعض المنقولات المعنوية كالاتي:

1- مكان النشر الأول، او مكان انجازه بالنسبة للملكية الأدبية والفنية.

2- بالنسبة لبراءة الاختراع، البلد الذي منحها.

3- بالنسبة للرسم والنموذج الصناعيين، بلد التسجيل أو إيداع الرسم أو النموذج.

4- بالنسبة للعلامة التجارية بلد منشأة الاستغلال.

5- بالنسبة للاسم التجاري، بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى العناصر الأخرى للمحل التجاري (كالأثاث

والأدوات وحق الإيجار والبضائع) مما يعني الأخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص حسب المادة 23 مكرر 02 من القانون المدني.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية.

يقصد بالالتزامات التعاقدية التصرفات القانونية التي تتم بين الأحياء دون التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والتي تصنف ضمن الأحوال الشخصية كما يقصد بتا التصرفات ذات الطابع المالي، دون تلك التي تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية.

أما الالتزامات غير التعاقدية فهي تلك الأفعال التي تنشأ عنها التزامات من غير أن تتدخل إرادة الأطراف في إنشائها، ويقصد بها الفعل الضار المنشئ للمسؤولية التقصيرية بكافة أنواعها، والفعل النافع الذي ينتج عنه الإثراء بلا سبب بتطبيقه الدفع الغير المستحق والفضالة.

وبناء على ما تقدم سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يخصص المطلب الأول للالتزامات التعاقدية، أما المطلب الثاني فنتطرق فيه للالتزامات غير التعاقدية.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

إن العقد هو اتفاق لإرادتين متطابقتين تترتب عليه آثار قانونية، هذا ويجب أن يكون الأثر القانوني أو التوافق بين الإرادتين ضمن ما يسمى بالقانون الخاص، حتى ولو تعلق الأمر بالعقود ذات البعد أو الأثر الدولي، فالإرادة في التصرفات القانونية هي العنصر الأساسي لتلك التصرفات. ولا يثار مشكل تطبيق القانون بالنسبة للعقود الداخلية طالما أن أطرافها وموضوعها داخل إقليم دولة واحدة ويخضعان لأحكام قانون تلك الدولة، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للعقود التي يكون أحد أطرافها أو موضوعها مشوب بعنصر أجنبي.

ويجب التمييز في التصرفات الإرادية بين القانون المختص بموضوعه وبين القانون المختص بشكل التصرف، وقد خصص المشرع المادتين 18 و19، الأولى لموضوع التصرف والثانية لشكله. وسنحاول في هذا المطلب التطرق لمبدأ قانون الإرادة، ونطاق تطبيق هذا المبدأ، ثم لقانون الذي يحكم شكل التصرف.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة.

يطبق على الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع القانون المختار من المتعاقدين قانون الإرادة، وقد نص القانون المدني على هذه القاعدة في المادة 18 فقرة 01 بقوله يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين.

فما المقصود بهذا المبدأ، وما هي أشكاله وما هو نطاق تطبيقه.

أولاً: تعريف مبدأ الإرادة (القانون المختار).

استقر مبدأ سلطان الإرادة مع نهاية القرن 19م، بحيث أصبح هذا المبدأ لا يمثل تبريراً للحل مسبق في تنازع القوانين غي العقود ذات البعد الدولي، بل أصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه بما يكفله للإرادة في ذاتها من حق اختبار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة عن أي حل سابق¹.

وقد وردت عدة تعاريف فقهية لهذا المبدأ من طرف فقهاء القانون الدولي الخاص، بحيث عرفه الفقيه بيتزنا بأنه ذلك القانون المختار من قبل أطراف العقد، وذلك القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك بكل حرية وخاصة أن القانون المختار يمنع أطراف العقد صلاحيات واسعة². كما يعرف على أنه المبدأ الذي يترك قسط من الحرية للأطراف المتعاقدة لاختيار القانون الذي يروونه أنسب ليسري على عقدهم، وقت ذهب بعض الفقهاء إلى القول في أن لهم خيار في تحديد مجموعة من القوانين يستند إليها العقد³.

ويقصد بمبدأ الإرادة قدرة الإرادة على إنشاء التصرف القانوني وتحديد الآثار التي تترتب عليه، فتستطيع الإرادة أن تنشأ عقدا لا يعرفه القانون، وأن تتجه إلى ما يخالف أحكام العقود التي نظمها القانون، وأن تجعل من العقد الرضائي عقدا عينيا أو شكليا⁴.

¹ - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2003، ص28.

² - عماد قطان، قانون إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص128.

³ - طالبة كمال، تنازع القوانين في مجال الالتزامات التعاقدية، مذكرة ماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2020-2021، ص10.

⁴ - كريم مزعل شبي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، دراسة في تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية، المجلد 32، العدد الثاني، بغداد، العراق، 2017، ص214.

ومبدأ قانون الإرادة يراد به حرية الأطراف في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهما والذي من شأنه لذلك أن تحل أي نزاع ينشب بينهما فيما يتعلق بتنفيذ العقد.

وقد تم تكريس هذا المبدأ أو الاعتراف به في العديد من الاتفاقيات الدولية حيث أقرت اتفاقية روما لسنة 1981 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية¹، لهذا المبدأ في نص المادة 03 منها على أنه: " يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، هذا الاختيار يتعين أن يكون صريحا، ويجوز أن يستخلص بطريقة مؤكدة من شروط العقد أو من الظروف المحيطة به، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أو على جزء منه ."

وأما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرس مبدأ الإرادة (القانون المختار)، لكنه لم يعرفه، بل اكتفى بتكريسه كضابط أصلي أساسي يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية في علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، وذلك في صلب المادة 18 من القانون المدني.

وتطبيقا لمبدأ الإرادة، فإنه يترك الأطراف الحرية في اختيار قانون يحكم العلاقة العقدية، وفي الوقت نفسه فإن هذا المبدأ ليس مطلقا، فأطراف التعاقد ليس لديهم الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

وبالرجوع إلى نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد قيد هذه الحرية، بضرورة وجود رابطه بين القانون المختار وأطراف العقد أو العقد بذاته، وذلك بنصها: " إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد "، والملاحظ أن المشرع قد يتوفر صلة بين العقد أو المتعاقدين وبين القانون المختار، لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدين لحكم عقدهما قانونا لا صلة مطلقا بهما ولا بعقدتهما دون أن يكون من وراء ذلك تحايل أو هروب من قانون معين².

1 - اتفاقية روما أو كما تعرف باتفاقية القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، تم التوقيع عليها في 19 جوان 1980،

ودخلت حيز التنفيذ في عام 1991.

2 - طالبة كمال، المرجع السابق، ص23.

وبالتالي ينحصر اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية في القانون أو الأوثق صلة ورابطة بالمتعاقدين، كأن يكون جنسية أحدهما أو قانون موطن أحدهما، أو قانون تنفيذ العقد، أو قانون موقع المال محل التعاقد، والقاضي ملزم أن يصرح اختيار المتعاقدين إذا رأى أن القانون المختار ليس له صلة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين، وذلك بأن يطبق القانون الأوثق صلة بالعلاقة والذي تجاهله المتعاقدين.

ثانياً: أشكال مبدأ الإرادة.

من المعلوم أن مبدأ قانون الإرادة هو ضابط إسناد، لذا فلأفراد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المثار بينهما، وهذا الاختيار قد يأخذ أشكالاً في التعبير عن هذه الإرادة التي منحها القانون بدوره العناية اللازمة، فهذه الإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية.

1- الإرادة الصحيحة:

يقصد بالإرادة الصريحة في مجال تنازع القوانين تولى الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على نحو صريح إعمالاً لقاعدة الإسناد التي جعلت هذه الإرادة من خلاله يتم تعيين القانون المختص¹.

ويتم ذلك وفقاً للأشكال التي تتناسب مع طبيعة هذا الاختيار، فيكون عن طريق إدراج النص في العقد أو اتفاق مستقل عن العقد سواء كان مكتوباً أو شفهيّاً حتى ولو كان أمام المحكمة المختصة قبل الفصل في النزاع تيسيراً مع المتعاقدين².

2- الإرادة الضمنية:

ليست إرادة المتعاقدين صريحة، بل قد يسكت المتعاقدان عن رغبتهما في اختيار تطبيق قانون معين على عقدهما، مما يؤدي بالقاضي المعروض عليه النزاع اللجوء إلى البحث عن إرادتهما

¹ - طالبة كمال، المرجع السابق، ص 17.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 179.

الضمنية من خلال الظروف والملابسات المحيطة بإبرام العقد وهي مسألة موضوعية محضة ليس للمحكمة العليا في هذه المسألة حق الرقابة على أعمال القضاة.

ثالثا: نطاق تطبيق مبدأ الإرادة.

لا تخضع كل العقود إلى قانون الإرادة، وإنما هناك من العقود ما يخضع لقانون آخر، كما أن ليست كل عناصر وأركان العقد تخضع لقانون الإرادة.

1- العقود المستثناة من تطبيق مبدأ الإرادة.

ليس هناك خلاف بين الفقه على وجوب استبعاد مسألتين من مجال الالتزامات التعاقدية وهما الأهلية، وشكل العقد، إذ قرر القانون المدني الجزائري لكل منهما قاعدة إسناد خاصة بها، فالأهلية حسب المادة 10 من القانون المدني يحكمها قانون الجنسية أما الشكل فيحكمه نص المادة 19 من القانون المدني.

إن العقود التي تدخل في الأحوال الشخصية كالزواج، والكفالة، والوصية لا تدخل في نطاق تطبيق قانون الإرادة، وكذلك العقود التي تبرم في شأن العقار إذ استثناه المشرع في الفقرة 02 من المادة 18 من القانون المدني من قانون الإرادة وأخضعها لقانون موقع العقار، فكل العقود التي ترتب حقوقا عينية أو شخصية على العقار تخضع لقانون موقع العقار لا قانون الإرادة¹.

ويخرج أيضا من نطاق قانون الإرادة العقود التي ينظمها المشرع تنظيما خاصا لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية كقانون العمل، إذ أن قواعده من النظام العام ولا يحق للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، وتبعاً لذلك فإن عقد العمل يتنافى بطبيعته مع قاعدة الإسناد التي تخضع العقود لقانون الإرادة².

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص161.

² - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص162.

2- المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون الإرادة.

لا يطبق قانون الإرادة على كل المسائل المتعلقة بالعقد، بل يطبق فقط على تكوين العقد، وآثاره وأسباب إنقضائه.

بالنسبة لتكوين العقد (الرضا - المحل - السبب)، فالرضا يحدد قانون الإرادة، أي يخضع لقانون الإرادة كل من:

1. كيفية التعبير عن الإرادة هل تكون صريحة أو ضمنية، حكم الإرادة الظاهرة

والإرادة الباطنة.

2. متى يتطابق الإيجاب بالقبول.

3. زمان ومكان انعقاد العقد.

أما عيوب الرضا فيفرق الفقهاء بين عيوب الإرادة وعيوب الرضا من غلط، تدليس وإكراه واستغلال، فهذه عيوب ليس في الشخص نفسه ولكن في العقد، ومن ثم فإنها تخضع لقانون الإرادة، أما عيوب الإرادة وعوارض الأهلية مثل نقص الأهلية، الجنون، العته، السفه، الغفلة، فهي عيوب تمس الشخص وتفل في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي تخضع لقانون جنسيه الشخص¹.

أما بالنسبة للمحل فكل المسائل القانونية المتعلقة بالمحل من حيث كونه معيناً أو قابلاً للتعين ممكناً و مشروعاً، فتخضع لقانون الإرادة، غير أن الفقه يرى أنه إذا كان محل العقد مالا غير العقار، فإنه يجب الرجوع إلى قانون موقع مال أو إلى قانون مكان التنفيذ إذا كان المحل عمل².

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 1193

² - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 293.

كما يبين لنا قانون الإرادة متى يكون السبب موجودا أو لا، مشروع أو غير مشروع، وإذا كان الدافع من وراء إبرام العقد غير مشروع طبقا لقانون القاضي، فإن هذا الأخير يقوم باستبعاد القانون المختار تطبيقا لفكرة النظام العام¹.

كما يخضع آثار العقد لقانون الإرادة، فهذا القانون المختار هو الذي يحدد لنا أشخاص العقد الذين ينصرف إليهم أثر العقد (آثار المتعاقدين، الخلف العام، الخلف الخاص، التعهد عن الغير، الاشتراط لمصلحة الغير)، كما أنه يحدد مضمون الالتزامات التعاقدية مما يجعله أيضا مختصا بتفسير العقد، و يبين الدعاوى التي يحق للدائنين رفعها ضد المدين، وكيفية التعويض.

أما حق الحبس فباعباره حق شخصي في القانون الجزائري فهو يخضع لقانون العقد، بينما يخضع لقانون موقع المال عند من يعتبرونه حقا عينيا.

وبالنسبة لأسباب انقضاء الالتزامات التعاقدية فان قانون الإرادة هو الذي يحددها، وما يتطلبه كل سبب من شروط لصحته، ويستثنى من ذلك المقاصة والتقادم كسببين من أسباب انقضاء الالتزام².

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في ظل غياب الإرادة.

قد لا يتفق الأطراف صراحة على قانون معين، وقد لا تكون هناك صلة بين القانون المختار من قبلهما وبين العقد أو بهما، و في مثل هذه الحالات، وضعت المادة 18 من القانون المدني ضوابط احتياطية، يلجأ إليها القاضي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، وتمثل هذه الضوابط في:

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص121.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص224.

أولاً: الموطن المشترك للمتعاقدین.

عرف المشرع الجزائري الموطن في المادة 03 من القانون المدني بأنه: " المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن ". إلا انه لم يتبين الموطن كضابط في حل مسائل تنازع القوانين.

واتحاد المتعاقدين في الموطن قرينة على أنهما اختارا قانون موطنهما المشتركة لتطبيقه على العقد القائم بينهما، غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ به كقرينة للتعرف على الإرادة الضمنية.

والموطن في القانون الدولي الخاص هو تعبير عن ارتباط الشخص بإقليم دولة معينة أو حتى بإقليم، أو مقاطعة، أو ولاية معينة داخل هذه الدولة، وذلك بصرف النظر عن المكان داخل الدولة أو المقاطعة أو الولاية، الذي يعتبر الشخص متوطناً فيه، والموطن هو فكرة وظيفية ترمي إلى تحقيق أهداف معينة، ومن ثم يتعين أن يتباين مفهومه بسبب الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه، وهنا يختلف عن ذلك التصور الذي كان معمولاً به من قبل، والذي يطلب الإقامة المشتركة (مواطن مشترك) كالزوجين بوصفها إقامة أو موطن مشترك يقرها المشرع¹.

ثانياً: الجنسية المشتركة.

لقد تبني المشرع الجزائري قاعدة الجنسية المشتركة كضابط إسناد حل المنازعات القانونية التي تترتب على العقود، ووضعها بنفس مرتبة قانون الموطن المشترك، وهذا ما يظهر جلياً في نص المادة 18 من القانون المدني: " ... وفي حاله عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة."

وعليه إذا كان المتعاقدين يحملان نفس الجنسية، ولم يشيرا صراحة أو ضمناً إلى قانون معين يحكم عقدهما، أو أنهما اختارا قانوناً ليس له صلة بهما أو بالعقد. فإن قانون الدولة التي يحملان جنسيتها هو قانون الواجب التطبيق على العقد

¹ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 746.

واستعمال المشرع ل " أو " يعني أن ضابطي الموطن والجنسية اختياريان، فالقاضي المعروض عليه النزاع له أن يختار القانون الذي سيعتمده بحل النزاع.

ثالثا: محل إبرام العقد.

بالرغم مما اتجه إليه بعض الفقهاء من عدم الأخذ بمحل الإبرام، فإن كثيرا من تشريعات القانون الدولي الخاص تعتمد عليه في تعيين القانون الذي سيحكم ويطبق على العقد في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطرافه، وكذا في حاله عدم وجود موطن مشترك أو جنسية مشتركة للمتعاقدين، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني.

إن تحديد مكان إبرام العقد لا يثير أي إشكال إذا كان المتعاقدان حاضرين معا في نفس المكان لإبرامه، لكن الإشكال يثور في حاله إبرام عقد بين غائبين، كما لو تم عن طريق المراسلة.

فالمعروف أن هناك خلاف فقهي في المكان الذي يتم فيه العقد بالمراسلة، فإتجاه يرى أن محل الإبرام هو المكان الذي يعلن فيه القابل قبوله¹، أين تكون الإرادتان قد تطابقتا واتجاه آخر يرى بأن محل الإبرام هو المحل الذي تم فيه تصدير القبول، إذ لا يستطيع القابل عندئذ أن يرجع في قبوله، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأن محل الإبرام الذي يعتد به هو المكان الذي سلم فيه القبول، وأكثر التشريعات تقضي بأن محل الإبرام هو المكان الذي يتم فيه العلم بالقبول².

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري، بحيث يعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول، وهو يعتبر هذا هو الضابط في تحديد محل إبرام العقد.

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص556.

² - هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص557.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانوني.

لا تخضع التصرفات القانونية عادة لشكلية معينة، وإنما يكفي لانعقاد العقد مجرد ارتباط الإرادتين على الوجه المشروع، لأن الأصل في العقود في القوانين الحديثة الرضائية لا الشكلية¹، ومع ذلك فإن أكثر التشريعات لا تكتفي أحيانا بإظهار الرضا لانعقاد العقد بل تشترط إظهار الإرادة بشكل معين بالنسبة لبعض التصرفات القانونية المهمة، والشكلية قد تكون بحضور شاهدين كشرط لانعقاد العقد، أو إتباع إجراءات معينة، أو الكتابة عرفية كانت أو رسمية ...

إن النصوص التي تستلزم شكلية معينة في قانون دولة ما قد تستلزم بالنسبة لمثل هذه العقود أو لغيرها شكلية خاصة بما قد تختلف عما هي عليه في القوانين الوطنية، وقد تختلف عما هي عليه في القوانين الأخرى، لأن الأشكال المقررة في قوانين الدول متنوعة ومختلفة، وهذا التنوع والاختلاف في الشكل يثير التنازع بين قوانين الدول مما يلزم تحديد القانون الذي يحكم الشكل².

ولقد جرت العادة الدولية من قديم الزمان على إخضاع شكل التصرف إلى قانون الجهة التي تم فيها التصرف، فقانون البلد الذي تم فيه التصرف يعتبر مختصا في تقرير ما إذا كانت الشكلية المقررة فيه مستوفاة أم لا، وقد اخذ بقاعدة إخضاع التصرف لمحل إبرامه (قاعدة Locus). وقد نصت عليها تشريعات متعددة منها القانون الجزائري إذ ينص عليها في المادة 19 من القانون المدني بقولها: " تخضع التصرفات القانونية على جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ".

هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى إلزامية هذه القاعدة، بالإضافة إلى المجالات التي

تحكمها هذه القاعدة.

¹ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 173.

² - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص 174.

أولاً: مدى إلزامية قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام.

ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كانت قاعدة إخضاع شكل التصرف القانوني لبلد الإبرام قاعدة أمرة أم قاعدة مكملة، ويرى جانب من الفقه أن قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون محل الإبرام قاعدة أمرة، بحيث يلزم المتعاقدين بإفراغ عقدهما في الشكل الذي يستوجبه قانون المكان الذي أبرم فيه عقدهما¹.

إلا أن جانب من الفقه يرى عكس ذلك، ويرى أن فرض هذه القاعدة يتناقض مع الاعتبارات الأصلية التي كانت وما تزال تشكل الأساس الفعلي لهذه القاعدة، وهذا الأساس يرجع إلى اعتبارات التيسير على المتعاقدين، فإباحة إتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام يهدف أساساً إلى التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، ومادام أن هذا هو هدف القاعدة، فلا يجوز إذا إجبارهم على إتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان باستطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر قد يكون أكثر ارتباطاً بالتصرف القانوني المبرم بينهم².

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أنه تم الأخذ بهذا الرأي وهو أن خضوع التصرف القانوني لقانون محل الإبرام يشكل قاعدة اختيارية لا إلزامية، فالمادة نصت على ضوابط أخرى إلى جانب محل الإبرام، وهي قانون الموطن المشترك، القانون الوطني المشترك بين المتعاقدين. كما يجوز أن يخضع شكل التصرف للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للعقد³.

ثانياً: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني.

لا تخضع للقواعد الواردة في نص المادة 19 من القانون المدني كل الأشكال التي تفرغ فيها التصرفات القانونية، إنما هناك حالات لا يطبق فيها قانون محل الإبرام. إنما قوانين أخرى.

¹ - حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص174.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص212.

³ - المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

1- الحالات التي لا تدخل في نطاق قانون محل الإبرام:

تخرج من نطاق قانون محل الإبرام الأشكال التالية:

- أ- الأشكال المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار: بحيث تخضع لقانون موقع العقار¹.
- ب- الأشكال المتعلقة بالشهر: تخضع لقانون موقع المال محل الشهر، أما بالنسبة للسفن والطائرات فتخضع هذه الأشكال لقانون العلم.
- ج- الأشكال المتعلقة بالمرافعات: فالإجراءات المتعلقة بالتنفيذ وإجراءات إقامة الدعوى تخضع لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات².
- د- الأشكال المتممة للأهلية: وهي التي يلزم استكمالها لتجعل ناقص الأهلية أهلا للتصرف، مثل استلزام حصول الزوجة على إذن زوجها للقيام ببعض التصرفات في بعض التشريعات أو استلام حصول القاصر على الإذن من المحكمة لإدارة المحل التجاري العائد له، فهذه المسائل وضعت لتنظيم حماية ناقص الأهلية وعديمها، لذلك يرجع فيها إلى قانون الجنسية، وبالتالي تخرج القواعد المنظمة لمثل هذه المسائل من نطاق شكل التصرف³، على أن الإجراءات القضائية المتعلقة بها تخضع لقانون القاضي.
- وتجدر الإشارة أنه في حالة ما إذا أدى تطبيق القانون الذي يحكم الشكل إلى مخالفة النظام العام في دولة القاضي، أو انطوى تطبيقه على تحايل اتجاه القانون الواجب التطبيق، فإنه يتم استبعاده وتطبيق قانون القاضي⁴.

2- الحالات التي تدخل في نطاق قانون محل الإبرام:

¹ - المادة 18/4ف من القانون المدني الجزائري.

² - المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري.

³ - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 178.

⁴ - المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

يطبق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني على ما يلي:

أ- حالة الأشخاص: بحيث أن كل الأحداث التي تقع لشخص منذ لحظة ميلاده إلى غاية وفاته والتي تثبت في محررات رسمية، فإنها من ناحية الشكل تخضع لقانون المكان الذي حررت فيه هذه الوثائق¹.

ب- شكل عقد الزواج.

ج- شكل الوصية.

د- شكل الأعمال التجارية، لاسيما السفتجة: لأن قانون محل الإبرام يسهل على الملتزمين في الورقة التجارية، الإطلاع على هذا القانون بيسر، كما أن حامل السفتجة يمكنه وبسهولة الوقوف على مكان نشوء الالتزام، وبسهولة من الوقوف على صحة التصرفات الواردة على السفتجة من الناحية الشكلية².

هـ- ويفهم من نص المادة 19 من القانون المدني أن الشكل الذي يخضع لقاعدة الشكل هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، أما الشكل المطلوب للانعقاد العقد فلا يدخل في مجال قاعدة الشكل في القانون الجزائري، لأنه مقرر لحماية رضا العاقد لذلك يجب أن يلتزم الجزائريين بالشكل الرسمي المطلوب في قانونهم الوطني حتى ولو كان القانون المحلي يجيز لهم إجراء العقد في الشكل العرفي³.

بمعنى آخر إذا كان الشكل لازم لإنقاذ العقد، فالشكل يعتبر ركن في العقد وبالتالي يخضع الشكل القانوني الذي يخضع له موضوع العقد، كالشكل اللازم في الرهن الرسمي أما إذا كان الشكل ضروري للإثبات، فإنه يخضع لقانون محل الإبرام.

¹ - المادة 95 من قانون الحالة المدنية، الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970، المعدل والمتمم بموجب الأمر 08/14 المؤرخ في 09 أوت 2014، وبالقانون رقم 03/17 المؤرخ في 10/01/2017، الجريدة الرسمية، العدد 02.

² - نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، طبعة 01، دار هومة، الجزائر، ص 169.

³ - جبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 156.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية.

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية الوقائع القانونية التي تتمثل في الأفعال الضارة أو المسؤولية التقصيرية، والأفعال النافعة أي الإثراء بلا سبب، ودفع غير المستحق و الفضالة، وبتعبير آخر يقصد بالالتزامات غير التعاقدية الجرح وأشباه العقود¹.

وتعتبر الالتزامات التعاقدية من بين أهم الفئات المسندة في القانون الدولي الخاص، والتي تحكمها قاعدة الإسناد الوطنية من خلال المادة 20 من القانون المدني بنصها على أنه: " يسري على الالتزامات غير تعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ". وعليه يسري على هذه الأفعال سواء كانت ضارة أو نافعة قانون محل وقوعها.

ويبرر الفقه تطبيق القانون المحلي على أساس أن القواعد التي تحكم الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار أو النافع تهدف إلى تحقيق التوازن بين الأفراد ولا يتأتى بتحقيق هذا الهدف إلا إذا طبق قانون الدولة على جميع الأعمال الملاقية التي تقع على إقليمها².

الفرع الأول: تحديد قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام.

لا يثير إعمال ضابط الإسناد النصوص عليه المادة 20 من القانون المدني صعوبة إذا وقع الفعل الضار أو النافع في إقليم الدولة الواحدة. لكن الإشكال يثور في حالة ما إذا وقعت عناصر الفعل الضار أو النافع في أكثر من إقليم دولة واحده ، كأن يطلق شخص عيارا ناريا على مقربة من الحدود ويصيب شخص آخر في دولة أخرى، أو يقوم بنشر مقال في عده دول مختلفة يقذف فيها شخصا آخر، أو أن يبيع سلعا مغشوشة في عده دول أو يستعمل وثائق مزورة.

¹ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 201.

² - هشام صادق، المرجع السابق، ص 415.

ففي هذه الحالات يصعب تحديد القانون المحلي الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام طبقا لنص المادة 20/ف1 من القانون المدني، فهل يعتد بقانون مكان وقوع الخطأ أو الفعل الذي ترتب عليه الضرر أم بقانون المحل الذي نشأ فيه الضرر؟.

أولاً: تحديد قانون مكان وقوع الفعل النافع.

قد يختلف مكان الافتقار عن مكان الإثراء، ويتفق أغلب الفقه بوجود الإعتداد بقانون المحل الذي تحقق فيه الإثراء¹.

ويستند هذا الحل إلى كون الإثراء هو الأساس القانوني للإلتزام في هذا الفرض، فالإلتزام الذي يقوم على فكره الإثراء بلا سبب وهو في حقيقته التزام بعدم الإثراء على حساب الغير، وهو ما يقتضي رد ما اكتسب بدون وجه حق، ويبدو بذلك أن أساس تدخل القاضي هو عنصر الإثراء، وهو ما يقتضي ضرورة الاعتماد بالقانون الساري في المكان الذي تحقق فيه².

ومن جهة أخرى فإن الإثراء هو النتيجة الإيجابية وهو بهذه الحالة أكثر ظهوراً إلى العالم الخارجي من الافتقار، باعتباره ظاهرة سلبية، وبذلك يبدو تركيز الإلتزام في مكان الإثراء هو الحل الملائم من الوجهة العملية³.

وعلى ذلك فالقانون المختص بحكم الدفع غير المستحق هو قانون محل الدفع، أما بالنسبة للفضالة فإن القانون الواجب التطبيق في شأنها هو قانون محل أداء الفضولي لعمله (قانون المكان الذي تولى فيه الفضولي شؤون رب العمل)، غير أنه إذا تعلقت الفضالة بمال يطبق قانون موقع المال عليها⁴.

ثانياً: تحديد قانون مكان وقوع الفعل الضار.

¹ - هشام صادق، المرجع نفسه، ص420، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص208.

² - هشام صادق، المرجع السابق، ص420.

³ - هشام صادق، نفسه، ص421.

⁴ - هشام صادق، نفسه، ص421، زروقي الطيب، المرجع السابق، ص208.

يتكون الفعل الضار المنشئ للمسؤولية التقصيرية من ثلاث عناصر هي الخطأ، الضرر وعلاقة السببية، فما المقصود من عبارة الفعل المنشئ للإلتزام الموجود في نص المادة 20/ف1 من القانون المدني هل تعني الخطأ أو الضرر؟.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن القانون المختص بحكم المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة هو قانون محل وقوع الخطأ، ذلك أن قواعد المسؤولية التقصيرية تهدف أساسا إلى وقاية المجتمع من الأعمال غير المشروعة¹.

ومؤدى ذلك أن يصبح محل وقوع الخطأ هو المعيار السليم الذي يتعين في ضوءه تركيز الإلتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، فالخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه المسؤولية وما الضرر إلا نتيجة له.

أما الجانب الآخر من الفقه فرأى ضرورة الأخذ بمحل وقوع الضرر ولاسيما أن الهدف من أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية هو جبر الضرر، وباعتباره يمثل انسب الحلول تأسيسا على ان الغاية من المسؤولية التقصيرية في القانون الحديث هي جبر الضرر الذي لا تتحقق أركان المسؤولية كاملة إلا بتوفره كما أن اغلب حالات المسؤولية في القانون المعاصر هي مسؤولية موضوعية².

غير أن الأرجح هو ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية بتطبيق نظرية القانون الملائم، وهو القانون الذي ترتبط به أكثر عناصر المسؤولية التقصيرية ومفادها البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالواقعة ليكون هو القانون الواجب التطبيق، بحيث يعتمد القاضي في معيارين، معيار كمي يراعي ارتكاز أكبر قدر من عناصر الواقعة بالنظر إلى مكان معين، فيؤخذ بقانون هذا المكان، ومعيار كيفي يبحث عن أهم العناصر في النزاع والتي تستند إلى بلد معين فيؤخذ بقانون هذا البلد³.

¹ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص202-204.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص90، زروقي الطيب، المرجع نفسه، ص207.

³ - علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص91-92.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ووفقا لمضمون المادة 20/ف1 من القانون المدني فإنه اخذ بقانون مكان وقوع الخطأ.

تجدر الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني وفيما يتعلق بالفعل الضار فإنه يتعين التمييز بين القانون الواجب التطبيق على النزاع وبين القانون الواجب التطبيق على تكييف الفعل من حيث مشروعيته، إذ أن تقدير مشروعية الفعل يخضع للقانون الجزائري¹

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون محل وقوع الفعل.

يختص قانون محل ارتكاب الفعل المنشئ للالتزام طبقا لنص المادة 20/ف1 من القانون المدني بالالتزامات غير تعاقدية (الفعل الضار، والفعل النافع)، أما الالتزامات التعاقدية التي يكون مصدرها المباشر هو القانون لا تدخل ضمن الفكرة المسندة إليه، وعليه بالنسبة للفعل الضار يتكفل القانون المحلي ببيان نوع المسؤولية وأركانها وآثارها والجزاء المترتب عليها، فإذا كانت مسؤولية شخصية يرجع إلى هذا القانون لتحديد شروط قيامها، أما إذا كان أساسها هو الخطأ أم أنها مسؤولية موضوعية، وما إذا كان المتسبب في الضرر ملزم بالتعويض في حالة كونه فاقد التمييز، لأن أهلية المسؤولية التقصيرية تتحدث طبقا للقانون وليس على أساس القانون الشخصي، لأنها تخص شروط تنظيم المسؤولية وليس مباشرة التصرفات الإرادية².

أما إذا كانت مسؤولية عن فعل الغير أو الحيوان أو الأشياء الجامدة فيخضع أيضا القانون المحلي ببيان طبيعة هذه المسؤولية، ما إذا كان الخطأ المفترض فيها قابلا لإثبات العكس، ولا ترتبط

¹ - المادة 20/ف2 من القانون المدني الجزائري.

² - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 209.

المسؤولية عن فعل الغير بالقانون المنظم لمتولي الرقابة والولاية عن النفس أو العقد الذي يحكم علاقة التبعية بين التابع والمتبوع، لأن أساس المسؤولية خاص بتنظيم قيام شروط المسؤولية التقصيرية¹.

ويبين القانون المحلي أيضا طبيعة الضرر المستوجب للتعويض، الضرر المادي والضرر المعنوي، الضرر المباشر والضرر غير المباشر، والضرر الحالي والضرر المستقبلي، ويحدد كيفية التعويض وطريقته ومن له الحق فيه، وكذلك يوضح شروط علاقة السببية والأسباب التي يعتد بها، والتي لا يعتد بها، وطريقه دفع المسؤولية ونفيها، وتقادم الدعوى المسؤولية التقصيرية ومدته.

أما بالنسبة للأفعال النافعة، فإن القانون المحلي يقوم بتحديد وبيان أركان الإثراء بلا سبب وآثاره، ويبين كون الإثراء مباشر أو غير مباشر، سلمي أو إيجابي، كما يقوم القانون المحلي بتحديد كون دعوى الإثراء أصلية أو احتياطية وكذا اشتراط وجود بقاء الإثراء إلى غاية رفع الدعوى من عدمه، ويحدد مقدار التعويض، وهل يحدد هذا الأخير بالنظر إلى قيمة الإثراء أو الإفتقار.

كما يتولى قانون المحل تحديد أركان الدفع غير المستحق وكيفية الاسترداد ومقداره وشروطه، وأركان الفضالة والتزامات كل من الفضولي ورب العمل وحقوقها.

¹ - زروقي الطيب، المرجع نفسه، ص210.

الفصل الثالث:

تطبيق القانون الأجنبي

بعد أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي بالفصل في النزاع المطروح، تأتي المرحلة الثانية في محل النزاع، ألا وهي تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، وفي هذه المرحلة يقتضي بيان وضع القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني والذي يفصل فيه تحديد طبيعة القانون الأجنبي، وتحديد كيفية تطبيق قواعد هذا القانون والظروف المحيطة بمعاملته.

ومن جهة أخرى، فإن تطبيق القاضي للقواعد الموضوعية للقانون الأجنبي قد لا يتم في جميع الأحوال، فقد يمتنع القاضي عن تطبيق هذا القانون لوجود مانع يدعو إلى استبعاده.

وبناء على ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين يتم التطرق في المبحث الأول لكيفية تطبيق القانون الأجنبي، ثم لحالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في المبحث الثاني.

المبحث الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي.

إن تطبيق القانون الأجنبي يستوجب تحديد طبيعته كمرحلة أولية وصولاً إلى حل النزاع (المطلب الأول)، وبما أن القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق أجنبية فلا يفترض في القاضي الوطني العلم بها على أساس أن علمه يقتصر على القانون الوطني فحسب، ومن ثم يتعين عليه إثبات محتوى ومضمون القانون الأجنبي وتفسيره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي.

إن مسألة تحديد طبيعة القانون الأجنبي لها أهمية بالغة، كون أن هذا الأخير صادر عن سلطة أجنبية، وهي لا تملك الحق في إصدار أوامر للقاضي الوطني، إضافة إلى ضرورة تحديد نوعية المعاملات الإجرائية التي سوف تتلقاها قواعده الموضوعية من القاضي، كما أنها تساهم في تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المطروح.

وبناء على ما تقدم سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الفرع الأول الاختلاف حول طبيعة القانون الأجنبي، ثم للمعاملة الإجرائية لقواعد القانون الأجنبي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاختلاف حول طبيعة القانون الأجنبي.

أثارت مسألة تحديد طبيعة القانون الأجنبي اختلافاً حاداً في الفقه وتباينت مواقف القضاء في مختلف الدول، لذلك برزت عدة نظريات فقهية نقترح أساساً لتطبيق القانون الأجنبي، كما حاول القضاء متأثراً بالفقه أو بطبيعة النظام القانوني السائد في دولته إيجاد تبرير لتطبيق القانون الأجنبي، ويمكن حصر هذا الخلاف في اتجاهين، الأول لا يعترف للقانون الأجنبي بالصفة القانونية ويعتبره واقعة، أما الثاني فيرى أن القانون الأجنبي يعتبر قانون كغيره من القوانين، وما هو موقف المشرع الجزائري من الاتجاهين.

أولاً: القانون الأجنبي الواجب التطبيق مجرد واقعة.

إن القانون الأجنبي وفقاً لهذا الاتجاه لا يعدو أن يكون سوى مجرد واقعة، وهذا ما يجعل القاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، وإنما يتوجب عليه تطبيقه إذا تمسك بت أحد الخصوم، غير أنه تم الاختلاف حول أساس اعتبار القانون الأجنبي واقعة، وفي هذا الصدد يوجد أن تطبيقه قد يكون إما إحتراماً للحقوق المكتسبة، أو على أساس العنصر الواقعي¹.

1- إحترام الحقوق المكتسبة:

وفقاً لأنصار هذا الأساس، فإن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي بهذه الصفة إنما يتمثل عمله في الاعتراف بالحق الذي اكتسب طبقاً لهذا القانون، فهذا الأساس حسب أنصاره يقوم على مبدأ أساسي وهو أن أي قانون إقليمي النطاق، لا تمتد سلطته خارج حدود الدولة التي أصدرته، وداخل تلك الحدود يسري على كل الأشخاص والأشياء والوقائع، وهذا الطابع الإقليمي يجعل سلطة القانون وكذلك القضاء في الدولة قاصرة ومانعة لسلطة أي قانون آخر².

وعليه فإن القاضي يطبق القانون الأجنبي في إقليم دولته إحتراماً للحق المكتسب فلا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه³.

غير أن تطبيق القانون الأجنبي إحتراماً للحقوق المكتسبة يثير إشكالية تطبيق القانون الأجنبي على حالات إنشاء الحقوق التي لم تكن موجودة من قبل، ولهذا فإن القول بتطبيق القانون الأجنبي

¹ - فتيحة بن صابر، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي وفقاً للتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد 02، جامعة عمارة يحيى، الأغواط، الجزائر، 2019، ص 252.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 232-233.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 141.

احتراما للحقوق المكتسبة يعني إخراج حاجة إنشاء الحقوق، كما أنه لمعرفة ما إذا كان الحق قد أصبح مكتسبا أو لا يلزم الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة¹.

2- أساس العنصر الواقعي:

يرى أنصار هذا الأساس أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون أمام القاضي الذي يطبقه عنصرا من عناصر الواقع، ويبرر أصحاب هذا الرأي إنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي واعتباره مجرد عنصر عناصر الواقع، ومن ثم عدم التزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه بحجتين، فالحجة الأولى أنه مادام القانون الأجنبي واقعة فمن الطبيعي عدم التزام بتطبيقه من تلقاء نفسه، وإثباتا لذلك يقول بأن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، العنصر العقلي أو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة، وعنصر الأمر والإلزام الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة، فإذا كانت القاعدة القانونية الأجنبية تمتلك هذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها، فإنها تفقد عنصر الأمر في حالة تطبيقها أمام القضاء الوطني².

أما الحجة الثانية فإن القاضي لا يعرف أحكام القانون الأجنبي، فلا يجوز بالتالي علمه به.

وعليه وبناء على هذا الاتجاه فإن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه لتجرده من صفه الأمر بالنسبة له وإنما يتعين على الخصوم التمسك بتطبيقه، كما يقع على عاتقهم عبء إثبات مضمونه، كما هو الحال بالنسبة للوقائع عموما، كما أن تفسيره لا يخضع لرقابه المحكمة العليا لكونه مسألة واقع تخرج عن اختصاصها³.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص135.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، ص236.

³ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص360.

ثانيا: معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق كقانون.

وفق هذا الاتجاه يحتفظ القانون الأجنبي بالصفة القانونية، غير أن أنصاره قد اختلفوا حول مسألة أساس تطبيق القانون الأجنبي.

1- أساس المجاملة الدولية:

أن يكون القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي، فإن ذلك يتعارض مع السيادة ومع ذلك للدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليمها على أساس المجاملة وبطريقه التبادل مراعاة لصالح الأفراد¹.

وفي حالة سماح وقبول الدولة بتطبيق القانون الأجنبي استنادا لفكرة وأساس المجاملة الدولية فإن القاضي ملزم بتطبيقه، وذلك امتثالا لقاعدة التنازع، وهذا يؤدي إلى منع القضاة من الإمتثال لأهوائهم وميولهم بحيث ليس لهم الخيار بين تطبيق القانون الأجنبي وعدم تطبيقه².

2- أساس الإدماج:

يقوم هذا الأساس على أنه لما تشير قاعدة الإسناد الوطنية بأن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، فإن القاضي لا يمكنه أن يطبق هذا القانون إلا بصفته الأجنبية تلك، فالقانون الأجنبي هنا لا تكون له قيمة، إلا إذا اندمج في النظام القانوني الوطني، ومن ثم يصبح بعد ذلك في ذات مرتبة القانون الوطني، ويفقد طبيعته تلك³.

وتستند وظيفة الاندماج هذه إلى قاعدة الإسناد، فهذه الأخيرة تتضمن عنصر الأمر ولكنها خالية من المضمون أو الحكم عكس القاعدة القانونية الأخيرة التي تتضمن المضمون وتحلو من

¹ - حمزة قنال، المؤجع السابق، ص246-247.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص134.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص224.

الأمر، وبهذا يندمج القانون الأجنبي في قاعدة الإسناد الوطنية ولا يطبق القاضي الوطني إلا هذه القاعدة الأخيرة التي يندمج فيها القانون الأجنبي¹.

فالاندماج هو الذي يحفظ للقانون الأجنبي طبيعته القانونية ويزوده بقوة النفاذ في بلد القاضي، لكنه في نفس الوقت يفقده صفته الأجنبية، وهذا يعني أن القانون المطبق دائما يكون وطنيا، وتبقى قاعدة الإسناد مزدوجة عند التعيين لكنها تتحول إلى قاعدة أحادية عند التطبيق².

إن أساس الاندماج يجعل من قاعدة النزاع عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي تستقبله على أساس أنه وطني وليس بقانون أجنبي، وهذا ما يؤدي إلى افتراض علم القاضي الوطني بأحكام القانون الأجنبي، كما يعلم أحكام قانونه الوطني، وبهذا يكون ملزما بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وله كامل الصلاحية في تفسير مضمونه، وإذا أخطأ في تطبيقه يعد خطأه من قبيل الخطأ في تطبيق القانون، وليس في تقدير الوقائع، وهذا ما يجعله يخضع لرقابة المحكمة العليا.

3- أساس التفويض:

مفاد هذا الأساس أن المشرع الوطني عن طريق قاعدة الإسناد يفوض مشرع الدولة الأجنبية في وضع الحكم المناسب للنزاع المطروح، وهكذا يستمد القانون الأجنبي قوته الملزمة من تفويض المشرع الوطني لمشرع هذا القانون لحكم النزاع وذلك عن طريق قاعدة الإسناد³.

والملاحظ أن هذا الاتجاه أو الأساس يحتفظ للقانون الأجنبي باستقلاله كقانون أجنبي بكامل صفته وهيئته بالصورة التي تكون له في دولته، وعليه فإن القاضي ملزم بتطبيقه بتلك الصفة⁴.

¹ - عوض الله شبيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة 02، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص378.

² - سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص199.

³ - حمزة قتال، المرجع السابق، ص253.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص364.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري.

عند الرجوع إلى القانون المدني الجزائري لا نجد أي نص يحدد طبيعة القانون الأجنبي لا بشكل صريح ولا حتى ضمنيا، فهناك غياب كلي لأي حكم يدل على ذلك.

غير أنه وبالرجوع غير انه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 358 / ف.5.6.7 قد أشارت إلى طبيعة القانون الأجنبي بشكل ضمني، فقد نصت على إن: " ... مخالفه القانون الداخلي ... مخالفة قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة ... "1، فهذه المادة تحدد أسباب الطعن بالنقض و أشارت إلى إن مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة يعد وجها من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة يلتزم القاضي بتطبيقه تلقائيا دون الحاجة إلى تمسك الخصوم به، كما يلزم القاضي بعبء إثبات مضمونه، وفي هذه الحالة تعتبر قاعدة التنازع من النظام العام، فلا يستطيع الأطراف التنازل عنها.

إن الملاحظ لهذه المادة يجد أن المشرع قد ميز بين نوعين من القوانين الأجنبية حيث أعتبر القانون الأجنبي قانونا في مجال الأحوال الشخصية، أي لما تكون الحقوق محل النزاع ليس للأطراف حرية التصرف فيها، أما عدا ذلك لا يعتبر القانون الأجنبي قانونا، وإنما يعامل معاملة الوقائع².

الفرع الثاني: المعاملة الإجرائية لقواعد القانون الأجنبي.

إن قواعد القانون الأجنبي المختص بقواعد هي قانونيه، والقاضي ملزم بتطبيقها تلقائيا، من عرض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، وعليه فان القاضي سوف يطبق قواعد هذا القانون كما يطبق قواعد القانون الوطني.

¹ - الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، جريدة رسمية العدد 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.

² - جبار محمد، المرجع السابق، ص93.

ومع ذلك فإن تطبيق القاضي للقانون الأجنبي قد يثير صعوبات خاصة بالكشف عن أحكام هذا القانون، وهو ما يقتضي التعرض لدور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.

كما أن تطبيق القانون الأجنبي يطرح تساؤل عن المنهج الواجب إتباعه عند تفسير هذا القانون، وهل يفسره القاضي كما يفسر قانونه أم يتقيد على الكشف بالحلول القضائية السائدة في الخارج.

أولاً: إثبات مضمون القانون الأجنبي.

إن تطبيق القانون الأجنبي يجد أساسه في أن اختصاص هذا القانون قد انعقد بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية، ورغم احتفاظ القانون الأجنبي المختص بصفته القانونية إلا أنه سيبقى أجنبياً، وهذا ما يقتضي إثبات مضمون قواعده¹، وهذا ما يطرح جملة من التساؤلات حول من يتحمل عبء هذا الإثبات هل هو القاضي أم الخصوم، وما هي الوسائل المناسبة للوصول إلى ذلك، وفي حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي ما هو القانون الذي يستوجب تطبيقه بدلا عنه.

1. عبء إثبات القانون الأجنبي:

إن مسألة تحديد من يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي والعلم بأحكامه متوقف أساساً على مسألة تحديد طبيعة القانون الأجنبي، حيث أن اعتبار القانون الأجنبي قانون ملزم يجعل القاضي ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى تمسك الخصوم به، في المقابل اعتبار القانون الأجنبي واقعه يؤدي إلى القول بان عبء الإثبات مضمونه يقع على الخصم الذي يتمسك به.

¹ - يقصد بإثبات مضمون قواعد القانون الأجنبي هو إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه الحقيقية، والقاضي في كشفه عن مضمون القانون الأجنبي إنما يبحث عن الحقيقة الموضوعية لا عن الحقيقة القضائية كما يعرضها الخصوم، حمزة قنار، المرجع السابق، ص 266.

وعليه ففي حالة اعتبار القانون الأجنبي ومعاملته كقانون فإن عبء إثباته لا يقع على الخصوم، بل القاضي الوطني ملزم بالبحث عن مضمونه، غير أنه يمكنه الاستعانة بالخصوم، فالقانون الألماني مثلا يمنع المحكمة من التقييد في سبيل تحديد مضمون القانون الأجنبي بما قام الخصم ببيانه، ويسمح لها باللجوء إلى كافة وسائل العلم، وأن تأمر بما تراه ضروريا لإدراك هذه الغاية، وفي إيطاليا استقرت محكمة النقض على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أما معاونة الخصوم له، فهي مسألة ثانوية¹.

أما في حالة اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يجعل من إثباته مسألة تقع على عاتق الخصوم، حيث أن القاضي لا يقوم بعملية الإثبات من تلقاء نفسه بل بناء على طلب الخصوم، بالإضافة إلى كون القاضي لا يجوز له الحكم وفقا لعلمه الشخصي بمضمون القانون الأجنبي، فتقديم الدليل على محتوى هذا الأخير يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بت، وبهذا فإن عدم إثارة الخصم لتطبيق القانون الأجنبي يجعل من القاضي يطبق قانونه الوطني².

2- وسائل إثبات القانون الأجنبي.

بما أن القانون الأجنبي لا يصدر في دولة قانون القاضي فمن الطبيعي أنه يجب إثبات وجوده ومضمونه، سواء من طرف الخصوم أو القاضي، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يلزم التقييد بقواعد الإثبات المعروفة سيما فيما يخص الاعتراف واليمين فهما وسيلتان مسبقتان لا يجوز إثبات مضمون القانون الأجنبي بهما، لأنه لا يأمن أن يقدم الخصوم على تحريف القانون الأجنبي ليساير مصلحتهما وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا³.

¹ - موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 227.

² - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء 01، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، [اردن، 1998، ص 219].

³ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 164-165.

وفي المقابل يقر القضاء الفرنسي إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها، تقديم أحكام قضائية صادرة عن القضاء الأجنبي والمؤلفات الفقهية التي تشير إلى نصوص القانون الأجنبي وشرحها، ويرى الفقه الفرنسي الحديث بجواز الاستعانة بالخبرة الشفوية أو المكتوبة كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي، ويكون للقاضي تقدير قابلية الدليل ليكون وسيلة صحيحة للإثبات¹، فالقاضي يتمتع بالسلطة التقديرية في تقدير قوة وقيمة كل وسيلة من وسائل الإثبات المقترحة، فله أن يتحقق من ذلك، وأن يقرر الأخذ بها كقرينة تكمله عناصر أخرى، ولا لوم عليه إن رفضها².

3- القانون الواجب التطبيق عند استحالة إثبات مضمون القانون الأجنبي.

قد يحدث وأن يستحيل على الخصوم إذا كان عبء الإثبات واقعا على عاتقهم أو على عاتق القاضي إذا كان عبء الإثبات واقعا عليه التوصل إلى معرفة الأحكام الحقيقية في القانون الأجنبي المختص، رغم كل الجهود المبذولة في سبيل ذلك، وفي هذه الحالة تعددت الحلول المقدمة من قبل الفقه من أجل تحديد القانون التي يستوجب تطبيقه في حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي، أهمها³:

1. امتناع القاضي في مثل هذه الحالة عن الفصل في النزاع، غير أن هذا الحل يصطدم مع المبدأ القاضي بإلزام القاضي بالفصل في كل النزاعات المعروضة عليه، وإلا اعتبر عدوله إنكارا للعدالة.

2. يطبق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة، والتي يتصور بأن القانون الأجنبي متطابق معها، غير أن هذا الحل لما يتميز به من عموم يصعب تطبيقه، كما أن القاضي يطبق في الغالب قانونه على أساس أنه المستمد منطقيا من هذه المبادئ.

¹ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 165.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 297.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 150.

3. تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي، غير أن هذا الحل يستخدم بعقبات عملية ذلك انه من الصعب إن لم يكن من المستحيل التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة.

4. تطبيق قانون القاضي، ورغم اتفاق أنصار هذا الحل على تطبيق قانون القاضي إلا أنهم اختلفوا في تبريره، فهناك من رأى أن أحكام القانون الوطني تماثل أحكام القانون الأجنبي، وهناك من برر بأن قانون القاضي له اختصاص عام على جميع علاقات القانون الخاص، فإذا تعذر تطبيق القانون الأجنبي تعين على القاضي تطبيق قانونه بوصفه صاحب الاختصاص العام¹.

وهناك من برر تطبيق قانون القاضي في حالة تعدد إثبات مضمون القانون الأجنبي بان له اختصاص احتياطي، عامل استحالة تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الإسناد، ويعتبر هذا التبرير هو الصحيح والراجح فقه².

ثانياً: تفسير القانون الأجنبي.

إذا ما توصل قاضي الموضوع إلى معرفة مضمون القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص، انتقل إلى مرحلة تطبيقها على النزاع المطروح أمامه، غير أنه عند تطبيقها قد يجد غموضاً أو التباساً في معناها، فيلجأ إلى تفسيرها لإعطائها المعنى الصحيح، وهنا تطرح مسألتان، الأولى هي القانون الواجب إتباعه في هذا التفسير، والثانية هي كيفية التفسير، وما مدى رقابة المحكمة العليا على عملية تفسير القانون الأجنبي.

1- القانون الذي يخضع له التفسير.

إن قيام القاضي بتفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المطروح يستوجب تحديد القانون الذي سوف يهتدي به القاضي في عملية التفسير، خاصة وأن ذلك يؤثر حتماً في نتيجة الفصل في النزاع، وبالتالي يؤثر في مصلحة الخصوم، وهذا ما كان محلاً لخلاف في الفقه

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص170.

² - هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص170.

والقضاء، تمحور في اتجاهين الأول يرى أنه يجب على القاضي أن يعتمد في تفسيره للقانون الأجنبي المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة في قانونه الوطني، والثاني يرى أنه يجب على القاضي أن يعتمد على تلك المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة في الدولة التي صدر فيها.

أ. تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون القاضي.

يرى مؤيدو هذا الاتجاه أن دو القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، فهو يبحث في الحالتين عن نية المشرع وما يستهدفه وراء القواعد التي صدرت عنه متحريرا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي¹.

وإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقانون الأجنبي إلى الآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلا أنه مع ذلك غير ملزم بها لأنه إذ يحكم بالعدل فإنما يفعل ذلك باسم دولته وتحت مسؤوليتها، إلا فيما يتعلق بالأحكام القضائية في حالة ما إذا كانت تعد مصدرا رسميا للقانون الأجنبي محل التفسير².

ب. تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون دولته.

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 القانون، وقد أكد القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه بأنه على القاضي أن يحترم تفسير القضاء الأجنبي لنصوص قانونه، وحسب المحكمة العليا الدائمة للعدل الدولية فإنه لا يمكن إعطاء للقانون الوطني - الأجنبي - معنى غير المعنى الذي أعطاه له قضاؤه³.

¹ - هشام صادق، المرجع السابق، ص172.

² - هشام صادق، المرجع نفسه، ص172.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص154-155.

2- رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.

لاشك أن القاضي لما يقوم بتطبيق القانون الوطني قد يخطئ، وقد يصيب في تفسيره، وهنا يجوز للأطراف أن يطعنوا في حكمه أمام المحكمة العليا، وهذا أمر قرره قواعد الإجراءات المدنية ونظمت أحكامه، وهذه الرقابة هي من صميم المحكمة العليا بوصفها الجهة القضائية العليا التي تسهر على تحقيق المصلحة العامة.

لكن الأمر قد يختلف بالنسبة لتطبيقه للقانون الأجنبي، وتفسيره فهو يخرج عن نطاق تطبيق القانون الوطني إلى تطبيق قواعد قانونه أجنبية، مما يثير التساؤل حول مدى رقابة المحكمة العليا لتطبيق القاضي للقانون الأجنبي، وما هو موقف المشرع الجزائري.

أ- مدى رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:

إذا أساء القاضي تفسير قاعدة قانونية أجنبية، فهل يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، فيكون حكمه عرضة للنقض، أم أن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا.

*. فرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:

بما أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية وهو يطبق بأمر المشرع الوطني فلا يصح تجريده من ضمان السلامة بتوفير رقابة المحكمة العليا على عملية تفسيره كما أن مهمة المحكمة العليا هي توحيد الحلول القضائية في الدولة وهذا ما يستلزم فرض رقابتها على تفسير القوانين وليس واقعة يؤدي إلى القول بأن الخطأ في تطبيقه يعتبر خطأ في تطبيق قاعدة الإسناد التي أشارت إليه¹.

¹ - هشام صادق، المرجع السابق، ص181.

إن فرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي تحد من صلاحيات القاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي الذي قد يطبق هذا القانون حسب أهواءه على أساس أنه لا يخضع لرقابه المحكمة العليا. لهذا يستوجب الأمر فرض رقابه مباشرة على عملية تفسير القانون الأجنبي¹، كما أن رقابه المحكمة العليا على عمليه تفسير القانون الأجنبي تحقق تناسق الأحكام وتوافقها والمحافظة على هيئه القضاء وسمعته خارج حدود الدولة².

*. رفض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:

رفضت محكمة النقض الفرنسية بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، واتخذت أيضا نفس هذا الموقف الكثير من الدول الأوربية مثل بلجيكا، ألمانيا، سويسرا، هولندا، ويرى بعض الفقهاء أن رفض محكمة النقض الفرنسية لا يرجع إلى كونها تعتبر القانون الأجنبي مسألة واقع، وإنما هناك اعتبارات واقعية هي التي أملت عليها هذا الموقف، فلو أنها تتدخل في تفسير القانون الأجنبي فإنها تجد نفسها أمام الإشكال التالي³:

- فإذا أعطت للقانون الأجنبي التفسير الذي تراه هو الأصوب عندها، فقد يتعارض هذا التفسير مع التفسير المعطى له في الخارج، وهذا من شأنه أن يفقد أحكامها ومصداقيتها.
- وأما إذا أعطت للقانون الأجنبي نفس التفسير المعطى له في البلد الذي صدر فيه فتكون بذلك تؤدي وظيفة غير وظيفتها، إذ أن وظيفتها كما هو معلوم هي فحص ما إذا كان قضاة الموضوع قد طبقوا على المسائل المطروحة عليهم القانون الذي تعرفه، أو الذي تعمل على خلقه، لا القانون الذي تجهله وتطالب إثبات مضمونه.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 457.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 246.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 155-156.

ب- موقف المشرع الجزائري:

أشار المشرع الجزائري إلى موقفه من الرقابة على تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه في المادة 358/ف 5.6.12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وما يلاحظ على هذه المادة أنها جعلت مخالفة تطبيق القانون الأجنبي وجها للطعن، المتعلق بقانون الأسرة، ومن ثم فالمحكمة العليا ملزمة بالرقابة على تفسير القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة كما أنها تجازي كل انتهاك له¹.

فالمشرع الجزائري قد ساوى بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة من حيث رقابة المحكمة العليا على تفسيرهما، مما يفيد بأن القانون الأجنبي غير متعلق بقانون الأسرة لا يخضع في تفسيره لرقابتها، وعلى اعتبار القوانين الأجنبية المتعلقة بالأسرة في منزلة القوانين الداخلية أن القضاة ملزمون بتطبيقها وبالبحث عن مضمونها.

فوفقا للمادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمبدأ هو رفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي، استثناءا يجوز في مسائل الأحوال الشخصية (قانون الأسرة) نظرا لارتباطها بحالة الأشخاص وتعلقها بالنظام العام، لهذا أراد إخضاعها لنفس الأحكام المتعلقة بتطبيق القانون الوطني، مما يتوجب على قضاة الموضوع السهر على حسن تطبيقها وتفسيرها، وإلا تعرض حكمهم للنقض².

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 156.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، ص 409.

المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

إذا توصل القاضي إلى التعرف على القانون الواجب تطبيقه على النزاع المطروح أمامه وتحديد مضمون أحكامه، فإنه لا يكون ملزماً بتطبيق أحكام القانون الأجنبي مباشرة دائماً، فالقاضي يجب عليه أن يقوم قبل ذلك بتحليل مضمونه، فإذا تبين أنه يتوافق والأفكار الأساسية التي يحملها قانونه قام بتطبيقه، أما إذا تبين أن القانون المختار من الأطراف، أو الذي حددته قاعدة الإسناد يتناقض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانونه، عندئذ يقوم القاضي باستبعاده.

ولقد استقر الفقه والقضاء حديثاً على اعتماد حالتين رئيسيتين يلجأ إليهما القاضي من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص على النزاع المعروض عليه والمشمول على العنصر الأجنبي، والحالتان هما: الدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون، وقد سايرت جل التشريعات الحديثة هذا الاتجاه، فقضت في تشريعاتها بموجب قواعد الإسناد الخاصة بها على ضرورة استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية كل ما اصطدمت بدعائم النظام العام لدولة القاضي، وكذا استبعادها على أساس أن اختصاصها كان بطريقة استعمال الغش نحو القانون.

ومن هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري، حيث نص في المادة 24 من القانون المدني على هاتين الحالتين بقولها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

وبناء على ما تقدم نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام والآداب العامة.

يمكن للقاضي الوطني أن يستبعد القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي رغم اختصاصها إذا كانت أحكامها تخالف النظام العام، وقد تبني المشرع هذا المبدأ في نص المادة 24 من القانون المدني، ويقتضي عدم المساس بالنظام العام عدم تعارض قواعد القانون الأجنبي المختص مع

الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، لذلك سنتطرق في هذا المطلب في ثلاث فروع، لمفهوم النظام العام، ثم لشروط الدفع بالنظام العام ثم لأثاره.

الفرع الأول: مفهوم النظام العام.

أولاً: تعريف النظام العام.

يلعب النظام العام دوراً هاماً في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، ورغم هذه الأهمية، إلا أنه لم يتم وضع تعريف موحد للنظام العام والآداب العامة وذلك بسبب سعه ومرونة النظام العام والآداب العامة التي تختلف باختلاف الزمان والمكان¹، فما يعتبر اليوم من النظام العام في الدولة قد لا يعتبر كذلك بعد فترة زمنية معينة، وما يعتبر متناقضاً مع مقتضيات النظام العام في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى.

وبغض النظر عن الاختلافات الفقهية يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المبادئ الأساسية السائدة في دولة ما سواء أكانت هذه المبادئ سياسية أو اجتماعية أو دينية².

كما يعرف بأنه مجموع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل سياسية أم اقتصادية أم خلقية، أم دينية، ويعرض الإخلال بتلك المصالح إلى التصدع والانهيار³.

وترتبط فكرة النظام العام ارتباطاً وثيقاً بالمجتمع، فهي من ناحية تُترجم مع القيم الدينية والسياسية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع في شكل قواعد أمرية لا يجوز بأي حال من

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 152.

² - أمينة مقدس، المرجع السابق، ص 84.

³ - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي المرجع السابق، ص 145.

الأحوال مخالفتها، ومن جهة أخرى فهي تقوم بحماية هذه الأسس والقيم مما قد يمس بتأثيرها داخلها أم خارجيا في صورة اعتداء من قانون أجنبي¹.

ويلاحظ أن عبارة الآداب العامة ترد جنبا إلى جنب مع عبارة النظام العام، ذلك أنها تعتبر جزء من النظام العام، فتتعلق فكرة الآداب العامة بالمساس بالمبادئ والأسس الأخلاقية، كالزنا والمقامرة والرهان، أما النظام العام فيضم إلى جانب الآداب العامة، المبادئ الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها كيان المجتمع، بمعنى أن فكرة الآداب العامة جزء من النظام العام².

ويمكن تعريف النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص أنه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية.

وقد عرف أيضا: " دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دوله القاضي"³.

ثانيا: تمييز النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي.

يرى جانب من الفقه ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي في القواعد القانونية الداخلية البحتة، والنظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص، حيث أن نطاق مفهوم الثاني أضيق من مفهوم الأول، لأن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وأن أي إتفاق على خلافها يعتبر باطلا⁴.

بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص من قواعد آمرة تمنع تطبيق القانون الأجنبي، فههدف النظام العام الداخلي هو منع خروج الأفراد على قواعد الآمرة،

1 - أمينة مقدس، المرجع السابق، ص 84.

2 - أمينة مقدس، المرجع نفسه، ص 84.

3 - زروي الطيب، المرجع السابق، ص 271.

4 - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 149.

بينما هدف النظام العام الدولي هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يتقرر تطبيقه استناداً لقاعدة الإسناد الوطنية¹.

يتفق النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ويتشابهان ويشتركان في أن هدفهما واحد وهو حماية المجتمع، ومصالحه الأساسية، وأن الدفع لكل واحد منهما أمام المحكمة يكون عن طريق التمسك بالنظام العام، لكنهما يختلفان في أن الدفع بالنظام العام الداخلي يكون في علاقة قانونية داخلية محضة في جميع عناصرها، بينما الدفع بالنظام العام الدولي يكون في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

وهذا ما يترتب على التمسك بالنظام العام في القانون الداخلي بطلان التصرف القانوني المتعارض معها، في حين أن التمسك بفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لا يؤدي إلى بطلان التصرف المتعارض معها، وإنما إلى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص².

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.

الدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي يهدف للدفع بعد صلاحية القانون الأجنبي، فهو دفع بعدم قبول القانون الواجب التطبيق، وللدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق شرطان هما اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني.

أولاً: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع.

يترتب على هذا الشرط أنه لا حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي³، فإذا لم يكن القانون الأجنبي مختص في

¹ - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، نفسه، ص 149.

² - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع نفسه، ص 150.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في النزاع الدولي للقوانين المرجع السابق، ص 599.

حكم النزاع، أو أمكن استبعاده لسبب آخر كأن يكون قانون القاضي قد اختاره الأطراف بإرادتهم، أو أن يثبت لهم الاختصاص باعتباره من قوانين الأمن والبوليس، أو اسند إليه الحكم بطريق الإحالة، فلا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام¹.

ثانيا: تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي.

لا يكفي أن يكون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ملائما لحكم النزاع المعروف، بل لابد أيضا أن يكون متماشيا مع المبادئ والقيم الأساسية لمجتمع دوله القاضي غير متعارض معها، ويؤكد الفقه أن العبرة في تقديم تحقق التعارض هي بوقت نظر القاضي في الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع².

ويعود تقدير مخالفة النظام العام للسلطة التقديرية للقاضي الوطني وفقا لقانون دولته، ولا يعني ذلك أن له مطلق الحرية، إذ يتعين عليه أن يقدر مخالفه النظام العام والآداب العامة على أسس موضوعية، وأن يتجرد من أي معتقدات شخصية ويعتمد على المبادئ الجوهرية والمعتقدات السائدة في دولته بشكل موضوعي، ويعتبر تقديره عملا قانونيا وليست مسألة واقع، وبالتالي فهو يخضع لرقابه المحكمة العليا³.

ويرى البعض أنه لا يقتصر القاضي في تقديره للتعارض على البحث في مضمون القانون الأجنبي بطريقة مجردة، وإنما عليه البحث عن الآثار الواقعية والفعلية لتطبيق هذا القانون على النزاع بحيث ينظر للنتيجة التي تترتب عن تطبيق هذا القانون فقد يكون ظاهر للقانون غير مخالفا للنظام العام، إنما يؤدي تطبيقه على النزاع للمخالفة⁴.

¹ - حمزة قنال، المرجع السابق، ص368.

² - عمر بلمامي، المرجع السابق، ص142.

³ - أمينة مقدس، المرجع السابق، ص86-87.

⁴ - أمينة مقدس، المرجع نفسه، ص87.

والمرجع الجزائري لم يتعرض لمسألة هل يبحث القاضي عن مضمون القانون أم الآثار الواقعية والفعلية لتطبيقه، لكن المستخلص من نص المادة 24 من القانون المدني أنه متى تبين أن القانون الأجنبي مخالف للنظام العام توجب استبعاده دون داعي للبحث عن الآثار المترتبة عن تطبيقه فحتمًا إذا كان مضمونه مخالفًا للنظام العام والآداب العامة فإن آثاره ونتائج تطبيقه ستكون كذلك.

الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام.

يترتب على أعمال فكرة النظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي مجموعة من الآثار، تتمثل في الأثر السلبي وهو استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، والأثر الإيجابي ويتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، وهناك بعض الحقوق لا يسمح القانون بنشوتها، لكنه يسمح بأن ترتب آثارها إذا ما نشأت في الخارج وهذا هو الأثر المخفف.

أولاً: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، لكن قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام، الأمر الذي يطرح التساؤل حول ما إذا على القاضي أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي ككل أم يستبعد الجزء المخالف للنظام العام¹.

ويرى الفقه الغالب بان الأثر السلبي للنظام العام يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع، ذلك أن مخالفة إحدى قواعد القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام، لا تنزع عنه صفة القانون الملائم وفقا

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص176.

لقواعد الإسناد الوطنية، كما أن عدم التوسع في أعمال الدفع بالنظام العام يكفل إحترام قاعدة الإسناد الوطنية¹.

وهو الرأي المعمول به في القضاء الجزائري، ففي دعوته رفعت أمام القضاء الجزائري بخصوص إظهار الحكم بالصيغة التنفيذية بشأن حكم أجنبي يقضي بإلزام المدين بالدين الأصلي، ودفع فوائد للدائن، اعتبرت المحكمة العليا أن القرار الصادر عن المجلس القاضي بتنفيذ ما حكم به على المدين بخصوص الفوائد باطل باعتبار أن الفائدة فكرة تتعارض مع مقتضيات النظام العام في الجزائر، إلا أنه لم يستبعد القانون الأجنبي كلياً، وإنما استبعد الجزء المخالف للمبادئ والمفاهيم الجوهرية في الجزائر².

ثانياً: الأثر الإيجابي للنظام العام الدولي.

إذا ما تبين للقاضي استبعاد القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام، فعليه بد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد ويؤكد الفقه الغالب وجوب تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بدلاً من القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه³.

وتطبيقاً لهذا الحل، إذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفي اللون فإن القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته النظام العام، ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج.

بالرغم من أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي أجمعت عليه غالبية التشريعات، إلا أن هناك من ذهب إلى البحث عن البديل في القانون الأجنبي نفسه، كما في القانون الألماني، فقد صدر عن محكمة النقض الألمانية قرار استبعدت فيه نص القانون السويسري الذي يضع تقادم

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 607.

² - أمينة مقدس، المرجع السابق، ص 58.

³ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 305.

الدين محل النزاع لسبب تعارضه مع النظام العام، وأخضعت الدين إلى أطول مدة تقادم نص عليها القانون السويسري نفسه¹.

ثالثا: الأثر المخفف للدفع بالنظام العام.

فكرة الأثر المخفف للنظام العام هي وليده القضاء الفرنسي تهدف للموازنة بين الدفاع عن النظام العام والمحافظة على الحقوق التي اكتسبها الأطراف، بمعنى أم قد يتعارض إنشاء مركز قانوني للنظام العام في دولة القاضي لكن قد لا يتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو انه تم إنشاؤه في الخارج فيجوز طبقا لهذه الفكرة التمسك بنفاد ذلك في دولة القاضي، ولا يصح إعمال قاعدة الدفع بالنظام العام على أساس أن نشوء الحق كان معارضا لهذا النظام، بل العبرة بمدى مخالفه هذه الآثار للنظام العام على أساس أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج².

كرس القضاء الفرنسي هذه الفكرة في العديد من القضايا منها ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 03 جانفي 1980، بشأن النظر في الاستئناف ضد الحكم الصادر في 22 فبراير 1978 من قبل محكمة الاستئناف بباريس.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن جزائريا - السيد لعربي بوعزة تزوج بجزائرية في الجزائر عام 1936 وأنجبا 07 أبناء قبل استقرارهم في فرنسا، وقد اكتسب الزوج أملاك وعقارات بفرنسا، بعد مدة رجع إلى الجزائر، وتزوج زوجة ثانية جزائرية سنة 1969 أنجب منها طفلين بالجزائر، توفي الزوج سنة 1975 ما دفع الورثة برفع دعوى لتقسيم الإرث، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بحق الزوجة الثانية في الميراث شأنها شأن الزوجة الأولى وأبنائها حماية للحق الذي اكتسب في الخارج، على الرغم من رفض النظام العام لفرنسا تعدد الزوجات³.

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص268.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص181.

³ - أمينة مقدس، المرجع السابق، ص89-90.

غير أن هناك حالات أخرى لا يعترف فيها القضاء الفرنسي بآثار تعدد الزوجات وذلك من كان للنزاع علاقة بالقانون أو الإقليم الفرنسي، ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء به قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1973 الذي اعتبر فيه أن الزوجة الثانية لزوج جزائري لا يمكنها المطالبة بمنحة الضمان الاجتماعي، مادام أن الزوجة الأولى قد استفادت منه لتعارض ذلك مع النظام العام في فرنسا¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اخذ بنظريه الأثر المخفف للنظام العام لحماية للحقوق المكتسبة في الخارج من خلال نص المادتين 12 من القانون المدني والتي تعرضت لنظام الانفصال الجسماني، والمادة 13/ف2 مكرر من ذات القانون التي نظمت التبني، رغم أنهما نظامين مختلفين للنظام العام الجزائري.

المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون.

تعتمد قاعدة الإسناد ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، من هذه الضوابط ضوابط يستطيع الأفراد تغييرها كالجنسية، وموقع المنقول مثلا وهو ما يكون له أثر في تغيير القانون الواجب التطبيق، لكن قد يتم هذا التغيير بنيه التهرب من أحكام قانون معين وسعيا لتطبيق قانون آخر، فهنا يتدخل القانون ليحرم الغاش من الاستفادة من غشه باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش، فما المقصود بالغش نحو القانون، وما هي شروطه، وآثاره.

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون.

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الغش نحو القانون، وبالتالي نلجأ إلى اجتهادات الفقه في تعريفه، ثم شروط إعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون.

¹ - حمزة قنال، المرجع السابق، ص 373-374.

أولاً: تعريف الغش نحو القانون.

عرف الفقه الغش نحو القانون بعدة تعاريف تقترب من بعضها البعض في المعنى العام له المقصود في مجال تنازع القوانين، فهناك من عرفه بأنه اتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة¹.

وهناك من عرفه بأنه مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إدارية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة².

وعرفه البعض بأنه ينحصر في الوسائل التي يتخذها الأشخاص الخاضعون لقواعد قانونية أمرة أو ناهية لتجنب هذه القواعد باستخدام القواعد القانونية الأخرى التي يتوقف تطبيقها على إرادتهم مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي³.

ويعرف الغش نحو القانون بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة⁴.

ومنهم من عرفه بأنه مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعية ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة.

من خلال ما تقدم من تعاريف يتضح أن الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص يتمثل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية مع اقترانه مع سوء النية لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء

1 - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 202.

2 - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 261.

3 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

4 - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 187.

مركز قانوني متفق مع حرفيه النص ومناقض للغرض الحقيقي له بهدف تحقيق رغبات شخصيه في ظل القانون المراد الخضوع لأحكامه لا يمكن تحقيقها في إطار تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلاً لو لم يقع ذلك التحايل.

فالغش نحو القانون محتمل الوقوع، لما لإرادة الأشخاص من دور مهم وحرية في خلق أسباب تغيير ظروف الإسناد بصورة مباشرة أو غير مباشرة بنية تغيير القانون الواجب تطبيقه وإخراج علاقتهم من اختصاص قانون دولة وإخضاعها لأحكام قانون دولة أخرى بممارسة مبدأ سلطان الإرادة واللجوء إلى وسائل الغش¹.

والغش نحو القانون ليس كالنظام العام مانعاً مباشراً من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وإنما هو مانع للاعتراف بالنتيجة القانونية المتحصلة من تطبيق قانون أجنبي آخر نقل إليه الاختصاص بالغش والتحايل في النزاع من القانون المختص الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيقه فعلاً، وذلك لمنع الأشخاص من استغلال قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص بهدف تأمين تطبيق قانون أكثر نفعاً لمصالحهم الشخصية من القانون الواجب تطبيقه عن طريق تغيير ظروف الإسناد².

ويعود أصل الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلى القضاء الفرنسي الذي طبقه لأول مرة بتاريخ 18/03/1878 في قضية تسمى بقضية الأميرة، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت من أمير فرنسي، واستقرت معه في فرنسا، واكتسب الجنسية الفرنسية، وعلى إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق، هذا الأخير الذي كان

¹ - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص153.

² - غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي المرجع السابق، ص153

ممنوعا وفقا للقانون الفرنسي فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي تجيز قوانينها الطلاق لتتزوج بعدها بأمر روماني واستقرت معه في فرنسا¹.

وحصل بعد ذلك أن رفع زوجها الأول دعوى بطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحا، لأنه تم بعد تغيير الجنسية وقضت محكمته النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 18/03/1878، بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، وهو ما يشكل غشا النحو القانون².

والمشروع الجزائري تعرض لمسألة الغش نحو القانون في المادة 24 من القانون المدني، وعليه وبناء على هذه المادة فإن القاضي الجزائري لم يجد أن القانون الأجنبي قد ثبت له الاختصاص وفقا لقواعد الإسناد في قانونه بواسطة الغش نحو القانون أن يقوم باستبعاده.

ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون.

المشروع الجزائري لم يتعرض لشروط الدفع بالغش نحو القانون في نص المادة 24 من القانون المدني، رغم أن بعض الشروط قد تفهم من خلال ألفاظ النص والبعض الآخر تستنتج من خلال مضمونه، إلا أن الفقه والقضاء اتفق على شروط لكنه اختلف بشأن شروط أخرى.

1- الشروط المتفق عليها.

من بين شروط الدفع بالغش نحو القانون المتفق عليها:

أ- التغيير الإرادي لضابط الإسناد: ويطلق عليه بالركن المادي للغش، كأن يقوم الأطراف باصطناع العنصر الأجنبي لفي علاقاتهم القانونية لتجنب الخضوع لقانون القاضي الوطني مع أنها

¹ - حمزة قتال، المرجع السابق، ص375.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، ص375.

في الأصل علاقة وطنية محضة، أو القيام بالعكس بتغيير العنصر الأجنبي لعناصر وطنية لتتحول إلى علاقة وطنية، بحكمها القانون الوطني، فالغش هنا واقع في كل الحالات¹.

ب- توافر نية الغش: ويقصد بت نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، فلا يكف أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد إنما ينبغي أن يكون هذا التصرف مقترنا بنية التنصل والتهرب من حكام القانون المختص بحكم العلاقة².

ويتعين على القاضي تفصي هذه النية وإثباتها، وهي ليست سهلة دائما، لكن يمكن له استخلاصها من ظروف الدعوى وملاساتها كالتزام الزمني بين تغيير ضابط الإسناد، وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد³.

2- الشروط الغير المتفق عليها:

وتتمثل شروط الدفع بالغش نحو القانون المختلف بشأنها ما يلي:

أ- أن تكون الأحكام المتهرب منها قواعد أمرة، حيث قصد بعض الفقهاء استعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من القواعد الأمرة دون القواعد المكملة، لأن المكملة لا يتصور التهرب من أحكامها على أساس أن المشرع أجاز للأفراد الخروج عنها، لكن أغلب الفقهاء لا يفرقون بين هذه القواعد في خضوعها لقاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون، حتى أن الغش في القواعد المكملة يسهل ارتكابه لأن المتعاقدين بمكان مسبق رخصة الإتفاق على مخالفتها⁴.

ب- حصول الغش نحو قانون القاضي، وهو ما نادى به الفقهاء وعمل به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، إلا أن القضاء الفرنسي الحديث ذهب إلى تطبيق نظريه الغش حتى بالنسبة

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 277.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 190.

³ - غالب علي الداودي، حسين محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 157.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في النزاع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 551.

للغش نحو القانون الأجنبي، استنادا لفكره لا عدالة في التمييز بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، فالغش يعتبر كذلك بغض النظر عن ما إذا كان نحو القانون الأجنبي أو الوطني، خاصة وأن الهدف من أعمال هذه النظرية هي محاربه الغش كما أن الغش نحو القانون الأجنبي هو في نفس الوقت تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت لهذا الأخير الاختصاص¹.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فالظاهر أنه في المادة 24 من القانون المدني لم يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يكون القانون المتهرب منه هو القانون الجزائري، فقد نص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، وسكت عن استبعاد القانون الجزائري إذا ما ثبت إليه الاختصاص عن طريق الغش نحو القانون. فالغش يبقى غشا في كل الحالات سواء ثبت الاختصاص للقانون الأجنبي أو القانون الجزائري، لهذا كان من الأحسن لو المشرع بالنص على الدفع بالغش نحو القانون اتجاه أي قانون عن طريق الاحتيال سواء كان وطنيا أو أجنبيا، كما فعل المشرع الفرنسي.

الفرع الثاني: آثار الغش نحو القانون

يقتصر الأثر المترتب عن الغش في القانون الداخلي على حرمان المتحايل من الاستفادة من نتيجة تصرفه المشوب بالغش طبقا لنفس القانون الداخلي، بينما نجد أنه في نطاق تنازع القوانين يجرم المتحايل من تطبيق القانون المختص عن طريق الغش².

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان اثر الدفع بالغش نحو القانون عدم الاعتراف بالنتيجة المتوخاة من الغش (أولا)، أم يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا (ثانيا).

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194.

² - حمزة قتال، المرجع السابق، 379.

أولاً: عدم النفاذ يشمل النتيجة الغير المشروعة.

يرى الفقه التقليدي في فرنسا أن جزاء الغش يقتصر على الجزء الذي وقع فيه الغش، أي على النتيجة التي أراد مرتكب الغش تحقيقها دون الوسيلة التي اتخذها للوصول إلى هذه النتيجة، وذلك لأن النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة، أما الوسيلة فلا تنطوي على أية مخالفة للقانون، مثال ذلك إذا قام شخص بالجنس بجنسية أخرى وفقاً للشروط التي تتطلبها هذه الجنسية فإن التجنس يظل سليماً من الناحية القانونية، أما النتيجة التي أراد تحقيقها من وراء هذا التجنس، وهي القيام بتصريف لا يسمح به قانون جنسية الأولى كالطلاق مثلاً¹.

وحسب هذا الاتجاه فالنتيجة المفتعلة بسبب الغش غير نافذة، وتبعاً لذلك يتم استبعاد القانون الذي تبث له الاختصاص بواسطة الغش وإعادة الاختصاص إلى القانون المختص حقيقة بحكم المسألة، أما الوسيلة فإنها تبقى قائمه ولا يمكن إنكار وجودها، وليس للقضاء حق إبطالها، لأنه لا يمكن لأي قاض أن يقرر مدى صحة تصرفات الدولة الأخرى².

ثانياً: عدم النفاذ يشمل النتيجة والوسيلة معاً.

يرى جانب من الفقه أن أثر الدفع بالغش يشمل النتيجة والوسيلة معاً أي يستبعد القانون الذي تبث له الاختصاص بواسطة الغش عن طريق تغيير الجنسية مثلاً، ويطبق القانون المختص مكانه وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص، ذلك أنه من غير المعقول تجزئه العمل القانوني الواحد، من حيث الاعتراف ببعض الآثار، وهي غير المهمة في نظر الغاش ولا يعترف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته، لهذا ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش³.

والإتجاه الذي أخذت به جل التشريعات هو أن عدم النفاذ يقتصر على النتيجة فقط دون الوسيلة، بمعنى الأثر الاستبعادي والذي يتم من خلاله استبعاد القانون الذي تبث له الاختصاص

¹ - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 161.

² - أمينة مقدس، المرجع السابق، ص 95.

³ - زروقي الطيب، المرجع السابق، ص 301.

وفقا لضابط الإسناد المصطنع، واعداه الاختصاص للقانون الأصلي الذي تم التحايل ضده، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني التي نصت على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي دون أن تتعرض لمسألة إبطال الوسيلة.

وتجدر في الأخير بان اثر الغش لا ينحصر في استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد اختصاصه عن طريق الغش، حينما تم تغيير ضابط الإسناد، بل هو اثر حلولي أو استبدالي، أي أن يحل القانون المختص أصلا، سواء كان القانون الوطني أم قانون أجنبي مكان القانون الأجنبي المختص بطريق الغش¹.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص324.

الخاتمة

بناء على ما تقدم نخلص إلى أن العلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحده، سواء أكانت مدنية أو تجارية، أما العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة، لأنه تتنازع على حكمها قوانين عدة دول تتصل بتا في عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية، فإذا طبق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي قد يؤدي ذلك إلى الأضرار بأطراف العلاقة، وانتفاء العدالة وإعاقة التعامل بين أفراد الدول المختلفة وعرقلة التجارة الدولية، والحيلولة دون الازدهار الثقافي والعلمي والاقتصادي بين الدول. ودفعاً لهذه الأضرار والنتائج في النزاع الناشئ من علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يجب تعيين القانون الأنسب الواجب تطبيقه عليه، وهذا ما يطلق عليه بتنازع القوانين، حيث يتم فيه تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة لحكم العلاقة القانونية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

I- الاتفاقيات الدولية:

1- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لعام 1945.

II- القوانين:

1 - الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

2 - الأمر رقم 70/20 المؤرخ في 19/02/1970، المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم بموجب الأمر 14/08 المؤرخ في 09 أوت 2014، وبالقانون رقم 17/03 المؤرخ في 10/01/2017، الجريدة الرسمية، العدد 02.

3- الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

4- الأمر رقم 76/80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن القانون البحري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/04 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

5- الأمر 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر بموجب الأمر 05/02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15.

ثانياً: قائمة المراجع

I- الكتب:

- 1- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، تنازع القوانين)، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2016.
- 2- أحمد عبد الكريم سلامة، الأحوال في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- 3- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 4- أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص الجنسية ومركز الأجانب، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1956.
- 5- أشرف عبد العليم الرفاسي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2003.
- 6- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 7- ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.
- 8- توفيق حين فرج، التدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، مصر.
- 9- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 68.
- 10- حافظ عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي المقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1979.

- 11- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص95. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجنب، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2014، ص817.
- 12- جبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر.

- 13- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007.
- 14- حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، السنة الثالثة حقوق، 2019، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2018.
- 15- رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقيين، بيروت، لبنان، 2003.
- 16- زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين الأخرى، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000..
- 17- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة، الحلول الوضعية، تنازع القوانين، الجنسية، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998.
- 18- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 19- صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص بين القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1972.
- 20- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر.
- 21- عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، الأردن، 2015.

- 22- عبده جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 23- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، 1968.
- 24- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 25- عماد قطان، قانون إرادة أطراف التعاقد لفي اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية ةوفقا للقانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- 26- عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 27- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 28- عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة 02، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- 29- غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية الموطن، مركز الأجنب وأحكامها في القانون العراقي، الجزء 01، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل، العراق، 1982.
- 30- فؤاد عبد المنعم رياض ود، سامة راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1987.
- 31- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، دمشق، 1986.
- 32- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

- 33- محمد كمال فهمي، الأصول في القانون الدولي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 34- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 35- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 36- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء 01، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
- 37- موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ترجمة فائز انجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 38- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، طبعة 01، دار هومة، الجزائر.
- 39- هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجنب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2014.
- 40- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، مصر، 2006.
- 41- هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 42- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

II- المقالات:

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ما هية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 51، القاهرة، مصر، 1995.
- 2- أمينة مقدس، استبعاد القانون الأجنبي، دراسة في القانون الجزائري، دراسة تحليلية على ضوء نص المادة 24 من القانون المدني مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، الجزائر، 2019.
- 3- ديداني بومدين، أحسن زفور، أهمية التكييف الفقهي والقانون للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية العلوم الانسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، العدد 01، وهران، الجزائر
- 4- زناندة عبد الرحمن، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021.
- 5- شورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث، الوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، أكتوبر 2018.
- 6- فتيحة بن صابر، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي وفقا للتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد 02، جامعة عمارة يحيى، الأغواط، الجزائر، 2019.
- 7- كريم مزعل شبي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، دراسة في تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية، المجلد 32، العدد الثاني، بغداد، العراق، 2017.
- 8- مقدس أمينة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة تحليلية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السادس، العدد 02، ديسمبر 2020.

III- المذكرات الجامعية:

- 1- جمال منعة، نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.
- 2- خولة العوادي: القانون الواجب التطبيق على نظام الأموال، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2015-2016.
- 3- طالبة كمال، تنازع القوانين في مجال الالتزامات التعاقدية، مذكرة ماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2020-2021.
- 4- كوبري الزهرة، رويح حنان، التكييف في القانون الدولي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، 2016/2017.

V- المطبوعات الجامعية:

- 1- قديري محمد توفيق، دروس في مقياس القانون الدولي الخاص، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2019-2020.

الفهرس

الصفحة	العنوان
2	مقدمة
3	المبحث التمهيدي: مبادئ عامة
5	المبحث الأول: ماهية القانون الدولي الخاص
5	المطلب الأول: نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص
5	الفرع الأول: نطاق القانون الدولي الخاص
6	أولاً: الاتجاه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص
6	ثانياً: الاتجاه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص
8	الفرع الثاني: طبيعة القانون الدولي الخاص
8	أولاً: هل القانون الدولي الخاص قانون عام أم قانون خاص
9	ثانياً: هل القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم قانون دولي
11	المطلب الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص
11	الفرع الأول: المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص
11	أولاً: التشريع
13	ثانياً: العرف
13	ثالثاً: القضاء
14	الفرع الثاني: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص
14	أولاً: المعاهدات الدولية
16	ثانياً: العرف الدولي
17	ثالثاً: القضاء الدولي
19	المبحث الثاني: ماهية تنازع القوانين

19	المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين
20	الفرع الأول: تعريف تنازع القوانين
21	الفرع الثاني: شروط قيام تنازع القوانين
21	أولاً: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي
21	ثانياً: أن يفسح المشرع المجال لتطبيق القانون الأجنبي
22	ثالثاً: تزام قوانين متعارضة لحكم العلاقة القانونية
23	المطلب الثاني: نشأة تنازع القوانين
24	الفرع الأول: المدارس القديمة
24	أولاً: المدرسة الإيطالية
26	ثانياً: المدرسة الفرنسية
29	ثالثاً: المدرسة الهولندية
31	الفرع الثاني: المدارس الحديثة
31	أولاً: المدرسة الألمانية
34	ثانياً: المدرسة الفرنسية
36	ثالثاً: المدرسة الإيطالية
39	الفصل الأول: إعمال قواعد تنازع القوانين
41	المبحث الأول: التكييف
41	المطلب الأول: مفهوم التكييف
41	الفرع الأول: تعريف التكييف
44	الفرع الثاني: نشأة التكييف
44	أولاً: ميراث المالطي

45	ثانيا: وصية الهولندي
46	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف
46	الفرع الأول: النظريات الفقهية بشأن التكييف
46	أولا: خضوع التكييف للقانون المقارن
47	ثانيا: خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع
48	ثالثا: خضوع التكييف لقانون القاضي
50	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
52	المبحث الثاني: قواعد الإسناد ونظرية الإحالة
53	المطلب الأول: قواعد الإسناد
53	الفرع الأول: مفهوم قواعد الإسناد
53	أولا: تعريف قواعد الإسناد
54	ثانيا: خصائص قواعد الإسناد
56	الفرع الثاني: عناصر قواعد الإسناد
56	أولا: الفئة المسندة
57	ثانيا: ضابط الإسناد
57	ثالثا: القانون المسند إليه
58	المطلب الثاني: نظرية الإحالة
58	الفرع الأول: مفهوم الإحالة
59	أولا: أساس الإحالة
61	ثانيا: نشأة الإحالة
62	الفرع الثاني: موقف الفقه من الإحالة

62	أولاً: الاتجاه المؤيد للإحالة
63	ثانياً: الاتجاه الرافض للإحالة
69	الفصل الثاني: قواعد الإسناد في القانون الجزائري للحلول الوضعية لتنازع القوانين
70	المبحث الأول: قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية والأحوال العينية
70	المطلب الأول: قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية
71	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية
72	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الحالة
73	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الأهلية
76	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وانحلاله
77	أولاً: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره
80	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره
82	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني والنفقة بين الأقارب
82	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني
83	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب
83	الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والهبة والوقف
84	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الميراث
85	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد

	الموت
86	ثالثا: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف
87	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال العينية
88	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على العقار
89	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي
91	أولا: نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري
92	ثانيا: نظرية نفاذ الحق المكتسب
93	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي
93	أولا: الملكية الفكرية
94	ثانيا: المحل التجاري والأوراق التجارية
95	ثالثا: الملكية الصناعية
95	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية
96	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
96	الفرع الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة
97	أولا: تعريف مبدأ قانون الإرادة
99	ثانيا: أشكال مبدأ الإرادة
100	ثالثا: نطاق تطبيق مبدأ الإرادة
102	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في ظل غياب الإرادة
102	أولا: الموطن المشترك للمتعاقدين
103	ثانيا: الجنسية المشتركة

103	ثالثا: محل إبرام العقد
105	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانوني
106	أولا: مدى إلزامية قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام
106	ثانيا: الحالات التي تدل في نطاق قانون محل الإبرام
108	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية
109	الفرع الأول: تحديد قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام
109	أولا: تحديد قانون مكان وقوع الفعل النافع
110	ثانيا: تحديد قانون مكان وقوع الفعل الضار
112	الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون محل وقوع الفعل
114	الفصل الثالث: تطبيق القانون الأجنبي
116	المبحث الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي
116	المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي
116	الفرع الأول: الاختلاف حول طبيعة القانون الأجنبي
117	أولا: القانون الأجنبي الواجب التطبيق مجرد واقعة
118	ثانيا: معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق كقانون
120	ثالثا: موقف المشرع الجزائري
121	الفرع الثاني: المعاملة الإجرائية لقواعد القانون الأجنبي
122	أولا: إثبات مضمون القانون الأجنبي
125	ثانيا: تفسير القانون الأجنبي
130	المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي
130	المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام والآداب

	العامة
131	الفرع الأول: مفهوم النظام العام
131	أولاً: تعريف النظام العام
132	ثانياً: تمييز النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي
133	الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام
133	أولاً: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع
134	ثانياً: تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي
135	الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام
135	أولاً: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام
136	ثانياً: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام
137	ثالثاً: الأثر المخفف للدفع بالنظام العام
138	المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون
139	الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون
139	أولاً: تعريف الغش نحو القانون
141	ثانياً: شروط الدفع بالغش نحو القانون
145	الفرع الثاني: آثار الغش نحو القانون
146	أولاً: عدم النفاذ يشمل النتيجة الغير المشروعة
146	ثانياً: عدم النفاذ يشمل النتيجة والوسيلة معا
147	الخاتمة
149	قائمة المصادر والمراجع
158	الفهرس