

جامعة محمد لمين دباغين . سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة (ليسانس)
قسم: القانون الخاص

من طرف الأستاذة: صفو نرجس

بعنوان:

القانون الدولي الخاص

لرسم الموسم الجامعي: 2021-2022

تمهيد:

لا شك أن القانون الدولي العام يحكم العلاقات التي تنشأ بين أعضاء الجماعة الدولية؛ أي الدول. أما العلاقات الخاصة بكل دولة فمحكومة بالقانون الداخلي بشقيه العام والخاص؛ وينفرد هذا الأخير بحكم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد. ومن الثابت أن الأشياء هي محل الحقوق، والأشخاص هم أصحابها، والواقعة القانونية هي مصدرها. ولا تثور أية صعوبة فيما لو كانت العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء وطنية العناصر، لأننا نظل في ميدان سلطان القانون الداخلي الخاص بمختلف فروعته.

لكن قد يختلف الأمر إذا ما وجد الشيء أو الشخص أو الواقعة القانونية خارج حدود الدولة؛ فيتسرب إلى تلك العلاقة عنصر أجنبي، كأن يبرم عقد بين تونسيين يتعلق بعقار كائن بفرنسا، أو أن يبيع وطني لوطني آخر مالا موجودا في إيطاليا، أو أن يتوفى جزائري عن مال موجود في هولندا. فيطرح حينئذ التساؤل عن أنسب القوانين التي يتعين تطبيقها على تلك العلاقة محل النزاع، ذلك أن احتواء المركز أو العلاقة القانونية لعنصر أجنبي يتضمّن معنى اتصالها بأكثر من قانون واحد، وسبب هذا التساؤل هو ظهور عامل جديد لا يبدو في الحياة الداخلية، ألا وهو ظاهرة الحدود وما يترتب عليه وصف العلاقة القانونية "بالأجنبية". لأن لكل دولة قانونها يقف سلطانه عند الحد الذي تقف عنده سيادة الدولة. فإذا ما اتصلت العلاقة القانونية بشيء أو بشخص أو بواقعة قانونية خارج هذه الحدود وقعنا تحت سلطان قانون آخر، واتسمت العلاقة بطابع جديد هو "الدولية"، وانتقلنا من ميدان الحياة الخاصة الداخلية إلى ميدان الحياة الخاصة الدولية، أو ما يسمى عند الشراح "بالمعاملات الدولية". وهذا النوع من العلاقات يثير مسألة جديدة ألا وهي: أي قانون يحكم العلاقة؟ وهي مسألة أولية تسبق بيان حكم القانون في العلاقة؛ وهو ما يتطلب صياغة قواعد قانونية تبين حكم هذه المسألة أطلق عليها بعض الفقهاء في البدء "قواعد تنازع القوانين"؛ فيما أطلق عليها البعض منهم فيما بعد "القانون الدولي الخاص".

إذ يشكل موضوع "تنازع القوانين" أبرز مواضيع القانون الدولي الخاص إضافة إلى الجنسية والمواطن ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

تعالج سلسلة المحاضرات المقدمة موضوع واحد من مواضيع القانون الدولي الخاص وهو قواعد "تنازع القوانين" بالتحليل لنقف أولا على كيفية تطبيق أحكام التنازع بتحديد المفاهيم الأولية لتنازع القوانين، والوسائل الفنية لحل مشكلات التنازع بين القوانين.

وقبل ذلك يجب معرفة قواعد تنازع القوانين المقررة في القانون الجزائري سواء تلك الواردة في القانون المدني ضمن الأحكام العامة لأثار القوانين وتطبيقها المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول للقانون المدني الجزائري أو تلك المدرجة في قوانين خاصة كقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الحالة المدنية.

فقد وردت أحكام تنازع القوانين ضمن المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني، على أنه يجب الوقوف على الأحكام الخاصة بكيفية تطبيق قواعد التنازع من خلال المواد من 21 إلى 24 من نفس القانون، كما وردت أحكام أخرى متفرقة من قانون الحالة المدنية وخاصة المواد 71 و96 و97 من القانون رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم ب الأمر رقم 14-08 المؤرخ في 09/08/2014.

كما عرفت قواعد تنازع القوانين تعديلا بموجب القانون 05-10 الذي عدل وتمم الأمر رقم 75-58، والظاهر أن هذا التعديل جزء من خطة استراتيجية شاملة هدفها إعادة النظر في القانون المدني الجزائري برمته وإدخال إصلاح جذري عليه بما يكفل التكفل والرد على كل الانشغالات الفقهية والقضائية في الجزائر، لاسيما النقائص التي كانت تشوب نصوص قواعد التنازع وكذا إدراج أحكام جديدة اقتضتها ضرورة اتساق النصوص القانونية مع تعهدات الدولة الجزائرية، وكذا الظروف الراهنة لتطور الدولة الجزائرية وخاصة في ظل الانفتاح على التجارة الخارجية وانتهاج أسلوب الاقتصاد الحر يعني القبول بالقانون الاتفاقي الدولي في مجالات الأحوال الشخصية والعينية وخاصة في مجال الاستثمار والتحكيم الدوليين.

الباب الأول: تنازع القوانين

الفصل الأول: موضوع القانون الدولي الخاص

المبحث الأول: نشأة القانون الدولي الخاص

المبحث الثاني: المسائل التي تكون موضوع القانون الدولي الخاص

الفصل الثاني: ماهية القانون الدولي الخاص

المبحث الأول: مصادر القانون الدولي الخاص

المبحث الثاني: طبيعة القانون الدولي الخاص

المبحث الثالث: تعريف القانون الدولي الخاص

الفصل الثالث: الوسائل الفنية لحل تنازع القوانين

المبحث الأول: قواعد الاستاد

المبحث الثاني: نظرية التكييف

المبحث الثالث: نظرية الإحالة

الفصل الرابع: تطبيقات قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية

المبحث الثالث: أساس وموانع تطبيق القانون الأجنبي

الفصل الأول

موضوع القانون الدولي الخاص

قبل اعتماد أي من التسميتين أو صياغة تعريف محدد لهذا النوع من القواعد القانونية، حق علينا أن نبين تاريخ نشوء هذا الفرع من فروع القانون في (المبحث الأول) ثم بيان المسائل التي تكون موضوع القانون الدولي الخاص في (المبحث الثاني)

المبحث الأول

نشأة القانون الدولي الخاص

المطلب الأول: في القوانين القديمة:

الفرع 1: الفقه القديم: (لا محل لتنازع القوانين): لم تكن المجتمعات القديمة تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية، فهو يصلح موضوعا للحق لا صاحبا له؛ فلا يستطيع أن يتزوج أو أن يملك مالا أو أن يطلب لدى القضاء تعويضا عن ضرر لحقه، هو والرقيق على السواء.

ولما بدأت الجماعات تتصل ببعضها، أملى الواقع شيء آخر بفعل تجاور المدن والشعوب الذي كان يفرض التعامل مع الأجانب، فظهر نظامان خفيا من إهدار الشخصية القانونية للأجنبي وهما: نظام الحماية أو الضيافة (*Institution du patronage ou de l'hospitalité*)، ونظام المعاهدات. وبمقتضى النظام الأول، يوضع الأجنبي تحت حماية ورعاية مواطن يسمى "المضيف" وذلك يؤهله للدخول في علاقات قانونية مع المواطنين. أما نظام المعاهدات فكان يخول لكل جماعة أن تمنح لأفراد الجماعة المجاورة بعض الحقوق الخاصة على سبيل التبادل جراء إبرام معاهدات بين الطرفين. وقد يسر عقد هذه المعاهدات في اليونان وحدة اللغة والمدنية المشتركة؛ وعند العبريين سيادة الشريعة الموسوية في مملكتي إسرائيل ويهوذا. وتفرق أحكام الشريعة الإسلامية بين الذمي والمستأمن، فالأول يقيم في دار الإسلام بصفة مستمرة وهو كالمواطنين المسلمين ويتمتع بكافة حقوقه؛ أما المستأمن هو الذي جاء من دار الحرب ودخل دار الإسلام بمقتضى عقد أمان ليقيم فيها مدة معينة قابلة للتجديد، فهو يعتبر بحق أجنبيا.

الفرع 2: فقه الأحوال الإيطالي القديم: (مبدأ إقليمية القوانين): إثر امتداد الفتح الروماني وبعدهما أخضعت روما الشعوب المجاورة لحكمها وانضوى تحت لوائها كثير من الأجانب، كان لا بد من نشوء علاقات تجارية بين الرومان والأجانب داخل الإمبراطورية الرومانية؛ وكان لا بد من وجود قانون يحكم العلاقات التي يكون الأجانب طرفا فيها. (أي العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي).

فكان تطبيق القانون الروماني (*Jus Civile*) في الإمبراطورية الرومانية القديمة يقتصر على العلاقات الناشئة بين الوطنيين، أما الأجانب فكانوا يخضعون لقواعد موضوعية أخرى تعرف باسم قانون الشعوب (*Jus Gentium*) وهي قواعد مستمدة من مبادئ العدالة لتسري على علاقاتهم لا سيما التجارية منها سواء بين بعضهم البعض أو بينهم وبين الوطنيين.

وبالنظر إلى تنوع العلاقات القانونية من حيث أشخاصها: علاقات فيما بين الرومان، وعلاقات فيما بين الأجانب وعلاقات بين الرومان والأجانب؛ ظهرت بوادر التنازع بين القوانين في روما، لا سيما بين القانون المدني وقانون الشعوب؛ لكنه كان تنازعا داخليا أي بين قوانين صادرة من سلطة واحدة لا بين قوانين دولية. وكان من المتصور أن تثار لدى القضاء مشكلة القانون الواجب التطبيق، وضرورة وجود قواعد لحلها، إلا أن فقهاء القانون الروماني لم يهتموا بذلك بسبب شمول صفة الوطنية للأجانب بعد صدور قانون كارا كلا سنة 212، واتساع مجال قانون الشعوب ليشمل كافة علاقات الافراد داخل الإمبراطورية الرومانية. فهو قانون إقليمي زالت معه كل الدوافع لقيام التنازع فيما بين القوانين داخل الإمبراطورية، خاصة أن هذه الأخيرة لم تكن تعترف بنشوء علاقات مع الشعوب المتبريرة.

المطلب الثاني: في القرون الوسطى: يمكن تقسيمها إلى عهدين:

الفرع 1: عهد الممالك: (مبدأ شخصية القوانين): في القرن الخامس الميلادي حين غزا البرابرة الإمبراطورية الرومانية، تفتت هذه الأخيرة وانقسمت إلى ممالك يحكم كل منها ملك مستقل، وأصبح بكل مملكة رعايا من أصل روماني وأجانب من البربر جلبوا معهم قوانينهم واستبقوها لتحكمهم دون أهل البلاد المغزوة؛ ليس على اعتبار أن لهؤلاء الحق في أن تسري عليهم قوانينهم الوطنية، بل على اعتبار أنهم في نظر الغزاة أجانب أي أعداء أو رقيق لا يمكنهم التمتع بقوانين الفاتحين فيظلون محكومين بقوانينهم الأصلية.

فبسبب هذا التعدد برز تنازع القوانين من جديد، ولزم معه معرفة القانون الذي يحكم العلاقة، وهكذا ظهرت مسألة شخصية القوانين التي تقتضي أن تكون القوانين شخصية لا تسري إلا على طائفة معينة من السكان ولا تطبق على كل القاطنين بالإقليم.

الفرع 2: العهد الاقطاعي: (مبدأ إقليمية القوانين): لم يستمر التنازع طويلا بعد اندماج البربر تدريجيا مع الرومان سواء بطريق الزواج أو بنسيان قوانينهم الأصلية، ومع مجيء القرن العاشر الميلادي

حتى تلاشت الفروق بين البربر والرومان وتوحدت النظم القانونية وانضوى الكل تحت سلطان القانون الروماني مع ترك مكان ضئيل للعرف الجرمانى.

لكن مع بداية العهد الاقطاعى لا سيما في فرنسا أخذت دعائم الاقطاع تتأصل وتقوى، وصار لكل إقطاعية قانون لا يتجاوز سلطانه حدودها؛ فأصبح القانون يطبق في كل إقطاعية على جميع سكان الإقليم بصرف النظر عن اختلافهم في الأصل أو في الدين. وأدى تعدد الامارات الصغيرة في هذا العهد إلى استقلال كل أمير بحكم إقطاعية تمام الاستقلال وعزلها عن الاقطاعيات الأخرى، وهو ما ترتب عليه غياب تنازع القوانين لعدم وجود علاقات بين سكان الاقطاعيات المختلفة وضالة التبادل التجارى، وانحصار الثروة في العقارات الثابتة دون المنقولات التي اعتبرت ثروة تافهة والتي تنتقل عادة فيترتب على انتقالها نشوء مشكلة تنازع القوانين. واعتبر الأجنبي خارج دائرة القانون فلا يحميه إلا إذا أقر ولائه وخضوعه لأمير الاقطاعية في ظرف سنة ويوم على الأكثر من تاريخ وصوله.

إذا حل محل شخصية القوانين مبدأ إقليمية القوانين والإقليمية هنا مطلقة، فلا مجال لتنازع القوانين ولا مجال لنشوء قواعد حل هذا التنازع؛ ما دام الأجنبي لا شخصية قانونية له ولا يُعترف بقانونه ولا يستفيد من قانون الإقليم إلا إذا أقر بالتبعية لسيد الاقطاعية.

أما في إيطاليا التي لم تستقل فيها الاقطاعية كما استقلت في فرنسا، فالوحدات الإقليمية التي كانت تضمها هي المدن في شكل جمهوريات متلاصقة قريب بعضها من البعض، يرتكز اقتصادها أساسا على التبادل التجارى، ويحكمها قانون عام هو قانون الشعوب تشمل سيادته الإمبراطورية الرومانية؛ مع تعدد التشريعات الإقليمية بحسب المدن نتيجة زيادة نشاط المعاملات فيما بينها، فكانت كل مدينة تتخذ نظاما متميزا للأحوال الشخصية الخاصة بسكانها كان يطلق عليه مصطلح "الأحوال" (*Statuta*). وازدادت العلاقات بين مواطني المدينة ومواطني المدن الأخرى، وهكذا ظهرت في إيطاليا مسألة تنازع القوانين فيما بين الأحوال لمختلف المدن أي فيما بين قوانينها وليس تنازعا بين قوانين دولية. مما دفع الفقهاء الايطاليون إلى التساؤل عن أي قانون يخضع له الفرد في هذه الحالات، هل هو قانون بلده أم قانون البلد الذي يحل فيه؟ وتعتبر هذه الجهود الفقهية أول خطوة واضحة المعالم في دراسة تنازع القوانين.

المطلب الثالث: في العصر الحديث: نشطت حركة فقه القانون الدولي الخاص في إيطاليا وامتدت إلى فرنسا التي استردت فيها الملكية نفوذها، وبرزت الديانة المسيحية بتعاليمها الانسانية ونفوذ

الكنيسة التي تعمل على احترام الأجنبي وإزالة التفرقة بينه وبين الوطني. ومع تطور العلاقات فيما بين المقاطعات المختلفة صاحب ذلك البحث عن أي قانون يخضع له الأجنبي بعدما أعترف له بالشخصية القانونية؛ وبدأت في الميدان القانوني الفرنسي ظاهرة تنازع القوانين لمختلف المقاطعات، وهو تنازع محلي أخذ الفقهاء يتلمسون الحلول له. وقد برز من أولئك الفقيهان دارجنترية ودي مولان خلال القرن 16 وكان لهما أثر كبير في تطوير نظرية تنازع القوانين.

الفرع 1: تنازع القوانين في هولندا: امتدت الحركة من فرنسا إلى هولندا بعد قيام النهضة في المدن الهولندية شملت الحياة الاقتصادية وزيادة النشاط التجاري فيما بين هذه المدن. وظهر في الميدان القانوني التنازع فيما بين القوانين المحلية، وتصدى الفقهاء لدراسته وصياغة حلوله متأثرين بنظريات دارجنترية التي لقيت رواجاً في هولندا أكثر من فرنسا.

وبرز من الهولنديين الأستاذ (Paul Voet) وولده (Jean Voet) والفقير (Hubert) الذي استعمل لأول مرة اصطلاح "تنازع القوانين" (*Conflits de lois*). كما ظهر تنازع القوانين الدولي، واهتم الفقهاء بهذا النوع الجديد من التنازع نتيجة زيادة نشاط الهولنديين التجاري وامتداده إلى خارج الإقليم؛ فابتكروا فكرة "المعاملة الدولية" كأساس لتطبيق القانون الأجنبي.

وقد تأثر الفقه الأنجلو أمريكي بالفقه الهولندي، وظهر في أمريكا الأستاذ (Story) الذي أخرج سنة 1834 مؤلفاً في تنازع القوانين يتجلى فيه التأثير بفكر الفقير الهولندي "هوبر" ويستعمل فيه لأول مرة اصطلاح "القانون الدولي الخاص".

الفرع 2: تنازع القوانين في فرنسا: خلال القرن الثامن عشر نشط الفقهاء الفرنسيون نشاطاً موفوراً في حل قواعد تنازع القوانين لا سيما على المستوى المحلي، إلى أن قامت الثورة الفرنسية وبدأت حركة التقنين تظهر بداية في وضع القانون المدني الفرنسي سنة 1804 الذي نص في مادته الثالثة على تنازع القوانين؛ فاحتل بذلك القانون الدولي الخاص لأول مرة مكانة في القوانين الوضعية بعد أن كان مجرد نظريات فقهية. ثم أخذت التشريعات المدنية في مختلف الدول تحذو حذوه ليصبح القانون الدولي الخاص حقيقة واقعية. فصار القرن التاسع عشر عامراً بالتشريع في تنازع القوانين ومركز الأجانب وأحكام الجنسية التي كانت وليدة الثورة الفرنسية؛ ونشط بالمقابل القضاء الوطني في إخراج النصوص وصياغة المبادئ خاصة في ظل اتساع العلاقات الخاصة الدولية، أي العلاقات فيما بين أفراد من دول مختلفة تبعا لتقدم المواصلات وتطور الحياة الاقتصادية.

المبحث الثاني

المسائل التي تكون موضوع القانون الدولي الخاص

إذا كان التعريف المبدئي للقانون الدولي الخاص هو: "مجموعة القواعد التي تحكم أشخاص القانون الخاص في علاقاتهم الدولية" هناك ثلاث مسائل يمكن عدّها موضوعاً للقانون الدولي الخاص وهي: توزيع الأفراد توزيعاً دولياً بين مختلف دول العالم، وبيان مدى ما يتمتعون به من الحقوق، ثم بيان كيفية استعمال هذه الحقوق وحمايتها.

المطلب الأول: توزيع الأفراد توزيعاً دولياً: تقتضي الحياة القانونية الدولية للأفراد معرفة كيفية توزيع هؤلاء توزيعاً دولياً بين مختلف دول العالم، حيث يتم هذا التوزيع وفقاً لعاملين هما: الجنسية والموطن.

الفرع 1: الجنسية: الجنسية هي رابطة قانونية سياسية وروحية تربط الشخص بدولة معينة، فهي رابطة قانونية، لأن الدولة وحدها لها الحق في إعطاء الجنسية وتحديد شروط اكتسابها أو فقدانها، والذي يتم بموجب القانون، وتحدد الحقوق والالتزامات المترتبة عليها، وهي رابطة سياسية، لأن مبناها سيطرة الدولة وسيادتها في الحياة الدولية تمنحها لمن تشاء وتبخل بها على من تشاء. كما أنها أداة لتوزيع الأفراد جغرافياً بين الدول، وعلى أساسها يكون الفرد وطنياً أم أجنبياً. وهي رابطة روحية كونها ليست علاقة مادية تستلزم وجود الشخص داخل الوطن، فهي ليست برابطة إقليمية أو مادية؛ وإنما توجد هذه الرابطة حتى لو كان مقيماً خارج البلد لأنها تمثل الانتماء والتي نعني بها تحديد تبعية الفرد السياسية لدولة معينة، وهي موضوع بحثنا فالعلاقة أو المشكلة ذات الطابع الدولي يمكن أن تكون بهذه الصفة متى كان أحد أطرافها متمتعاً بجنسية دولة أجنبية.

وللجنسية أهمية بالغة بالنسبة للأفراد والدول، لأن الوطني وحده يتمتع بالامتيازات دون الأجنبي، كما أنه بموجبها يتم التوزيع الجغرافي للأفراد في غالبية الدول عن طريق الجنسية، كما تعتبر الجنسية مقدمة ضرورية في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقاضي، وكذلك تحديد الاختصاص القضائي.

وبالنظر إلى أهمية الجنسية بالنسبة للفرد والدولة المانحة، فهي تقوم على ثلاثة أركان، هي:

- **الدولة:** الدولة وحدها لها الحق في منح الجنسية ولا يثبت هذا الحق إلا للدولة حتى لو كانت

ناقصة السيادة.

- **الشخص:** لكل شخص أهلية التمتع بالجنسية، سواء كان الشخص طبيعياً أو معنوياً.
- **الرابطة السياسية والقانونية:** وهذه تتمثل بالولادة والإقامة وترتيب الحقوق والالتزامات المتبادلة والشعور بالانتماء، تجعل من يحملها يسمى وطنياً.

الفرع 2: الموطن: يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الصلة التي تربط الشخص بمكان معين، بحيث يقال إن هذا الشخص قد اتخذ هذا المكان موطناً له يقيم فيه بصفة مستمرة، وتتركز مصالحه فيه. فالعبرة هنا باتصال الفرد بإقليم الدولة واستقراره عليه واتخاذ منه مركزاً لمصالحه؛ فالصلة هنا إقليمية ومادية.

ويعتبر الموطن من موضوعات القانون الدولي الخاص للصلة الوثيقة بينه وبين الجنسية وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص والمركز القانوني للأجانب في الدولة؛ إذ بتحديد جنسية وموطن الأجنبي ومركزه القانوني في الدولة، يمكن التوصل إلى معرفة القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في رؤية دعوى مشوبة بعنصر أجنبي يكون طرفاً فيها، فيعطي الاختصاص التشريعي أو الاختصاص القضائي فيها لقانون الموطن أو لقانون الجنسية حسب الحالة.

تبدو أهمية الموطن واضحة في القانون الواجب التطبيق؛ إذ يعطي الاختصاص التشريعي فيها أحياناً لقانون الموطن، وعلى ذلك نصت المادة 18 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري: "يطبق على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين".

المطلب الثاني: التمتع بالحقوق أو مركز الأجانب:

يعني التمتع بالحقوق صلاحية الفرد لأن يكون صاحب حق، وهي مسألة تسبق مسألة استعمال الحق. فالنسبة لكل حق يُجرى التساؤل: هل للفرد أن يتمتع بهذا الحق أم لا؟ فإن كان الجواب بالإيجاب حل السؤال الثاني: كيف يستعمل هذا الحق؟

الوطني هم من يتمتع بجنسية الدولة، أما الأجنبي هو من لا يتمتع بالجنسية الوطنية لدولة من الدول، وقد يكون متوطناً بها أو غير متوطن. فهل يعتبر الفرد على سواء في جميع الحالات من حيث صلاحيته لأن يكون صاحب حق؟

هذا هو البحث الذي اعتاد الشراح أن يطلقوا عليه حالة الأجانب أو مركز الأجانب؛ وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب والالتزامات التي يلتزمون بها في الدولة، سواء من حيث الحد الأدنى المقرر لهم أو من حيث دخولهم وإقامتهم وخروجهم من إقليمها، وهذه المشكلة لا يمكن أن تنشأ إلا إذا تم الاعتراف للأجنبي ببعض الحقوق في الدولة

التي ثار فيها النزاع؛ إذ لا يستطيع الأجنبي أن يتمتع بحق من الحقوق أو يمارسه إلا إذا أعترف له بذلك بموجب القانون.

ولهذا فنشاطه القانوني يأتي بعد تحديد مركزه القانوني، وهذا من اختصاص القانون الداخلي للدولة التي يراد تحديد مركز الأجنبي فيها، والمثال على ذلك أنه لا يمكن إثارة مشكلة تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في فلسطين حول ملكية عقار إذا كان أحد أطراف النزاع الأجنبي لا يتمتع بحق التملك في فلسطين.

المطلب الثالث: استعمال الحقوق وحمايتها: بعد توزيع الأفراد توزيعاً دولياً وبيان ما يتمتع به الفرد من حقوق في الحياة الدولية؛ تواجهنا مسألة أخرى وهي وفقاً لقانون أية دولة يحصل استعمال الحق، ولدى قضاء أية دولة يطلب اقتضاؤه أو حمايته.

الفرع 1: قانون أية دولة يحكم استعمال الحق (تنازع القوانين):

ونعني بذلك مشكلة تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي وخاصة إذا كانت العلاقة القانونية ذات عناصر تخضع لأكثر من دولة، فتثور هنا منازعة قانونية حول القانون الذي يحكم هذه العلاقة، ومثال ذلك كأن يتزوج جزائري من إيطالية في فرنسا، ويتمك عقارا في هولندا وحدث خلاف بين الزوجين أدى إلى فك الرابطة الزوجية وتقسيم الأموال المشتركة بينهما. فأى من القوانين يحكم هذه العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي في كافة عناصرها؟

إن الإجابة على هذا التساؤل هو ما أطلق عليه اصطلاح "تنازع القوانين"، والمقصود ليس هو المناضلة بل المفاضلة بين القوانين التي يجريها المشرع الوطني المعروض عليه النزاع من أجل اختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية التي تتحقق فيها شروط التنازع.

شروط تنازع القوانين:

يتحقق التنازع بين القوانين إذا ما اشتملت العلاقة القانونية على العنصر الأجنبي، وهو ما يثير إمكانية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على هذه العلاقة، غير أن هذا التطبيق لا يكون بصفة مباشرة، بل بعد إعمال قاعدة التنازع الوطنية التي ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة إذا ما تحققت فيها جملة من الشروط:

أولاً: أن تكون العلاقة القانونية مشتملة على عنصر أجنبي: عرف سافيني العلاقة القانونية بأنها: "العلاقة بين شخص وآخر والتي تحكمها قاعدة قانونية". فللعلاقة القانونية ثلاثة عناصر:

(أ) أشخاص العلاقة: هم أطرافها صاحب الحق والملتمز بالحق، دائن ومدين، متسبب في الضرر والمضروب، وقد يكون أطراف العلاقة متحدين جنسيةً وموطناً، أو مختلفان وهنا تثار مسألة تنازع القوانين، كأن يتزوج جزائري بفرنسية على إقليم أجنبي.

(ب) موضوع العلاقة: هو الالتزام أياً كان، عملاً أو امتناعاً أو نقل حق عيني. أي المحل الذي ينصب عليه التصرف أو تقع عليه الواقعة القانونية، مثال نزاع بين شخص جزائري وشخص تونسي حول قطعة أرض موجودة في سوريا.

(ت) السبب: هو الواقعة القانونية التي تولد الحق، سواء كانت واقعة مادية أم عملاً قانونياً أم نصاً في القانون. أي هو المصدر المنشأ للعلاقة، واقعة مادية كالفعل الضار الذي يصبح سبباً لتعويض المضرور والوفاء التي تشكل سبباً لمصدر الحق في الميراث؛ أو واقعة طبيعية (الولادة أو الوفاة) أو عملاً قانونياً وهي التصرفات بإرادة منفردة (هبه بعوض) أو التصرفات القانونية كإبرام العقود، أم نصاً في القانون (الولاية).

فإذا تجمعت عناصر العلاقة القانونية داخل حدود الدولة، اعتبرت علاقة وطنية يحكمها القانون الداخلي، كأن يتم بيع بين وطنيين على عقار موجود في الجزائر. أما إذا وقع عنصر من العناصر الثلاثة خارج حدود الدولة أو وقعت جميعها في الجزائر وكان أحد أشخاص العلاقة على الأقل أجنبياً، أصبحت العلاقة أجنبية وتنازعت في حكمها القوانين، وتكفلت قواعد تنازع القوانين ببيان القانون الواجب التطبيق لحكم المسألة. مثال ذلك: أن يتعاقد وطنيان مقيمان في إنجلترا على بيع مال موجود في الجزائر. هنا يقع أشخاص العلاقة والسبب الذي أنتجها تحت السيادة الإقليمية للقانون الإنجليزي، في حين أن محل العلاقة وهو المال يقع تحت السيادة الإقليمية للقانون الوطني؛ كما أن أشخاص العلاقة يخضعان بحكم جنسيتهما المشتركة للقانون الوطني. فهل يحكم هذه العلاقة القانون الإنجليزي باعتباره القانون الذي نشأ في ظله سبب العلاقة، أم القانون الوطني باعتباره قانون جنسية المتعاقدين أو قانون موقع المال موضوع العلاقة؟

ثانياً: أن تكون العلاقة الأجنبية من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص:

لا خلاف في أن كافة العلاقات التي يحكمها القانون الخاص والمشملة على عنصر أجنبي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص ليعين القانون الذي يحكمها، لذلك يجب أن يكون التنازع فيما بين القوانين المدنية والتجارية والشركات وقوانين الأحوال الشخصية، لأن التنازع في الأصل لا يرد على علاقات القانون العام لارتباطها مباشرة بمصلحة الدولة وبروز فكرة السيادة وتشبث الدولة بها. والواضح أن الدولة عندما تقسح المجال لتطبيق قانون أجنبي على علاقة معينة؛ فهي تتخلى عن جزء من سيادة قانونها بالنسبة لهذه العلاقة، لكن هذا التخلي لا يهدر هذه السيادة بقدر ما يحدث فيما لو سمحت بتطبيق قانون جنائي أو مالي أو إداري أجنبي. والفارق بين الحالتين هو أن علاقات القانون الخاص ولو انها تتعلق بالسيادة بطرق غير مباشرة، إلا أنها تتعلق أولاً وقبل كل شيء بالأفراد. اما علاقات القانون العام فتتعلق مباشرة بالدولة والسيادة.

ثالثاً: أن يكون التنازع فيما بين قوانين دول:

يشترط البعض أن يكون التنازع بين قانون دولة وقانون دولة أخرى في العائلة الدولية، أي التنازع بين السيادة في ميدان القانون الخاص. فحيث تفيض القوانين عن السيادة ويحصل التنازع فيما بينها، تضطلع قواعد القانون الدولي الخاص بفضه. ويترتب على ذلك:

• أن تكون القوانين المتزاحمة صادرة عن دول معترف بها وفقاً لأحكام القانون الدولي، أي لا تنطبق قواعد التنازع على ذلك الحاصل بين قانون دولة وقانون جماعة لا تكون دولة وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، سواء كانت مجرد جماعة تعيش على إقليم أم أمة لم تتوافر فيها عناصر الدولة.

إلا أن هذا التحديد لا ينهي كل صعوبة، فيحدث أحيانا أن يحصل التنازع بين قانون دولة وقانون دولة أخرى غير معترف بها من طرف الأولى، مما يثير مسألة أثر عدم الاعتراف في مسألة تنازع القوانين. يجب التسليم بأن الاعتراف لا يؤثر على تطبيق القانون الأجنبي، والدليل على ذلك هو أن بعض الدول مع أنه غير معترف بها من قبل دول أخرى، إلا أن قوانينها تكون محل تنازع وتطبق في حال ثبوت الاختصاص لها، وإن كان التأثير الوحيد لعدم الاعتراف هو عدم تطبيق الدولة الغير معترفة بدولة القانون المختص بحكم النزاع في مواجهتها، ولكن في المقابل يطبق في دول أخرى ومن قبل قضاة المحاكم فيها. والامثلة كثيرة في الواقع.

• ألا تحكم قواعد تنازع القوانين الداخلي (المحلي) أو غير الدولي، ويكون هذا إما

تنازعا فيما بين قوانين تسري داخل دولة واحدة يختص كل منها بإقليم معين، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية (التعدد الإقليمي)، أو بطائفة معينة من الأشخاص كما هو الحال في سوريا ومصر ولبنان بالنسبة للأحوال الشخصية (التعدد الطائفي).

رابعا: يجب أن يتزاحم على حكم العلاقة القانونية قانونان فأكثر:

مقتضى هذا الشرط هو أن تكون القوانين المتنازعة مختلفة في أحكامها الموضوعية، وأن يكون التنازع بين قانونين فأكثر لدول، بمعنى إذا كانت العلاقة القانونية وطنية في جميع عناصرها مثلا إذا تزوج جزائري بجزائرية في الجزائر يطبق على الزواج شكلا وموضوعا القانون الجزائري لأن العلاقة وطنية محضة، كذلك إذا باع مواطن جزائري عقاره الموجود بوهران إلى شخص موجود في تلمسان وأبرم العقد في البلدة، ثم حصل خلاف بشأن العقار محل البيع ورفع الأمر إلى القضاء الجزائري، فلن تتردد المحكمة المختصة في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الجزائري.

أما إذا كانت العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي فيحدث هنا التنازع بين القوانين المحتملة التطبيق، من ذلك مثلا أن جزائريا تزوج بمغربية في لبنان وتوطنا في فرنسا، ثم ثار خلاف حول النظام المالي لهما وعرض على القضاء الإسباني، فهل يطبق هنا قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة أو قانون موطن الزوجية أو قانون محل إبرام عقد الزواج، أو قانون القاضي أم أن المحكمة تطبق على كل مسألة قانونا معيننا وفقا لما قررته قاعدة الإسناد في دولة القاضي، ففي هذا المثال، نجد أن كل هذه القوانين محتملة التطبيق، فيقع التزاحم والتنازع بينها جميعا، وهنا تدخل قواعد الإسناد في دولة القاضي لتعين القانون المختص من ضمنها يضع حدا للتزاحم والتنازع.

خامسا: أن يكون هناك اختلاف في التشريع بين الدول:

فمتى كانت قوانين الدول التي تتصل بها عناصر العلاقة القانونية متشابهة وموحدة، فإن اختيار أحدها دون غيره لا يؤدي إلا منفعة نظرية، أما عمليا فإن الحكم سيكون ذاته سواء أعطى الاختصاص إلى قانون دولة ما أم لقانون دولة أخرى، وما دام الحكم واحدا، فليس هناك من جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع، فعلى سبيل المثال، لو تبنت الدول أحكاما موحدة في الأحوال الشخصية فسيخضع زواج وطلاق ونسب كل شخص من تلك الدول إلى القواعد نفسها وعندها لن يكون هناك فرق إن طبق قانون جنسية الزوج أو طبق قانون جنسية الزوجة التي هي من جنسية أخرى.

وحيث يكون اختلاف القوانين عنصرا أساسا 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، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التسامح والتهاون في قبول تطبيق القانون الأجنبي المتضمن لأفكار تختلف اختلافا جوهريا عن المبادئ والأسس التي تقوم عليها قوانينها، وبناء على ذلك، فإن قواعد تنازع القوانين في الدول الأوروبية مع أنها توجب الأخذ بقانون الجنسية في الأحوال الشخصية، إلا أن المحاكم هناك تستجيب لمسلم إذا أراد أن يعقد زواجا ثاني أو ثالث حسب ما يجيزه قانونه الشخصي والمستمد من الشريعة الإسلامية، ذلك لأن نظام تعدد الزوجات ممنوع ومخالف للنظام العام بموجب تلك القوانين. وبناءً على ذلك، فإن المحكمة قد حكمت بتثبيت ملكية الشركة للسفن الراسية في المياه الفرنسية، ولم تأخذ بقواعد تنازع القوانين في القانون الفرنسي القاضية بأن الأموال غير المنقولة تخضع لقانون محل وجودها، وبما أن السفن تعتبر مالا غير منقول يلحق بالدولة العائدة لها؛ وهي هنا روسيا، فإن القانون الروسي يطبق عليها، وحيث أن هذا القانون قد ألغى الملكية الفردية وملكها للدولة، فقد كان يلزم تبعا لذلك الحكم بملكية الدولة السوفياتية للسفن، إلا أن المحاكم الفرنسية رفضت إسناد الاختصاص للقانون الروسي وفضلت العمل بقانونها الوطني، ولم تسمح للقانون الأجنبي بأن ينافس قانونها.

الفرع 2: قضاء أية دولة يطلب منها اقتضاء الحق وحمايته:

أولا: تنازع الاختصاص القضائي الدولي: ونعني بذلك تحديد المحكمة المختصة دولياً للنظر في منازعات الأفراد التي تنشأ بصددها هل هي المحكمة الوطنية أم المحكمة الأجنبية، وهذا التنازع يثار عندما تشتمل العلاقة الخاصة على عنصر أجنبي أي عندما تكون العلاقة دولية، على القاضي الوطني أن يتأكد من عقد الاختصاص لمحاكمه، وإذا نازعته فيه محاكم دولة أخرى فض هذا التنازع بقواعد تسمى "قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي". وإذا ما ثبت له الاختصاص انتقل إلى النقطة الثانية وهي تطبيق قواعد تنازع القوانين؛ أما إذا ثبت له عدم الاختصاص حكم بعدم الاختصاص وإلا كان حكمه في الدعوى محلا للنقض.

وعليه تعتبر مسألة الاختصاص القضائي مسألة أولية، يتكفل المشرع الوطني ببيان اختصاص محاكمه من الوجهة الدولية دون المحاكم الأجنبية؛ فكافة قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم هي دائما قواعد أحادية تحدد فقط متى تختص المحاكم الوطنية وهو ما يتضح من خلال الاطلاع على المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي في التشريع الجزائري. بخلاف قواعد تنازع القوانين، حيث يبين المشرع مجال

تطبيق القانون الوطني وأحوال تطبيق القانون الأجنبي.

ثانياً: تنفيذ الأحكام الأجنبية: قد يستصدر صاحب المصلحة حكماً من محكمة أجنبية مختصة ويريد التمسك بآثاره في بلد غير بلد المحكمة التي أصدرته، إذ توجد قواعد للفصل في هذه المسألة تلحق بقواعد تنازع الاختصاص القضائي، وهي قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ويقصد بها القواعد القانونية التي تحدد كيفية تنفيذ حكم قضائي صادر من محاكم دولة معينة على إقليم دولة أخرى، أي ضرورة عرض الحكم الأجنبي على القاضي الوطني ليعطي الحكم الأمر بالتنفيذ إذا ما قضت بذلك تلك القواعد. طبقاً لما قرره المادتين (605) و(606) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر.

ويعني وضع الحكم موضع التنفيذ، بحيث يلزم المحكوم عليه قسراً بأداء ما حكم به للمحكوم له في دولة أخرى غير التي أصدرت محكمتها هذا الحكم، وعادة لا تكون الدول ملزمة بقبول تنفيذ الحكم الأجنبي ما لم توجد معاهدة أو اتفاقية دولية بخلاف ذلك، ومن الناحية العملية هذه الدول وضعت شروطاً في قوانينها الداخلية لغرض تنفيذ الأحكام الأجنبية فيها.

ولكل الدول التي تقبل تنفيذ الحكم الأجنبي، (لا تنفذ الحكم دون قيد أو شرط، بل تشترط لذلك توافر عدة شروط بغية تأمين وتمثيل سيادتها في الموضوع، والتأكد من سلامة الإجراءات في إصداره وعدم مخالفته لأحكام قانونها الوطني ونظامها العام

وقد نصت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:

- أن يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي به وفقاً لقانون دولة المحكمة التي أصدرته.
- أن يكون الحكم صادراً من محكمة أجنبية مختصة اختصاصاً عاماً دولياً؛ أي يجب أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم تمثل سيادة دولة أجنبية سواء كانت كاملة أو ناقصة السيادة، وكذلك اختصاصاً داخلياً أي تكون المحكمة مختصة في نظر هذه القضية على وفق القانون الوطني.
- ألا يتعارض مع أمر أو حكم أو قرار، سبق صدوره من جهة قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه.

- ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

ومجمل القول أنه عندما يطرح نزاع على القاضي الجزائري، سينظر أولاً في تخلل عنصر أجنبي في العلاقة، وذلك بالوقوف على جنسية الخصوم وهو في حالة اختلافها، فإنه يعتبر نفسه أمام مسألة تنازع في مجال القانون الدولي الخاص، ثم ينظر بعد ذلك في مدى اختصاص القضاء الجزائري بنظر النزاع، وهذا ما يحيلنا إلى الاختصاص القضائي الدولي، وعندما محاولة الفصل في النزاع تبرز أمامه مشكلة تنازع القوانين وسوف يحاول الوقوف على القانون الواجب التطبيق من القوانين المتنازعة، وهنا تبرز أهمية قواعد التنازع كأحد موضوعات القانون الدولي الخاص في فض النزاع، وإذا فرضنا أن القاضي الجزائري قد فصل في النزاع وحكم بوجوب تنفيذ الحكم وكان مكان التنفيذ في بلد أجنبي، فإن الطرف المعني يلجأ إلى قضاء الدولة الأجنبية لطلب التنفيذ ومن هنا يعتبر تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية هو الآخر من مواضيع القانون الدولي الخاص، حيث يجب اللجوء إلى السلطات القضائية في الدولة الأجنبية بغية الحصول على الصيغة التنفيذية.

وعليه، وفقاً للمراحل التي تمر بها الخصومة، فإن موضوعات القانون الدولي الخاص تتمثل في كل من الجنسية والموطن ومركز الأجانب وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

الفصل الثاني ماهية القانون الدولي الخاص

ظهرت قواعد القانون الدولي الخاص لتنظيم العلاقات الخاصة بالأشخاص ليس على المستوي المحلي أو الإقليمي للدولة فقط بل على المستوي الدولي ككل، وأثير التساؤل حول ماهية هذا الفرع من فروع القانون؛ من هنا وجب علينا الوقوف على مصادر القانون الدولي الخاص (المبحث الأول) ثم محاولة تحديد طبيعة هذا القانون (المبحث الثاني) من أجل الوصول إلى تعريف جامع مانع للقانون الدولي الخاص.

المبحث الأول مصادر القانون الدولي الخاص

قد يقصد بالمصدر الأصل الذي تفيض منه مباشرة القاعدة القانونية الملزمة، وهو المصدر الرسمي (*Source Formelle*) أو المصدر الأمر (*Source Impérative*) وقد يراد به المصدر التعليمي (*Source didactique*) أي المرجع في التعرف على القاعدة القانونية.

وتتعدد وجهات النظر في حصر مصادر القانون الدولي الخاص باختلاف النزعة التي يؤخذ بها هذا الفرع من فروع القانون؛ حيث يأخذ البعض بنزعة وطنية فلا تكون له إلا مصادر وطنية، وقد يُأخذ بنزعة دولية فلا تكون له إلا مصادر دولية. والحقيقة أن للقانون الدولي الخاص مصادر دولية ومصادر وطنية تختلف أولوية الأخذ بمصدر دون الآخر باختلاف موضوعاته المتعددة والمتشعبة. على النحو الذي سنراه:

المطلب الأول: المصادر الرسمية:

الفرع 1: التشريع: هو القانون المكتوب وهو المصدر الرسمي المثالي للقانون وهو مصدر وطني لأنه يفيض من السلطة التشريعية الوطنية. ولم يكن لهذا المصدر أهمية في الماضي، لأن القضاء ظل مدة طويلة يعتمد على جهد الفقهاء في نظرية الأحوال يستقي منه الحلول لما يعرض عليه من مشاكل تنازع القوانين؛ إلى غاية القرن 18 عندما أخذ المشرع في أوروبا لا سيما بعد الثورة الفرنسية وبداية حركية التقنين بسن قواعد تنازع القوانين في مختلف الدول والعمل على إدماجها في التقنين المدني مثل المشرع المصري (في المواد من 10 إلى 28)، المشرع السوري (في المواد من 11 إلى 30)، والمشرع الجزائري (في المواد من 09 إلى 24) من القانون المدني. أو أن يصدر أحكام تنازع القوانين في تشريعات قائمة بذاتها مثلما فعل المشرع التشيكوسلوفاكي في التشريع الخاص بالقانون الدولي الخاص الصادر سنة 1963، والمشرع البولوني في التشريع الخاص بالقانون الدولي الخاص الصادر سنة 1965.

وإذا ما نظرنا إلى التشريع الوطني باعتباره مصدرا للقانون الدولي الخاص الجزائري، نجد أن المشرع قد سن قانونا خاصا بالجنسية بموجب الأمر رقم: 70-86 المعدل بالأمر 05-01 المؤرخ في 2005/02/27. ونص على أحكام تنازع القوانين في التقنين المدني تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان"، وخص بعض النصوص القانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعالجة أحكام تنازع الاختصاص القضائي وكيفية استصدار حكم قضائي يجعل من الحكم الأجنبي ممهورا بالصبغة التنفيذية. أما مركز الأجانب فهو محكوما بالاتفاقيات الدولية.

فالتشريع ليس مصدرا دوليا لقواعد القانون الدولي الخاص، ما دامت لا توجد سلطة مشرعة عليا فوق الدول؛ لأن المعاهدات الدولية ولو كانت جماعية في شكل اتحادات، فهي تعتبر قانونا اتفاقيا لا يلزم إلا المشتركين فيه وليس قانونا دوليا عاما.

الفرع 2: العرف الدولي: هو العادة التي تتأصل إلى حد الالتزام، وهو المصدر الثاني لقواعد

القانون الدولي الخاص تختلف درجة أهميته باختلاف مواضيع هذا القانون، فهي ضعيفة في الجنسية، قليلة في مركز الأجانب وعظيمة في تنازع القوانين؛ مبناه عنصر السيادة، فحيث تزداد

أهمية هذا الأخير تقل أهمية العرف وتزيد أهمية التشريع كما هو الشأن في الجنسية؛ وحيث تقل أهمية عنصر السيادة تبقى للعرف أهمية وإن برز بجانبه التشريع كما هو الشأن في تنازع القوانين. وقد ظلت قواعد تنازع القوانين تفيض من العرف لمدة زمنية طويلة، إلى أن تدخل المشرع الوطني في الكثير من الدول لصياغة جزء كبير من القواعد العرفية في شكل نصوص تشريعية. مما قلل من أهمية العرف وصار التشريع هو مصدرها المباشر. ومن أمثلة قواعد القانون الدولي الخاص التي أنشأها العرف: قاعدة خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه، وقاعدة خضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى. فالعرف مصدر للقانون الدولي الخاص وهو مصدر وطني ساء كان عرفا داخليا أم عرفا دوليا بعدما يتناوله القضاء الوطني بالصقل والضبط فيصبح مصدرا وطنيا، تقل أهميته كلما زاد نشاط المشرع وتقدم لسن قواعد القانون الدولي الخاص، ليصبح مصدرا يلي التشريع في أهميته بعد أن كان أكثر منه أهمية.

الفرع 3: الاتفاقيات الدولية: هناك نوعان من المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، ثنائية تتم بين دولتين وجماعية تتم بين ثلاث دول فأكثر. ولما كانت مسائل القانون الدولي الخاص ذات صبغة دولية أو تثير على الأقل مصالح مختلف الدول؛ كان من الثابت أن تلجأ الدول إلى المعاهدات للاتفاق على تنظيم مختلف مسائل القانون الدولي الخاص، وإن اختلف دورها وقيمتها بالنسبة لكل موضوع. حيث نجد المعاهدات الخاصة المنظمة لمركز الأجانب كثيرة، خاصة معاهدات الإقامة؛ وهناك معاهدات عقدت بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية أخرى خاصة بالجنسية أهمها اتفاقية لاهاي التي عقدت سنة 1930. فيما تقل المعاهدات الخاصة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، حيث يتعلق الأمر بسيادة القانون؛ فلا تتحمل الدولة عبء الارتباط مقدا بقاعدة من قواعد التنازع قد ترى من مصلحتها فيما بعد العدول عنها إلى غيرها.

ولا شك أن كافة أنواع المعاهدات تصلح لأن تمثل مصدرا للقانون الدولي الخاص، سواء أكانت ثنائية مثل الاتفاقيات التي عقدتها الجزائر مع إيطاليا ومع تونس ومع المغرب لتنظيم بعض المسائل. أم جماعية مثل: اتفاقيات لاهاي الخاصة بالأحوال الشخصية لسنتي 1902 و1905 واتحاد برن لحماية الملكية الأدبية والفنية المعدل في روما سنة 1928، واتفاقية جنيف الخاصة بحق المؤلف الصادرة سنة 1952 واتفاقية الإعلانات والانبابة القضائية واتفاقية تنفيذ الأحكام اللتين أقرهما مجلس جامعة الدول العربية سنة 1925.

فالمعاهدات اتفاق يتم بالتراضي وللدول المتعاقدة أن تضمنه ما تشاء بشرط ألا تصل إلى حد الاتفاق على ما يخالف القانون الدولي العام. ويعتبر قانونا لها دون سائر الدول الأخرى؛ فهو نسبي الأثر لأن أحكامه لا تعتبر جزءا من القانون الدولي العام، وإن كان الاتفاق ذاته يخضع لهذا القانون من حيث كفالة احترامه، شأنه في ذلك شأن العقد فيما بين الأفراد فهو قانون المتعاقدين دون غيرهما وإن كان هو ذاته يخضع للقانون. لذلك يطلق الفقه على المعاهدة اصطلاح "القانون الاتفاقي" ولا يعتبرونها مصدرا دوليا بل مصدر دوليا نسبيا. وبالمقابل يرى جانب آخر من الفقه بأن المعاهدة ولو أنها بحكم نشأتها اتفاق دولي، إلا أنها تصبح جزءا من التشريع الداخلي لا تلبث أحكامها أن تتجانس مع أحكامه وتتصف بطابع الوطنية وتصبح مصدرا وطنيا للقانون الدولي الخاص لا مصدرا دوليا.

ولا شك أن للمعاهدة قوة ملزمة على المستوى الدولي والداخلي؛ إذ تتجسد القوة الملزمة الدولية في التزام الدولة بتنفيذ المعاهدة التزاما دوليا بمجرد التصديق عليها -وفقا لما يقتضيه القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي للدولة- يترتب على عدم القيام به تحريك المسؤولية الدولية. أما على المستوى الداخلي فتتجسد في التزام سلطات الدولة والأفراد باحترام المعاهدة والحق في التمسك بتطبيق أحكامها، متى أصبحت نافذة في الداخل بمجرد التصديق عليها لتصبح جزءا من التشريع الداخلي؛ وعلى القاضي تطبيق أحكامها، وإذا أخطأ كان حكمه قابلا للطعن بالنقض.

لكن قد يحدث أن يصدر تشريع داخل الدولة يتعارض مع الاتفاقيات الدولية، فماذا يكون موقف القاضي إزاء هذا التعارض؟

لقد كرس الاجتهاد القضائي الدولي مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي بصفة ثابتة، إما بصورة مباشرة وصريحة أو من خلال تطبيق المبدأ بإقرار مسؤولية الدولة المخلة بالتزاماتها الدولية بحجة وجود قانون داخلي مخالف والحكم بالتعويض في هذه الحالة. واعترفت الدول صراحة وبإرادة حرة بسمو القانون الدولي على قوانينها الداخلية بمقتضى نصوص صريحة وواضحة تضمنتها أدوات دولية اعتمدها برضاها الكامل. وهو ما أقرته الجزائر في أغلب دساتيرها بالنص صراحة على سمو المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، على القانون الداخلي. وتلتزم مختلف الجهات القضائية بتطبيق نصوص المعاهدات الدولية متى تم التمسك بها في القضايا المعروضة عليها في حالتين: الأولى تخص غياب نص في القانون الداخلي الجزائري يتعلق بالقضية المعروضة على المحكمة والثانية تتعلق

بوجود نص قانوني داخلي ينظم المسألة المعروضة عليها لكنه يتعارض مع نص تضمنته معاهدة دولية صادقت عليها الجزائر أو انضمت اليها وصدر مرسوم التصديق في الجريدة الرسمية. وهو ما أكدته المادة 21 من القانون المدني الجزائري على عدم سريان أحكام المواد الخاصة بتنازع القوانين المنصوص عليها في المواد من 10 إلى 22 من ذات القانون إذا تعارضت مع أحكام معاهدة نافذة في الجزائر؛ حيث تسري أحكام هذه الأخيرة دون أحكام مواد تنازع القوانين.

تفسير المعاهدات: يحدث أحيانا أن تكون نصوص المعاهدة غامضة ويحتاج الأمر إلى تفسيرها، فتتولى حكومات الدول الموقعة على المعاهدة تفسيرها عن طريق تبادل الخطابات بين الأطراف المعنية ويكون التفسير ملزما لها كالمعاهدة نفسها.

كما تملك المحاكم الدولية تفسير المعاهدة إذا ما رفع إليها النزاع ويمكن وصف هذا التفسير في الحالتين بالتفسير الدولي للمعاهدة. كما قد يصدر التفسير داخل كل دولة، فلا يلزم الدولة الأخرى. وحيث قررت محكمة النقض الفرنسية سلطة القاضي الوطني في تفسير المعاهدات التي تتعلق بالمصالح الخاصة مثل (المعاهدات التي تنظم مركز الأجانب، والمعاهدات الخاصة بتنازع القوانين أو بتنفيذ الأحكام الأجنبية) دون تلك التي تخضع للقانون الدولي العام مثل (المعاهدات الخاصة بحصانة الممثلين القنصليين...) اختلف جانب كبير حول سلطة القاضي في التفسير، حيث ذهب البعض إلى التفرقة ما بين تطبيق المعاهدة وتفسيرها؛ فهو يطبق أحكام المعاهدة ولكن لا يملك تفسيرها إذا اقتضى الحال ذلك، بل عليه أن يوقف الفصل في الدعوى حتى يستقي التفسير من حكومته. وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال النص في الفقرة الخامسة من المادة 37 من قانون الجنسية رقم 70-86 المعدل بالأمر 05-01: "عندما يقتضي الأمر تفسير الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية بمناسبة نزاع، تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الشؤون الخارجية. وتلتزم المحاكم بهذا التفسير".

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية:

الفرع 1: القضاء الدولي: يستقي القاضي الوطني حال فصله في المنازعات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص حكمه من التشريع والاتفاقيات الدولية والعرف، فدور القاضي بالنسبة للاتفاقيات الدولية والعرف هو تفسيرها وتطبيقها، أما دوره بالنسبة للعرف بالغ الأهمية فهو الذي يصفه ويضبطه ثم يفسره سواء كان عرفا داخليا أم عرفا دوليا. حيث يكسبه الصورة التي تتفق مع حاجة النظام القانوني الداخلي لدولته؛ ولذلك يمكن تصور اختلاف حدود القاعدة الصادرة عن العرف

الدولي من بلد إلى آخر. مثل قاعدة خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه التي يختلف تطبيقها من تشريع إلى تشريع من حيث قوة إلزام هذه القاعدة أهي اختيارية أم إجبارية ومن حيث ما يعد من الشكل وما لا يعد منه.

أما إذا لم يجد القاضي المعروض عليه النزاع حكما في التشريع والاتفاقيات الدولية والعرف، تعين عليه أن يحكم طبقا للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص بغية تحقيق العدالة. فالقضاء الوطني يشكل إذا مصدرا وطنيا من مصادر القانون الدولي الخاص، لكن تختلف قيمته باختلاف الأنظمة القانونية. إذ يعتبر مصدرا رسميا للقانون في الدول الأنجلوساكسونية التي تجعل للسابقة القضائية قوة القانون كإنجلترا، ومصدرا تفسيريا في الدول اللاتينية.

ويوجد بجانب القضاء الوطني القضاء الدولي أي أحكام المحاكم الدولية التي تولت الفصل في بعض مسائل القانون الدولي الخاص وأصدرت أحكاما هامة في مسألة الجنسية ومركز الأجانب وأخرى خاصة بتنازع القوانين. فليس ثمة ما يمنع القاضي الوطني من الرجوع إلى أحكام المحاكم الدولية وأحكام المحاكم الأجنبية ليس باعتبارها مصدرا رسميا للقانون بل باعتباره مصدر غير مباشر يتعرف من خلاله على "مبادئ القانون الدولي الخاص"، لا يلجأ القاضي إليها إلا حيث لا يجد نصا في التشريع أو الاتفاقيات الدولية أو العرف.

الفرع 2: الفقه الدولي: يقصد به مجهود الفقهاء المضمن في المؤلفات العامة والخاصة والدوريات والمجلات التي تصدر بصفة دورية في مجال القانون الدولي الخاص الذي برز قديما قبل الثورة الفرنسية وبداية حركة التقنين. حيث يرجع الفضل إلى المدرسة الايطالية القديمة والحديثة في سن العديد من الاحكام الخاصة بتنازع القوانين، ثم نشط الفقهاء الفرنسيين في صياغة قواعد مهمة جدا امتدت أثارها إلى هولندا على يد فقهاء بارزين بذلوا جهدا شاقا بغية التحليل أو التلخيص وتخرج الحلول. ولما امتدت يد المشرع إلى البعض من مسائل القانون الدولي الخاص استقى الكثير مما خلفه الفقه من الأفكار والحلول؛ فاعتبر بذلك مصدر تعليمي أو تفسيري للقانون الدولي الخاص.

يتضح مما سبق، أن مصادر القانون الدولي الخاص الرسمية هي التشريع والعرف والاتفاقيات الدولية، المصدران الاولان وطنيان والثالث إن لم يكن وطنيا بحتا فدوليته نسبية؛ أما القضاء والفقه فهما مصدران تفسيريان أو تعليميان لا يلجأ اليهما القاضي إلا حيث لا يجد حكما في المصادر الأخرى.

المبحث الثاني طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص

يتميز القانون الدولي الخاص بحدائثة عهده، وقد نشأت قواعده بسبب تشابك العلاقات بين أفراد الدول، واستقرار كثير من الأجانب في دولة ما وظهور العلاقات التي تتميز بعنصر أجنبي فيها سواء كان طرفا في الرابطة أو كان محل نشوئها أو كان محل تنفيذها أو كان موضوعها فإذا كانت الرابطة القانونية وطنية بعناصرها طبق على النزاع بشأنها القانون الوطني، أما إذا شاب الرابطة عنصر أجنبي، فإن قواعد القانون الدولي الخاص هي التي تتولى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق لحسمه، فإذا تحدد القانون الواجب التطبيق وطنيا كان أم أجنبيا طبقته المحكمة.

وبالنظر إلى ما سبق ثار التساؤل حول طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص؛ أي ضمن أي فرع من فروع القانون يصنف فهل هو ينتمي إلى القانون الدولي أم هو قانون داخلي، وإذا كان داخليا فهل هو فرع من فروع القانون العام أم هو من فروع القانون الخاص؟ وهل قواعده موضوعية أم عبارة عن قواعد إسناد أم مزيجا من الاثنين؟

يكمّن سبب التساؤل المطروح في أن مصادر القانون الدولي الخاص منها ما هو داخلي ومنها ما هو دولي، صف إلى ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص بمختلف مواضيعه لا يجمعها تقنين واحد بل هي متفرقة على التقنين المدني وقانون الإجراءات المدنية وقانون الجنسية بالإضافة إلى النصوص والاتفاقيات المنظمة لمركز الأجانب هذا الوضع أثار نوعا من اللبس حول طبيعة قواعده؛ إذ انقسم الفقه في تكييف طبيعته على النحو التالي:

المطلب الأول: الاختلاف حول الطبيعة الدولية أو الوطنية للقانون الدولي الخاص

ذهب بعض الفقهاء من ذوي النزعة العالمية أو الدولية إلى القول أن القانون الدولي الخاص هو قانون دولي استنادا لأن العلاقات التي ينظمها تنشأ في المجال الدولي، فقواعده تنظم العلاقات المشتمة على عنصر أجنبي، وبالتالي لم توضع لحكم علاقة وطنية محضة هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن الدولة حينما تضع قواعد التنازع أو قواعد الجنسية أو مركز الأجانب أو غيرها، تراعي مصالحها ومصالح باقي الدول، فلا يمكنها مثلا أن تضع قواعد تحرم من خلالها الأجانب من كل الحقوق وإلا تعرض رعاياهم بدورهم إلى ذات الوضع على أساس المعاملة بالمثل، ونفس الملاحظة تصدق على بعض قواعد التنازع كإخضاع مسائل الحالة والأهلية لقانون الجنسية أو

إخضاع العقود الدولية لقانون إرادة الأطراف، كما أن العلاقات التي ينظمها تتعلق بقانون أكثر من دولة واحدة.

واتجاه آخر يرى عكس ذلك، ويعتبره قانون وطني باعتبار تصنيف القانون إلى داخلي ودولي، يقوم إما على أساس نطاق تطبيقه أو على أساس المصدر الذي تستقي منه قواعد القانون، كذلك لو نظرنا لقواعده من حيث الموضوع لوجدناها تحكم علاقات قانونية لأفراد ينتمون لأكثر من دولة ولا تحكم علاقات الدول مع بعضها، والحال أن العلاقات المنظمة في القانون الدولي الخاص هي علاقات خاصة وأن المشرع الوطني هو الذي يتدخل وينظمها، والقضاء الوطني هو الذي يفصل في منازعاتها ولو كانت قواعد التنازع التشريعي والقضائي دولية لكانت صنفت ضمن قواعد القانون الدولي العام وهذا خلاف الواقع.

كما أنه لم يكن ليتولى المشرع الوطني وضع قواعد التنازع التشريعي والقضائي، وهذا هو واقع الحال في كل الدول، فكل مشرع يحدد نطاق الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه وكذا قواعد التنازع يضعها المشرع الوطني كقاعدة عامة ويؤيد هذا القول نسبيا الفقيه باتيهول بقوله: أن الدولة تحدد بكل حرية في حدود واسعة ما تعتبره نظاما دوليا، بل أشخاص القانون الدولي الخاص في الأصل ليسوا موضوعا للقانون الدولي.

أما من حيث المصدر، نجد في القانون الدولي العام هناك سلطة تشريعية عليا فوق سلطة الدول تصدر تشريعات قانونية ملزمة لكافة الدول، بينما قواعد القانون الدولي الخاص مصدرها التشريع الوطني والعرف المحلي، ومثال ذلك ما توصل إليه الاجتهاد القضائي حديثا من قواعد خاصة بالمعاملات التجارية الدولية: كمبدأ استقلالية شرط التحكيم الذي يرد في عقد دولي، وإجازة شرط الدفع بالذهب سابقا وشرط الدفع بالعملة حاليا، وكذلك مشروعية حصة الأسد فهذه القواعد وطنية ولكن معدة لتنظيم معاملات دولية.

كما أن القانون يكون دوليا إذا كان مصدره دولي، وهو ما يقتضي وجود نظام دولي في حين أن معظم مصادر القانون الدولي الخاص هي مصادر وطنية، وأنه حتى الاتفاقيات الدولية في حقيقتها هي قانون اتفاقي تندمج في التشريع الداخلي وتصبح جزء منه بأمر المشرع (المادة 21 من القانون المدني الجزائري).

ومع وجاهة هذه الحجج المقدمة على عدم دولية القانون الدولي الخاص، إلا أنه يمكن الرد عليها من خلال تدخل الدول لحماية مصالح رعاياها لكون هذه العلاقات القانونية ذات عنصر

أجنبي، وتبرز سيادات الدول في حالة حدوث نزاعات بشأنها، كذلك أن مصادر هذا القانون ليس كلها وطنية بل البعض منها يتمثل بالاتفاقيات والمعاهدات، التي قد تفرض بعض القيود على حرية الدولة في وضع القواعد القانونية الداخلية المتعلقة بمصالح الدول الأخرى، وهذا يضيف على القانون الدولي الخاص مظهرا دوليا.

وقد توصلت بعض الدراسات إلى اعتبار القانون الدولي الخاص فرع مستقل أو قانون مختلط يأخذ من القانون العام فيما يتعلق بالجنسية ومركز الاجانب، ويأخذ من القانون الخاص ما يتعلق بتنازع القوانين والأشخاص الخاصة.

المطلب الثاني: الاختلاف حول الطبيعة العامة أو الخاصة للقانون الدولي الخاص

نشأ خلاف بين الفقهاء حول الطبيعة العامة أو الخاصة للقانون الدولي الخاص بسبب المواضيع التي يعالجها هذا الفرع من القانون؛ إذ نجد البعض منها وثيق الصلة بالقانون الخاص بينما البعض الآخر يصنفه ضمن فروع القانون العام الداخلي، وقد سبق وانتهينا إلى أن القانون الدولي الخاص يغلب عليه الطابع الوطني في مصادره.

يثور تساؤل آخر عن طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص، هل هو فرع من فروع القانون الخاص أم هو فرع من فروع القانون العام؟

الحقيقة هناك اتجاهان فقهيان، فأحدهما يصنفه ضمن فروع القانون العام الداخلي، بينما الأخر يصنفه ضمن فروع القانون الخاص، وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يقول أنه فرع من فروع القانون الخاص كونه ينظم مسائل التنازع بين القوانين فيما يتعلق بعلاقات قانونية خاصة (فردية)، لذا أنكروا عليه الصفة الدولية، فقواعد تنازع القوانين لا علاقة لها بمسألة التنازع بين سيادات الدول وهي لا تحل هذه المسألة كل ما في الأمر أن تلك القواعد ترمي إلى بيان القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية خاصة، إما أن قواعد الاختصاص القضائي هي انعكاس لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهذه حجة غير مقنعة على اعتبار أن الجدل القائم بشأن انتماء قانون الإجراءات المدنية إلى فروع القانون العام أو الخاص.

أما فيما يتعلق بمركز الأجانب، فهناك جوانب من القواعد العامة الآمرة كتلك المنظمة للدخول والخروج والإقامة، إلا أن هناك عددا معتبرا من القواعد تعنى بالحقوق الخاصة بالأجانب

لممارسة التجارة أو إمتهان مهن معينة وإبرام عقود أو تصرفات مدنية، وكل ذلك يدخل في مجال القانون الخاص.

أما الاتجاه الثاني: يقول هو فرع من فروع القانون العام، لأنه ينظم الجنسية كعلاقة لائحية أو سياسية تربط الشخص بالدولة وتنتقل الدولة بوضع قواعدها وهي رابطة تصنف ضمن القانون العام كما انتهت إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية ويخضع تحديد الموطن ومركز الأجانب لاعتبارات سياسية وتعنى بشؤون الأجانب مصالح إدارية، كما أن الدولة هي التي تحدد الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها أو يلتزم بها الأجنبي وهي التي توسع من دائرة الحقوق أو تضيق منها كيفما تشاء، وقواعد الاختصاص القضائي وهذه مواضيع تتعلق بالقانون العام تدخل ضمن السيادة التشريعية والقضائية للدولة وهي قواعد أمرة تتعلق ببيان حدود اختصاص القضاء الوطني وطرق تسيير مرفق القضاء.

ولا يختلف الأمر عندما يتعلق الأمر بقواعد تنازع القوانين؛ إذ أن المشرع عند وضعه تلك القواعد يأخذ في الحسبان الأسس السياسية والاقتصادية والأخلاقية التي تقوم عليها الدولة، وخير دليل على ذلك الأحوال الشخصية التي ولارتباطها بالدين أخضعها المشرع إلى قانون الجنسية حتى يبقى المواطنين مرتبطين بدولتهم من خلال تطبيق قوانينهم عليها، كما أن الجنسية أنسب القوانين التي يمكن أن تحكم الأحوال الشخصية باعتبار أن قواعد هذه الأخيرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، فكل هذه الاعتبارات تجعل من قواعد تنازع القوانين من فروع القانون العام لا الخاص، حتى أن بعض الفقه يعتبر أنها تحدد الاختصاص التشريعي للدول تحسم تنازعا بين سيادات تلك الدول.

والرأي الراجح، أن القانون الدولي الخاص، هو قانون وطني غير أن له مظهرا دوليا؛ أي قواعده وطنية المصدر ودولية الطابع، فهو وطني في أغلب مصادره ولكن دولي في موضوعاته، كما أنه لا يمكن الجزم بأنه فرع من القانون العام أو الخاص؛ بل هو قانون مختلط؛ وإن كانت معظم قواعده تنسب إلى القانون الخاص كما في تنازع القوانين، ولذا فهو ذو طبيعة مزدوجة.

المطلب الثالث: الاختلاف حول طبيعة قواعده موضوعية أم قواعد إسناد: القاعدة الموضوعية هي التي تفصل في الموضوع مباشرة، أما قاعدة الإسناد هي تلك التي تبين القانون الذي سيطبق على الموضوع من يبين قانونين يتنازعا حكمه؛ أي أنها تُسند الحكم في العلاقة إلى نظام قانوني معين سواء كان النظام الوطني أم النظام الأجنبي.

وتعتبر كافة قواعد تنازع القوانين قواعد إسناد وليست قواعد موضوعية، أما قواعد تنازع الاختصاص القضائي فهي قواعد موضوعية لأنها تتكفل ببيان اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، وكذلك الأمر بالنسبة لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في الدولة؛ والقواعد الخاصة بمركز الأجانب وتلك الخاصة بالجنسية كلها قواعد موضوعية، لأنها تفصل مباشرة في المسألة بدل الاكتفاء ببيان القانون الذي يحكمها كما هو الحال في قواعد تنازع القوانين.

المبحث الثالث

تعريف القانون الدولي الخاص

لم تعد الحياة الدولية قاصرة علي العلاقات القائمة بين الدول بل أصبحت إلى جانب ذلك تتضمن فئة أخرى من العلاقات لا تقل في أهميتها عن الفئة الأولى وهي العلاقات بين أفراد الدول المختلفة، ومن أجل ذلك كان هناك ضرورة ملحة لبيان طبيعة العلاقة القانونية التي تحكم ذلك المجتمع الدولي الجديد، من هنا ظهرت قواعد القانون الدولي الخاص لتنظيم تلك العلاقات، الخاصة بالأشخاص ليس علي المستوي المحلي أو الإقليمي للدولة فقط، بل علي المستوي الدولي ككل، من هنا وجب علينا محاولة تعريف القانون الدولي الخاص، وطبيعة هذا الفرع من خلال علاقته بفروع القوانين الأخرى.

المطلب الأول: المحاولات الفقهية لتعريف القانون الدولي الخاص

لم يتوصل الفقهاء إلى اتفاق على تعريف محدد للقانون الدولي الخاص، حيث ظهر اتجاهين أحدهما ضيق وآخر واسع. فبالنسبة للاتجاه الضيق، ظهرت مدرسة التي تضم ألمانيا وإيطاليا، والتي عرفتته بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي. أما المدرسة الأخرى المتمثلة بالدول ذات التقليد الأنجلو أمريكي، فذهبت هذه المدرسة إلى تعريفه بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في فض تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأن علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي، وبالتالي يلحق بالاختصاص القضائي مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية.

بينما ذهب الاتجاه الآخر المتمثل بالفقه اللاتيني والمطبق من قبل فرنسا والدول التي سارت على نفس النهج مثل مصر ولبنان والكويت والجزائر والعراق، فهذا الاتجاه يعرفه بالإضافة

إلى المواضيع التي أشارت إليها المدرسة السابقة، إلا أنه يضم إليه موضوعات التوزيع الجغرافي الدولي للأفراد الجنسية والموطن ومركز الأجانب، وذلك لوجود صلة وثيقة معهما.

الفرع 1: تعريف الفقه الغربي: عرفه الفقيه دي بانويه (Despagnet) بأنه: "يتضمن القواعد الواجب اتباعها في تنازع القوانين الخاصة بين الحكومات المختلفة". وعرفه الفقيه بيليه (Pillet) بأنه: "العلم الذي موضوعه تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد تنظيمًا قانونيًا".

كما عرفه الفقيه الانجليزي ويست لايك (Westlake) بأنه: "ذلك الفرع من القانون الوطني الذي ينشأ عن وجود محاكم متعددة في العالم لكل منها اختصاص إقليمي معين وتحكم كل منها بمقتضى قانونها الخاص". أما الفقيه نبوييه (Niboyet)، فقد عرفه بأنه: "ذلك الفرع من القانون العام الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد دولياً على أساس الجنسية والموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها وفقدائها طبقاً للقوانين المختصة".

الفرع 2: تعريف الفقه العربي: حاول بعض الفقهاء تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الدولي". فقد عرفه الفقيه مخر الدين محمد الله، على أنه: "ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص التابعين للدولة والموطن ومركز الأجانب فيها ويبين الحلول الواجبة لاتباع في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي".

كما عرفه الدكتور محلي محلي سليمان، على أنه: "مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية".

على هذا الأساس يمكن تعريفه بأنه، مجموعة القواعد القانونية التي تخاطب الأشخاص الخاصة وطنية كانت أم أجنبية ذات طابع دولي تحدد قواعده مسائل الجنسية والموطن ومركز الأجانب في الدولة والمحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، في نزاع نشأ بسبب رابطة قانونية تتميز بوجود عنصر أجنبي فيها سواء كان طرفاً في الرابطة أو محلها أو كان السبب المنشئ لها سواء كان النزاع ذو طابع مالي أو شخصي.

وبناءً على ذلك، فإننا نرى أن جميع قواعد القانون الدولي الخاص تنظم علاقات وطنية مشوبة بعنصر أجنبي، وعليه فإننا مع التعريف الذي يحدد القانون الدولي الخاص، بأنه: "القانون

الذي ينظم العلاقات الخاصة التي تتضمن عنصراً أجنبياً، وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة".

المطلب الثاني: علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القوانين الأخرى: يشبه القانون الدولي الخاص القانون الدولي العام من ناحية أن العلاقة القانونية فيهما تتجاوز إقليم الدولة الواحدة، وفي مصادر كلال القانونين التي تتمثل في المعاهدات الدولية إلى جانب العرف الدولي والقضاء والفقهاء الدوليين. لكن يختلف القانونان عن بعضهما باختلاف المخاطبين بأحكامهما، إذ تتوجه قواعد القانون الدولي بالخطاب إلى الدول باعتبارها أشخاصاً من أشخاص القانون الدولي العام، فيما تتوجه قواعد القانون الدولي الخاص بالخطاب إلى أشخاص القانون الخاص. كما يتميز القانونان في سلطة الجزاء الذي يوقع على من يخالفهما، فقواعد القانون الدولي العام هي قواعد دولية تجد مصدرها في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ما دفع بالعديد في التشكيك بإلزاميتها لعدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة فوق الدول؛ بينما تعتبر قواعد القانون الدولي الخاص قواعد قانونية داخلية ملزمة، تصدر عن سلطة تشريعية داخل الدولة وتقترب بجزاء توقعه السلطة العامة على من يخالفها.

أما علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون الخاص الأخرى من حيث أنه يحكم علاقة قانونية لولا أنها تشتمل على عنصر أجنبي، فكانت تحكمها قواعد القانون المدني أو التجاري أو قواعد الأحوال الشخصية.

الفصل الثاني

الوسائل الفنية لحل تنازع القوانين

لكي يتمكن القاضي من إيجاد حل للنزاع ذو الطابع الدولي المعروض عليه، لا بد أن يستعين بقاعدة الإسناد الموجودة في قانونه الوطني، (المبحث الأول) وقبل ذلك لا بد له أن يكشف بداية عن مضمونها، ويثير تفسير قاعدة الإسناد لدى فقه القانون الدولي الخاص عدة مشاكل أهمها مشكلة التكييف ومشكلة الإحالة، فلما تعرض على القاضي مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي، فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة التي يمكن أن يدرجها تحتها من بين الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه وهو ما يسمى بالتكييف. (المبحث الثاني)

بعد أن يحدد القاضي الفئة التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة عليه يكون قد عرف القانون الواجب التطبيق عليها، لكن معرفة القانون المختص بحكم العلاقة أو المسألة لا ينهي كل إشكال في طريق الحل؛ بل يبقى تساؤل آخر هو هل أن للقاضي أن يرجع إلى القانون الأجنبي باعتباره كلا لا يتجزأ مما يفرض عليه استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها ويطبّقها على العلاقة القانونية المطروحة عليه وهو بذلك يستبعد قواعد الإسناد التي يتضمنها. إن الإجابة عن هذا التساؤل تدفعنا للحديث عن مشكلة الإحالة. (المبحث الثالث)

المبحث الأول

قواعد الإسناد (Les règles de rattachement)

العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، هي التي تثير إمكانية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على هذه العلاقة، غير أن هذا التطبيق لا يكون بصفة مباشرة، بل بعد إعمال قاعدة التنازع الوطنية التي ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، ولتطبيق تلك القاعدة يجب الوقوف على طبيعتها وشروط تطبيقها، على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف قاعدة الإسناد

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديد ما للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات وتلك القاعدة، وإن اتفقت مع قواعد القانون الأخرى؛ فإنها تتمتع بصفات وخصائصها من حيث كونها عامة ومجردة وتهدف لتنظيم مراكز قانونية معينة وصادرة عن سلطة عامة؛ ومع ذلك فقد اختلف الفقه في طبيعتها القانونية بسبب وظيفتها الإرشادية والتوجيهية لحل تنازع القوانين دون إيجاد الحل الموضوعي له وكذا طريقة إعمالها.

ويكمن الهدف من وراء إنشاء قاعدة الإسناد أو ما يعرف بقاعدة تنازع القوانين في إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق عن المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي أي أنها تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى قانون ما قد يكون وطنيا أو أجنبيا تتكفل قواعده الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع.

فوظيفة قاعدة الإسناد تقتصر على تقرير مبدأ إخضاع العلاقات القانونية -بعد التعرف على طبيعتها- لقانون يتم تعيينه بمقتضى ضوابط محددة، فالأخذ بقاعدة الإسناد هذه أو تلك يتطلب تحري حقيقة المسألة المعروضة أي معرفة طبيعتها أو لأي صنف تنتمي حتى يتسنى إدراجها ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد، كما يمكن القول بأن قواعد الإسناد هي القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي.

فقواعد الإسناد هي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا؛ فهي تهدف إلى وضع أكثر الحلول مناسبة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

تتشكل قاعدة الإسناد من العناصر التالية: الفئة المسندة، ضابط الإسناد، والقانون المسند

إليه.

أولا: الفئة المسندة

إن المسائل القانونية كثيرة ومتنوعة لا يمكن حصرها لذلك يستحيل أن يوضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها مما دفع بالمشرع إلى وضع فئات معينة تسمى بالفئات المسندة وضمن كل فئة منها المسائل القانونية المتقاربة أو المتشابهة، وعليه، فإن المشرع يجمع بين المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة ضمن فئة مسندة أو مجموعة أحوال ويختص كل منها بضابط إسنادها لقانون معين، وعليه، فإن الفئة المسندة هي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها به إلى قانون معين؛ فالأهلية مثلا في القانون الجزائري أخضعها المشرع لقانون الجنسية طبقا لنص المادة (10) من القانون المدني الجزائري، فهي بذلك تشكل فئة مسندة تتضمن جملة من المسائل القانونية ونفس الشيء بالنسبة للحالة المدنية للأشخاص.

أخضع المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة طبقا لنص المادة (18) من القانون المدني الجزائري، فهي تشكل فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ عن العقود، كما أن شكل التصرفات القانونية تخضع في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه أي لقانون بلد الإبرام وفقا لنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

كما أن القانون الانجليزي والدنماركي والنرويجي وقانون الولايات المتحدة الأمريكية أخضع الأحوال الشخصية لقانون موطن الشخص الذي تخصه العلاقات القانونية. في حين أن القانون الأردني أخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية لا لقانون الموطن في المواد 1/12 و1/18 و2 من القانون أردني، وعليه إذا ما طرحت على القاضي مسألة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة المسندة التي تندرج تحتها تلك المسألة ليعرف القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: ضابط الإسناد

لما صنف المشرع المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسندة قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداة هي ضابط الإسناد، وضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، وكل فئة تتخذ ضابط إسناد قدر المشرع ملائمة لحكمها.

فقاعدة الإسناد التي تنص على خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين قد جعلت من الجنسية ضابطا للإسناد طبقا للمواد 11 و13 من القانون المدني الجزائري وتلك التي تنص على خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام قد جعلت من بلد الإبرام ضابطا للإسناد.

ومن المفترض أن يكون لكل فئة مسندة ضابط إسناد وحيد يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، إلا أنه يمكن أن يكون لها أكثر من ضابط كما هو الحال مثلا بالنسبة لشكل الوصية في القانون المدني الجزائري قبل تعديل 2005/07/20 بمقتضى القانون 10/05 أصبح قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته هو الذي يسري على شكل الوصية.

لكن قد يحدث أن يجعل المشرع للفئة المسندة ضابطين أو أكثر أحدهم أصلي والأخرى اختيارية يؤخذ بها فقط في حالة تعذر الأخذ بالضابط الأول، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري حيث جعلت قانون الإرادة الضابط الأصلي بالنسبة للالتزامات التعاقدية، بينما جعلت قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة الضابط الاحتياطي، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

ثالثاً: القانون المسند إليه

- وهو القانون الذي دلت عليه قاعدة الإسناد كقانون واجب التطبيق على العلاقة القانونية، أي هو القانون الذي يثبت له الاختصاص بعد الإسناد، ويشترط لتطبيق هذا القانون ما يلي:
- أن يكون صادر عن دولة تتوافر على كافة العناصر القانونية لقيام الدولة كما هو الحل بالنسبة للدولة الكاملة السيادة وحتى الناقصة السيادة.
 - ألا يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، أو ثبت له الاختصاص نتيجة الغش نحو القانون.
 - أن يكون صادر عن دولة تعترف بها دولة القاضي.

وقد تعترض القاضي صعوبات في تحديد القانون المسند إليه حسب قاعدة التنازع، ويتجاوزها حسب الحلول المقررة في قانونه الوطني، إن المادة 22 مدني تحل مشكل القانون المسند إليه إلى القانون الشخصي لمتعدد الجنسية أو عديمها، كما أن المادة 23 مكرر 2 تبين الحل في حالة رفض الربط الخاصة بالأموال كأن يكون موجوداً في إقليم غير خاضع لأية سيادة كأعالي البحار أو الفضاء الكوني، فيطبق قانون القاضي بوصفه له الولاية العامة عملاً بمبدأ إقليمية القوانين أو كحل احتياطي حتى لا تبقى العلاقة القانونية بدون حل.

المطلب الثالث: خصائص قواعد الإسناد:

لمعرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي يلجأ القاضي الوطني لاستشارة قاعدة الإسناد الوطنية التي تحدد له القانون الواجب التطبيق سواء كان قانونه الوطني أو قانوناً أجنبياً له صلة بهذه العلاقة، والتساؤل الذي يطرح هنا هو حول مدى التزام القاضي بتطبيق هذه القاعدة عن تلقاء نفسه أم يشترط لتطبيقها تمسك الأطراف في الدعوى بها؟ تتميز قواعد الإسناد بثلاث مميزات هامة، وهي:

أولاً: قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة

لا تتكفل قواعد الإسناد بإعطاء الحل النهائي للنزاع المشتمة على عنصر أجنبي وإنما تبين القانون الذي يخضع له، ومن خلاله نجد القواعد القانونية التي ستطبق عليه، فمثلاً قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين لنا السن الذي عند بلوغه يكون الشخص كامل الأهلية وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل بإيضاح هذه السن؛ وأيضاً قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج لا تتكفل ببيان هذه الشروط وإنما تبين لنا فقط القانون الذي سيتكفل ببيانها (المادة

11) من القانون المدني، وهكذا بالنسبة لجميع قواعد الإسناد، وهذا ما يميزها عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى التي تعطي الحل مباشرة للتنازع المطروح.

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 القضائي الدولي، فهي تتكفل مباشرة بتحديد اختصاص محاكم الدولة بشأن النزاعات ذات الطابع الدولي.

ثانيا: قواعد الإسناد قواعد مزدوجة

وهو ما يعرف بالربط الثنائي، فالعنصر المميز لقاعدة الإسناد هو عنصر أو عامل أو معيار ربط موضوعي يربط العلاقة القانونية بنظام قانوني محدد قد يكون نظام قاضي الدعوى أو نظاما قانونيا أجنبيا، ومن هنا تتبع الصفة المسماة ثنائية أو ازدواجية قاعدة الإسناد؛ إذ أنها تجعل الاختصاص؛ إما للقانون الوطني وإما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية، فقاعدة الإسناد التي جاءت بها المادة (10) من القانون المدني والتي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية قد تشير باختصاص القانون الأجنبي وذلك حسب الجنسية التي يحملها المعني؛ وكذلك نص المادة (16) من القانون المدني الجزائري التي تخضع الميراث لقانون جنسية الهالك، فالجنسية تمثل عامل الربط الموضوعي والقانون واجب التطبيق قد يكون القانون الداخلي الجزائري أو قانونا أجنبيا.

لكن يوجد من الفقهاء من لم ترقه هذه الميزة في قاعدة الإسناد ويريدونها أن تكون مجردة منها بمعنى أن تقتصر فقط على بيان الأحوال التي يطبق فيها القانون الأجنبي فيريدها بذلك أن تكون مفردة كنص القاعدة الواردة في نص المادة 03 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأن: "القوانين الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيما في بلد أجنبي، ويبيدي هؤلاء الفقهاء للدفاع عن وجهة نظرهم عدة حجج منها أن الدولة لا يمكن أن تعطي الاختصاص لقانون دولة أخرى في حالة ما إذا كانت هذه الدولة ترفض الاختصاص المخول لقانونها ولتجنب هذه النتيجة يجب على كل دولة أن تقتنع فقط ببيان سلطان قانونها وأن تحترم خارج هذه الحدود إرادة الدول الأخرى فيما يتعلق باختصاص قوانينها القول بخلاف ذلك هو الذي أوقع الفقه والقضاء في مشكلة الإحالة لأنه لو اقتصر قاعدة الإسناد على بيان مجال تطبيق القانون الوطني دون القانون الأجنبي لما ثارت هذه المشكلة.

والواقع أن هذا الرأي الذي يريد تجريد قاعدة الإسناد من صفتها المزدوجة إذا كان سليما في حالة ما إذا كان قانون واحد فقط من قوانين الدول التي لها علاقة بالنزاع هو الذي يسند الاختصاص لنفسه، فإنه في المقابل، يعيبه قصوره عن إيجاد حل في حالتين: الأولى لما تسند كل دولة لها علاقة بالنزاع الاختصاص لقانونها والثانية لما ترفض كل دولة لها علاقة بالنزاع جعل الاختصاص لقانونها.

وقد دفع هذا القصور بالقضاء الفرنسي إلى اعتبار قاعدة الإسناد الواردة في المادة 03 السالفة الذكر قاعدة مزدوجة رغم ورودها مفردة، فقال: بأنه إذا كان القانون الفرنسي هو المطبق على الفرنسيين حتى ولو كانوا في الخارج، فبمفهوم المخالفة فإن القوانين الشخصية للأجانب الخاصة بحالتهم وأهليتهم تتبعهم حتى ولو كانوا في فرنسا.

ثالثا: قواعد الإسناد قواعد محايدة

أي أن القاضي المعروض عليه النزاع بإعماله لقاعدة الإسناد، لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع، لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وهذا القانون قد يكون قانونه الوطني كما قد يكون قانونا أجنبيا آخر.

بمعنى لا تقوم قاعدة الإسناد بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، بل تتكفل بالربط بين فئة معينة من الفئات أو المراكز القانونية، وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة القانونية دون أن تُفاضل بين القوانين لهذا يُقال عنها أنها قواعد محايدة.

المطلب الرابع: مدى التزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد: قاعدة الإسناد هي التي تتكفل بحسم هذا النزاع، لكن يجب أن نتساءل: على القاضي ملزم بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه في جميع الحالات لأن مخالفته لها تنطوي على انتهاك لسيادة دولته التشريعية، أم أنه غير ملزم بذلك إلا إذا تمسك الخصوم بضرورة إعمالها؟ وما موقف المشرع الجزائري من المسألة؟

أولا: القاضي غير ملزم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه: يكرس هذا الاتجاه القضاء الانجلوساكسوني، ومفاده أنه يقع على الخصوم التمسك أما القاضي المعروض عليه النزاع، بإعمال قاعدة الإسناد التي أشارت باختصاص قانون أجنبي؛ كما يقع عليهم إثبات اختلاف مضمون هذا الأخير عن مضمون القانون الوطني في المسألة القانونية محل النزاع. وإذا لم يتمكنوا من ذلك طبق القاضي قانونه الوطني.

ويؤسس هذا القضاء موقفه على حيلة قانونية مفادها أن هناك تطابق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الاسناد، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات اختلاف مضمونهما. لكن تعرض هذا الاتجاه للنقد لأنه يؤسس موقفه على حجة غير واقعية بالنظر إلى اختلاف قوانين الدول وتعددتها، كما أخط هذا الاتجاه بين التطبيق التلقائي لقاعدة الاسناد وإثبات القانون الأجنبي الذي هو مسألة أخرى لها حلولها الخاصة.

ثانياً: القاضي ملزم بإعمال قواعد الاسناد من تلقاء نفسه: ساد هذا الاتجاه في ألمانيا حيث استقر القضاء منذ أواخر القرن 19 على أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه، ولا يُعفى حتى لو كان القانون الأجنبي المختص يتبنى نفس الحل للنزاع الذي يتبناه المشرع الوطني، كما أتاح إمكانية التمسك بقاعدة الاسناد لأول مرة أمام محكمة النقض الألمانية بوصفها مسألة قانون تخضع لرقابة هذه المحكمة.

ويؤسس هذا الاتجاه موقفه على أساس أن قاعدة الاسناد الوطنية قاعدة أمر، وتتعلق بالنظام العام في جميع الحالات، وضعها المشرع الوطني لتحقيق الاستقرار في المعاملات الدولية الخاصة باختيار القانون الأنسب الذي يحكم هذه المعاملات. وعليه فالقاضي ملزم بإعمالها حتى لو اتفق الخصوم صراحة على استبعادها.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري: لم يتضمن القانون المدني نصاً صريحاً بخصوص مدى التزام القاضي الجزائري بالتطبيق التلقائي لقاعدة الاسناد. ومع ذلك يمكننا القول أنه على القاضي الجزائري تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية بشكل تلقائي كلما اشتملت العلاقة القانونية محل النزاع على عنصر أجنبي، لأن قاعدة الإسناد تعد جزءاً من النظام القانوني في دولة القاضي؛ وهذا ما يمكن استخلاصه من صياغة نصوص قواعد الاسناد في القانون الجزائري التي لا توحى أبداً أن تطبيقها يتوقف على إرادة الأطراف.

كما أن في تطبيقها تحقيقاً لأنسب القوانين والأكثر صلة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع سواء أشارت هذه القاعدة إلى تطبيق القانون الأجنبي أو أشارت إلى تطبيق القانون الوطني أي قانون القاضي، وبذلك يتحقق التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية التي هي دائماً في احتكاك مستمر ومتواصل نظراً لتنوع العلاقات الفردية بين الوطنيين والأجانب.

وقد تبنى الاتجاه الفقهي الحديث هذا الرأي وأخذت به العديد من الدول صراحة في نصوصها التشريعية، مما يجعله يكاد يكون من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص التي تلزم القاضي الجزائري إعمالاً لنص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني

التكييف (*La qualification*)

تستلزم عملية إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص الذي تحدده قواعد الإسناد -قبل كل شيء- تكييف تلك العلاقة موضوع النزاع، لمعرفة القانون الذي يُسند إليه حكمها، أي أن مرحلة التكييف تسبق بالضرورة مرحلة الإسناد، ذلك لأن قواعد الإسناد لا تضع الحلول لكل مسألة من المسائل، بل أنها تبين القانون الذي يحكم كل طائفة من المسائل القانونية. فتحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردّها إلى نظام قانوني معين، مسألة أساسية يجب حلها أولاً وقبل كل شيء وتسمى عملية التحديد هذه بالتكييف.

وليست مشكلة التكييف بمشكلة خاصة بالقانون الدولي الخاص فقط، بل هي مشكلة تفرض نفسها في مختلف فروع القانون. ففي نطاق القانون المدني مثلاً، قد يواجه القاضي مشكلة التكييف لما يريد إعطاء الوصف الصحيح لرابطة قانونية مطروحة أمامه لينتهي إلى كون العقد محل النزاع هو عقد إيجار أو عقد بيع أو رهن؛ ويواجه القاضي في نطاق القانون الجنائي مشكلة تكييف الفعل الذي ارتكبه الشخص، هل هو سرقة أو خيانة أمانة أم اغتصاب أم هو اختلاس وذلك لتحديد العقوبة المناسبة له.

إلا أن السؤال المطروح في نطاق القانون الدولي الخاص هو التنازع في التكييف نتيجة اختلاف القوانين فيما بينها. فقد تعتبر قوانين بعض الدول انعقاد الزواج في الشكل الديني من الشروط الموضوعية التي يحكمها قانون الشخص، يبطل كل زواج لا يتم وفق هذا الشكل؛ وقد تعتبره قوانين أخرى مسألة شكلية وبالتالي فهو يخضع للقانون الذي يحكم الشكل. فإذا ما عرض على القاضي نزاع معين، تعين على هذا الأخير البحث في طبيعة النزاع، هل يتعلق بالموضوع فيخضعه لقانون الموضوع، أم أنه يتعلق بشكل التصرف فيخضعه حينئذ لقانون الشكل.

وقبل ذلك يتطلب الأمر تحديد المقصود من التكييف (الفرع الأول) ثم تحديد القانون الذي يتم وفقه هذا التكييف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التكييف

يمكن تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات المسندة لكي يسند حكمها إلى قانون معين".

ولذا ارتبطت مشكلة التكييف بمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا عرض على القاضي نزاع بصدد مسألة معينة، تحتم عليه أولاً تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسألة أي إعطاء الوصف القانوني لها، هل هي مسألة شكلية وبالتالي يتعين عليه تطبيق قاعدة الإسناد التي اختص بها المشرع طائفة شكل التصرفات القانونية، أم أن هذه المسألة تعد من مسائل الأهلية وبالتالي يتعين عليه تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بطائفة الأحوال الشخصية.

فالتكييف هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين، من أجل وضع العلاقة القانونية في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بضابط إسناد يتحدد معه القانون الواجب التطبيق. تبعا لذلك فإن قاعدة التكييف في الأصل العام ليس لها مضمون موضوعي، بمعنى أنها تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة فقط، وتنتهي وظيفتها عند هذا الحد فهي لا تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع .

لكن ما ينبغي ذكره هو أن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس مشكل التكييف، بل التنازع في التكييف، لأن المسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول. فينبغي قبل إجراء التكييف، تحديد القانون الذي سيجري وفقه هذا التكييف، ولو أن قوانين كل الدول كانت تعطي للمسألة القانونية نفس التكييف ما كانت هناك صعوبة تذكر، لكن يحدث وأن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل تكييفات مختلفة ويعود سبب ذلك لاختلاف المفاهيم القانونية من دولة لأخرى، فما يُعد وفق لقانون دولة ما من آثار الزواج الشخصية، قد يعد وفق قانون دولة أخرى من الأهلية، وما قد يعتبر في دولة ما من الشروط الموضوعية للزواج قد يعد في دولة أخرى من الشروط الشكلية للزواج.

ويترتب على اختلاف النظم القانونية في تحديد الوصف القانوني لنفس المسألة أن تكتسب مشكلة تنازع القوانين التي قد تثور بصدد هذه المسألة بعدا إضافيا أو صعوبة إضافية، ذلك إن النزاع ذو الطابع الدولي الذي يثور بصدد هذه المسألة لا يثير تنازعا بين قوانين الدول حول القانون الذي يتعين أن تخضع له هذه المسألة بل أنه يثير أيضا تنازعا بين هذه القوانين حول القانون الذي

يتعين أن يتحدد بمقتضاه الوصف القانوني لها، والذي يتم عن طريق رد المسألة إلى طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة إسناد.

إذا التكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين، لأن تحديد قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن صنف قانوني معين.

الفرع الثاني: موقف الفقه من القانون الذي يخضع له التكييف:

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص اختلافاً بينا وتوتعت اتجاهاتهم في تحديد القانون الذي يتعين الرجوع إليه لتكييف العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً وتحديد طبيعتها، فمنهم من أخضع التكييف لقانون القاضي، ومنهم من أخضعه للقانون الذي يحكم النزاع فيما يرى اتجاه آخر إخضاعه للقانون المقارن، ولكن وفقاً لأي قانون يجب أن يتم التكييف؟، بمقتضى قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع أول مرة أم بمقتضى القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية أم بمقتضى قانون آخر؟ هذا ما سنتناوله فيما يلي، مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري من التكييف.

أولاً: إخضاع التكييف لقانون القاضي

تبنى هذا الرأي جل الفقهاء الفرنسيين وخاصة الفقيهين الأستاذ بارتان (Bartın) في فرنسا والأستاذ كان (kahn) في ألمانيا، وبمقتضى هذا النظام ينبغي أن يخضع التكييف لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع وقد طبقت محاكم كثيرة هذا النظام بصورة تلقائية، وأقرته بعض المؤتمرات والمعاهدات الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1925 وأخذت به التشريعات الحديثة كالقانون المدني الأردني، والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني للجمهورية العربية السورية، والقانون المدني لجمهورية مصر العربية. وقد ساهمت بعض القضايا المستنبطة من القضاء الفرنسي في إرساء هذا الاتجاه، أهمها:

القضية الأولى: زوجان أنجلو مالطيان تزوجا في جزيرة مالطا، حيث موطنهما الأول ثم اتخذوا الجزائر وطناً حيث كانت آنذاك مستعمرة فرنسية، وقد تملك الزوج فيها بعض العقارات وعند وفاته طالبت زوجته بحقها فيها وهو حق معترف به في القانون المالطي ويعرف باسم "تصيب الزوج المحتاج" أو "ربع الزوج الفقير".

فإذا قام القاضي بتكييف ما تطلبه الزوجة وفقاً للقانون المالطي اعتبر من نظام الأموال، وأخضعه بالتالي وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه للقانون المالطي؛ أما إذا قام القاضي بتكليفه وفقاً لقانونه اعتبره نصيباً في ميراث الهالك، ومن ثم يخضع للقانون الفرنسي وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية.

فوفقا للتكييف الأول تأخذ الزوجة حقها في عقارات زوجها الهالك، ووفقا للتكييف الثاني لا تأخذ شيئا لأن القانون الفرنسي الساري المفعول آنذاك لا يعترف للزوجة بأي حق في ميراث زوجها المتوفى.

القضية الثانية: آثار ورثة هولنديين أمام المحاكم الفرنسية نزاعا يتعلق بوصية حررها مورثهم الهولندي الجنسية في فرنسا بالشكل العرفي الذي يجيزه قواعد القانون الفرنسي، أي أنها كانت مكتوبة ومؤرخة وموقعا عليها بخط يد المتوفى، إلا أنها كانت غير موثقة رسميا كما يشترط القانون الهولندي، فطعنوا فيها بعدم صحتها لمخالفتها أحكام المادة (992) من القانون المدني الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا متواجدين في الخارج من كتابة الوصية بخط يد الموصي وتلزمهم بإفراغ وصاياهم في الصورة الرسمية، وتختلف هذه القاعدة الموضوعية للقانون الهولندي عن القاعدة التي يتضمنها القانون الفرنسي في هذا الصدد، والتي تجيز الوصايا المحررة بخط اليد، وعليه تختلف النتيجة باختلاف الوصف القانوني للمسألة.

والحكم في صحة هذه الوصية يتوقف على تكييف هذه المسألة؟ لأن الصعوبة في هذه القضية يثيرها اختلاف تكييف كل من القانون الهولندي والقانون الفرنسي لمسألة حظر تحرير الإيصال في الشكل العرفي، فالقانون الهولندي لما منع الهولنديين الوطنيين من إبرام وصاياهم في الشكل العرفي حتى ولو كانوا في الخارج قد جعل من هذه المسألة مسألة تتعلق بالأهلية لأن هذا المنع يسري في مواجهتهم حتى ولو كانوا في الخارج والأهلية في قواعد الإسناد الفرنسية تخضع لقانون الجنسية أي القانون الهولندي في هذه المسألة، يعتبر الوصية وفقا لأحكامه باطلة.

أما القانون الفرنسي، فيعتبر هذا المنع مسألة تتعلق بأشكال التصرفات على أساس أنه لا يمس بجوهر إرادة الموصي، وإنما هو أمر يتعلق أساساً بالوسيلة التي يجب إتباعها لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، في شكل يخضع وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية لقانون بعد الإبرام وهو هنا القانون الفرنسي فتعتبر الوصية وفقا لأحكامه صحيحة. وهذا ما طبقته المحكمة الفرنسية بطريقة ضمنية، لما قررت صحة الوصية في الشكل العرفي. وهكذا اختلف الحكم باختلاف التكييف.

القضية الثالثة: بطلان زواج اليونانيين: رفعت دعوى أمام المحاكم الفرنسية بطلب بطلان زواج أحد اليونانيين لأنه تم في الشكل المدني، في حين أن القانون اليوناني - هو قانون جنسيته - يعتبر إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة موضوعية تدخل في نظام الأحوال الشخصية الذي يحكمها قانون الجنسية، ولكن قضت محكمة النقض الفرنسية في (22) جوان 1955 بأن القانون الفرنسي

هو القانون المختص بالتكيف، الذي يعتبر مسألة إشهار الزواج في الشكل الديني هي مسألة شكلية لا موضوعية، وبالتالي تخضع لقانون المكان الذي تم فيه إبرام عقد الزواج؛ فاعتبر بذلك الزواج صحيحاً.

أساس نظرية بارتان:

رأى بارتان، أن التكيف بالنظر لهذه التطبيقات تم وفقاً لقانون القاضي المعروض عليه النزاع ألا وهو القانون الفرنسي. وقد قدمت حجج كثيرة لتبرير هذا النظام، حيث اعتمد الأستاذ "بارتان" في إخضاعه التكيف لقانون القاضي على حجة مستمدة من فكرة السيادة، مفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصاً لسيادتها التشريعية.

وعليه فالمشروع وحده هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص فيه سيادة دولته التشريعية؛ ولما كان التكيف قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم دولة القاضي وفي ذلك انتقاص لسيادة دولته التشريعية فإنه ينبغي ألا يتم إلا وفقاً لقانون القاضي، لأنه لو تم وفقاً للقانون الأجنبي، فمعنى ذلك أن هذا القانون هو الذي يملك تحديد السيادة التشريعية لدولة القاضي وهو أمر غير مقبول.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الحديث المؤيد لإخضاع التكيف لقانون القاضي لم يستند على هذه الحجة بل استند على حجج أخرى منها:

- أن التكيف هو في حقيقته تفسير لقاعدة الإسناد فإذا ما قضت هذه الأخيرة بخضوع شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام، فإنه يتعين على القاضي لتطبيق هذه القاعدة أن يبين معنى الشكل لمعرفة ما إذا كان هذا المعنى ينطبق على المنع الوارد في القانون الهولندي من إبرام الوصية في غير الشكل الرسمي، وإذا ما قضت قاعدة الإسناد بخضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى فعلى القاضي قبل تطبيقها أن يبين معنى الميراث. ولما كان التكيف تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية فلا يعقل أن يطلب هذا التفسير من غير القانون الذي تنتمي إليه هذه القاعدة وإلا نكون قد أعطيناها معنى غير الذي أراده المشرع واضعها.
- أنه من غير الممكن إجراء التكيف وفق القانون الأجنبي لأن هذا القانون قبل عملية التكيف غير معروف.
- فضلاً عن أن إجراء التكيف وفق القانون الأجنبي يعني أن هذا القانون هو واجب التطبيق، ومن ثم فأية فائدة منتظرة من عملية التكيف.

- لما كان التكييف عملية أولية وأن القاضي هو الذي سيقوم بها، فإن الإسناد الوحيد الذي يظهر عند القيام بها هو الإسناد القضائي، مما يبرر إجراء التكييف وفق قانون القاضي.
- إن عملية التكييف يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا الأخير بحكم تكوينه الثقافي والقانوني سيتأثر لا محالة عند إجرائها بالمبادئ الواردة في قانونه.

كما تظهر حدود التكييف وفقا لقانون القاضي من خلال الدراسات الفقهية حيث يفرق "بارتازن" بين التكييف الأولي أو السابق والتكييف اللاحق أو الثانوي، فالأول غرضه الاهتداء إلى قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها وهو يخضع لقانون القاضي، والثاني هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الاهتداء إليها فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد.

ثانيا: إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع

يرى جانبا من الفقه وعلى رأسهم (DESPAGNET) في فرنسا و(PACCHIONI) في إيطاليا و(WOLF) في ألمانيا أن تكييف العلاقة محل النزاع يجب أن يتم وفقا للقانون المختص بحكمها لا وفقا لقانون القاضي، لأن قواعد التكييف المقررة في القانون الذي سيحكم النزاع تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية، ويبررون هذا بقولهم أن قاعدة الإسناد إذا ما أشارت بوجود حل للنزاع وفقا لقانون معين، وجب تطبيق هذا الأخير في الحدود التي ينظم بها العلاقة وبالمعنى الذي يقصده منها لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة؛ وفي حالة عدم الأخذ بوجهة نظره فسوف تشوه العلاقة موضوع النزاع وتخلع عليها طبيعة تخالف ما هو مقرر لها، وتكون النتيجة هي أما تطبيق القانون الأجنبي على علاقة هو غير مختص بحكمها أصلا وإما يعطل عن التطبيق في الوقت الذي كان يتوجب فيه أن يطبق ذلك القانون، فإن هذا القانون يجب أن يحكم العلاقة بشكل كامل بما في ذلك تكييف العلاقة ووصفها لكي تتحقق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون الأجنبي المختص، لأن تحقيق العدالة لا يتم إلا بإعطاء القانون المشار إليه صفة الاختصاص بصورة كاملة للقواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة وكذلك القواعد التي تتعلق بالتكييف.

ففي وصية الهولندي مثلا يجب إجراء تكييف القاعدة الواردة في المادة (992) من القانون المدني الهولندي التي تحضر على الهولنديين إجراء وصاياهم في الشكل العرفي الخطي حتى خارج هولندا، ولما كان هذا القانون يعتبر هذا الحظر متعلقا بأهلية الهولنديين، فإن أي تكييف غيره يعطى له يعتبر تشويها لطبيعة الحقيقة.

ولعل أهم انتقاد وجه إلى هذا الاتجاه؛ هو أنه تعترضه استحالة عملية، فالتكييف كما نعلم هو عملية سابقة على تحديد القانون المختص، فالقاضي قبل التكييف لا يعلم بعد ما إذا كان قانونا ما سيختص بحكم المسألة محل النزاع أم لا؛ فكيف يقوم إذا بالتكييف وفقه وهو لم يتحدد بعد؟ ولذلك يقول منتقدو هذه النظرية أنها تؤدي إلى المصادرة على المطلوب.

ثالثاً: إخضاع التكييف للقانون المقارن

يقتضي هذا النظام عقد الاختصاص في التكييف للقانون المقارن، أي حل التنازع الناشئ بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاهيم قوانين الدول الداخلية وذلك دون التقيد بقانون دولة معينة، فإذا نص قانون القاضي مثلاً على أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية فإن مفهوم الأهلية يجب ألا يتحدد وفقاً لقانون القاضي فقط، أو بموجب قانون جنسية الشخص فحسب بل يجب أن يرجع في ذلك أيضاً إلى المفهوم العالمي بهذا الشأن. أو أن ينص قانون القاضي على أن الوصاية على القاصر تخضع لقانون الجنسية؛ فإن تحديد مفهوم الوصاية لا يجب أن يتم وفقاً لقانون القاضي أو لقانون جنسية القاصر فحسب، بل يجب أن يرجع أيضاً في تحديد هذا المفهوم إلى النظم السائدة في العالم وبذلك فإنه سيستخلص مفهوم مطلق لهذه الفكرة.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه الألماني (RABEL) أن القاضي لا ينبغي أن يكون أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف وإنما ينبغي عليه استعمال المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبوغة بصيغة عالمية.

ويجد هذا الاتجاه أساسه في فكرة أساسية هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وضعت لمواجهة علاقات دولية خاصة، وعليه، فإن مضمونها ينبغي أن يتحدد وفقاً لقواعد مطابقة لطبيعتها وللوظيفة الدولية التي تؤديها ومن ثم يجب الاعتماد في تحديد مضمونها على مفاهيم عالمية موحدة ومجردة. وبالرغم من أن هذا النظام يحقق أو يؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية وتجعل لقواعد الإسناد معناً عالمياً، بالإضافة إلى أنها تذلل الصعوبات التي تجابه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في التشريع الداخلي؛ إلا أنها تنطوي على صعوبة كبيرة في التطبيق لأنه من الصعب -من الناحية العملية- أن يقوم القاضي المطلوب منه تكييف مسألة معينة بالرجوع إلى مختلف الدول ليستمد منها الوصف القانوني الملائم؛ وحتى لو تمكن القاضي من الرجوع إلى قوانين مختلف الدول فسيؤدي اختلافها حول الوصف القانوني لكثير من المسائل إلى نتائج متضاربة.

لا ننكر أن أنصار هذا الاتجاه قد أرادوا تحقيق مثل العليا، لا سيما بإزالة مشكل التنازع في التكييفات، وذلك يجعل قضاة مختلف الدول يتوصلون إلى نفس المفاهيم للفئات المسندة. إلا أن رغبتهم لم تأخذ طريقها إلى التطبيق الفعلي، إذ أن الوصول إليها ليس بالأمر الهين اليسير، ذلك أن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بعد ولم ينجح هذا الأخير في أن يوفق بين أوصاف العلاقات القانونية، بالإضافة إلى أن المحاكم وعند مجابته لقضايا لم يتطرق إليها التشريع الداخلي لم تعان صعوبة في تكييفها.

فهذا المنهج رغم وجاهته من الناحية النظرية؛ فإنه من الناحية العملية عسير الإلتباع، فمن جهة يصعب على القاضي الذي يجري التكييف الإحاطة بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف، ومن جهة أخرى، فإن النظم القانونية المختلفة تختلف فيما بينها حول الوصف القانوني للكثير من المسائل، مما يجعل القاضي في غير استطاعته التوصل إلى نتائج غير متضاربة.

الفرع الثالث: التكييف في النظام القانوني الجزائري

جاء في المادة (09) من القانون المدني الجزائري أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه". يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري أخضع التكييف لقانون القاضي في العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي عندما يُطلب منه تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها عدة قوانين، فالقاضي الجزائري يجب أن يرجع إلى القوانين الجزائرية كالقانون المدني والتجاري وقانون الأحوال الشخصية... الخ، للتعرف على طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، وبالتالي إلى قاعدة الإسناد التي تعين له القانون الواجب التطبيق.

كما يلاحظ أن المادة (9) من القانون المدني قصرت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف اللازم الذي غرضه معرفة القانون الواجب تطبيقه، فهي بذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة، لأنه لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي بل يجب إخضاعها للقانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه. فيكون بذلك المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية بارتن في التكييف وبالحفظ الذي أورده لضبط نطاقها.

وهكذا، يرجع القاضي إلى القانون الجزائري في جملته وبأفق واسع لتحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع للعمل بقاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق. وينتهي دور

القانون الجزائري عند التكييف الأولي وهو تحديد نوع العلاقة القانونية وتحديد قاعدة الإسناد الوطنية، أما التكييف اللاحق فيخرج عن اختصاص القانون الجزائري ويحكمها القانون المختص الذي حددته قاعدة الإسناد، فلو أن قاعدة الإسناد أعطت الاختصاص في الأهلية مثلا لقانون الجنسية، فإن مسألة الرشد والسفه والحجر ينبغي إجراؤها وفقا للقانون الذي أعطى له الاختصاص. كما أخذ المشرع الجزائري بالاستثناءات على التكييف وفقا لقانون القاضي، فيكون المشرع الجزائري قد ساير الفقه الحديث في ذلك، وهي وردت على النحو التالي:

- وجود نص في معاهدة دولية أو نص خاص يخضع التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي لأنه يؤدي إلى الاختلاف في تحديد نطاقها نتيجة الاختلاف في التكييف من دولة متعاهدة لأخرى، وفي ذلك تعطيل لأحكام المعاهدة وتحلل من أحكامها، ولذلك استثناء من القاعدة العامة يخضع التكييف للقانون الذي نصت عليه المعاهدة وفقا لنص المادة (21) من القانون المدني الجزائري التي مفادها: "لا تسري أحكام المواد السابقة، إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر"، وكذا المادة (132) من الدستور الجزائري التي نصت على أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون.
- تحديد طبيعة المال هل هو عقار أو منقول يخضع لقانون موقعه وفقا لنص المادة (1/17) من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"، ففي هذه الحالة لا يطبق قانون القاضي، وإنما يكون التكييف طبقا لموقع المال، وهذه الأموال أما بطبيعتها غير منقول كالعقار أو منقول بالتخصيص كأسهم البنك الفرنسي التي اعتبرت أموالا غير منقولة مع قابليتها للانتقال.
- الاستحالة المادية: وذلك عندما تواجه القاضي مسألة غير معروفة في نظامه القانوني، فهو يجب عليه تكييفها وفقا للنظم القانونية التي تعرف المسألة وفقا لنص المادة (23) مكرر 2 من القانون المدني الجزائري التي قررت أنه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"، ففي هذه الحالة يعطى الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي، كما في المهر والوقف، فإن القوانين الغربية تجهل هذه الأمور، وهناك دعوى رفعت من قبل أحد رعايا مالطا أمام المحاكم الجزائرية، طالب المدعي فيها بحق (ربع الزواج الفقير)، وهو نظام قانوني يقره القانون

المالطي، إلا أنه مجهول من قبل القانون الفرنسي (قانون القاضي) المطبق آنذاك في الجزائر، وتعدر على القاضي تكييف موضوع النزاع بمقتضى قواعد القانون الفرنسي، واضطرت المحكمة تجاه هذه الاستحالة الناشئة من عدم وجود مثل هذا النظام في قانونها إلى أن تتخلى عن التكييف لقانون آخر وهو قانون جنسية المدعي (قانون مالطا).

- يخضع تكييف الفعل سواء النافع أو الضار لقانون محل وقوع الفعل المنشأ للالتزام وفقا لنص المادة (20) من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

لكن يعاب على هذا النص عدم تركه للقانون الأجنبي مجالا لتحليل نظام قانوني أجنبي غريب عن القانون الجزائري للكشف عن ملامحه الأساسية للاهتداء إلى حقيقة طبيعته التي تسمح للقاضي بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه، ومن شأن هذا العيب أن يؤدي في كثير من الأحيان إلى تشويه الأنظمة القانونية الأجنبية وإعطائها طبيعة مخالفة لتلك التي أرادها المشرع الذي نص عليها في قانونه، وهذا ما دفع بالفقه الحديث المؤيد لنظرية "بارتان" إلى القول بضرورة الاستعانة في التكييف بالقانون الأجنبي.

المبحث الثالث:

الإحالة (Le renvoi)

لما ينتهي القاضي من عملية التكييف يهتدي إلى قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة المعروضة عليه، فيتعرف من خلالها على القانون الذي سيطبقه عليها. فلا يثور أي إشكال فيما لو أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الوطني لحكم المسألة القانونية محل النزاع؛ لكن ماذا يحدث لو أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع؟ وهذا لأن القانون الأجنبي شأنه شأن القانون الوطني، يتضمن نوعين من القواعد: قواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع، وقواعد إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتمة على عنصر أجنبي، فيثور التساؤل: هل القاضي الوطني يرجع إلى القانون الأجنبي في جملته مما يقتضي استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها، أم أنه يتجه مباشرة إلى النوع الثاني من

القواعد وهي القواعد الموضوعية فيطبقها على النزاع دون الاعتماد بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان.

لا يخفى أن الإجابة على هذا السؤال المطروح ليست ضرورية فقط من الناحية النظرية بل أيضا من الناحية العملية، نظرا لما يترتب عن ذلك من تغيير في الحل النهائي للنزاع. فقانون كل دولة يتضمن إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع قواعد إسناد مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي. لكن بعد تحديد طبيعة المسألة موضوع النزاع وإعطائها الوصف القانوني وتحديد القانون الواجب التطبيق، قد تظهر صعوبة في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون لأن خصوصية قواعد الإسناد تؤدي بصورة حتمية إلى حدوث حالات تنازع إيجابي أو سلبي.

حيث يحدث التنازع الإيجابي حين يعلن كلا القانونين الوطني والاجنبي الاختصاص التشريعي لقانونهما، ومثال ذلك تنازع قواعد الإسناد في كل من القانون الفرنسي والقانون البريطاني بشأن أهلية فرنسي متوطن في إنجلترا إذ تقضي قواعد الإسناد في القانون البريطاني بتطبيق القانون البريطاني على أهلية هذا الشخص باعتبار قانون موطنه، بينما تقضي قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي عليها باعتباره قانون جنسية.

أما التنازع السلبي فيكون عندما يتخلى كلا القانونين عن اختصاصه بحكم المسألة، كأن تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين فتشير قواعد الإسناد لهذا القانون الأجنبي بتطبيق قانون آخر غير قانونها. كأن يعرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في الدانمارك، فتشير قواعد الإسناد لقانون القاضي بتطبيق القانون الانجليزي باعتباره قانون الجنسية، لكن قواعد الإسناد لهذا الأخير ترفض الاختصاص المحول لها وتشير باختصاص القانون الدانماركي باعتباره قانون الموطن. فماذا يكون الحل؟

من المؤكد أن نجد أنفسنا أمام وسيلة جديدة لحل هذا التنازع السلبي بين قواعد الإسناد الوطنية مع قواعد الإسناد للقانون الأجنبي. وهي ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص "بالإحالة" التي تشكل إحدى القضايا الأكثر إثارة للجدل في مسألة تنازع القوانين باعتبارها أدت إلى انقسام الفقهاء والاجتهادات والأنظمة التشريعية.

المطلب الأول: أصل الإحالة:

ظهرت فكرة الإحالة لأول مرة في القضاء الإنجليزي عام 1841، غير أن معالمها لم تتحدد إلا في عام 1874 إثر قرار صدر عن المحاكم الفرنسية بصدد قضية "فورغو" (Forgo) التي تتلخص وقائعها في أن فورغو ولد غير شرعي من الجنسية البافارية، ولد في بافاريا ثم انتقلت به أمه إلى فرنسا وهو في الخامسة من عمره فأقام بها حتى وافته المنية وهو في الثامنة والستين من عمره تاركا ثروة منقولة، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على ثروته باعتبارها تركة لا وارث لها، فثار نزاع بينها وبين الورثة من أقارب أمه الذين طالبوا بالميراث مستندين في طلبهم إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي.

فعند الرجوع إلى قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي ظهر أنها تخضع الميراث في المنقولات لقانون الموطن القانوني للمتوفى وهو في هذه الحالة القانون البافاري، نظرا لأن "فورغو" (Forgo) رغم طول إقامته في فرنسا، فإنه لم يكتسب فيها موطنا قانونيا وفقا للقانون الفرنسي الذي كان يتطلب حينذاك إذنا رسميا بالتوطن؛ وحيث أن فورغو لم يحصل على مثل هذا الإذن فقد وجب على القاضي الرجوع إلى القانون البافاري لحكم النزاع القائم.

ولما كانت قواعد الإسناد في القانون البافاري تخضع لأيلولة التركة لقانون محل إقامة المتوفى المعتاد، وهو هنا القانون الفرنسي الذي لا يعترف للحواشي بالإرث إلا إذا كانوا من إخوان وأخوات المتوفى؛ ولما كانوا غير ذلك فقد رفضت المحكمة طلبهم وحكمت بأيلولة التركة للحكومة الفرنسية باعتبارها وارثة للأموال التي لا وارث لها، وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد أخذ بما أحال به القانون البافاري وأستبعد القانون الذي أمرت به قواعد إسناده وأعطى الاختصاص لقانون الموطن الفعلي حسبما جاء في قواعد إسناد القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: تعريف الإحالة الدولية وصورها

للإحالة مفهوم واسع على الصعيد الدولي والداخلي، وعلى الرغم من عدم وجود تعريف محدد ودقيق لها، إلا أننا نجد بعض الفقهاء والمؤلفين من أعطائها تعريف ولو أنه سطحي، وذلك استنادا إلى الوظيفة العامة التي تقوم بها.

الفرع الأول: تعريف الإحالة الدولية

لكي نتعرف على ماهية الإحالة ينبغي أولا التأكيد بأن لكل دولة قواعد موضوعية داخلية تطبق على رعاياها في علاقاتهم الداخلية، وإلى جانبها قواعد أخرى خاصة بتنازع القوانين مهمتها

بيان القانون المختص بحكم العلاقات المشتمة على عنصر أجنبي، وهي تختلف من دولة إلى أخرى نتيجة لخصوصيتها لاسيما في مجال الأحوال الشخصية والتي تتحدد بضابط الإسناد، بحيث تسندها بعض الدول لقانون الجنسية، بينما تخضعها دول أخرى لقانون الموطن، وهذا الاختلاف يطرح مشكل التنازع بين قواعد الإسناد الوطنية، وقواعد الإسناد الأجنبية.

بالنسبة للقواعد الموضوعية فهي تقدم حلول، وبالتالي تنهي النزاع ومهمتها حكم العلاقة القانونية وتنظيمها. أما بالنسبة لقواعد الإسناد، فهي لا تقدم حولا نهائية، بل تشير إلى القانون الواجب التطبيق وتحدد المحكمة المختصة في نظر النزاع.

فإذا ما نظرت محكمة وطنية نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، فإن أول ما يقوم به القاضي هو تكييف تلك العلاقة، من أجل وضعها ضمن إحدى الفئات المسندة، ثم يذهب إلى قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا أشارت هذه الأخيرة إلى تطبيق القانون الوطني، يلجأ القاضي إلى الأحكام الداخلية في قانونه من أجل الاهتداء إلى حل المنازعة القانونية ويتعامل معها شأنها شأن أي نزاع داخلي كل عناصره وطنية.

أما إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، يثور التساؤل: هل تطبق المحكمة القواعد الموضوعية في هذا القانون الأجنبي فقط دون تلك الخاصة بتنازع القوانين، أم يرجع إلى القانون الأجنبي في جملته مما يقتضي استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها؟

فإذا ما طبق القاضي القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية دون الرجوع إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي، فلا مجال هنا للتنازع السلبي بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي؛ ويكون بذلك قد رفض القاضي الإحالة.

أما إذا رجع القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية بعدما رفضت هذه الأخيرة حكم العلاقة القانونية، ويجدها ترفض هي كذلك الاختصاص بحكم العلاقة القانونية محل النزاع، يكون القاضي هنا بصدد الإحالة التي لا تحدث إلا في حالة التنازع السلبي بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي. وبذلك يكون القاضي قد طبق قانونا آخر غير القانون الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الموجودة في قانونه.

الفرع الثاني: أنواع الإحالة الدولية:

إذا كان النظام القانوني لدولة القاضي المختص بنظر النزاع ذي الطابع الدولي يأخذ بالإحالة، أي رجوع القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، فإن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الفقه فرق بين نوعين من الإحالة، إحالة من الدرجة الأولى وإحالة من الدرجة الثانية: **أولاً: الإحالة من الدرجة الأولى** : نكون بصدد إحالة من الدرجة الأولى لما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى القانون الأجنبي، فتحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص لقانون القاضي، وهذا النوع أطلق عليه اسم الإحالة الحقيقية، أو إحالة الرجوع، ففي المثال المتعلق بأهلية الإنجليزي المتوطن في الجزائر، فإن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي المختص وفقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي تحيل الاختصاص إلى هذا الأخير باعتباره موطن الإنجليزي الذي يخضع الأهلية لقانون الموطن، وهذه هي الإحالة من الدرجة الأولى. ومثاله أيضاً: عندما تثور أمام القاضي الجزائري منازعة متعلقة بميراث منقولات خاصة بفرنسي متوطن في الجزائر، فإذا طبق القاضي الجزائري قاعدة الإسناد الوطنية فإنه سيعقد الاختصاص للقانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، أما إذا رجع القاضي إلى قاعدة الإسناد الفرنسية، سيجدها تعقد الاختصاص في الميراث الوارد على منقول لقانون آخر وهو موطن المتوفى، أي القانون الجزائري.

ثانياً: الإحالة من الدرجة الثانية: ويسمى البعض بالإحالة المطلقة، وتكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية الاختصاص لا إلى القانون الوطني وإنما إلى قانون أجنبي آخر، مثال ذلك: نزاع عرض على القاضي الجزائري متعلق بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في الدانمرك، فوفقاً لقواعد الإسناد الجزائرية، فإن الاختصاص يعقد للقانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، لكن قواعد الإسناد في هذا القانون ترفض اختصاصه وتعقد الاختصاص للقانون الدانماركي باعتباره قانون الموطن، فإذا كان القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الثانية، فإنه سيطبق على هذا النزاع القانون الدانماركي، الذي أحالت إليه قواعد الإسناد الإنجليزية، وهذا بشرط أن تقبل قواعد الإسناد في القانون الدانماركي هذا الاختصاص، ويمكن للقانون الأجنبي أن يحيل الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة، والذي يقوم بدوره بالإحالة إلى قانون آخر، وهكذا وبما أن أي قانون لا يمكن أن يطبق دون أمر

صادر عن قاعدة تنازعيه، فإن كل طرف يكتفي بإحالة الكرة، ولهذا أطلق عليها اسم "غرفة المرايا" أو لعبة "كرة المضرب الدولية".

ويمكن لهذه الإحالة ألا تتوقف، ويستمر كل قانون بإحالة الاختصاص إلى قانون آخر، أو يرتد الاختصاص من أحد هذه القوانين المتعاقبة، إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه، فلا مناص في هذه الحالة من الرجوع عن فكرة الإحالة، وتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه ابتداءً.

الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من الإحالة الدولية

لم يورد القانون الجزائري أي نص خاص بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين في القانون المدني لعام 1975، غير أنه بعد تعديل القانون المدني بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/02/2005 بدأ موضوع الإحالة يظهر بشكل جلي في نص المادة: 23 مكرر 1 من القانون المدني، إذ جاء فيها: "إذا تقرر أن قانونا 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".

من خلال استقراء الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع قد تبنى موقفا متناقضا من فكرة الإحالة الدولية، فقد عبر صراحة عن رفض الإحالة في الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1، لكن الإشكال يثور عند قراءة الفقرة الثانية التي تعقد الاختصاص للقانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي، فالفقرة الثانية من نفس المادة قد أوردت تحفظا على الحكم السابق، حيث أقرت اختصاص القانون الجزائري استثناءً إذا ما أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص، وهو ما يعتبر من قبيل المصادرة عن المطلوب والمنافي للمنطق وفقا للمادة 23 مكرر 1/2، فكيف يعقل أن يقبل القاضي الجزائري الاختصاص بنظر النزاع فيما لو أحالت عليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وهو لم يلجأ أصلا إلى هذه القواعد؛ بل اكتفى بالرجوع إلى القواعد الداخلية للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية ليستقي حكما نهائيا يطبقه على النزاع ذو الطابع الدولي المعروض أمام محاكمه.

وهكذا، فإن المشرع الجزائري لم يأخذ بالإحالة ونص على إلزامية رجوع القاضي الوطني إلى الأحكام الداخلية للقانون الأجنبي دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. على أمل أن يتدارك اللبس الذي وقع فيه بشأن صياغة الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1.

المطلب الثالث: قاعدة التفويض (الإحالة الداخلية)

تعتبر مسألة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع من المسائل التي أثارت جدلا واسعا في فقه القانون الدولي الخاص، والتعدد على هذا النحو قد يكون تعددا شخصيا وقد يكون تعددا إقليميا، على النحو التالي:

فيكون التعدد الشخصي أو الطائفي في الدول ذات الانقسام الطائفي سواء بحسب الديانة أو المذهب أو العرق، ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة بها، كما هو الحال في مصر ولبنان وسوريا وتركيا. أما التعدد الإقليمي فينطبق على الدول المقسمة إلى أقاليم بحيث يكون لكل إقليم منها شريعته الخاصة به، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وكندا.

ويترتب على هذا التعدد إمكانية حصول تنازع داخلي بين القوانين، وهو بدوره قد يكون تنازعا شخصيا (ديني أو مذهبي أو عرقي)، وقد يكون تنازعا إقليميا (فدراليا أو ناتجا عن ضم الأقاليم). فإذا كانت قواعد الإسناد الوطنية تشير باختصاص قانون أجنبي لدولة تتعدد فيها الشرائع، يثور التساؤل عن الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها على واقعة الدعوى، فكيف يتسنى للقاضي اختيار هذه الشريعة من بين الشرائع المتعددة التي يتضمنها هذا القانون؟

بالنسبة للقوانين التي لم تحدد موقفا من هذه المشكلة، فإن الحل لديها يرتبط ارتباطا وثيقا بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية، إذ يتعين على القاضي الوطني أن يحدد المقصود بلفظ القانون الأجنبي عندما يكون قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

أما المشرع الجزائري، فقد عالج المشكلة بموجب المادة 23 من القانون المدني، التي فوضت القانون الأجنبي المختص في تعيين الشريعة الواجبة التطبيق متبنيا بذلك: "قاعدة التفويض"، إلا أن النص الأصلي لهذه المادة لم يتطرق للحل المتبع عند استحالة إعمال قاعدة التفويض مما أحدث فراغا تشريعا، استدعى تدخل المشرع لتتمه هذه المادة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 متداركا بذلك هذا الفراغ باستحداث الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المدني الجزائري.

فقد نصت المادة 23 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه".

وبذلك فقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة عن طريق تفويض القانون الأجنبي المختص في أمر تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق، أي أن تحديد هذا التشريع متروك لقواعد التنازع الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع، وهذا هو المقصود عند الفقه بقاعدة التفويض.

كما تبنى القضاء هذا الحل في بعض الدول التي لم تعالج تشريعياً هذه المسألة كما هو الحال في لبنان، حيث انتهت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية إلى أنه: "من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص، فتجد نفسها أمام تعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، تختار من بين هذه القوانين الداخلية ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك، بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية.

الفرع الأول: إعمال قاعدة التفويض

إن إعمال قاعدة التفويض طبقاً للفقرة الأولى من المادة 23 من القانون المدني الجزائري يفترض بدهاءة أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد قانونية خاصة لفض التنازع الداخلي، لكن ما هو الحل فيما لو لم يتضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية أي قواعد من هذا النوع أو عجزت قواعد التنازع الداخلية التي يتضمنها عن حسم النزاع؟

لقد ثار جدل فقهي واسع بخصوص هذه المسألة، إلا أن المشرع الجزائري حسم أمره بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الذي تم المادة 23 بفقرة ثانية نص فيها: "إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

يتضح من هذه الفقرة أن الحل الذي تبناه المشرع الجزائري يختلف بحسب نوع التعدد التشريعي لدولة القانون الأجنبي المختص، وذلك على النحو التالي:

أولاً: في حال التعدد الطائفي: إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات تعددا طائفيا أساسه دينيا كان أو مذهبيا أو عرقيا، ولم يتضمن هذا القانون نصا خاصا يبين أي تشريع داخلي يجب تطبيقه فعلى القاضي أن يطبق التشريع الغالب في ذلك البلد الأجنبي، فمثلا إذا تعلق الأمر بدولة من دول المشرق العربي، فإن مدونات الأحوال الشخصية للمسلمين في تلك الدولة هي التي تطبق باعتبار أغلب سكانها مسلمون؛ إلا أن تطبيق التشريع الغالب في الدولة المتعددة التشريعات مباشرة بمجرد عدم وجود نص لفض التنزع الداخلي الطائفي في تلك الدولة قد لا يتفق مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على العلاقة أو النزاع، ذلك أن كون التشريع غالبا في الدولة لا يبرر تعميمه على جميع الطوائف بمجرد عدم وجود نص خاص بالتنزع الداخلي لتلك الدولة.

فالتعدد الطائفي يقوم على أسس واضحة هي الدين عادة، بالإضافة إلى المذهب والعرق أحيانا، مما يمكن معه للقاضي أن يطبق تشريع الطائفة التي ينتمي إليها الشخص قبل أن يلجأ إلى التشريع الغالب في الدولة الذي يبقى حلا أخيرا إذا تعذر الأول، خصوصا إذا كانت تلك الدولة تقر بهذا التعدد الطائفي تشريعيا وكان بإمكان القاضي أن يتبين دين أو مذهب الشخص أو عرقه. نلاحظ أن المشرع أهدر في حال التعدد الطائفي إمكانية تطبيق التشريع الداخلي بناءً على الانتماء الطائفي للشخص إذا أمكن إثباته قبل اللجوء إلى التشريع الغالب في البلد، مما يعد إهدارا لروح المادة 23 التي أقرت لاحترام الخصوصيات الشخصية المعتمدة قانونا للأفراد.

هذا ويجب التنبيه إلى الفرض الذي لا توجد فيه شريعة غالبية في دولة القانون الأجنبي المختص، ففي هذه الحالة لا مناص أمام القاضي الجزائري إلا الوقوف على الانتماء الطائفي للشخص، وهو أمر ميسور الوقوف عليه خصوصا إذا ما كان أساسه الدين.)

ثانيا: في حال التعدد الإقليمي: طبقا للفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المدني الجزائري فإنه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا ولم يتضمن هذا القانون نصا خاصا يبين أي تشريع داخلي يجب تطبيقه فعلى القاضي أن يطبق التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد.

إذاً تبنى المشرع الجزائري، الرأي القائل بتطبيق تشريع عاصمة الدولة المتعددة التشريعات في هذه الحالة، وهو رأي أخذت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في الأول من ماي 1958 وكان له أثر واضح على اتجاه محاكم الموضوع بعد ذلك نحو تطبيق شريعة العاصمة

في كافة الفروض التي تعجز فيها قواعد التنازع الداخلية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن تحديد الشريعة الإقليمية المختصة بحكم النزاع.

ولا شك أن هذا الحل الذي تبناه المشرع الجزائري يتسم بالبساطة واليسر بالنسبة للقاضي أو بالنسبة لأطراف النزاع عند مساعدتهم للمحكمة في إثبات مضمون القانون الأجنبي، إلا أنه حل لا يتجرد من الافتراض والمجاز وكثيرا ما لا يعبر عن الواقع؛ فلا يصح تطبيق قانون العاصمة حملا على أنه الحل المناسب والملائم، فقد لا يكون هو أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة، ولا أكثرها مناسبة لمعطيات النزاع، حددته الصدفة وساقه التصور والافتراض، فالتحديد المسبق لشريعة العاصمة على هذا النحو هو اختيار عشوائي لا يتفق دائما مع روح النظام القانوني الواجب تطبيقه على النزاع، فقد تنتفي كل صلة بين قانون العاصمة والمسائل محل المنازعة، الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف ويهدر الحكمة التي من أجلها قررت قواعد الإسناد.

إن هذه الاعتبارات هي نفسها التي دفعت بعض الفقهاء إلى رفض حلول فقهية أخرى لهذه المسألة من بينها الحل الذي يقضي بتطبيق شريعة الوحدة الإقليمية التي كان بها آخر موطن للشخص قبل مغادرة الدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع أو التي كان بها موطنه الأصلي، أو الحل الذي يقضي بالرجوع إلى قانون القاضي عندما يتعذر الاهتمام إلى الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق، إذ يعيب كافة هذه الحلول أنها قد تؤدي إلى تطبيق شريعة موضوعية لم يعد لها صلة مباشرة بالمسألة المعروضة، كما تتطوي على إهدار لروح قواعد الإسناد.

الفرع الثاني: موقف الفقه من إعمال قاعدة التفويض

كان جديرا بالمشرع الجزائري أن يتبنى حلولا ساقها الفقه هي أكثر واقعية وتماشيا مع روح قواعد الإسناد في حال تعذر الوقوف على التشريع الداخلي الواجب التطبيق في الدولة ذات التعدد التشريعي الإقليمي أو الطائفي، على النحو التالي:

أولا: في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد في قانون القاضي من الضوابط المكانية

مثل ضابط موطن الشخص أو محل وجود المال أو مكان وقوع الفعل الضار أو النافع ولم يوجد نص خاص يفض التنازع الداخلي، فحينئذ على القاضي إعمال الضابط مباشرة، لأن الضوابط المكانية لها القدرة والكفاية الذاتية على تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق؛ ولا شك أن تطبيق التشريع الداخلي الذي يتحدد بمقتضى هذه الضوابط من شأنه تحقيق الغاية من عملية التفويض وذلك بتطبيق أكثر التشريعات الداخلية اتصالا بالعلاقة.

والحال كذلك، إذا تعلق الإسناد بضابط الإرادة واختار المتعاقدون صراحة أو ضمنا التشريع الداخلي الواجب التطبيق، فحينئذ يجب إعمال إرادة المتعاقدين إذا تعذر إعمال قاعدة التفويض. بل إن جانبا من الفقه يرى استبعاد قاعدة التفويض أساسا إذا تعلق الأمر بضابط الإرادة أو ضابط مكاني نظرا لكفايتهما في تحديد التشريع الداخلي المختص. مما يحتم الأخذ بهذا الحل من باب أولى إذا تعذر إعمال قاعدة التفويض.

ثانيا: في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد في قانون القاضي هو جنسية الشخص
وتعذر إعمال قاعدة التفويض، فإن القانون الأنسب في نظر أغلب الفقهاء حينئذ هو قانون موطن الشخص، فإن لم يكن له موطن تعين تطبيق تشريع الوحدة الإقليمية التي يوجد بها محل إقامته. حيث يجد هذا الحل سنده في المبررات التالية:

- إن تشريع الموطن أو محل الإقامة هو أقرب القوانين لحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بعد قانون الجنسية وذلك لكونه أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة إذا ما تعذر إعمال القانون الذي تحدد بمقتضى جنسية الشخص.

- إن هذا الحل لا يمكن وصفه بالعرضي ولا يتوقف على الصدفة كغيره من الحلول الأخرى ومنها تطبيق قانون العاصمة، بل إنه يترجم صلة واقعية بين المنازعة المطروحة والقانون المطبق، ولذلك فإن هذا القانون يتميز بكونه رابطة فعلية وحقيقية، كما أنه معروف سلفا للأطراف لا يتغير بتغير المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

- إن إعمال قانون الموطن لا يعد تجاهلا لروح التشريع الجزائري القائم على نظام الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ولا تضحية بقاعدة الإسناد القائلة بتطبيق قانون الجنسية، فإعمال هذا الحل منوط بشرط أساسي هو تعذر تعيين التشريع الداخلي المختص في قانون الجنسية المتعدد التشريعات.

- إن ما يدعم هذا الحل هو مسلك المشرع الجزائري نفسه في مسائل شبيهة بهذه الحالة، فالمادة 22 من القانون المدني في فترتها الأخيرة تقضي بتطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة بالنسبة لعديمي الجنسية. فيكون المشرع بذلك قد وضع قاعدة إسناد احتياطية تقضي بتطبيق قانون موطن الأشخاص في الفروض التي يكون فيها هؤلاء عديمي الأهلية.

وقد اعترض بعض الشراح في مصر على هذا الحل في الحالات التي يكون فيها موطن الشخص خارج الدولة المتعددة التشريعات، حيث يكون تطبيق قانون دولة الموطن حينئذ بناءً على

قواعد الإسناد الداخلية في قانون الجنسية هو بمثابة أخذ بالإحالة وهو ما يرفضه المشرع المصري مطلقاً بموجب المادة 27 من القانون المدني، وكذا المشرع الجزائري بموجب المادة 23 مكرر. إلا أن أنصار الأخذ بقانون الموطن يبررون موقفهم بأن الرجوع إلى قانون الموطن في الفروض السابقة يكون بناءً على قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي، وليس بمقتضى قواعد الإسناد الداخلية في قانون الجنسية المختص في الأصل بحكم النزاع.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القضاء المصري قد مال في بعض أحكامه لصالح قانون الموطن إذا تعذر الكشف عن الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في قانون الجنسية المختص، من ذلك ما قرره محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 1955 من أن عدم وجود قواعد التنازع الداخلية في القانون المختص بحكم النزاع من شأنه عدم الاهتداء إلى قانون ينتمي له الشخص بجنسيته، مما يبرر معاملته كما لو كان عديم الجنسية، ولذلك يجب الرجوع إلى قانون الموطن، وفي حالة عدم وجود الموطن إلى قانون البلد الذي يقيم فيه."

الفصل الثالث

تطبيقات قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري

بعد استعراضنا لمفهوم قواعد الإسناد وتفسيرها ومدى إلزامية هذه القواعد في التشريع الجزائري، وعرفنا أن المسائل القانونية كثيرة ما يجعل من المستحيل وضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، ولذلك وضع المشرع فئات معينة تسمى بالفئات المسندة؛ تتضمن كل فئة منها المسائل القانونية المتشابهة ومن بين هذه الفئات المسندة والمنصوص عليها في القانون المدني الجزائري هي المسائل المتعلقة بالأشخاص ويطلق عليها مصطلح الأحوال الشخصية، (المبحث الأول) وفئة الأموال ويطلق عليها الأحوال العينية والتي قرر لها أحكاماً خاصة تشمل جانبها الموضوعي والشكلي، (المبحث الثاني) إضافة إلى فئة التصرفات والوقائع القانونية؛ (المبحث الثالث) وربط كل فئة من هذه الفئات بضابط إسناد خاص بها على النحو الذي سيأتي بيانه.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.

يقصد بالأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي يطبق عليها القانون الشخصي، وهي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبملاقاته

بأسرته، والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن أو الجنسية، وهي: الحالة، الأهلية، الزواج، الطلاق، الولادة، النسب، الحضانة، النفقة، الوصية والميراث. وإن تحديد ما يدخل في الأحوال الشخصية يختلف من دولة لأخرى، فيقتصر هذا الاصطلاح في بعض الدول على الحالة والأهلية، في حين يشمل في دول أخرى إلى جانب ذلك الوصية والميراث والنسب والنفقة، فقد عرفت محكمة النقض المصرية، بقولها: "أن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، كون الإنسان ذكر أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا، أو مطلقًا، أو أبًا، أو ابنا شرعيا، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدا بسبب من الأسباب القانونية"؛ كما تختلف الدول فيما بينها في تحديد القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية، فمنهم من يحيل هذه الأخيرة إلى قانون الجنسية مثل: القانون الجزائري وقوانين مختلف الدول العربية وبعض الدول الأوروبية، وبعضها يحيلها إلى قانون الموطن مثل القانون الإنجليزي والأمريكي، فما هي مبررات كل فريق؟

المطلب الأول: المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن

تعنى الأحوال الشخصية بالمسائل المتعلقة بالأشخاص ويطبق عليها القانون الشخصي، وقد اختلف الفقه والتشريع في ضابط الإسناد الخاص بالقانون الشخصي فانقسموا إلى فريقين: أحدهما يدعو لإسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية، والآخر يدعو لإسنادها إلى قانون الموطن، ولكل منهما حجج اعتمد عليها.

الفرع الأول: حجج مناصري قانون الجنسية: الجنسية هي رابطة قانونية سياسية وروحية تربط الشخص بالدولة، وتحدد الحقوق والالتزامات المترتبة عليها، وهي مقدمة ضرورية في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقاضي، وكذلك تحديد الاختصاص القضائي، لهذا أورد بعض الفقهاء مجموعة من الحجج والأسانيد التي تتادي بوضع ضابط الجنسية كمعيار للتوصل إلى القانون الواجب التطبيق، أنه:

- يضمن قانون الجنسية الاستقرار بالنسبة للقانون المطبق، ولا يثير صعوبة في تحديده فالجنسية تعتبر أحسن عامل للإسناد من قانون الموطن الذي يتغير بسهولة.
- الغرض من الزواج تكوين أسرة، وهذه الأخيرة تهم البلد التي ينتمي إليها الزوجان بجنسيتهما أكثر مما تهم البلد الأجنبي.

- الجنسية هي رابطة روحية بين الأفراد والدولة وهي أهم من رابطة الموطن المادية المؤقتة، لذا فالأخذ بها كضابط إسناد يغرس في نفوس رعايا الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم الشعور بقوميتهم، ويجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحملون قانونه أينما ذهبوا.
- يساعد الدولة في حماية مواطنيها المقيمين في الخارج بالطرق الدبلوماسية. لما توفره سفارات الدولة وقنصلياتها من حماية قانونية للتصرفات التي سيجرونها وفق قانون جنسيتهم.

الفرع الثاني: حجج مناصري قانون الموطن: الموطن هو المكان المعين الذي تكون للشخص صلة فيه بحكم استقراره فيه أو بحكم اتخاذه مركزا لأعماله ومصالحه وصلاته العائلية وهو بذلك أداة لتوزيع الأفراد جغرافيا، وله أهمية كبيرة في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، إذ بتحديد موطن الأجنبي ومركزه القانوني في الدولة، يمكن التوصل إلى معرفة القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة بنظر النزاع المشتمل على عنصر أجنبي. ومن الحجج والأسانيد التي تنادي بوضع ضابط الموطن كمعيار للتوصل إلى القانون الواجب التطبيق، نذكر أنه:

- تقتضي مصلحة الفرد والغير الذي يتعامل معه في موطنه ومصالحه الأسرة توحيد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وأنه من السهل توحيد موطن الأسرة ومن العسير توحيد جنسيتها.
- موطن الشخص هو مركز مصالحه ومقره القانوني وهو المكان الذي يباشر فيه حقوقه ومصالحه، والأكثر ارتباطا به، لذا فقانون الموطن يضمن مصلحة الفرد ويجنبه الخضوع لقانون يختلف عن نظامه القانوني، لاسيما أن بعض المهاجرين تنقطع صلتهم بوطنهم ويندمجون مع الأهالي في الموطن الجديد، لذا أحسن وسيلة للتأقلم مع المجتمع الذي يعيشون فيه أن تطبق عليهم قوانين دولة الإقامة في أحوالهم الشخصية.
- يحافظ على المصالح العليا لدول الهجرة، لأن الاحتكام إلى قانون الجنسية في البلد التي يكثر فيها الأجانب، يؤدي لتكوين جاليات أجنبية تضر بسيادة الدولة وتقلل من مجال تطبيق قوانينها على إقليمها، مثل فرنسا التي تتجه سياستها لإدماج المهاجرين.
- قد يرتبط قانون الموطن في الغالب بقانون القاضي، فيصبح تطبيقه أسهل مقارنة مع قانون الجنسية الذي يعد أجنبيا، كما قد يخطئ القاضي في تفسيره ويجد صعوبة في تحديده لا سيما إذا كان أطراف الدعوى ينتمون إلى دول مختلفة. ما جعل الأستاذ mayer يصرح بأن أكبر فائدة لاختصاص قانون الموطن، هو توافقه في غالب الأحيان مع قانون القاضي لأن الشخص يرفع دعواه في البلد الذي يعيش فيه.

- إذا كان من السهل تطبيق قانون الجنسية في الدول التي تتوحد فيها القوانين، فإنه من الصعب تطبيقه على الدول المتعددة الشرائع أو الدول التي لم تقن قوانينها كإنجلترا مثلا.

الفرع الثالث: تقدير الحجج

إن الحجج السابقة ليست لها قيمة مطلقة، ذلك أن مزايا العملية لكل قانون بالنسبة للأخر ليست إلا نسبية، ترتبط بالعوامل والظروف التاريخية والاجتماعية والاقتصادية لكل دولة. وبالتالي يُترك الأمر للدولة وفقا لسياستها التشريعية لاختيار الضابط الأنسب وتبعاً لما تريد أن تحققه. فلا تزال الجزائر والدول الإسلامية تربط عقد الزواج فيها بالدين ولا تستطيع أن تأخذ بقانون الموطن، فقانون الجنسية يفرض نفسه عليها لأنه من غير المعقول أن يخضع في الخارج أفرادها إلى قانون آخر يربط الأحوال الشخصية بقانون ليس له صبغة دينية.

لذلك أسندت الجزائر الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية وهو الأسلم، وعلى أساس ذلك رأى المشرع بأنه أحسن قانون يكرس حماية للجزائريين والنظام العام الجزائري وفق المتطلبات المختلفة للدولة الجزائرية خاصة أن الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية، لذا يسمح اعتماد ضابط الجنسية بتطبيق القوانين الإسلامية على المسلمين المقيمين في الخارج، على عكس قانون الموطن الذي يؤدي إلى تطبيق قوانين غير إسلامية على الجالية العربية المسلمة بما فيها الجزائرية المقيمة في الخارج. وهو ذات الحل المعتمد في فرنسا لاسيما نص المادة الثالثة من التقنين المدني، ومصر بموجب المواد من 11 إلى 17 من التقنين المدني المصري.

المطلب الثاني: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية

يظهر من قراءة النصوص الخاصة بحل تنازع القوانين، أن المشرع الجزائري أخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية لا لقانون الموطن؛ لكن عند تطبيق هذه النصوص قد تعترضنا صعوبة تحديد قانون جنسية شخص من الأشخاص، بسبب تعدد الجنسيات التي يحملها أو انعدامها أو بسبب تغييره لجنسيته، أو في الحالة التي تكون فيها الدولة التي يحمل الشخص جنسيته من الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا أو تتعددا إقليميا، الأمر الذي يطرح مشكلة تحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق. مما يتطلب بحث هذه المسائل فيما يلي:

الفرع الأول: التنازع الايجابي والسلبى بين الجنسيات

تعترض القاضي عند محاولة حل النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية صعوبات انعدام وتعدد وتغيير الجنسية وعليه سوف نقف على كيفية حلها على النحو التالي:

أولاً: حالات التنازع الايجابي بين الجنسيات: يكون التنازع ايجابيا بين الجنسيات لما يكون الشخص متمتعاً بصفة قانونية بجنسية دولتان أو أكثر، بمعنى أن يكون لأطراف العلاقة جنسيات متعددة ويكون ضابط الإسناد الذي يتحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق جنسية المعني.

هنا ميز المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون المدني بين فرضين:

- إذا كان التنازع بين جنسيتين أجنبيتين فأكثر ليس من بينهما جنسية دولة القاضي، أي عندما تكون كل الجنسيات التي تثبت للشخص أجنبية وليس من بينها الجنسية الجزائرية، مما يطرح مشكلة الاختيار ما بين الجنسية التي يعتد بها دون غيرها لأن هذا الاختيار ضروري لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

الراجح هو أن العبرة تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع والظروف أن الشخص كان أكثر ارتباطاً بها أي الجنسية الفعلية للشخص، وهي الجنسية التي يرتبط بها أكثر من غيرها وتتجلى في جميع جوانب حياة الشخص بحيث تكون لها الهيمنة فيها على غيرها، فيبحث القاضي عن محل إقامته في إقليم دولة أو اتخاذ إقليمها موطناً لممارسة جميع نشاطاته العامة والسياسية دون غيرها من الدول الأخرى التي يحمل جنسيتها، كذلك اللغة التي يتكلم بها هذا الشخص أو تلك التي أدى فيها الخدمة الوطنية، ودفع الضرائب أو تلك التي يمارس فيها حقوقه السياسية مثل حق الانتخاب والترشح، أو تلك التي يمتلك فيها عقارات أو تلك التي كون فيها عائلة، بالإضافة إلى المكان الذي يمارس فيه الشخص وظيفته، فهذه كلها معايير تؤكد انتمائه لدولة أكثر من الأخرى. وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي وأخذت به محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي بتاريخ 3 جوان 1912 في قضية "canervaro". فمسألة تعدد الجنسية هي مسألة واقع وليست مسألة قانون.

- عندما توجد جنسية القاضي بين الجنسيات المتنازعة، فإنه لا يعتد بغيرها مهما كانت علاقة الشخص بالدول الأخرى التي يحمل جنسيتها، فعلى القاضي تطبيق قانونه، فإذا كان مثلاً من بين الجنسيات التي يحملها الشخص توجد الجنسية الجزائرية، فإنه لا يعتد في الجزائر إلا بها سواء فيما يتعلق بتحديد مركزه داخل إقليم الدولة أو بتحديد القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية أو من حيث عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، وبالتالي يطبق القانون الجزائري. حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني الجزائري "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية".

ثانياً: حالة التنازع السلبي (انعدام الجنسية): يعني مصطلح "عديمي الجنسية"، الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً فيها بمقتضى تشريعها، وهو أن تتخلى جميع قوانين الدول عن شخص معين

فيقع في حالة انعدام الجنسية، ولذلك لا يوجد تنازع بين القوانين من الناحية القانونية، وإنما يجب تعيين قانون جنسية واحدة تحكم نشاط ذلك الشخص، ولاسيما في قضايا الأحوال الشخصية، وتحل هذه القضية بالرجوع إلى أحكام القانون الوطني وفقا لقانون موطن أو مكان الإقامة بوصفه أقرب القوانين إلى الشخص.

وقد اختلف الفقه حول تعيين القانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية، فأسندته البعض لقانون الموطن غير أن المشرع الجزائري مثله مثل القوانين العربية الأخرى، ترك هذا التحديد للسلطة التقديرية للقاضي في المادة 3/22 قبل تعديلها، لكن بعد التعديل عاد وأخذ بالرأي الراجح فقد نصت المادة 3/22 من القانون المدني، أنه في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، وهذا ما أخذت به اتفاقية جنيف عام 1951 الخاصة بحالة اللاجئين، وهو التوجه الذي تبنته المادة 12 من اتفاقية نيويورك بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية المعتمدة في 28 سبتمبر 1954، حيث نصت صراحة على أنه: " تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن...".

الفرع الثاني: حالة تغيير الجنسية (التنازع المتحرك)

تقوم قاعدة الإسناد على ثلاثة أركان داخلية، هي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون الواجب التطبيق، ولو ركزنا في الحديث على ضابط الإسناد، لوجدناه يمثل عصب قاعدة الإسناد، حيث يلزم من وجوده وجودها ويلزم من عدمه عدمها، وعن طريقه تنهض قاعدة الإسناد بوظيفتها وتحدد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي تغييره لأي سبب كان يولد مشكلة التنازع المتحرك؛ ولكن كيف...؟

قد تنشأ مراكز قانونية في ظل قانون جنسية ما باعتباره القانون الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية، بعد ذلك تطرح مسألة تغيير جنسية الشخص تحديد الجنسية المعتمدة في مصير الحقوق والمراكز القانونية التي تولدت تحت سلطان قانون الجنسية القديمة، وهو ما يطلق عليه بالتنازع المتحرك أو المتغير.

وتثير إشكالية التنازع المتحرك اهتماما أكثر في مادة الأحوال الشخصية مقارنة بباقي المواضيع بالنظر إلى مختلف المعطيات المتعلقة بها، وهو كما يفترض الحفاظ على بعض المصالح وفق المتطلبات المختلفة، لذا عند قيام شخص بتغيير جنسيته بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء، فهل يؤخذ بقانون الجنسية القديمة أم الجديدة؟

حسم القانون الجزائري التنازع باعتماده على المعيار الزمني وفق الحل الفقهي المعتمد، وما قررته مختلف القوانين المقارنة وذات المصدر التاريخي، ولكن حكمه جاء قاصرا على بعض مواد الأحوال الشخصية دون الأخرى، فأخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للأثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج في الفقرة الأولى من المادة 12، فاعتمد الجنسية التي كان يحملها الزوج وقت إبرام عقد الزواج لا الجنسية الجديدة، وهو حل يخدم مصلحة الزوجة، فمن جهة يراعي نيتها في تطبيق القانون الوطني لزوجها عند الزواج، ومن جهة أخرى يحميها من تطبيق قانون الجنسية الجديدة في حالة تغيير الزوج لجنسيته بهدف تغيير القانون الواجب التطبيق والذي يخدم مصلحته على خلاف مثلا قانون جنسيته أثناء عقد الزواج، لاسيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الواجب التطبيق استنادا إلى الحل المقرر في المادة 24 من التقنين المدني.

وأسند انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للفقرة الثانية من المادة 12، وهو ما سيفاجئ الزوجة بتطبيق قانون لم تكن تتوقعه عند إبرام عقد الزواج، قد يضر بمصلحتها، ويخدم مصلحة الزوج. لكن حماية للطرف الوطني، عاد وأسند الشروط الموضوعية للزواج وأثاره وانحلاله إلى القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج بحسب ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري. باستثناء شرط الأهلية الذي يبقى خاضعا للقاعدة العامة أي قانون الجنسية.

وأسند النسب لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل أو وقت وفاة الأب وفقا لما قررته المادة 13 مكرر من القانون المدني، وهو نفس الحكم في المادة 13 مكرر 1 التي قررت أنه: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل المكفول وقت إجرائها"، وقد أشار المشرع الجزائري أيضا لقانون الجنسية الواجب التطبيق في الميراث والوصية والهبة طبقا للمادة 16 من القانون المدني، أما في غير هذه الحالات، لا توجد نصوص تشريعية تضبط المسألة مما يسمح للفقهاء والقضاء بالاجتهاد وتقرير قواعد في ضوء أحكام التنازع المتحرك.

الفرع الثالث: حالة الإسناد لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع

في حالة الإسناد لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع وتعذر أعمال قاعدة التفويض، سواء كان هذا التعدد إقليميا أو طائفيا.

فإذا كانت قواعد الإسناد الوطنية تشير باختصاص قانون أجنبي لدولة تتعدد فيها الشرائع فالسؤال يثور عن الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها على واقعة الدعوى، فكيف يتسنى للقاضي اختيار هذه الشريعة من بين الشرائع المتعددة التي يتضمنها هذا القانون؟

عالج المشرع الجزائري، هذه المشكلة من خلال نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه". فقد فوضت هذه المادة القانون الأجنبي المختص لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق متبنيا بذلك "قاعدة التفويض".

هذه الفقرة تعالج ما يسمى بالإحالة الداخلية أو التفويض حيث يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق أو الشريعة الطائفية التي ينتمي إليها الشخص، وهذا النوع من الإحالة يقبل فيه القانون الأجنبي المختص بهذا الاختصاص، ولا يتخلى فيه عن ولايته غير أنه يوزعه بين عدة شرائع هذا في حالة وجود حل للمسألة في القانون الأجنبي المختص.

إلا أن النص الأصلي لهذه المادة، لم يتطرق للحل المتبع عند استحالة إعمال قاعدة التفويض مما أحدث فراغا تشريعيا استدعى تدخل المشرع لتنظيم هذه المادة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 متداركا بذلك هذا الفراغ باستحداث الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على الحل التالي: "إذا لم يوجد قانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

المطلب الثالث: المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أنه لم يحدد المقصود بالأحوال الشخصية في القانون المدني أو قانون الأسرة، لكن يفهم من مضمون قانون الأسرة والديباجة الواردة في المشروع التمهيدي المقترح من طرف الحكومة والمقدم إلى المجلس الشعبي الوطني في 19 سبتمبر 1981 أنه يدخل ضمن الأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية العامة وحماية عديمي الأهلية وناقصيها، إضافة للعلاقات بين أفراد الأسرة كالزواج والتصرفات المالية وانحلاله وأثاره والبنوة والنسب والنفقة بين الأصول والفروع وبين الأقارب والوقف والميراث والوصية والكفالة.

الفرع الأول: الحالة: تنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة، أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

يلاحظ من خلال المادة 10 المذكورة أعلاه في فقرتها الأولى أن القانون المدني الجزائري قد أخضعت الأهلية والحالة المدنية لقانون الجنسية.

أولاً: الحالة المدنية: هي مجموعة من الصفات المعرفة للشخص ذاته كالاسم والموطن، أو تلك التي تحدد ذات الشخص ومركزه من أسرته ودولته وهذه الصفات تقوم على أسس من الواقع مثل: السن، الذكورة الأنوثة، الصحة أو على أسس من القانون كالزواج والجنسية. وقد اخضع المشرع الجزائري حالة الأشخاص المدنية لقانون الجنسية بموجب المادة 10 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري بمعنى انه إذا كان أحد الأطراف المتنازعة يحمل الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى فان التنازع حول الاسم يخضع للقانون الجزائري وهو في هذه الحالة قانون الحالة المدنية الجزائري التي تنقسم الى:

1. حالة الشخص الطبيعي: يمكن تحديد حالة الشخص الطبيعي في مجموعة من الصفات التي بها يرتبط بأسرته وتميزه عن نفس الوقت عن بقية الأشخاص الآخرين سواء كانوا من العائلة او من خارجها كان يكون مثلا متزوجا او أعزبا، ابنا أو ابا غير ذلك من الصفات التي تدخل في نطاق الحالة المدنية للشخص كالاسم واللقب وهذا ما نصت عليه المادة 10 تقول "يسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية " وبناءً على هذا النص الصريح فان حالة الجزائريين المدنية تخضع الى قانون جنسيتهم اي انه اخذ بضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية ولم يأخذ بضابط الموطن وهذا يعني بمفهوم المخالفة للنص المذكور أعلاه أن الأجانب سوف يطبق على حالته قانون جنسيتهم لان قاعدة

الإسناد الجزائرية تخضع الحالة الي قانون جنسية الشخص الطبيعي ما لم يتعارض قانون الجنسية مع النظام العام للدولة المعروض عليها النزاع.

• **الاسم:** وهو وسيلة تمييز الشخص عن الشخص الآخر ويتألف الاسم من الاسم العائلي ومن اسمه الشخصي وهو ما جاءت به المادة 28 من ق المدني الجزائري التي نصت على أنه " يجب ان يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب يلحق أولاده " وما دام المجتمع يزخر بالأشخاص الكثيرين فانه من البديهي أن يكون الأسماء كثيرة أيضا لذا من الأحسن أن يخضع الاسم للقانون الشخصي بمعنى قانون الجنسية وهو ما نصت عليه م 10من القانون المدني الجزائري.

• **الموطن:** في الجزائر ينقسم المواطن الى موطن عام وموطن خاص.
-**الموطن العام:** ينقسم الى موطن اختياري وموطن إلزامي. **الموطن الاختياري:** حيث نصت م 36 على أنه هو محل سكنى الشخص الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي. أما **الموطن الإلزامي:** المحدد من طرف القانون لبعض الأشخاص دون اخذ إرادتهم واختيارهم بعين الاعتبار والذي نصت عليه المادة 37 القانون المدني الجزائري.

- **الموطن الخاص:** وينقسم الى موطن الأعمال وموطن ناقص الأهلية والموطن المختار.
فأما **موطن الأعمال:** وهو مكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة او حرفة فيما يخص المعاملات الخاصة بهذه الأنشطة -المادة 37 من القانون المدني الجزائري. و**موطن ناقص الأهلية** وهو ما نصت عليه المادة 38 من القانون المدني الجزائري. كما يمكن أن يكون المكان المؤهل لمباشرته لتصرفاته القانونية المادة 38 فقرة 2. أما **الموطن المختار:** وهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل معين المادة 39 من القانون المدني الجزائري.

2. **حالة الشخص المعنوي:** يتمتع الشخص الاعتباري بمجموعة من المسائل والنظم القانونية يعتبرها الفقه حالة خاصة به على غرار حالة الشخص الطبيعي مثل المسائل المتعلقة بتأسيسه، وكيفية الاعتراف له بالشخصية المعنوية وطريقة تحديد أهليته وانحلاله او بطلانه وبعبارة عامة كل ما يخص نظامه القانوني، الى غير ذلك من المسائل المتعلقة مثلا بالشركات أو الجمعيات التي تتوفر فيها شروط الشخص المعنوي. وحددته المادة 10 بوجود معيارين:

• **معيار الشركاء المؤسسين للشركة:** المعيار الذي يحكم حالة الشخص الاعتباري هو قانون جنسية هؤلاء الشركاء المؤسسين لهذه الشركة، ويترتب على ذلك ضرورة البحث عن جنسية هؤلاء

لكي يعرف ذلك القانون الذي تخضع له حالة الشخص الاعتباري وهو معيار صعب المنال خاصة عندما يكون الشخص المعنوي شركة أموال.

تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على القانون الذي يحكم حالة الشركات الجزائرية التي تعمل خارج الإقليم الجزائري ولها مركز إدارته في الجزائر، مما يؤدي بنا الي الرجوع بحكم المادة 50 من القانون المدني الذي يفيد الأخذ بمركز الإدارة الرئيسية في حالة وجود النشاط خارج الجزائر وينطبق هذا الحكم على الشركات الأجنبية التي يكون مركز إدارتها في الجزائر.

• **معيار الإدارة الرئيسي:** القانون الذي يحكم حالة الشخص الاعتباري وفقا لهذا المعيار هو قانون البلد الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي للشركة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري بالنص في الفقرة الثالثة من المادة 10 من القانون المدني الجزائري كقاعدة أساسية لقانون مركز إدارته الرئيسي الاجتماعي الرئيسي والفعلي: "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

والمقصود بمركز الإدارة الرئيسي الفعلي هو المكان الذي تتركز فيه الإدارة العليا والتوجيه والرقابة واجتماعات الهيئة العامة ومجلس الإدارة، وقد اعتمد المشرع على ضابط المركز الفعلي ليستبعد المركز السوري، الذي يتخذه بقصد التهرب من قانون دولة معينة.

ويمكن تطبيق هذا النص فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الأجنبية الأخرى من شركات ومؤسسات وجمعيات دولية، علما يجب ملاحظة أن القانون الذي يحكم العلاقات القانونية التي يدخل فيها مع الغير من بيع وشراء ورهن وغير ذلك، لا تكون محكومة بالمادة 49 من القانون المدني، بل للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة بنوع العلاقة، كقانون إرادة المتعاقدين أو قانون موقع المال أو قانون محل إجراء التصرف القانوني... الخ.

أما إذا كان الشخص الاعتباري قد باشر نشاطه في الجزائر، فإنه يطبق عليه القانون الجزائري، أي إذا كان مقر الإدارة الفعلي والرئيسي للشخص المعنوي موجودا في الخارج، ولكن يمارس نشاطا في الجزائر فإنه يخضع في ممارسة هذا النشاط للقانون الجزائري بوصفه قانون محل ممارسة النشاط، وهذا ما قرره الفقرة الرابعة من المادة 10 من القانون المدني الجزائري: "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

الفرع الثاني: الأهلية: نصت المادة 10 من القانون المدني الجزائري "على أنه يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان

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

كما بينت المادة 15 من القانون المدني الجزائري القانون الذي تخضع له النظم الخاصة بحماية ناقصي وعديمي الأهلية، رغم أن أهمية الأهلية تقتضي إسنادها إلى القانون الشخصي كمبدأ عام إلا أن المسألة محل خلاف، لذا يجب التمييز بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء وكذلك الأهلية الخاصة وحالات انعدام الأهلية وقد يستبعد القانون الشخصي الذي يحكم الأهلية لاعتبارات معينة.

1. أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق كأن يكون صاحب حق ملكية أو حق انتفاع على عقار من العقارات، وتحمل الالتزامات أي صلاحيته بأن يكون مدينا لأخر بمبلغ من المال أو ملتزما اتجاه مدينه بالتزام معين. وهي تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسانا فيكتسبها حتى الجنين في بطن أمه، فهي مرتبطة بالشخصية القانونية؛ لذا تخرج من نطاق المادة 10 من القانون المدني؛ وبالتالي لا تخضع لقانون الجنسية. وبما أن أهلية الوجوب تتعلق دائما بحق معين فإنها تخضع للقانون المختص بهذا الحق فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث وحق الشخص في أن يملك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية وهكذا ...

2. أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع والإيجار وهي بدورها تنقسم إلى:

- **أهلية الأداء العامة:** ومناطقها القدرة على التعبير عن الإرادة لذا يتحدد نطاقها بالأعمال أو التصرفات القانونية التي تحتاج الإدارة في إنشائها وترتيب آثارها فتخرج بذلك من نطاقها الأعمال المادية التي لا تحتاج للإدارة لأن القانون هو الذي يرتب آثارها كالتعويض عن الفعل الضار.

يتضح أن أهلية الأداء العامة محورها التمييز لذا لا خلاف بين الفقهاء في كونها تدخل في نطاق قانون الجنسية الذي يبين لنا سن الرشد وعوارض الأهلية وبالتالي تخضع للحكم المنصوص عليه في المادة 10 من القانون المدني.

- **أهلية الأداء الخاصة:** وتتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون، واعتبرها الفقه مجرد موانع لمباشرة التصرف القانوني ومن ثم يسري عليها القانون الذي يحكم العلاقة القانونية بين الطرفين، مثل نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "لا يجوز للقضاة وللمدافعين القضائيين ولا للمحاميين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشترخوا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار

الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا". وما نصت عليه المادة (408) من القانون المدني: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون جائزا إلا إذا أقره باقي الورثة".

والغرض من أهلية الأداء الخاصة ليس حماية الشخص نفسه وإنما حماية غيره، لذا فمناطها ليس التمييز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير؛ لذا أخرج الفقه هذا النوع من نطاق قانون الجنسية وأخضعها الفقه الراجح للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته. إذا فالحكم الوارد في المادة 10 هو نطاق أهلية الأداء العامة فقط أما أهلية الوجوب وأهلية الأداء الخاصة لا يخضعان لقانون الجنسية.

3. الاستثناء الوارد على خضوع الأهلية للقانون الجنسية: ورد استثناء عن خضوع الأهلية لقانون الجنسية، حيث قرر المشرع الجزائري إسناد الأهلية لقانون القاضي بدلا من القانون الشخصي في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (10) من القانون المدني الجزائري، وهي الحالة التي يجهل فيها المتعاقد مع أجنبي أنه ناقص الأهلية وفقا لقانونه، ويرجع جهله بنقص أهليته إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاستثناء في قضية شهيرة فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 / 01 / 1861 تسمى بقضية ليزاردي Lizardi وهي تتعلق بمواطن مكسيكي يبلغ من العمر 24 سنة تعامل مع تاجر مجوهرات فرنسي في فرنسا حيث اشترى مجوهرات بقيمة 80 ألف فرنك فرنسي وحرر مقابل ثمنها عدة سندات بذلك، ولكن عند استحقاق تلك السندات ادعى هذا المواطن المكسيكي بأنه لا يزال ناقص الأهلية طبقا لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد ب 25 سنة، ومن حقه أن يبطل هذا التصرف. عندها قام التاجر الفرنسي برفع دعوى أمام القضاء الفرنسي وطالب بإتمام دفع قيمة الصكوك متعذرا بجهله أحكام القانون المكسيكي ما دام ليزاردي كامل الأهلية طبقا لقانونه الفرنسي الذي يحددها ب 21 سنة ولم يتصرف معه باستخفاف. انتهت محكمة النقض الفرنسية بأن قانون الموطن هو القانون الواجب تطبيقه. وصدر الحكم لصالحه يلزمه بدفع قيمة السندات، وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن الشخص لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين العالم ويكفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة وعدم تقصير وأن يكون حسن النية.

شروط أعمال الاستثناء: بالرجوع إلى المادة 10 من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري أحاط هذا الاستثناء بجملة من الشروط يصعب توفرها مجتمعة وهي:

- أن يكون التصرف الذي ابرمه الأجنبي من التصرفات المالية: فتخرج بذلك من نطاق الاستثناء التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج مثلا. وقد حاول بعض الفقه قصر مجال هذا الاستثناء على التصرفات المالية العادية وهي: تلك التصرفات التي تتسم بالسرعة بحيث لا تترك للمتعاقد مع الأجنبي فرصة البحث عن أهليته. أما تلك التصرفات المالية ذات الأهمية والتي تتطلب من المتعاقد مع الأجنبي قدرا كبيرا من الحيطة والحذر واليقظة كبيع العقار أو رهنه، فتخرج من نطاق هذا الاستثناء. ولا يمكن قبول هذا التقييد، وذلك إن عبارة " التصرفات القانونية " الواردة في نص المادة جاءت مطلقة غير مقيدة بأي وصف.
 - أن تعقد هذه التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها: فلا مجال لإعمال هذا الاستثناء في الحالة التي يتم فيها التصرف في الخارج وينتج أثره في الجزائر. والسؤال: هل يشترط أن تكون جنسية المتعاقد مع الأجنبي جزائرية أم لا؟ لم يشترط النص صراحة أن يكون المتعاقد مع الأجنبي جزائريا. غير أنه يمكن من عبارة النص: " إذا كان أحد الطرفين أجنبيا"، أن نفهم بمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا.
 - أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقصها وفقا لقانونه الوطني: لم يتضمن نص المادة 10 فقرة 2 صراحة هذا الشرط ولكنه شرط يفرضه المنطق السليم، لأنه لا يمكن تصور إعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري وذلك أنه إذا كان يعذر المتعاقد مع الأجنبي في جهله بنقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي، فإنه لا يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري.
 - أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعا الى سبب فيه خفاء لا يسهل تمييزه: ومعنى هذا الشرط أن يكون المتعاقد مع الأجنبي معذورا في جهله بنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه، ولقضاة الموضوع سلطة تقدير ذلك. ويكون هذا التقدير وفقا لمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي. فإذا كان في إمكان الرجل العادي الموجود في نفس ظروف المتعاقد مع الأجنبي أن يتبين نقص أهليته فلا مجال حينئذ للتمسك بهذا الاستثناء. أما إذا كان الأمر على عكس ذلك بأن لم يكن بإمكانه اكتشاف نقص أهليته فيعمل هنا بهذا الاستثناء. أي إذا كان سبب نقص الأهلية ظاهرا لا يوجد فيه خفاء كما لو كان صغيرا، صبيا، أو مجنونا فلا يطبق هذا الاستثناء والعكس.
- ومتى توافرت الشروط السابقة جميعا يعد المتعاقد مع الأجنبي معذورا ويحق له التمسك بهذا الاستثناء. فيعتبر التصرف الذي ابرمه معه صحيحا ومنتجا لآثاره.

الفرع الثالث: حماية عديم الأهلية أو ناقصها: يحتاج عديم الأهلية أو ناقصها إلى حماية في نفسه وماله. ولذلك نجد في مختلف التشريعات أنظمة قانونية خاصة تضمن له هذه الحماية تختلف من دولة إلى أخرى بل حتى في الدولة الواحدة. وهذا ما يجعل البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه الأنظمة ذو أهمية كبيرة.

وتتصل النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها كالولاية والوصاية والقوامة بالأهلية العامة، الغرض منها حماية عديم الأهلية أو ناقصها وسد عجزه عن مباشرة التصرفات القانونية؛ لذا اعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية ولم يخضعها المشرع الجزائري لقانون الشخص الذي يتولى هذه الحماية وإنما أخضعها لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته.

فقد جاء في المادة 15 من القانون المدني الجزائري: " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية القاصرين والمحجورين والغائبين قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر أو عديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر ". فهل يشمل مصطلح الولاية الواردة في المادة 15 الولاية على النفس والولاية على المال.

1. **الولاية على النفس:** تكون في الأمور المتعلقة بالشخص الذي تجب حمايته، وهي القيام بالإشراف على مصالح القاصر في نفسه منذ ولادته حتى بلوغه، ويدخل في نطاقها ثلاثة مراحل: ولاية الحفظ والرعاية وتسمى بالحضانة، ولاية التربية والتأديب، وأخيرا ولاية التزويج.
2. **الولاية على المال:** تشمل كل ما يتصل بأموال القاصر، فيقوم الولي بالإشراف عليها ورعايتها واستغلالها والمتاجرة فيها بالأوجه المشروعة، ويتولى الولي مباشرة تلك التصرفات باسم ولحساب الخاضع للولاية.

يتجه الفقه الغالب إلى اعتبار أن المقصود من مصطلح الولاية الوارد في النص هي الولاية على المال فقط، لأن الغرض من إخضاع النظم الخاصة بعديم الأهلية أو ناقصها للقانون الشخصي لهذا الأخير، هو لسد عجزه عن مباشرة التصرفات القانونية؛ كما أن المشرع قد عبر عن الولاية في الترجمة الفرنسية لنص المادة 15 من القانون المدني بعبارة (Administration légale) أي الولاية على المال، ولم يعبر عنها بالاصطلاح العام الذي يشمل الولاية على النفس والمال معا وهو الاصطلاح (Puissance paternelle).

أما الولاية على النفس، فقد أغفل المشرع الجزائري وضع قاعدة إسناد خاصة بها، وبالنظر لتعلقها بالتنظيم العائلي، فإنها تخضع لقانون آخر وهو القانون الذي يحكم آثار الزواج. وقد بينت المواد من 81 إلى 108 من قانون الأسرة الأحكام الموضوعية للولاية على المال (المادة 81 من قانون الأسرة) والوصاية (المادة 93 من قانون الأسرة) والقوامة (المادة 88 من قانون الأسرة)، ونصت المادة 15 على تطبيق القانون الجزائري. وعليه يختص قانون جنسية الشخص المشمول بالحماية بحكم الجوانب الموضوعية المتعلقة بطرق الحماية المقررة كالحجر عليه ورفع وإجازة تصرفاته وكذلك بيان طرق تعيين الأولياء والأوصياء والقيمين وشروطهم وصلاحياتهم وحدود وظائفهم والتصرفات التي يجوز لهم إبرامها من تلقاء أنفسهم أو بإذن من المحكمة أو المجلس العائلي وطرق إنهاء مهامهم ومسؤولياته وما يستحقونه من أجر وقد أخذت بهذا الحكم اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالوصاية واتفاقية 1905 الخاصة بالحجر.

لكن ترد بعض الاستثناءات على تطبيق القاعدة العامة حيث:

- لا تخضع إجراءات بيع العقار للقانون الشخصي للقاصر، وإنما تخضع لقانون القاضي تطبيقاً لنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"
- يختص قانون موقع المال ببيان الحقوق العينية العائدة لناقص الأهلية بسبب الحماية ونقل الملكية والحيازة والشهر العقاري. حيث يُطبق القاضي القانون الجزائري، إذا تعلق النزاع بأموال موجودة في الجزائر.
- إخضاع المسائل الإجرائية المتعلقة بالشخص محل الحماية لقانون دوله القاضي، إذا تعلق الأمر بتدبير استعجالي وقائي يهدف لحماية أموال القاصر وكان هذا الأخير أو عديم الأهلية موجود في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، طبقاً لما قرره الفقرة الثانية من المادة (15) من القانون المدني الجزائري المستحدثة بموجب القانون رقم 10/05 بتاريخ 20 جوان 2005، حيث جاء نصها على النحو التالي: "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات، قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

إن هذه الفقرة المضافة، أجازت للقاضي الجزائري تطبيق قانونه بشأنه التدابير الوقائية والمستعجلة الهادفة للحماية المؤقتة للشخص الموجود في الجزائر أو لأمواله الموجودة فيها، وهو حكم مستوحى من اتفاقية لاهاي الصادرة في 5 أكتوبر 1961 الخاصة بتنازع القوانين المعنية بشكل الترتيبات المتعلقة بالوصايا، على هذا الاختصاص بقولها: "في كافة حالات الاستعجال تتخذ سلطات الدولة المتعاقدة التي يوجد على إقليمها القاصر أو المال العائد له تدابير الحماية الضرورية".

المطلب الرابع: القانون الذي يحكم الزواج:

الزواج من أوسع العلاقات القانونية مجالاً لتنازع قوانين الدول، لاختلاف نظرة النظم القانونية لهذه الرابطة، واختلاف شروط وشكل انعقاده وأثاره وانقضاءه، ويعود ذلك إلى اختلاف الفلسفة التي يعتمدها المشرع في كل بلد؛ فبينما تراه بعض الأنظمة رابطة دينية محضة ينعقد وفق مراسيم دينية معينة، تخالفها الرأي أنظمة أخرى وتراه رابطة مدنية بحتة ينعقد بالتقاء الإيجاب والقبول أمام موظف عام مختص. وبينما في الدول الإسلامية تبيح تعددها وانحلالها بإرادة منفردة، ترى المسيحية تحريم التعدد واعتباره جريمة؛ وبعضها يراه رابطة أبدية، بينما يسمح بعضها بانحلالها لأسباب محددة بل يوجد من يعتبرها رابطة مؤقتة.

لذلك عكفت تشريعات جميع الدول على تنظيمه بشكل دقيق، فحددت الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاده، كما نظمت أثاره وكيفية نشأته وانتهائه. حيث يضع كل مشرع قواعد إسناد يحدد بموجبها القانون الذي يحكم الزواج شكلاً وموضوعاً وأثاراً، كما ن مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق ليس بالأمر الهين، لأن القاضي سيواجه صعوبة في التكييف، حيث عليه التفرقة بين القانون الذي يحكم الشروط الشكلية، وذلك الذي يحكم الشروط الموضوعية، وفي أثاره هناك آثار شخصية وأخرى مالية، وفي انتهائه هناك وفاة وطلاق وتفرقة لذلك يتطلب الأمر شيء من التفصيل.

في إطار كل هذه الاختلافات التي تعد مصدراً لتنازع القوانين، ما موقف المشرع الجزائري من هذه الاختلافات؟

الفرع الأول: انعقاد الزواج: تبدأ إجراءات الزواج بالخطبة، فإذا وصلت إلى مرحلة الوعد الملزم فهي كمقدمة للزواج وتدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي تخضع للقانون الذي يخضع له الزواج. أما إذا فسخت الخطبة وترتب على ذلك المسؤولية التقصيرية، تخضع هذه المسؤولية لقانون المحل الذي حصلت فيه القطيعة.

الزواج هو تصرف إرادي يتطلب مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في عقد الزواج الصحيح، نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة؛ لكنه لم يفرق بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية. لكن على مستوى القانون الدولي الخاص نجده قد فرق بين هذه الشروط، فاضع الشروط الموضوعية لقانون غير الذي اخضع له الشروط الشكلية. ولا شك أنه من شأن هذه التفرقة التي ليس لها نظير في القانون الداخلي خلق صعوبة كبيرة في تكييف شروط انعقاد الزواج لتحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية؛ الذي يخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة في التكييف بحسب نص المادة 09 من القانون المدني الجزائري.

أولاً: الشروط الموضوعية: باعتبار أن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، قسم الشروط الموضوعية إلى: شروط انعقاد من رضا وتطابق إرادات وانتفاع موانع الزواج؛ وشروط لزوم فيما يتعلق بالكفاءة؛ وشروط نفاذ فيما يتعلق بولاية الانشاء. وباعتبار أن الزواج حادث مغير لحالة الشخص فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية وفقا لنص المادة 10 القانون المدني.

فالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج هو القانون الوطني لكل من الزوجين طبقا للمادة 11 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، ويكون بذلك المشرع قد أخذ بأحكام اتفاقية لاهاي لسنة 1902 لاسيما المادة 01 منها، كما أوردت المادة 97 من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 المؤرخ في 19 جانفي 1970 الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون الجنسية فقد اعتبرت الزواج الذي ينعقد بين جزائريين في بلد أجنبي أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شرط ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي بتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج.

إذا، يطبق قانون جنسية كل من الزوجين وقت إبرام العقد فقط، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك لا يتأثر عقد الزواج بهذا التغيير. وليس في تطبيق قانون الجنسية أية صعوبة إذا كان للزوجين نفس الجنسية، لكن الإشكال يثور عند اختلاف جنسيتهما، لا سيما إن نص القانون الوطني لكل منهما على شروط ليست تلك التي ينص عليها القانون الآخر. فما الحل؟

نجد أن المشرع الجزائري نص على الحل لما يكون أحد الزوجين جزائريا، حيث يكون القانون الجزائري وحده هو المختص وهذا طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري. لكنه لم ينص على الحل في حالة ما إذا كان الزوجان أجنبيان فهل نطبق قانون جنسية كل منهما تطبقا جامعا أم

نطبقه تطبيقاً موزعاً. فما المقصود بالتطبيق الجامع والتطبيق الموزع؟ وهنا انقسم الفقه إلى رأيين أو اتجاهين:

1. **اتجاه التطبيق الجامع (L'application cumulative):** يجب أن تتوفر في كل طرف كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته وكذلك كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية الطرف الآخر. أي إدماج شروط كل من القانونيين وتطبيقهما على كل منهما على حدى. ومبرراته في ذلك:

- كلا القانونين وضع شروطه لرابطة الزوجية التي لا تتحقق إلا بين الزوجين، ولم يقتصر اهتمامه على ناحية واحدة من هذه الرابطة؛
- أن القانون الوطني لكل طرف هدفه حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس الطرف بحد ذاته.
- يعتبر التطبيق الجامع الحد الذي يمنع امتياز قانون على الآخر أو الحد الذي يحفظ لكل دولة سيادتها.

لكن ما يُعاب على هذا الاتجاه أنه صعب تحقيقه عملياً، كما يتعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد، فقد رأى فيه الفقه الحديث تطبيق القانون الأكثر تشدداً، لأنه يؤدي إلى كثرة الحالات التي لا يعقد فيها الزواج لاستحالة أو صعوبة توافر الشروط التي سيلزمها قانون كلا الزوجين معاً.

2. **اتجاه التطبيق الموزع (L'application distributive):** يجب أن تتوفر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط. وفي الزوجة الشروط التي ستلزمها قانون جنسيتها فقط، باستثناء موانع الزواج التي يُطبق بشأنها التطبيق الجامع لخطورتها. وهو الرأي السائد الذي سار عليه القضاء ويستدلون في ذلك بما يلي:

- أن كل مشروع يهدف إلى حماية مواطنيه بالدرجة الأولى وهو مقتصر في تطبيقه عليهم لا على غيرهم.

- لا مانع من وجود بعض الشروط الموضوعية التي تفرض تطبيق القانون الجامع وهي شروط يقترح الفقه الألماني التفرقة فيها بين الموانع التي لها صفة فردية وأخرى لها صفة مزدوجة. فبالنسبة للشروط التي لها صفة فردية فهي تتعلق بأحد الزوجين، فلا يثير بشأنها التطبيق الموزع أي إشكال. مثل الشروط المتعلقة بالسن والأهلية والرضا فهي تخص الشخص ذاته، لذلك لها طابع فردي. أما بالنسبة للشروط التي لها صفة مزدوجة فهي تتعلق بالعلاقة المراد إنشائها، أي بالزواج

في حد ذاته وفي جوهره؛ بحيث لا يمكن أن تتحقق في طرف إلا ومست الطرف الآخر لأنها تتعلق بالزواج كوحدة لا تتجزأ، وبالتالي يجب ألا يتوفر المانع في كلا الطرفين لصحة العلاقة في كلا القانونين، فيطبق قانون الزوجة والزوج معا، ويكفي أن يتضمن أحد هاذين القانونين على المانع حتى لا ينعقد الزواج ومثالها: القرابة، الرضاع،... الخ لذلك يطرح التطبيق الموزع بشأنها صعوبات كثيرة فلا بد من التطبيق الجامع بشأنها.

3. موقف المشرع الجزائري: من استقراء نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري

نجد أنه أخذ بالتطبيق الموزع، فاستعمال المشرع لعبارة " لكل من الزوجين " دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع، فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل عبارة "لكلا من الزوجين"، كما يتأكد تبني المشرع الجزائري للتطبيق الموزع في قانون الحالة المدنية من خلال نص المادة 97 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بقانون الحالة المدنية، وتبقى مسألة مدى استثناء موانع الزواج من التطبيق الموزع غير واضحة في التشريع الجزائري، لعدم وجود سابقة قضائية في هذه المسألة. لكن ما دام أن المشرع لم يستثنها صراحة فيمكن أن نطبق بشأنها قانون جنسية الزوجين تطبيقا موزعا، ولكن مع إعمال فكرة النظام العام طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

الاستثناء:

- ما ورد في المادة 13 من القانون المدني التي مفادها: «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج»، فنجد أنه في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا، نص المشرع الجزائري على اختصاص القانون الجزائري. ما عدا الاهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية، ولا يهم بعد ذلك إن تغيرت جنسية الزوج فالمهم هو وقت إبرام عقد الزواج.
- إعمال فكرة النظام العام في الجزائر، باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية فإن نطاق إعمال فكرة النظام العام في الجزائر بالنسبة للشروط الموضوعية الواردة في القوانين الأجنبية يكون أوسع من نطاقه في الدول الغربية التي ليس للزواج فيها صبغة دينية كفرنسا وهكذا فإنه ينبغي استبعاد باسم النظام العام الإسلامي القانون الأجنبي الذي يمنع تعدد الزوجات إذا كان الزوج قد دخل في الإسلام وكذلك ينبغي استبعاد باسم النظام العام القانون الأجنبي الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم.

ثانيا: الشروط الشكلية: وهي الطرق اللازمة لإظهار عقد الزواج والإفصاح عنها إلى العالم الخارجي كإشهاره وتحرير عقده وإثباته. وتختلف الشروط الشكلية باختلاف الدول فنجد في بعض الدول يشترط الشكل الديني وفي بعضها الآخر يشترط الشكل المدني وهناك بعض الدول ما تعتبر الشكل الديني شرطا شكليا في حين أن الدول الأخرى كبلغاريا تعتبر الشكل الديني شرطا موضوعيا وهناك من الأنظمة ما تشترط الرضا فقط لانعقاد الزواج دون أي عنصر شكلي آخر. وبالتالي يؤدي هذا الاختلاف إلى وجود تنازع في القوانين مما يستوجب علينا البحث في القانون الواجب التطبيق.

يختلف مضمون شكل التصرف بحسب الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه فهناك الشكل المتعلق بالشهر، والشكل المتعلق بالإثبات، والشكل المكمل للأهلية، وباعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية هو يخضع من حيث شكله لقاعدة *Locous* أي لقانون محل إبرامه؛ وهذا هو الرأي السائد فقهاء وقضاء.

وطرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته هو ما نعني به شكل الزواج، أي كافة الإجراءات الكفيلة بإظهار إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي، وقد لاقى هذا المفهوم للشكل الخارجي للتصرف صدى كبير لدى الفقه، وعرف انتشارا واسعا في العصر الحالي، وأصبحت قاعدة لوكيس تحكم جميع الأشكال الخارجية من حيث مضمونها وتكييفها وطبيعتها وقوتها الثبوتية.

إلا أن الدول تختلف فيما بينها في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أو إلزامية، فمثلا الولايات المتحدة الأمريكية أو إنجلترا واليابان تخضع الشروط الشكلية في الزواج لهذه القاعدة على سبيل الالتزام، فلا يجوز تطبيق قانون آخر عليها، بينما أغلب الدول تعتبر هذه القاعدة اختيارية وتجزئ إخضاع شروط الزواج الشكلية لقانون جنسية الزوجين. وعندما يبرم الزواج في الشكليات التي تتطلبها البلد المبرم فيه وجب أن يعتبر صحيحا عند كل الدول حتى لو لم تعترف به دول من ناحية شكله. مثال عقد زواج بين طرفين في اليونان في الشكل الديني، وجب اعتباره صحيحا في فرنسا مع العلم أن هذا الشكل غير مقبول فيها بشرط ألا يكون هناك تحايل للتهرب من القانون الفرنسي الواجب التطبيق.

أما في الجزائر، نجد أن المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد خاصة تحكم الشروط الشكلية المتطلبة لإبرام عقد الزواج، كما أنه لم يدخلها ضمن نطاق المادة 11، نظرا لأن المشرع قد خصصها فقط للشروط الموضوعية وذلك بعد تعديل 2005 بعدما كانت قبل ذلك لا تميز بينهما،

فيمكن القول أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية من حيث شكلها؛ وبالعودة إلى القانون المدني الجزائري، نجد بأن المشرع الجزائري، قد تبنى القاعدة الشهيرة المعروفة بقاعدة لو كيس (Locus régit actum) التي تؤكد على أن القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية يتمثل في قانون محل إبرام الزواج طبقاً لما قرره المادة 19 من القانون المدني الجزائري، وتعتبر هذه القاعدة إلزامية في الحالة التي يكون فيها الزوجين متحدي الجنسية فيبرم زواجهما وفق قانون جنسيتهما المشتركة، كما يمكن أن يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين؛ وبمفهوم المخالفة إذا لم يكن لهما موطناً مشتركاً أو في حالة اختلاف جنسيتهما، فتخضع الشروط الشكلية لمحل الإبرام. كما أكد المشرع كذلك من خلال عدة نصوص قانونية ترجمتها حالات واقعية متغيرة نذكرها كما يلي:

1. حالة زواج الجزائريين في الخارج: تجب الإشارة أن أغلب الدول بما فيها التي اعتمدت قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي بصفة إلزامية، تسمح لرعاياهم بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها، وعليه فالجزائريين المغتربين الذين يقيمون في البلاد الأجنبية لهم حق الاختيار بين أن يتجهوا إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة لإبرام عقود زواجهم وفقاً للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم؛ وبين أن يتجهوا إلى الهيئات المحلية المختصة بتحرير عقود الزواج لإبرام عقد زواجهم وفقاً للإجراءات والأشكال التي يتطلبها القانون المحلي للبلد الأجنبي.

وهو ما نصت عليه المادة 96 من قانون الحالة المدنية، حيث اعتبر الزواج الذي يعقد أمام الدبلوماسيين أو القناصل صحيحاً، فقد جاء فيها: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا أصدره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقاً للقوانين الجزائرية". وبالتالي يبقى زواج الجزائريين المبرم أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية خاضع دائماً للقانون الجزائري وهذا بالنسبة للشروط الشكلية والشروط الموضوعية على حد سواء.

وعندما يلجأ الجزائريون إلى الهيئات المحلية المختصة في البلد الأجنبي لإبرام عقود زواجهم، فإن مثل هذا الزواج يعتبر صحيحاً في نظر القانون الجزائري إذا تم وفقاً للشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد، وطبقاً لنص المادة 97 التي اشترطت عدم مخالفة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري مثل الرضا وأهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية، حيث ورد فيها: "إن الزواج

الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة إلا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي تتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

كما أوضحت الفقرة الثانية من المادة 97 بأن الحكم السابق يسري على الجزائري المتزوج بأجنبية، حيث نصت على أنه: "ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية، وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية". أما عن زواج الجزائرية في الخارج، فهي مستثناة من حكم المادة 2/97 من قانون الحالة المدنية، وبالتالي لا يجوز إبرام زواجها بأجنبي في الشكل المحلي على حساب الشروط الموضوعية لصحة الزواج، ونقصد هنا بشكل خاص عدم زواج المسلمة بغير المسلم، كما لا يجوز إبرامه في الخارج وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه قانون المحل.

أما الاستثناء الوارد على هذا المبدأ بصفة نسبية فهو ما ورد في الفقرة الأخيرة من هذه المادة، التي أشارت إلى أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية التي يريد أن يتزوج معها المواطن الجزائري لا تحمل جنسية بلد إبرام العقد أو البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا يتم إلا في البلاد التي سيحدد بموجب مرسوم ومع ذلك بعد مضي زمن طويل دون صدور هذا المرسوم.

2. حالة زواج الأجانب داخل الجزائر: في إطار التفتح الاقتصادي وتزايد أعمال الاستثمار

الأجنبي والتعاون الثقافي تدقق حدد كبير على الجزائر من أناس من بلاد غربية وإسلامية ومسيحية وأصبح يسري عليهم ما يسري على غيرهم فيما يتعلق بالزواج بينهم، فلأجانب الخيار بين عقد زواجهم وفق الشكل المحلي أو وفق قانون جنسيتهم، فإذا انعقد زواجهما في الجزائر وفق الشكل المحلي فعليهما احترام كل الشروط الشكلية التي تتطلبها القانون الجزائري بحضور شاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي، والإقامة داخل الإقليم لمدة لا تقل عن شهر، وعليه، فإن زواج هؤلاء الأجانب مع الأجنبيات الذي يتم أمام الجهات الجزائرية المؤهلة يكون خاضعا من حيث الشكل إلى القانون الجزائري باعتباره محل الإبرام.

ويجوز إبرامه أيضا أمام الهيئة السياسية الأجنبية المعتمدة في الجزائر إذا كانت جنسية الزوجين مشتركة، وهذا لأن اختصاص السلك القنصلي في إبرام عقد الزواج يقوم فقط في حالة اتحاد جنسية الزوجين مع جنسية القنصل، وفي حالة اختلاف جنسيتهم هنا يصبح الشكل المحلي إلزاميا تطبيقا لنص المادة 19 من القانون المدني، كما اشترطت المادة 71 من قانون الحالة

المدنية، ضرورة استمرار إقامة الزوجين الأجبيين أو أحدهما لمدة شهر على الأقل قبل الزواج في إقليم اختصاص ضابط الحالة المدنية. فقد نصت على أنه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو قاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر على الأقل إلى تاريخ الزواج ... بالنسبة للأجانب".
بمفهوم المخالفة لهذا النص أن الأجانب بإمكانهم عقد زواجهم في الجزائر أمام الجهات المذكورة، إذا كانوا مقيمين فيها منذ شهر واحد على الأقل.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، قد أخذ بقاعدة لوكيس (Locus)، ولكن ليس على سبيل الإلزام وإنما على سبيل الاختيار، نظرا لأنه وضع إلى جانبها ضوابط إسناد متعددة من بينها قانون جنسية العاقدين إذا كانت مشتركة، أو قانون الموطن المشترك لهما وبذلك فلا يوجد مانع في أن يكون هناك زواج في الجزائر بين الأجانب طبقا لشكليات مقررة في قانون أجنبي. إذا كان ذلك لازم لإضفاء الفعالية والمشروعية الدولية لهذا العقد بالنظر إلى القانون الشخصي لأصحاب الشأن.

وفي هذا الإطار يمكن القول أن تخلف أي شرط سيسمح للموثق أو ضابط الحالة المدنية من ممارسة سلطته في الامتناع في تحرير عقد الزواج بين الجزائري والجزائرية إلى أن يتحقق توفر الشرط المطلوب.

الفرع الثاني: آثار الزواج: تترتب على الزواج آثار مالية وأخرى شخصية متى كان الزواج صحيحا، وتختلف هذه الآثار باختلاف التشريعات فمنها من يفرق بين الآثار الشخصية والآثار المالية، ولا يخضع هذين النوعين إلى نفس القانون؛ مما يطرح التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج إعمالا لنص المادة 1/12 من القانون المدني التي تنص: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج"، وقد أخذت بهذا الحل مختلف قوانين الدول العربية، وهذا جاء من أجل:

- تجنب مشكلة التنازع المتغير الناشئ عن تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج. فنصت على أن الوقت الذي يعتد به بجنسيته الزوج هو وقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى؛

- التأمين والحفاظ على استقرار آثار الزواج لاستقرار الأسرة، فلا تتغير هذه الآثار بتغيير جنسية الزوج، فتبقى نفسها باستمرار؛

- تجنب تعذر تطبيق القانون على آثار الزواج عند وجود قانونين مختلفين. ولذلك فإنه تجنباً لهذا المشكل فقد قررت هذه الدول أن تكون آثار الزواج خاضعة لقانون واحد؛ ويرجع اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي، للرجل داخل الأسرة، فهو رئيسها، وهذا ما يفسر اختيار الدول العربية لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة أو قانون الموطن المشترك لهما، وعندما كانت فرنسا تعتبر الزوج هو رب الأسرة فقد أخضعت هي أيضاً آثار الزواج لقانون جنسية الزوج. غير أنه يوجد استثناء من هذا الأصل حيث يطبق القانون الجزائري وحده على الآثار الشخصية والمالية للزوج في حالة كون أحد الزوجين جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج، وهذا طبقاً لنص المادة 13 من القانون المدني: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج". تعتبر آثار الزواج كل ما يترتب من التزامات على طرفي العلاقة الزوجية، وتتمثل في الآثار الشخصية والآثار المالية.

أولاً: الآثار الشخصية: هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين منها واجب إقامة الزوجة مع زوجها، واجب الوفاء والتعاون والإخلاص بينهما، واجب الزوج في العدل بين الزوجات في حالة تعددهن، طاعة الزوجة لزوجها، انتقال الزوجة بانتقال زوجها.

لم يميز المشرع الجزائري بين الآثار المادية والشخصية للزواج، لأنه أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وحيث لا تطرح الآثار الشخصية المشار إليها اختلافاً لأنها تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزوج، فبالمقابل هناك آثار أخرى تعرف مزاحمة بين القوانين كالإنفاق على الزوجة، وأهلية المرأة المتزوجة على نحو ما سيتم بيانه.

ثانياً: الآثار المالية للزواج: تختلف باختلاف التشريعات، ففي الشريعة الإسلامية لا يترتب أي أثر مالي على الزواج، أي يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة؛ لأنها تقر مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين، الذي يسمح لكل طرف في العلاقة الزوجية أن يحتفظ بحقه في إدارة أمواله المكتسبة قبل أو بعد الزواج. أما في التشريعات الحديثة مثل فرنسا فتتقسم الأنظمة المالية إلى قسمين:

1. **نظام الاشتراك المالي:** في هذا النظام يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة. ويشتركان في الديون الناشئة ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة، كما يستقل كل من الزوجين بإدارة أمواله الخاصة وعند انتهاء الزوجية تُقسم الأموال المشتركة بين الزوجين. ولهذا النظام ثلاث صور هي:

- نظام الاشتراك العام: تكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما.
- نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب: تكون المنقولات فقط المملوكة للزوجين عند الزواج شركة بينهما وتكون كل أموالهما بعد الزواج شركة بينهما سواء منقولات أو عقارات.
- نظام الاشتراك المخفض: يتمتع كل من الزوجين بما لديه من منقولات وعقارات عند الزواج ولا يشتركان إلا فيما يكسبانه بعد الزواج، وقد أصبح هذا النظام مطبقا على الزوجين الذين لم يختارا نظاما آخر.

2. **نظام الانفصال المالي:** والذي يستأثر فيه كلا الزوجين بحرية التصرف والتمتع والإدارة بأمواله الخاصة ويساهم كل واحد منهما في مصاريف الأسرة وأعبائها وهذا النظام شائع في الأنظمة الانجلوسكسونية.

غير أنه إذا اختار الزوجان نظاما آخر غير النظام القانوني المطبق على من لم يختار نظاما آخر وجب على الزوجان الاتفاق على النظام المختار كتابة قبل شهر الزواج وينتج أثره بعد انعقاد الزواج ولا يمكن تعديل النظام المالي بعد الزواج إلا بموجب حكم قضائي، كما لا يمكن طلب هذا التعديل إلا بعد مرور سنتين من انعقاد الزواج.

3. **موقف المشرع الجزائري:** حرص المشرع الجزائري في تعديله لأحكام قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، على معالجة مسألة التدبير المالي للأموال المكتسبة بين الزوجين أثناء العلاقة الزوجية، سواء في حالة الاتفاق أو غيابه، وذلك من خلال المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي قررت المبدأ الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين وهو مبدأ يمكن ترجمته في أمرين:

- استقلال الذمة المالية للزوجين، واستثناء كل واحد منهما بممتلكاته وعوائده عمله وأملاكه وأصوله، مع بقاء الزوج ملزما قانونا وشرعا بواجب النفقة على الأسرة، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 37 بنصها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

- جواز الاتفاق بين الزوجين على تقاسم الأموال المكتسبة، وتنظيم الأموال والعائدات والمداخيل التي يجنيانها معا ابتداءً من تاريخ إبرام عقد الزواج. بحسب ما قرره الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي مفادها: "يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، بشرط أن لا تخالف في مضمونها الشروط المقررة بالمادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

بهذا يتضح أن المشرع قد أقر نظاماً قانونياً جديداً لإدارة وتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية، تجمع بين مبدئين أساسيين: أولها تأكيد المشرع على سيادة مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين طبقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية، ثانيها نظام الاشتراك المالي بإعلانه مبدأ جواز الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الحياة الزوجية، انطلاقاً من فكرة الحرية التعاقدية.

الفرع الثالث: انحلال الأزواج: أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج دون تمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهذا طبقاً للفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني التي تقضي بأنه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، وقد أخذت أيضاً بهذا الحل قوانين بعض الدول العربية مثل: مصر في المادة 13 فقرة 2 من القانون المدني، وسوريا في المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني وغيرها من الدول.

ويرجع سبب اختيار هذه الدول لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة لما يتمتع به الزوج في مجتمعاتنا من سلطات واسعة داخل الأسرة، ولكون الزوج يملك إنهاء زواجه بإرادته المنفردة.

أما عن اختيار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فيلاحظ الكثير من الفقهاء بأن فيه ظلم للزوجة وليس هناك ما يبرره؛ إذ يؤدي إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء انعقاد الزواج. فقد يسمح هذا القانون بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن أبداً في الحسبان، ولعل القانون الأفضل هو الذي تكون الزوجة على إطلاع به ولا يخل بمبدأ المساواة بين الطرفين. ويعتبر قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين هو القانون الأفضل، وقد اختارته قوانين بعض الدول كالقانون اليوناني، فإذ لم توجد جنسية مشتركة للزوجين طبقاً لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد

الزواج، لان هذا القانون على بصيرة به من طرف الزوجين. وكذا الحال في القضاء الفرنسي، ففي حالة اختلاف جنسية الزوجين يطبق قانون الموطن المشترك وان لم يكن لهما موطن مشترك طبق قانون القاضي.

لكن ورد استثناء على المادة 12 وهي المادة 13 حيث نصت: "إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده". وبمقتضى هذه المادة أنه إذا كان الزوج أو الزوجة من رعايا الجزائر عند انعقاد الزواج، فان القانون الجزائري هو وحده الذي يسري على انحلال الزواج. وتطبيق هذا الاستثناء سهل إذا لم تتغير جنسية الزوجين بعد انعقاد الزواج ولكن تظهر الصعوبة إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج والآخر أجنبيا وبعد انعقاد الزواج أصبح الزوج الجزائري هو الآخر أجنبيا، فذلك سيؤدي حتما إلى نتائج غريبة إذ نجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد زواجه، في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما. ويختلف نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج بين ما يعتبر أثر من الآثار المترتبة على انحلال الزواج، وما يعتبر من الاجراءات فيسري عليه قانون القاضي على النحو التالي:

أولا: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج: إن القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو الذي يرجع اليه لمعرفة ماذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون أم لا، ومن من الزوجين يملك إيقاعه، وما هي القيود التي ترد على استعماله، وهل يجوز التوكيل فيه أم لا؟ ويرجع كذلك إلى القانون الذي يحكم انحلال الزواج لمعرفة الأسباب التي تبرر التطليق أو الانفصال الجسماني. إذ تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج كل من:

- الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، وهي الآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق، مثل حق المطلقة في النفقة تشمل نفقة الزوجة (المادة 74 من قانون الأسرة) ونفقة الأولاد (المادتان 75 و 76 من قانون الأسرة) وحققها في الاحتفاظ باسم زوجها، ومتاع البيت (المادة 73 من قانون الأسرة).
- المسائل المتعلقة بالحضانة، مثل تحديد من هو الحاضن تحديد أوقات الزيارة ومدتها، ونظرا لخلو القانون الجزائري من نص خاص بها، ولأنها تعد أثرا لانحلال الزواج، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج طبقا للمادتين 2/12 والمادة 13 من القانون

المدني، وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية، ولكن نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي.

ثانيا: نطاق تطبيق قانون القاضي: يخرج عن نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج كل من:

- إجراءات دعوى الطلاق والتطليق والخلع وشهرها وإعلام الغير به تخضع لقانون القاضي أي القانون الجزائري، وذلك وفقا لما قرره المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري، بأن نصت صراحة على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، إلا أن التأشير بها في سجلات الحالة المدنية يقتضي اختصاص قانون محل إبرام الزواج بوصفه يخص تنظيم مرفق الحالة المدنية.

- اجراءات الطلاق أو التطليق فهي إجراءات تحفظية التي تتخذ أثناء سير الدعوى للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد، كتحديد النفقة الوقتية للزوجة والاذن لها بالإقامة في بيت الزوجية أو تسليم متاع البيت تخضع كلها لقانون القاضي.

- حق المطلقة في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفيا، لأن التصرف الذي قام به الزوج تنجر عنه مسؤولية تقصيرية يطبق عليها قانون البلد الذي وقع فيه. أما الآثار التي تخص كل زوج على حدا مثل حق الزوج في زواج جديد، أو المدة التي تنتظرها المطلقة للزواج من جديد فهي تخرج من نطاقه وتخضع للقانون الشخصي للمطلقين.

المطلب الخامس: النسب والنفقة:

الفرع الأول: النسب: يعتبر النسب من المسائل المنتمية إلى الأحوال الشخصية، مما يجعل القانون الشخصي هو الواجب التطبيق عليه. ولما كان النسب له علاقة بثلاثة أشخاص الأب والأم والطفل، فإن تحديد القانون الشخصي يعتبر نتيجة لذلك من المسائل التي اختلف فيها الفقه، وتعددت بشأنها الاتجاهات التشريعية والقضائية.

أولا: الاختلاف الفقهي بشأن القانون الذي يخضع له النسب: اختلفت الأنظمة القانونية في القانون الذي تسنده للنسب باختلاف الاتجاهات الفقهية التي يستند إليها كل تشريع، حيث:

- يوجد اتجاه يقول بالتمييز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، الأول يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج على اعتبار أن الطفل الشرعي يعد في عداد أفراد الأسرة التي أساسها الزواج. كما أنه من الأفضل أن يكون قانون واحد هو الذي يخضع له مختلف العلاقات التي تنشأ بين أفراد نفس الأسرة، أما الثاني وهو النسب الطبيعي فيخضعه لقانون جنسية الطفل لعدم مزاحمته من طرف القانون الذي تخضع له الأسرة لأنه لا يوجد ما يسمى بالأسرة الطبيعية. ونجد هذا الاتجاه سائدا في فرنسا قبل القانون الصادر في 3 جانفي 1972، فقد طبق القضاء الفرنسي على النسب الشرعي، القانون الذي يحكم آثار الزواج وعلى النسب الطبيعي قانون جنسية الطفل.

- واتجاه ثان يقضي بتطبيق قانون جنسية الطفل على النسب بنوعيه، ويعتبر الفقيه الفرنسي Frances Cakis من المدافعين على هذا الاتجاه بحجة أن النسب يتعلق بحالة الطفل الشخصية. غير أن هذه الحجة غير مقنعة في نظر بعض الفقهاء على اعتبار أن النسب يتعلق أيضا بحالة الأب من حيث أبوته للابن.

- واتجاه ثالث يقول بإخضاع النسب لقانون جنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوي المتعلقة بالنسب. كما أنه من النادر أن تكون مجهولة بخلاف الأب. وقد أخذ القانون الفرنسي الصادر في 3 جويلية 1972 بهذا الاتجاه، فأخضع النسب بنوعية الطبيعي والشخصي للقانون الشخصي للأم، وفي الحالة التي تكون فيها مجهولة فللقانون الشخصي للطفل.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النسب: نصت المادة 13 مكرر من القانون المدني: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

وقد تناولت هذه المادة المستحدثة في قواعد الإسناد تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب والاعتراف به وإنكاره، وميزت بين حالتين:

- يطبق قانون جنسية الأب مدعي النسب أو منكره وقت ميلاد الطفل محل الاعتراف أو الإنكار.

- في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب عند الوفاة.

وعلى ذلك فدعاوى النسب سواء تعلقت بإثباته أو الإقرار به أو إنكاره تخضع لقانون الأب المطلوب النسب له أو الذي يقر به أو ينكره. كما نصت المادة 13 مكرر 1: " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني". وواضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظام الجامع بالنسبة للشروط الموضوعية للكفالة وكذا التبني، وتثير الفقرة الثالثة من هذه المادة المتعلقة بالتبني غموض حقيقي.

ومعنى ذلك أن التبني أخذ نفس أحكام الكفالة، بمعنى أن المشرع قد أخضع انعقاد التبني وشروط صحته لقانون كل من المتبني والمتبني، في حين أخضع آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني قياسا على أحكام الكفالة التي أحالت على أحكام الفقرة 3 أعلاه. ومعلوم أن الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري تحكمها الشريعة الإسلامية وهي تحرم التبني مصداقا لقوله تعالى: "ما جعل أدياءكم أبناءكم، ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. أذعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا أبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم". سورة الأحزاب، الآية 4-5. فالإقرار بالنبوة في الشريعة الإسلامية شيء والتبني المعروف في النظم الغربية شيء آخر وهو ما تحرمه الشريعة الإسلامية، وتبعاً لذلك يعد التمسك بالتبني أمام المحاكم مخالفاً للنظام العام إذا أثير أمام القاضي الوطني.

الفرع الثاني: النفقة: جاء في نص المادة 37 من قانون الأسرة: "تجب على الزوج نحو زوجته، النفقة الشرعية حسب وسعه، إلا إذا ثبت نشوزها"، وجاء في نص المادة 14 من القانون المدني "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها". وفي وجود هذين النصين، يثار التساؤل التالي: هل الإلتزام بالنفقة الذي يقع على عاتق الزوج يخضع لنص المادة 14 أو للقانون الذي يحكم آثار الزواج؟ يجب التفريق هنا بين نوعين من النفقة:

أولاً: النفقة الزوجية: بالنظر إلى أن الزوجين أجنيين عن بعضهما وزواجهما هو مصدر هذا الإلتزام، فمن المنطقي تكييفه ضمن آثار الزواج، كما كیفه القضاء الفرنسي قبل دخول معاهدة لاهاي المنعقدة في 2 أكتوبر 1973 حيز التطبيق.

أجمع الفقهاء المسلمون منذ القديم أن نفقة الزوجة واجبة مبدئياً على زوجها سواء كان ميسراً أو معسراً، طالما الزوجة في عصمته وما دام عقد الزواج قائماً ولم ينحل، لقوله تعالى:

"لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها".

وهذا الوجوب تبنته القوانين العربية الإسلامية، ومن بينهم المشرع الجزائري من خلال المادة 1/37: "يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". فالنفقة الزوجية واجبة سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية أو كانت غنية أو فقيرة، وتشمل الغذاء والكسوة والسكن وغيره. كما وضع الفقهاء المسلمين شروطا لوجوبها ومنها أن يكون عقد الزواج صحيحا وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي أوجب النفقة على الزوجة المدخول بها، وأن تكون الزوجة سالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، ودون ذلك يسقط حقها في النفقة. أما الزوجة العاملة إذا أذن لها زوجها أو تزوجها عالما بعملها فلا يسقط حقها في النفقة.

وامتناع الزوج عن النفقة يمكّن الزوجة من طلب التطلاق ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج وهذا وفقا لنص المادة 53 قانون الأسرة، كما قد يتابع الزوج بجريمة الامتناع عن تقديم النفقة إذا كانت مقررة بحكم قضائي، وهذا ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري وعن تقدير النفقة، تبين أن الشريعة الإسلامية لم تحدد مقدارها، لهذا فإنها تقدر بقدر كفاية الزوجة وظروف وأعباء الزوج ودخله وهذا بنص المادة 79 من قانون الأسرة.

واستثناءً عن الأصل ألزم المشرع الزوجة بالنفقة على أولادها إذا كان الزوج عاجزا وكانت هي قادرة على ذلك وهذا ما نصت عليه المادتين 76 و 36 ف 2 من قانون الأسرة، وهذا رأي الإمام أبو حنيفة مستدلا على ذلك بقوله تعالى: "وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"، وهذا خلافا للدول الغربية التي تلزمها بالاشتراك مع زوجها في النفقة الأسرية سواء كان الزوج معسرا أو موسرا، عاجزا أو قادرا على ذلك. إذا يطبق على النفقة على الزوجة التي تدخل ضمن آثار الزواج قانون الزوج وقت إبرام العقد كأصل عام، والقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد العقد كاستثناء.

ثانيا: النفقة بين الأقارب: هي التي نصت عليها المادة 14 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"

ويبدو أن عبارة "بين الأقارب" أضيفت لدفع الشبهة أن يكون المقصود من النفقة "النفقة الزوجية"، فتكون بذلك هذه الأخيرة خارجة عن نطاق المادة 14 لأنها تعتبر من آثار الزواج.

وقد تكون القرابة قرابة مباشرة أو قرابة حواشي. فالقرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع، أما قرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهما فرعا للآخر. وتوجد إلى جانب هذين النوعين من القرابة قرابة أخرى هي القرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر، فقد جاء في المادة 35 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر". وتختلف التشريعات في تحديد القرابة الموجبة للنفقة، كما تختلف أيضا في تحديد شروط استحقاقها.

أما النفقة الوقتية التي يقضي بها القاضي أثناء نظر الدعوى، فهي إجراء وقتي يتعلق بالأمن العام في الدولة، لذلك فهي تخضع لقانون القاضي.

المطلب الخامس: التصرفات المضافة لما بعد الموت (الميراث، الوصية والهبة) هي كل التصرفات القانونية التي تنتج أثرها بهلاك المورث أو الموصي أو الواهب، باستثناء الهبة التي ليست تصرف ينفذ بعد الموت، بل هي عقد ما بين الأحياء قد يكون ملزم للجانبين على نحو ما سنرى:

الفرع الأول: الميراث: أدخل القانون الجزائري الميراث في نطاق الأحوال الشخصية وأخضعه كله سواء عقار أو منقول، لقانون جنسية المتوفي، بينما تدخله بعض التشريعات في الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفي، وتفرق بعض التشريعات مثل فرنسا، بين العقار والمنقول فتخضع الميراث في العقار لقانون موقع العقار والميراث في المنقول لقانون موطن المورث. وهناك من يخضعه كله لقانون موطن المورث كإيطاليا. ويرى الفقه (نبوييه) أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية، اجتماعية وسياسية، لأن إخضاع العقار لقانون والمنقول لقانون آخر تترتب عليه اوضاع شاذة. فما هو القانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للقانون الجزائري؟

أولا: نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث: الميراث هو خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته، واعتبار ان الميراث في الجزائر يعتبر متصلا بنظام الأسرة، إذا انه ينظم انتقال مال المتوفي إلى ورثته من اقاربه، كما أن قانون الأسرة هو الذي تولى بيان احكامه، وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يأخذ بالتفرقة بين الميراث في المنقول والميراث في العقار.

ويدخل في نطاق قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة باعتباره القانون الذي يحكم الميراث المسائل

التالية:

- اسباب الارث كالقربة والزوجية وهو ما نصت عليه المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري.
- استحقاق الارث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القانون وهو ما نصت عليه المادة 127 من قانون الاسرة الجزائري.
- شروط استحقاق الإرث، هل يشترط تحقق حياة الوارث حقيقة وقت موت مورثه، ام يكفي حياته وقت موته حكما.
- موانع الإرث، حيث تمنع قوانين الكثير من الدول الاسلامية القاتل من الميراث مع اختلاف فيما بينها حول نوع القتل المانع من الميراث وحدود هذا المنع، كما يمنع أيضا المرتد من الميراث.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الميراث: تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك او الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". فقد اخضع المشرع الجزائري الميراث لقانون جنسية المورث او المتوفي وقت وفاته، اي ان الميراث يخضع للقانون الوطني للمتوفي.

لكن لا يخضع الميراث في كل الحالات الى قانون جنسية المتوفي، بل هناك حالات تطبق فيها أحكام أخرى وهي:

1. **حالة التركة الشاغرة:** أو التركة التي لا وارث لها، إذ تنص المادة 773 من القانون المدني الجزائري: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الاموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث والذين تهمل تركتهم". كما نصت المادة 47 من قانون 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية على أن الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها، ملك للدولة طبقا للمادة 773 من القانون المدني الجزائري. وعلى ذلك، فهناك فرق بين الملكية الشاغرة والتركة التي لا وارث لها حتى وان كانت النتيجة هي نفسها، أي أن الدولة هي التي تملك هذه الأموال، وبالتالي تكمن القاعدة العامة في أن التركة التي لا وارث لها تؤول الى الدولة. غير ان السؤال المطروح هو: لأي دولة تؤول التركة الشاغرة؟ هل تؤول إلى الدولة التي ينتمي اليها المتوفي بجنسيته؟ أم تؤول الى الدولة التي توجد أموال التركة بإقليمها؟ وهو ما فصلت فيه المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "ان التركة التي لا وارث لها تؤول الى الخزينة العامة" وكيفت هذه التركة بالاستناد الى اعتبارين:

- إذا كيفنا حق الدولة على التركة الشاغرة أنها حق ارث باعتبار الدولة وارثة لمن لا وارث له، اعتبرنا انتقال التركة اليها خاضعا للقانون الذي يحكم الميراث، وحينئذ تؤول التركة إلى الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته.

- أما إذا كيفنا حقها على التركة الشاغرة انه حق مبني على سيادتها فان التركة الموجودة على اقليمها تؤول اليها باعتبارها مال لا مالك له.

ويذهب جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية الى عدم اعتبار الدولة وارثة، وانما تأخذ التركة على انها مال ضائع، وهذا التكييف هو الذي ينبغي الأخذ به في الجزائر على اعتبار قانون الأسرة مستمد من الشريعة الاسلامية وعليه فان التركة الموجودة على اقليم الجزائر والتي لا وارث لها وفقا لقانون جنسية المتوفي، تؤول الى الدولة الجزائرية باعتبارها مالا لا مالك له.

2. حقوق دائني التركة: يرى الفقه الغالب عدم اخضاع مدى تعلق حقوق دائني المتوفي

بمالية التركة لقانون الميراث، لأن المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص بل تتعلق بنظام الأموال وسلامة المعاملات؛ وعليه فإن موقع المال هو الذي سيطبق عليها.

فاذا كانت أموال التركة موجودة في الجزائر، فان القاعدة التي تطبق عليها هي "لا تركة الا بعد سداد الديون"، ومعلوم أن الشريعة الاسلامية لا ترتب للورثة حقا على تركة مورثهم الا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، وعلى هذا الأساس فالقانون الذي يحكم الميراث يرجع اليه فقط بعد الفراغ من مسألة الديون لا قبله. حيث يعتبر الفقه الاسلامي أن حق الورثة في الخلافة يكون بعد الديون في الرتبة وهو يتعلق بثلاثي التركة بعد الدين لا بالتركة كلها.

ثالثا: النظام العام والقانون الذي يخضع له الميراث: لما كانت المواريث مستمدة في القانون الجزائري من الشريعة الإسلامية، فان القانون الأجنبي المختص قد يستبعد باسم النظام العام كلما كان تطبيقه يترتب عنه مساس بالشعور العام، عند عدم التقيد بأحكامه وخاصة يجب أن يستبعد القانون الأجنبي لما يكون المورث مسلما، اذا ان تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الاسلامية وقد اكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى في قرارها الصادر في 27/05/1964 وعليه فاستبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلما يجعل في الحقيقة من الصفة الاسلامية في شخص المورث ضابطا للإسناد مما يهدم قاعدة الاسناد الواردة في المادة 16 من القانون المدني الجزائري، والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفي وقت الوفاة.

وعليه، فالقانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على الميراث سواء كان المورث أو الهالك جزائريا، أم كانت التركة على الاقليم الجزائري، أو كان الميراث يخص النظام العام ففي كل هذه الحالات، فان القانون المختص والواجب التطبيق هو القانون الجزائري.

الفرع الثاني: الوصية: باعتبار أن الوصية وثيقة الصلة بالميراث لأنها طريق من طرق الخلافة بعد الموت فقد أخضعها المشرع لنفس قاعدة الأسناد التي أخضع لها الميراث. وقد عرفها قانون الأسرة في المادة 18 بنصها: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". ويختلف القانون الواجب التطبيق باختلاف الشروط:

أولا: الشروط الموضوعية: تنص المادة 16 من القانون المدني: " يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". وقد ألحق القانون المدني بالوصية من حيث الأحكام المطبقة عليها تصرفات المريض، مرض الموت والتي يكون القصد منها التبرع بحسب ما نصت عليه المادة "776" من القانون المدني الجزائري.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مجال أعمال قانون الموصي وقت موته، هل يشمل سائر الشروط الموضوعية للوصية، أم هناك شروط ينبغي إخراجها من نطاقه. فيذهب جانب من الفقه إلى إخضاع كل من الأهلية والرضا والمحل والسبب إلى قانون جنسية الموصي وقت وفاته والأساس في ذلك، أن الوصية وإن كانت عملا إراديا إلا أنها تختلف عن سائر التصرفات الإرادية الأخرى من حيث استيفاء الشروط الموضوعية التي لا تتحدد بصفة نهائية إلا عند وفاة الموصي. أما جانب آخر من الفقه فقد أخضع الشروط الموضوعية إلى قانون الموصي وقت الإيصاء، فيما يفضل جانب آخر إخضاع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته باعتبار أن نص " المادة 16" جاء عاما.

ثانيا: الشروط الشكلية: حسب المادة 19 من القانون المدني فإنه يمكن للجزائريين إجراء وصاياهم في الخارج، إما وفق الشكل المقرر في القانون الجزائري باعتباره قانونهم الوطني وإما وفق الشكل المحلي أي قانون البلد الذي تمت فيه الوصية. أما الأجانب فيمكن إجراء وصاياهم في الجزائر إما وفق الشكل المقرر في قوانين بلادهم وإما وفق الشكل المحلي أي القانون الجزائري.

الفرع الثالث: الهبة: لم يضع القانون المدني الجزائري أحكاما خاصة بقواعد الإسناد المتعلقة بالهبة، خلافا لما جرى به العمل في الدول العربية، بل أدرجها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع

من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات، أي وسط الوصية والوقف. وبالتالي تدخل الهبة ضمن الأحوال الشخصية.

يتبين من المواد الواردة في قانون الأسرة الجزائري (المواد من 202 إلى 212) أن الهبة هي عقد وبالتالي فإنها تخضع إلى أركان العقد، يلزم فيه توافر الإيجاب والقبول (المادة 206 من قانون الأسرة) ويُملَّك في الحال لأنه ليس تصرف ينفذ بعد الموت، بل هي عقد ما بين الأحياء يتصرف بموجبه الواهب دون عوض (المادة 202 من قانون الأسرة) وبنية التبرع؛ غير أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع (المادة 205 من القانون المدني) أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام (المادة 202 من الفقرة 2 من قانون الأسرة) فيصبح عقد الهبة ملزما للجانبين.

على هذا الأساس وجب النظر في القانون الواجب التطبيق على الموضوع والقانون الواجب التطبيق على الشكل.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الموضوع: وجب هنا التمييز بين القانون الواجب التطبيق وقت الهبة والقانون الواجب التطبيق بعد موت الواهب.

1. القانون الواجب التطبيق وقت الهبة: تخضع شروط انعقاد الهبة للقانون الوطني

للشخص: التراضي، المحل، السبب، باستثناء أهلية الواهب أو أهلية الموهوب له، فتخضع للقانون الشخصي لكل منهما وذلك تطبيقاً للمادة 10 من القانون المدني الجزائري.

ويشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة سنة وغير محجور عليه بحسب ما تنص عليه المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري. حيث أن المجنون والمعتوه والصبي غير المميز غير مؤهلين لأن يهبوا، لذلك تنص المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر تصرفاته باطلة"، غير أن المادة 42 من القانون المدني تخص بالذكر كذلك المعتوه والمجنون، فهما غير أهل لأن يهبوا. وهو كذلك الأمر بالنسبة للصبي المميز والسفيه وذو الغفلة (الذان بلغا سن الرشد)، حيث أن الصبي المميز ما لم يبلغ سن 19 من عمره ولو كان مأذوناً له في التجارة غير أهل لأن يهب، فهو لا يملك أهلية التبرع أصلاً وإن كان يملك أهلية التعاقد وأهلية التصرف في الحدود التي رسمها القانون. كذلك السفيه وذو الغفلة لا يملكان أن يهبوا أموالهما، والهبة التي تصدر منهما تكون باطلة ولو أذن القيم أو أذنت المحكمة، تنص على ذلك المادة 85 من قانون الأسرة: "تعتبر تصرفات

المجنون والمعته والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه". أما من بلغ سن الرشد أي 19 سنة في القانون الجزائري توافرت فيه أهلية التبوع.

• **أهلية الموهوب له:** يتمتع البالغ الرشيد 19 سنة بأهلية التبوع، وله كذلك أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد، حتى لو كانت مقترنة بشرط أو التزامات. ورغم أن الهبة عقد رضائي يشتمل على إيجاب وقبول بحسب نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن استثناءً على القاعدة نجد:

- أن المادة 209 من ذات القانون تنص على أنه: " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا". فالحمل ليست له إرادة، رغم ذلك يمكنه أن يكون أهلاً للهبة، حتى دون وجود قبول، ويكون هذا خروجاً عن المبدأ القائل بأن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول، ويكون هنا المشرع الجزائري قد تبع مذهب الإمام مالك.

- تنص المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله". أي أنه إذا كان الموهوب له صبياً غير مميز (المادة 42 من فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري) أو مجنون أو معته (المادة 42 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري) وحتى إذا كان كل من هؤلاء غير أهل لقبول الهبة بنفسه، يقبلها عنهم الولي أو الوصي أو القيم. إذا كانت الهبة لا تتم إلا بالقبض قبضها عنهم. وكل ذلك دون الحاجة إلى إذن المحكمة.

- إذا كان الموهوب له صبياً مميزاً أو سفيهاً أو ذو غفلة فقد استوفى بالتميز أهليته لقبول الهبة. غير أن المادة 43 من القانون المدني الجزائري، تقضي بأن كل من هؤلاء يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون.

- تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري في هذا الصدد على ما يأتي: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

- إذا كانت نافعة له جاز له أن يقبضها وحده وأن يقبضها دون إذن الولي أو الوصي ودون إذن المحكمة. فإن كانت مقترنة بشرط أو التزامات، فإن قبولها لا يكون إلا بإذن المحكمة.

- للبالغ الرشيد أهلية قبول الهبة دون الإذن من أحد حتى لو كانت مقترنة بشرط أو التزامات، حيث تقضي المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري في هذا الصدد على ما يأتي: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

- في حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له لا نكون بحاجة إلى قبول لأن الولي ينوب المحجور وبالتالي فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة.

كما أن المحل وهو الشيء الموهوب يخضع للقانون الشخصي، إذ تنص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لذي الغير". ويستثنى من ذلك مال المستقبل ومال الغير. أما الدين أو المال المشاع فيمكنه أن يكون محل الهبة.

• آثار الهبة والرجوع فيها: تتمثل آثار الهبة في نقل ملكية الشيء الموهوب وهو التزام يقع على عاتق الواهب ويخضع للقواعد العامة. والمبدأ هو أنه لا رجوع في الهبة بصفة مطلقة بالنسبة للهبة بقصد المنفعة العامة (المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري).

أما الهبة بين الأشخاص فأدخل عليها استثناء، حيث تنص في هذا الصدد المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

إن الاستثناء الذي اعترف به القانون للوالدين وهو إمكانية الرجوع في الهبة، قد أدخل عليه هو كذلك استثناء يتمثل في عدم الرجوع في حالات قام القانون بحصرها.

2. القانون الواجب التطبيق بعد موت الواهب: لم ينص القانون الجزائري على القدر

الذي يمكن للواهب أن يهبه، إذاً كما جاء في المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للواهب أن يهب ممتلكاته أو جزءا منها..."، فإذا وهب الواهب كل ممتلكاته فليس هناك إشكال يطرح بالنسبة للورثة، أما إذا وهب جزءا من ممتلكاته فإن النصيب الباقي يرجع إلى الورثة، في هذه الحالة فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الواهب وقت موته، وعلى ذلك فإذا كان القانون

الأجنبي ينص على أن هناك قدر يجوز التبرع به والمتعين إيفاءه للورثة وهي أحكام آمرة، تخضع لجنسية الواهب وقت موته لاتصال المسألة بنظام الميراث.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على شكل الهبة: ما دام عقد الهبة عقد بين الأحياء، إنه يخضع وفقا للمادة 19 من القانون المدني الجزائري، لقانون البلد الذي فيه تم فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين. ومن استقراء نصوص المواد التالية:

- نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري التي مفادها: " تتعدّد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيّزة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".
- نص المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري في شأن العقار: "زيادة عن العقود التي يأمر بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية.... في شكل رسمي...". أما فيما يتعلق بالمنقولات، فإن قانون الأسرة أخضعها لأحكام خاصة غير محددة.
- نص المادة 208 أنه: " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيّزة".

إذ تبين هذه المواد أن إجراءات نقل الملكية في الهبة تكون وفقا للقانون المحلي لاسيما إذا تعلق الأمر بعقار. وتجدر الإشارة إلى أن هبة الأجنبي تكيف بحسب قانونه، فإذا كان هذا القانون يعتبر الهبة داخلة في الأحوال الشخصية طبق على الهبة قانون أحواله الشخصية، وإذا كان يعتبر الهبة داخل في الأحوال العينية أو في العقود، طبق عليها القانون الذي تخضع له الأحوال العينية أو العقود.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على نظام الأموال

يشمل نظام الأموال كل ما يتعلق بالمسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان ماديا كما هو الحال بالنسبة للعقارات والمنقولات أو كان معنويا مثل حق المؤلف وبراءة الاختراع. وإذا كان ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية يُستمد من أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي باعتبار أن الأشخاص هم العنصر الغالب ويخضع إلى قانون الجنسية أو قانون الموطن بحسب اختلاف التشريعات من دولة إلى أخرى، فإن ضابط إسناد في الأحوال العينية

يُستمد من موضوع العلاقة القانونية على أساس أن محل النزاع هو المال وهو العنصر الذي له ثقل وأهمية كبرى من حيث الوزن بالنسبة إلى الأطراف.

وعليه يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من الناحيتين الموضوعية والشكلية وكذا الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) والفعل المادي النافع (كالإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:

العقد الدولي هو العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي، وبالتالي يُطرح بصدده التنازع بين القوانين يستلزم معه البحث عن القانون الذي يحكم التصرفات الإرادية. ذات الطابع المالي التي تتم بين الأحياء وتترتب عليها حقوق مالية، مثل العقود أو التصرفات بالإرادة المنفردة، لأن هناك من التشريعات من يعتبرها عقداً من العقود التي تحكمها قواعد الإسناد الخاصة بالعقود، في حين اتجهت تشريعات أخرى إلى اعتبارها من الأحوال الشخصية، وبالتالي تخرج العقود ذات الطابع الشخصي المحض كالكفالة والزواج والعقود المالية ذات الطابع الشخصي كالهبة والوصية ومشاركات الزواج. وفي هذا الإطار وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد لكل من موضوع العقد (الفرع 1) وقاعدة إسناد لشكل العقد (الفرع 2).

الفرع 1: في جانبها الموضوعي: يسري على الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع القانون المختار بين المتعاقدين طبقاً لما قرره المشرع الجزائري بموجب المادة 18 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

أولاً: نشأة قاعدة قانون الإرادة: يرجع أساس تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع إلى نظرية الأحوال الإيطالية القديمة التي قالت بتطبيق قانون محل الإبرام على شكل العقد ومضمونه لأن الإرادة اتجهت ضمناً لاختياره. لكن انتقد على أساس أن مكان الإبرام مسألة خارجية لا تتعلق بالإرادة. فجاء الفقيه الفرنسي ديمولان (Dumoulin) في القرن 16 ليفصل بين موضوع العقد وشكله، فأخضع الشكل لقانون محل الإبرام، والموضوع لقانون الإرادة؛ أي القانون الذي تتصرف إليه إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً، وفي حالة السكوت أو عدم

التوصل للقانون المختار ضمناً، يفترض أنهم قد اختاروا قانون محل إبرام العقد، وبذلك اعتمد مبدأ سلطان الإرادة ضمن قواعد التنازع وأصبح موضوع العقد يخضع للقانون المختار صراحة أو ضمناً بينما بقي شكله خاضعاً لقانون محل إبرامه. وفي القرن التاسع عشر، استقرت قاعدة قانون الإرادة في فقه القانون الدولي الخاص وأخذ بها سافيني ومانشيتي، وأخذت بها معظم التشريعات (الإيطالي، السوفياتي، المصري، والجزائري).

لكن وجهة عدة انتقادات لهذه القاعدة من قبل فقهاء القرن 20 على أساس أن:

- القول بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة إذا كان القانون المختار يقضي ببطلان هذا العقد.
- القانون هو الذي يقرر ما هي التصرفات التي تخضع له، وليس الأفراد الذين يقررون القانون الذي تخضع له هذه التصرفات؛ وقواعد الإسناد في كل دولة يتولى وضعها المشرع وليس المتعاقدين.
- قانون الإرادة هو الذي يحكم العقد، وهذا الأخير يكسب قوته الملزمة من قانون الإرادة وهو ما يوقعنا في حلقة مفرغة.

وقد رد أنصار قانون الإرادة بالقول أن حرية أطراف العلاقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لا تقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة، وإنما أساسها قاعدة الإسناد التي تخول الأفراد حق اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، أما الإرادة فينحصر دورها في تركيز العقد؛ أي تحديد مقره ومتى تم ذلك خضع العقد لأحكام قانون ذلك المكان الذي اختاره المتعاقدان إعمالاً لقاعدة الإسناد.

ثانياً: القاعدة في التشريع الجزائري: نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه".

يتضح من خلال نص هذه المادة، أن المشرع الجزائري قد بني قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ضابط أصلي وهو الإرادة وضوابط أخرى احتياطية وهي موطن المتعاقدين أو

جنسيتها أو قانون محل إبرام. واستثنى العقود المتعلقة بالعقار من القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، وأخضعها لقانون موقعه في الفقرة الأخيرة من نفس المادة.

إذا لقد وضع المشرع بدائل أخرى في حالة عدم التمكن من إعمال القاعدة، فقد ذهب إلى تطبيق القانون المشترك أو الجنسية المشتركة وذلك حسب المادة 2/18 من القانون المدني الجزائري. فإذا لم توجد إرادة صريحة ولم يستطع القاضي أن يستكشف من ظروف الحال إرادتهما الضمنية، فقد أفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا قانون جنسيتها المشتركة إذا كانت لهما جنسية مشتركة، أما إذا لم تكن لهما جنسية مشتركة، يطبق قانون الموطن المشترك إذا اتحدا، أما إذا اختلفا فقد أفترض أن القانون المختار هو قانون دولة محل إبرام العقد، ويتطلب تطبيق هذا القانون تعيين هذا المكان الذي لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين، فيكون المشرع الجزائري قد جعل بذلك من مكان إبرام العقد ضابطا احتياطيا.

وقد كان قانون بلد إبرام العقد عند الفقه الايطالي القديم هو القانون الذي يخضع له العقد سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، ولا توجد أية صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين؟

يرى الفقه بأن هذا التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانونه، وعليه فإن مكان إبرام العقد وفقا للقانون الجزائري إذا كان التعاقد بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، وذلك ما تؤكد الفقرة الثالثة من المادة 67 من القانون المدني الجزائري.

1. كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة: يعتد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بإرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية.

-الإرادة الصريحة: لا يطرح بصدها إشكال، إذ يتضمن العقد نص صريح على إخضاعه لقانون معين يحكم عقدهما تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، وهو المبدأ الذي أكدت على تطبيقه المادة (458 مكرر 14) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عندما منحت المحكم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وتبرز تطبيقاته في عقود التجارة الدولية، النقل الدولي، القانون البحري وعقد تأجير السفينة...

-الإرادة الضمنية: تلك التي تستشف من الظروف المحيطة بالعقد وحيثياته، كاستعمال مصطلحات معروفة في قانون معين أو كتابة العقد بلغة معينة أو انتماء الطرفين لجنسية دولة معينة، أو اشتراط

الدفع بعملة معينة، أو الاتفاق على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول، فوجود مثل هذا الاتفاق مع عدم وجود إرادة معلنة تحدد القانون المختص يدل على أن إرادة طرفي العلاقة، قد انصرفت إلى تطبيق قانون الدولة التي أعطى الاختصاص لمحاكمها.

2. مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد: تثار هنا مسألة هل يتمتع المتعاقدين بحرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق؟

الملاحظ من استقراء نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أن المشرع قيد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بمجموعة من الشروط وهي:

- وجود صلة بين العقد والقانون المختار، وهذه الصلة متمثلة بجنسية أحد المتعاقدين أو بموطنه أو بمحل إبرام العقد أو محل التنفيذ أو العملة أو اللغة... الخ، لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدهما قانونا لا صلة له مطلقا بهما ولا بعقدهما دون أن يكون من وراء ذلك تحايل أو هروب من القانون الواجب التطبيق.
- الغش نحو القانون، هو الاتفاق على استعمال وسائل مشروعة للوصول بها إلى أغراض مخالفة للقانون، أي التغيير في عناصر العلاقة بحيث تصبح وفقا لقواعد الاسناد خاضعة لقانون آخر غير القانون الذي تخضع له العلاقة التعاقدية الأصلية.
- النظام العام، يجب ألا يكون القانون الذي اختارته الإرادة مخالفا للنظام العام في قانون القاضي، وإلا استبعد القاضي تطبيق هذا القانون بموجب المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: مجال تطبيق قانون الإرادة: هل يسري القانون الذي اختارته الإرادة على جميع نواحي العقد؟ أي على كل ما يتعلق بالعقد من حيث التكوين والآثار المترتبة على قيامه؟

1. تكوين العقد: يدخل في شروط تكوين العقد الرضا والمحل والسبب:

- **التراضي:** يقوم التراضي باقتران إرادتين متطابقتين، حيث يخضع لقانون الإرادة في وجوده، صحته، كيفية الحصول على التعبير عن الإرادة، متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره، هل يتأثر بموت من صدر منه التصرف أو يفقده أهليته، مدى إلزامية الايجاب، السكوت عن الايجاب وهل يعتبر قبولا أم لا؟ أي تخضع الإرادة من كل جوانبها لقانون الإرادة، ويُستبعد وجود الإرادة ذاتها لأنها مسألة تتعلق بالأهلية.

أما عيوب الرضا، فقد اختلف الفقه فيها: فرأى بارتان أنها تخضع لقانون الشخص باعتبارها تهدف إلى حماية إرادة المتعاقد نفسه غير أن هذا الرأي منتقد فعيوب الإرادة وعيوب الرضا من غلط، وتدلّيس وإكراه واستغلال ليست عيوباً في الشخص نفسه، وإنما تهدف إلى ضمان سلامة العقد وبذلك تخضع لقانون العقد، أما عيوب الإرادة وعوارض الأهلية مثل نقص الأهلية، الجنون، السفه، الغفلة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية وتخضع لقانون الشخص.

• **المحل والسبب:** يخضعان لقانون الإرادة من حيث محل العقد وشروطه من حيث كونه معيناً أو قابلاً للتعيين وممكناً وكذلك السبب في وجوده ومشروعيته لقانون العقد، مع مراعاة فيما يتعلق بالمشروعية النظام العام في دولة القاضي، غير أنه إذا كانا مشروعين وفقاً لقانون الإرادة وغير مشروعين طبقاً لقانون القاضي، يستبعد قانون الإرادة ويطبق القاضي قانونه استجابة لفكرة النظام العام في بلده.

2. آثار العقد: قانون العقد هو الذي يبين الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد ووفقاً لأي شروط يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحاً، كما أنه هو الذي يحدد مضمون الالتزامات التعاقدية مما يجعله أيضاً هو المختص بتفسير العقد، غير أن القانون يفرق بين تحديد مضمون الالتزامات التعاقدية وبيان طرق تنفيذها، وكذلك تفسير العقد وأيضاً أسباب انقضاء الالتزام.

• **من حيث المستفيدون من العقد:** يبين قانون العقد مدى نسبية آثاره واستثناءاتها، وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير، كما يحكم الاشتراط لمصلحة الغير، شروطه، حق الدائنين في الطعن في العقد... لكن مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام فيدخل في مجال إعمال القانون الذي يحكم الميراث، أما أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص، فهو يعد وفقاً لرأي البعض داخلاً في مضمون الفكرة المسندة، بينما يرى البعض الآخر إن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال.

• **من حيث الموضوع:** يُرجع لقانون الإرادة لمعرفة مضمون الالتزامات الناشئة عن العقد وأحكامها، تفسير العقد وفقاً للقواعد المتبعة في هذا القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية. وإذا ما تحدد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن هو الذي يبين مضمون التزامات المتعاقدين، فهو يقع عليه بيان طرق تنفيذها تنفيذاً عينياً أو بمقابل، التضامن، عدم قابلية

الدين للانقسام، الاعذار، عناصر المسؤولية التعاقدية وما هو حكم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها. أسباب دفعها، وتوفر أركانها، الأجل، آثار سقوطه. وكيفية تقدير التعويض... ويخضع تنفيذ الالتزام لقانون الإرادة لكن قد لا يُقر قانون دولة التنفيذ بالوسائل التي ينص عليها قانون العقد، وتعد استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية في محل التنفيذ على هذا النحو بمثابة القوة القاهرة، وهذه تخضع للقانون الذي يحكم العقد. وبالمثل، فإن انتقال الالتزام يخضع لقانون العقد سواء كان هذا الانتقال ايجابيا عن طريق حوالة الحق أو سلبيا عن طريق حوالة الدين.

3. الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته: في حالة تخلف أحد أركان العقد، فإن القانون الذي يحكم العقد هو الذي يتولى بيان الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد، هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي، وتحديد من له الحق في التمسك به، وهل تلحقه الإجازة أم لا، وهل يمكن أن تتقدم الدعوى المقررة له أم لا، مما هي مدة التقادم في حالة تقريره؟

إذا ترتب البطلان على تخلف ركن من أركان العقد خضع للقانون الذي يخضع له هذا الركن وإذا ترتب الإبطال على تخلف شرط الأهلية أو على عيب من عيوبها خضع للإبطال لقانون الشخص مع ملاحظة الاستثناء الوارد في المادة 10 من القانون المدني الجزائري، أما إذا ترتب الإبطال عن عيب من عيوب النص فإن الإبطال يخضع لقانون العقد ويخضع الفسخ لعدم تنفيذ الالتزامات والدفع بعدم تنفيذها لقانون العقد.

أما الآثار المترتبة على تقرير البطلان، فتخرج من نطاق قانون العقد لأنه لا يمكن القول بوجود العقد بعدما قضي ببطلانه، كالالتزام بالرد والالتزام بالتعويض وتدخل في الالتزامات غير التعاقدية.

4. زوال العقد (انقضاء الالتزام): يخضع لقانون العقد أسباب انقضاء الالتزام من وفاء اختياري، شروط صحته، من يصح منه الوفاء ومن يصح له، زمانه، مكانه... كما يشترط عدم مخالفة طرق التنفيذ للنظام العام في بلد الوفاء، كأن يمنع هذا الأخير الوفاء بالذهب مثلا. ويخضع أيضا لقانون العقد انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه، الفسخ لعدم التنفيذ، الإبراء وما إذا كانت إرادة الدائن وحدها تكفي للإبراء أم يجب إبرام اتفاق جديد. كما يحكم التقادم المسقط ويحدد آثار التقادم ومدته، أسباب الوقف والانقطاع.

رابعاً: الاستثناءات من الخضوع لقانون الإرادة: لا يطبق قانون العقد على كل المسائل المتعلقة بالعقد:

- يطبق قانون الإرادة على العقود المالية فقط، وبالتالي تخرج عقود الزواج التي هي شخصية؛
- أهلية المتعاقدين تخرج عن نطاق تطبيق قانون الإرادة؛ وتخضع لقانون جنسية المتعاقد؛
- تخضع التصرفات القانونية في شكلها لقانون محل الأبرام؛
- العقود المنصبة على العقار سواء أكانت متعلقة بحقوق عينية أو بحقوق شخصية؛ إذ يحكمها قانون موقع العقار حسب ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 18، حيث استثنى المشرع الجزائري هذه العقود من الخضوع لقاعدة القانون المختار؛
- العقود المكتسبة للحق العيني في المنقول (هبة المنقول، الوديعة، العارية، الرهن الحيازي)، فهذه العقود العينية تتطلب لانعقادها في القانون الجزائري أن يتم القبض أو التسليم، وقد تتعلق بأثر أو إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله؛ إذ يحكمها قانون موقع المال وقت تحقق السبب المكسب أو المفقود للحق العيني؛
- عقود العمل لأن عقود خاصة وقواعدها تنظيمية آمرة تهدف لحماية العمال، مثل قواعد تحديد الأجور، التعويض... حيث تهدف الدولة لتطبيقها داخل إقليمها على العمال بغض النظر عن مكان وجود مركز الأعمال أو انعقاد العقد؛
- العقود التي تبرمها الدولة مع الأفراد أو مع أشخاص القانون الخاص (الشركات)، إذا لم يتبين اتجاه الأطراف للخضوع إلى قانون معين صراحة، فإن قانون الدولة الطرف هو الواجب التطبيق.

الفرع 2: في جانبها الشكلي: تختلف تشريعات الدول في الشكل المطلوب لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي وهو ما يُطلق عليه الشكل، ويشمل مواضيع مختلفة: الإثبات، قواعد الاختصاص والمرافعات. وتختلف التشريعات في تحديد العناصر الخارجية لإظهار التصرف القانوني وإعلانه، ويرجع سبب المفاضلة بين عدة قوانين لإخضاع الشكل إليها هو الضرورات العملية التي تسهل العمل للمتعاقدین بعدم إلزامهم بإفراغ تصرفاتهم في شكل معين سواء قانون محل الأبرام أو قانون الجنسية المشتركة للطرفين.

فهناك من الفقه من يرى إخضاع الشكل لأي قانون تربطه صلة مع التصرف، سواء قانون محل التصرف أو قانون جنسيتها أو قانون موطنهما المشترك أو قانون موقع المال المتعلق به التصرف أو قانون القاضي المختص بنظر النزاع.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 19 من القانون المدني: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية". وبالتالي أخذ المشرع الجزائري في هذه المادة بالقاعدة التي أخذت بها معظم قوانين دول العالم، وهي قاعدة خضوع العقد من حيث شكله لقانون بلد الإبرام.

أولاً: نشأة القاعدة: (Locus récit actum) ظهرت هذه القاعدة في إيطاليا بسبب الوصية التي أثارَت بحث مسألة الشكل لدى المدرسة الإيطالية القديمة، أين طبق قانون محل الإبرام واعتبر الوصية التي حررت بثلاثة شهود صحيحة. وشملت هذه القاعدة جميع التصرفات وكانت تطبق على كل التصرف شكلا ومضمونا، حتى جاء ديمولان وفصل بين الشكل والموضوع وقصرها على الشكل فقط.

وقد لاقت هذه القاعدة رواجاً كبيراً في العالم، لكن وقع خلاف الموجود حول مدى إلزاميتها، فهناك دول تعتبرها إلزامية مثل إسبانيا والأرجنتين والشيلي والبرتغال، وهناك دول أخرى تعتبرها اختيارية مثل ألمانيا وإيطاليا والنمسا والمجر والسويد والنرويج ومعظم الدول العربية، وإنجلترا وفرنسا.

أما بالنسبة للجزائر، إذا تمعنا في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع يفرق بين الحالة التي يكون فيها المتعاقدان مختلفي الجنسية والحالة التي يكونان فيها متحدي الجنسية، لأنه بعد أن قال بأن العقود تخضع من حيث شكلها لقانون بلد إبرامها قال بأنه يجوز أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو قانون الموطن المشترك، مما يفيد أنه إذا لم يكن هناك قانون وطني مشترك بين المتعاقدين أو موطن مشترك، فإن قانون بلد الإبرام هو الذي سيطبق، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد جعل هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف المتعاقدين في الجنسية واختيارية في حالة تمتعهما بنفس الجنسية.

ثانياً: نطاق أعمال القانون الذي يحكم شكل التصرف: الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية، ولكن قد يستلزم القانون شكلاً معيناً يُفرغ فيه التصرف الإرادي لإثباته وإما بجعله ركناً

في التصرف، ويبطل التصرف بدونه. فما هي الأشكال التي تخضع لقانون الشكل؟ ومن من بين هذه الأشكال التي تخرج عن نطاق قانون محل التصرف.

1. الأشكال المقررة لانعقاد العقد: يرى القضاء الفرنسي أن الشكل المطلوب لانعقاد العقد يدخل في مفهوم الشكل ويخضع لقاعدة (Locus)، ومن ضمن أحكامه في ذلك، الحكم بصحة هبة عقارية تمت في شكل عرفي بين فرنسيين في كندا، رغم أن فرنسا تستلزم الرسمية عكس كندا التي تقبل الشكل العرفي فيها.

وتعتبر القوانين العربية الشكل المطلوب لانعقاد العقد قاعدة موضوعية موضوعية لحماية رضا العاقد، فالشكلية هنا تكمل الاهلية وبالتالي تخضع لقانون الجنسية ولا تخضع لقاعدة (Locus). حيث يُراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجي؛ أما الأوضاع الجوهرية في الشكل، مثل ركن في العقد، الرسمية في الرهن الرسمي... فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه الفصل في التصرف من حيث الموضوع. وكذا القانون الجزائري الذي لا يخضع الشكل المطلوب لانعقاد لقاعدة (Locus)، إنما يجب أن يتم في الشكل الرسمي ولو كان في بلد يُجيز إجراء التصرف في الشكل العرفي.

2. أشكال خاصة بالإشهار: المقصود بأشكال الإشهار الأوضاع التي يحددها القانون ويلزم مراعاتها لإعلام الغير بهذا التصرف والاحتجاج به عليه. ويجب مراعاة هذه الأشكال لتحقيق المصلحة العامة وهي سلامة المعاملات لتحقيق الأمن المدني. ولذلك تخضع الأشكال الخاصة بالإشهار لقانون البلد الذي تتحقق فيه المصلحة العامة له، فهي إذا لا تدخل في نطاق الشكل:

- شهر التصرفات العقارية بطريق التسجيل أو القيد يخضع لقانون موقع العقار
- شهر التصرفات الواقعة على المنقول تخضع للموقع الفعلي للمنقول، ويلحقها بوسائل كسب الحق بهذا المنقول.

وهو ما سار إليه المشرع الجزائري في المادة 17 من القانون المدني الجزائري بالنص: "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقيق السبب الذي ترتب عليه كسب أو فقد الحيازة أو الملكية والحقوق العينية الأخرى".

3. الأشكال المتممة والمكملة للأهلية: يقصد بها الالتزامات التي يجب على ناقص الأهلية

أو نائبه أن يلتزم بها عند مباشرة التصرفات الإرادية وهي نوعين:

- جانب موضوعي وهو ما نصت عليه المادة 15 من القانون المدني الجزائري، ومنها الاذن للقاصر بمزاولة التجارة والاذن للوصي بالتصرف في مال القاصر؛ حيث يعتبر هذا الترخيص من المسائل الموضوعية ويسري على الوصاية القانون الوطني للشخص المراد حمايته، وبالتالي هو الذي يحدد التراخيص المسبقة التي يتعين على الوصي الحصول عليها حتى يتمكن من بيع عقار القاصر. ولذلك فإنها لا تخضع لقانون الشكل، وإنما للقانون الذي يحكم موضوع التصرف ذاته أي قانون جنسية المشمول بالحماية.
- جانب شكلي (الإجراءات) وتخضع لقانون القاضي، أي قانون موقع المال هو الذي يحدد شكل التصرف وفقا لقانون الموضوع.

4. الأشكال الخاصة بالإجراءات ومسائل الاختصاص: وتسمى بالإجراءات التنظيمية أو الإجراءات الفاصلة، وتضم جوانب الإجراءات والأشكال والمواعيد، مثل الشروط اللازمة لمباشرة الدعوى، وشروط صحة الخصومة والعلاقات التي تنشأ فيما بين الخصوم، آثار الأحكام بين الخصوم وعلى الغير، الطعن فيها... إذ تخضع هذه الإجراءات لقانون القاضي، لأن القضاء وظيفة من وظائف الدولة تباشرها سلطة عامة، فمن البديهي تطبيق قانون هذه الدولة وليس قانون دولة أجنبية أخرى لأنها من النظام العام؛ كما أن القواعد اللازمة لتشغيل أي مرفق عام في الدولة هي جزء من القانون العام بها، فهي إقليمية في الدولة قد يجهل القاضي الأجنبي الكثير من مفاهيمها، ويصعب إعماله في محكمة غير التي وضعت لها وليس للخصم المطالبة بتطبيق قاعدة إجرائية واردة في القانون الأجنبي بحجة أنها تخدم مصلحته.

وبالتالي تخرج قواعد المرافعات عن نطاق الشكل، ولا تطبق عليها قاعدة (Locus) بل قانون القاضي، إذ يجمع الفقه على اعتبارها قاعدة ملزمة لا سبيل إلى إغفالها، وهو ما قرره صراحة المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري لأنها من النظام العام.

5. إثبات التصرف: مما لا شك فيه أن الأشكال المطلوبة لإثبات التصرف مثل تحرير الورقة كتابة، شهادة الشهود، إثبات التاريخ أو التوقيع أو التصديق عليه تخضع لقاعدة (Locus). وتثير مسألة الإثبات عدة مسائل منها: بيان من يقع عليه عبء الإثبات، محل الإثبات، ما يُقبل من الأدلة، قوة الأدلة وإجراءات تقديمها.

ومن المعروف أن المحل وعبء الاثبات وبيان الأدلة وقوتها هي الجانب الموضوعي في الاثبات، لكن تتزاحم عليه عدة قوانين: قانون القاضي، القانون المحلي، القانون الذي يحكم موضوع النزاع الذي هو الأصل. وسنفصلها كالآتي:

• محل وعبء الاثبات: يخضعان للقانون الذي يحكم الموضوع ولبس لقانون القاضي ولا للقانون المحلي، لأنهما مسألتان تتعلقان بالموضوع فيبين الواقعة التي يقع إثباتها وكذا على من يقع عبء إثباتها.

• طرق الاثبات وما يُقبل من أدلة: الأرجح في وجهات النظر أن هذه المسألة تخضع لقانون الموضوع، فهو الذي يحدد القرائن القانونية ويبين مدى قبول الإقرار، اليمين... كدليل إثبات؛ أما بالنسبة للدليل الكتابي فيخضع لقاعدة (Locus).

• قوة الدليل: بالنسبة للدليل الكتابي فإن قوة هذا الدليل تخضع للقانون الذي يحكم الشكل، لأنه متى كانت الشكلية لازمة للإثبات وأتخذ التصرف في الشكل المقرر في القانون المختص بحكم الشكل، أصبح من غير المنطقي أن يخضع في قوة إثباته لقانون آخر. وبالتالي تخضع المحررات العرفية والمحررات الرسمية للقانون الذي يحكم الشكل كذلك؛ أما قوة الأدلة الأخرى في الاثبات فالأرجح خضوعها لقانون القاضي.

• إجراءات تقديم الدليل: تخضع لقانون القاضي لأنها من القواعد الإجرائية، وهي بيان للطريقة التي يتبعها القاضي في تطبيق العدالة طبقاً لقانونه.

إذا تظاهر الصلة بين الشكل والاثبات في قبول الدليل وقوته، فغالباً ما يكون اشتراط شكل معين هو تسهيل لإثباته؛ فإذا كان الغرض من الشكل هو الاثبات يؤول الاختصاص إلى قاعدة (Locus) التي تقرر لزوم الشكل من عدمه، أما إذا كان قانون القاضي يستلزم الكتابة لإثبات التصرف ولا يجوز إثباته بشهادة الشهود، فإن قوة الدليل تخضع لقانون القاضي.

ويلاحظ أن اتفاقيات جنيف المنعقدة في سنتي 1931-1932 بخصوص الأوراق التجارية القابلة للتداول اشترطت فيها الدول المتعاقدة أن يطبق على شكل الورقة التجارية قانون الجنسية المشتركة للأطراف المعنية في الورقة. كما قرر معهد القانون الدولي بمدينة (جاندا) في سنة 1927 أن مراعاة الشكل المقرر في القانون الذي يحكم موضوع التصرف تغني عن مراعاة الشكل المحلي.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية:

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية هي الالتزام الناشئ عن الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية والعمل غير المشروع؛ والالتزام الناشئ عن الفعل النافع كالدفع غير المستحق والإثراء بلا سبب. فما هو القانون الواجب التطبيق على هذه الإلتزامات؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

أولاً: مبررات تطبيق قاعدة المحل (Lex loci delicti): من مبررات تطبيق هذه القاعدة على الإلتزامات غير التعاقدية هو مبدأ الشرعية، لأن قانون المحل هو المختص بتحديد مشروعية الفعل الذي يقع في إقليمه أو عدم مشروعيته. فهو القانون الذي يحكم البيئة الاجتماعية التي ترتب على وقوع الواقعة فيها الإلتزام، ويحقق التوازن بين الحقوق.

وقد أخذ المشرع الجزائري بأحكام قاعدة المحل من خلال نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري بقوله: "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه المحل المنشئ للإلتزام، غير أنه فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

ثانياً: الاختلاف حول تطبيق قانون المحل: يرى بعض الفقه بإلزامية تطبيق قانون المحل، فيما يرى جانب آخر من الفقه بأن الأمر اختياري لأنه ليس من النظام العام، وإذا لم يتمسك به الخصوم ورفع النزاع أمام قاضي غي قاضي قانون المحل، فله أن يطبق قانونه.

(أ) الرأي الأول: تطبيق قانون المحل إلزامي: اتفق أصحاب هذا الرأي على وجوب تطبيق قانون المحل على الإلتزامات غير التعاقدية من حيث المبدأ، لكنهم اختلفوا في تطبيق قانون المحل من حيث أركان المسؤولية، فقد يقع الخطأ في مكان ويتحقق الضرر في مكان آخر. فانقسموا إلى ثلاثة اتجاهات:

- اتجاه يرى بتطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل الضار أو النافع على القواعد المنضمة للمسؤولية التقصيرية، لأنه يقع دفعة واحدة بينما الضرر قد يمتد حدوثه في الزمان والمكان؛ كما أن العدالة تقتضي بأن يُحاسب الإنسان عن الفعل الذي أتاه في محل يعتبر قانونه أن هذا الفعل غير مشروع، وانتفاء مسؤوليته إذا كان قانون هذا المحل يعتبر الفعل مشروعاً.

- اتجاه آخر يرى بوجوب تطبيق قانون المحل الذي نشأ فيه الضرر أو الافتقار، لأن الالتزام لا ينشأ إلا بنشوء الضرر أو الافتقار وهما ركنان فيه، ففي مكان الضرر يتحقق الاخلال بالتوازن بين المصالح؛ كما أن الضرر فعل مادي يسهل تركيزه في محل معين.
- اتجاه ثالث يرى بوجوب الاختيار بين قانون محل وقوع الفعل الضار وقانون محل نشوء الضرر، لأنه من الصعب تجاهل فكرة الضرر وتعويض المضرور عما أصابه من ضرر بصرف النظر عن الخطأ، كما أنه من الصعب تجاهل أهمية الخطأ خصوصاً في تقدير التعويض؛ فالقضاء لا يُقدر التعويض على أساس الضرر فقط، بل على أساس خطورة الخطأ. وبالتالي يتم الاختيار بين القانونين لتحقيق التوازن بين مصالح كل من مرتكب الخطأ والمضرور الذي يُعطى له الحق في اختيار القانون الذي يُخول له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق به بالقدر وبالشروط الأكثر ملائمة لمصلحته.

(ب) الرأي الثاني: تطبيق قانون المحل اختياري: (نظرية تطبيق القانون الملائم)

هي نظرية نشأت في أمريكا على يد الفقيه الأمريكي (موريس)، ومضمونها البحث على القانون الملائم الذي تتحقق الفائدة بتطبيقه دون التقيد بقاعدة (*Lex loci delicti*)، إذ تبحث هذه النظرية عن النواحي البارزة في الواقعة وتطبق عليها القانون الذي يلائمها؛ فقد تتماثل الحالات ويختلف القانون المطبق باختلاف الملائمة، كما قد يكون مكان وقوع الواقعة القانونية عرضياً فلا يخضع ذلك لتقدير القاضي، إنما وضع موريس منهجين اثنين:

- المنهج الكمي، وفقاً له يكون القانون الملائم هو القانون الذي تتركز في نطاقه أكثر النقاط عدداً.

- المنهج الكيفي، وفيه يتم البحث عن النقاط ذات القيمة الأكثر بروزاً والتي تتمركز حولها محاور النزاع.

وعموماً متى كان قانون المحل هو المطبق على الالتزامات غير التعاقدية، يرجع إليه لمعرفة أركان المسؤولية وأركان الأثر بلا سبب وتحديد التعويض.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري: تنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه المحل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث

في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه". يتضح من المادة ما يلي:

- كأصل عام أخذ المشرع الجزائري بقانون المحل إلزاميا بالنسبة للالتزام الناشئ عن الفعل الضار والنافع.
- أخذ بالاتجاه الذي يقول بتطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل الضار أو النافع، وليس الذي وقع فيه الضرر (قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).
- ورد استثناء في الفقرة 02 من المادة 20 من القانون المدني الجزائري على الأصل العام الذي يقضي بتطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل الضار، وهو شرط لتطبيق القاعدة العامة.

(أ) مجال تطبيق قاعدة المحل: (Lex loci delicti): يشمل نطاق التصرفات القانونية غير

التعاقدية المسئولية التقصيرية وشبه العقود.

1. الإلتزامات المترتبة على المسئولية التقصيرية (الفعل الضار): يرتب القانون على الأفعال الضارة مسئولية مدنية تعطي المتضرر حق المطالبة بالتعويض، ويحدد قانون محل وقوع الفعل الضار شروط قيام المسئولية التقصيرية ونوعها، ما إذا كانت مسئولية شخصية أو عن فعل الغير أو فعل الحيوان أو فعل الأشياء وأركانها فيبين ما إذا كان الخطأ ركنا من أركانها أم لا، ويبين متى يشكل التعدي خطأ كما أنه هو الذي يبين ما إذا كان يمكن مساءلة عديم التمييز أم لا، لأن التمييز كما هو معروف عنصر في الخطأ وبدونه لا يكون التعدي خطأ، وإذا كانت تقوم على الخطأ هل هو مفترض يقبل إثبات العكس أم لا، ويبين أيضا مكان وقوع الفعل الضار، نوع الضرر الذي يتعين التعويض عنه هل هو الضرر المادي فقط أم أنه يمكن أيضا التعويض عن الضرر المعنوي. وكذا العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وحالات انتفاء هذه العلاقة كحالة القوة القاهرة أو خطأ المضرور مثلا، ولمعرفة ما إذا كانت العلاقة السببية لا تتوافر إلا بالنسبة لما يعتبر ضررا مباشرا أم أنها تتوافر أيضا لما يكون الضرر غير مباشر.

كما تخضع أثارها كذلك لقانون المحل الذي يتولى بيان الملتزم بالتعويض ومن له الحق فيه، وهل يمكن مساءلة المتسببين في الضرر بصفة نظامية أم لا، كما أنه يبين متى ينشأ الحق في التعويض وهل يمكن الجمع بين تعويضين ودعوى التعويض، وشروط التقادم ومدته.)

2. الإلتزامات المترتبة عن الفعل النافع أو شبه العقود: وهي الإلتزامات المتولدة عن بالإثراء

بلا سبب الدفع، والدفع غير المستحق والفضالة، وقد ورد النص عليها في الفصل الرابع من القانون المدني الجزائري، الإثراء بلا سبب في المادتان 141 و142، الدفع غير المستحق في المواد من 143 إلى 149 والفضالة في المواد من 150 إلى 159، وقد أطلق المشرع الجزائري على هذه الإلتزامات تعبير "شبه العقود".

وبالنظر لاختلاف التشريعات في هذه التطبيقات من حيث شروط وآثار كل منها، نواجه إشكالية التنازع بين قانونين، فهل يعطى الاختصاص فيها إلى قانون البلد الذي تم فيه الافتقار أم لقانون البلد الذي تم فيه الاغتناء؟

تذهب أكثر الدول إلى إعطاء الاختصاص إلى القانون الإقليمي؛ أي قانون البلد الذي تم فيه فعل الكسب غير المشروع أو الإثراء دون سبب، أي قانون مكان الإثراء هو الذي يحدد المقصود بالإثراء والافتقار وأركانه ومعنى انعدام السبب القانوني، وهل يشترط بقاء الإثراء إلى وقت رفع الدعوى أم لا؟ وكذلك ما يتعلق بالتعويض من حيث كيفية تحديد مقداره. أما فيما يتعلق بالدفع غير المستحق، فإنه يخضع لقانون المحل أي قانون محل الدفع، كما أنه هو الذي يبين شروط ما دفع بغير حق وما يجب رده.

وفيما يخص الفضالة، فإن قانون محل أداء الفضالة هو الذي يبين أركان الفضالة والتزامات كل من الفضولي ورب العمل ونطاق كل منهما وأحكامه.

نستنتج من كل ما سبق، أن القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين حول واقعة ما، هو قانون محل وقوع الفعل وهذه القاعدة الهامة ليست مطلقة في التطبيق بل أورد عليها المشرع الجزائري استثناء بخصوص الإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار والتي تحدث في الخارج مع توفر شروط نصت عليها المادة 20 من القانون المدني الجزائري، فهذا الاستثناء خاص فقط بالإلتزامات المتولدة عن الفعل الضار أما غير ذلك فهي تخرج من نطاق هذا الاستثناء.

(ب) **الاستثناء الوارد على تطبيق القاعدة العامة:** من استقراء نص الفقرة 2 من المادة

20 من القانون المدني الجزائري، يُطبق قانون القاضي إذا كان قانون محل وقوع الفعل الضار غير متفق في الحكم على مشروعية الفعل. ويشترط لتطبيق "قانون المحل" في الجزائر أن يكون الفعل الضار المرتكب في الخارج غير مشروع في الجزائر أيضا، فإذا كان مشروعا في الجزائر لن يُسأل عنه فاعله ولو كان قانون محل وقوعه يعتبره غير مشروع.

وعليه، لا يخضع الفعل الضار الذي تحدث وقائعه بالخارج في كل الحالات إلى قانون المحل، بل وضع القانون الجزائري شرطا مفاده أنه بالنسبة للفعل الضار الذي يحدث في الخارج؛ فلكي يخضع لقانون المحل، يجب أن يكون غير مشروع في الجزائر وفي البلد الذي وقع فيه. وبعبارة أخرى لا تخضع الوقائع القانونية الناتجة عن الفعل الضار التي حدثت في الخارج إلى قانون المحل إذا كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ومشروعة في الجزائر، فإذا كان في القانون الجزائري قد منح الاختصاص في مجال الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام، إلا أنه عاد في الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني فقيّد أعمال القانون الأجنبي بقوله على أنه: "لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائري، وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

وهذا يعني أن يكون الفعل غير المشروع الواقع في الخارج غير مشروع في الجزائر أيضاً، وهو شرط من شروط تطبيق النص، وتتحدد مشروعية الفعل الضار طبقاً لقانون القاضي. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء خاص فقط بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، أما تلك الناشئة عن الفعل النافع فتخرج عن نطاقه.

(ت) **الصعوبات التي تعترض تطبيق قاعدة المحل:** قد يعترض تطبيق قانون المحل

على الإلتزامات غير التعاقدية بعض الصعوبات منها:

- أن يقع الفعل المنشئ للالتزام في مكان لا يخضع لسيادة أية دولة، ما يجعل القانون المحلي لا وجود له كأن يقع الفعل المنشئ للالتزام في عرض البحر أو في الفضاء الخارجي الذي يعلوه، فإذا كان الفعل المنشئ للالتزام قد وقع على ظهر السفينة أو على متن الطائرة، فإن قانون جنسية السفينة أو الطائرة هو الذي يكون مختصاً.
- إذا كان الفعل المنشئ للالتزام يتمثل في تصادم طائرتين أو سفينتين يتجه غالبية الفقه إلى تطبيق قانون العلم المشترك للطائرتين أو السفينتين المتصادمتين إذا اتحدا، وفي حالة اختلاف علمهما يطبق القاضي قانونه لتعذر أعمال ضابط الإسناد.

المبحث الثالث

أساس وموانع تطبيق القانون الأجنبي

أصبح القانون الأجنبي محل تطبيق من طرف القاضي الوطني كلما كان هذا الأخير امام علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي، وأشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين بوصفه القانون الأنسب لحكم العلاقة، حيث يتم اختياره على أساس منطقي مجرد يراعي فيه المشرع الوطني اعتبارات العدالة ومتطلبات الحياة الخاصة الدولية؛ وهو ما يتطلب معه دراسة مركز هذا القانون أمام القضاء الوطني، خاصة وان العلاقات الخاصة الدولية في نمو مستمر.

إن ما يعطي لهذا الموضوع خصوصيته هو عدم تقنين أغلب المسائل التي يعالجها في كثير من الدول، فغالبا ما يكتفي المشرع بسن مواد قانونية تتضمن القواعد العامة لحل التنازع ويترك باقي المهمة للقاضي الوطني. لذلك يلعب الفقه والاجتهاد القضائي في كثير من الدول دورا محوريا في التأسيس لكثير من القواعد وتكريس الكثير من الحلول إزاء الإشكالات التي يواجهها القاضي أمام القانون الأجنبي لعل أبرزها مركز هذا الأخير أمام القضاء الوطني. وهو ما يدعونا إلى البحث في طبيعة القانون الأجنبي، هل هو مجرد واقعة مادية أم قاعدة قانونية يستلزم الاخذ بها؟ (المطلب الأول) وإذا كان كذلك ما هي حالات استبعاده رغم إعلان اختصاصه بالنظر في الدعوى؟ (المطلب الثاني)

المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي: إذا انعقد الاختصاص لقانون أجنبي معين بموجب قاعدة الاسناد الوطنية ولم يوجد مانع يدعو إلى استبعاده، ينتقل قاضي الدعوى إلى تطبيقه على النزاع المطروح أمامه. غير أن هذا التطبيق لا يخلو من إشكاليات عديدة لأن القانون الأجنبي غير معروف لدى قاضي الدعوى، وهو صادر عن دولة أجنبية لا تمارس أي سلطة عليا؛ وهو ما يطرح مسألة طبيعة القانون الأجنبي وكيفية تعامل القاضي الوطني معه، هل يعتبر من قبيل الوقائع (أولا) أم يظل محتفظا بكيانه القانوني (ثانيا)؟

أولا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة: يُطبق القانون الأجنبي في كثير من الدول أمام القضاء الوطني باعتباره واقعة كمجمل وقائع الدعوى، ويُعامل على هذا الأساس خاصة في الدول الانجلوساكسونية. ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج أهمها:

- على الخصوم أن يتمسكوا بالقانون الأجنبي وليس على القاضي أن يحكم بمقتضاه من تلقاء نفسه، لأنه يقع على الخصوم تجميع عناصر الوقائع في الدعوى ومن ذلك القانون الأجنبي الذي يشبهه من الناحية الإجرائية وقائع الدعوى؛

- يجب على الخصوم التمسك بالقانون الأجنبي أمام محكمة الدرجة الأولى أو على الأكثر أمام محكمة الدرجة الثانية، باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع لا طلبا جديدا لأنه لا تقبل الطلبات الجديدة احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين؛
- يقع على الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي، والقاضي غير ملزم بمعرفته ولا تسري على القانون الأجنبي القاعدة التي تفرض العلم بالقانون، وإذا عجز الخصوم عن إثباته طبق القاضي قانونه؛
- يمكن للخصوم التنازل عن تطبيق القانون الأجنبي، فيطبق القاضي حينئذ قانونه الوطني؛
- بما أن القانون الأجنبي واقعة، فالعذر بجهله مقبول ولا تطبق القاعدة "لا عذر بجهل القانون"؛
- إذا قضى الحكم الصادر تطبيقا للقانون الأجنبي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، فلا تكون هناك حالة من حالات الالتماس بإعادة النظر؛
- إذا تحايل الخصوم على القانون الأجنبي وتهربوا من تطبيقه، فلا محل للدفع بالغش نحو القانون؛
- حالة الخطأ في تأويله أو تفسيره لا يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن الهدف هو توحيد حكم القانون الداخلي ومنع التعارض في الأحكام.

ثانيا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانونا: يميل الاتجاه الغالب فقها وقضاءً إلى الاعتراف للقانون الأجنبي بصفته القانونية أمام القضاء الوطني، فيرى الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءا منه، وعليه فهو يُعامل تماما كالقانون الوطني. بينما يميل الاتجاه الراجح إلى الاعتراف للقانون الأجنبي بصفته القانونية والأجنبية في نفس الوقت، ويؤكد هذا الاتجاه أن الصفة الأجنبية لهذا القانون هي التي تبرر المعاملة الإجرائية المختلفة التي يلقاها من القاضي الوطني. لكن على أي أساس يطبق هذا الأخير القانون الأجنبي؟

(أ) **أساس المجاملة الدولية:** ويقصد بها أن الدولة عندما تقوم بوضع قواعد التنازع في قانونها ليست ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي، غير أنه لا يوجد ما يمنعها من قبول تطبيقه فوق إقليمها على أساس المجاملة الدولية أمام المجتمع الدولي.

لكن يعاب على هذه النظرية أنها تجعل تطبيق القانون الأجنبي منوطا بسلطة القاضي المعروض عليه النزاع؛ كما أنها لا تقوم على أساس قانوني صريح في مجال القانون الدولي الخاص يُلزم الدولة بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليمها رغم اعتراضها عليه، بل تقوم على قواعد هي أقرب إلى القواعد الأخلاقية منها إلى القواعد القانونية مما أدى إلى هجر هذه النظرية.

(ب) نظرية الاستقبال والاستيعاب: نادى بها الفقهاء الايطاليون، وطبقا لها يُطبق

القاضي القانون الأجنبي على أساس أنه يندمج في قانونه، فمتى أشارت قاعدة الاسناد في قانون القاضي بتطبيق القانون الأجنبي فإن هذه القاعدة تستوعبه فيندمج فيها مع اختلاف طبيعة هذا الاندماج.

إذ ينادي بعضهم بالاندماج المادي وهي الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية محل تأميم حقيقي، بحيث يندمج مضمونها في النظام القانوني الإيطالي؛ الأمر الذي يؤدي إلى القول أن هذا الأخير يقرر قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية التي عينتها قاعدة الاسناد، وعليه لما يُطبق القاضي الإيطالي القاعدة القانونية الأجنبية فكأنما يُطبق قانونه. لكن عيب على هذا المفهوم على اعتبار أن القانون الأجنبي أصبح قانون وطني يخضع في تفسيره إلى المفاهيم السائدة في بلد القاضي الذي يؤدي لا محالة إلى تشويهاها.

ولتجنب هذا النقد، اتجه الفقه الإيطالي الحديث إلى القول بالاندماج الشكلي الذي تبقى بمقتضاه القاعدة القانونية محتقظة بمعناها وبمقوماتها التي تتمتع بها في بلادها. وقد عيب على هذه النظرية في مجملها بمفهومها المادي والشكلي أنها تنزع عن القانون الأجنبي طبيعته الأجنبية لا لشيء إلا لأن قاضيا أجنبيا هو الذي يطبقه.

(ت) نظرية التفويض: تقوم هذه النظرية على أساس أن تطبيق القانون الأجنبي يكون

بناءً على تفويض صادر من المشرع الأجنبي وقبلت قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي تطبيقه. لكن هجرت هذه النظرية كون أن التفويض لا يكون مقبولا من الناحية القانونية إلا في الحالات التي يكون فيها المفوض محددًا أو معينًا، في حين لا نجده في مجال القانون الدولي الخاص.

(ث) الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية مع بقائه قانونا أجنبيا: يقوم هذا

الاتجاه على تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي مع الاحتفاظ بصيغته الأجنبية في نفس الوقت، حيث يطبق القاضي القانون الأجنبي بوصفه "قانونا" وهو لا يفقد هذه الصفة ولا ينقلب إلى واقعة

إذا خرج من نطاق إقليم المشرع الذي أصدره وبيأشر فيه سيادته؛ والقول بأن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة أمام القاضي من شأنه أن يؤدي إلى استنتاج أن القاضي يطبق واقعة على واقعة وهو أمر غير مقبول. كما أن هذا القانون لا يفقد صفته الأجنبية بل يحتفظ بها، والقاضي يطبقه استجابة لأمر المشرع الوطني الوارد في قاعدة الاسناد الوطنية دون حاجة لإدماجه في النظام القانوني الوطني.

ويترتب على الاعتراف بالقانون الأجنبي بصفته القانونية مع بقاءه قانونا أجنبيا في نفس الوقت، اختلاف في المعاملة الإجرائية التي يلقاها هذا القانون مقارنة بالقانون الوطني؛ ويفسر هذا الاختلاف بأن القانون الأجنبي ليس موجها في الأصل ليطبق من طرف القاضي الوطني، كما أنه لا ينتشر في دولته ولا يفترض علم القاضي به لأنه نشأ بعيدا عن الأجهزة التشريعية لدولة القاضي.

المطلب الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي: عندما تعين قاعدة الاسناد الوطنية قانونا أجنبيا لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمام القاضي الوطني، فإن هذا التعيين يكون محدد بشرط هام وهو عدم التعارض الجوهرى بين مضمون هذا القانون والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي؛ وغير ذلك يستبعد هذا القانون لمصلحة الفصل في النزاع (أولا) أو للمصلحة الوطنية (ثانيا).

أولا: لمصلحة الفصل في النزاع: يستبعد القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي ويحل محله قانون القاضي لمصلحة الفصل في النزاع المعروف عليه إذا كان أحد أطراف هذا الأخير وطنيا، أو إذا تعذر إثبات أو تفسير القانون الأجنبي على النحو التالي:

- حالة التكييف الذي يكون وفقا لقانون القاضي إعمالا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري.
- حالة نقص أهلية الأجنبي طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الجزائري.
- الشروط الخاصة بصحة الزواج، آثار الزواج وانحلال الزواج يطبق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين جزائري إعمالا للاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري.
- حالة استحالة تحديد الجهة التي وجد فيها المنقول وقت تحقق السبب طبقا لنص المادة 17 من القانون المدني الجزائري.

- حالة استحالة تحديد مكان وقوع الفعل الضار المنشئ للالتزام إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني الجزائري.
- حالة تعارض القانون الأجنبي مع معاهدة دولية نافذة في الجزائر إعمالاً لنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري.
- حالة التنازع الإيجابي أو السلبي للجنسيات طبقاً للمادة 22 من القانون المدني الجزائري.
- حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي، حيث لا يفترض علم القاضي به كالقانون الوطني، إعمالاً لنص المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري.
- حالة تعذر تفسير القانون الأجنبي حيث يلتزم القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي حسب ما هو مفسر في دولته التي صدر فيها، أي أن يراعي في تفسيره البيئة التي صدر فيها والمبادئ القانونية السائدة في الدولة المصدرة له.
- رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي، حيث يميل المشرع الجزائري إلى عدم إخضاع تطبيق هذا القانون لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا تعلق القانون الأجنبي بالأحوال الشخصية، إعمالاً لنص الفقرة السادسة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ثانياً: للمصلحة الوطنية: تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

(أ) مخالفة النظام العام: يطبق القاضي الجزائري الأحكام الخاصة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام لحماية الأحوال الشخصية، وذلك استناداً إلى المادة 24 من القانون المدني. وهي قاعدة تطورت في مختلف المدارس الفقهية، وتقررت في تشريعات تنازع القوانين. حيث يتمتع القاضي على أساس المفهوم النسبي للنظام العام بسلطة تقديرية في تقرير مخالفة القانون الأجنبي لمختلف المعطيات التي تركز عليها الأحوال الشخصية لاسيما ذات الطابع الديني، فإذا تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي ترتب على ذلك أضرار:

1. الأثر السلبي: هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لكن السؤال المطروح: هل يتم استبعاد

القانون الأجنبي كلياً أم يُستبعد منه الجزء المتعارض مع النظام العام فقط؟

اتجه غالبية الفقه إلى أن الأثر السلبي للنظام العام ليس من شأنه استبعاد القانون الأجنبي كلياً، إنما ينحصر هذا الأثر في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام ويُطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع. إذ ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد ووفقاً للغاية التي يسعى إلى تحقيقها؛ أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي. أما إذا كان ثمة ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي، بحيث يكون من المستحيل استبعاده جزئياً ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كلياً.

2. الأثر الإيجابي: هو ثبوت الاختصاص للقانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي

المستبعد، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون المدني الجزائري بالنص: " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، حيث يعتبر النظام العام الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافاً جوهرياً، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدول. لأن الدفع بالنظام العام هنا مسألة موضوعية لا مسألة إجراءات تكتفي المحكمة فيها باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتحيل الأطراف إلى محكمة أخرى.

(ب) الغش نحو القانون: طرحت نظرية الغش محو القانون كأداة لاستبعاد تطبيق

القانون الأجنبي لأول مرة أمام القضاء الفرنسي، ثم درجت بعض التشريعات على الأخذ بها في قوانينها في حالات محددة، وقد اخذ بها المشرع الجزائري في نص الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني الجزائري. ويشترط لإعمال هذا الدفع توافر شرطين:

1. التغيير الإرادي في ضابط الاسناد: وهو أن يقوم صاحب المصلحة بإجراء تغيير إرادي

في ضابط الاسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الاسناد من الضوابط التي يمكن أن يتدخل الأفراد في تغييرها مثل ضابطي الجنسية والموطن.

2. نية الغش: لا يكفي التغيير الإرادي في ضابط الاسناد لقيام الغش نحو القانون، بل يجب

أن تتجه نية وهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام

القانون المختص أصلاً. أي يجب على القاضي البحث عن النية وإثباتها من ظروف الدعوى وملابساتها.

وسواء كان القانون المتهم من أحكامه هو قانون القاضي الوطني أم قانوناً أجنبياً آخر، فإن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام وهو محاربة الغش بكل صورته، والدفع بأثره المنصب فقط على استبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقاً للضابط المفتعل، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي تهرب الشخص من أحكامه.

ونخلص في الأخير إلى القول بأن القانون الأجنبي أصبح محل تطبيق من القضاء الوطني في كل دول العالم، وهو ما دعا بالبعض إلى القول بوجود عرف دولي ملزم يحتم على كل دولة السماح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، وهو ما نلاحظه من خلال اتجاه القضاء الوطني في كثير من الدول إلى تطبيقه تلقائياً والاعتراف بطبيعته كقانون خلافاً لم كان عليه الحال في السابق.