الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
جامعة محمد لمين دباغين . سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة ليسانس

تخصص قانون خاص

من طرف الأستاذة: صفو نرجس

بعنوان:

القانون الدولي الخاص1

"تنازع القوانين"

لرسم الموسم الجامعي:2025-2026

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

مقدمـــة

مقدمة:

يختص القانون الدولي العام بحكم 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 فروعه.

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".

حيث فرضت حركة التبادل التجاري الدولي نشوء علاقات دولية متشعبة متعددة الجوانب، إن كان بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة التي تساهم في تنمية رؤوس الأموال وتطوير اقتصاد الدولة؛ أو بالنسبة للأشخاص الطبيعية من خلال المعاملات الشخصية بين أفراد لا ينتمون إلى نظام قانوني واحد. هذه العلاقات قد تُثار بشأنها العديد من النزاعات القانونية تقتضي تدخل القاضي لإيجاد الحلول المناسبة، لا سيما أن النزاع –في هذه المرحلة-

قد تخطى حدود الدولة ووحدة القانون بسبب العنصر الأجنبي الذي تخلل العلاقة القانونية، واحتمالية تطبيق قوانين أجنبية عن القاضي.

فهذا النوع من العلاقات يثير مسألة جديدة ألا وهي: البحث عن أنسب القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة أو المركز محل النزاع، وهي مسألة أولية تسبق بيان حكم القانون في العلاقة؛ وهو ما يتطلب صياغة قواعد قانونية لحكم هذه المسألة أطلق عليها بعض الفقهاء في البدء "قواعد تنازع القوانين"؛ فيما أطلق عليها البعض منهم فيما بعد "القانون الدولي الخاص".

وأيا كانت التسمية، فالمتفق عليه أن القانون الدولي الخاص -بموضوعاته الست-يحكم العلاقات الخاصة التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص في معاملاتهم الشخصية والمالية عندما تتخطى حدود الدولة، فلم تعد هذه الأخيرة تضم مواطنيها فحسب، بل عدد لا يستهان به من الأجانب فرض عليها السماح بتطبيق القانون الأجنبي فوف إقليمها من أجل كفالة حقوق هؤلاء الأجانب وحمايتها.

ويؤدي الاختلاف في الأنظمة التشريعية والمفاهيم القانونية -لا محالة-إلى التنازع ما بين القوانين لحكم المركز محل النزاع، فيتدخل هذا الفرع من فروع القانون لإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي يثيرها هذا التزاحم ما بين القوانين، خاصة عندما يتعلق الأمر بالاختيار بين التشريعات التي تحاول حكم العلاقة. معتمدا في ذلك على العديد من الوسائل الفنية التي يلجأ إليها القاضي المعروض عليه النزاع، والتي يستقيها من قواعده التشريعية من أجل الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع، وهو ما يُعرف في فقه القانون الدولي الخاص "بتنازع القوانين"

بناءً على ما تقدم تتراءى أمامنا الإشكالية التالية: **إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في صياغة ترسانة قانونية لحل التنازع بين القوانين من حيث المكان؟ كيف تصدى للمشاكل التي يثيرها التزاحم بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في مسائل المعاملات الشخصية والمالية؟ هل تعد الآليات القانونية التي رصدها المشرع الجزائري لمواجهة هذا النوع من التنازع كافية بما يحفظ حقوق الوطنيين والأجانب على حد سواء؟ وهل نجح –عبر**

التعديل الذي استحدثه بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم:75-85 المتضمن القانون المدني؛ في سد الثغرات والنقائص التي كانت تعتري جملة من النصوص القانونية؟

للإجابة على هذه التساؤلات، تمت الاستعانة بالمنهج التحليلي باعتباره المنهج العلمي المعتمد في تحليل النصوص القانونية الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان؛ من أجل استنباط نية المشرع في إيجاد الحلول الممكنة للمسائل القانونية عندما يتخللها العنصر الأجنبي. والمنهج الاستقرائي لتقصي الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي طبقت بسبب غياب النصوص القانونية أو قصورها في حل النزاع المعروض على القاضي الوطني.

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة موضوع أساسي من مواضيع القانون الدولي الخاص وهو: "تنازع القوانين" بالتحليل، لنقف على كيفية تطبيق أحكام التنازع من خلال تحديد المفاهيم الأولية لتنازع القوانين، والوسائل الفنية لحل مشكلات التنازع وتطبيقاتها في التشريع الجزائري؛ وفق خطة تضمنت أربعة فصول على النحو التالي:

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

الفصل الأول

موضوع القانون الدولي الخاص

بادئ ذي بدء وجب 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 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم ب الأمر رقم: 14-08 المؤرخ في 09 أوت 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.

لا شك أن القانون الدولي الخاص هو المرجع الوحيد لحل العلاقات الدولية الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، والتي لا يمكن إخضاعها للقوانين المطبقة على العلاقات الداخلية العادية. حيث تظهر أهمية هذا القانون في حكم العلاقات التي تنشأ فيما بين الأفراد إذا وُجد أحد أطراف العلاقة القانونية في أشخاصها أو محلها أو سببها خارج حدود الدولة؛

فيثار التساؤل عن القانون الذي يحكم الأشياء أو الأشخاص أو الواقعة القانونية؟ وسبب هذا التساؤل هو ظهور عامل جديد لا يبدو في الحياة الداخلية، ألا وهو ظاهرة الحدود؛ وهو ما يترتب عليه وصف العلاقة القانونية "بالأجنبية" لاتسامها بطابع جديد هو "الدولية"،[1] ووصف هذا النوع من العلاقات بعلاقات الافراد الدولية التي تثير مسألة جديدة وهي أي قانون يحكم العلاقة؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل صياغة قواعد قانونية تبين حكم هذه المسألة، وهي ما أطلق عليه الفقه في بادئ الأمر "قواعد تنازع القوانين" وأطلق عليه البعض فيما بعد "القانون الدولي الخاص"؛ وقبل 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

لم ينشأ القانون الدولي الخاص قانونا كامل التقنين، منضبطة حدود موضوعاته، موحد المصادر، ذلك أن هذا الفرع من فروع القانون ولد على أيدي رجال الفقه والأعراف السائدة خلال فترات زمنية متعاقبة، ليبرز فيما بعد عمل المشرع والقضاء والاتفاقيات الدولية في محاولة لتأطير مجموعة من المبادئ القانونية التي شكلت أساسا لتطور قواعد القانون الدولي الخاص. لذا ارتأينا تقسيم هذه الجهود الفقهية والتشريعية حسب تاريخ نشاطها كالتالي:

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في: الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الطبعة الثامنة، 1968، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص.06.

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 يتملك مالا أو أن يطلب لدى القضاء تعويضا عن ضرر لحقه، هو والرقيق على السواء.[1]

ولما بدأت الجماعات تتصل ببعضها، أملى الواقع شيء آخر بفعل تجاور المدن والشعوب الذي كان يفرض التعامل مع الأجانب، فظهر نظامان خففا 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.[2] وتفرق أحكام الشريعة الإسلامية بين الذمي والمستأمن، فالأول يقيم في دار الإسلام بصفة مستمرة وهو كالمواطنين المسلمين ويتمتع بكافة حقوقه؛ أما المستأمن هو الذي

---

[1] كان الأجنبي لدى فلاسفة اليونان الأقدمين مساويا للحيوان، وكان اليهود يحرمون زواج الأجنبي بيهودية وزواج اليهودي بأجنبية؛ ويجيزون أخذ الربا من الأجانب، ويحلون استلاء اليهودي على مال الأجنبي الذي فقده ويحرمون عليه حق استرداده. وطبقا لقانون مانو في الهند، كان الأجنبي كالحيوان ويجوز أكله؛ أما عند الرومان قديما فلم تكن هناك تفرقة بين الرقيق والأجنبي، بل كان كلاهما شيئا يقبل التملك. راجع: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص.16

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 08.

جاء من دار الحرب ودخل دار الإسلام بمقتضى عقد أمان ليقيم فيها مدة معينة قابلة للتجديد، فهو يعتبر بحق أجنبيا.[1]

الفرع الثاني: فقه الأحوال الإيطالي القديم: (مبدأ إقليمية القوانين)

إثر امتداد الفتح الروماني وبعدما 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.[2] (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:[3] 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

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.18.

[2] الأجانب هم سكان المدن التي ارتبطت معهم روما بمعاهدات ضمنت لهم حريتهم وحقوقهم أثناء وجودهم بالأراضي الرومانية.

[3] يعتبر قانون الشعوب قواعد موضوعية للعلاقات التي يحكمها، ومن شأن ذلك إنهاء تنازع القوانين بصدد هذه العلاقات بالنسبة لمن يسري عليهم. راجع في ذلك:

Battiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, p. 11.

قانون إقليمي زالت معه كل الدوافع لقيام التنازع فيما بين القوانين داخل الإمبراطورية، خاصة أن هذه الأخيرة لم تكن تعترف بنشوء علاقات مع الشعوب المتبربرة.[1]

المطلب الثاني: في القرون الوسطى:

يمكن تقسيمها إلى عهدين:

الفرع 1: عهد المماليك: (مبدأ شخصية القوانين)

في القرن الخامس الميلادي حين غزا البرابرة الإمبراطورية الرومانية، تفتت هذه الأخيرة وانقسمت إلى مماليك 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[2] 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 الجرماني.

---

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.09.

[2] لم تكن سيادة شخصية القوانين في ذلك الوقت مفهومة على أن شخصية القوانين صورة من امتداد سيادة الدولة، بل على اعتبار أن للسيد الفاتح قانونه وللمغلوب قانونه.

لكن مع بداية العهد الاقطاعي 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 وضآلة التبادل التجاري، 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.[1]

إذاً 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.[2]

أما في إيطاليا التي لم تستفحل فيها الاقطاعية كما استفحلت في فرنسا، فالوحدات الإقليمية التي كانت تضمها هي المدن في شكل جمهوريات متلاصقة قريب بعضها من البعض،[3] يرتكز اقتصادها أساسا على التبادل التجاري، 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

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.18.

[2] راجع باتيفول، الفقرة 13، نقلا عن: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.11.

[3] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 11.

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؟[1] 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؛ وبدت في الميدان القانوني الفرنسي ظاهرة تنازع القوانين لمختلف المقاطعات، وهو تنازع محلي أخذ الفقهاء يتلمسون الحلول له. وقد برز من أولئك الفقيهان دارجنتريه ودي مولان خلال القرن 16 وكان لهما أثر كبير في تطوير نظرية تنازع القوانين.[2]

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 دارجنتريه التي لقيت رواجا في هولندا أكثر من فرنسا.[3]

---

[1] نفس المرجع، ص. 12.

[2] ديمولان عاش من سنة 1500 إلى 1566، ودارجنتريه من سنة 1519 إلى 1590، وكان بحثهم في تنازع القوانين المحلي داخل المملكة الفرنسية.

[3] أنظر:

Pigioniére & Loussouarn, Droit international Privé, 9 ème édition, Dalloz, 1970, Le Rebours p.26.

وبرز من الهولنديين الأستاذ (*Paul Voet*) وولده (*Jean Voet*) والفقيه (*Hubert*) الذي استعمل لأول مرة اصطلاح "تنازع القوانين" (*Conflits de lois*).[1] كما ظهر تنازع القوانين الدولي، واهتم الفقهاء بهذا النوع الجديد من التنازع نتيجة زيادة نشاط الهولنديين التجاري وامتداده إلى خارج الإقليم؛ فابتكروا فكرة "المجاملة الدولية" كأساس لتطبيق القانون الأجنبي.

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

الفرع 2: تنازع القوانين في فرنسا

خلال القرن الثامن عشر نشط الفقهاء الفرنسيون نشاطا موفورا 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.[2] فصار القرن التاسع عشر عامرا 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.[3]

[1] راجع: باتيفول، المرجع السابق، الفقرة 17.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.20.

[3] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.16.

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 موضوعا للقانون الدولي الخاص وهي: توزيع الأفراد توزيعا دوليا بين مختلف دول العالم، وبيان مدى ما يتمتعون به من الحقوق، ثم بيان كيفية استعمال هذه الحقوق وحمايتها.

المطلب الأول: توزيع الافراد توزيعا دوليا

تقتضي الحياة القانونية الدولية للأفراد معرفة كيفية توزيع هؤلاء توزيعا دوليا بين مختلف دول العالم، حيث يتم هذا التوزيع وفقا 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 فقدها، والذي يتم بموجب القانون،[1] 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 جغرافيا بين الدول، وعلى أساسها يكون الفرد وطني أم أجنبي. 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 مقيما 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

[1] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت-لبنان، 1994، ص. 48.

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 طبيعي أو معنوي.
- **الرابطة السياسية والقانونية:** وهذه تتمثل بالولادة والإقامة وترتيب الحقوق والالتزامات المتبادلة والشعور بالانتماء، تجعل من يحملها يسمى وطني.

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 واتخاذه منه مركزا لمصالحه؛ فالصلة هنا إقليمية ومادية.[1]

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 طرفا 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 أحيانا لقانون الموطن، وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 18

المدني الجزائري:[1] "يسري على الالتزامات التعاقدية ...وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

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 هو من يتمتع بجنسية الدولة، أما الأجنبي فهو من لا يتمتع بالجنسية الوطنية لدولة من الدول، وقد يكون متوطنا 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؛[2] 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،[3] 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

---

[1] القانون رقم: 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الذي يعدّل ويتمم الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31.

[2] تنم تسمية مركز الأجانب (*La condition des étrangers*) عن العامل الذي له أكبر الأثر في تمتع الفرد بالحق أو حرمانه منه، ألا وهو الوطنية وما يقابلها وهو الأجنبية (*L'extranéité*)، ولكن البعض الأخر من الشراح يطلق على هذا البحث عنوان: التمتع بالحقوق (*La jouissance des droits*) وهي تسمية عامة تشمل البحث عن صلاحية الفرد لكسب الحق أيا كان العامل فيها، الجنسية أم الموطن.

[3] دربال عبد الرزاق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص.20.

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 توزيعا دوليا وبيان ما يتمتع به الفرد من حقوق في الحياة الدولية؛ تواجهنا مسألة أخرى وهي وفقا 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، ويتملك عقارا في هولندا وحدث خلاف بين الزوجين أدى إلى فك الرابطة الزوجية وتقسيم الأموال المشتركة بينهما. فأي 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:

أولا: أن تكون العلاقة القانونية مشتملة على عنصر أجنبي: عرف سافيني العلاقة القانونية بأنها: "العلاقة بين شخص وآخر والتي تحكمها قاعدة قانونية"[1]. فللعلاقة القانونية ثلاثة عناصر:

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

(ب) موضوع العلاقة: هو الالتزام أيا كان، عملا أو امتناعا أو نقل حق عيني.[2] 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 عملا قانونيا أم نصا في القانون. أي هو المصدر المنشأ للعلاقة، واقعة مادية كالفعل الضار الذي يصبح سببا لتعويض المضرور والوفاة التي تشكل سببا لمصدر الحق في الميراث؛[3] أو واقعة طبيعية (الولادة أو الوفاة) أو عملا قانونيا وهي التصرفات بإرادة منفردة (هبه بعوض) أو التصرفات القانونية كإبرام العقود، أم نصا في القانون (الولاية)[4].

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 أجنبيا، أصبحت العلاقة أجنبية وتنازعت في حكمها القوانين، وتكفلت قواعد تنازع القوانين ببيان القانون الواجب التطبيق لحكم المسألة. مثال ذلك: أن

---

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.21

[2] حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، 1946، ص.05

[3] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.78.

[4] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص. 50.

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؟

ثانيا: أن تكون العلاقة الأجنبية من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص: لا خلاف في أن كافة العلاقات التي يحكمها القانون الخاص والمشتملة على عنصر أجنبي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص ليبين القانون الذي يحكمها،[1] 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.[2] والواضح أن الدولة عندما تفسح 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 او إداري أجنبي. والفارق بين الحالتين هو أن علاقات القانون الخاص ولو انها تتعلق بالسيادة بطرق غير مباشرة، إلا أنها تتعلق أولا وقبل كل شيء بالأفراد. اما علاقات القانون العام فتتعلق مباشرة بالدولة والسيادة.[3]

---

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.25.

[2] ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص. 19. وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص. 81.

[3] هناك من الفقه من يتجنب فكرة السيادة لتبرير الخلاف ما بين تنازع القانون الخاص وتنازع قانون العقوبات وتنازع القانون العام، ويقوا أم هاذين التنازعين الأخيرين يتعلقن بمصلحة الجماعة بشكل مباشر، أما تنازع القانون الخاص فلا يتعلق بهذه المصلحة إلا بشكل غير مباشر؛ بينما هو يتعلق بمصلحة الأفراد بصفة مباشرة. راجع:
Lerebours Pigeinnière & Loussouarn, *Op.Cit.*, p. 27.

ثالثا: أن يكون التنازع فيما بين قوانين دول: يشترط البعض أن يكون التنازع بين قانون دولة وقانون دولة أخرى في العائلة الدولية، أي التنازع بين السيادات 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 وفقا لأحكام القانون الدولي، أي لا تنطبق قواعد التنازع على ذلك الحاصل بين قانون دولة وقانون جماعة لا تكون دولة وفقا لقواعد القانون الدولي العام، سواء كانت مجرد جماعة تعيش على إقليم أم أمة لم تتوافر فيها عناصر الدولة.[1]

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. والأمثلة كثيرة في الواقع.[2]

- ألا تحكم قواعد تنازع القوانين التنازع 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 الامريكية (التعدد الإقليمي)، أو بطائفة معينة من الأشخاص كما هو الحال في سوريا ومصر ولبنان بالنسبة للأحوال الشخصية (التعدد الطائفي).

---

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.28.

[2] راجع في هذا الصدد قضية حرير أودسا، حكم محكمة السين الصادر في 22 ديسمبر 1923، مجموعة كلينيه، 1924، ص.133. وتفاصيل هذه القضية في بارتان، الجزء الأول، نبذة 31.

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 البليدة، 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 الاسباني، 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 معينا 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.[1]

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،[2]، فعلى سبيل المثال، لو تبنت الدول أحكاما موحدة في الأحوال الشخصية فسيخضع

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 50، 52.

[2] أنظر:

Pigioniére & Loussouarn, Droit international Privé, 9eme édition, Dalloz, 1970, p. 304

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.

وحين يكون اختلاف القوانين عنصرا أساسا لابد 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.[1]

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.[2]

[1] جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين -تنازع الهيئات -تنازع الاختصاص، الطبعة الثانية، مطبعة التفيض، بغداد، 1947-1948، ص 422.

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 17-18.

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،[1] 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.[2]

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.[3] بخلاف قواعد تنازع القوانين، حيث يبين المشرع مجال تطبيق القانون الوطني وأحوال تطبيق القانون الأجنبي.[4]

---

[1] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 18.

[2] حامد زكي، المرجع السابق، فقرة 17.

[3] نصت المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".
ونصت المادة 42 على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية، بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي". أنظر في ذلك: القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[4] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.44.

ثانيا: تنفيذ الأحكام الأجنبية:[1] قد يستصدر صاحب المصلحة حكما 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 الاحكام الأجنبية.[2]

ويقصد بها القواعد القانونية التي تحدد كيفية تنفيذ حكم قضائي صادر من محاكم دولة معينة على إقليم دولة أخرى،[3] أي ضرورة عرض الحكم الأجنبي على القاضي الوطني ليعطي الحكم الأمر بالتنفيذ إذا ما قضت بذلك تلك القواعد. طبقا لما قررته المادتين 605 و606 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 شروط في قوانينها الداخلية لغرض تنفيذ الأحكام الأجنبية فيها.

ولكل الدول التي تقبل تنفيذ الحكم الأجنبي،[4] 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.

---

[1] الحكم الأجنبي هو القرار الذي يصدر بصفة نهائية من محكمة مؤلفة خارج الجزائر ومقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجنائية أو متعلق بالأحوال الشخصية.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.44.

[3] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2011، ص. 21.

[4] توجد في العالم أربع فئات من الدول باتجاهات مختلفة هي:

- دول لا تعتد بالأحكام الأجنبية بتاتاً، مثل هولندا ودول شمال أوربا.
- دول تقوم بمراجعة الأحكام الأجنبية قبل تنفيذها مثل فرنسا.
- دول تقوم بتدقيق الأحكام الأجنبية وتتشدد في شروط تنفيذها، مثل بريطانيا.
- دول تقوم بتدقيق الأحكام الأجنبية بما يؤمن توفر بعض الشروط فيها وتسهيل تنفيذها دون تشدد، مثل تركيا والعراق.

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 حائزا لقوة الشيء المقضي به وفقاً لقانون دولة المحكمة التي أصدرته.
- أن يكون الحكم صادراً من محكمة أجنبية مختصة اختصاصا عاماً دوليا؛ أي يجب أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم تمثل سيادة دولة أجنبية سواء كانت كاملة أو ناقصة السيادة، وكذلك اختصاصا 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.[1]

ومجمل القول أنه عندما يطرح نزاع على القاضي الجزائري، سينظر أولا 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 الاحكام القضائية الأجنبية

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 247.

هو الاخر من مواضيع القانون الدولي الخاص، حيث يجب اللجوء إلى السلطات القضائية في الدولة الأجنبية بغية الحصول على الصيغة التنفيذية.[1]

وعليه، وفقا 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.

[1] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 20-22.

الفصل الثاني:

ماهية القانون الدولي الخاص

الفصل الثاني:
ماهية القانون الدولي الخاص

يتميز القانون الدولي الخاص بحداثة 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.

ولكن يثور التساؤل بشأن المصدر الذي يحتكم إليه القاضي لحل هذا النزاع بسبب تعدد وجهات النظر في حصر مصادر القانون الدولي الخاص على نحو ما سنبينه في (المبحث الأول)، ويرجع هذا الخلاف إلى صعوبة تحديد طبيعة القانون الدولي الخاص (المبحث الثاني)، وإيجاد تعريف جامع مانع لهذا الفرع من فروع القانون (المبحث الثالث).

المبحث الأول: مصادر القانون الدولي الخاص

قد يقصد بالمصدر الأصل الذي تفيض منه مباشرة القاعدة القانونية الملزمة، وهو المصدر الرسمي (*Source Formelle*) أو المصدر الآمر (*Source Impérative*) وقد يراد به المصدر التعليمي (*Source didactique*) أي المرجع في التعرف على القاعدة القانونية.[1]

وتتعدد وجهات النظر في حصر مصادر القانون الدولي الخاص لاختلاف النزعة التي يؤخذ بها هذا الفرع من فروع القانون؛ حيث يأخذه 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:

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.46.

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 أوربا لا سيما بعد الثورة الفرنسية وبداية حركية التقنين بسن قواعد تنازع القوانين في مختلف الدول[1] 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 27فيفري 2005. ونص على أحكام تنازع القوانين في التقنين المدني تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان"،[2] وخص بعض النصوص القانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] لمعالجة أحكام تنازع الاختصاص القضائي وكيفية استصدار حكم قضائي

[1] مثال ذلك:

Code de la Prusse de 1794 ; Code de la Bavière de 1756 ; Code Autrichien de 1811 ; Code civil Allemand de 1896 ; Voir : Macarov, Recueil de texte concernant le droit international privé, Tome 01, 1935.

[2] القانون رقم: 07-05 المؤرخ في: 13 ماي 2007، المرجع السابق.

[3] القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008، المرجع السابق.

يجعل من الحكم الأجنبي ممهورا بالصبغة التنفيذية. أما مركز الأجانب فهو محكوما بالاتفاقيات الدولية، والقوانين الداخلية لكل دولة.[1]

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 فبه وليس قانونا دوليا عاما.[2]

الفرع 2: العرف الدولي

هو العادة التي تتأصل إلى حد الالزام، 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.[3]

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، وقاعدة خضوع المال لقانون موقعه.[4] 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

[1] لعل أهمها: القانون رقم: 11-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، المتعلق بدخول وخروج وإقامة الأجانب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 36.

[2] راجع نيبوايه، الفقرة 32، 1947.

[3] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 50.

[4] يحاول بعض الفقه أن يُثبت وجود مجموعة من القواعد في موضوعات القانون الدولي الخاص يمكن أن يصدق عليها وصف العرف الدولي الملزم للجماعة الدولية مثل: القاعدة التي تقضي بأنه يجب أن تتوافر بين الدولة والأفراد الذين تفرض عليهم جنسيتها (رابطة حقيقية)؛ والقاعدة التي تقضي بوجود حد أدنى لتمتع الأجانب بالحقوق؛ والقاعدة التي تقضي بضرورة وجود صلة بين النزاع الذي تدخله الدولة في مجال ولاية قضائها وبين هذه الولاية؛ والقاعدة التي تقضي بأنه ليس للدولة أن ترفض الاعتراف للحكم الأجنبي بأي أثر على الاطلاق. راجع: فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، 1962، ص.50.

نشاط المشرع وتقدم لسن قواعد القانون الدولي الخاص،[1] ليصبح مصدرا يلي التشريع في أهميته بعد أن كان أكثر منه أهمية.[2]

الفرع 3: الاتفاقيات الدولية

هناك نوعان من المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، ثنائية تتم بين دولتين وجماعية تتم بن 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 مقدما بقاعدة من قواعد التنازع قد ترى من مصلحتها فيما بعد العدول عنها إلى غيرها.[3]

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 والانابة 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

---

[1] تضاعف نشاط المشرع في القرن 20 في صياغة القواعد العرفية مثل: القانون البولوني الخاص يتنازع القوانين الدولي الصادر سنة 1965، القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر سنة 1963.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.53.

[3] نفس المرجع، ص.55.

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.[1] لذلك يطلق الفقه على المعاهدة اصطلاح "القانون الاتفاقي" ولا يعتبرونها مصدرا دوليا بل مصدر دوليا نسبيا.[2] 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.[3]

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؛[4] 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

---

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.64.

[2] راجع نيبويه، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 02.

[3] ينكر بارتان وجود مصادر دولية للقانون الدولي الخاص، ويراها جميعا وطنية وهي: التشريع، العرف، والقانون الاتفاقي (المعاهدة).

[4] كيفية نفاذ المعاهدة في الداخل أمر يتعلق بالقانون العام الداخلي للدولة، فهناك من الدول لا تعتبر المعاهدة نافذة في الداخل ولا تعد جزءا من التشريع الداخلي إلا بقانون يضم نصوص المعاهدة كما هو الحال في إنجلترا. راجع باتيفول، هامش 66، ص. 37.

الحالة.[1] واعترفت الدول صراحة وبإرادة حرة بسمو القانون الدولي على قوانينها الداخلية بمقتضى نصوص صريحة وواضحة تضمنتها أدوات دولية اعتمدتها برضاها الكامل.[2]

وهو ما أقرته الجزائر في أغلب دساتيرها بالنص صراحة عل سمو المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، على القانون الداخلي.[3] 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.[4] 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.

---

[1] ومن أبرز القضايا في هذا الشأن يمكن ذكر: قضية الألباما سنة 1872، قضية الرعايا اليونانيين والبرتغاليين سنة 1930، قضية مقر منظمة الأمم المتحدة بنيويورك سنة 1988. إضافة إلى العديد من القرارات الصادرة عن المحاكم القضائية الدولية ومحاكم التحكيم.

[2] يمكن الاشارة الى المادة 13 من إعلان حقوق وواجبات الدول المعتمد من طرف لجنة القانون الدولي سنة 1949 والتي تنص على أن " كل دولة ملزمة بأن تفي بالتزاماتها الدولية الناشئة عن المعاهدات والمصادر الاخرى للقانون الدولي بحسن نية، ولا يمكنها التمسك بنصوص دستورها أو قوانينها كحجة لعدم وفائها بالتزاماتها". والمادة 27 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات التي تنص على أنه: "لا يجوز لطرف في معاهدة ان يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ معاهدة".

[3] لكثير من التفصيل حول علاقة القانون الدولي الاتفاقي بالقانون الجزائري، راجع: الخير قشي، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، العدد 04، 1995، ص.11-34.

[4] الخير قشي، محاضرات في القانون الدولي العام، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، الموسم الجامعي 2020-2021، جامعة سطيف 2، ص.28.

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.[1]

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...)؛[2] 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".

[1] في فرنسا تُنشر هذه الخطابات في مرسوم وهو يختلف عن الإضافة إلى أحكام المعاهدة، إذ لا تسري إلا في المستقبل لأنها تعد بمثابة معاهدة جديدة.

[2] يرى القضاء في فرنسا أن التفسير الملزم له هو الذي تجريه الحكومة الفرنسية وحدها، وهو ذلك الذي يتم بإجراء يكسبه قوة المعاهدة في الداخل. أي لابد من صدور مرسوم بالتفسير ونشره؛ والمنشورات التي تصدرها وزارة الخارجية لا تلزم المحاكم. وأما التفسير الذي يتم باتفاق بين الحكومة الفرنسية والدولة المتعاقدة معها، فهو ملزم دون حاجة إلى إجراءات لاحقة كصدور مرسوم بذلك، لأن صفة التبادلية تدمجه في المعاهدة.

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 يصقله 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.[1]

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.[2] 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،[3] ومصدرا تفسيريا في الدول اللاتينية.

---

[1] حامد زكي، المرجع السابق، ص.40.

[2] ابتكر القضاء الفرنسي نظرية المصلحة الوطنية، وأخذ بها في قانونه المدني في الفقرة الأولى من المادة 11 منه.

[3] هناك من الفقه من يعتبر القضاء مصدرا رسميا، للتفصيل أكثر راجع:

Georges Scelle, « Essai sur les sources formelles du droit international », Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François, Tome 03, GENY SIREY, 1934, p.400.

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[1] ومركز الأجانب[2] وأخرى خاصة بتنازع القوانين.[3] 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 بالفقه الدولي 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 وتخريج الحلول. ولما امتدت يد المشرع إلى البعض من مسائل القانون الدولي الخاص استقى الكثير مما خلفه الفقه من الأفكار والحلول؛[4] فاعتبر بذلك مصدر تعليمي أو تفسيري للقانون الدولي الخاص.

---

[1] راجع الحكم الصادر في 08 فيفري 1922 بشأن النزاع بين فرنسا وانجلترا بصدد المراسيم التي أصدرتها الحكومة الفرنسية بشأن الجنسية في تونس ومراكش والذي ورد فيه مبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية دون قيد. في: (*R.J.D.I.P*, 1929,572.)

[2] الحكم الصادر بتاريخ 25 ماي 1926 القاضي بأن نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل يخالف القانون الدولي، وقد صدر بصدد نزع ملكية المصانع الألمانية في سيليزيا العليا بمعرفة الحكومة البولونية، راجع باتيفول، ص. 29.

[3] الحكم الصادر في 12 جويلية 1929 في المنازعات المتعلقة بالقروض التي عقدتها الحكومتان اليوغسلافية والبرازيلية في فرنسا. والذي جاء فيه أن القانون الذي يحكم العقد تعينه القواعد المعروفة باسم قواعد القانون الدولي الخاص أو قواعد تنازع القوانين، التي تكون جزءاً من القانون الداخلي. راجع: (*R.J.D.I.P*, 1929,572.)

[4] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.79.

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.[1]

المبحث الثاني: طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص

يثور 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؟

يكمن سبب التساؤل المطروح في أن مصادر القانون الدولي الخاص منها ما هو داخلي ومنها ما هو دولي، ضف 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؛[2] 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 المشتملة 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

[1] اختلفت وجهات النظر في تقسيم المصادر، فالبعض يقسمها إلى مصادر وطنية وهي التشريع والعرف والقضاء والفقه، ومصادر دولية وهي العرف الدولي والقضاء الدولي والمعاهدات (رأي نبوايه)؛ والبعض يقسمها إلى مصادر قريبة وهي التشريع والقضاء الداخلي والفقه الوطني، ومصادر بعيدة وهي العرف الدولي والقضاء الدولي والفقه الأجنبي. ومن الشراح من يقسمها إلى مصادر مباشرة بعضها مكتوب وهو التشريع والمعاهدات، وبعضها غير مكتوب وهو العرف. ومصادر غير مباشرة وهي القضاء والفقه (عبد المنعم رياض)؛ وبعضهم من يعدد المصادر دون تقسيم.

[2] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 29.

مركز الأجانب أو غيرها، تراعي مصالحها ومصالح باقي الدول،[1] 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،[2] كما أن العلاقات التي ينظمها تتعلق بقانون أكثر من دولة واحدة.[3]

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 باتيفول 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

---

[1] يفرق الفقه بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص بالنظر إلى المصالح التي يحميها كل منهما ومن حيث الجزاء. إذ الأول موضوعه المصلحة العامة وفكرة الجزاء فيه ضعيفة؛ في حين أن الثاني موضوعه المصلحة الخاصة وفكرة الجزاء فيه قوية وواضحة.

[2] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 30-31.

[3] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 15.

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.[1]

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، وحتى المصدر الذي عليه مسحة دولية وهو الاتفاقيات الدولية، ليست في الحقيقة إلا قانونا اتفاقيا مبناه التراضي، يندمج في التشريع الداخلي ويصبح جزء منه بأمر من المشرع،[2] ويكون القانون الدولي إذا قانونا وطنيا لا دوليا.[3]

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 يضفي على القانون الدولي الخاص مظهرا دوليا.[4]

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 الأخر يصنفه ضمن فروع القانون العام الداخلي، وقد سبق وانتهينا إلى

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 28.

[2] راجع نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] يشير الأستاذ نيبوايه إلى ان قواعد القانون الدولي الخاص لن تصبح دولية إلا عندما تنساب من ذات المصدر الذي ينساب منه القانون الدولي العام ألا وهو العرف الدولي. راجع: نيبوايه، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1947، ص. 46.

[4] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 28-29.

أن القانون الدولي الخاص يغلب عليه الطابع الوطني في مصادره. يثور تساؤل أخر 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.[1]

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 امتهان مهن معينة وإبرام عقود أو تصرفات مدنية، وكل ذلك يدخل في مجال القانون الخاص.[2]

أما الاتجاه الثاني: يقول هو فرع من فروع القانون العام، لأنه ينظم الجنسية كعلاقة سياسية تربط الشخص بالدولة وتستقل 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

[1] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 33. ويؤكد كل من بارتان وباتيفول أن القانون الدولي الخاص قانونا خاصا بالنظر إلى أنه يطبق بواسطة الدولة لا على الدولة.

[2] هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 41.

أو تضيق منها كيفما تشاء، وتتعلق قواعد الاختصاص القضائي بالقانون العام تدخل ضمن السيادة التشريعية والقضائية للدولة وهي قواعد أمرة تتعلق ببيان حدود اختصاص القضاء الوطني وطرق تسيير مرفق القضاء.[1]

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 إخضاع الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية حتى يبقى المواطنين مرتبطين بدولتهم من خلال تطبيق قوانينها عليهم، 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.[2]

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 فرع قائم بذاته من فروع القانون الداخلي، يضم خليطا من القواعد؛ بعضه من قواعد القانون العام وبعضه من قواعد القانون الخاص.[3]

المطلب الثالث: الاختلاف حول طبيعة قواعده موضوعية أم قواعد إسناد

القاعدة الموضوعية هي التي تفصل في الموضوع مباشرة، أما قاعدة الاسناد هي تلك التي تبين القانون الذي سيطبق على الموضوع من بين قانونين يتنازعان حكمه؛ أي أنها تُسند الحكم في العلاقة إلى نظام قانوني معين سواء كان النظام الوطني أم النظام الأجنبي.[4]

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 31-32.

[2] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 31-32.

[3] يأخذ بهذا الرأي الأستاذ Lerebours Pigeinnière في تعريفه للقانون الدولي الخاص؛ نقلا عن: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.90.

[4] يقسم أرمنجون النظم القانونية إلى نظام إقليمي محدود بإقليم معين كالنظام الفرنسي، ونظام شخصي يشمل أشخاصا معينين دون التقيد بإقليم معين كنظام الأقباط الأرثوذكس؛ وإلى نظام بسيط كالنظام الإيطالي، ونظام مركب قوامه تعدد النظم الشخصية كالنظام المصري، أو تعدد النظم الإقليمية كالولايات المتحدة الأمريكية. وتتكفل قواعد الاسناد بإسناد العلاقة إلى النظام الذي يحكمها في كل الحالات.

وتعتبر كافة قواعد تنازع القوانين قواعد إسناد وليست قواعد موضوعية،[1] 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.[2]

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 الأولي 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 وايطاليا، والتي عرفته بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في تحديد النظام القانوني

[1] هناك من الفقه من يرى أن القواعد الموضوعية المتفق عليها في معاهدة لمعالجة مشكلة تنازع القوانين تدخل فيما يسمى "قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعي". راجع في ذلك: *Bauer*، المعاهدات الدولية وقواعد القانون الدولي الخاص، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، العدد 04، 1966، ص. 537؛ نقلا عن: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.91.

[2] أنظر:

Battiffol, *Op.Cit.*, p.04.

الذي يحكم العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي.[1] 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.[2]

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 بانييه (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 بالافراد تنظيما قانونيا".

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 نبوابيه (Niboyet)، فقد عرفه بأنه: "ذلك الفرع من القانون العام الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد دوليا على أساس الجنسية والموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها وفقدها طبقا للقوانين المختصة".[3]

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في شرح القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009، ص. 06.

[2] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق ص. 9-10.

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول المرجع السابق، ص. 7.

الفرع 2: تعريف الفقه العربي

حاول بعض الفقهاء تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الدولي".[1] فقد عرفه الفقيه عز الدين عبد الله، على أنه: "ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الاشخاص التابعين للدولة ومركز الأجانب فيها ويبين الحلول الواجبة الاتباع في التنازع الدولي للقوانين والاختصاص القضائي".[2]

كما عرفه الدكتور علي علي 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".[3]

على هذا الأساس يمكن تعريفه بأنه، مجموعة القواعد القانونية التي تخاطب الاشخاص 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 طرفا 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 أجنبيا، وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة".

---

[1] سامي بديع منصور، المرجع السابق، 1994، ص. 6.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.94.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 5.

المطلب الثاني: علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القو انين 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 والفقه الدوليين. لكن يختلف القانونان عن بعضهما باختلاف المخاطبين بأحكامهما، إذ تتوجه قواعد القانون الدولي بالخطاب إلى الدول باعتبارها أشخاصا من أشخاص القانون الدولي العام، فيما تتوجه قواعد القانون الدولي الخاص بالخطاب إلى أشخاص القانون الخاص. كما يتمايز 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 وتقترن بجزاء توقعه السلطة العامة على من يخالفها.[1]

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

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 5.

الفصل الثالث:

الوسائل الفنية لحل تنازع القوانين

الفصل الثالث:

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 لابد 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 أخر 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 ويطبقها 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 الاسناد (*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، وقبل ذلك تعريفها على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف قاعدة الإسناد

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديدها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات وتلك

القاعدة، وإن اتفقت مع قواعد القانون الأخرى؛ فإنها تتمتع بصفاتها 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.[1]

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.[2] فقواعد الإسناد هي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا.

المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

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

الفرع الأول: 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

[1] نفس المرجع، ص. 91.

[2] هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1993، ص. 05.

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[1] 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.

وأخضع 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،[2] 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.[3]

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 12 الفقرة 1، المادة 18 الفقرة 1 والمادة الثانية من القانون الأردني.

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 96.

[2] نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المحتار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية من المتعاقدين أو العقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل ابرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

[3] نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري على: "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 أحكامهما الموضوعية".

الفرع الثاني: 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،[1] وهذا الأخير هو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، وكل فئة تتخذ ضابط إسناد قدر المشرع ملائمته لحكمها.[2]

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 عل خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام قد جعلت من بلد الإبرام ضابطا للإسناد.[3]

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 05-10 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 والضوابط الأخرى 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.

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، دار هومة، 2006، ص. 68-69.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 97.

[3] راجع نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: 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 اليه 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 موجودا في إقليم غير خاضع لأية سيادة كأعالي البحار أو الفضاء الكوني، فيطبق قانون القاضي بوصفه له الولاية العامة عملا بمبدأ إقليمية القوانين أو كحل احتياطي حتى لا تبقى العلاقة القانونية بدون حل.[1]

المطلب الثالث: خصائص قواعد الإسناد

لمعرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي يلجأ القاضي الوطني لاستشارة قاعدة الإسناد الوطنية التي تحدد له القانون الواجب التطبيق سواء كان قانونه الوطني أو قانونا أجنبيا 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؟

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 97.

تتميز قواعد الإسناد بثلاث مميزات هامة، وهي:

الفرع الأول: قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة

لا تتكفل قواعد الإسناد بإعطاء الحل النهائي للنزاع المشتمل على عنصر أجنبي وإنما تبين القانون الذي يخضع له، ومن خلاله نجد القواعد القانونية التي ستطبق عليه، فمثلا 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؛ وأيضا 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،[1] وهكذا بالنسبة لجميع قواعد الإسناد، وهذا ما يميزها عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى التي تعطي الحل مباشرة للتنازع المطروح.[2]

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.

الفرع الثاني: قواعد الإسناد قواعد مزدوجة

وهو ما يعرف بالربط الثنائي،[3] 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 تنبع الصفة المسماة ثنائية أو ازدواجية قاعدة الإسناد؛ إذ أنها تجعل الاختصاص؛ إما للقانون الوطني وإما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع

---

[1] نصت المادة (11) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 70.

[3] إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 127.

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؛[1] وكذلك نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي تخضع الميراث لقانون جنسية الهالك،[2] 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 ويريدها 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،[3] ويبدي 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 اقتصرت 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

---

[1] نصت المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه: يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ".

[2] نصت الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 71.

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.[1]

الفرع الثالث: قواعد الإسناد قواعد محايدة

أي أن القاضي المعروض عليه النزاع بإعماله لقاعدة الاسناد، 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 الاسناد 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 الاسناد

قاعدة الإسناد هي التي تتكفل بحسم هذا النزاع، لكن يجب أن نتساءل: هل 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؟

[1] نفس المرجع، ص. 71.

الفرع الأول: القاضي غير ملزم بإعمال قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه

يكرس هذا الاتجاه القضاء الانجلوساكسوني، ومفاده أنه يقع عل الخصوم التمسك أمام القاضي المعروض عليه النزاع، بإعمال قاعدة الاسناد 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.[1]

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 وتعددها، كما أخلط هذا الاتجاه بين التطبيق التلقائي لقاعدة الاسناد وإثبات القانون الأجنبي الذي هو مسألة أخرى لها حلولها الخاصة.

الفرع الثاني: 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.[2]

---

[1] رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكم (*Bisbal*) الطعن الذي نعى على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الاسباني من تلقاء نفسها، وبررت رفضها للطعن بقولها أن: "قواعد الاسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبي، بمعنى على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون. وعلى ذلك فلا ينعى على محكم الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها، ورجوعها إلى القانون الفرنسي الداخلي الذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص". لمزيد من التفصيل حول دور القاضي في إعمال قاعدة الاسناد، راجع: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1999، ص. 165.

[2] تأكد هذا الاتجاه فقها وقضاءً في كل من فرنسا ومصر، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمين شهيرين صادرين بتاريخ: 11 و18 أكتوبر 1988 أن مسلك محاكم الموضوع الذين تجاهلوا تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الاسناد باختصاصه والذي لم يتمسك به الخصوم؛ يشكل خرقا لقاعدة الاسناد الوطنية التي أشارت باختصاص القانون الأجنبي، والتي كان على محكمة الموضوع إعمالها من تلقاء نفسها.

ويؤسس هذا الاتجاه موقفه على أساس أن قاعدة الاسناد الوطنية قاعدة آمرة، 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.[1]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

لم يتضمن القانون المدني نصا صريحا 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 توحي أبدا أن تطبيقها يتوقف على إرادة الأطراف.

كما أن في تطبيقها تحقيقا 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 دائما في احتكاك مستمر ومتواصل نظراً لتنوع العلاقات الفردية بين الوطنيين والأجانب.[2]

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 إعمالا لنص المادة 23 مكرر2 من القانون المدني الجزائري.

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.159.

[2] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص. 17.

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 التكيف 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 أولا 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 مثلا،[1] قد يواجه القاضي مشكلة التكييف لما يريد إعطاء الوصف الصحيح لرابطة قانونية مطروحة أمامه لينتهي الى 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

[1] فمثلا في القانون المدني، نجد القاضي يواجه أحيانا هذه المشكلة لما يريد إعطاء الوصف القانوني الصحيح لرابطة تعاقدية معينة لم يحسن أطرافها تحديد وصفها هل هي عقد بيع أم وعد بالبيع أم عقد إيجار وفي القانون الجنائي نجد القاضي يواجه مشكلة تحديد وصف الفعل الذي ارتكبه الشخص هل هو سرقة أم اختلاس أم خيانة أمانة، وعليه فالتكييف هو عملية ذهنية لازمة لأي بحث قانوني.

الشكل. وقبل ذلك يتطلب الامر تحديد المقصود من التكييف (المطلب الأول) ثم تحديد القانون الذي يتم وفقه هذا التكييف (المطلب الثاني).

المطلب 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".[1]

ولذا ارتبطت مشكلة التكييف بمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا عرض على القاضي نزاع بصدد مسألة معينة، تحتم عليه أولا 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.[2]

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 التكيف في الأصل العام ليس لها مضمون موضوعي، بمعنى أنها تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة فقط، [3]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،

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 41.

[2] نفس المرجع.

[3] أنظر:

Louis Lucas, qualification et répartition, Revue écrit, 1957, p 153.

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.

المطلب الثاني: موقف الفقه من القانون الذي يخضع له التكييف

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص اختلافا بينا وتنوعت اتجاهاتهم في تحديد القانون الذي يتعين الرجوع إليه لتكييف العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا وتحديد طبيعتها، فمنهم من أخضع التكييف لقانون القاضي، ومنهم من أخضعه للقانون الذي يحكم النزاع فيما يرى اتجاه آخر إخضاعه للقانون المقارن، ولكن وفقا 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.

الفرع الأول: إخضاع التكييف لقانون القاضي

تبنى هذا الرأي جل الفقهاء الفرنسيين وخاصة الفقيهين الأستاذ بارتان (Bartin) في فرنسا والأستاذ كان (kahn) في ألمانيا،[1] وبمقتضى هذا النظام ينبغي أن يخضع التكييف لقانون القاضي (*Lex Fori*) المرفوع أمامه النزاع وقد طبقت محاكم كثيرة هذا النظام بصورة تلقائية، وأقرته بعض المؤتمرات والمعاهدات الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1925 وأخذت به التشريعات الحديثة[2] وقد ساهمت بعض القضايا المستنبطة من القضاء الفرنسي في إرساء هذا الاتجاه، أهمها:[3]

القضية الأولى: زوجان أنجلو مالطيان تزوجا في جزيرة مالطا، حيث موطنهما الأول ثم اتخذا الجزائر وطنا 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 بإسم "نصيب الزوج المحتاج" أو "ربع الزوج الفقير".

فإذا قام القاضي بتكييف ما تطلبه الزوجة وفقا للقانون المالطي أعتبر من نظام الأموال، وأخضعها بالتالي وفقا لقواعد الإسناد في قانونه للقانون المالطي؛ أما إذا قام القاضي بتكييفه وفقا لقانونه اعتبره نصيبا في ميراث الهالك، ومن ثم يخضع للقانون الفرنسي وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية.

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

---

[1] رغم أن الفقيه الألماني (kahn) قد سبق له أن أبرز مشكلة التكييف في مقال له نُشر في ألمانيا سنة 1891، وانتهي فيه إلى نتيجة مشابهة لتلك التي توصل إليها بارتن من بعده، إلا أن الفقه الفرنسي يصر مع ذلك على اعتبار بارتن الرائد الحقيقي لنظرية التكييف.

[2] أهم التشريعات التي أخذت به: القانون المدني الأردني، والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني للجمهورية العربية السورية، والقانون المدني لجمهورية مصر العربية.

[3] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.56-57.

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[1]. وهكذا اختلف الحكم باختلاف التكييف.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 55.

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 صحيحا.

أساس نظرية بارتان:

رأى بارتان، أن التكييف بالنظر لهذه التطبيقات تم وفقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع[1] ألا وهو القانون الفرنسي. وقد قدمت حجج كثيرة لتبرير هذا النظام، حيث اعتمد الأستاذ "بارتان" في إخضاعه التكييف لقانون القاضي على حجة مستمدة من فكرة السيادة، مفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصا لسيادتها التشريعية.[2]

وعليه فالمشرع وحده هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص فيه سيادة دولته التشريعية؛ ولما كان التكييف قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم دولة القاضي وفي ذلك انتقاص لسيادة دولته التشريعية فإنه ينبغي ألا يتم إلا وفقا لقانون القاضي، لأنه لو تم وفقا 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 التكييف لقانون القاضي لم يستند على هذه الحجة بل استند على حجج أخرى منها:

- أن التكييف 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

[1] نفس المرجع، ص 80.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 61.

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 التكييف تفسيرا 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.[1]

- أنه من غير الممكن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي لأن هذا القانون قبل عملية التكييف غير معروف.
- فضلا عن أن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي يعني أن هذا القانون هو واجب التطبيق، ومن ثم فأية فائدة منتظرة من عملية التكييف.
- 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 "بارتان" 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.[2]

---

[1] نفس المرجع، ص.62.

[2] في هذا الصدد يقول الأستاذان " لوسوارن " و"بورال " أن التكييفات الثانوية ليست تكييفات دولية وإنما هي تكييفات داخلية وعليه لا يمكن اعتبارها استثناءً حقيقيا من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي. أنظر:

Loussouarn et Bourel, Droit international privé, 3ème édition , paris, Dalloz, 1988, p. 295.

الفرع الثاني: 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 (*Lex causae*) 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 بوجوب حل النزاع 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،[1] 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 بالتكيف وفقه وهو لم يتحدد بعد؟ ولذلك يقول منتقدو هذه النظرية أنها تؤدي الى المصادرة على المطلوب.[2]

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 105.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 77.

الفرع الثالث: 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 مثلا على أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية فإن مفهوم الأهلية يجب ألا يتحدد وفقا لقانون القاضي فقط، أو بموجب قانون جنسية الشخص فحسب بل يجب أن يرجع في ذلك أيضا 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 وفقا لقانون القاضي أو لقانون جنسية القاصر فحسب، بل يجب أن يرجع أيضا في تحديد هذا المفهوم الى 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.[1]

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 وفقا 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 الى مختلف الدول ليستمد منها

[1] أنظر:

Loussouarn et Bourel, Droit international privé, *Op.Cit.*, p. 287.

الوصف القانوني الملائم؛ وحتى لو تمكن القاضي من الرجوع الى قوانين مختلف الدول فسيؤدي اختلافها حول الوصف القانوني لكثير من المسائل إلى نتائج متضاربة.

لا ننكر أن أنصار هذا الاتجاه قد أرادوا تحقيق مثل عليا، لا سيما بإزالة مشكل التنازع في التكييفات، وذلك يجعل قضاة مختلف الدول يتوصلون إلى نفس المفاهيم للفئات المسندة.[1] 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 مجابهتها لقضايا لم يتطرق إليها التشريع الداخلي لم تعان صعوبة في تكييفها.

فهذا المنهج رغم وجاهته من الناحية النظرية؛ فإنه من الناحية العملية عسير الإتباع، 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.[2]

الفرع الرابع: 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".[3]

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.

---

[1] نفس المرجع، ص.289.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 80-81.

[3] القانون المدني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الرابعة، 2006.

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 وبالتحفظ 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 أخر 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 استثناءً 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 الشّروط المنصوص عليها في الدّستور، تسمو على القانون".[1]

[1] القانون رقم 08/19 المؤرخ في (17) ذي القعدة عام 1429هـ/ الموافق 15 نوفمبر سنة 2008، يتضمن التعديل الدستوري للدستور الجزائري.

- تحديد طبيعة المال هل هو عقار أو منقول يخضع لقانون موقعه1 وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 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 أخر 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، وتعذر 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 أخر 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".

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 45.

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.[1]

المبحث الثالث: الإحالة الدولية (*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.[2] فلا يثور أي إشكال فيما لو أشارت قاعدة الاسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الوطني لحكم المسألة القانونية محل النزاع؛ لكن ماذا يحدث لو أشارت قاعدة الاسناد 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 المشتملة على عنصر أجنبي، فيثور التساؤل: هل القاضي الوطني يرجع الى القانون الأجنبي في جملته مما يقتضي استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها، أم أنه يتجه مباشرة الى النوع الثاني من القواعد وهي القواعد الموضوعية فيطبقها على النزاع دون الاعتداد 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

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 94.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 45.

التطبيق، قد تظهر صعوبة في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون لأن خصوصية قواعد الإسناد تؤدي بصورة حتمية إلى حدوث حالات تنازع إيجابي أو سلبي.[1]

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 انجلترا 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؟[2]

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 القضائية 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 "فورقو" (Forgo) التي تتلخص وقائعها في أن فورقو ولد غير شرعي من الجنسية البافارية، ولد في بافاريا ثم

[1] نفس المرجع.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 45.

انتقلت به أمه الى 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 الى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي.

فعند الرجوع إلى قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي ظهر أنها تُخضع الميراث في المنقولات لقانون الموطن القانوني للمتوفى وهو في هذه الحالة القانون البافاري، نظرا لأن " فورقو" (Forgo) رغم طول إقامته في فرنسا، فإنه لم يكتسب فيها موطنا قانونيا وفقا للقانون الفرنسي الذي كان يتطلب حينذاك إذنا رسميا بالتوطن؛ وحيث أن فورقو 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 أيلولة التركة لقانون محل إقامة المتوفى المعتاد، وهو هنا القانون الفرنسي الذي لا يعترف للحواشي بالإرث إلا إذا كانوا من إخوان وأخوات المتوفى؛[1] 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.[2]

[1] عدل القانون الصادر بتاريخ: 03 جانفي 1972 المادتين 757 و758 من القانون المدني الفرنسي، وساوى بين الولد الطبيعي والولد الشرعي.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 98-99.

المطلب الثاني: تعريف الإحالة الدولية وصورها

إن للإحالة مفهوم واسع على الصعيد الدولي والداخلي، وعلى الرغم من عدم وجود تعريف محدد ودقيق لها، إلا أننا نجد بعض الفقهاء والمؤلفين من أعطاها تعريف ولو أنه سطحي، وذلك استنادا إلى الوظيفة العامة التي تقوم بها.[1]

الفرع الأول: تعريف الإحالة الدولية

لكي نتعرف على ماهية الإحالة ينبغي أولا التذكير بأن لكل دولة قواعد موضوعية داخلية تطبق على رعاياها في علاقاتهم الداخلية، والى جانبها قواعد أخرى خاصة بتنازع القوانين مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقات المشتملة 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.[2]

بالنسبة للقواعد الموضوعية فهي تقدم حلول، وبالتالي تنهي النزاع ومهمتها حكم العلاقة القانونية وتنظيمها. أما بالنسبة لقواعد الإسناد، فهي لا تقدم حلولا 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 هده 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.

---

[1] الإحالة هي: "نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق"، أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 49.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 103.

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 الى 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 الاسناد الوطنية وقواعد الاسناد في القانون الأجنبي؛ ويكون بذلك قد رفض القاضي الإحالة.

أما إذا رجع القاضي الوطني إلى قواعد الاسناد 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:

أولا: 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،[1] أو إحالة الرجوع،[2] ففي المثال

[1] هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 167.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 104.

المتعلق بأهلية الإنجليزي المتوطن في الجزائر، فإن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي المختص وفقا 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 أيضا: 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.[1]

ثانيا: الإحالة من الدرجة الثانية

ويسميها البعض بالإحالة المطلقة،[2] وتكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقا 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، فوفقا 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 الدنماركي، الذي أحالت إليه قواعد الإسناد الإنجليزية، وهذا بشرط أن تقبل قواعد الإسناد في القانون الدنماركي هذا الاختصاص،[3] ويمكن للقانون الأجنبي أن يحيل الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة، والذي يقوم بدوره بالإحالة إلى قانون آخر، وهكذا وبما أن أي قانون لا

[1] هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 178.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 104.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 100.

يمكن أن يطبق دون أمر صادر عن قاعدة تنازعيه، فإن كل طرف يكتفي بإحالة الكرة، ولهذا أطلق عليها إسم "غرفة المرايا" أو لعبة "كرة المضرب الدولية".[1]

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 فيفري 2005 بدأ موضوع الإحالة يظهر بشكل جلي في نص المادة 23 مكرر1 من القانون المدني،[2] 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 مكرر1 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 مكرر1، 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 مكرر2/1، فكيف يعقل أن يقبل القاضي الجزائري الاختصاص بنظر النزاع فيما لو أحالت عليه قواعد الاسناد في القانون الأجنبي وهو لم يلجأ أصلا إلى هذه القواعد؛ بل اكتفى بالرجوع إلى القواعد

[1] إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 200.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 114.

الداخلية للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد 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 مكرر1.

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[1]:

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 التعداد 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؟

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 125

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.[1]

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 تشريعيا، استدعى تدخل المشرع لتتمة هذه المادة بموجب القانون 05-10 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.[2]

كما تبنى القضاء هذا الحل في بعض الدول التي لم تعالج تشريعيا 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

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين –دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص. 271

[2] ومن ثم يكون المشرع قد أخذ بالحل السائد في العديد من الأنظمة القانونية، من بينها القانون المصري (المادة 26 مدني)، والسوري (المادة 28 مدني)، والعراقي (المادة 2/31 مدني)، والليبي (المادة 26 مدني) والإماراتي (المادة 25 مدني).

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.[1]

الفرع الأول: إعمال قاعدة التفويض

إن إعمال قاعدة التفويض طبقا للفقرة الأولى من المادة 23 من القانون المدني الجزائري يفترض بداهة 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،[2] إلا أن المشرع الجزائري حسم أمره بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الذي تمم 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:

أولا: 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،

---

[1] القرار رقم (121) بتاريخ 1968/07/03، النشرة القضائية، 1969. ص 413. أشارت إليه: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 218.

[2] ثار الخلاف حول مسألتين: تتعلق الأولى بمدى انطباق قاعدة التفويض بالنسبة لصور التعدد الداخلي؛ والثانية حول مدى انطباق قاعدة التفويض بالنسبة لضوابط الاسناد. لمزيد من التفصيل راجع: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 127-132.

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 التنازع 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 بالتنازع 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[1].

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 أُقرت لاحترام الخصوصيات الشخصية المعتبرة قانونا للأفراد.[2] هذا ويجب التنبه إلى الفرض الذي لا توجد فيه شريعة غالبة 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.[3]

---

[1] من بين الأحكام التي أخذت بهذا الاتجاه، حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية الصادر بتاريخ: 23 ماي 1968 بشأن دعوى بطلان زواج بين يونانية مسيحية الديانة أرذوكسية المذهب ومصري مسيحي الديانة وماروني المذهب. فكان على المحكمة أن تطبق القانون المصري عملا بقاعدة الاسناد الواردة بالمادة 14 من القانون المدني، والتي تقضي بتطبيق هذا القانون إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج. وبدلا من الرجوع في هذا الشأن إلى الشريعة الإسلامية بوصفها الشريعة الواجبة التطبيق عند اختلاف الزوجين في الطائفة كما هو الشأن في هذه الدعوى، طبقت المحكمة شريعة المارون الكاثوليك بوصفها شريعة الطرف المصري، رافضة بذلك تطبيق نص المادة 06 من القانون رقم 462 لسنة 1955 والتي توجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية إذا اختلف الطرفان في الطائفة أو الملة.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 292.

[3] نفس المرجع.

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.[1]

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.[2]

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

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.229.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 288. وفي نفس الاتجاه، راجع: هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 131.

موطن للشخص قبل مغادرة الدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع أو التي كان به,ا موطنه الأصلي، أو الحل الذي يقضي بالرجوع إلى قانون القاضي عندما يتعذر الاهتداء 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 تنطوي على إهدار لروح قواعد الإسناد.[1]

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؛[2] 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.

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 229-230.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 133.

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 فقرتها الأخيرة تقضي بتطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة بالنسبة لعديمي الجنسية.[1] 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

[1] تنص الفقرة الثانية من المادة 22 من الأمر 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

بناءً على قواعد الإسناد الداخلية في قانون الجنسية هو بمثابة أخذ بالإحالة وهو ما يرفضه المشرع المصري مطلقا 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 بكون بناءً على قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي، وليس بمقتضى قواعد الإسناد الداخلية في قانون الجنسية المختص في الأصل بحكم النزاع.[1]

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 قررته 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".[2]

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.138-139.

[2] أخذت بعض أحكام القضاء المصري بالاتجاه الذي يقول بوجوب الرجوع إلى قانون الموطن عند تعذر الكشف عن الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في قانون الجنسية الذي أشارت باختصاصه قاعدة الاسناد الأصلية في قانون القاضي. راجع: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 140.

الفصل الرابع:

تطبيقات قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري

الفصل الرابع:
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 أحكاما 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 وبعلاقته 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 عرفتها 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 أرملا، أو مطلقا، أو أبا، أو ابنا شرعيا، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدا بسبب من الأسباب القانونية"؛[1] كما تختلف الدول فيما بينها في تحديد القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية، فمنهم من يحيل هذه الاخيرة 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؟[2]

المطلب الأول: المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون المواطن

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، والأخر يدعو لإسنادها إلى قانون الموطن، ولكل منهما حجج اعتمد عليها.[3]

---

[1] حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ: 21 جوان 1934، راجع: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 89.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 202.

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 137.

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 تنادي 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.[1] 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:

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 57.

- تقتضي مصلحة الفرد والغير الذي يتعامل معه في موطنه ومصلحة الأسرة توحيد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وأنه من السهل توحيد موطن الأسرة ومن العسير توحيد جنسيتها[1].
- 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 تقنن قوانينها كإنجلترا مثلا.[2]

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

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 258-259.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 57 وما بعدها.

دولة. وبالتالي يُترك الأمر للدولة وفقا لسياستها التشريعية لاختيار الضابط الأنسب وتبعا لما تريد أن تحققه.[1] فلا تزال الجزائر والدول الاسلامية 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 الفرنسي،[2] ومصر بموجب المواد من 11 إلى 17 من التقنين المدني المصري.[3]

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 جنسيتها من الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا أو تتعددا إقليميا، الأمر

---

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008. ص. 248-249

[2] تنص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة على أنه:

Les Lois concernant L'état et la capacité des personnes régissent les Français, mêmes résidant en pays étranger.

[3] القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية، العدد 108، الصادر في 29 جويلية 1948.

الذي يطرح مشكلة تحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق. مما يتطلب بحث هذه المسائل فيما يلي:

الفرع الأول: التنازع الايجابي والسلبي 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:

أولا: حالات التنازع الايجابي بين الجنسيات: يكون التنازع ايجابيا بين الجنسيات لما يكون الشخص متمتعا بصفة قانونية بجنسية دولتان أو أكثر،[1] بمعنى أن يكون لأطراف العلاقة جنسيات متعددة ويكون ضابط الإسناد الذي يتحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق جنسية المعني.[2] 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.[1]

---

[1] فالجنسية تخضع لمبدأ حرية الدولة في أمور جنسيتها، فبفعل المبدأ تكون قواعد الجنسية ذات طابع وطني، حيث ينظمها المشرع الوطني في كل دولة ومن طبيعة أحادية، بمعنى أن مشرع كل دولة يحدد الوطنيين التابعين لدولته ولا شان له بالأجانب التابعين لدول أخرى، وهذا المبدأ يجعل للدولة منطقة أو نطاق محفوظ وخاص بها لا يشاركها فيه أي كيان آخر، وقد تكفلت المواثيق الدولية تأكيد هذا المبدأ نذكر منها، اتفاقية لاهاي لعام 1930 التي أكدت المادة الأولى منها: "على أن يكون لكل دولة أن تحدد من هم وطنييها بتشريع خاص بها مع مراعاة ما هو مستقر عليه في الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة في القانون الدولي"، كما كان ضمن هذا التوجه موقف محكمة العدل الدولية الدائمة بتاريخ 7 شباط/فيفري عام 1923 بخصوص النزاع البريطاني الفرنسي حول مراسيم الجنسية في تونس والمغرب والذي أقرت فيه: "مبدأ احتفاظ كل دولة بحرية التشريع في أمور الجنسية".

أنظر في ذلك: بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 37.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 141.

[1] وهو ما يتطابق مع نص المادة 5 من اتفاقية لاهاي لعام 1930 التي تقضي بأن: "الشخص الذي يتمتع بأكثر من جنسية يجب أن يعامل في دولة الغير كما لو كان لا يتمتع إلا بواحدة فقط". أنظر في ذلك: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار هومة، الجزائر، 2005، ص. 169.

الراجح هو أن العبرة تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع والظروف أن الشخص كان أكثر ارتباطا بها أي الجنسية الفعلية للشخص،[1] 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 موطنا 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 يتملك 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"[2]. فمسالة 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 مثلا 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.[1] حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني الجزائري

[1] من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي العام، والذي يشكل قيد على حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، ذلك المبدأ الذي يقضى بوجوب قيام رابطة الجنسية على وجود صلات حقيقية (Genuine Link) بين الفرد والدولة، ومؤدى هذا المبدأ أنه يجب على الدولة عند وضع تشريعها المنظم للجنسية أن تراعى بناء جنسيتها على وجود صلات حقيقية وجدية بين الأفراد والدولة.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 206.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 165 و172.

"غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية".[1]

ثانيا: حالة التنازع السلبي (انعدام الجنسية): يعني مصطلح "عديمي الجنسية"، الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطنا فيها بمقتضى تشريعها،[2] 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، فأسنده البعض لقانون الموطن غير أن المشرع الجزائري مثله مثل القوانين العربية الأخرى، ترك هذا التحديد للسلطة التقديرية للقاضي في الفقرة الثالثة من المادة 22 قبل تعديلها، لكن بعد التعديل عاد وأخذ بالرأي الراجح فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 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،[1] حيث نصت صراحة على أنه: " تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن...".

---

[1] إن إعمال مبدأ جنسية القاضي الوطني طبقته محاكم جميع الدول التي قننت هذا المبدأ، أنظر مثلا قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1972/11/7 فقد جاء فيه:" أن الوصاية على الأطفال الذي يحملون في ذات الوقت الجنسيتين الفرنسية والجزائرية، يجب أن تكون محكومة بالقانون الفرنسي".

[2] المادة الأولى من اتفاقية نيويورك بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية المعتمدة في 28 سبتمبر 1954 مؤتمر مفوضين دعا إلي عقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراره 526 ألف (د17) المؤرخ في 26 أفريل 1954. تاريخ بدء النفاذ: 6 جوان 1960، وفقا لأحكام المادة 39.

[1] انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64-173 المؤرخ في 8 جوان 1964.

الفرع الثاني: حالة تغيير الجنسية (التنازع المتحرك)[1]

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 او 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؟

---

[1] يتكون ضابط الاختيار أو الإسناد من عنصرين هما: عنصر واقعي (élément de fait)، وعنصر قانوني (élément de Droit)، فضابط الجنسية مثلا عنصره الواقعي هو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة، أما العنصر القانوني فهو الجنسية ذاتها كنظام يفيد الانتماء إلى تلك الدولة، وكذلك ضابط موقع المال، فعنصره الواقعي هو وجود المال ذاته في إقليم دولة معينة، أما عنصره القانوني فهو فكرة الموقع كنظام قانوني، أي الحيز من المكان في دولة ما والذي يستقر فيه المال، وما تقدم يشير إلى إمكانية الأفراد في بعض الأحيان تغيير العنصر الواقعي من ضابط الاختيار أو الإسناد، وبالتالي يمكن القول أن ضوابط الاختيار عموما تقسم إلى نوعين هما: الأول، ضوابط قابلة للتغيير ومنها ضوابط الجنسية والموطن ومحل الإقامة وموقع المال المنقول وإرادة المتعاقدين؛ والثاني، ضوابط ثابتة لا تقبل التغيير، سواء كانت بطبيعتها كموقع المال العقاري، أو كنتيجة للتحديد القانوني لنطاقها الزمني كجنسية المتوفى في المواريث ووقوع الفعل الضار أو النافع. أذن مع القدرة على تغيير ضابط الإسناد وخلق مشكلة تزاحم عدد من القوانين، بالتأكيد يؤدي هذا التغيير إلى أن العلاقة القانونية بعد إن كانت مركزة في قانون دولة ما، أصبحت متركزة في مجال قانون دولة أخرى، وبالتالي على القاضي المعروض عليه النزاع أن يبحث عن حل ناجع لهذا النوع من التنازع.

حسم القانون الجزائري التنازع باعتماده على المعيار الزمني وفق الحل الفقهي المعتمد، وما قررته مختلف القوانين المقارنة وذات المصدر التاريخي،[1] ولكن حكمه جاء قاصرا على بعض مواد الأحوال الشخصية دون الأخرى، فأخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للآثار 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 24من التقنين المدني.[2]

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:

---

[1] راجع في ذلك مثلا ما تنص عليه المواد: 13 و14 و17 من القانون المدني المصري.

[2] أيت منصور كمال، "وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص. 5.

"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 للفقه 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 إعمال 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؟[1] 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 للمسالة في القانون الأجنبي المختص.

[1] لكثير من التفصيل حول هذه المسألة، راجع: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 125-140.

إلا أن النص الأصلي لهذه المادة، لم يتطرق للحل المتبع عند استحالة إعمال قاعدة التفويض مما أحدث فراغا تشريعيا استدعى تدخل المشرع لتتميم هذه المادة بموجب القانون 05-10 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 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".[1]

المطلب الثاني: المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجده 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 والأهلية

تنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 حوان2005 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 الأخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة، أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة

[1] سبق التطرق إلى هذه المسألة في المطلب الثالث من المبحث الثالث من الفصل الثالث من هذه الدراسة تحت عنوان: الإحالة الداخلية أو إحالة التفويض.

التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري ".

يلاحظ من خلال الفقرة الأولى من المادة 10 أن القانون المدني الجزائري قد أخضع الأهلية والحالة المدنية لقانون الجنسية.[1]

أولا: 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.[2] وقد اخضع المشرع الجزائري حالة الأشخاص المدنية لقانون الجنسية بموجب الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري بمعني 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 أوابا .... غير ذلك من الصفات التي تدخل في نطاق الحالة المدنية للشخص كالاسم واللقب.[3]

وهذا ما نصت عليه المادة 10 بقولها: **"يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"** .وبناءً علي هذا النص الصريح فان حالة الجزائريين المدنية تخضع الى قانون جنسيتهم اي أنه اخذ بضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية ولم يأخذ بضابط الموطن وهذا يعني بمفهوم المخالفة للنص المذكور أعلاه أن

[1] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص.199.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.64.

[3] في الدول الإسلامية يُعطى للدين أهمية خاصة، فتشمل حالة الشخص صفته الدينية هل هو مسلم أو مسيحي أو يهودي، وتختلف الأحوال الشخصية باختلاف الأديان.

الأجانب سوف يطبق على حالتهم قانون جنسيتهم لأن قاعدة الإسناد الجزائرية تخضع الحالة الي قانون جنسية الشخص الطبيعي، ما لم يتعارض قانون الجنسية مع النظام العام للدولة المعروض عليها النزاع. وتشمل الحالة المدنية كل من:

- **الاسم:** وهو وسيلة تمييز الشخص عن الشخص الأخر ويتألف الاسم من الاسم العائلي ومن اسمه الشخصي وهو ما جاءت به المادة 28 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده " وما دام المجتمع يزخر بالأشخاص الكثيرين فانه من البديهي أن يكون الأسماء كثيرة أيضا لذا من الأحسن أن يخضع الاسم للقانون الشخصي بمعني قانون الجنسية.
- **الموطن:** ينقسم الموطن في الجزائر 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.[1] أما **الموطن الإلزامي**: المحدد من طرف القانون لبعض الأشخاص دون اخذ إرادتهم واختيارهم بعين الاعتبار والذي نصت عليه المادة 37 القانون المدني الجزائري.[2]

- **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.[1].

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]

---

[1] تنص المادة 36 من القانون المدني: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

[2] تنص المادة 37 من القانون المدني: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة.

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 64.

[2] نفس المرجع، ص. 65.

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،[1] الى غير ذلك من المسائل المتعلقة مثلا بالشركات أو الجمعيات التي تتوفر فيها شروط الشخصي 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.[1]

• **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: [2]"أما الأشخاص الاعتبارية من شركات

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 149-150.

[1] تنص الفقرة السادسة من المادة 50 من القانون المدني الجزائري: "...الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر...".

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

وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

والمقصود بمركز الإدارة الرئيس الفعلي هو المكان الذي تتركز فيه الإدارة العليا والتوجيه والرقابة واجتماعات الهيأة العامة ومجلس الإدارة، وقد اعتمد المشرع على ضابط المركز الفعلي ليستبعد المركز الصوري، الذي يتخذه بقصد التهرب من قانون دولة معينة.[1]

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 قررته الفقرة الرابعة من المادة 10 من القانون المدني الجزائري: "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".[1]

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

[1] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 90-91.

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 150-151.

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.[1] 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 يتملك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية وهكذا ...

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

- **أهلية الأداء العامة:** ومناطها 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.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 216.

- **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 للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا". وما نصت عليه المادة 408 من القانون المدني الجزائري: "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.[1]

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 وقفا 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 جانفي 1861 تسمى بقضية ليزاردي Lizardi [2] وهي تتعلق بمواطن

[1] منتدى الجزائرية للحقوق والقانون، 2010.forum.law.dz.com.

[2] راجع تفاصيل الحكم في: باتيفول، القانون الدولي الخاص، طبعة 1967، ص.530، بند 491.

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 ادعي 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.[1] وصدر الحكم لصالحة 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.[2]

شروط إعمال 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 الاجنبي قدرا كبيرا من الحيطة والحذر واليقظة كبيع العقار أو رهنه، فتجرح من نطاق هذا الاستثناء. ولا يمكن قبول هذا التقييد، وذلك إن عبارة " التصرفات القانونية " الواردة في نص المادة جاءت مطلقة غير مقيدة بأي وصف.[1]

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 220.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 156.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص. 221.

- **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: " أذا 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 الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الجزائري 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، فانه لا يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري.[1]
- **أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعا الى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه:** 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.[1]

[1] نفس المرجع، ص. 222.

[1] نفس المرجع.

ثالثا: 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 الى 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 الموضوعة 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.

(أ) **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.

(ب) **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.[1]

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).[2]

أما الولاية على النفس، فقد أغفل المشرع الجزائري وضع قاعدة إسناد خاصة بها، وبالنظر لتعلقها بالتنظيم العائلي، فإنها تخضع لقانون أخر وهو القانون الذي يحكم آثار الزواج.[3]

وقد بينت المواد (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 ورفعه وإجازة تصرفاته وكذلك بيان طرق تعيين الأولياء والأوصياء والقيمين وشروطهم وصلاحياتهم وحدود وظائفهم والتصرفات التي يجوز لهم إبرامها من من تلقاء أنفسهم أو بإذن من المحكمة أو المجلس العائلي وطرق إنهاء مهامهم

---

[1] خوادجية سميحة حنان، "تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص. 220.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 225.

[3] نفس المرجع، ص. 223.

ومسؤولياته وما يستحقونه من أجر وقد أخذت بهذا الحكم اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالوصاية واتفاقية 1905 الخاصة بالحجر.[1] لكن ترد بعض الاستثناءات على تطبيق القاعدة العامة حيث:

- لا تخضع إجراءات ببع العقار للقانون الشخصي للقاصر، وإنما تخضع لقانون القاضي تطبيقا 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.[2]
- اخضاع المسائل الإجرائية المتعلقة بالشخص محل الحماية لقانون دوله القاضي، إذا تعلق الأمر بتدبير استعجالي وقائي يهدف لحماية أموال القاصر وكان هذا الاخير أو عديم الأهلية موجود في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، طبقا لما قررته الفقرة الثانية من المادة 15 من القانون المدني الجزائري المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10، 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 تطبق قانونه بشأنه التدابير الوقائية والمستعجلة الهادفة للحماية المؤقتة للشخص الموجود في الجزائر أو لأمواله الموجودة فيها،[1] وهو حكم مستوحى من اتفاقية لاهاي الصادرة في 5 أكتوبر 1961 الخاصة بتنازع القوانين المعنية بشكل الترتيبات المتعلقة بالوَصايا، على هذا الاختصاص بقولها: "في كافة حالات

---

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 209.

[2] يرى الفقه في هذا الإطار أن:

trouvaient «l'autorité du père indispensable à l'exercice des droits de la personne, l'enfant se mineur » considérablement affaiblie s'il ne gérait pas en même temps le patrimoine du.

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 157-158.

الاستعجال تتخذ سلطات الدولة المتعاقدة التي يوجد على إقليمها القاصر أو المال العائد له تدابير الحماية الضرورية".[1]

الفرع الثاني: الزواج

الزواج من أوسع العلاقات القانونية مجالا 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 شكلا وموضوعا وأثارا، 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 وتفريق لذلك يتطلب الأمر شيء من التفصيل.[1] في إطار كل هذه الاختلافات التي تعد مصدرا لتنازع القوانين، ما موقف المشرع الجزائري من هذه الاختلافات؟

أولا: 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

[1] إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 290. وكذلك: عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 210.

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 69.

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، فاخضع الشروط الموضوعية لقانون غير الذي اخضع له الشروط الشكلية. ولا شك أنه من شان 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.

(أ) 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 فان شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية وفقا لنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري.[1]

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 70-20 المؤرخ في 19 جانفي 1970 الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون الجنسية فقد اعتبرت الزواج الذي ينعقد بين جزائريين في بلد أجنبي أو

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 69.

بين جزائري وأجنبية صحيحا شرط ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي بتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج.[1]

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 وهدا طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري. لكنه لم ينص على الحل في حالة ما اذا كان الزوجان أجنبيان فهل نطبق قانون جنسية كل منهما تطبيقا جامعا أم نطبقه تطبيقا موزعا. فما المقصود بالتطبيق الجامع والتطبيق الموزع؟ وهنا انقسم الفقه إلى رأيين أو اتجاهين:

1. **اتجاه التطبيق الجامع** (*L'application cumulative*): يجب أن تتوفر في مل طرف كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته وكذلك كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية الطرف الأخر.[1] 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؛

[1] تنص المادة 97 من الأمر 70-20 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 49، 2014؛ وبالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 جانفي 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 02، 2017 المتضمن قانون الحالة المدنية على: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج..."

[1] أنظر:

Issad Mohand, droit international privé: Les règles de conflits, ***O.P.U.,*** Alger, 1986, p. 248.

- أن القانون الوطني لكل طرف هدفه حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس الطرف بحد ذاته.

- يعتبر التطبيق الجامع الحد الذي يمنع امتياز قانون على الأخر أو الحد الذي يحفظ لكل دولة سيادتها.

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

2. **اتجاه التطبيق الموزع** (*L'application distributive*): يجب أن تتوفر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط.[1] وفي الزوجة الشروط التي ستلزمها قانون جنسيتها فقط، باستثناء موانع الزواج التي يُطبق بشأنها التطبيق الجامع لخطورتها.[2] وهو الرأي السائد الذي سار عليه القضاء ويستدلون في ذلك بما يلي:

- أن كل مشرع 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 صفه 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 يمنك أن تتحقق في طرف إلا ومست

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 69.

[2] دربة أمين، " تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع،2011، ص.240.

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.[1]

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.[1] 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

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.235

[1] نفس المرجع.

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[1].

(أ) **الشروط الشكلية:** وهي الطرق اللازمة لإظهار عقد الزواج والإفصاح عن 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.[2]

ويختلف مضمون شكل التصرف بحسب الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه فهناك الشكل المتعلق بالشهر، والمتعلق بالإثبات، والشكل المكمل للأهلية، وباعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية يخضع من حيث شكله لقاعدة *Locus* أي لقانون محل إبرامه؛ وهذا هو الرأي السائد فقهاء وقضاء. وطرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته هو ما نعني به شكل الزواج،[1] أي كافة الإجراءات الكفيلة بإظهار إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي،[2] وقد لاقى هذا المفهوم للشكل الخارجي للتصرف صدى كبير لدى الفقه، وعرف انتشارا واسعا

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 68.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 70.

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 160.

[2] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص. 257.

في العصر الحالي، وأصبحت قاعدة لوكيس تحكم جميع الأشكال الخارجية من حيث مضمونها وتكييفها وطبيعتها وقوتها الثبوتية.[1]

إلا أن الدول تختلف فيما بينها في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أو إلزامية، فمثلا الولايات المتحدة الامريكية أو انجلترا واليابان تخضع الشروط الشكلية في الزواج لهذه القاعدة على سبيل الالزام، فلا يجوز تطبيق قانون آخر عليها، بينما أغلب الدول تعتبر هذه القاعدة اختيارية وتجيز إخضاع شروط الزواج الشكلية لقانون جنسية الزوجين. وعندما يبرم الزواج في الشكليات التي بتطلبها 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 لوكيس (*Locus régit actum*) [2] التي تؤكد على أن القانون الواجب

---

[1] نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه، الجزائر،2006، ص. 349.

[2] ساهم فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة بقسط وافر في إبراز قاعدة لوكيس معتمدين في ذلك بشكل كبير على نصوص ومبادئ القانون الروماني، ثم جاء الفقيه كورتيس *Curtius* الذي برر خضوع موضوع العقد لقانون بلد الإبرام على أساس أن إرادة الأفراد قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون وقد تبنى هذه الفكرة الفقيه الفرنسي ديمولان *Dimoulin* الذي يرجع له الفضل في قصر هذه القاعدة على شكل التصرف، وإبعاد موضوع التصرف عن هذه القاعدة، وكان ذلك بمناسبة بحثه في موضوع النظام المالي للزوجين حيث توصل إلى نتيجة مفادها أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وليس القانون، أما فقهاء المدرسة الهولندية فقد عرفوا هذه القاعدة وقبلوا بتطبيقها لا سيما في مجال الزواج. لمزيد من التفاصيل: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.333. وأيضا: نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص.52 -54.

التطبيق على شكل التصرفات القانونية يتمثل في قانون محل إبرام الزواج طبقا لما قررته 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 موطنا مشتركا أو في حالة اختلاف جنسيتهما، فتخضع الشروط الشكلية لمحل الإبرام. كما أكده المشرع كذلك من خلال عدة نصوص قانونية ترجمتها حالات واقعية متغيرة نذكرها كما يلي:

- **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 وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم؛ وبين أن يتجهوا إلى الهيئات المحلية المختصة بتحرير عقود الزواج لإبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها القانون المحلي للبلد الأجنبي.

وهو ما نصت عليه المادة 96 من قانون الحالة المدنية،[1] حيث اعتبر الزواج الذي يعقد أمام الدبلوماسيين أو القناصل صحيحا، فقد جاء فيها: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا أصدره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".[2]

[1] بموجب الأمر رقم 70-20، المرجع السابق.

[2] تناولت المادة الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين وبين جزائري وأجنبية، أما العقد بين الجزائرية والأجنبي لم تنص عنه مما يجعلنا أن نقول أن زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي والسبب هو التخوف من ذهاب الجزائريات للخارج لهذا زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع بطبيعة الحال زواج المسلمة بغير المسلم، وهذا التخوف ليس في محله في رأي الدكتور أعراب بلقاسم، ذلك أن احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير المسلم وحق عقد زواج الجزائري في الخارج وفق الشكل المحلي ليس مطلقا، ذلك أن هناك أشكالا محلية تعتبر مخالفة للنظام العام الجزائري مما يتعين منع هذا الزواج ووقفه لأنه باطل كل زواج جزائري بالخارج إذا تم وفق الشكل المحلي، وكان هذا الشكل ديني يمس عقيدة المسلم، أما إذا كان العكس فإنه صحيح، وهناك ما يسمى في بعض الدول البروتستانتية بالزواج الرضائي وهو الذي يتم دون أي شكل وحسب أعراب بلقاسم لا يعتبر باطلا، حيث أن غالبية الفقهاء والمسلمين يجيزون إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات بما في ذلك إقرار الطرفين.

وبالتالي يبقى زواج الجزائريين المبرم أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية خاضع دائماً للقانون الجزائري وهذا بالنسبة للشروط الشكلية والشروط الموضوعية على حد السواء.[1] 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، وطبقا 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 بتطلبها 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 الفقرة الثانية من المادة 97 من قانون الحالة المدنية، وبالتالي لا يجوز إبرام زواجها باجنبي في الشكل المحلي على حساب الشروط الموضوعية لصحة الزواج،[2] 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

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 1996، ص. 168.

[2] أجاز المشرع الفرنسي من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 171 من القانون المدني للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في الخارج القيام بعقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلدان المحددة بموجب مرسوم رئاسي.

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[1].

- **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، فللأجانب 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 يتطلبها القانون الجزائري بحضور شاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي، والإقامة داخل الإقليم لمدة لا تقل عن شهر،[2] 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 إختلاف جنسيتهما فهنا يصبح الشكل المحلي إلزاميا تطبيقا لنص المادة 19 من القانون المدني، كما اشترطت المادة 71 من قانون الحالة المدنية، ضرورة استمرار إقامة الزوجين الأجنبيين أو أحدهما لمدة شهر على الأقل قبل الزواج في إقليم اختصاص ضابط الحالة المدنية.[3] 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

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 169.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 244.

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 167-168.

بإمكانهم عقد زواجهم في الجزائر أمام الجهات المذكورة، إذا كانوا مقيمين فيها منذ شهر واحد على الأقل.[1]

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.[2] 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.

ثانيا: 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 يرتبها عقد الزواج"، وقد أخذت بهذا الحل مختلف قوانين الدول العربية،[3] 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؛

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 239.

[2] أنظر:

Issad Mohand, *Op.Cit.*, p.253

[3] المادة 14 من القانون المدني المصري، المادة 19 من القانون المدني العراقي، المادة 14 من القانون المدني السوري.

- 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 تجنبا 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 أيضا 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 طبقا لنص المادة 13 من القانون المدني: "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"[1].

تعتبر آثار الزواج كل ما يترتب من التزامات على طرفي العلاقة الزوجية، وتتمثل في الآثار الشخصية والآثار المالية.

(أ) **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 اختلافا لأنها

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 242.

تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزوج، فبالمقابل هناك آثار أخرى تعرف مزاحمة بين القوانين كالإنفاق على الزوجة، وأهلية المرأة المتزوجة.

1. 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؟

بالنظر إلى أن الزوجين أجنبين عن بعضهما وزواجهما هو مصدر هذا الإلتزام، فمن المنطقي تكييفه ضمن آثار الزواج، كما كيفه القضاء الفرنسي قبل دخول معاهدة لاهاي المنعقدة في 2 أكتوبر 1973 حيز التطبيق. كما أجمع الفقهاء المسلمون منذ القديم[1] أن نفقة الزوجة واجبة مبدئيا على زوجها سواء كان ميسرا أو معسرا، طالما الزوجة في عصمته وما دام عقد الزواج قائما ولم ينحل، لقوله تعالى: **"لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها".**[2] وهذا الوجوب تبنته القوانين العربية والإسلامية، ومن بينهم المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الاسرة الجزائري بنصها: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها".

والنفقة الزوجية واجبة سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية أو كانت غنية أو فقيرة، وتشمل الغذاء والكسوة والسكن وغيره،[3] 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 صالحة لتحقيق أغراض الزوجية

[1] خرج عن هذا الإجماع الفقيه ابن حزم وأوجب على الزوجة أن تنفق على زوجها وأولادها إذا كانت موسرة وزوجها معسرا، أنظر: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 222.

[2] سورة الطلاق، الآية: 07.

[3] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية،1997 ، ص.241 .

وواجباتها، ودون ذلك يسقط حقها في النفقة.[1] أما الزوجة العاملة إذا أذن لها زوجها أو تزوجها عالما بعملها فلا يسقط حقها في النفقة.[2]

وامتناع الزوج عن النفقة يمكّن الزوجة من طلب التطليق 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،[3] لهذا فإنها تقدّر 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 المادتين76 و 36ف 2 من قانون الأسرة، وهذا يعد رأي الإمام أبو حنيفة مستدلا على ذلك بقوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة،[4] وهذا خلافا للدول الغربية التي تلزمها بالاشتراك مع زوجها في النفقة الأسرية سواء كان الزوج معسرا أو موسرا، عاجزا أو قادرا على ذلك.[5]

(ب)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 تقرّ 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 فتنقسم الأنظمة المالية إلى قسمين:

---

[1] محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1 ، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996، ص135 .

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 223.

[3] محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص. 138 -139.

[4] سورة البقرة، الآية 280.

[5] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 214.

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 آخر1.

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[2] غير النظام القانوني المطبق على من لم يختر 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،[1] كما لا يمكن طلب هذا التعديل إلا بعد مرور سنتين من انعقاد الزواج.[2]

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 74.

[2] كان هناك نظام يسمى نظام الدوطة أو البائنة (*Régime dotal*)، وبمقتضاه كانت الزوجة تقدم مهرا لزوجها، كما كان هناك نظام عدم الاشتراك (*Régime sans communauté*)، لكن ألغى القانون الصادر بتاريخ: 13 جويلية 1965 هاذين النظامين.

[1] نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 1396 من القانون المدني الفرنسي

[2] نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي.

موقف المشرع الجزائري: حرص المشرع الجزائري في تعديله لأحكام قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005،[1] 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، واستئثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائد 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 قررته 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 نظاما قانونيا جديدا لإدارة وتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية، تجمع بين مبدأين أساسيين: أولها تأكيد المشرع على سيادة مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين طبقا 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، انطلاقا من فكرة الحرية التعاقدية.

[1] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، 2005.

ثالثا: انحلال الأزواج: أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج دون تمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهذا طبقا للفقرة الثانية من المادة 12من القانون المدني التي تقضي بأنه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، وقد أخذت أيضا 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.[1] ويرجع سبب اختيار هذه الدول لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة لما يتمتع به الزوج في مجتمعاتنا من سلطات واسعة داخل الأسرة،[2] 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 الى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء انعقاد الزواج.[3] فقد يسمح هذا القانون بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن أبدا في الحسبان، ولعل القانون الأفضل هو الذي تكون الزوجة على إطلاع به ولا يخل بمبدأ المساواة بين الطرفين.

ويعتبر قانون أخر جنسية مشتركة للزوجين هو القانون الأفضل، وقد اختارته قوانين بعض الدول كالقانون اليوناني، فاذ لم توجد جنسية مشتركة للزوجين طبق قانون 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

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 77.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 256.

[3] عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: في تنازع القوانين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة،1972، ص. 309.

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 والزوج الأخر أجنبيا وبعد انعقاد الزواج أصبح الزوج الجزائري هو الأخر 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 أجنبين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما.[1] 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:

1. 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 و76 من قانون الأسرة) وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها، ومتاع البيت (المادة 73 من قانون الأسرة).[2]

- 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

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 77-78.

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 232.

للقانون الذي يحكم انحلال الزواج المادة (2/12) والمادة (13) من القانون المدني،[1] وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية،[2] 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.[3]

2. 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 قررته المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري،[4] 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.

---

[1] إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 533.

[2] المحكمة العليا بتاريخ 29 ماي 1969 الذي حكم بأن الحاضنة لم تكن أهلا للحضانة بغيابها الطويل عن البيت وانشغالها بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، كما أن قرار المحكمة العليا الصادر في 9 مارس 1987 ملف رقم 45186 قرر بأنه: "حيث أن السيدة تقييم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر وحيث أن حكم الحاضنة غير نهائي، فمتى رجعت إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها".

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 185.

[4] تنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

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.[1]

الفرع الثالث: النسب والنفقة:

أولا: 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، فان تحديد القانون الشخصي يعتبر نتيجة لذلك من المسائل التي اختلف فيها الفقه، وتعددت بشأنها الاتجاهات التشريعية والقضائية.

(أ) 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.[2]
- 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.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 261-262.

[2] يسود هذا الاتجاه 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 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.[1]

(ب)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 والمتبنى، 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

[1] 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. راجع: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 263-265.

لقوله تعالى: **"ما جعل أدعياءكم أبناءكم، ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فان لم تعلموا أبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم".**[1] فالإقرار بالنبوة في الشريعة الإسلامية شيء والتبني المعروف في النظم الغربية شيء آخر وهو ما تحرمه الشريعة الاسلامية، وتبعا لذلك يعد التمسك بالتبني أمام المحاكم مخالفا للنظام العام إذا أثير أمام القاضي الوطني.[2]

ثانيا: النفقة

لا نقصد هنا النفقة على الزوجة التي تدخل ضمن آثار الزواج والتي يطبق عليها قانون الزوج وقت إبرام العقد كأصل عام، والقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد العقد كاستثناء؛ إنما المقصود هنا هو النفقة بين الأقارب والتي 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 للأخر. وتوجد إلى جانب هذين النوعين من القرابة قرابة أخرى هي القرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الأخر،[1] وتختلف التشريعات في تحديد القرابة الموجبة للنفقة، كما تختلف أيضا في تحديد شروط استحقاقها.

---

[1] سورة الأحزاب، الآية 4-5.

[2] عمر بلمامي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، السنة الرابعة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، سنة 2012.

[1] جاء في المادة 35 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر".

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

الفرع الرابع: التصرفات المضافة لما بعد الموت (الميراث، الوصية والهبة)

أولا: 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 (نبوابيه) أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية، اجتماعية وسياسية، لأن اخضاع العقار لقانون والمنقول لقانون اخر تترتب عليه اوضاع شاذة.[1] فما هو القانون الواجب التطبيق على الميراث وفقا للقانون الجزائري؟

(أ) **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[2]. ويدخل في نطاق قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة باعتباره القانون الذي يحكم الميراث المسائل التالية:

- اسباب الارث كالقرابة 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.[1]

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 79.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 268.

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع الاسبق، ص. 251.

- 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.

(ب) 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.[1] 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، فمن استقراء نصي المادتين 773 من القانون المدني الجزائري، ونص المادة 47 من قانون 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية،[2] يتضح أن هناك 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.[3]

غير أن 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

---

[1] كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص. 252.

[2] 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". وتنص المادة 48 من قانون الأملاك الوطنية: على: "الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها ملك للدولة طبقا للمادة 773 من القانون المدني". راجع: القانون 90-30 المؤرخ في: 01 ديسمبر 1990 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 08-14 المؤرخ في: 20 جويلية 2008 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، ص.11.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 269-270.

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[1] 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 بثلثي التركة بعد الدين لا بالتركة كلها.[1]

[1] محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، طبعة 1949، ص. 243؛ نقلا عن: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 80.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 272-273.

(ت)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 أن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الاسلامية[1] 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.[2]

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 ففي كل هذه الحالات، فان القانون المختص والواجب التطبيق هو القانون الجزائري.

ثانيا: الوصية: باعتبار أن الوصية وثيقة الصلة بالميراث لأنها طريق من طرق الخلافة بعد الموت فقد أخضعها المشرع لنفس قاعدة الأسناد التي أخضع لها الميراث.[3] وقد عرفها قانون الأسرة في المادة 18 بنصها: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". ويختلف القانون الواجب التطبيق باختلاف الشروط:

(أ) **الشروط الموضوعية للوصية:** 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

[1] اكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى في قرارها الصادر بتاريخ: 27 ماي 1964.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 273-274.

[3] بعض التشريعات مثل فرنسا تلحق الوصية بالميراث وتدخلها في نظام الأحوال العينية، فتخضع الوصية بالعقار لقانون الموقع، والوصية بالمنقول لقانون موطن الموصي وقت موته، وهو ما جرى عليه العمل كذلك في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

تصرفات المريض، مرض الموت والتي يكون القصد منها التبرع بحسب ما نصت عليه المادتان 776 والمادة 777 من القانون المدني الجزائري.[1]

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مجال إعمال 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[2] 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.

(ب)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.[1]

---

[1] تنص الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني الجزائري: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تُعطى إلى هذا التصرف..." وتنص المادة 777 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

[2] يؤيد هذا الرأي كل من القانون المدني الجزائري في المادة 16، والقانون المدني المصري في المادة 17 وهما مستمدتان من المادة 29 من القانون البولوني الصادر سنة 1926. راجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 81.

[1] أضافت اتفاقية لاهاي المنعقدة في أكتوبر 1961 أن شكل الوصية يجوز أن يخضع لقانون موطن الموصي أو لقانون محل إقامته العادي، وإذا وقعت الوصية على عقار، فيجوز أن يخضع الشكل لقانون موقع العقار، أما أهلية الموصى له فإنها تخضع لقانون جنسيته وقت قبول الوصية.

ثالثا: الهبة: لم يضع القانون المدني الجزائري أحكاما خاصة بقواعد الإسناد المتعلقة بالهبة، خلافا لما جرى به العمل في الدول العربية،[1] بل أدرجها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات، أي وسط الوصية والوقف. وبالتالي تدخل الهبة ضمن الأحوال الشخصية.[2]

يتبين من المواد الواردة في قانون الأسرة الجزائري من المادة 202 إلى المادة 212 أن الهبة هي عقد وبالتالي فإنها تخضع إلى أركان العقد، يلزم فيه توافر الإيجاب والقبول.[3] ويُمَلَّك في الحال لأنه ليس تصرف ينفذ بعد الموت، بل هي عقد ما بين الأحياء يتصرف بموجبه الواهب دون عوض وبنية التبرع؛[4] غير أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع[5] أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة، فيصبح عقد الهبة ملزما للجانبين. وعلى هذا الأساس وجب النظر في القانون الواجب التطبيق على الموضوع والقانون الواجب التطبيق على الشكل.

(أ) 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 تطبيقا للمادة 10 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] أخرج كل من القانون المصري والليبي الهبة من نطاق الأحوال الشخصية، وأدرجت في القانون المدني كعقد من العقود الناقلة للملكية وبالتالي يسري عليها قانون العقد.

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق.

[3] تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

[4] تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط".

[5] تنص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير.

ويشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه.[1] 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 طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، غير أن المادة 42 من القانون المدني تخص بالذكر كذلك المعتوه والمجنون، فهما غير أهل لأن يهبا. وهو كذلك الأمر بالنسبة للصبي المميز والسفيه وذو الغفلة (اللذان بلغا سن الرشد)، حيث أن الصبي المميز ما لم يبلغ سن 19 من عمره ولو كان مأذونا له في التجارة غير أهل لأن يهب، فهو لا يملك أهلية التبرع أصلا وإن كان يملك أهلية التعاقد وأهلية التصرف في الحدود التي رسمها القانون. كذلك السفيه وذو الغفلة لا يملكان أن يهبا أموالهما، والهبة التي تصدر منهما تكون باطلة ولو أذن القيم أو أذنت المحكمة.[2] أما من بلغ سن الرشد أي 19 سنة في القانون الجزائري توافرت فيه أهلية التبرع.

• **أهلية الموهوب له:** يتمتع البالغ الرشيد (19 عاما) بأهلية التبرع، وله كذلك أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد، حتى لو كانت مقترنة بشرط أو التزامات.[3] 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 أهلا للهبة، حتى دون وجود قبول، ويكون هذا خروجا عن المبدأ القائل بأن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، ويكون هنا المشرع الجزائري قد تبع مذهب الإمام مالك.

[1] تنص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري: "تشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه.

[2] تنص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

[3]- عليوش قربوع كمال، المرجع السابق.

- تنص المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري على ما يأتي: " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله". أي أنه إذا كان الموهوب له صبيا غير مميز أو مجنون أو معتوه[1] وحتى وإذا كان كل من هؤلاء غير آهل 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 صبيا مميزا أو سفيها أو ذو غفلة فقد استوفى بالتمييز أهليته لقبول الهبة. غير أن المادة 43 من القانون المدني الجزائري، تقضي بأن كل من هؤلاء يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون[2].
- تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري في هذا الصدد على ما يأتي: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا 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

[1] تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق.

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.[1] 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 سنه 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:[2] 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 إيفاؤه للورثة وهي

[1] تنص المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق.

أحكام آمرة، تخضع لجنسية الواهب وقت موته إعمالا للقواعد العامة ولاتصال المسألة بنظام الميراث.[1]

(ب)القانون الواجب التطبيق على شكل الهبة: ما دامت الهبة عقد بين الأحياء، تخضع 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: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة 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 من قانون الأسرة الجزائري أنه: " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".

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.

[1] نفس المرجع.

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 الإسناد 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،[1] 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 ومشارطات الزواج.[1] وفي هذا الإطار وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد لكل من موضوع العقد (الفرع 1) وقاعدة إسناد لشكل العقد (الفرع 2).

---

[1] العقود الداخلية تخرج من نطاق التنازع، راجع:

J.Foyer.G de Geouffre Delapradelle, Droit International privé, MASSON, Dominique Holleaux. 1987, p 1368, 1374.

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص .239.

الفرع 1: في جانبها الموضوعي

يسري على الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع القانون المختار بين المتعاقدين طبقا 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".

أولا: نشأة قاعدة قانون الإرادة: يرجع أساس تطبيق قانون الارادة على الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع إلى نظرية الأحوال الإيطالية القديمة التي قالت بتطبيق قانون محل الإبرام على شكل العقد ومضمونه لأن الإرادة اتجهت ضمنا لاختياره.[1]

لكن انتقد على أساس أن مكان الابرام مسألة خارجة عرضية لا تتعلق بالإرادة. فجاء الفقيه الفرنسي ديمولان (Dumoulin) في القرن 16 ليفصل بين موضوع العقد وشكله، فأخضع الشكل لقانون محل الابرام، والموضوع لقانون الإرادة؛ أي القانون الذي تنصرف إليه إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً، وفي حالة السكوت أو عدم التوصل للقانون المختار ضمناً، يفترض أنهم قد اختاروا قانون محل إبرام العقد،[2] وبذلك اعتمد مبدأ سلطان الإرادة[1] ضمن قواعد التنازع وأصبح موضوع العقد يخضع للقانون المختار صراحة أو ضمنا بينما بقي شكله خاضعا لقانون محل إبرامه. وفي القرن التاسع عشر، استقرت قاعدة قانون

[1] ميّز بارتول في العقد بين آثاره المباشرة وآثاره التنفيذية، فأخضع الأولى لقانون محل الانعقاد وأخضع الثانية لقانون محل التنفيذ. وقد ظل رأيه معمولا به حقبة من الزمن، لكن أنتقد رأيه لأنه يُجزئ العقد الواحد، فيُخضع جزءاً منه لقانون وجزءاً آخر لقانون ثان.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 304.

[1] يُقال أن سافيني هو أول من استعمل هذا الاصطلاح في القرن التاسع عشر، ويُقال كذلك أن الفيلسوف "كانت" هو أول من استعمل مصطلح "سلطان الإرادة"، فأول ما نشأ في نطاق القانون الدولي الخاص، ثم تلقفه فقهاء القانون المدني وتوسعوا في تطبيقه حتى ازدهر ازدهارا كبيرا واعتنقته التشريعات الوضعية، وأخذت به اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1945 بشأن التنازع بين القوانين في البيوع.

الإرادة في فقه القانون الدولي الخاص وأخذ بها سافيني ومانشيتي، وأخذت بها معظم التشريعات.[1] لكن وجهت 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 الاسناد 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 مباشرةً، 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.[2]

ثانيا: 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".

[1] أخذ بها التشريع الإيطالي، السوفياتي، المصري، والتشريع الجزائري

[2] هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004، ص. 305.

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 جنسيتهما أو قانون محل الإبرام. 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 الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري. فإذا لم توجد إرادة صريحة ولم يستطيع القاضي أن يستكشف من ظروف الحال إرادتهما الضمنية، فقد أفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا قانون جنسيتهما المشتركة إذا كانت لهما جنسية مشتركة،[1] 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.[2]

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

---

[1] قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ: 15 ديسمبر 1910 بأن قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية ويأخذ الفقه الألماني بقانون الجنسية المشتركة متى كان المتعاقدان ألمانيان واشتراك المتعاقدان في الجنسية هو القرينة الأولى في القانون الايطالي، كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1955 بشأن بيع المنقولات المادية أخذت بقانون موطن البائع عند سكوت المتعاقدين، وفي حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

[2] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 380.

اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك،[1] وذلك ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 67 من القانون المدني الجزائري.[2]

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 بصددها إشكال، إذ يتضمن العقد نص صريح على إخضاعه لقانون معين يحكم عقدهما تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.[3]

-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.[1]

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

---

[1] أنظر:

Foyer.G de Geouffre Delapradelle, Droit International privé, J. Dominique Holleaux & MASSON, 1987, p. 13.91

[2] تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

[3] أكدت على تطبيق هذا المبدأ المادة 458 مكرر 14من 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...

[1] قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ: 06 /1959/07 بأنه: "عند عدم وجود إرادة صريحة فلقاضي الموضوع أن يبحث في مجموع العقد عن القانون الواجب التطبيق". وهو ما يُبين أن القضاء الفرنسي لا يعترف إلا بالإرادة الصريحة والإرادة الضمنية.

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.[1]

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.

[1] تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ...إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ف الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون..."

أما عيوب الرضا، فقد اختلف الفقه فيها[1]: فرأى بارتان أنها تخضع لقانون الشخص باعتبارها تهدف إلى حماية إرادة المتعاقد نفسه غير أن هذا الرأي منتقد فعيوب الإرادة وعيوب الرضا من غلط، وتدليس وإكراه واستغلال ليست عيوبا 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.[2]

- **المحل والسبب:** يخضعان لقانون الإرادة من حيث محل العقد وشروطه من حيث كونه معينا أو قابلا للتعيين وممكنا وكذلك السبب في وجوده ومشروعيته لقانون العقد،[3] مع مراعاة فيما يتعلق بالمشروعية النظام العام في دولة القاضي، غير أنه إذا كانا مشروعين وفقا لقانون الإرادة وغير مشروعين طبقا لقانون القاضي، يستبعد قانون الإرادة ويطبق القاضي قانونه استجابة لفكرة النظام العام في بلده.[4]

2.آثار العقد: قانون العقد هو الذي يبين الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد ووفقا لأي شروط يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحا، كما أنه هو الذي يحدد مضمون الالتزامات التعاقدية مما يجعله أيضا هو المختص بتفسير العقد،[1] غير أن القانون يفرق بين تحديد مضمون الإلتزامات التعاقدية وبيان طرق تنفيذها، وكذلك تفسير العقد وأيضا أسباب انقضاء الالتزام.

- **من حيث المستفيدون من العقد:** يبين قانون العقد مدى نسبية آثاره واستثناءاتها، وعلى

---

[1] يرى بعض الفقهاء إخضاع عيوب الرضا لقانون محل إبرام العقد، وفي إنجلترا وأمريكا وفي أغلب الدول الأوربية، تخضع العيوب كلها للقانون الذي يحكم العقد؛ فيما يرى أرمنجون أن عيوب الرضا مسألة تكييف وتخضع في هذه الحالة إلى قانون القاضي. راجع: أرمنجون، القانون الدولي الخاص التجاري، باريس، 1948، ص. 162، بند 82.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 119.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 317.

[4] إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 671. وأنظر أيضا: عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 362.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 319.

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 وفقا لرأي البعض داخلا في مضمون الفكرة المسندة، بينما يرى البعض الأخر إن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال.[1]

- **من حيث الموضوع:** يُرجع لقانون الارادة لمعرفة مضمون الالتزامات الناشئة عن العقد وأحكامها، تفسير العقد وفقا 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 تنفيذا عينيا 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 الارادة 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.[1]

[1] يفرق القانون الإنجليزي بين الالتزامات المترتبة على العقد وبين تنفيذها، فيُخضع الالتزامات لقانون العقد، ويُخضع تنفيذ كل التزام لقانون محل تنفيذه.

[1] أصدر القضاء الفرنسي عدة أحكام بإخضاع حوالة الحق وحوالة الدين لقانون موطن المدين المحال عليه، ولكن لا شيء يمنع من أن يتفق المحيل والمحال إليه على إخضاع عقد الحوالة بينهما لقانون آخر. راجع: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 400.

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 تتقادم الدعوى المقررة له أم لا، مما هي مدة التقادم في حالة تقريره؟[1]

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 الإبطال 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.[2]

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.[3]

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، الابراء

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 474. أنظر أيضا: إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 372.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 121.

[3] هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 673.

وما إذا كانت إرادة الدائن وحدها تكفي للإبراء أم يجب إبرام اتفاق جديد. كما يحكم التقادم المسقط ويحدد آثار التقادم ومدته، أسباب الوقف والانقطاع.[1]

رابعا: 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 الارادة؛ وتخضع لقانون جنسية المتعاقد؛
- تخضع التصرفات القانونية في شكلها لقانون محل الابرام؛
- 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؛[2]
- العقود المكسبة 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 المفقد 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؛

---

[1] يُخضع الفقه والقضاء في أمريكا التقادم المسقط لقانون القاضي، بينما يرى بعض الفقهاء الآخرين إخضاع التقادم لقانون العقد. ويُؤيد هذا الرأي القضاء في ألمانيا وإيطاليا وفرنسا وسويسرا. وقد صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 28 مارس 1960 يقضي بإخضاع التقادم لقانون العقد؛ ثم عادت وأصدرت حكما بتاريخ: 21 أفريل 1970 أخضعت بموجبه التقادم المسقط لكل التزام للقانون الذي يسري على الالتزام نفسه.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 313.

- 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.[1]

الفرع 2: في جانبها الشكلي

تختلف تشريعات الدول في الشكل المطلوب لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي وهو ما يُطلق عليه الشكل، ويشمل مواضيع مختلفة: الاثبات، 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 للمتعاقدين بعدم إلزامهم بإفراغ تصرفاتهم في شكل معين سواء قانون محل الابرام أو قانون الجنسية المشتركة للطرفين. فهناك من الفقه من يرى إخضاع الشكل لأي قانون تربطه صلة مع التصرف، سواء قانون محل التصرف أو قانون جنسيتهما 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.[2]

أولا: نشأة القاعدة: (*Locus récit actum*) ظهرت هذه القاعدة في إيطاليا بسبب الوصية التي أثارت بحث مسألة الشكل لدى المدرسة الإيطالية القديمة، أين طبق قانون محل الابرام واعتبر الوصية التي حررت بثلاثة شهود صحيحة. وشملت هذه القاعدة جميع

[1] يرى القضاء الفرنسي أن المتعاقد مع دولة يعتبر أنه قد اختار قانون هذه الدولة ليُطبق على العقد، وقد حكمت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في حكمها الصادر بتاريخ: 07 جويلية 1929 بذلك واعتبرت أن هناك قرينة بسيطة على اختيار هذا القانون تقبل إثبات العكس.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 323.

التصرفات وكانت تطبق على كل التصرف شكلا ومضمونا، حتى جاء ديمولان وفصل بين الشكل والموضوع وقصرها على الشكل فقط.

وقد لاقت هذه القاعدة رواجا كبيرا في العالم، لكن وقع خلاف 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.[1]

أما بالنسبة للجزائر، إذا تمعنا في المادة 19 من القانون المدني الجزائري،[2] 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.[3]

ثانيا: نطاق إعمال القانون الذي يحكم شكل التصرف: الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية، ولكن قد يستلزم القانون شكلا معينا يُفرغ فيه التصرف الارادي لإثباته وإما

---

[1] سواء اعتبرت هذه القاعدة اختيارية أو إلزامية، فإنه مما لا خلاف فيه أنه فرضتها الاعتبارات العملية وهي التيسير على المتعاقدين، لأن لو ألزم المتعاقدين بإتباع الشكل الذي يفرضه قانون جنسيتهما أو قانون موطنهما لوقعا في حرج كبير؛ إذ قد يجهلان الشكل الذي يقرره كل من هذين القانونين، وإذا لم يجهلا هذا الشكل فقد يتعذر عليهما مباشرته في بلد إبرام تصرفهما. وتكفي هذه الاعتبارات فهي أساسها الذي تنهض عليه دون الحاجة إلى البحث عن أساس نظري. راجع: عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 488؛ وأنظر أيضا:

365Loussouarn & Bourel, Droit international privé, *Op.Cit.*, p.

[2] نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل: "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجب أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين".

[3] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 370.

بجعله ركنا 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]

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 موضوعة لحماية رضا العاقد، فالشكلية هنا تكمل الاهلية وبالتالي تخضع لقانون الجنسية ولا تخضع لقاعدة (*Locus*).[2] وكذا القانون الجزائري الذي لا يخضع الشكل المطلوب للانعقاد لقاعدة (*Locus*)، إنما يجب أن يتم في الشكل الرسمي ولو كان في بلد يُجيز إجراء التصرف في الشكل العرفي.[3]

1. **أشكال خاصة بالإشهار:** المقصود بأشكال الاشهار الأوضاع التي يحددها القانون ويلزم مراعاتها لإعلام الغير بهذا التصرف والاحتجاج به عليه.[4] ويجب مراعاة هذه الأشكال لتحقيق المصلحة العامة وهي سلامة المعاملات لتحقيق الأمن المدني.[5] ولذلك تخضع الأشكال الخاصة بالإشهار لقانون البلد الذي تتحقق فيه المصلحة العامة له، فهي إذا لا تدخل في نطاق الشكل:

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 324

[2] أيدت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ذلك بقولها: "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". راجع: هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 237

[3] أجازت الجزائر تحرير العقود الرسمية أمام القنصليات الجزائرية المعتمدة في الخارج، كما أجازت فرنسا لرجال القنصليات الأجنبية والسلك الدبلوماسي تحرير العقود الرسمية بشرط أن يكون ذلك لرعايا دولهم فقط.

[4] هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 382. وأنظر أيضا: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 504.

[5] إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1983، ص. 234.

- 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".

2. **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،[1] وبالتالي هو الذي يحدد التراخيص المسبقة التي يتعين على الوصي الحصول عليها حتى يتمكن من بيع عقار القاصر. ولذلك فإنها لا تخضع لقانون الشكل،[2] 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.[3]

3. **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

[1] راجع نص المادة 15 من القانون المدني الجزائري.

[2] إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 383.

[3] فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، جامعة حلب، سوريا، 1998، ص. 327.

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،[1] وهو ما قررته صراحة المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري لأنها من النظام العام.

4. **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 الاثبات عدة مسائل منها: بيان من يقع عليه عبء الاثبات، محل الاثبات، 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:

- <u>محل وعبء الاثبات</u>: يخضعان للقانون الذي يحكم الموضوع وليس لقانون القاضي ولا للقانون المحلي، لأنهما مسألتان تتعلقان بالموضوع فيبين الواقعة التي يقع إثباتها وكذا على من يقع عبء إثباتها.
- <u>طرق الاثبات وما يُقبل من أدلة</u>: 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*).

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 338-339.

- 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.[1]
- إجراءات تقديم الدليل: تخضع لقانون القاضي لأنها من القواعد الإجرائية، وهي بيان للطريقة التي يتبعها القاضي في تطبيق العدالة طبقا لقانونه.

إذا تظهر الصلة بين الشكل والاثبات في قبول الدليل وقوته، فغالبا 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.[2]

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.[1] فما هو القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات؟ وماموقف المشرع الجزائري من ذلك؟

أولا: مبررات تطبيق قاعدة المحل (*Lex loci delicti*): من مبررات تطبيق هذه القاعدة على الالتزامات غير التعاقدية هو مبدأ الشرعية، لأن قانون المحل هو المختص بتحديد

[1] نفس المرجع، ص. 339.

[2] يلاحظ أن اتفاقيات جنيف المنعقدة في سنتي 1932-1931 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 (جاند) في سنة 1927 أن مراعاة الشكل المقرر في القانون الذي يحكم موضوع التصرف تغني عن مراعاة الشكل المحلي. راجع: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 87.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 328.

مشروعية الفعل الذي يقع في إقليمه أو عدم مشروعيته. فهو القانون الذي يحكم البيئة الاجتماعية التي ترتب على وقوع الواقعة فيها الالتزام، ويحقق التوازن بين الحقوق.[1]

وقد أخذ المشرع الجزائري بأحكام قاعدة المحل من خلال نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري بقوله: "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".

ثانيا: الاختلاف حول تطبيق قانون المحل: يرى بعض الفقه بإلزامية تطبيق قانون المحل، فيما يرى جانب آخر من الفقه بأن الأمر اختياري[2] لأنه ليس من النظام العام، وإذا لم يتمسك به الخصوم ورفع النزاع أمام قاضي غير قاضي قانون المحل، فله أن يطبق قانونه.

(أ) **الرأي الأول: تطبيق قانون المحل إلزامي**: اتفق أصحاب هذا الرأي على وجوب تطبيق قانون المحل على الالتزامات 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 الانسان عن الفعل الذي أتاه في محل يعتبر قانونه أن هذا الفعل غير مشروع، وانتفاء مسؤوليته إذا كان قانون هذا المحل يعتبر الفعل مشروعا.[1]

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 88.

[2] تجعل بعض التشريعات كالقانون الفرنسي والمصري والجزائري الاختصاص لقانون محل وقوع الفعل الضار كأصل عام؛ ولقانون القاضي إذا كان هذا الأخير غير متفق في الحكم على مشروعية الفعل مع قانون محل وقوعه.

[1] هذا الرأي هو الراجح فقها وقضاءً في الولايات المتحدة الامريكية وفي فرنسا، ويبدو أن القانون الجزائري من هذا الرأي، حيث جاء النص: "...قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام" وكذلك الامر بالنسبة للقانون المصري بحسب ما يفهم من المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري التي تنص: "...لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام". راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص.300.

- 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 خصوصا 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 لمصالحه.

(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 عرضيا فلا يخضع ذلك لتقدير القاضي، إنما وضع موريس منهجين اثنين:[1]

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

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 92

- المنهج الكيفي، وفيه يتم البحث عن النقاط ذات القيمة الأكثر بروزا والتي تتمركز حولها محاور النزاع.[1]

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

ثالثا: 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.[2]

(أ) **مجال تطبيق قاعدة المحل:(*Lex loci delicti*):** يشمل نطاق التصرفات القانونية غير التعاقدية المسئولية التقصيرية وشبه العقود.

1. الإلتزامات المترتبة على المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار): يرتب القانون على الأفعال

[1] أشهر قضية أثيرت بصدد هذه النظرية هي قضية (*Babcpck & Jakson*) وقضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ: 09 ماي 1963 بتطبيق قانون ولاية نيويورك باعتباره أكثر القوانين ملائمة من قانون أونتاريو الذي وقع الحادث تحت سلطانه عرضا. لمزيد من التفصيل راجع: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.92-93.

[2] هذا الاستثناء يسري على الفعل الضار دون الفعل النافع، ويتعلق بمدى مشروعية الفعل المنشئ للالتزام في بلد وقوعه ومدى مشروعيته في دولة القاضي؛ أين يستبعد تطبيق قانون المحل ويحل محله قانون القاضي.

الضارة مسؤولية مدنية تعطي المتضرر حق المطالبة بالتعويض، ويحدد قانون محل وقوع الفعل الضار شروط قيام المسئولية التقصيرية ونوعها، ما إذا كانت مسؤولية 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،[1] 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.[2]

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.[3]

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 الالتزامات تعبير "شبه العقود".[1]

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الاولى، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص. 27.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 337-338.

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص. 27.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 339.

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.[1]

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.

(أ) **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.

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 392.

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.[1]

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 فقيد إعمال 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".[2]

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 طبقا لقانون القاضي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء خاص فقط بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار، أما تلك الناشئة عن الفعل النافع فتخرج عن نطاقه.[3]

(ب) **الصعوبات التي تعترض تطبيق قاعدة المحل:** قد يعترض تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية بعض الصعوبات منها:

---

[1] رأى بعض الفقهاء تعميمه على الفعل النافع أيضا، فرأى نبواييه أنه إذا كان استرداد ما دفع دون حق جائز طبقا لقانون المحل وجائز في فرنسا، وجب تطبيق القانون الفرنسي. ويرى أن القضاء الفرنسي طبق هذا الرأي في قضية ليزاردي الذي أثرى على حساب تاجر المجوهرات الفرنسي. راجع: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 369.

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 375.

[3] نفس المرجع، ص. 379-380.

- أن يقع الفعل المنشئ للإلتزام في مكان لا يخضع لسيادة أية دولة، ما يجعل القانون المحلي لا وجود له كأن يقع الفعل المنشئ للإلتزام في عرض البحر أو في الفضاء الخارجي الذي يعلوه، فإذا كان الفعل المنشئ للإلتزام قد وقع على ظهر السفينة أو على متن الطائرة، فإن قانون جنسية السفينة أو الطائرة هو الذي يكون مختصا.
- إذا كان الفعل المنشئ للإلتزام 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 إعمال ضابط الإسناد.[1]

المبحث الثالث: أساس وموانع تطبيق القانون الأجنبي

يُصبح القانون الأجنبي محل تطبيق من طرف القاضي الوطني كلما كان هذا الأخير أمام 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 وأن العلاقات الخاصة الدولية في نمو مستمر.[2]

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

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 332-333.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.36.

قانونية يستلزم الأخذ 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 (الفرع الأول) أم يظل محتفظا بكيانه القانوني (الفرع الثاني)؟

الفرع الأول: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره و اقعة

يُطبق القانون الأجنبي في كثير من الدول أمام القضاء الوطني باعتباره واقعة كمجمل وقائع الدعوى،[1] 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 يشبه من الناحية الإجرائية وقائع الدعوى؛[2]

[1] تزعم هذا الاتجاه في فرنسا (*Batiffol*) الذي يشبه تطبيق القاضي للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات، فكلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنها قواعد غير صادرة عن المشرع الوطني، ومن ثم يعوزها عنصر الأمر، ولا تمتلك بالتالي صفة القانون. لمزيد من التفصيل راجع: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.148.

[2] يسود هذا الاتجاه في الدول الأنجلوساكسونية، وعرف العديد من التطبيقات في القضاء الفرنسي أبرزها الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 12 ماي 1959 في قضية الزوجين الاسبانيين؛ والحكم الصادر بتاريخ: 02 مارس 1960 والذي قالت فيه: "أنه يسوغ لقاضي الموضوع أن يتولى بحث القانون الأجنبي المختص إذا لم يتمسك به الخصوم"؛ وسايرتها في ذلك محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ: 07 جويلية 1955 وقالت: "أن التمسك بتشريع أجنبي...لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها".

- 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.[1]

الفرع الثاني: 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

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 138.

الوطني.[1] 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؟

أولا: 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، فالمشرع الوطني إنما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي مجاملة ومراعاة للمشرع الأجنبي وهي مجاملة مبنية على أساس نفعي من المعاملة بالمثل.[2]

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.

ثانيا: 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

[1] يستند هذا الاندماج إلى نظرية إيطالية شهيرة تعرف باسم "نظرية الاستقبال المادي"، وتصور هذه النظرية قاعدة الاسناد على أنها قاعدة بيضاء أو فارغة المضمون تمتص وتستقبل مضمون القوانين الأجنبية التي تشير بتطبيقها. أي تجعل هذه النظرية من قاعدة الاسناد قاعدة مادية أو موضوعية أسوة بالقواعد المادية الأخرى في القانون الداخلي. راجع: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.149-151.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 36؛ ولمزيد من التفصيل حول فكرة المجاملة الدولية عند الفقهاء الهولنديين، راجع:
Wigny, Essais sur le droit international privé américain, 1932, p.158.

القاضي بتطبيق القانون الأجنبي فإن هذه القاعدة تستوعبه فيندمج فيها مع اختلاف طبيعة هذا الاندماج.[1]

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 تشويهها.

ولتجنب هذا النقد، اتجه الفقه الإيطالي الحديث إلى القول بالاندماج الشكلي الذي تبقى بمقتضاه القاعدة القانونية محتفظة 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.[2]

ثالثا: 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 محددا أو معينا، في حين لا نجده في مجال القانون الدولي الخاص.

رابعا: 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،[3] حيث يطبق القاضي القانون الأجنبي بوصفه "قانونا" وهو لا يفقد هذه الصفة ولا

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 135-136.

[2] نفس المرجع، ص. 136.

[3] يسود هذا الاتجاه في ألمانيا التي تعتبر أن القانون الأجنبي يطبق كما هو، أي باعتباره قانونا أجنبيا دون أن يندمج في قانون القاضي.

ينقلب إلى واقعة إذا خرج من نطاق إقليم المشرع الذي أصدره ويباشر 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.[1]

ويترتب على الاعتراف بالقانون الأجنبي بصفته القانونية مع بقائه 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 يُفترض علم القاضي به لأنه نشأ بعيدا عن الأجهزة التشريعية لدولة القاضي.[2]

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 الجوهري بين مضمون هذا القانون والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي؛ وغير ذلك يستبعد هذا القانون لمصلحة الفصل في النزاع (الفرع الأول) أو للمصلحة الوطنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: لمصلحة الفصل في النزاع

يستبعد القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي ويحل محله قانون القاضي لمصلحة الفصل في النزاع المعروض 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.

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.151.

[2] نفس المرجع.

- حالة نقص أهلية الأجنبي طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الجزائري.
- الشروط الخاصة بصحة الزواج، أثار 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 إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني الجزائري.[1]
- حالة تعارض القانون الأجنبي مع معاهدة دولية نافذة في الجزائر إعمالا لنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري.
- حالة التنازع الإيجابي أو السلبي للجنسيات طبقا للمادة 22 من القانون المدني الجزائري.
- حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي، حيث لا يفترض علم القاضي به كالقانون الوطني، إعمالا لنص المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري.[2]
- 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.

---

[1] تنص الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني الجزائري: "... 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".

[2] أستحدث هذا النص بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005الذي عدل أحكام القانون المدني الجزائري الأمر رقم 7558 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 ديسمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

- 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، إعمالا لنص الفقرة السادسة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.[1]

الفرع الثاني: للمصلحة الوطنية

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا 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".

أولا: مخالفة النظام العام: يطبق القاضي الجزائري الأحكام الخاصة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام لحماية الأحوال الشخصية، وذلك استنادا إلى المادة 24من القانون المدني.

وهي قاعدة تطورت في مختلف المدارس الفقهية، [2]وتقررت في تشريعات تنازع القوانين.[3] حيث يتمتع القاضي على أساس المفهوم النسبي للنظام العام[4] بسلطة تقديرية في تقرير مخالفة القانون الأجنبي لمختلف المعطيات التي ترتكز عليها الأحوال الشخصية

---

[1] نصت الفقرة السادسة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، على أنه: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الأتية: 6-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة".

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 587-590.

[3] مثال ذلك نص المادة 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، نص المادة 28 من التقنين المدني المصري، ونص المادة 30 من التقنين المدني السوري.

[4] حول تأثير المفهوم النسبي للنظام العام على دور القاضي في تقرير مخالفة النظام العام، راجع: بلمامي عمر، "أثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام في الجزائر"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الرابع، 1995، ص. 35-53.

لاسيما ذات الطابع الديني، فإذا تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي ترتب على ذلك أثران:

(أ) الأثر السلبي: هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لكن السؤال المطروح: هل يتم استبعاد القانون الأجنبي كليا أم يُستبعد منه الجزء المتعارض مع النظام العام فقط؟

اتجه غالبية الفقه إلى أن الأثر السلبي للنظام العام ليس من شأنه استبعاد القانون الأجنبي كليا، إنما ينحصر هذا الأثر في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام ويُطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع.[1] إذ ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد ووفقا 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 جزئيا ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كليا.

(ب)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.[2] لأن الدفع بالنظام العام هنا مسألة موضوعية لا مسألة إجراءات تكتفي المحكمة فيها باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتحيل الأطراف إلى محكمة أخرى.

---

[1] يجد هذا الرأي تطبيقاته في القضاء الفرنسي، في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 17 نوفمبر 1964 جاء فيه: "أن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم. ومن ثمة يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب، من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم".

[2] أنظر:

Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002, p. 159

ثانيا: الغش نحو القانون: طرحت نظرية الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام القضاء الفرنسي، ثم درجت بعض التشريعات على الاخذ 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:

(أ) التغيير الارادي 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 الافراد في تغييرها مثل ضابطي الجنسية والموطن.[1]

(ب) نية الغش: لا يكفي التغيير الارادي 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 أصلا. [2] أي يجب على القاضي البحث عن النية وإثباتها من ظروف الدعوى وملابساتها.[3]

وسواء كان القانون المتهرب من أحكامه هو قانون القاضي الوطني أم قانونا أجنبيا آخر، فإن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام وهو محاربة الغش بكل صوره، والدفع بأثره المنصب فقط على استبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقا 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 عل كل دولة السماح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، وهو ما نلاحظه من خلال اتجاه القضاء

[1] يشترط أن يكون التغيير فعليا لا صوريا؛ وأن يكون التغيير مشروعا أي استخدام وسيلة مشروعة من أجل التوصل إلى نتيجة غير مشروعة. وفي هذا الفرض وحده تبدو أهمية الدفع بالغش لتلافي تحقيق هذه النتيجة.

[2] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 223-225.

[3] كان هذا الشرط سبب انتقاد النظرية لا سيما من طرف الفقيه "كانت" الذي أكد أن البحث عن النية يفسح المجال أمام القضاء للتدخل في خبايا النفس الانسانية، وهو ما يفسح المجال لاستبداد القضاء والخطأ في الأحكام؛ لأن دور القاضي هو الحكم على التصرفات الظاهرة لا البحث في النيات المخفية التي هي من نطاق الاخلاق، لا من نطاق القانون.

الوطني في كثير من الدول إلى تطبيقه تلقائيا والاعتراف بطبيعته كقانون خلافا لم كان عليه الحال في السابق.

خاتمة

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة يتبين السعي الحثيث لمختلف الأنظمة القانونية لمواكبة المستجدات والتطورات الحاصلة على الساحة الدولية، بسبب انضمامها للعديد من الاتفاقيات الدولية ثنائية كانت أم جماعية والتي تمس العديد من المجالات مثل: التعاون القضائي، تنازع القوانين، الجنسية... والمشرع الجزائري ليس بمنأى عن هذه الحركية المتعددة الأبعاد، التي برزت من خلال التعديلات الطارئة على مجموعة من النصوص القانونية، والأحكام المستحدثة ذات الصلة بموضوع تنازع القوانين، في محاولة لتوحيد الأنظمة القانونية المقارنة أو على الأقل الحد من نطاق التنازع فيما بينها.

حيث سارع المشرع الوطني إلى تعديل بعض النصوص القانونية بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني في مجالات ذات الصلة بمسائل الأحوال الشخصية، واستحداث قواعد تنازع جديدة كالانفصال الجسماني والتبني، التي هي في الحقيقة غريبة عن المفاهيم السائدة في المجتمع الجزائري لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية ومن ثمة مخالفتها للنظام العام. لكن الغاية من وراء تنظيم هذه المسائل هو مواكبة التطورات التي مست العديد من المسائل في النظم القانونية العالمية تحتم عل القاضي التعامل معها من أجل فض النزاعات التي تعرض أمامه عبر تطبيق القانون الأكثر عدالة وملائمة لأطراف النزاع في مجال تنازع القوانين، لضمان حقوق الأفراد المكتسبة في ظل نظام قانوني يجهله القاضي الوطني. وهو ما يدعو إلى المطالبة بإبرام المزيد من اتفاقيات التعاون القضائي في مجال تنازع القوانين، لما يوفره هذا التعاون من مرونة وسرعة لحل إشكالات تنازع القوانين ما بين النظم القانونية العالمية.

إذ يُعد تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص نظرا لتشابك العلاقات القانونية وتعددها ما بين أشخاص القانون الخاص وما ينتج عنها من نزاعات تتعدى النطاق الإقليمي للدولة بسبب تخلل العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية؛ وما يتبعه من تزاحم مجموعة من القوانين الدولية التي قد تعلن اختصاصها النظر في النزاع. هو ما يستدعي

من القاضي الوطني المعروض عليه النزاع، البحث في الحلول القانونية مستندا في ذلك إلى العديد من الوسائل الفنية الممكنة لحل هذا التنازع ما بين القوانين التي يحتمل أن تحكم العلاقة القانونية. ولا شك أن البحث في هذه المسألة يثير العديد من الإشكالات القانونية التي حاولنا –من خلال هذه الدراسة-الإجابة عليها بالنظر إلى مختلف القوانين المقارنة بصورة عامة، ومن وجهة نظر المشرع الجزائري بصورة خاصة على النحو التالي:

- حيث يثور إشكال بشأن المصدر الذي يحتكم إليه القاضي لحل النزاع بسبب تعدد وجهات النظر في حصر مصادر القانون الدولي الخاص، لاختلاف النزعة التي يؤخذ بها هذا الفرع من فروع القانون؛ حيث يأخذه 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.
- بعد الاحتكام للتشريع باعتباره مصدر رسمي أول في حل تنازع القوانين، والمترجم في قواعد الاسناد التي سنها المشرع الوطني للاسترشاد بها في حلول تنازع القوانين، لم يتضمن القانون المدني نصا صريحا 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 توحي أبدا أن تطبيقها يتوقف على إرادة الأطراف؛ كما أن في تطبيقها تحقيقا لأنسب القوانين والأكثر صلة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، وبذلك يتحقق التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية التي هي دائما 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 إعمالا لنص المادة 23 مكرر2 من القانون المدني الجزائري.

- يرجع القاضي إلى القانون الجزائري في جملته وبأفق واسع لتحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، للعمل بقاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق. لكن يعاب على هذا الاتجاه 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.
- بعد الاستقرار إلى وجوب تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية، يثور تساؤل أخر بشأن كيفية تطبيق هذا الأخير، هل يُؤخذ به ككل لا يتجزأ أم تُأخذ منه فقط قواعده الموضوعية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين؟ ومن خلال استقراء الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 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 مكرر1، لكن الإشكال يثور عند قراءة الفقرة الثانية التي تعقد الاختصاص للقانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي، وهو ما يعتبر من قبيل المصادرة عن المطلوب والمنافي للمنطق وفقا للمادة 23 مكرر2/1، فكيف يعقل أن يقبل القاضي الجزائري الاختصاص بنظر النزاع فيما لو أحالت عليه قواعد الاسناد في القانون الأجنبي وهو لم يلجأ أصلا إلى هذه القواعد؛ بل اكتفى بإلزامية الرجوع إلى القواعد الداخلية للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية ليستقي حكما نهائيا يطبقه على النزاع ذو الطابع الدولي المعروض أمام محاكمه، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. وهكذا، فإن المشرع الجزائري لم يأخذ بالإحالة، على أمل أن يتدارك اللبس الذي وقع فيه بشأن صياغة الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر1.
- حاول المشرع الجزائري إيجاد العديد من الحلول للنزاعات التي تثار بشأن العلاقة القانونية

التي يتخللها العنصر الأجنبي، سواء تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية التي أسندها لضابط الجنسية؛ أو بالتصرفات القانونية في جانبها الموضوعي أو الشكلي، فأخضع الأولى إلى قانون الإرادة فيما أسند الثانية إلى قانون محل إبرام التصرف، مع الأخذ بالضوابط الأخرى أحيانا كضوابط احتياطية، وعلى سيبل الاستثناء أحيانا أخرى. فيكون بذلك قد ساير الفقه الحديث للإلمام بأكبر قدر ممكن من المستجدات التي تعرفها الساحة القانونية تماشيا مع حركية التطور السائدة في العالم. لكن يُؤخذ عليه إقحام بعض المفاهيم التي هي غريبة عن المجتمع الجزائري وتتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية كنظام التبني والانفصال الجسماني.

- عندما تعين قاعدة الاسناد الوطنية قانونا أجنبيا لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمام

القاضي الوطني، فإن هذا التعيين يكون محدد بشرط هام وهو عدم التعارض الجوهري بين مضمون هذا القانون والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي؛ وغير ذلك يستبعد هذا القانون لمصلحة الفصل في النزاع –كما رأينا-في العديد من النصوص القانونية المدرجة في القانون المدني الجزائري، أو للمصلحة الوطنية لمخالفته للنظام العام أو عن طريق الدفع بالغش نحو القانون.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

(أ) النصوص القانونية

1. الاتفاقيات والمواثيق الدولية

- الإعلان العالمي لحقوق الانسان، أقرته الجمعية العامة في دورتها الثالثة بقرارها رقم: 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر1948.
- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تبنتها الجمعية العامة وفقًا لقرارها 34-180 المؤرخ في 28 ديسمبر 1979. ودخلت حيز النفاذ بعد أن وصلت النصاب القانوني المشترط في نصوصها وهو تصديق 20 دولة في 03 سبتمبر 1981.

2. القوانين

- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية، العدد 108، صادر في 29 جويلية 1948.
- القانون رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21.

3.الأوامر التشريعية والتنفيذية

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 ديسمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 78 الصادرة في 1975/09/30.
- التعليمة الوزارية رقم: 95-32 الصادرة بتاريخ: 08 سبتمبر 1995 عن وزارة العدل للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- قرار غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1998/02/17، ملف رقم 181628، المجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص.112.

(**ب**) **الكتب**:

- إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1983.
- إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، القاهرة، 2007.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، دار هومة، 2006.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار هومة، الجزائر، 2005.
- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية،1997 .

- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- الخير قشي، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، العدد 04، 1995، ص.11-34.
- الخير قشي، محاضرات في القانون الدولي العام، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، للموسم الجامعي 2020-2021، جامعة سطيف 2، ص..828.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الاولى، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.
- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
- جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - تنازع الهيئات - تنازع الاختصاص، الطبعة الثانية، مطبعة التفيض، بغداد، 1947-1948.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، 1946،

- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول - المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- دربال عبد الرزاق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت- لبنان، 1994.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر،1996.
- عبود موسى، دروس في القانون الدولي الخاص المغربي، الرباط، 1986.
- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان،2008 .
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في: الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، الطبعة الثامنة، 1968، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة،1972.
- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين –دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

- عكاشة عبد العال، سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011-.
- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2011.
- محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996 .
- مقني بن عمار، إجراءات التقاضي والاثبات في منازعات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009،
- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، جامعة حلب، سوريا، 1998.
- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2005.
- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه، الجزائر،2006.
- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013،
- نيبوايه، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1947،
- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1999
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلم للملايين، بيروت.
- هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- هشام خالد، اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دار الفكر الجامعي، طبعة 2005.
- هشام علي صادق، تنازع القوانين) دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري) ، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1993.

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004.
- هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر، الجزائر، 2009.

(**ت**) **المقالات**:

- دربة أمين، " تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع،2011.

(**ب**) **المطبوعات**

- بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الموسم الدراسي 2004/2005.
- عمر بلمامي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، السنة الرابعة حقوق، سنة 2012.

(**ج**) **المؤتمرات والندوات**

- أيت منصور كمال، "وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014.

- خوادجية سميحة حنان، "تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و24 أفريل 2014.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1. Batiffol Henri et Lagarde Paul, traité de droit international privé, tome 1, 8 ème édition, L.G.D.J, Paris, 1993.
2. Battiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, p. 11.
3. Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002.
4. Court International de Justice, Affaire Nottebohn (deuxième phase), Arrêt du 6 Avril 1955. C.I.J. Recueil ,1955, p.4.
5. Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, The Huge, 12 April 1930.
6. Claire Breen, «Refuge Law in Ireland ; Disregarding the Rights of the Child-Citizen», ***International Journal of Refuge Law***, 15(4), London, Oxford University Press, 2003, pp.750-785.
7. Dominique Holleaux. J.Foyer.G de Geouffre Delapradelle, Droit International privé, masson, 1987.
8. Georges Scelle, « Essai sur les sources formelles du droit international », Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François, Tome 03, GENY SIREY, 1934, p.400
9. Issad Mohamed, le droit international privé, les règles matérielles de conflits, tome 2, édition O.P.U, Alger, 1986

10. Le Rebours -Pigioniére et Loussouarn, Droit international Privé, 9 ème édition, Dalloz, 1970.
11. Louis Lucas, qualification et répartition, Revue écrit, 1957.
12. Loussouarn et Bourel, Droit international privé, 03ème édition , paris, Dalloz, 1988.
13. Paul Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Rec, Acad, la Haye, 1986.
14. Randel Hansen & Patrick Weil, «Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe» **:** The Reinvention of Citizenship, ***U.K, Berghahn Books Press***, Oxford
15. T.Alexandra Alienkoof & Douglas Klusmeyer, **Citizenship Today : Global Perspectives and Practices,** George Town University Law Center, Washington Brooking Institution Press, 2001, p.63.
16. Wigny, Essais sur le droit international privé américain, 1932, p.158.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة:..... أ

المبحث الأول: نشأة القانون الدولي الخاص..... 7

المطلب الأول: في القوانين القديمة..... 8

المطلب الثاني: في القرون الوسطى:..... 10

المطلب الثالث: في العصر الحديث..... 12

المبحث الثاني: المسائل التي تكون موضوع القانون الدولي الخاص..... 14

المطلب الأول: توزيع الافراد توزيعا دوليا..... 14

المطلب الثاني: التمتع بالحقوق أو مركز الأجانب..... 16

المطلب الثالث: استعمال الحقوق وحمايتها..... 17

الفصل الثاني:..... 28

ماهية القانون الدولي الخاص..... 28

المبحث الأول: مصادر القانون الدولي الخاص..... 28

المطلب الأول: المصادر الرسمية..... 29

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية..... 35

المبحث الثاني: طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص..... 37

المطلب الأول: الاختلاف حول الطبيعة الدولية أو الوطنية للقانون الدولي الخاص..... 37

المطلب الثاني: الاختلاف حول الطبيعة العامة أو الخاصة للقانون الدولي الخاص..... 39

المطلب الثالث: الاختلاف حول طبيعة قواعده موضوعية أم قواعد إسناد..... 41

المبحث الثالث: تعريف القانون الدولي الخاص..... 42

المطلب الأول: المحاولات الفقهية لتعريف القانون الدولي الخاص..... 42

المطلب الثاني: علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القوانين الأخرى..... 45

الفصل الثالث:..... 47

الوسائل الفنية لحل تنازع القوانين..... 47

المبحث الأول: قواعد الاسناد (*Les règles de rattachement*)..... 47

المطلب الأول: تعريف قاعدة الإسناد.....47
المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد.....48
المطلب الثالث: خصائص قواعد الإسناد.....51
المطلب الرابع: مدى التزام القاضي بإعمال قواعد الاسناد.....54
المبحث الثاني: التكييف (*La qualification*).....57
المطلب الأول: تعريف التكييف.....58
المطلب الثاني: موقف الفقه من القانون الذي يخضع له التكييف.....59
المبحث الثالث: الإحالة الدولية (*Le renvoi*).....69
المطلب الأول: أصل الإحالة.....70
المطلب الثاني: تعريف الإحالة الدولية وصورها.....72
المطلب الثالث: قاعدة التفويض (الإحالة الداخلية).....76
الفصل الرابع:.....86
تطبيقات قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري.....86
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.....87
المطلب الأول: المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون المواطن.....87
المطلب الثاني: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية.....90
المطلب الثاني: المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية.....97
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على نظام الأموال.....141
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.....141
المبحث الثالث: أساس وموانع تطبيق القانون الأجنبي.....163
المطلب الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....168