



جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص

مطبوعة بيداغوجية
موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس حقوق
تخصص: قانون خاص

إعداد الدكتور: ذيب زكرياء
أستاذ محاضر قسم أ

السنة الجامعية: 2024-2025

مقدمة

يعتبر القانون نتاجاً لتطور الحياة الاجتماعية، حيث لا تنشأ القواعد القانونية أو تتغير إلا عند ظهور الحاجة إليها. ولا يُعتبر القانون الدولي الخاص استثناءً من هذه القاعدة، بل إنه نتاج لتطور العلاقات التجارية الدولية، وتنقل الأشخاص والأموال، مما أدى إلى تشابك العلاقات بين الأفراد، سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين، من جنسيات وأقطار مختلفة.

تشمل هذه العلاقات مجالات الأحوال الشخصية، والعقود، والمسؤولية التقصيرية، وغيرها من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، والتي تحمل في طياتها عنصراً أجنبياً. هذه العلاقات تحتاج إلى قواعد خاصة نظراً لارتباطها بدولتين أو أكثر، مما يثير تساؤلات حول الجهة المختصة بحل النزاع الناشئ عنها. إذ إن القواعد القانونية الداخلية، مثل قانون الأسرة والقانون التجاري، ليست كافية لإيجاد الحلول المناسبة، مما أدى إلى ظهور قواعد القانون الدولي الخاص.

القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون يتكون من مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد (طبيين أو اعتباريين) التي تدخل في نطاق القانون الخاص وتحتوي على عناصر ترتبط بأكثر من دولة. عند استعراض التعريفات المختلفة للقانون الدولي الخاص، نجد أنها تتفق على تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، لكنها تختلف في الموضوعات التي تشملها، حيث يوسع بعض الفقهاء نطاقه ليشمل تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، والجنسية، ومركز الأجانب، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، بينما يقتصر آخرون على موضوع تنازع القوانين فقط. ومن هنا، يُعتبر المفهوم الموسع هو الأكثر ملاءمة لإيجاد الحلول للنزاعات القانونية التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة.

يمكن تلخيص مواضيع القانون الدولي الخاص في النقاط التالية:

تحديد القانون الواجب التطبيق: يحكم العلاقات بين الأفراد التي تحتوي على عنصر أجنبي، ويقع ضمن نطاق تنازع القوانين.

تحديد الجهة القضائية المختصة: النظر في النزاعات المتعلقة بالعلاقات التي تحتوي على عنصر أجنبي، ويقع ضمن نطاق تنازع الاختصاص القضائي.

تنظيم قواعد الجنسية: تحديد قواعد منح ونزع الجنسية.

تحديد المركز القانوني للأجانب: حقوقهم وواجباتهم، ويقع ضمن نطاق مركز الأجانب.

بناءً على التعريف السابق، نجد أن القانون الدولي الخاص ليس قانوناً خاصاً فقط، حيث تشمل مواضيعه مسائل تتعلق بالجنسية ومركز الأجانب، والتي تنظمها الدولة كسلطة عامة. كذلك، ليس قانوناً عاماً، إذ إن تنازع القوانين، وهو أحد أهم مواضيعه، يدخل في نطاق القانون الخاص. لذا، نستنتج أن القانون الدولي الخاص ذو طبيعة مختلطة.

على الرغم من عدم كونه قانوناً دولياً أو خاصاً، فإن تسميته مرتبطة بموضوعه، حيث يحكم العلاقات الدولية الخاصة، مما يجعله دولياً في موضوعه وداخلياً في مصدره. يُعتبر تنازع القوانين جوهر القانون الدولي الخاص، لذلك سنخصص فصلاً تمهيدياً للتعريف به، ثم نتناوله بالدراسة في ثلاثة أبواب كما يلي:

الباب الأول: إعمال قواعد التنازع.

الباب الثاني: التنظيم الوضعي لقواعد التنازع.

الباب الثالث: تطبيق القانون الأجنبي.

الفصل التمهيدي: التعريف بتنازع القوانين

يعرّف بأنّه تزامم قانونين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشمل على عنصر أجنبي. بالتالي يبدو واضحاً من خلال التعريف أنّه يشترط لإعمال قاعدة التنازع ما يلي:

- وجود عنصر أجنبي، مما يجعلنا أمام قانونين أو أكثر يتنازعان حل النزاع.

- عدم الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق.

- عدم الأخذ بمبدأ شخصية القوانين بشكل مطلق.

- اختلاف القواعد التي تحكم العلاقة محل النزاع من قانون إلى آخر.

- أن يكون القانون الأجنبي صادراً عن دولة تعترف بها دولة القاضي.

يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بين قوانين دول مختلفة، فهو لا يهتم

بالتنازع الداخلي، إنّما نطاقه هو التنازع الدولي. ثمّ لا يهم إن كانت الدول معترف بها أم لا،

بل المهم وجود سلطة نظامية وتشريع وعلاقة ذات عنصر أجنبي(1).

كما ينحصر التنازع في القانون الخاص بمختلف فروع (مدني، تجاري...) دون القانون العام، لأنّه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد والتي لا تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها سلطة عامة.

فالقانون العام مستبعد من التنازع، لأن دور القاضي في مواضع القانون العام ينحصر في البحث عما إذا كان قانون دولته يطبق من حيث المكان، ولا يؤدي ذلك أبداً إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع، عكس المراكز القانونية التي يحكمها القانون الخاص، فلا يكفي أن يقرر القاضي مثلاً أن النزاع المتعلق بحالة الشخص الأجنبي أو أهليته يخرج عن أحكام القانون الوطني، إنّما عليه أن يحدد القانون المختص، أجنبياً كان أو وطنياً بمقتضى قاعدة الإسناد الموجودة في قانونه الوطني.

1 - راجع: د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية)، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 5002، ص ص 55-52.

المبحث الأول: مصادر قواعد تنازع القوانين

ككل القواعد القانونية كانت قواعد التنازع نتاج الاجتهادات القضائية والفقهية، والتي ترجمها المشرعين في شكل قواعد قانونية يتظلمها القانون المدني، حيث نجد قواعد التنازع في أغلب التشريعات، منها التشريع الجزائري، في ضمن التقنين المدني، إلا أن التشريع ليس المصدر الوحيد لقواعد التنازع بل لها مصادر عدة رسمية واحتياطية نوردتها فيما يلي (1).

المطلب الأول: المصادر الرسمية

المصادر الرسمية للقانون هي تلك المصادر التي يرجع إليها القاضي للبحث عن القاعدة القانونية (2)، وهي الاتفاقيات الدولية، التشريع، ومبادئ القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية الدولية

وهي المعاهدات الثنائية أو المتعددة الأطراف، والتي تضع قواعد تخص الدول المنظمة لها فقط لا غير، فهي ليست معاهدات شارع، إنما معاهدات تعتمد على مبدأ المعاملة بالمثل. وتنظم هذه المعاهدات نوعين من المواضيع: معاهدات لتوحيد قواعد الإسناد.

- معاهدات لتوحيد الحلول الموضوعية المتعلقة النزاعات التي لها علاقة بالقانون الدولي الخاص.
-

الفرع الثاني: التشريع

وهو المصدر الأساس والأكثر أهمية، إذ نجد قواعد التنازع في التشريعات الوطنية، سيما القانون المدني.

1- راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 5002، ص ص 122-130. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 10-12. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 32-53.

2- د. العوضي العوضي عثمان، د. محمد عبد الغفار البسيوني، مبادئ القانون، الجامعة العمالية، نور الإيمان للطباعة، مصر، 2002-5002، ص 20.

الفرع الثالث: مبادئ القانون الدولي الخاص

هي المبادئ التي تتصف بالشيوع والثبات والاستقرار والاشتراك بين مختلف التشريعات في القانون المقارن في مسائل تنازع القوانين، فهي بالتالي مصدر خاص بتنازع القوانين دون غيره من مواضع القانون الدولي الخاص. والذي نصت عليه م53 مكرر5 ق.م.ج التي بوجوب رجوع القاضي إليها في حال غياب نص في القانون يحل مسألة التنازع.

وقد راعى المشرع في إيراد هذا المصدر أن يكون للقضاء دور فعال يرقى إلى درجة إنشاء القواعد القانونية، بعدما كان يقتصر دوره على الكشف عنها فقط. ومرد ذلك السرعة الهائلة التي يتطور بها موضوع تنازع القوانين، حيث يصعب معه استيعاب كافة فروض التنازع بنصوص تشريعية، فكان إفساح المجال للاجتهاد القضائي، يساعده في ذلك الفقه الذي يلعب دورا هاما في الكشف عن هذه المبادئ.

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية

والتي تسمى كذلك المصادر التفسيرية، والتي يتم اللجوء إليها عند انعدام القاعدة القانونية أو غموضها، تؤدي دورا هاما قد يصل إلى خلق القاعدة القانونية⁽¹⁾، وهي الاجتهاد القضائي والفقه القانوني.

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي

رغم ما يشمله هذا المصدر من أهمية لدى بعض الدول، ورغم مساهمته الفعالة في تشكيل قواعد القانون الدولي الخاص، إلا أن دوره تراجع أمام التشريع.

الفرع الثاني: الفقه

وهو يعدّ مصدرا استثناسي لا يلجأ إليه القضاء إلا عند وجود فراغ أو غموض في القانون. ويتضمن آراء الفقهاء واجتهاداتهم.

1- د. العوضي العوضي عثمان، د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص 21.

المبحث الثاني: نشأة تنازع القوانين

عرف تنازع القوانين في المجتمعات القديمة، حيث كانت لغة العقد الذي يتم بين اليوناني والمصري هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليه، فإن كانت اللغة يونانية طبق القانون اليوناني، وإذا كانت اللغة مصرية طبق القانون المصري. أمّا المجتمع الروماني فلم يعرف تنازع القوانين إلا في المرحلة التي استقلت فيها الأقاليم البربرية عن بعضها البعض، فكان يطبق على الرومان القانون الروماني، وعلى الأجانب قانونهم الخاص بهم(1).

واختفى تنازع القوانين في عهد النظام الإقطاعي، إذ كان سيد الإقطاعية يفرض نظامه على مقاطعته دون منازع، إلا في شمال إيطاليا أين لم يعرف الإقطاع، حيث ظهرت جمهوريات صغيرة وكانت مركزاً للتجارة، فدخل التجار من مختلف المقاطعات في علاقات تجارية، وتشكلت طبقة برجوازية رأسمالية تريد الإطاحة بالنظام الإقطاعي الذي يعيق الحركة التجارية، بالتالي بدأت تستقل المدن الإيطالية وأصبح لكل مدينة قانونها، الأمر الذي نشأ عنه من جديد تنازع للقوانين، مما دفع الفقهاء إلى محاولة إيجاد الحلول الملائمة لمسائل التنازع فظهرت عدّة مدارس(2)، نلخص اتجاهاتها فيما يلي.

المطلب الأول: المدارس الفقهية القديمة

هي المدارس الأولى التي حملت المفاهيم التقليدية لتنازع القوانين، والتي حاولت تبرير الأحكام القضائية التي طبق فيها القضاة قوانين أجنبية في حالات، وقوانينهم القضائية في حالات أخرى على الرغم من وجود عناصر أجنبية في الخصومة. ونورد أهمها فيما يلي.

الفرع الأول: مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة

ظهرت في القرنين الثاني عشر والثالث عشر في إيطاليا، وعلى رأسها الفقيه Bartole، وهي قائمة على أساس تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة، من حيث كونها قوانين إقليمية تطبق على من يقطنون الإقليم، أم شخصية تتبع الشخص أينما ذهب، بالتالي اعتمدت على مبدئي الإقليمية والشخصية معاً. وهذه النظرية قائمة على دراسة كل حالة على حدة، دون محاولة إيجاد حلول عامة تطبق في كل زمان ومكان.

1 - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 122-122.

2 - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 122-122. د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص

وقد جاءت هذه النظرية بفكرة الفئات المسندة، حيث قسمت القواعد إلى موضوعية تخضع لقانون المحل، واجرائية تخضع لقانون القاضي. كما ميّز فقهاؤها بين الأحوال العينية التي يطبق عليها قانون مكان إبرام العقد، والأحوال المالية الخاضعة لقانون المحل، والأحوال الشخصية الخاضعة لقانون الجنسية، كما أخضعت هذه النظرية الجرائم جنائية كانت أو مدنية لقانون مكان وقوعها(2).

وجاءت هذه النظرية أيضاً بفكرة النظام العام كعامل يحول دون تطبيق القانون الأجنبي، حيث ميّز أنصارها بين أحوال مستحسنة يمكن تطبيقها، وأخرى مستهجنة يتم استبعادها.

غير أنّه عيب على هذه النظرية عدم وضوح مبدئها العام، وعدم وضع قواعد مسبقة لحل مشكلة التنازع، إنّما اكتفت بوضع حلول خاصة لحالات معيّنة.

الفرع الثاني: مدرسة الأحوال الفرنسية

تزعّمها الفقيهان Dumoulin و D'Argentré أمّا الأوّل فقد اعتمد مبدأ الإقليمية كأصل عام لحل مسائل التنازع ومبدأ الشخصية كاستثناء. بحيث قسّم الأحوال إلى عينية وشخصية، أخضع الأولى إلى مكان وجود العقار والثانية لمكان الموطن، وأخضع المنقول أيضاً لمكان الموطن(3).

أمّا Dumoulin فقد كان من أهم إسهاماته ابتداعه لفكرة التكييف، وقد لاقت هذه النظرية نجاحاً في أوروبا، حيث أنّها اعتمدت معيار عام تبنى عليه الحلول بدلاً من التفكير في كل نزاع على حدا، وهو تطبيق مبدأ الإقليمية كأصل ومبدأ الشخصية كاستثناء وتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية.

غير أنّ هذه النظرية تعاني من نقص، إذ ظهرت أحوال مختلطة لها علاقة في آن واحد بالأحوال العينية والأحوال الشخصية، عجزت عن حلّها.

2 - د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 192-199.

3 - لتفاصيل أكثر حول تنازع القوانين في الفقه الفرنسي القديم راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 500-515. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 25-23.

الفرع الثالث: المدرسة الهولندية

ظهرت في القرن السابع عشر بزعامة Bourgogne،Bourgundus وغيرهما، وهي تدعو إلى تطبيق القانون الوطني تجسيدا لسيادة الدولة، وأنه لا يمكن للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي إلا على أساس فكرة المجاملة الدولية التي يقدّرها هو أو المشرّع الوطني. بالتالي تعد قواعد التنازع التي على أساسها يطبق القانون الأجنبي غير ملزمة. وقد قسمت هذه المدرسة الأحوال إلى عينية، شخصية ومختلطة، وكانت لا تميل كثيراً إلى مبدأ شخصية القوانين(2).

وقد أخذ على هذه النظرية اعتمادها على فكرة المجاملة الدولية والتي لا تملك ضوابط أو حدود لمداها، فيمكن التوسيع أو التضيق من مجالها، كما لا تعترف بإلزامية قواعد التنازع.

إن ما يمكن ملاحظته، أنه عدا المدرسة الإيطالية التي اعتمدت كلا من مبدئي شخصية القوانين وإقليمية القوانين، فإنّ المدارس الأخرى قد اعتمدت كأصل عام مبدأ إقليمية القوانين، الأمر الذي يحد من أعمال قواعد التنازع، مما أدى إلى ظهور المدارس الفقهية الحديثة.

المطلب الثاني: النظريات الفقهية الحديثة

ظهرت في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وهي نظريات بدأت بوضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقات، ويتم اللجوء إليه لإيجاد الحلول، عكس النظريات القديمة، كما اتجهت إلى الأخذ بمبادئ جديدة كمبدأ الشخصية ومبدأ العالمية.

الفرع الأول: المدرسة الألمانية (فقه Savigny)

انتقد Savigny فكرة المجاملة الدولية وذهب إلى القول بأنّ الدولة تطبق القانون الأجنبي في إقليمها بناءً على التزام دولي، فالدول الأوروبية، باعتبار وحدة الديانة (المسيحية) ووحدة القانون (القانون الروماني) الذين يجمعانها، ذات تشريعات متقاربة، مما يؤدي إلى إمكانية إيجاد قواعد مشتركة ومقبولة بينها تساعد على تطبيق قوانين بعضها البعض، ويجعل من الحل منهجاً عالمياً. وهذا ما عبّر عنه بـ "مبدأ الاشتراك القانوني".

وبعد وضع المبدأ العام لفكرة التنازع، اتّجه Savigny إلى البحث عن كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق، ولجأ إلى فكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية. فيكون مقر الشخص موطنه، ومقر الأموال مكان تواجدها، ومقر الالتزامات التعاقدية مكان تنفيذها، ومقر الأفعال الضارة مكان وقوعها.

غير أنّ ما يؤخذ على هذه النظرية اعتمادها على التركيز المكاني للعلاقات القانونية الأمر الذي يصعب تحديده.

1 - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 505-501. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 20.

2 - لتفاصيل أكثر حول تنازع الأحوال في الفقه الهولندي راجع: د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص

512-513. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 21-22.

الفرع الثاني: المدرسة الإيطالية الحديثة (فقه Mancini)

انطلق Mancini في صياغة نظريته من مبدأ القومية، حيث من حق الأفراد الذين تجمعهم مقومات العرق والدين واللغة والتقاليد أن يطبقوا قوانين مستمدة من هذه المقومات، وهذا أينما حلّوا وحيثما وجدوا، وهذا هو مبدأ شخصية القوانين. غير أنه استثناءً يمكن تطبيق مبدأ الإقليمية فيما يتعلق بالنظام العام، الشكل الخارجي للتصرفات، وكذا ترك حرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما. كما وسعت هذه النظرية من مجال الأحوال الشخصية ليشمل الموارث والنظم المالية المقترنة بعقد الزواج(1).

لكن يعاب على هذه النظرية اعتمادها الكبير على مبدأ الشخصية مما يجعلها مقتصرة على الدول المصدرة للأفراد التي تكثر الهجرة منها، وعدم إمكانية تطبيقها عملياً. كما أنّ اتساع مجال الأحوال العينية جعل الاستثناءات تفوق الأصل فمن الأفضل أن تعدّ كلها قواعد عامة.

الفرع الثالث: المدرسة الفرنسية (فقه Pillet)

رأى الفقيه Pillet أنّ القانون إمّا أنّه وضع لحماية مصلحة الفرد، أو أنّه وضع لحماية مصلحة المجتمع. فإذا كنا بصدد قانون يهدف إلى حماية الفرد، فإننا نطبق القانون الشخصي لهذا الفرد (مبدأ الشخصية)، أمّا إذا كنا بصدد قانون يهدف إلى حماية المجتمع،

فنطبق القانون الوطني على العلاقة مهما كان أطرافها وموضوعها (مبدأ الإقليمية)، ولأجل ذلك لا بدّ من تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، فهل تعني حق الفرد أم حق المجتمع، ثمّ نختار القانون الأكثر ملائمة لحلها(2). وحسب هذه المدرسة فإنّ الحقوق التي تنشأ صحيحة في ظل قانون ما تبقى سارية في دول أخرى، طالما كان هذا الحق معترف به في هذه الدولة وكان لا يخالف النظام العام فيها.

الفرع الرابع: نظرية Bartin

وكان متأثراً بالفقيه Savigny، وقد رأى أنّ تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات. وقد ربط نظام القانون الواجب التطبيق على نزاع متعلق بعلاقة ما بالقسم القانوني الذي تنتهي إليه هذه العلاقة، وهو ما جعله يضع نظريته المشهورة في التكييف، والذي يعرف بأنّه وضع العلاقة القانونية في نظام معيّن، ومثال ذلك وضع الطلاق في فئة الأحوال الشخصية.

1 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 531-532. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 20-22.

2 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 539-515. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22-23.

-الفرع الخامس: نظرية Devareilles Sammieres :

رأى هذا الفقيه أنّ الميراث يخضع لقانون الموقع إذا تعلّق بعقار، وبقانون الموطن إذا تعلّق بمنقول. وقد اعتنق مبدأ الإقليمية في نظريته حيث يرى أنّ القانون شرّع ليطبق على العلاقات التي تنشأ في النطاق الإقليمي للمشرع، وأنّه لا بدّ من تطبيق القانون الفرنسي على ما يقع في فرنسا ولو رفع النزاع أمام قضاء غير فرنسي، ولا يعتبر ذلك في أي حال من الأحوال امتداداً للقانون الفرنسي، وأنّ الحقوق التي تكتسب صحيحة في ظل قانون ما تبقى كذلك في مواجهة كل الدول (2).

وإذا كان الأصل لديه هو إقليمية القوانين فقد وضع الاستثناءات التالية (3):

يطبق على الحالة والأهلية قانون دولة الشخص.

يطبق على ميراث المنقول قانون الموطن الأخير للمتوفى.

يطبق على العقد القانون الذي يختاره المتعاقدان.

يطبق على الشكل الخارجي للتصرفات قانون محل إبرامها.

وتعتبر هذه النظريات منطلق الاتجاه الحديث في تنازع القوانين ولا يزال العمل بها حتى الآن.

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 22-22. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 32. 2 - د. علي علي

سليمان، المرجع السابق، ص ص 10-39.

3 - المرجع نفسه، ص 10.

الباب الأول: إعمال قواعد التنازع

بعد تطرقنا إلى نشأة تنازع القوانين، والتي تعرفنا فيها على آراء الفقهاء التي كانت أساسا لوضع قواعد التنازع، وجب التصدي للمراحل الأولية التي يتبعها القاضي من أجل حل النزاع أو الخصومة التي تتضمن عنصرا أجنبيا، حيث أن حل أي نزاع استنادا إلى قانون أجنبي لا يتم إلا وفقا لما تمليه قاعدة الإسناد المتعلقة بموضوع النزاع، وتختلف قواعد الإسناد باختلاف مواضيع النزاع، فقاعدة الإسناد المتعلقة بالأهلية غير تلك التي تحكم المال، والتي تخص عقد البيع غير تلك المتعلقة بعقد الزواج، وهكذا.

لذلك لا يكون التعرف على قاعدة الإسناد التي ستحدد القانون الواجب التطبيق ممكنا، إلا إذا حلل القاضي معطيات النزاع وكيفية، بأن أدخله في إحدى طوائف الإسناد التي خصص لها المشرع قاعدة تنازع. فيعتبر التكييف مسألة أولية سابقة للإسناد، هذا الأخير يمكن أن تنتج عنه إحالة في حالة التنازع السلبي.

فحل أي نزاع يحتوي عنصرا أجنبيا يتطلب من القاضي العمل على مراحل، للوصول إلى القانون الذي على أساسه سيصدر حكمه بشأن النزاع، هذه المراحل تبدأ بالتكييف، الإسناد، والإحالة إن كان لها محل، فيتطلب إعمال قواعد التنازع دراسة التكييف (فصل أول)، الإسناد والإحالة (فصل ثاني).

الفصل الأول: التكييف

التكييف مسألة تحتاجها كل الفروع القانونية، ولا يشكل القانون الدولي الخاص إستثناء عنها، فلا يمكن للقاضي أن يحدد قاعدة الإسناد التي على أساسها أن يتوصل إلى القانون الواجب التطبيق إلا بعد تحديد موضوع النزاع، وهذا ما يسمى التكييف، وهو مسألة أولية يقوم فيها القاضي بإدخال النزاع في إحدى طوائف الإسناد، والتي على أساسها سيحدد قاعدة الإسناد التي سيعتمدها لإسناد حل النزاع إلى القانون الواجب التطبيق.

وسنتناول بالدراسة في هذا الفصل تعريف التكييف ونشأته (مبحث أول)، ثم القانون الواجب التطبيق على التكييف (مبحث ثاني).

المبحث الأول: تعريف التكييف ونشأته

كما يبدو من عنوان المبحث سيتم التطرق في هذا المقام إلى تعريف التكييف في المطلب الأول، ونشأته في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف التكييف

التكييف هو تحليل المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي لتبيان طبيعتها وخصائصها، واعطائها الوصف القانوني الملائم، لإدراجها في طائفة من الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قانون معين عليه، فالتكييف عملية أولية سابقة لضرورة تحديد قواعد الإسناد التي ستحل مشكلة التنازع.

يرى فريق من الفقهاء أن محل التكييف ينصب على عنصر القانون، والذي يتمثل في النص القانوني أو القاعدة القانونية الموضوعية التي يتم تأسيس ادعاء الخصم عليها وطلبه وفقا لها – كمطالبة زوجة المالطي بنصيها وفقا

للقاعدة الموضوعية الواردة في القانون المالي - . فيقوم القاضي بناء على هذا الاتجاه بتكييف القاعدة القانونية الموضوعية.

ويرى الفريق الثاني بأن التكييف ينصب على عنصر الواقع وليس القانون، فهو إعطاء المركز الواقعي المتنازع بشأنه الطابع القانوني الذي يدخله في طائفة معينة من طوائف الإسناد في قانون القاضي. أما الفريق الثالث فهو يرى بأن التكييف ينصب على العنصرين معا، القانوني والواقعي. أي أنه ينصب على المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي(3).

المطلب الثاني: نشأة التكييف

ظهرت مشكلة التكييف على يد الفقيه الألماني Kahn سنة 1292(4)، غير أنّ التكييف كنظرية تمت بلورته من طرف الفقيه الفرنسي Bartin، وذلك بمناسبة تحليله لبعض أحكام القضاء الفرنسي، بحيث استنتج أنّ القاضي الفرنسي قام بالتكييف قبل إسناد حل النزاع إلى قانون ما، كما أنه أخضع التكييف للقانون الفرنسي، ويظهر ذلك في قضيتين أساسيتين هما " ميراث المالي " و " وصية الهولندي " واللذان تتلخص وقائعهما على التوالي فيما يلي:

الفرع الأول: قضية ميراث المالي

تزوج مالطيان في جزيرة مالطا، موطنهم الأول، ثم هاجرا إلى الجزائر التي كانت آنذاك مستعمرة فرنسية خاضعة للقانون والقضاء الفرنسيين، أين تملك الزوج بعض العقارات. وعند وفاته طالبت زوجته بحقها في الميراث وفقا لما هو معترف به في القانون المالي بما يعرف باسم " ربع الزوج الفقير "، فرفض باقي الورثة ذلك، فقامت الزوجة برفع القضية أمام القضاء الفرنسي معتمدة على القانون المالي أين كان نظام الأموال يدخل في طائفة الأحوال الشخصية، والتي يطبق عليها قانون الجنسية أي القانون المالي. لكن القضاء الفرنسي رفض طلبات الزوجة باعتبار أنّ فكرة الميراث في القانون الفرنسي من الأحوال العينية تخضع لقانون موقع العقار، فيطبق القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بهذا الحق.

1 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 320-321.

2 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 322.

الفرع الثاني: قضية وصية الهولندي

تتمثل وقائع هذه القضية في أنّ شخصا هولندياً حرر وصية في فرنسا وفقاً للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، أي بخطّ يده. فثار نزاع بعد وفاته بين ورثته بشأن صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي، على أساس أنّ القانون الهولندي في المادة 995 من القانون المدني يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا خارج هولندا. وبالتالي فالقانون الهولندي يعتبر المسألة متعلقة بالأهلية، لأنّ الهدف من اشتراط الرسمية هو حماية إرادة الموصي، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي(2).

غير أنّ المحاكم الفرنسية قضت بأنّ النزاع متعلق بشكل الوصية، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون المحل، أي القانون الفرنسي، والذي يجيز الوصية المحررة في شكل عرفي(1).

ونشير إلى أنّه في كلا القضيتين يختلف التكييف من قانون إلى آخر، وأنّ تحديد القانون الذي يخضع له التكييف يتبيّن من خلال الجهة القضائية التي رُفِعَ إليها النزاع، أي أنّ التكييف خضع لقانون القاضي، وانطلاقاً من ذلك ظهرت نظرية التكييف.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف

باعتبار التشريعات تختلف في تكييف المواضع، فإنه لا بد للقاضي من الاستناد إلى قانون معين لتكييف موضوع النزاع وادخاله في طائفة معينة من طوائف الإسناد، المطلوب الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي (نظرية Bartin) رأى Bartin صاحب نظرية التكييف، وجوب خضوع التكييف لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع، حيث يحدد طبيعة هذا الأخير حسب قانونه، ويرجع ذلك إلى سببين أساسيين(2):

-
- 1 - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 322-322. د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 19-20. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22-22.
 - 2 - د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 20-21. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22-22.

1. أن قواعد التنازع قواعد وطنية، فكل قاضي يطبق قواعد وطنه، وبما أن التكييف من قواعد التنازع فيجب أن يخضع لقانون دولة القاضي.

2. أن التكييف سابق على الإسناد إلى القانون الأجنبي، بالتالي لا يمكن خضوع التكييف للقانون الأجنبي لأننا لا نعرفه بعد، فالأفضل إذن إخضاعه لقانون القاضي.

وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي والكثير من التشريعات، سيما المشرع الجزائري الذي نصّ في المادة 9 من القانون المدني على أن: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

غير أنه استثناءً على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي فإنّ تكييف المال من حيث كونه عقاراً أو منقولاً، يخضع لقانون موقع المال، كما أنّ تكييف الفعل الضار على أنه مشروع أو لا يخضع لقانون مكان وقوعه، وهو نفسه القانون الواجب التطبيق على النزاع(1).

وقد أخذ المشرع الجزائري بالاستثناء المتعلق بتكييف المال من حيث كونه عقاراً أو منقول وأخضعه حسب م1/12 ق.م.ج لقانون موقعه. أما تكييف الفعل الضار من حيث كونه مشروعاً أم لا، فقد أخضعه حسب م 5/50 ق.م.ج إلى كل من القانون الجزائري وقانون مكان وقوع الفعل الضار.

المطلب الثاني: خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع

يرى أصحاب هذا الاتجاه إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع لأنه ليس من المنطق أن يخضع حل النزاع لقانون بينما يخضع تكييفه لقانون آخر. غير أنّ المشكلة هي أننا لا يمكن أن نتعرف على القانون الواجب التطبيق إلا بعد الإسناد، والذي لا يتم إلا بعد التكييف، إذن فذلك مستحيل عملياً، إلا إذا تعلق الأمر بالمال أو الفعل(2).

1 - د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 21-25.

2 - لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 320-322. د. هشام صادق، د. عكاشة

محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 22-22.

المطلب الثالث: النظرية الحديثة في التكييف

يتزعمها Batiffol وLagarde، وتتجه إلى إخضاع التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام، مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص المفترض التطبيق، في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معيناً يتمسك به الخصم أمامه. كما يستأنس القاضي بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية، حتى لا يتم تشويهها(3).

غير أن المشرع الجزائري تمسك بنظرية Bartin كما رأينا، ولم يساير هذا التوجه الحديث، رغم تعديله للنصوص القانونية المتعلقة بتنازع القوانين، وما كان عليه سوى إضافة كلمة "الرئيسي" للماد التاسعة من القانون المدني حينما يقول: "...يكون القانون الجزائري هو المرجع "الرئيسي" في التكييف...". وهذه الإضافة سيكون بالإمكان التوسع في التكييف ليشمل القانون الأجنبي المفترض التطبيق، وكذا القانون المقارن في الفروض التي لا يعرف فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معيناً، ما يجعلنا نتفادى تشويه العلاقة القانونية، لكنه لم يفعل وترك النص على ما كان عليه.

الفصل الثاني: الإسناد ونظرية الإحالة

بعد تكييف موضوع النزاع يتم إسناد حله إلى قانون معين وذلك وفق ما تنص عليه قواعد الإسناد. وتتمثل أهمية قواعد الإسناد في كونها تشكل الآلية الأساسية التي عن طريقها تحل مشكلة تنازع القوانين، عندما تتزاحم القوانين لحكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي. فبواسطتها يحدد القانون الأكثر تحقيقاً للعدالة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم هذا النزاع.

غير أنه قد تختلف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى لأنها قواعد وطنية من حيث المصدر، فاختلاف مضمونها وارد، فأحكام الميراث مثلاً ليست من الأحوال الشخصية في كل دول العالم، وهذا سيؤدي إلى اختلاف في قواعد الإسناد، الأمر الذي سيخلق اختلافاً في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقضية الواحدة، حيث يتنازع الموضوع الواحد قانونين كلاهما يقرّ باختصاصه، وهذا هو التنازع الإيجابي. كما قد يتهرب كل قانون من حل النزاع، فيكون التنازع سلبى، إذ يحيلنا كل قانون إلى آخر لحل النزاع، وهو ما يؤدي بنا إلى الإحالة.

على هذا الأساس سندرس في هذا الفصل كلا من الإسناد (مبحث أول)، والإحالة (مبحث ثاني).

1 - د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 392.

2 - لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 320-321. د. هشام صادق، د. عكاشة

محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 29-21.

3 - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 11.

المبحث الأول: الإسناد

الإسناد عملية تأتي بعد عملية التكييف، تقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق، وسنتناول فيما يلي تعريف قواعد الإسناد وعناصرها.

المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد

تعرف قواعد الإسناد بأنها تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي⁽¹⁾، هدفها هو اختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقاً للعدالة، من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة القانونية.

وتكون قواعد الإسناد فردية أو ازدواجية، فهي فردية إذا اقتصر على تحديد الحالات التي يكون فيها القانون الوطني مختصاً، وهي ازدواجية إذا حددت الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي مختصاً، والحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو المختص⁽²⁾.

المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

لقاعدة الإسناد ثلاث عناصر: موضوع الإسناد، ضابط الإسناد، القانون المسند إليه، والتي سنتناولها في ثلاث فروع على التوالي.

الفرع الأول: موضوع الإسناد

وهو الواقعة القانونية أو المسألة القانونية محل النزاع، والتي يكتفها القاضي على أنّها من مواضيع الأحوال الشخصية، الأحوال العينية، الالتزامات التعاقدية، أو الالتزامات غير التعاقدية أو غيرها من مواضيع تنازع القوانين.

الفرع الثاني: ضابط الإسناد

وهو المعيار الذي يتخذه المشرع ليحدد القانون الواجب التطبيق. ويعتبر ضابطاً للإسناد: الجنسية، مكان إجراء التصرف، موقع المال... الخ.

1 - د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 2. د. أعرب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22.

2 - د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 2-2. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 12.

الفرع الثالث: القانون المسند إليه

وهو القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد، والذي يتوصل إليه القاضي بفضل ضابط الإسناد.

المطلب الثاني: نظرية الإحالة

الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحوالنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي بمثابة القانون الواجب التطبيق، وقد ظهرت نظرية الإحالة بمناسبة قضية Forgo (1)، حيث طرح سؤال مهم، ألا وهو: إذا حدّد القاضي قانوناً أجنبياً باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهل نطبق منه قواعده الموضوعية فقط، أو نطبق أيضاً قواعد التنازع فيه؟ مما قد يقودنا إلى الإحالة.

الفرع الأول: نشأة نظرية الإحالة

أجاب القضاء الفرنسي على هذا التساؤل في قضية Forgo والتي تتلخص وقائعها فيما يلي (2):

كان Forgo ولد غير شرعي، ولد في أوائل القرن التاسع عشر بإقليم بافاريا، ونزحت به أمه وهو طفل في الخامسة من العمر إلى فرنسا وأقاما هناك إقامة فعلية دون اتخاذ موطن قانوني بها، حيث كان القانون الفرنسي يقتضي يومئذ الحصول على تصريح بالتوطن القانوني وهما لم يحصلوا على هذا التصريح، وعندما شبّ Forgo تزوّج من فرنسية ثرية ماتت وتركته له ثروة منقولة طائلة، وفي الثامنة والستين من العمر توفي Forgo عن ثروة منقولة دون ورثة مباشرين، أي دون أولاد، آباء، أو إخوة. وقد كان القانون الفرنسي آنذاك لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه واخوته فقط، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة باعتبارها تركة بلا وارث.

1- على الرغم من أن القضاء الفرنسي عرف مشكلة الإحالة منذ القرن السابع عشر، راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 131.

2- راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 131. د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 91-93. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 99-100.

حينئذ طالب الحواشي من عائلة Ditchl أقارب أمّه بالميراث، مستنديين في طلبهم إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي، فقضت محكمة استئناف Pau رفض طلبهم في 1221/03/11 مستندة إلى أنّ Forgo كان متوطناً في فرنسا وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته المنقولة القانون الفرنسي والذي يقضي بحرمان غير أبوي وأخوة الولد غير الشرعي من ميراثه. فرفع الورثة طعناً في الحكم لدى محكمة النقض الفرنسية، التي نقضت الحكم في 1222/02/02 على أساس الخطأ في اعتبار Forgo متوطناً في فرنسا، لأنّه لم يحصل على ترخيص بالتوطن فيها ويكون موطنه القانوني حينئذ بافاريا وبالتالي يطبق عليه القانون البافاري.

أحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بوردو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورّث هؤلاء الحواشي، فطعنّت مصلحة الأملاك في هذا الحكم على أساس أنّ قواعد التنازع في القانون البافاري تطبق على ميراث المنقول قانون الموطن الفعلي، فقضت محكمة النقض في 1222/02/51 بنقضه لأنّه طبق القانون البافاري في قواعده الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، وهي تحيل ميراث المتوفى إلى قانون موطنه الفعلي، وهو هنا القانون الفرنسي، وأحيلت القضية من جديد إلى محكمة تولوز، وقضت في 1220/02/55 بما رأتها محكمة النقض. فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنّه طبق قواعد التنازع في القانون البفري دون قواعده الموضوعية، إلا أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن في 1225/05/55، وهكذا قبلت محكمة النقض إحالة القانون البفري على القانون الفرنسي دون أن تصرّح بأنها إحالة، وتوالت أحكام القضاء الفرنسي في الأخذ بالإحالة.

فالإحالة إذن تقتضي أنّ تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي ليس متعلق بقواعده الموضوعية فحسب، إنّما يشمل أيضاً قواعد الإسناد التي ينص عليها، أي أنّ أوّل ما يطلع عليه القاضي الذي عرض عليه النزاع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، هو قواعد التنازع، ليتأكد إن كان هذا القانون يقبل الاختصاص أو يرفضه، فإذا رفضه فإننا نكون أمام إحالة والتي لها صورتان:

الإحالة مكن الدرجة الأولى: وصورتها عندما ترفض قواعد التنازع في القانون

الأجنبي المسند إليه النزاع، حل هذا النزاع، وتحيله إلى قانون القاضي، كما حدث في قضية Forgo (1).

- الإحالة من الدرجة الثانية: وصورتها أن ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي حل النزاع، لكنها لا تحيله إلى قانون القاضي ولكن إلى قانون أجنبي آخر (2).

الفرع الثاني: مبررات جدلية الأخذ بالإحالة

لقد حاول مناصري الإحالة الدفاع عنها في مواجهة معارضها، معتمدين على الحجج التالية:

أولاً: حجج مناصري الإحالة

ينطلق مناصري الإحالة من القول بأن القانون الأجنبي الذي اختارته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، لا يطبق منه القواعد الموضوعية فحسب، بل حتى قواعد الإسناد فيه، لتكشف عما إذا كان القانون الأجنبي نفسه يسند حل

النزاع إلى قواعده الموضوعية أم إلى قواعد قانون أجنبي آخر .

ولقد استند هذا الجانب من الفقه إلى الحجج التالية(3):

- أن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه فيطبق كله، وعدم الأخذ بهذا الرأي سيؤدي تطبيق القانون الأجنبي، بينما لا يمنحه مشرعه هذا الاختصاص، وفي هذا تحد لإرادة المشرع الأجنبي.
- يترتب على الأخذ بالإحالة أن يكون الحكم الذي سيصدره القاضي المعروض عليه النزاع مماثلاً للحكم الذي سيصدره القاضي الأجنبي وعرض عليه النزاع، لأن كلاهما سيعمل بقواعد الإسناد الموجودة في قانون القاضي الأجنبي، مما يسهل تنفيذه في البلد الذي طبق قانونه، وسميت هذه الحجة بحجة تعميم الحلول.
- أن الإحالة عادة ما تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي، فيسهل عليه حل النزاع لأنه يعرف قانونه أكثر من غيره.

ثانياً: حجج ارفض الإحالة

- يذهب الفقه الرافض للإحالة إلى القول بأن إسناد حل النزاع إلى قانون أجنبي يخص القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد. وقد استندوا في وجهتهم هذه إلى ما يلي(1):
- إذا كان القانون الأجنبي كل لا يتجزأ فالقانون الوطني للقاضي كذلك، فلماذا نطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد لقانون القاضي، كما أن لقواعد الإسناد دور محدد تتوقف عنده وهو اختيار أكثر القوانين ملائمة للحكم في المسألة المعروضة على القاضي الوطني.
 - تطبيق الإحالة سيجعل كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي محيلاً لحل النزاع إلى الآخر، مما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة.
 - القول بأن الإحالة ستؤدي إلى تنسيق في الحلول يفترض أن تأخذ كل الدول بالإحالة، بينما هناك تشريعات ترفض الإحالة (قانون الإيطالي).
 - كما أن القول بأن الإحالة من شأنها تسهيل تنفيذ الأحكام، يفترض أن الحكم سينفذ في الدولة التي طبق قانونها الأجنبي على القضية بما فيه من قواعد تنازع، وهذا ليس صحيحاً دائماً، إذ قد ينفذ في دولة أخرى، وفي هذه الحالة يجب ألا يكون الحكم المراد تنفيذه مخالف لقواعد الإسناد في دولة القاضي، مما يعني أنه إذا كانت الدولة التي سيطبق فيها الحكم لا تأخذ بالإحالة، فستعتبر أن القاضي المصدر للحكم قد خالف قواعد التنازع مما يجعل الحكم معيب بالتالي غير قابل للتنفيذ.

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 92-100. 2- المرجع نفسه، ص 101.

2- لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 111-115. د. أعراب بلقاسم، المرجع

السابق، ص ص 105-101.

الفرع الثالث: الأساس القانوني للإحالة

تجنباً للانتقادات أعلاه حاول الفقه المساند للإحالة إيجاد أسس يتم الاعتماد عليها لقبول الإحالة وتبريرها، نذكر أهمها فيما يلي.

أولاً: نظرية التفويض كأساس لقبول الإحالة

مفادها أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي، فإنها تفوضه لحل النزاع تفويضاً عاماً، على نحو يتعين معه تطبيق هذا القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ، فيكون تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي يستند إلى أوامر المشرع الوطني لا تحد لإرادته(1).

لكن هذه النظرية تتسم بأنها قائمة على افتراض لم يثبت بعد، وهو التفويض، فهو محض خيال.

ثانياً: نظرية الإسناد الإحتياطي كأساس لقبول الإحالة

ذهب الأستاذ Lerebours – Pigeonnière إلى أن قواعد الإسناد في قانون القاضي نوعان، قاعدة إسناد أصلية وأخرى إحتياطية، فإذا أسندت قاعدة الإسناد الأصلية حل النزاع إلى قانون أجنبي، رفض الاختصاص بناءً على قواعد تنازعه، فلا يطبق القاضي القانون الأجنبي بتاتاً، إنما يرجع إلى قاعدة الإسناد الإحتياطية التي تسند حل النزاع إلى قانون القاضي، فلا يكون تطبيق القانون الوطني بناءً على إسناد قاعدة أجنبية، إنما من قاعدة وطنية(2). لكن ما يؤخذ على هذه النظرية أنه لا يوجد ما يشير إلى أن المشرع يأخذ دائماً بقاعدة إسناد إحتياطية إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية.

ثالثاً: نظرية الإقليمية كأساس لقبول الإحالة

ينطلق الفقيه Niboyer من مبدأ أنه لا يجب أن نفرض على القانون الأجنبي إختصاصاً لا يرضاه لنفسه بمقتضى قواعده الخاصة بتنازع القوانين، بالتالي يطبق القاضي قانونه بناءً على مبدأ إقليمية القوانين، ذلك أن رفض القانون الأجنبي للإختصاص، يجعل النزاع مفتقر لقانون يحله، وبما أنه لا بدّ من إخضاعه لقانون ما، فيكون قانون القاضي هو الأنسب لذلك بوصفه صاحب الإختصاص بالنسبة لكل النزاعات التي تثور على إقليمه(1).

غير أن هذه النظرية تجعل التطبيق دائماً خاص بقانون القاضي، وهذا غير صحيح، إذ قد يعترف تشريع ما بالإختصاص بالعلاقة محل النزاع، فلماذا يكون القانون الوطني للقاضي هو المطبق وليس هذا التشريع الآخر.

1- لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 119. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص

111.

2- لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 120-121. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 115-113.

رابعاً: نظرية قبول أو رفض الإحالة في ظل الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها

مفاد هذه النظرية هو أنّ الأخذ بالإحالة أو رفضها لا يكون بناءً على إعتبارات نظرية بحتة مسبقاً، إنّما يتم بالنظر إلى الغاية التي من وراءها وضعت قاعدة الإسناد، فلا يحدد الأخذ بالإحالة من عدمه إلا القاضي المعروض عليه النزاع، فهو قد يأخذ بالإحالة، إذ كانت قاعدة الإسناد تهدف إلى رد الإختصاص إلى القاضي الوطني، ولا يأخذ بالإحالة في الحالة العكسية(2).

الواقع أن الإحالة ماهي إلا حيلة أو مبرر لتطبيق القانون الوطني، وكما رأينا في قضية Forgo الحفاظ على الثروة الاقتصادية، بدليل نبذ الإحالة من الدرجة الثانية التي تؤدي إلى تطبيق قانون ثالث.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من الإحالة

تنص المادة 53 مكرر/1 على ما يلي: "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنّه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص".

نستنتج من هذه المادة أنّ المشرع يرفض الإحالة كمبدأ عام، حيث يفرض على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع فيه، إلا إذا أحالت هذه الأخيرة إلى القانون الجزائري، ففي هذه الحالة يتم قبول الإحالة. أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استثناء، ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، أي عندما يحيل القانون الأجنبي إلى قانون أجنبي آخر، وفي هذه الحالة يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الجزائرية، على الرغم من أن قواعد الإسنادية رفضت الاختصاص، وأحالته إلى قانون آخر.

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 113-111.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 102-102.

الباب الثاني: التنظيم الوضعي لقواعد التنازع

بعدما تعرضنا للمسائل الأولية التي لابد للقاضي أن يتناولها قبل النظر في أي نزاع يحتوي على عنصر أجنبي، لابد من أن ندرس صلب موضوع التنازع ألا وهو التنظيم الوضعي لقواعد التنازع، أي قواع الإسناد المتعلقة بكل فئة من فئات الإسناد.

على هذا الأساس سنقسم هذا الباب إلى أربعة فصول:

- الفصل الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية.

- الفصل الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال العينية.

- الفصل الثالث: قواعد التنازع المتعلقة بالإلزامات التعاقدية.

- الفصل الرابع: قواعد التنازع المتعلقة بالإلزامات غير التعاقدية.

الفصل الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية

تكتسي دراسة قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية أهمية قصوى، ذلك أن الأحوال الشخصية هي المجال الخصب لتنازع القوانين، لأن القوانين تختلف اختلافا كثيرا في هذا المجال شكلا وموضوعا. وتقتضي دراستها التطرق إلى نقطتين أساسيتين، هما تحديد ضابط الإسناد (مبحث أول)، وتحديد المواضع التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية (مبحث ثاني).

المبحث الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية

يحكم الأحوال الشخصية ضابطي إسناد أساسيين هما الجنسية والموطن، وتختلف الدول في الأخذ بهما وذلك استنادا إلى ظروف كل منها على حدى، وقد حاول الفقه تبرير مواقف الدول، لذا نعرض حجج مساندي ضابط الجنسية في مطلب أول، وحجج مساندي ضابط الموطن في مطلب ثاني.

المطلب الأول: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الجنسية

تتجه الكثير من التشريعات إلى الأخذ بالجنسية كضابط إسناد للأحوال الشخصية معتمدة على حجج كثيرة أهمها(1):

- وجوب استقرار الأحوال الشخصية والمعيار المحقق لهذا الاستقرار هو معيار الجنسية والتي عادة ما تكون ثابتة، عكس ضابط الموطن الذي لا يحقق الثبات والاستقرار المطلوبين.

- الأخذ بقانون الجنسية يجعل المواطن في الدولة الأجنبية مرتبط بدولته، وإذا كان كذلك، نقل أعرافه وعاداته إلى هذا البلد.

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 22-22. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 503-503. 2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 22-29. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 501-503.

- عندما تسنّ الدولة تشريعاتها بشأن الأحوال الشخصية تستمد الكثير من القواعد من المبادئ المعمول بها في المجتمع، والمستمدة من شرائع وعادات وتقاليد، فهي تضع هذه القواعد لمواطنيها فقط وليس للأجانب.

المطلب الثاني: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الموطن

تذهب جملة من التشريعات إلى إتخاذ الموطن بدلاً من الجنسية كضابط إسناد للأحوال الشخصية محتجين بما يلي(2):

- عند تعدد الجنسيات في الأسرة الواحدة بحيث يحمل كل من الزوجين والأولاد جنسيات مختلفة عن بعضهم البعض، ففي مثل هذه الحالة من الأحسن الأخذ بضابط الموطن، بالتالي ستخضع الأسرة الواحدة لقانون واحد.

- غير أنّ هذه الحجة يمكن أن تنعكس بحيث قد يكون لأفراد الأسرة جنسية واحدة ولكل منهم موطن مختلف عن الآخرين، فيكون الأفضل هو تطبيق ضابط الجنسية.

- قانون الموطن يخدم مصلحة المواطنين لأنهم سيتعاملون مع الأجانب على أساس تطبيق قانون بلدهم الذي يعرفونه. - لكن ليس كل الأجانب المتعاملين مع المواطنين متوطنين في بلدهم. - من الأحسن للدول التي تكثّر الهجرة إليها، ويقطن فيها عدد كبير من الأجانب من جنسيات مختلفة، أن تأخذ بضابط الموطن لكي تخضع هؤلاء الأجانب لقانونها. - غير أنّه من الأفضل للدول التي تكثّر الهجرة منها الأخذ بضابط الجنسية تطبيق قانونها على رعاياها.

الواقع أن تفضيل ضابط على الآخر يعود إلى ظروف كل دولة على حدة، إذ من مصلحة الدول المصدرة للرعايا، أي التي تكثّر الهجرة منها إلى الخارج، الأخذ بضابط الجنسية من أجل ربط رعاياها بها، وضمان عدم اندماجهم في المجتمعات الأجنبية، بينما تأخذ بضابط الموطن الدول المستوردة للرعايا، أي التي تكثّر الهجرة إليها، حتى تحقق التجانس القانوني بين رعاياها والأجانب.

ويتجه الفقيه Batiffol إلى التوفيق بين الضابطين وعدم الأخذ بأحدهما بصفة مطلقة، وقد أخذت بعض الدول المطبقة لضابط الجنسية تفسح المجال لتطبيق قانون الموطن خاصة بالنسبة لعديمي الجنسية والأسرة المتعددة الجنسيات، كما أن بلاد شمال أوروبا تتطلب لتطبيق قانون الموطن أن يتسم التوطن مدة كافية والا طبق قانون الجنسية(1).

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري

أناط المشرع الجزائري الأحوال الشخصية بضابط الجنسية حيث نص في م 1/10 ق.م.ج على أن " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وهي قاعدة تسري على الجزائريين والأجانب على حد سواء، عكس النص القديم الذي كان خاصا بالجزائريين وحدهم.

ويثير تطبيق ضابط الجنسية إشكاليتين، حالة تعدد الجنسيات وحالة انعدامها. فإذا كنا بصدد تعدد الجنسيات نصت م 55 ق.م.ج على تطبيق قانون الجنسية الفعلية أي أكثرها ارتباطا بالشخص.

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 20.

أما إذا كان الشخص محل النزاع عديم الجنسية فلقد اقترح بعض الفقهاء تطبيق قانون دولة الميلاد، لكن ما من مشرع أخذ بهذا الرأي، لذا فالرأي المأخوذ به هو إخضاع عديم الجنسية لقانون موطنه، وإذا لم يكن له موطن، فقانون محل إقامته، وإذا لم يكن له لا موطن ولا محل إقامة عادية، يطبق قانون البلد الذي يوجد فيه (1)، أما المشرع الجزائري فنص في م3/55 ق.م.ج بعد تعديلها على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة(2).

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

لا تتفق التشريعات حول ما يمكن اعتباره من الأحوال الشخصية وما يمكن إخراجها من نطاقها، فمنها من يوسع نطاقها، ومنها من يضيق منه، ولعل المشرع الجزائري من أكثر المشرعين توسيعا لها. إذ يعتبر من الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري كل من الحالة، الأهلية، الزواج وآثاره، النسب، الطلاق وآثاره، النفقة بين الأقارب، حماية القصر، الميراث، الوصية، الهبة والوقف، وسنتطرق القانون الواجب التطبيق على كل منها بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية

تناول المشرع الجزائري قواعد الإسناد المتعلقة بالحالة والأهلية في المادة 10 من القانون المدني الجزائري، وسنتناول الحالة في الفرع الأول والأهلية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة:

حالة الشخص الطبيعي هي مجموع الصفات التي تحدد ذاته وتحدد مركزه القانوني من أسرته، وتسمى بالحالة المدنية، وتشمل هذه الصفات كون الشخص ذكر أو أنثى، متزوج أو أعزب أو مطلق أو أرمل، أبا أو ابنا، بالغ أو قاصر، مسلم أو غير مسلم، سليم العقل أو مصاب بعاهة إلى غير ذلك من الصفات(3).

ويتم تحديد حالة الشخص بناء على قانون جنسيته، أي أن القانون الواجب التطبيق على الحالة هو قانون جنسية الشخص محل النزاع، وهذا طبقا لنص م 10 ق.م.ج التي تنص على تطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص فيما يخص الحالة والأهلية، وهو يطبق على الجزائريين والأجانب، هذا فيما يخص الشخص الطبيعي.

أما فيما يخص حالة الشخص المعنوي، وكل ما يتعلق بها من شروط التمتع بالشخصية المعنوية، وتنظيمه وتكوينه واردة، فقد درجت بعض التشريعات على إسنادها إلى قانون البلد الذي يوجد فيه المركز الرئيسي للشركة(1)، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في م 3/10 ق.م.ج على أنه: "غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص25. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 502-502. 2- م3/55 ق.م.ج: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

2- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، دون سنة النشر، ص3.

أي أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدتي إسناد قاعدة أصلية تتمثل في خضوع الشركة في البلد الذي يوجد فيه مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، وقاعدة إسناد احتياطية تتمثل في خضوع الشركة للقانون الجزائري، إذا مارست نشاطا في الجزائر، ولو كان مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي في الخارج.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأهلية

إن الأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء، أي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية، وهي نوعان أهلية أداء خاصة وأهلية أداء عامة، فأما أهلية الأداء الخاصة فهي التي يستلزم لتوافرها شروط خاصة، كضرورة حصول الزوجة على إذن زوجها للتصرف في مالها، كما هو الحال في بعض الأنظمة الخاصة. وليست هذه هي الأهلية المقصودة بحيث تخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته(2).

أما أهلية الأداء العامة، وهي التي تعنيها، فهي التي تحدد سن الرشد، سن التمييز، عوارض وموانع الأهلية، والجزاء المترتب على التصرفات التي ترتبط صحتها بأهلية

الشخص، ويحكم الأهلية كقاعدة عامة قانون جنسية الشخص (م 1/10 ق.م.ج)، عكس بعض التشريعات التي أخضعتها إلى قانون الموطن أو إلى نظام مختلط.

غير أن المشرع أورد استثناء في م 5/10 ق.م.ج التي تنص على ما يلي:

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

حسب هذه المادة يطبق القانون الجزائري على الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانون بلده وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري إذا كان الذي يتعامل معه جزائري، إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية لا الشخصية (كالبيع). - أن يتم التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها.

- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري.

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

- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وليس عديمها.

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 22. 2- المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

ويرجع هذا الاستثناء إلى قضية Lizardi (1)، وهو شاب مكسيكي يبلغ سن 53 سنة، اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي بقيمة 20 ألف فرنك، وقع بها صكوكا للتاجر الفرنسي، وحينما حلّ أجل هذه الصكوك طالب التاجر الشاب المكسيكي بالدفع، فتمسك هذا الأخير بنقص أهليته لعدم بلوغه سن 52 سنة، التي تعد سن الرشد بالنسبة للق المكسيكي بالتالي يعد تصرفه قابل للإبطال.

رفع التاجر الفرنسي دعوى ضده على أساس جهله بالقانون المكسيكي، وأنه كان يعتقد بكمال أهلية الشاب، وذلك بالنظر إلى القانون الفرنسي الذي يحدد سن الرشد بـ 51 سنة،

فصدر الحكم لصالحه وأيدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 12/01/1921، على أساس أنه يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي تعامل بحسن نية مع الأجنبي، واستقر القضاء والتشريع الفرنسيين على هذا، وحذا حذوهما في ذلك المشرع الجزائري(1).

ويرجع بعض الفقهاء أساس هذا الاستثناء إلى فكرة احترام النظام العام لقانون الوطني المتعامل مع الأجنبي، والبعض الآخر إلى فكرة الإثراء بلا سبب. ولعل الأصح أن نرجع أساس هذا الاستثناء إلى قاعدة مفادها أن "الجهل بالقانون أجنبي عذر مقبول" فلا يعقل مطالبة الوطنيين بمعرفة قوانين الأجانب بل تكفي معرفتهم بقانونهم الوطني(2).

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج

يعتبر الزواج بمثابة المجال الخصب لتنازع القوانين، ويعود ذلك إلى اختلاف وجهة نظر الأنظمة الق المختلفة حوله، فمنها مثلا ما يبيح التعدد، ومنها ما يحرمه، واختلاف في التكييف فيما يتعلق بأحد شروط الزواج كإشهاره، إذ هناك من الأنظمة التي تعتبره شرطا موضوعيا، ومنها من يعتبره شرطا شكليا. وهذا التكييف يرجع بالطبع إلى قانون القاضي.

وبالتالي لا بد من تحديد المواضيع التي تعد من مستلزمات الزواج حتى نحدد ضابط الإسناد بشأنها، وهذه المواضيع هي الخطبة، الشروط الموضوعية للزواج، الشروط الشكلية للزواج، وآثار الزواج.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 503. د. علي علي

سليمان، المرجع السابق، ص 22. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 512-519.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة

الخطبة هي طلب الزواج بامرأة خالية من الموانع الشرعية، وهي وعد بالزواج(3)، وقد اعتبرها المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات من الأحوال الشخصية، بالتالي تخضع شروطها الموضوعية لقانون جنسية الزوجين، حسب التشريع الجزائري (م 11 ق.م.ج) بينما تخضعها بعض التشريعات الأخرى لقانون القاضي أو قانون جنسية الخاطب(1). ويخضع أيضا لقانون الجنسية حسب م 11 ق.م.ج آثار الخطبة.

أما الشروط الشكلية للخطبة، أي الكيفية التي تتم بها، فإنها تخضع لقانون مكان تمامها، وهذا حسب القاعدة العامة الواردة في م 19 ق.م.ج، التي تخضع شكل التصرفات إلى قانون مكان إبرامها. ويخضع لضابط الإسناد نفسه كل ما يتعلق بإثبات الخطبة.

وفي ما يخص العدول عن الخطبة فباعتباره قائم على أساس المسؤولية التقصيرية فيخضع لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للضرر حسب م 1/50 ق.م.ج التي تنص على تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار(2).

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

حددت الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج كالآتي: الرضا، الولي، الشاهدين، الصداق، بلوغ السن القانونية، خلو الزوجين من الموانع الشرعية (م 9 و 9 مكرر ق.أ.ج).

وقد نصت م 11 ق.م.ج على أن يطبق فيما يخص الشروط الموضوعية لعقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين، على أن يعتد بجنسية الزوجين وقت إبرام العقد، فلا يتأثر هذا الأخير إذا غير أحدهما جنسيته فيما بعد.

ولا يطرح تطبيق قانون الجنسية أي إشكال إذا كان للزوجين جنسية واحدة، حيث يخضعان لقانون واحد، لكن الإشكال يثور عند اختلاف جنسيتهما، فهل يجب أن يتوفر لكل منهما الشروط الموضوعية التي يستوجبها قانونه وقانون زوجه؟ وهذا هو التطبيق الجامع، أم يجب أن يتوفر في كل منهما الشروط التي ينص عليها قانونه الوطني فحسب؟ وهذا هو التطبيق الموزع.

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 22. 2- المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

3- د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، دار بن باديس، الجزائر، 1992، ص ص 32-32.

1- د. حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 5002، ص 102.

2- م 1/50 ق.م.ج: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

والرأي السائد هو القائل بالتطبيق الموزع، أي يكفي احترام كل من الزوجين لقانون وطنه، ذلك أن التطبيق الجامع يعد مستحيل عمليا، غير أنه يستثنى من التطبيق الموزع الشروط الخاصة بالموانع، نظرا لخطورتها، ويؤخذ بشأنها التطبيق الجامع، أي وجوب احترام الموانع المنصوص عليها في كل من قانون الزوج وقانون الزوجة على السواء (1).

إلا أنه يستثنى من القاعدة التي حددتها م 11 ق.م.ج الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائرياً، حيث تنص م 13 ق.م.ج على تطبيق القانون الجزائري وحده، إلا فيما يخص أهلية الزواج، فتبقى خاضعة للقاعدة العامة. والعبرة بجنسية الزوجين وقت إبرام عقد الزواج.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج:

ذكرنا من قبل أن تحديد ما يعد شرطاً شكلياً أو شرطاً موضوعياً بالنسبة لإبرام عقد الزواج هو مسألة تكييف وتخضع لقانون القاضي.

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

ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يورد نص خاص بالشروط الشكلية لعقد الزواج بالتالي يجب تطبيق نص م 19 ق.م.ج والتي تخضع العقود فيما بين الأحياء في شكلها لقانون مكان إبرامها، غير أن الأخذ بهذه القاعدة ليس إلزامي بل اختياري، إذ يجوز أيضاً حسب نص م 19 ق.م.ج أن يطبق على الشروط الشكلية لعقد الزواج قانون جنسية الزوجين إذا كانت جنسيتهما واحدة، أو قانون موطنهما المشترك، أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

ويترتب على ذلك أن الجزائري الذي يبرم عقد زواجه وفقاً للشكل المطلوب في البلد الذي أبرمه فيه يكون عقده صحيح شكلاً، وكذلك إذا أبرم هذا الزواج لدى القنصليات الجزائرية في الخارج إذا ما اتبع الشكل المنصوص عليه في قانون الحالة المدنية الجزائري (م 22 ق.ح.م.ج).

الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

يرتب عقد الزواج نوعين من الآثار، شخصية ومالية، أما الآثار الشخصية فهي تلك المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية، والتي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة،

أهمها النفقة، القوامة. وأما الآثار المالية فهي ما يتعلق بملكية أموال الزوجين من حيث إراداتها وإدارتها، والإلتزامات والحقوق الواردة عليها، والنظام المطبق عليها يختلف من دولة إلى أخرى.

بالنسبة للدول التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية فتأخذ بنظام الانفصال المالي أي استقلالية الذمة المالية لكلا الزوجين، مما يعني أنه ليس للزواج أي أثر على الجانب المالي.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 521-525. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 20-29.

أما بالنسبة للدول الغربية فيرتب الزواج آثارا مالية على الطرفين، بحيث يتم تطبيق ما يسمى بـ " نظام الزوجية "، " Régime Matrimonial " وهو مجموعة القواعد القانونية التي يتألف منها النظام القانوني الذي تخضع له أموال الزوجين أثناء الزواج وعند حله، وهي تنقسم طبقا للتشريعات الحديثة في فرنسا(1) إلى قسمين:

1- نظام الانفصال المالي: يحتفظ بمقتضاه كل من الزوجين بحرية التصرف في ماله وإدارته، على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة.

5- نظام الاشتراك المالي: بمقتضاه يشترك كل من الزوجين في مصاريف الأسرة وقضاء الديون الناتجة عن القيام بشؤونها، وله ثلاث صور.

أ- نظام الاشتراك العام: وتكون فيه أموال الزوجين مشتركة بينهما.

ب- نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب: وتكون فيه فقط المنقولات المملوكة

للزوجين عند انعقاد الزواج، شركة بينهما، أما الأموال التي يكتسبها بعد الزواج فتكون مشتركة بينهما سواء كانت عقارات أو منقولات.

ج- نظام الاشتراك المخفض: ولا يشترك فيه الزوجان إلا فيما يكسبانه بعد الزواج.

ويكون للزوجين الاتفاق على النظام التي سيأخذان به عند إبرام عقد الزواج، وهو ما يصطلح على تسميته بالنظام الاتفاقي، فإذا أهمل ذلك يتم الأخذ بنظام الاشتراك المخفض بالضرورة، فإذا اختارا نظاما طبق عليه القانون الذي يختارانه، أما إذا لم يختارا نظاما طبق عليهما حسب القانون الفرنسي قانون موطنهما(1).

ولقد نص المشرع الجزائري على أن يسري قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لعقد الزواج وهذا حسب م 1/15 ق.م.ج، كما أن القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج فهو حسب نص م 1/15 ق.م.ج قانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج.

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

غير أنه فيما يخص النسب وعلى الرغم من كونه أثر من آثار الزواج، فقد خصه المشرع بنص خاص في م 13 مكرر ق.م.ج، حيث أخضعه لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، والأمر نفسه فيما يتعلق بالاعتراف بالنسب وانكاره، فإذا ما توفي الأب قبل ميلاد الطفل طبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 21-22.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية

دراسة القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية يستلزم التطرق إلى ثلاثة نقاط:

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج

تنحل الرابطة الزوجية في النظم القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية بالوفاة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، الطلاق بالتراضي، التطليق، والخلع(1)، أما في النظم الغربية فتحل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، وذلك غالبا ما يسبقه التفريق الجسماني بين الزوجين، وهو المباعدة المادية بين الزوجين، أو بالتطليق، أين يطلب أحد الزوجين الانفصال عن الآخر عن طريق القضاء.

وبما أن انحلال الرابطة الزوجية لا يثبت إلا بحكم فإن القانون الواجب التطبيق فيما يخص الشروط اللازم توافرها لإيقاع الطلاق، أو لطلب التطليق أو الخلع، وكل ما يتعلق بإثباتها، سيما إثبات الضرر، كل هذا يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهذا طبقا لنص المادة 5/15 ق.م.ج، على الرغم من كون هذه القاعدة مجحفة بالنسبة للزوجة، إذ أنها قد تخضع لقانون معين عند إبرام عقد الزواج، ثم تفاجأ بتطبيق قانون آخر عند الطلاق إذا ما غير الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج.

بينما أخذت الدول الأنجلوساكسونية بقانون القاضي، وأخذت دول أوروبا والدول اللاتينية بإخضاع التطليق والتفريق الجسماني إما لقانون جنسية الزوج وحده، أو قانون جنسية كل من الزوجين على أساس التطبيق الجامع أو الموزع، بحيث يخضع المشرع الفرنسي لإنحلال الزواج لقانون الموطن الزوجين إذا لم يكونا متوطنين في فرنسا، أما إذا كان لهما موطن في فرنسا فيطبق القانون الفرنسي ولو كانا أجنبيين .

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات دعوى إنحلال الرابطة الزوجية

وهي الإجراءات المتعلقة برفع دعوى الطلاق، التطليق، الخلع، التفريق الجسماني، جلسة الصلح، أو التحكيم. وهي متعلقة بالنظام العام، بالتالي فهي تخضع لقانون القاضي حسب المادة 51 مكرر من القانون المدني التي تنص على أن: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

1- راجع المادتين 12 و 12 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال ال اربطة الزوجية

تتعلق هذه الآثار بالعدة، نفقة العدة، الحضانة، مسكن الزوجية، والتعويض، ويحدد لنا أيضا في حالة التفريق الجسماني المدة التي سيتحول فيها هذا التفريق إلى تطليق. والقانون الواجب التطبيق على هذه الآثار هو قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق طبقا لنص م 15 ق.م.ج.

غير أن المشرع الجزائري أورد في م 13 ق.م.ج قاعدة حول القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية وعلى آثار هذا الانحلال، بحيث تنص على تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، مما يعني أنه إذا كان أحد الأطراف جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، ثم غير جنسية بعد ذلك بحيث لا يصبح في رابطة الزوجية أي طرف جزائري وقت رفع الدعوى، فإننا وعلى الرغم من ذلك سنطبق القانون الجزائري.

المطلب ال اربع: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني

الكفالة هي رعاية الولد والتكفل به ماديا، وقد تكون الرعاية تربية، واعتبرها المشرع الجزائري من الأحوال الشخصية، وعلى هذا الأساس فضايط الإسناد المتعلق بها هو الجنسية حيث تنص م 13 مكرر 1 من ق.م.ج على أن صحة الكفالة يسرى عليه قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، أي فيما يخص الشروط الموضوعية للكفالة يكون التطبيق موزع فكل طرف يستجيب للشروط التي ينص عليها قانونه، أما الشروط الشكلية فتطبق بشأنها نص م 19 المذكورة آنفا.

وفيما يتعلق بآثار الكفالة فالقانون الواجب التطبيق بشأنها هو قانون جنسية الكفيل، وقد أشارت م 13 مكرر 5/1 على تطبيق الأحكام نفسها فيما يخص التبني، والذي يعرف على أنه إلحاق نسب الطفل معلوم أو مجهول النسب بشخص ما.

المطلب الخامس: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب

النفقة نوعان، نفقة زوجية، ونفقة بين الأقارب. تعد نفقة الزوجة من آثار الزواج، فليست هي المقصودة بالنفقة المدروسة هنا، إنما المعنية هي النفقة بين الأفراد الذين تربطهم علاقة الدم (الأصول الفروع والحواشي) أو المصاهرة، والمقررة بناء على قواعد موضوعية، ويهدف حماية أطراف العائلة من العوز الذي قد يلحقهم بسبب عدم قدرتهم على متطلبات المعيشة بمفردهم. ولذلك تعتبر النفقة بين الأقارب من موضوعات الأحوال الشخصية.

وقد درج القضاء في فرنسا على إخضاع النفقة بين الأقارب إلى قانون القاضي لأنها متعلقة بالنظام العام، أما اتفاقية لاهاي لتاريخ 1922/10/51 الخاصة بالنفقة على الأولاد، فقد أخضعها لقانون الموطن العادي للولد، وإذا رفض هذا القانون الاختصاص، خضعت النفقة للقانون الذي تحدده قواعد التنازع في قانون القاضي ويتجه الفقه الحديث في فرنسا إلى الأخذ بالقانون الذي يحكم آثار الزواج أو الذي يسري على علاقة البنوة(1).

أما المشرع الجزائري فقد نص في م 11 ق.م.ج على أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنسية المدين بها، أي الملزم بالنفقة، وليس المستفيد منها. أما النفقة الوقتية، أي التي يحكم بها القاضي أثناء نظر الدعوى، فباعتبارها إجراء مؤقت يتعلق بالأمن العام في الدولة، فتخضع لقانون القاضي.

المطلب السادس: القانون الواجب التطبيق على حماية الأشخاص غير كاملي الأهلية

اعتبر المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية كالولاية (الولاية المقصودة هنا هي الولاية على المال لأن الولاية على النفس هي من أحكام الزواج)

والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية التي تحمي المحجورين والغائبين من الأحوال الشخصية.

نصت المادة 12 ق.م.ج على أن القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين، تخضع لقانون جنسية الشخص الذي يجب حمايته، ذلك أن تلك النظم القانونية إنما هي مقررّة لحماية ناقصي الأهلية، وقد أصاب المشرع حين أسند هذه القواعد لقانون الجنسية المحمي بدل قانون موقع المال، أو قانون جنسية القائم بالحماية.

غير أنه إذا كان الحق المحمي محل تدابير استعجالية يطبق القانون الجزائري في حالتين :

- إذا كان القصر عديموا الأهلية أو الغائبون موجودون في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير. - إذا تعلق على التدبير بأموالهم الموجودة في الجزائر.

القواعد الموضوعية التي تخضع لقانون جنسية المحمي هي تلك المتعلقة بما يلي:

1. طلب الحجر ورفع.

5. تحديد طبيعة نظام الحماية، هل هو ولاية أو وصاية أم قوامة. 3. تعيين الولي، الوصي أو القيم واستبعاده.

1. صلاحيات القائم بالحماية وسلطاته. 2. حقوق القائم بالحماية وأجره.

أما القواعد المتعلقة بالإجراءات والاختصاص، فتخضع لقانون القاضي.

المطلب السابع : القانون الواجب التطبيق على المي ارث والوصية والتصرفات

المضافة إلى ما بعد الموت تنص المادة 1/12 ق.م.ج على أنه: "يسري على الميراث، والوصية، وسائل التصرفات

التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

على هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى فروعين، يتعلق الأول بالميراث، الثاني بالوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 22.

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على المي ارث

يختلف القانون الواجب التطبيق على الميراث بحسب ما إذا كانت الدولة تدخله ضمن طائفة الأحوال الشخصية أو طائفة الأحوال العينية.

بالنسبة للدول التي تجعل الميراث من الأحوال العينية، فهي إما تخضعه لقانون موطن المتوفي، أو أنها تفرق بين العقار والمنقول، فتخضع ميراث العقار لقانون موقع العقار، وميراث المنقول لقانون موطن المتوفي، مثلما هو الحال في فرنسا، ويرى Niboyer أنه يستحسن إخضاع الميراث كله لقانون موقع المال وذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية.

أما بالنسبة للدول التي تجعل الميراث من الأحوال الشخصية فتخضعه لقانون جنسية المتوفي، والمشرع الجزائري أخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة (م12/1ق.م.ج)، ويحدد هذا القانون طبيعة الوفاة (حقيقية أو حكمية) مشتملات التركة، الحقوق المتعلقة بها، من هم الورثة، أسباب الإرث، موانع الإرث، تحديد الأنصبة، قواعد الحجب، وحالات الميراث الخاصة.

ونشير إلى أنه في حالة اصطدام قواعد الميراث مع النظام العام في الدول التي تأخذ بالشريعة الإسلامية فيتم استبعادها.

كما نشير إلى أنه يخضع لقانون موقع المال ما يتعلق بالحقوق الواردة على العقارات الموروثة، القواعد المتعلقة بشهر حق الإرث، تنظيم حالة الشيوخ وإدارة الأموال الشائعة، واجراءات انتقال أموال التركة إلى أصحابها، لأنها مسائل متعلقة بالأحوال العينية.

فإذا لم يكن للمتوفي ورثة آلت التركة إلى خزينة الدولة باعتبارها مالكة لكل الأملاك الشاغرة الموجودة في إقليمها، وهذا حسب نص المادة 120 ق.أ.ج والمادة 223 ق.م.ج، وليس باعتبارها واردة.

وعلى هذا الأساس لا تخضع التركة التي ليس لها وارث لأحكام المادة 12 ق.م.ج بل تخضع للمادتين 120 ق.أ.ج و223 ق.م.ج فلا وجود لقاعدة إسناد تخصصها.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

تعرف المادة 121 ق.أ.ج الوصية على أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. وتخضع الشروط الموضوعية المتعلقة بالوصية حسب نص المادة 12/1 ق.م.ج إلى قانون جنسية الموصي وقت وفاته، ذلك أن المشرع الجزائري جعل من الوصية موضوعا من مواضيع الأحوال الشخصية، بينما تخضعها الدول التي تدخلها ضمن الأحوال العينية إلى قانون موقع العقار إذا كان محل الوصية عقارا، وإلى قانون موطن الموصي وقت وفاته إذا كان محل الوصية منقولا.

ويسري قانون جنسية الموصي وقت وفاته على مقدار الوصية، الأشخاص الذين تجوز لهم الوصية، شروط صحة الوصية، والجزاء المترتب على مخالفة أحكام الوصية. أما فيما يخص أهلية الموصي فالرأي الأرجح هو أنها تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء،

لأنه الوقت الذي يتم فيه إبرام التصرف بالتالي فهو الوقت الذي يشترط فيه كمال الأهلية وهو الرأي المأخوذ به في فرنسا(1).

ولم يحدد المشرع الجزائري شكلا معيناً للوصية فيجوز أن تتم شفاهة، بورقة عرفية، أو في الشكل الرسمي أمام الموثق، إلا أنه نصت المادة 191 ق.أ.ج على أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فتثبت بحكم، ويخضع شكل الوصية إلى أحكام المادة 19 ق.م.ج السالفة الذكر.

أما اتفاقية لاهاي لـ أكتوبر 1921 فتحيز خضوع شكل الوصية إلى قانون موطن الموصي أو قانون محل إقامته، وإذا وقعت الوصية على عقار يخضع شكلها لقانون موقع العقار، وتخضع الأهلية لقانون جنسية الموصي وقت قبول الوصية(2).

وتطبق الأحكام ذاتها المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للوصية على التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وهذه التصرفات طبقاً لنص المادتين 222 و 222 ق.م.ج هي التوالي :

- كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع.

- كل تصرف قانوني يصدر عن شخص لأحد ورثته مع الاحتفاظ بحق الانتفاع.

المطلب الثامن: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 505 ق.أ.ج بأنها "تمليك بلا عوض" ومن مقوماتها أنها تتم بين الأحياء وهي فورية ومنجزة عكس الوصية. ولقد حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق عليها في المادة 5/12 حيث نص على خضوع الهبة لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها. ويحدد هذا القانون شروط الهبة وأركانها وحالات الرجوع عنها.

أما الوقف فهو حسب المادة 3 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/01/52 المتعلق بالأوقاف: "حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصرف بالمنفعة على الفقراء

أو على وجه البر والخير" وهو أيضا خاضع لقانون جنسية الواقف وقت إجراء الوقف

(م5/12) ويحدد لنا هذا القانون أنواع الوقف وأركانه وشروطه.

أما ما تعلق بشكل الهبة والقف فيخضع للأحكام الواردة في م 19 ق.م.ج. كذلك تخضع إجراءات تسجيل وشهر وانتقال الملكية في الهبة والوقف إلى قانون مكان وجود المال، حسب ما تنص عليه م 12 ق.م.ج لأنها من الأحوال العينية.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319-350. 2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 25.

الفصل الثاني : قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال العينية

تتضمن الأحوال العينية المسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان عقارا، منقولاً مادياً أو منقولاً معنوي، والعنصر الأجنبي في هذه الحالة ليس متعلقاً بأطراف العلاقة القانونية بل بموضوعها، ألا وهو المال. وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة موضوع هذا الفصل كالآتي : التعريف بضابط الإسناد المتعلق بالأحوال العينية.

تحديد القانون الواجب التطبيق على العقار والمنقول. التنازع المتحرك.

القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي.

المبحث الأول : ضابط الإسناد المتعلق بالأحوال العينية

ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال العينية هو موقع المال، وهو ضابط تجمع كل التشريعات على الأخذ به، إذ تعتبر قاعدة موقع المال Lex Réi Sitae قاعدة قديمة تعود إلى القرن الثالث عشر، حيث كان أول القائلين بها الفقيه Barttol عندما درس القانون الذي يحكم حق الأجنبي في البناء على العقار الذي يملكه، ثم قال بها الفقيه الفرنسي

Dargentrea في القرن السادس عشر دفاعاً عن مبدأ إقليمية القوانين، مما يجعل المال خاضع لقانون موقعه، بعد ذلك نادى بها الفقيه Mancini على أساس أنها استثناء عن مبدأ شخصية القوانين (القرن 19)، كما دافع الفقيه الألماني Savigny عن هذه القاعدة مراعاة لمصالح الأشخاص(1). وقد أيد القضاء هذه القاعدة، وأخذت بها غالبية التشريعات، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 12 و12 مكرر ق.م.ج، إلا أنه هناك بعض الاختلافات التي سنشير إليها في موضعها.

وتتعدد مبررات الأخذ بهذه القاعدة(2)، نذكر أهمها :

- ضمان استقرار المعاملات، بحيث أن التأكد من وجود الحق العيني على المال لا يكون إلا بالرجوع إلى قانون البلد الذي يكون المال فيه، الأمر الذي يضمن حماية للغير، إذ أن إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر لا يمكن إلا أن تتم طبقاً لقانون البلد الذي يوجد فيه المال.

- بما أن الاختصاص القضائي يثبت للقضاء الذي يقع في دائرة اختصاصه المال، فالأولى أن يكون القانون المطبق على هذا المال هو قانون موقعه.

- توفير الحماية الاقتصادية للدولة، لأن العقار هو الثروة الحقيقية لها فالأحرى أن تخضعه لقانونها.

- العقار جزء من إقليم الدولة، مما يجعل تطبيق قانون موقع المال متعلق بسيادتها.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 922-925.

2- المرجع نفسه.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المال

سوف نتطرق أولاً إلى القانون الواجب التطبيق على العقار ثم القانون الواجب التطبيق على المنقول.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على العقار

ذكرنا سابقاً أن تكييف المال، فيما إذا كان عقاراً أو منقولاً يخضع لقانون موقع المال (المادة 1/12 ق.م.ج وذلك كاستثناء عن القاعدة العامة في التكييف).

يخضع العقار إلى قانون موقعه وذلك حسب نص المادة 12 ق.م.ج سواء كان العقار كله في إقليم بلد واحد، أو وقع جزء منه في إقليم بلد والجزء الآخر في الإقليم البلد المجاور، بحيث يطبق على كل جزء قانون البلد الذي يوجد فيه، مما يسهل تطبيق قاعدة قانون الموقع العقار.

يسري قانون موقع العقار على ما يلي:

- الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار، وهي حق الملكية وما يخوله للمالك من حق تصرف واستعمال واستغلال، حق الانتفاع، الاستعمال، السكن، الارتفاق وكذا ما يتعلق بأسباب الكسب وهي الاستيلاء، الشفعة، العقد، الالتصاق، الحيازة، التقادم المكسب، الميراث الوصية، الهبة.

- أحكام الحيازة من حيث كسبها، انتقالها، زوالها، حمايتها، والآثار القانونية المترتبة عنها.

- الحقوق العينية التبعية وهي الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص، حقوق

الامتياز الواردة على العقار. أما إذا كان حق الامتياز غير خاص بالعقار وحده بل وارد على الذمة المالية للمدين ككل، فإنه يخضع في إقراره إلى قانون الموقع والقانون الذي يسري على الدين الذي يقرر عليه هذا الحق وهذا هو الرأي الأرجح.

- شهر التصرفت العقارية من تسجيل وقيد.

- شرط المنع من التصرف الوارد على العقار، من حيث جوازه وآثاره، والقيود التي يرتها على سلطات المالك، تخضع بالإضافة إلى قانون موقع العقار إلى القانون الذي يحكم التصرف الذي ورد بموجبه، سواء كان عقد أو وصية.

- العقود الواردة على العقار وهذا حسب نص المادة 1/12 ق.م.ج إلا ما يتعلق منها بالحقوق الشخصية التي ترتبط بالعقد، فهي تخضع لقانون الإدارة، أما أهلية المتقاعدين فتخضع لقانون جنسية كل منها، كما أن شكل العقد الوارد على العقار فيخضع للقواعد الواردة في م 19 ق.م.ج.

كما يستثنى من تطبيق قاعدة قانون الموقع الحالة التي يكتسب فيها العقار أو المنقول عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة، بحيث أن هاتين الطريقتين في كسب الملكية لا تخضعان في القانون الجزائري إلى قانون موقع العقار، إنما إلى قانون جنسية المالك كما شرحنا ذلك سابقاً، عدا ما يتعلق منها بشهر انتقال الملكية واجراءات التسجيل فيخضع لقانون موقع العقار.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقول

يخضع المنقول إلى قانون موقعه الفعلي كأصل عام، وهذا حسب نص المادة 12 ق.م.ج، إلا إذا كان سفينة أو

طائرة، فيخضع لقانون العلم الذي تحمله، والمقصود بقانون العلم قانون الدولة الذي سجلت فيها السفينة أو الطائرة، حيث أن كلاهما امتداد للإقليم الذي سجلت فيه، فكأننا نطبق قانون موقع المال.

وتخضع القطارات وعربات السكك الحديدية لقانون الدولة التي تملكها، بينما تخضع السيارة لقانون الدولة التي سجلت فيها(1).

أما البضائع، فاعتبار حركتها السريعة واختلاف الأماكن التي قد تتواجد فيها، والتي قد لا تكون لها أي صلة بالبضائع، بحيث لا يعرف أصحاب البضائع أي شيء عن القانون الساري فيها، فقد اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق عليها، بين من يأخذ بقانون علم السفينة أو الطائرة التي تحمل البضاعة، ومن يرى بوجوب تطبيق قانون جنسية مالكيها، ومن يرى تطبيق قانون البلد الذي تتجه إليه.

ويطبق قانون موقع المنقول على ما يلي:

- الحقوق العينية، من حيث مداها طرق اكتسابها وانتقالها وانقضائها، وآثارها يجب شؤها، وكيف يتم شؤها.

- الحيازة من حيث كسبها فقدانها، الآثار المترتبة عنها، واستردادها.

- شرط المنع من التصرف (كما شرحناه سابقاً).

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالة انتقال ملكية المنقول عن طريق الميراث أو الوصية، بحيث نطبق قانون جنسية المالك، أي حال كون المنقول غير مفرد إنما يكون جزء من تركة أو من وصية أو هبة. وكذلك ما يتعلق بالأهلية إذ تخضع لقانون الجنسية، والعقد الخاص بالمنقول يخضع من حيث موضوعه لقواعد الواردة في م 12 ق.م.ج، ومن حيث شكله للقواعد الواردة في م 19 ق.م.ج.

1- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص ص 131-133.

المبحث الثالث: التنازع المتحرك

إن معرفة القانون الواجب التطبيق على المنقول ليس بالأمر السهل، إذ ذكرنا من قبل أن هناك بعض المنقولات التي تكون سريعة التحرك مما يخلق لنا مشكلا في تحديد موقع المنقول، خاصة أن المشرع الجزائري استعان بمعياريين لمعرفة القانون الواجب التطبيق، معيار مكاني حيث نطبق قانون مكان تواجد المنقول، ومعيار زمني، حيث نطبق قانون وقت نشوء السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى.

فإذا اشترى شخص حاسوباً آلياً (Ordinateur) في تونس، ورتب عليه رهناً حيازياً في الجزائر، وباعه في المغرب، فإذا ثار نزاع حوله، فما هو القانون الوالت عليه؟ التونسي، الجزائري، أو المغربي؟ أي هل نطبق قانون موقعه القديم أم قانون موقعه الجديد؟ وهذا ما أثار مشكلة التنازع المتحرك، والذي اقترح فيها حلان نذكرهما في مطلبين كما يلي:

- نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)

- نظرية نفاذ الحق المكتسب

المطلب الأول: نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)

يتجه هذا الرأي إلى تطبيق قواعد التنازع الزمني المطبق في القوانين الداخلية على التنازع المتحرك، والذي مفاده تطبيق القانون الجديد والغاء القديم، بحيث أنه إذا انتقل المنقول إلى إقليم آخر خضع لقانون موقعه الجديد بغض النظر عما يكون قد ترتب عليه من حقوق في قانون الإقليم القديم. إذ يكون للقانون الجديد أثر فوري ومباشر على كل ما يكتسب تحت سلطانه، دون أن يستند إلى الآثار التي ترتبت في ظل القانون القديم(1).

وينتج على تطبيق هذا الحل أنه إذا كان القانون القديم يعترف للمالك بحق ما على المنقول، ثم انتقل إلى دولة لا يعترف له فيها بهذا الحق، فقدده، والعكس صحيح، إذا كان القانون القديم لا يعترف للمالك بحق ما على المنقول ثم انتقل إلى دولة يعترف له قانونها بهذا الحق كسبه.

ومثال ذلك تعلق انتقال الملكية في المنقول بتسليمه، حيث أن القانون السويسري لا يعترف بانتقال الملكية في المنقول إلا إذا تم تسليمه، بينما القانون الجزائري يثبت انتقال الملكية دون تسليم، فإذا ما اشترى عمر منقولا في سويسرا وكان لم يتسلمه بعد فلا يعتبر مالك، بالتالي لا تثبت له سلطات المالك طالما أن هذا المنقول موجود في سويسرا، أما إذا انتقل المنقول إلى الجزائر عدّ عمر مالكا حتى دون تسليمه إياه، والعكس صحيح، ويترتب على ذلك أنه لا يحق لعمر التصرف في المنقول طالما هو في سويسرا، ويمكنه ذلك إذا انتقل المنقول إلى الجزائر، وهذا أمر غير سليم. لذلك تعرض هذا الرأي للنقد على أساس أن(2):

- تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية، وعدم استقرار المعاملات الواردة على المنقول مما يؤدي إلى هدم الثقة.

- تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى إهدار الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم.

1- د. علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 153-152. 2- المرجع نفسه.

- هناك فرق بين التنازع الزمني والتنازع المتحرك، فالأول داخلي والثاني دولي، الأول يحدثه المشرع والثاني يحدثه الشخص. في التنازع الزمني القانون الجديد يلغي القانون القديم، بينما في التنازع المتحرك لا يلغي قانون موقع المنقول الجديد قانون موقعه القديم ولذا لا يجوز القياس.

كل هذا جعل البعض يأخذ بنظرية نفاذ الحق المكتسب.

المطلب الثاني: نظرية نفاذ الحق المكتسب

طبقا لهذا الرأي متى نشأ حق تحت سلطان قانون معين فإن هذا الحق يبقى ساريا حتى لو انتقل المنقول إلى موقع جديد، حيث يجب احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم طالما اكتسب هذا الحق اكتسابا صحيحا، وأن جميع عناصره اكتملت في ظل القانون القديم، وأنه لم ينشأ حق مضاد له في ظل القانون الجديد، وكان هذا الحق المكتسب في ظل القانون القديم غير مخالف للنظام العام في القانون الجديد(1).

وينتج على الأخذ بهذه النظرية أنه من كسب حق في ظل قانون جديد، يظل مكتسبا له مهما تغير موقع المنقول، وذلك في حدود الشروط المذكورة أعلاه.

ومثال ذلك، إذا اشترى عمر منقولا معينا، موجود في الجزائر وكان لم يتسلمه بعد، عد مالكا له، وتظل ملكيته ثابتة حتى لو انتقل المنقول إلى سويسرا وكان لم يتسلمه بعد، وذلك على الرغم من أن ملكية المنقول في عقد البيع لا تنتقل إلى المشتري طبقا للقانون السويسري إلا بالتسليم.

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك

يفهم من نص م3/12 ق.م.ج بأن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، حيث جعل الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي أدى إلى كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

1- د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 1002-1009.

المبحث الرابع : القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي

ويراد بها الحقوق المعنوية مثل: حق الاختراع، حق المؤلف وغيرهما.

وتختلف التشريعات بشأن القانون الواجب التطبيق عليه، فإذا كان مصدر المنقول المعنوي هو العقد، كالديون الناشئة عن عقد إيجار أو بيع فيطبق بشأنه قانون الإرادة الذي يحكم العقد وهذا هو الرأي السائد في ألمانيا وسويسرا، أما في فرنسا فتخضع الديون لقانون الموطن المدين، كما سيأتي بيانه لاحقا. أما إذا لم يكن الأمر كذلك فإن القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي يختلف بحسب اختلاف المنقول ذاته.

المطلب الأول: المحل التجاري والأوراق التجارية

إن القانون الواجب التطبيق على المحل التجاري هو قانون تواجد أهم العناصر المعنوية المكونة له، وهو عنصر العملاء، وهذا القانون هو الذي يحدد لنا عناصر المحل التجاري، أهميتها، التصرفات الواردة عليها (إيجار، بيع، رهن) أحكام الإخلاء(1).

أما الأوراق التجارية فقد رأى جانب من الفقه إخضاعها لقانون محل الوفاء، بينما ذهب اتفاقيتا جنيف المنعقدتان سنة 1930 فيما يخص السفتجة والسند لأمر، و1931 فيما يخص الشيك، إلى إخضاع التزام الساحب لقانون محل السحب، والتزام كل مظهر لقانون مكان التظهير، والتزام القابل لقانون محل القبول(2).

المطلب الثاني : الملكية الأدبية والفكرية

نصت اتفاقية Bern لسنة 1222 المعدلة في بروكسل سنة 1921، وسانديتها في ذلك

اتفاقية جنيف لسنة 1223 المتعلقة بحق المؤلف والمعدلة في لشبونة سنة 1922 على أن

تطبق على الملكية الفكرية والأدبية من حيث مضمونها، مدى الحق فيها ومدتها إلى قانون

بلد النشر لأول مرة.

أما فيما يخص حماية حق المؤلف فالقانون الواجب التطبيق حسب الاتفاقيتين هو كالآتي(1):

- فيما يخص الحماية نطبق قانون البلد الذي تطلب منه الحماية ولو لم يكن بلد النشر أول مرة.
- فيما يخص مدة الحماية، إذا كان قانون بلد النشر لأول مرة لا يمنح أصلا، فنأخذ بالمدة الممنوحة في البلد الذي طلبت فيه الحماية . وإذا كان قانون بلد النشر لأول مرة يمنح الحماية لمدة معينة، فيجب ألا تزيد عنها مدة الحماية الممنوحة في البلد الذي طلب منه الحماية. أما إذا نشر المؤلف لأول مرة في عدة بلدان، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي يمنح أقل مدة حماية، وهذا حسب اتفاقيتي برن وجنيف.
- وفيما يخص براءة الاختراع، فالقانون الوالت عليها هو قانون البلد الذي منح البراءة.

1- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص ص132-132. 2- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص 151.

المطلب الثالث: الملكية الصناعية

وتتمثل في الرسوم والنماذج والعلامة التجارية وهي تخضع لقانون البلد الذي سجلت فيه لأول مرة.

المطلب الرابع: موقف المشرع الجازيري

يبدوا واضحا من نص م12 مكرر/1 ق.م.ج أن المشرع يشير إلى تطبيق قاعدة موقع المال الخاصة بالمنقول المادي على المنقول المعنوي، حيث تنص على ما يلي: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها".

وقد حدد المشرع الجزائري في نص م12 مكرر/5 ق.م.ج محل وجود بعض المنقولات المعنوية كالآتي:

- مكان النشر الأول للمصنف، أو مكان إنجازها، بالنسبة للملكية الأدبية والفنية. - البلد الذي منحها، بالنسبة لبراءة الاختراع.

- بلد التسجيل، بالنسبة للرسم والنموذج الصناعي. - بلد منشأة الاستغلال، بالنسبة للعلامة التجارية.

- بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري، بالنسبة للإسم التجاري.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى العناصر الأخرى للمحل التجاري، مما يدفعنا إلى الأخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص حسب م53 مكرر/5 ق.م.ج.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 101-102.

الفصل الثالث: قواعد التنازع المتعلقة بالالتزامات التعاقدية

يقصد بالالتزامات التعاقدية التصرفات القانونية التي تتم بين الأحياء دون التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والتي تصنف ضمن الأحوال الشخصية، كما نقصد بها أيضا التصرفات ذات الطابع المالي، دون تلك التي تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية والتي سبق أن أشرنا إليها.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية

تنص م 12 ق.م.ج على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك 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."

فيحكم موضوع العقد إذن أربعة ضوابط، الإرادة، الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، وموضوع العقد. غير أن أكثر الضوابط أهمية هو قانون الإرادة، لذا سنخصه بالدراسة في المطلب الأول، وباقي الضوابط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية

لا يمكن لأحد أن ينكر ما للإرادة من سلطان في إبرام العقود، فهي تنشئ، تنفذ، تعدل، وتنهى العقود دون تدخل الغير، إلا في حالات معينة نص عليها القانون، وتبعا لذلك يكون من المنطقي أن تطلق إرادة المتعاقدين لاختار القانون الذي سيحكم عقدهما، والذي من شأنه كذلك أن يحل أي نزاع ينشب بينهما فيما يتعلق بتنفيذ العقد.

الفرع الأول: نشأة قانون الإرادة وتطوره

كانت قاعدة خضوع العقد لمكان إبرامه شكلاً وموضوعاً معروفة لدى المدرسة الإيطالية القديمة التي كان يتزعمها الفقيه Bartol، حيث أنه لم يفرّق بين شكل العقد وموضوعه، وهذا على أساس أنّ المتعاقدان عند إختيارهما للمكان الذي سيرما فيه عقدهما، قد إتجهت إرادتهما ضمناً إلى إختيار قانون محل إبرام هذا العقد ليحكم علاقتهما العقدية، وقد عرفت هذه القاعدة تحت تسمية Locus régit Actum (1).

ويرجع الفضل إلى الفقيه Dumoulin في الفصل بين موضوع العقد وشكله، حيث أستشير سنة 1252م في قضية القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، فإعتبر النظام المالي عقدا وبالتالي وجب خضوعه للقانون الذي إختاره الزوجان، وأنه لا معنى لأن نفترض أنّ المتعاقدين بإختيارهما لمكان إبرام العقد قد إختارا تطبيق قانون مكان الإبرام، إذ يمكن أن تكون إرادتهما قد إتجهت إلى إختيار قانون آخر، ومنذ هذا التاريخ ظهرت قاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين دون الشكل، وهكذا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص لأول مرة (2).

1- د.أعراب، بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 301-303.

2- د.أعراب، بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 301.

وقد وجهت عدة إنتقادات لقاعدة مكان إبرام العقد أهمّها ما ذكره الفقيه Batiffol من أنّ مكان إبرام العقد، غالباً ما يكون عرضياً ولا علاقة له بمصالح المتعاقدين، وأنّ عبارة مكان إبرام العقد تحتل عدّة مفاهيم، فهل يقصد منها المكان الذي تمّ فيه الإتفاق على جميع شروط العقد، أو المكان الذي تمّ فيه التوقيع على العقد، بإعتبار أنّ المكانين قد يختلفان(1)، ما جعل معظم التشريعات تأخذ بقاعدة قانون الإرادة كأصل عام.

وعلى الرغم من النجاح الذي لاقاه قانون الإرادة، وجّهت له عدّة إنتقادات أهمّها(2):

- إذا كان يحق للمتعاقدين إختيار القانون الذي يحكم عقدهما، فكيف يكون الحل إذا إختارنا قانوناً يظهر من قواعده بأنّ هذا العقد باطل، فكيف يمكن القول بأنّ مبدأ سلطان الإرادة يحقق مصلحة المتعاقدين إذا جعل العقد باطل بسبب جهل المتعاقدين للقانون الذي إختاراه.

- إنّ تحديد سلطان القانون من حيث المكان من إختصاص المشرّع، لكن إذا أعطي للمتعاقدين الحرية في إختيار القانون الذي يحكم عقدهما، ألا نكون في هذه الحالة قد أعطينا إختصاصاً للمتعاقدين في تحديد سلطان القانون من حيث المكان.

- إذا لم يختار المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم عقدهما، فعلى القاضي البحث عن الإرادة الضمنية مما قد ينتج عنه أنّ القاضي قد ينسب إلى المتعاقدين قانوناً لم تتجه إرادتهما إليه إطلاقاً، مما يفتح المجال لإحلال إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين.

لكن ومع توجيه كل هذه الإنتقادات، إلّا أنّ معظم التشريعات أخذت بقانون الإرادة كقاعدة إسناد فيما يخص القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وان كان القضاء في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية قد أحاطه بقيود، وضيق عليه، كما حدّت التشريعات التي أخذت به من حرية المتعاقدين في إختيار القانون الذي يطبق على عقدهما، خاصة بعد إعمال نظرية الغش نحو القانون.

والملفت الإنتباه أنه على الرغم من ظهور مبدأ قانون الإرادة على يد الفقيه الفرنسي Dumoulin، إلّا أنّ هذه القاعدة لم تظهر في القضاء الفرنسي إلّا سنة 1910 أين ذكرت محكمة النقض الفرنسية أنّ << القانون الذي تخضع له العقود من حيث تكوينها، أو من

1- د.أعراب، بلقاسم، المرجع السابق، ص 301.

2- المرجع نفسه، ص 302-302.

- يحق للمتعاقدين أن يختارا أي قانون يحكم عقدهما حتى لو كان هذا القانون ليست له علاقة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين، وهي نتيجة مرفوضة فقها وتشريعا، وقضاء.

- يحق للمتعاقدين أن يشترطا عدم تطبيق التعديلات التي ستطرأ على القانون المختار واللاحقة لإبرام العقد، فلا تسري هذه التعديلات التي بأثر رجعي على العقد.

- يحق للمتعاقدين إختيار بعض أحكام هذا القانون، واستبعاد البعض الآخر، خاصة تلك التي يترتب على تطبيقها بطلان العقد.

- يمكن للمتعاقدين أن يختارا عدم إخضاع عقدهما لأي قانون وقد أكدت هذا الأمر

محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1910/01/51، ولكن محكمة النقض الفرنسية

عارضت هذا الإتجاه في الحكم الصادر في 1920/02/51 أين ذكرت بأن << كل عقد دولي يستند إلى قانون دولة ما.>>. وقد أراد بعض الفقهاء الفرنسيين تجنب ما وُجِّه من إنتقادات لمبدأ سلطان الإرادة، وقالوا أن المتعاقدين لا يختاران القانون الواجب التطبيق على العقد، إنما يختاران مكان تركيز العقد، حيث نطبق على العقد قانون البلد الذي ركّز فيه العقد، بالتالي فإيجاد القانون الذي يحكم العقد يكون بالبحث عن تركيز العقد، والذي يقصد به المكان الذي تمت فيه أكثر أو أهم عناصر العقد، مثل مكان المفاوضات، إجراءات التنفيذ، وغيرها من المظاهر الخارجية الملموسة التي يمكن تحديد مكانها، وقالوا بأن أهم عنصر يؤخذ به لتركيز العقد هو الإبرام، فيجوز أن يكون محل إبرام العقد هو مكان التركيز.

غير أنه وكما هو معلوم، يمكن أن يكون محل إبرام العقد عرضيا لا صلة له بمصالح أطراف العقد، كما أن العقد قد يبرم بين غائبين عن طريق الهاتف أو بالمراسلة أو عبر الأنترنت، فيجب على المتعاقدين أن يعتمدا على عنصر آخر لتركيز العقد، مثل محل التسليم، أو الوفاء بالثمن، وهذا يعني أن المتعاقدان هما اللذان سيختاران محل تركيز العقد، أي قانون محل تركيز العقد، وبالتالي فلإرادتهما سلطان في إختيار القانون الذي يحكم العقد، أي أنه لا فرق بين نظرية قانون الإرادة، ونظرية تركيز العقد، خاصة أنه إذا لم يظهر في العقد أن إرادة الأطراف إتجهت إلى تركيز العقد في مكان معيّن، فسيؤول القاضي تركيزه، مما يعني تحكم القاضي في العقد وتمكينه من إخضاعه لقانون لم تتجه إرادة الأطراف إليه.

وتجنبنا لهذا النقد ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى إخضاع كل جزء من أجزاء العقد إلى قانون معيّن كالآتي:

- تخضع الأهلية لقانون الجنسية. - يخضع الشكل لقانون الشكل.

- يخضع وجود الرضا لقانون القاضي، خضوعه لقانون الشكل.

- عيوب الرضا تخضع لقانون الجنسية أو الموطن.

- موضوع الإلزام وسببه يخضعان لقانون القاضي من حيث المشروعية، ولقانون محل التنفيذ من حيث كون الموضوع ممكن أو لا.

ولقد عيب هذا الرأي أنّه جزأً العقد بينما هو وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة.

الفرع الثاني: ضوابط تحديد قانون الإرادة:

الإرادة الصريحة- الإرادة الضمنية.

أولاً: الإرادة الصريحة:

يتم التعرف على قانون إرادة المتعاقدين بالإستناد إلى الكيفية التي يعبر بها المتعاقدين عن إرادتهما، فإذا كانت صريحة، أي أنّ المتعاقدين قد إتفقا صراحة على أن يكون قانون دولة معينة هو الواجب التطبيق على العقد فيجب العمل بذلك، أما إذا كانت الإرادة ضمنية، وفي هذه الحالة هي أيضاً إرادة حقيقية للمتعاقدين، إلّا أنّهما لم يعتبرها عنها صراحة، كأن يتفق المتعاقدان على أن يرفع أيّ نزاع ينشأ بينهما إلى قاضي دولة معينة، ففي هذه الحالة تكون إرادتهما متجهة إلى تطبيق قانون هذه الدولة على عقدهما.

ثانياً: الإرادة الضمنية:

في حال غياب الإرادة الصريحة، يستنتج القاضي الإرادة الضمنية من خلال الإطلاع على شروط العقد وبنوده، أي يعتمد على القرائن المرتبطة بالعقد.

ويضيف الفقهاء الإنجليز إلى أن الإرادة الضمنية، الإرادة المفترضة، غير أنّه بما أنّ القرائن التي تستنبط منها الإرادة المفترضة هي نفسها القرائن المعمول بها قصد التعرف على

الإرادة الضمنية، قد إستبعدوا الفقهاء الفرنسيين وكذا الكثير من التشريعات، وقد أخذ المشرع

المصري بالإرادة الضمنية، حيث نص في المادة 19 من قانون المدني المصري على ما يلي:

<<... أو يتبن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.>>.

أمّا المشرع الجزائري فلم ينص على الأخذ بالإرادة الضمنية ولم يشر إليها ولا حتى بشكل غير مباشر، حيث نصّ في المادة 12 من قانون مدني الجزائري على الرجوع مباشرة إلى الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو موطنهما المشترك، في حال غياب الإرادة الصريحة الدالة على القانون الواجب التطبيق.

والمسألة الأخرى التي أثّرت من طرف الفقه والقضاء الفرنسيان أنّه بعد ما يتم إختيار القانون الذي يحكم العقد، هو مدى محافظة هذه النصوص القانونية المختارة على صفتها القانونية الإلزامية، حيث يذهب إتجاه في الفقه إلى أنّ نصوص القانون المختار تصبح جزءاً من العقد، فتفقد صفتها القانونية وتعتبر بنود في العقد، بالتالي فإنّ أيّ

تعديل أو إلغاء ينصب على هذا القانون لا يكون له أي تأثير على بنود العقد، وهذا هو الرأي الذي أخذ به القضاء الفرنسي.

بينما يذهب إتجاه فقهي آخر يتزعمه الفقيه Batifol إلى القول بأن نصوص القانون المختار لا تفقد صفتها القانونية ولا تعتبر جزء من العقد ونحافظ على قوتها الإلزامية بحيث أن أي تعديل أو إلغاء يلحق بالعقد ويؤثر فيه. وهذا هو موقف القضاء السويسري.

نشير هنا إلى مسألة هامة وهي أن المشرع الجزائري يأخذ بقانون الإرادة إذا كانت له صلة بالمتعاقدين (الجنسية أو الموطن)، أو بالعقد (محل الإبرام أو محل التنفيذ)، فإن لم تكن الصلة موجودة، قامت قرينة على التهرب من القانون الواجب التطبيق، بحيث يمكن للقاضي إستبعاد تطبيق القانون المختار وتطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين.

المطلب الثاني: الضوابط الأخرى التي تحكم موضوع العقد

يطبق على العقد القانون الذي يختاره الأطراف صراحة شرط أن تكون له صلة بهما أو بعقدتهما، فإذا لم يختارا قانونا أو كان القانون الذي اختاراه بلا صلة بهما أو بعقدتهما طبق قانون موطنهما المشترك (فرع أول)، أو جنسيتهما المشتركة (فرع ثاني)، فإذا لم يكن لديهما موطن أو جنسية مشتركة، طبق قانون محل إبرام العقد (فرع ثالث).

الفرع أول: الموطن المشترك للمتعاقدين

إتحاد المتعاقدين في الموطن يعتبر قرينة على أنهما إختارا قانون موطنهما المشترك لتطبيقه على العقد القائم بينهما، وقد أخذ به المشرع المصري، كما نصّت عليه إتفاقية Lahay المنعقدة في 12/02/1922 بشأن بيع المنقولات المادية، بحيث تأخذ بقانون موطن البائع عند سكوت المتعاقدين.

غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ به كقرينة للتعرف على الإرادة الضمنية، لأنه يعتبر ضابط إسناد في حال غياب الإرادة الصريحة من طرف المتعاقدين، أي في حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما، أو أنهما اختارا قانون لا علاقة له بهما أو بعقدتهما.

الفرع ثاني: الجنسية المشتركة للمتعاقدين

إذا كانت جنسية المتعاقدين مشتركة وكانا لم يصرحا بالأخذ بقانون معين يحكم عقدهما، أو أنهما اختارا قانون لا علاقة له بهما أو بعقدتهما، فإنّ قانون الدولة التي يحملان جنسيتهما هو القانون الواجب التطبيق على العقد.

نشير هنا أن ضابطي الموطن والجنسية اختاريان لأن المشرع الجزائري استعمل عبارة "أو" (1)، مما يعني أن للقاضي الذي يعرض عليه النزاع أن يختار القانون الذي سيعتمده لحل النزاع.

الفرع الثالث: محل إبرام العقد كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد:

في حال غياب الإرادة الصريحة من طرف المتعاقدين، أي في حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما، أو

أنهما اختارا قانون لا علاقة له بهما أو بعقدتهما، ولم تكن لهما جنسية مشتركة أو موطن مشترك، يكون قانون محل إبرام العقد هو الواجب التطبيق.

لا يثور أيّ إشكال في تحديد مكان إبرام العقد عندما يتم هذا الأخير بين حاضرين، أمّا إذا أبرم العقد بين غائبين، كما لو تمّ عن طريق المراسلة فإنّ تحديد مكان إبرام العقد يكون بحسب الزمن الذي يعتبر فيه العقد مبرم أي لا بدّ من تحديد وقت إقتران الإيجاب بالقبول.

وفي هذا الصدد هناك من الفقه من يعتبر بأنّ العقد قد تمّ في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل عن قبوله، ويذهب إتجاه آخر إلى الأخذ بزمان ومكان تصدير القبول، واتجاه ثالث يذهب إلى الأخذ بزمان ومكان صول القبول، بينما يأخذ المشرّع الجزائري بنظرية العلم بالقبول، بحيث يعتبر العقد قد تمّ في الزمان والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول المادة 22 من قانون المدني الجزائري، ويعتبر هذا هو الضابط في تحديد محل إبرام العقد.

وتظهر أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد بحسب النظريات المذكورة أعلاه في أنّ كل نظرية تشير إلى مكان معيّن، بالتالي فمكان إبرام العقد سيختلف بحسب النظرية المأخوذ بها، مما يستتبع اختلاف القانون الذي يحكم العقد.

وتجدر الإشارة إلى أنّ التشريعات العربية والغربية قد اعتمدت على محل إبرام العقد كضابط إسناد إحتياطي في حال غياب الإرادة الصريحة، أو صعوبة التوصل إلى الإرادة الضمنية، وذلك على الرغم من إحتمال كون مكان إبرام العقد عرفي لا علاقة له بمصالح المتعاقدين. ولكن نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أعطاه أهمية بالغة عند عدم إختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما، ولم يكن لهما جنسية أو موطن مشترك.

المطلب الثالث: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم العقد

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

الفرع الأول: العقود المستثناة من تطبيق القانون الذي يحكم العقد

لا يخضع بيع المنقول في المزاد العلني للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، سواء تمّ تنظيم المزاد من طرف إدارة عمومية أو خاصة، أو من طرف موظف مختص، فإنّ القانون الواجب التطبيق عليه هو قانون البلد الذي نظّم المزاد. وتخضع العقود الواردة على العقارات لقانون موقع العقار حسب المادة 1/12 ق.م.ج.

كما تخضع عقود الأحوال الشخصية لقانون الجنسية حسب المادة 12 ق.م.ج. كذلك تخضع الأهلية لقانون الجنسية (المادة 10 من قانون المدني الجزائري). ويسري على شكل العقد القواعد الواردة في المادة 19 ق.م.ج.

بالنسبة لعقود العمل فإنّ الفقه يختلف حول القانون الواجب التطبيق عليها بين مؤيد لقانون مكان إبرام العقد أو قانون المركز الرئيسي للمؤسسة، أو قانون مكان تنفيذ العقد (أي تنفيذ العمل)(1)، غير أن المنطق القانوني يقتضي خضوع عقد العمل لقانون مكان العمل، ذلك أن ممارسة الشخص المعنوي لنشاط في الجزائر يجعله خاضعا للقانون الجزائري، وكذلك عقود العمل التي يبرمها.

1- م 5/12 ق.م.ج: "وفي حالة عدم إمكان ذلك قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

الفرع الثاني: جوانب تطبيق القانون الذي يحكم العقد

يطبق قانون العقد على تكوين العقد، آثاره، وأسباب إنقضائه.

أولاً: تكوين العقد:

يتكوّن العقد بتوافر أركانه: الرضا- المحل- السبب.

1- الرضا: يحدد لنا قانون الإرادة، أي يخضع لقانون الإرادة كل من:

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

- متى يتطابق الإيجاب بالقبول.

- زمان ومكان انعقاد العقد.

أمّا بالنسبة لعيوب الرضا فرأى Bartin إخضاعها لقانون الجنسية بإعتبارها تهدف إلى حماية إرادة الشخص، بينما يفرّق الفقهاء عمومًا بين عيوب الإرادة (نقص الأهلية، السفه، العته، الجنون، الغفلة) فيعتبرونها خاضعة لقانون الجنسية لأنها تدخل ضمن الأحوال الشخصية، وبين عيوب الرضا (الغلط، التدليس، والإكراه) فهي ليست عيوب في الشخص إنّما عيوب في العقد لذا فتخضع لقانون الإرادة(2).

وبالنسبة للإستغلال وإعتبار أن التشريع الجزائري يقيمه على الطيش والهوى تارة وعلى النقص في ثمن العقار تارة أخرى، ففي الحالة الأولى يعتبر عيب في الشخص بالتالي يخضع لقانون الجنسية، أمّا في الحالة الثانية فيعتبر عيب في العقد فيخضع بالتالي لقانون الإرادة.

2- محل العقد: كل المسائل القانونية المتعلقة بالمحل تخضع لقانون العقد، أي أنّ هذا القانون هو الذي سيحدد متى يكون المحل موجودًا أو لا، معينًا أو قابلاً للتعيين، مشروعًا أو لا. غير أنّ الفقه يرى أنّه فيما يخص قابلية المحل للتعامل فيه فيجب الرجوع إلى قانون موقع المال إذا كان المحل مال، أو إلى قانون مكان التنفيذ إذا كان المحل عمل(1).

3- السبب: يبيّن لنا قانون العقد متى يكون السبب موجود أو لا، مشروع أو غير مشروع، غير أنّه إذا كان السبب غير مشروع طبقًا لقانون القاضي، يمكن لهذا الأخير إستبعاد قانون الإرادة لتعارضه مع النظام العام.

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 315-311.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 322-322.

د.محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 5011، ص 195.

ثانياً: آثار العقد

قانون العقد هو الذي يحدد لنا أشخاص العقد الذين تنصرف إليهم (آثاره المتعاقدين، الخلف العام، الخلف الخاص التعهد عن الغير، الإشتراط لمصلحة الغير). كما يحدد لنا الدعاوى التي يحق للدائنين رفعها ضد المدين، وكذلك يبيّن لنا موضوع التعاقد بين الطرفين والإلتزامات المتولّدة عن العقد.

كذلك قانون العقد هو الذي يحدد المسؤولية العقدية في حالة ما إذا إمتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه وكذا أركان المسؤولية العقدية، كما يخضع تفسير العقد لقانون العقد. أما حق الحبس فبإعتباره حق شخصي في القانون الجزائري فهو يخضع لقانون العقد، بينما يخضع لقانون موقع المال عند من يعتبرونه حقاً عينياً.

ثالثاً: تنفيذ العقد

يحدد قانون العقد الإلتزامات الواردة في العقد والواجب تنفيذها، كما يحدد أحوال تنفيذ العقد هل يكون عينياً أو بمقابل، كيف يقدر التعويض، وعناصره، كما يحدد أحكام الشرط الجزائي والفوائد، كذلك جزاء عدم التنفيذ، وحالات استحالة التنفيذ وأحكامها. غير أنّ المسائل المتعلقة بالغرامة التهديدية والتنفيذ الجبري، وبإعتبارهما من النظام العام فهما يخضعان لقانون القاضي.

أما الكفالة وحوالة الحق، فيخضعان للقانون الذي يختاره الأطراف، أمّا إذا لم يختار الأطراف قانون فقد درج القضاء الفرنسي على إخضاعها للإلتزام الأصلي الذي ترتبطان به.

رابعاً: إنقضاء الإلتزام التعاقدي

يحدد قانون العقد طرق إنقضاء الإلتزام التعاقدي سواء رجع ذلك إلى إنقضاء الإلتزام بطريق الوفاء، التجديد، إستحالة التنفيذ، أو الإبراء، أمّا المقاصة فهي تخضع لقانون العقد إذا كانت إتفاقية، وإذا كانت قضائية فهي تخضع لقانون القاضي، أمّا المقاصة القانونية فقد ذهب جانب من الفقه إلى إخضاعها لقانون العقد، والبعض الآخر أخضعها لقانون القاضي،

وفريق آخر قال بتطبيق القانون الذي أدّى إلى تحقيق المقاصة، وقال فريق رابع بتطبيق القانون الذي يحكم الإلتزام المنقضي بالمقاصة(1). أمّا فيما يخص إنقضاء الإلتزام عن طريق التقادم المسقط فإنه يخضع في الدول الأنكلوسكسونية إلى قانون القاضي، أمّا أغلب دول أوروبا، وأغلب الفقه فيخضعه لقانون العقد(2).

1- د.محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص 193.

يحدد قانون العقد ما إذا كان الجزاء المترتب عن تخلف شرط أو ركن هو البطلان المطلق أو القابلية للإبطال، بحيث يخضع البطلان المطلق للقانون الذي يحكم الركن المتخلف، أما القابلية للإبطال فهي تخضع لقانون جنسية الشخص إذا نتجت عن تخلف شرط الأهلية أو عن عيب من عيوبها مع الإشارة إلى الإستثناء الوارد في المادة 10 من قانون المدني الجزائري، وتخضع لقانون العقد إذا نتجت عن عيب من عيوب الرضا (الغلط أو التدليس أو الإكراه).

أما الفسخ لعدم التنفيذ فيخضع لقانون العقد.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية

يأخذ المشرع الجزائري فيما يخص القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانوني بقاعدة Locus حيث تنص المادة 19 من قانون المدني الجزائري على أنّ العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون محل الإبرام، وفي حالة ما إذا كان للمتعاقدان جنسية مشتركة أو موطن مشترك، جاز إخضاع شكل العقد لقانون الجنسية أو الموطن. كما يجوز أن يخضع للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للعقد.

المطلب الأول: نشأة قاعدة Locus

ظهرت قاعدة Locus بمناسبة مناقشة صحة وصية أبرمها أحد سكان مدينة مودين وهو في مدينة فينيس، حيث يستلزم قانون المدينة الأولى لصحة الوصية حضور 02 شهود، بينما يستلزم قانون المدينة الثانية حضور 03 شهود فقط، وقد قرر القضاء في مدينة فينيس صحتها لأنها تمت بالشكل المطلوب في هذه المدينة(1).

وقد توسّع فقهاء المدرسة الإيطالية في هذا الحكم وجعلوا قاعدة Locus مطبقة حتى على موضوع العقد، إلى غاية القرن 12 أين فصل Dumoulin بين شكل العقد فبقي خاضعا لقانون المحل، وموضوع العقد الذي أصبح خاضعا لقانون الإرادة(2).

ويرجع الأخذ بقاعدة Locus إلى عدة مبررات نذكر منها(3):

- إستقرار المعاملات، وضمان صحتها.

- تسهيل تعاملات المتعاقدين، بحيث قانون المحل هو الأقرب إليهما، سيما إذا تطلب الأمر إبرام العقد لدى موظف معيّن وفي شكل خاص.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 1111-1115.

2- المرجع نفسه

3. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 21-23.

المطلب الثاني: إلزامية قاعدة Locus

اختلف الفقه والقضاء في مدى إلزامية قاعدة قانون المحل، سيما أنّ معظم التشريعات تنص على قواعد أخرى إلى جانب قاعدة Locus مثل التشريع المصري الذي ينص على خضوع شكل التصرف للقانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون موطن المتعاقدين، أو قانون جنسيتهما المشترك، وكذلك ينص المشرع الجزائري.

لقد إتجه القضاء الفرنسي في بداية الأمر ومعه جانب من الفقه إلى اعتبار قاعدة Locus إلزامية، بحيث يلزم المتعاقدين بإفراغ عقدهما في الشكل الذي يستوجبه قانون المكان الذي أبرما فيه عقدهما، أي أنّ قاعدة Locus قاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها.

غير أنّ القضاء الفرنسي تراجع عن هذا الإتجاه حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم في 1923/02/52 قالت فيه بجواز خضوع شكل التصرف إلى القانون الذي يحكم موضوعه، أي أنّ قاعدة Locus إختيارية بحيث يجوز للمتعاقدين إختيار قانون آخر يخضع له شكل عقدهما، مما يضمن التيسير على المتعاقدين.

وتختلف التشريعات من حيث الأخذ بالطابع الإلزامي أو الإختياري لقاعدة Locus، أمّا المشرع الجزائري فقد منح المتعاقدين حق الخيار بين تطبيق قانون المحل على شكل العقد أو قانون جنسيتهما إذا إشتراكا في الجنسية، أو موطنهما المشترك، أو القانون الذي يحكم العقد من حيث موضوعه.

غير أنه ثمة إشكالية إذا كان بالإمكان استعمال الضوابط الأربعة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وكان شكل العقد صحيحا طبقا لإحدى القوانين، وباطلا طبقا لقوانين أخرى، وتمسك أحدهما بالبطلان، فما هو القانون الذي سيطبقه القاضي؟

تقتضي مبادئ تطبيق القانون بحسن نية، أن يطبق القاضي القانون الذي يجعل العقد صحيحا من حيث الشكل، لأن هدف المتعاقدين هو إبرام عقد صحيح وليس باطل. لذا فإن إختيار القانون الواجب التطبيق عند نشوب نزاع، هو من صلاحيات القاضي وليس المتعاقدين.

المطلب الثالث: مجالات تطبيق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني

لا تخضع للقواعد الواردة في م19 ق.م.ج كل الأشكال التي تفرغ فيها التصرفات القانونية إنّما هناك حالات لا تطبق فيها قانون المحل إنّما قوانين أخرى.

الفرع الأول: الحالات التي لا يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني

يستثنى من تطبيق قاعدة Locus régit actus أي قاعدة قانون المحل، الأشكال التالية:

- الأشكال المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار بحيث تخضع لقانون موقع العقار (1/12 ق.م.ج).
- الأشكال المتعلقة بالشهر، تخضع لقانون موقع المال محل الشهر، أمّا بالنسبة للسفن والطائرات فتخضع هذه الأشكال لقانون العلم.

- الأشكال المتعلقة بالمرافعات، حيث أنّ إجراءات التقاضي تخضع لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات (م51 مكرر ق.م.ج).

- الأشكال المكملة للأهلية، كالإذن اللازم لمزاولة التجارة لمن لم يبلغ سن الرشد بعد، أو الإذن بالتصرف في أموال القاصر، فهي بإعتبارها مقررة لحماية القاصر أو الشخص المحمي، فإنها تخضع لقانون جنسية هذا الشخص، على أنّ الإجراءات القضائية المتعلقة بها تخضع لقانون القاضي. ونشير إلى أنّه في الحالة التي يؤدي فيها تطبيق القانون الذي يحكم الشكل إلى مخالفة النظام العام في دولة القاضي، أو إنطوى تطبيقه على تحايل تجاه القانون الواجب التطبيق، فإنّه يتم إستبعاده وتطبيق قانون القاضي (م51 ق.م.ج).

الفرع الثاني: الحالات التي يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني

يطبق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني على ما يلي (1):

- حالة الأشخاص، بحيث أنّ كل الحوادث التي تقع للشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته والتي تثبت في محررات رسمية، فإنها من حيث شكلها تخضع لقانون المكان الذي حرّرت فيه الوثائق المثبتة للحوادث (المادة 92 من قانون الحالة المدنية).

- شكل عقد الزواج، أي أنّ وثيقة إثبات عقد الزواج تحرّر وفق قواعد قانون البلد الذي تمّ فيه تسجيل عقد الزواج (المادة 92 قانون الحالة المدنية).

- شكل الوصية.

- شكل الأعمال التجارية، سيما ما يتعلق منها بالسّفّجة حيث يجب أن تحرر وفقًا للأوضاع المنصوص عليها في القانون البلد الذي تمّ فيه إنشاؤها.

- الشكل اللازم لإثبات التصرف، ويقصد به الشكل المادي الخارجي الذي تفرغ فيه إرادة المتعاقدين، كإشتراط الكتابة، وثبوت التاريخ، ووجوب وضع بيانات معيّنة، أو لزوم التصديق، وعدد النسخ التي يجب أن يتم فيها العقد، وتوقيع الشهود، فقانون المحل هو الذي ينظّم هذه المسائل.

- الشكل اللازم لإبرام التصرف، وهنا نميّز حالتين: - إذا كان الشكل لازم لإنعقاد العقد ففي هذه الحالة يعتبر الشكل ركن في العقد بالتالي يخضع هذا الشكل للقانون الذي يخضع له موضوع العقد، كالشكل اللازم في الرهن الرسمي.

- أمّا إذا كان الشكل ضروريا للإثبات، فإنه يخضع لقانون محل إبرام التصرف. ونشير هنا إلى أن القاضي هو الذي يكيّف موضوع النزاع، فإما أن يعتبره متعلق بشكل العقد، بالتالي يطبق نص م 19 ق.م.ج إن كان له محل، أو يعتبره متعلق بالموضوع فيطبق نص م 12 ق.م.ج إن كان لها محل.

1- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 5013، ص ص 21-25.

الفصل الرابع: قواعد التنازع المتعلقة بالإلتزامات غير التعاقدية

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية تلك الأفعال التي تنشأ عنها إلتزامات من غير أن تتدخل إرادة الأطراف في إنشائها، ويقصد بها الفعل الضار المنشئ للمسؤولية التقصيرية لكافة أنواعها، والفعل النافع الذي ينتج عنه الإثراء بلا سبب بتطبيقه الدفع الغير مستحق والفضالة. ويسري على هذه الأفعال قانون محل وقوعها والذي يعتبر عنه بقاعدة Loci Delecti Lex.

المبحث الأول: التعريف بقاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

تتفق غالبية التشريعات على الأخذ بهذه القاعدة، واخضاع الإلتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ لها، لذا لابد من معرفة مصدر هذه الأهمية بالتطرق إلى تاريخ نشأتها في مطلب أول، ومضمونها في مطلب ثاني.

المطلب الأول: نشأة قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ لالتزام

وظهرت قاعدة قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام في القرون الوسطى لدى المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت لا تفصل بين المسؤولية الجنائية والمدنية، حيث تخضع الجريمة الجنائية برمتها إلى قانون محل وقوعها، وبذلك أخذ الفقه الفرنسي على يد الفقيه D'Argentreau تطبيق مبدأ إقليمية القوانين (القرن السابع عشر)(1).

غير أن Saviny على الرغم من إقراره لهذه القاعدة إلا أنه أعطى الحق للمضرور في أن يأخذ بقانون القاضي إذا كان يحقق له مصالح أكثر. وهي القاعدة التي يأخذ بها القانون الفرنسي، بحيث أنه إذا كان قانون المحل يعطي للمضرور تعويضاً يساوي على الأقل الحد الأدنى الذي يضمنه القانون الفرنسي، أستبعد قانون المحل وطبق بدله القانون الفرنسي هو ما تأخذ به الكثير من تشريعات دول الإتحاد الأوروبي(2).

إضافة إلى قانون المحل، إقترح الفقه حلولاً أخرى كإخضاع الفعل المنشئ للإلتزام إلى قانون العلاقة الأصلية، قانون الإرادة، أو القانون الشخصي، غير أن مبررات الأخذ بقانون المحل جعلت جل التشريعات تأخذ بها والتي تعود أساساً إلى ما يلي:

- أن قانون المحل هو المختص في تحديد مشروعية أو عدم مشروعيته الفعل الذي يقع تحت سلطانه، حيث يقتضي مبدأ الإقليمية خضوع الأفعال التي تتم في إقليم دولة إلى قانون هذه الأخيرة.

- أن الفعل له صلة بالمجتمع الذي تنعكس عليه آثاره فيكون من حق أفراد هذا المجتمع أن يطبقوا قانونهم على الفعل الذي مس بمصالحهم.

- أن الخطأ لا يكون منشأ العقد بالضرورة.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 392-102. -
2 المرجع نفسه.

المطلب الثاني: مضمون قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

تنص م 1/50 ق.م.ج على ما يلي: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"، وهذا مضمون قاعدة Lex Loci Delecti، بحيث أنّ ضابط الإسناد هو المكان الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، ولا فرق هنا بين الفعل النافع أو الضار.

إلا أنّ الفقرة الثانية من المادة 50 تنص على أنّه: "فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وان كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

بالتالي فإنّه فيما يتعلق بالفعل الضار نميّز بين القانون الواجب التطبيق على النزاع وبين القانون الواجب التطبيق على تكييف الفعل من حيث مشروعيته، إذ أنّ تقدير مشروعية الفعل يخضع للقانونين الجزائري والمحلي على أساس التطبيق الجامع، بحيث تتم متابعة الشخص عن فعله الضار إذا كان غير مشروع في كلا القانونية أمّا إذا كان مشروعاً في أحدهما وغير مشروع في الآخر فإنّه لا محل للمتابعة وذلك على الوجه الآتي:

- إذا كان الفعل غير مشروع في كلا القانونين فإنّه يتم تطبيق قانون المحل بحيث تطبق أحكامه على قواعد المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار.

- إذا كان الفعل غير مشروع في قانون المحل ومشروع في القانون الجزائري يستبعد قانون المحل ويطبق القانون الجزائري الذي يجعل الشخص في منأى عن المساءلة.

- إذا كان الفعل غير المشروع في الجزائر مشروع في قانون المحل يتم تطبيق قانون المحل بإعتباره قانون مكان وقوع الفعل، فلا يكون هناك وجه للمتابعة.

بالتالي نلاحظ أننا نطبق الإستثناء في الحالة الثانية، فقط بحيث إذا كان الفعل مشروع في القانون الجزائري وغير مشروع في قانون المحل إستبعدنا قانون المحل وطبقنا القانون الجزائري، أي استبعدنا القاعدة العامة وعملنا بالإستثناء، غير أنّ تطبيق القانون الجزائري لا ينتج عنه أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية ولكن يقرر فقط عدم مساءلة الشخص. ونشير إلى أنّ هذا الإستثناء لا محل له فيما يخص الفعل النافع.

المبحث الثاني: تحديد قانون مكان وقوع الفعل

يتحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بالنظر إلى المكان الذي وقع فيه الفعل للمنشئ للالتزام، ولذلك لابد من تحديد مكان وقوع الفعل، وهو أمر لا يثير أي إشكال إذا وقعت عناصر الفعل كلها في إقليم دولة واحدة، بحيث يتحقق الخطأ والضرر والإثراء والافتقار في دولة واحدة أيضاً، سواء تعلق الأمر بالإقليم البري أو السفينة أو الطائرة. فالمشكلة إذن تنثور إذا وقعت عناصر الفعل النافع أو الضار في أكثر من إقليم دولة واحدة حيث يحدث الخطأ والإثراء في بلد، بينما يتحقق الضرر والافتقار في بلد آخر، فما هو المكان الذي نأخذه بعين الاعتبار لتحديد القانون الواجب التطبيق؟

المطلب الأول: تحديد قانون مكان وقوع الفعل النافع

يقصد بالفعل النافع الإثراء بلا سبب بتطبيقية الدفع غير المستحق والفضالة، ويتفق أغلب الفقه على الأخذ بمكان وقوع الإثراء لأنه هو أساس الإلتزام برّد ما أكتسب دون وجه حق، كما أنّ الإثراء هو النتيجة الإيجابية للفعل والأكثر ظهوراً لدى الغير، عكس الإفتقار الذي هو نتيجة سلبية غير ظاهرة.

بالتالي فالقانون الذي يخضع له الدفع غير المستحق هو قانون محل الدفع، أمّا الفضالة فيحكمها قانون مكان قيام الفضولي بشؤون ربّ العمل

المطلب الثاني: تحديد قانون مكان وقوع الفعل الضار

الفعل الضار هو الفعل غير المشروع المنشئ للمسؤولية التقصيرية وهو يتكوّن من ثلاث عناصر: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية، فهل أنّ عبارة "الفعل المنشئ للإلتزام" التي إستعملها المشرع الجزائري في م 50 ق.م.ج تعني الخطأ أو الضرر؟ إذ أنّ ما ينشئ الإلتزام بالتعويض هو حدوث ضرر بسبب خطأ تقصيري.

يرى جانب من الفقه الفرنسي بأنّ القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية هو قانون محل وقوع الخطأ لإعتبارين أساسيين، أولهما أنّ قواعد المسؤولية التقصيرية تعد من الأمن المدني، حيث تهدف إلى تأمين المجتمع من الأفعال غير المشروعة، وثانيهما أنّ العدالة تقتضي محاسبة شخص على فعل يعد غير مشروع طبقاً لقانون البلد الذي وقع فيه(1).

غير أنّه يؤخذ على هذا الإتجاه إهماله للضرر، والذي يعد ركن أساس لقيام المسؤولية ولزوم التعويض، إذ أنّ الخطأ لوحده لا ينشئ الإلتزام بالتعويض، كما أنّه يمكن أن تتعدد الأخطاء وتمتد في أقاليم دول مختلفة فبأي قانون نأخذ؟

لذلك رأى جانب آخر من الفقه ضرورة الأخذ بمحل وقوع الضرر، سيما أنّ الهدف من أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية هو جبر الضرر، كما أنّ الإتجاه الحديث يذهب إلى إهمال عنصر الخطر، حيث يظهر ذلك في المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض والمسؤولية على أساس المخاطر(2).

لكن يعاب على هذا الرأي أنّه حتى في الحالات التي يكون فيها الخطأ مفترض فإنّ وجوده ضروري لإقامة المسؤولية وتقدير التعويض، كما أنّ الضرر قد لا يتركز في مكان واحد بل قد يمتد إلى أكثر من مكان، ضف إلى ذلك صعوبة تحديد مكان الضرر إذا كان أدبياً، وهذا ما دفع بعض الفقه إلى تبني رأي ثالث يأخذ بعين الإعتبار كلا العنصرين.

حسب هذا الرأي يكون للمضروور الحق في الخيار بين قانون مكان وقوع الخطأ أو

قانون مكان وقوع الضرر، بشرط أن يكون الفعل غير مشروع طبقاً لكلا القانونين، يبدووا قد خلق توازن بين الرأيين السابقين إلا أنه يحرم المخطئ من حقه الاستفادة من قانون مكان وقوع الخطأ الذي قد يكون أصلح له، كما أنه يوسع دائرة الخيار عند توزيع الخطأ في

أكثر من إقليم دولة، أو توزيع الضرر في إقليم أكثر من دولة، على الرغم من أن بعض الفقه قال بالأخذ بقانون دولة الخطأ الرئيسي(1).

و على الرغم من ذلك أخذ بعض المشرعين بهذا الرأي كالمشرع الألماني²، إلا أنه يبدو أن المشرع الجزائري قصد بالفعل المنشئ للالتزام الخطأ، غير أن الإشكال يطرح في حال كون الخطأ حدث في موقع على شبكة الإنترنت فكيف نحدد مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام؟

هناك من قال بتطبيق قانون القاضي، إلا أنه قد لا يمثل أي علاقة بعناصر المسؤولية التقصيرية. وهناك من يقول بالأخذ بقانون بلد صاحب الموقع، إلا أن المعلومة التي أحدثت الضرر قد تكون لشخص آخر غير صاحب الموقع، بالتالي قيل بالأخذ بقانون بلد صاحب المعلومة(3).

غير أن الأرجح هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتطبيق نظرية القانون الملائم، وهو القانون الذي ترتبط به أكثر عناصر المسؤولية التقصيرية، وقد قال بهذه النظرية الفقيه الأمريكي Morris، ومفادها البحث عن القانون الأكثر ارتباطاً بالواقعة ليكون هو القانون الواجب التطبيق، بحيث يعتمد القاضي على معيارين: معيار كمي يراعي إرتكاز أكبر قدر من عناصر الواقعة بالنظر إلى مكان معين، فيؤخذ بقانون هذا المكان، ومعيار كفي يبحث عن أهم العناصر في النزاع والتي تستند إلى بلد معين فيؤخذ بقانون هذا البلد(4).

أشهر قضية أثير فيها تطبيق هذه النظرية هي قضية Babcock et Jakson حيث قام مواطن نيويورك بحادث في مدينة أونتاريو بسيارة مسجلة في نيويورك وصحبة مواطن نيويورك أيضاً، وكانت الدعوى قد رفعت أمام قضاء مدينة نيويورك، فقضت المحكمة العليا بتطبيق قانون ولاية نيويورك في 1923/02/09 بإعتباره القانون الأكثر ملائمة من قانون مقاطعة أونتاريو الكندية التي وقع فيها الحادث، لأن وقوعه فيها كان عرضياً(1).

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 90. 2-

المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

المبحث الثالث: المسائل الخاضعة لمحل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

ذكرنا سابقاً أنّ المقصود بالفعل المنشئ للالتزام هو الفعل الضار الذي تنشأ عنه المسؤولية التقصيرية، والفعل النافع الذي ينشأ عنه الإثراء بلا سبب، بالتالي لا تخضع قواعد المسؤولية العقدية إلى قاعدة المحل إنما إلى القانون الذي يحكم العقد الذي يرتبط به الخطأ العقدي الذي أنشأها، ويرجع تكييف الخطأ إلى كونه عقدي أو تقصيري إلى قانون القاضي، كما تخضع له أيضاً إجراءات الدعاوى المرتبطة بالمسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية

يختص قانون المحل بتحديد أركان المسؤولية التقصيرية كالآتي:

- ركن الخطأ، وما يتعلق بعنصره المادي والمعنوي (الإدراك).

- الضرر وأنواعه.

- علاقة السببية وهل يؤخذ بالأسباب المباشرة وغير المباشرة، إثباتها ونفيها، ووسائل دفع المسؤولية.

كما يحدد لنا قانون المحل أنواع المسؤولية التقصيرية وهي المسؤولية عن الفعل الشخصي عن فعل الغير وعن فعل الأشياء. وما هي الشروط اللازمة لقيام كل منها. كما يحدد نوع الخطأ فيها هل هو واجب الإثبات أم مفترض وهل الخطأ المفترض قرينته قاطعة أم بسيطة.

ويحكم قانون المحل كل ما يتعلق بآثار المسؤولية التقصيرية كما يلي:

- التعويض من حيث كونه عيني أو نقدي، طريقة تقديره، هل يشمل الضرر المباشر غير المباشر على السواء، وكيفية دفعه.

- نوع المسؤولية عند تعدد المسؤولية من حيث كونها تضامنية أم لا، وكيف تحدد مسؤولية كل واحد منهم.

- أطراف دعوى المسؤولية والأشخاص الذين لهم الحق في طلب التعويض، فيما يتعلق بالضرر الأدبي الناتج عن الوفاة.

- حق الأطراف في تعديل قواعد المسؤولية التقصيرية والإعفاء منها والتأمين عليها.

- تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية ومدته.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالإثراء بلا سبب

يحكم قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام فيما يخص الإثراء بلا سبب ما يلي:

- تحديد أركان الإثراء بلا سبب وهي الإثراء الإفتقار، علاقة السببية بينهما، وانعدام سبب الإثراء.

- كون الإثراء مباشر أو غير مباشر، سلبى أو إيجابى.

- كون الافتقار مباشر أو غير مباشر، سلبى أو إيجابى.

- معنى الإثراء والإفترار.
- تحديد كون دعوى الإثراء أصلية أو إحتياطية.
- إشتراط وجوب بقاء الإثراء إلى غاية رفع الدعوى من عدمه.
- أثار الإثراء سيما مقدار التعويض هل يحدد بالنظر إلى قيمة الإثراء أو الإفترار.
- أركان الدفع غير المستحق وكيفية الإسترداد ومقداره وشروطه.
- أركان الفضالة والتزامات كل من الفضولي ورب العمل وحقوقها.

الباب الثالث: تطبيق القانون الأجنبي

المقصود بالقانون الأجنبي القواعد القانونية السارية بمختلف مصادرها، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي في أي مدى يلتزم القاضي الوطني بتطبيقه وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على الخصوم إثبات مضمون هذا القانون وهل يخضع القاضي الوطني وهو بصدد تطبيقه وتفسيره لهذا القانون لرقابة المحكمة ؟ وهل يعد القانون الأجنبي قانونا ويظل محتفظا بهذه الطبيعة رغم تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي سنته ؟

على هذا الأساس تتطلب دراسة تطبيق القانون الأجنبي التطرق إلى مسألتين أساسيتين هما كيفية تطبيقه (فصل أول)، وحالات إستبعاده (فصل ثاني).

الفصل الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي

تضاربت الآراء الفقهية حول أساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي وفي مسألة الطبيعة القانونية المعطاة له، فظهرت عدة آراء و اتجاهات لكل واحد حججه وأسانيده، كما تختلف التشريعات حول مدى إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي من تلقاء نفسه وإثباته، أم أن ذلك يقع على عاتق الخصوم.

لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول نتطرق فيه إلى طبيعة القانون الأجنبي، والثاني نبحث فيه دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي.

المبحث الأول: طبيعة القانون الأجنبي

لاحظ فقهاء القانون أنّ المحاكم الوطنية تميّز في تعاملها بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، فأثاروا التساؤل الآتي: على أي أساس يطبق القاضي قانون غير قانونه، وحاولوا تبرير تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي.

المطلب الأول: نظرية المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي

رأى فقهاء المدرسة الهولندية أنّ تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس المجاملة الدولية لا غير(1)، لكن يعاب على هذه النظرية أنّ القانون الأجنبي يطبق بناءً على رغبة القاضي نفسه وهذا خطأ لأنّ القاضي يقوم بتطبيق القانون الأجنبي لأن قواعد التنازع الوطنية تأمره بذلك.

المطلب الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي

ساد في البلاد الأنجلوسكسونية الرأي القائل بأن تطبيق القانون الأجنبي راجع إلى كونه قد أكسب الفرد حقًا، لذا فيجب إحترام هذا الحق في الدول الأخرى، ولا يكون ذلك إلا بتطبيق القانون الأجنبي على المسائل المتعلقة بهذا الحق(2)، لكن ما هو الحل إذا كان النزاع ليس متعلق بإحترام حق مكتسب في الخارج، إنّما بإنشاء حق أمام القاضي الوطني ؟

المطلب الثالث: القانون الأجنبي يطبق باعتباره واقعة

غير أن جانب من الفقه الفرنسي بزعمه Batiffol يرى بأن القانون الأجنبي يطبق باعتباره عنصر من عناصر الواقع ذلك أنه يرى بأن لكل قاعدة قانونية، عنصران:

- عنصر عقلي، وهو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة. - وعنصر إلزام.

فطالما أن القاعدة تطبق في البلد الذي نشأت فيه فهي تحتفظ بعنصرها، أما إذا طبقت في بلد آخر فهي تفقد عنصر الإلزام، فيتعامل معها القاضي الوطني كواقعة لا كقانون،

وينتج عن ذلك أن القاضي لا يطبقها من تلقاء نفسه إنما يطلب من الأطراف، الذين عليهم إثباتها، كما لا يخضع القاضي عند تطبيقها لرقابة المحكمة العليا(1).

لكن يعاب على هذه النظرية أنه لا تطبق على الوقائع واقعة، بل تطبق عليها قواعد قانونية، كما أن القانون الأجنبي وان سلمنا بأنه يفقد إلزاميته خارج بلده إلا أن قواعد الإسناد تمده بها.

المطلب الرابع: القانون الأجنبي يطبق باعتباره قانون

يذهب الرأي الراجح حديثاً إلى اعتبار القانون الأجنبي قانوناً لا واقعة وهم أصحاب نظرية الإستقبال أو الإندماج، غير أنهم إنقسموا إلى اتجاهين:

فبينما يرى الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي يندمج إندماجاً مادياً وكمياً في القانون الوطني بحيث يصبح جزءاً منه، ويتم إفراغ محتوى القاعدة القانونية الأجنبية داخل قاعدة الإسناد فتصبح هذه الأخيرة قاعدة موضوعية تختص بحل النزاع مباشرة، بالتالي يكون القاضي ملزم بتطبيقه والبحث عن مضمونه، إذ أنه يفترض علمه به، كما يخضع في تفسيره إلى رقابة المحكمة العليا(2).

1- لتفاصيل أكثر حول نظرية المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي راجع كل من: د.علي علي سليمان،

المرجع السابق، ص 131. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 110-139.

2- لتفاصيل أكثر حول نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي راجع كل من: د.علي علي سليمان،

المرجع السابق، ص ص 131-132. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 111-115.

وهي نتائج ليست مقبولة في كل التشريعات سيما ما يتعلق بإفترض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي لأنه أمر غير معقول بالنسبة لكل القوانين الأجنبية وان تحقق بالنسبة لبعضها.

الاتجاه الثاني، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي، يرى أنّ القانون الأجنبي وان كان قانوناً فإنّه يحتفظ بطبيعته الأجنبية، وأنّ وجه الإلزام فيه راجع إلى قاعدة الإسناد الوطنية التي تسند حل النزاع إليه (3).

المبحث الثاني: دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي

تقتضي مسألة دراسة دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، البحث حول مدى إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد من طرف القاضي، إثبات مضمون القانون الأجنبي، ودور القاضي في تفسير هذا القانون الأجنبي.

المطلب الأول: دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد

إنّ القول بأنّ القانون الأجنبي قانون وليس واقعة يثير جدلاً حول أساس تطبيقه، فهل يجب أن يتمسك به الخصوم؟ أم على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه؟ ثم بعد ذلك هل يمكن للخصوم الإتفاق على إستبعاده؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّ تطبيق القانون الأجنبي مرهون بتمسك أطراف الخصومة به، حيث يطالبون بإثباته وتحديد مضمونه، إذ أنّه لا يمكن إلزام القاضي بمعرفة القوانين الأجنبية وتطبيقها إلا إذا أراد الخصوم ذلك، وهذا لأنّ قواعد الإسناد ليس من النظام العام، وهو ما رأته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15/02/1929 في قضية Bisbal (1)، والذي قضت فيه بما يلي: "... قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبي، بمعنى أنّ على الخصوم أن يتمسكوا بتطبيقه، وعلى ذلك فلا ينعي على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها.." (2).

لكن الفقه الحديث في فرنسا يذهب إلى إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد، أي أنّه على القاضي الذي يطرح أمامه نزاع يشتمل على عنصر أجنبي أن يطبق قاعدة الإسناد ومن ثمّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق من تلقاء نفسه دون حاجة لأن يتمسك الخصوم به، ذلك لأنّ قواعد الإسناد في قانون القاضي ملزمة، وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية حديثاً حيث غيرت إتجاهها في الحكم الصادر بتاريخ 05/03/1920 قالت بأنّه " يسوغ لقاضي الموضوع أن يتولى بحث القانون الأجنبي المختص إذا لم يتمسك به الخصوم" (1).

1- إنفصل الزوجين الإسبانيين Bisbal إنفصالاً جسمانياً، طلب على إثره الزوج من القضاء الفرنسي الحكم له بالطلاق وفقاً للقانون الفرنسي، وصدر له الحكم بذلك والذي تم الطعن فيه إستناداً إلى أنّ القانون الإسباني وهو القانون الواجب التطبيق يحرم الطلاق، وأنّه كان على القاضي الفرنسي تطبيق قاعدة التنازع وان لم يتمسك بها الخصوم، لمزيد من التفاصيل راجع: د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 132.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 112-119.

كما قضت في الحكمين الصادرين بتاريخ 1929/10/11 و 1922/10/12 بنقض ما انتهى إليه قضاء الموضوع على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي بسبب عدم تمسك الخصوم به، يعد خرقاً لقاعدة الإسناد الوطنية والتي تتصف بالإلزام، خرق أيضاً لمادة 1012 من قانون المرافعات الفرنسي التي تلزم القاضي بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الواجب التطبيق(2).

غير أن القضاء الفرنسي استقر على إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد إذا تعلق النزاع بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، أما إذا تعلق الأمر بالإلزامات التعاقدية أو غير التعاقدية فيحق للخصوم الاتفاق على استبعاد القانون الأجنبي لتطبيق قانون القاضي، وإذا لم يتفقا على استبعاده وجب على القاضي تطبيقه(3).

و يبدو من العبارات المستعملة في نصوص المواد المتعلقة بتنازع القوانين أن المشرع الجزائري يسير الفقه الحديث في فرنسا، إذ أن عبارات الإلزام المستعملة مثل "يسري" و"يطبق" تفيد أن القاضي الجزائري يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

غير أنه يثور تساؤل حول طبيعة قواعد الإسناد هل هي من النظام العام أم لا؟ فإذا ما قلنا بأنها من النظام العام فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على إستبعادها، أما إذا قلنا بعكس ذلك فإنه يجوز للخصوم الإتفاق على إستبعادها، ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن قاعدة الإسناد تكون من النظام العام إذا أسندت حل النزاع إلى قانون القاضي، لأنه لا يجوز في جميع الأحوال الإتفاق على إستبعاد تطبيق القانون الوطني. ولا تكون كذلك إذا أسندت حل النزاع إلى القانون الأجنبي(4).

إلا أن هذا الرأي لا يستند إلى أساس معقول إلا التحيز للقانون الوطني، لأن القول بأن القاضي ليس ملزم بتطبيق القانون الأجنبي أمر خاطئ لأن قواعد الإسناد في قانونه هي التي تلزمه بذلك.

غير أن الإتجاه الغالب في الفقه الفرنسي يري بأن إعتبار قواعد الإسناد من النظام العام مرجعه طائفة أو موضوع الإسناد، فإذا كان موضوع الإسناد في قانون القاضي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يجوز للخصوم أن يستبعدوا بشأنها تطبيق القانون الأجنبي الذي أسند إليه حل النزاع. أما إذا لم يكن موضوع الإسناد من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإنه يجوز للخصوم الإتفاق على إستبعاد تطبيقها(1).

بينما يرى الدكتور هشام علي صادق أنه متى كانت قاعدة الإسناد إلزامية فإنه لا يجوز للخصوم الإتفاق على إستبعاد القانون الأجنبي الذي حددته، إنما يمكنهم الإتفاق على مخالفة القواعد المكملّة الواردة في القانون الأجنبي دون القواعد الأمرة(2)، وهو أمر منطقي صحيح.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 132.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 120-121.

4- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 132.

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه المسألة، بالتالي فإنّه عملاً بالمادة 53 مكرر5 من قانون المدني والتي تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، ونظراً لعدم جواز الاتفاق على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إنّما يتم الأخذ بما هو معمول به في كل التشريعات من جواز الاتفاق على مخالفة القواعد المكلمة دون الأمرة، فيجوز بالتالي اتفاق الخصوم على استبعاد تطبيق القواعد المكلمة في القانون الأجنبي فحسب.

المطلب الثاني: دور القاضي في إثبات وتحديد القانون الأجنبي

الفرع الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي

رأينا فيما سبق إنقسام الفقه حول مسألة إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي، وانتهينا إلى أنّ الإتجاه الحديث يذهب إلى إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، الأمر نفسه نجده هنا، حيث يتجه الفقه التقليدي إلى إلقاء عبء إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم، بإعتبار أنّه يستحيل إلزام القاضي بمعرفة قوانين العالم ككل(1).

بينما أنّه من المبادئ المستقر عليها في الإجراءات أنّه لا يجوز للقاضي أن يقضي بما يعلمه عن القوانين الأخرى في وقائع الدعوى، إنّما لا بدّ من إثبات مضمون القانون الذي يحكم بموجبه، وهو الإتجاه الذي كان يسير عليه القضاء الفرنسي كما رأينا في قضية Bisbal، وهو ما أعطى إنطباعاً لدى الفقه بأنّ القانون الأجنبي لا يعدوا أن يكون مجرد واقعة(2).

غير أنّ الإتجاه الفقهي الحديث الذي يعتبر القانون الأجنبي قانوناً لا واقعة، يرى بأنّ من واجب القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي(3)، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1922 السابق الذكر، حيث قضت بأنّ قضية الموضوع أخطؤوا عند عدم تطبيقهم التلقائي للقانون الأجنبي، حيث يقتضي ذلك إثباته وتحديد مضمونه.

غير أنّ محكمة النقض الفرنسية لم تلزم القضية بشكل صريح مما جعل بعض الفقهاء يقولون بإمكانية إستعانة القاضي بالخصوم ليتمكن من إثباته، فهو ملزم ببذل أقصى جهده للوصول إلى أحكامه، وهو لا يتنصل من ذلك إلّا إذا قدم تعليلاً مناسباً يفيد عدم قدرته على الحصول على أحكام القانون الأجنبي(4).

ونشير إلى أن إثبات مضمون القانون الأجنبي أصبح أسير مع وسائل الإتصال الحديثة سيما شبكة الأنترنت، غير أن ما قامت به ألمانيا يعتبر أمراً رائداً في مجال القضاء حيث أنشأت مركز مخصص لتجميع أحكام القوانين الأجنبية، الأمر الذي أتاح للمشرع الألماني إلزام القاضي بتحديد مضمون القانون الأجنبي.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 121.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 121-125.

الفرع الثاني: وسائل إثبات القانون الأجنبي

بما أنّ القانون الأجنبي لا يصدر في دولة قانون القاضي فمن الطبيعي أن يجب إثبات وجوده ومضمونه، سواء من طرف الخصوم أو القاضي، ونشير هنا إلى أنّه لا يلزم التقيد بقواعد الإثبات المعروفة سيما فيما يخص الإعراف واليمين فهما وسيلتان مستبعدتان لا يجوز إثبات مضمون القانون الأجنبي بهما، لأنّه لا يأمّن أن يقدم الخصوم على تحريف القانون الأجنبي ليساير مصالحهما، وهذا ما إستقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا(1).

بينما يقر القضاء الفرنسي إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها، تقديم أحكام قضائية صادرة عن القضاء الأجنبي والمؤلفات الفقهية التي تشير إلى نصوص القانون الأجنبي وتشرحها، ويرى الفقه الفرنسي الحديث بجواز الإستعانة بالخبرة الشفوية أو المكتوبة كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي. ويكون للقاضي تقدير قابلية الدليل ليكون وسيلة صحيحة للإثبات(2).

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق عند تعذر إثبات القانون الأجنبي

قد يتعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فما الحل في هذه الحالة؟ يرى جانب من الفقه أنّه في هذه الحالة يجب على القاضي عدم البت في النزاع، غير أنّ هذا الرأي ليس مقبول لأنّه يؤدي إلى إنكار العدالة فهو رأي مرفوض. ورأى آخرون تطبيق "المبادئ العامة" أو "المبادئ السائدة في الأمم المتقدمة"، وقد عمل بهذا الرأي في بعض الأحكام الأمريكية والفرنسية، ولكن ما لوحظ هو أنّه يتم دائما العمل بالقانون الوطني تحت هذا الغطاء، كما أنّ سلطة القاضي في هذه الحالة تكون بلا حدود(3).

فأتجه فريق آخر من الفقهاء إلى القول بتطبيق القانون الأكثر اقترابا في أحكامه إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك يكون بالنسبة للقوانين التي تنتهي إلى المنظومة القانونية نفسها، كأن ينهي كلا القانونين إلى المدرسة اللاتينية أو الأنجلوسكسونية، لكن ما يعاب على هذا الرأي أنّه وإن كانت القوانين تستمد من مدرسة واحدة إلّا أنّها تأخذ في الاعتبار خصوصيات المجتمع والدولة ومشاكلهما، فلا مناص من وجود اختلاف في الأحكام، فتطبيق هذا الرأي يخلق مشاكل عملية.

لذا يتجه الفقه والقضاء في أغلب دول العالم إلى تطبيق قانون القاضي وذلك لإعتبارات عملية، على أساس أنّه حل احتياطي، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في م 53 مكرر ق.م.ج على أنّه إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي فإنّه يتم تطبيق القانون الجزائري.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 121-122. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 119.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 122-122. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 119.

3- د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 532-539.

غير أنّه ظهر إتجاه فقهي حديث يذهب إلى تطبيق القانون الذي له صلة بالنزاع سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، كأن يرم تونسني ومصرية عقد زواجها في لندن ويرفعا دعوى بشأنه لدى القضاء الجزائري، فإذا ما تعدّر إثبات القانون الإنكليزي فالأفضل هو تطبيق القانون التونسي أو المصري لأنّهما على صلة بالنزاع عكس القانون الجزائري الذي لا صلة له بموضوع النزاع، إنّما تطبيقه يكون راجع لقاعدة تقليدية مفادها تطبيق قانون القاضي إذا تعدّر إثبات القانون الأجنبي.

و الواقع أنّ هذا الرأي وإن كان يبدو منطقيا إلّا أنّه ليس عملي، خاصة إذا تعدّر إثبات هذا القانون الأجنبي الآخر، بينما لا نتصور تعذر إثبات القانون الوطني للقاضي لأنّه الأعم به ووسائل الإثبات فيه متاحة.

المطلب الثالث: تفسير القاضي للقانون الأجنبي

يلجأ القاضي إلى تفسير القواعد القانونية إذا وجد غموضاً في عبارتها أو تناقضاً بين أحكامها أو نقص في نصوصها، وهو في ذلك يستعين بمختلف مصادر القانون، لذا يتجه الرأي الغالب إلى وجوب تقيد القاضي الوطني بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي يطبق فيها، وهذا هو ما أخذ به القضاء الفرنسي، وهذا حتى لو كان تفسير قاعدة قانونية ما في القانون الأجنبي يختلف عن تفسير القاعدة نفسها في قانون القاضي، حيث يجب على هذا الأخير وهو بصدد تطبيق القانون الأجنبي إستبعاد تفسير قضائه الوطني والأخذ بالتفسير الذي وصل إليه القانون الأجنبي(1).

هذا ويمتلك القاضي حرية في تفسير القانون الأجنبي إذا وجد تضارب بشأنه في أحكام القضاء الأجنبي، غير أن السؤال يطرح في الحالة التي يخطئ فيها القاضي حول تفسير القانون الأجنبي فهل للمحكمة العليا أن تنقض قراره؟ يتباين الفقه في فرنسا حول ما كانت تأخذ به محكمة النقض الفرنسية من عدم فرض رقابتها على تفسير محاكم الموضوع للقانون الأجنبي، حيث عارض الفقه التقليدي إتجاهها هذا على أساس أن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي يعني إساءة تطبيقه، وهو أمر يؤدي إلى خرق قواعد الإسناد الوطنية، لأنّه سيؤدي إلى تغيير الحكم الوارد في القانون الأجنبي وهو ما سيحدث لا محالة إذا أساء القاضي تفسيره، سيما أنّ محكمة النقض الفرنسية تمارس رقابتها على تطبيق قواعد الإسناد، فلماذا هذا التمييز في المعاملة؟

أمّا الفقه الحديث في فرنسا فقد أيد رفض محكمة النقض لرقابة تفسير القانون الأجنبي، وذلك على أساس أنّ مهمة محكمة النقض تتمثل في توحيد الحلول المتعلقة بالقانون الوطني، أمّا تلك الحلول المتعلقة بالقانون الأجنبي فتوحيدها المحكمة العليا في الدولة الأجنبية، كما إستندوا في ذلك إلى الصعوبات العملية التي قد يثيرها البحث عن التفسير الصحيح للقانون الأجنبي(2).

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 122. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 121.

غير أنّ جانب من الفقه ردّ على هذه الحجج بكون الدراسات الحديثة تكفل تقديم المادة العلمية المتعلقة بالقانون الأجنبي وتفسيره، كما أنّ الصعوبات التي تواجه البحث عن تفسير القانون الأجنبي هي نفسها التي تواجه البحث عن تفسير القاعدة العرفية فلماذا تفرض الرقابة على هذه دون تلك(1).

ثمّ أنّ توحيد الحلول الصادرة عن المحاكم الوطنية والمتعلقة بالقانون الأجنبي هي بمثابة توحيد الحلول في دولة القاضي، وهي صميم مهمة محكمة النقض، وهذا ما أدّى بمحكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة إلى فرض رقابتها على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي على اعتبار أنّ هذا الأخير سيؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1921/11/51 قالت فيه: "يكون محلاً للنقض الحكم الذي يتجاهل ويمسح المعنى الواضح المحدد في وثيقة تشريعية أجنبية قدمت ثناء نظر الدعوى وقام عليها الإستئناف"(2).

أمّا في الجزائر فقد نصت المادة 2/322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّ المحكمة العليا تمارس رقابتها بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق بالأحوال الشخصية، مما يعني أنّ المحكمة العليا لا تمارس رقابة بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق بمواضيع أخرى، وقد يكون ذلك راجع لأهمية مواضيع الأحوال الشخصية وتأثيرها في حياة الأفراد.

الفصل الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إمّا لاعتبارات خاصة، لمخالفة للنظام العام، أو للغش نحو القانون.

المبحث الأول: الحالات الخاصة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي تتمثل مجمل هذه الحالات فيما يلي:

1. إذا تعلق الأمر بالاستثناء الوارد في م 2/11 ق.م.ج المتعلق بأهلية الأجنبي، حيث نطبق القانون الجزائري.

2. إذا تمّ الإسناد إلى قانون، ثمّ قام بالإحالة إلى القانون الجزائري، فنطبق القانون الجزائري حسب م 22 مكرر 1 ق.م.ج.

2. إذا كان الوضع القانوني المترتب على تطبيق القانون الأجنبي غير معروف في النظام القانوني لدولة القاضي كالرهن الرسمي في المنقول، والتبني.

4. إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج (م 12 ق.م.ج).

5. إذا كان الشخص عديم الجنسية ولم يعرف له لا موطن ولا محل إقامة. 6. إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي.

ويكون الحل حينئذ تطبيق القانون الجزائري وذلك لاعتبارات عملية.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 120.

المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

المطلب الأول: تطوّر فكرة النظام العام

تنص م 24 ق.م.ج على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، بالتالي يمكن للقاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي بالاستناد إلى فكرة النظام العام، وهي فكرة قديمة ظهرت لدى المدرسة الإيطالية القديمة بزعامة Barttol في العصور الوسطى، حيث كانت تميّز بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، فتطبق الأحوال المستحسنة لمدينة إيطالية ما في مدينة أخرى، بينما إذا كانت القوانين المراد تطبيقها في مدينة إيطالية تعد من الأحوال المستهجنة فيتم استبعادها على أساس أنّها لا تتلائم مع القواعد القانونية فيها. فكانت تستعمل هذه الفكرة لتحديد ما يجوز تطبيقه من قوانين وما لا يجوز تطبيقه(1).

بعد ذلك جاء Mancini ووضع استثناءات على مبدأ شخصية القوانين، حيث أخضع العقد لقانون الإرادة، وشكل التصرفات لقانون المحل، وأخضع قواعد القانون العام والأمن المدني والملكية العقارية لمبدأ الإقليمية لأنّها متعلقة بالنظام العام. فكان Mancini يعتبر النظام العام فكرة مسندة تتضمن مجموعة من المسائل وذلك لتبرير تطبيق مبدأ الإقليمية على هذه الفئة من المواضيع(1).

غير أنّ فكرة النظام العام لم تتضح في صورتها الحالية إلّا عندما بدأت حركة التقنين في أوروبا خلال القرن التاسع عشر، حيث أنّه وان اشتركت قوانين الدول الأوروبية في المبادئ العامة والأصول القانونية، كونها مستمدة من القانون الروماني إلّا أنّها تشمل بعض الاختلافات(2).

وقد اعتمد Saviny على هذه الفكرة في صياغة نظريته، حيث قال بوجوب تحليل الرابطة القانونية لإسنادها لأكثر القوانين ملاءمة لها، لكنه خوّل للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين له عدم وجود اشتراك قانوني بين قانونه الوطني والقانون الواجب التطبيق، وهو ما عبّر عنه الفقه الحديث من حيث حق القاضي في الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تتعارض، بالنسبة للمسألة موضوع النزاع، مع الأصول العامة في قانونه، ما ينبئ بعدم وجود الاشتراك القانوني الذي قال به Saviny، والذي، وعلى الرغم من مخالفته للفقه التقليدي ولفقه Mancini، إلّا أنه قبل بتطبيق القانوني الإقليمي على بعض المسائل(3).

غير أنّ الفقه الغالب حديثا يرجع إلى تطبيق الدور التقليدي لفكرة النظام العام، والتي مفادها استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي بدله، وذلك في الأحوال التي تدخل في إطار تنازع القوانين.

1- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص ص 129-120.

المطلب الثاني: مضمون فكرة النظام العام وسلطة القاضي تحديدها

الفرع الأول: مضمون فكرة النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي

تعدّ فكرة النظام العام مرنة ومتطوّرة وعامة، وهذا ما يميّزها. بحيث أنّه ما يعتبر من النظام العام في دولة، ليس كذلك في دولة أخرى، وما يكون من النظام العام اليوم، قد لا يكون كذلك غدًا. ففكرة النظام العام تتطوّر باستمرار في الزمان والمكان. لذا فإنّ تقدير مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام يكون وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء المراكز القانونية.

وباعتبار أنّ الفقه لم يتمكن من تحديد مضمون فكرة النظام العام بدقة، فقد وضع معالم يمكن من خلالها ضبط الفكرة. حيث يتم استبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض تطبيقه مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وهو في ذلك يختلف عن فكرة النظام العام في القانون الداخلي، حيث أنّ هذا الآخر يرمي إلى إلزام الأشخاص بتطبيق القواعد الأمرة، فهي تستعمل للحد من مبدأ سلطان الإرادة وهي بذلك لا تعد استثناء.

بينما فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص تستعمل كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذا يعد استثناء عن المبدأ العام القاضي بتطبيقه تبعًا لقاعدة التنازع التي أسندت حل النزاع إليه. كما أنّ فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص غير مرتبطة بالقواعد الأمرة، إذ قد تطبق قانون أجنبيًا رغم مخالفته للقواعد الأمرة في دولة القاضي، وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية⁽¹⁾. إذ أنّ فكرة النظام العام في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص مختلفة، وذلك على الرغم من أنّ قواعد القانون الدولي الخاص مصدرها داخلي و ليس دولي، فليس هناك نظام عام دولي⁽²⁾.

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 122-129. 2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 112.

3- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 129.

الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد نطاق النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي

بما أن فكرة النظام العام مرنة ومتطورة يكون للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار مسألة ما من النظام العام، بالتالي يراقب بشأنها مدى تطابق القانون الأجنبي مع القانون الوطني.

فإذا ما قدر بأن أحكام القانون الأجنبي تخالف النظام العام في قانونه استبعدتها. والقاضي في تحديده لفكرة النظام العام يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنه لا يجوز له في ذلك الاستناد إلى تقديره الشخصي ومعتقداته وقناعاته، إنما يعتمد على المبادئ الجوهرية والمعتقدات السائدة في دولته بشكل موضوعي، لأنه مخول بحماية المصالح العليا للمجتمع، فلا يجوز له الانحراف عن هذا الهدف(1).

ويشترط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام ما يلي2:

- أن يكون القانون الأجنبي، واجب التطبيق، فإذا ما استبعدناه مثلاً لعدم صلتته بالعقد أو المتعاقدين كما ورد في م 11 ق م ج، فإنه لا مجال للقول بإعمال قاعدة المخالفة للنظام العام.

- أن يكون القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في قانون القاضي

. - أن تكون المخالفة للنظام العام متزامنة مع وقت النظر في الدعوى لا قبل ذلك.

وحسب صياغة م 24 ق.م.ج التي تنص: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر"، فإنه يجوز للأطراف التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام، كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 192-500.

2 المرجع نفسه.

المطلب الثالث: آثار التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

إذا توصل القاضي إلى أنّ القانون الواجب التطبيق مخالف للنظام العام في بلده فإنّ ذلك ينتج عنه أثران، أحدهما سلبي، والآخر إيجابي.

الفرع الأول: الأثر سلبي للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إمّا بشكل كلي أو بشكل جزئي. إذ في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي استبعاد القانون الأجنبي بمجرد مخالفة أحكامه للنظام العام في قانون القاضي، يميّز الاتجاه الغالب بين حالتين، حالة ما إذا كانت بعض أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بموضوع النزاع دون أخرى مخالفة للنظام العام، وحالة ما إذا كانت الأحكام المتعلقة بموضوع النزاع ككل، مخالفة للنظام العام(3).

فإذا ما كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي في جزئية معينة، فإنّه لا يتم استبعاد القانون الأجنبي ككل وتطبيق قانون القاضي بدله، إنما يتم استبعاد الأحكام الجزئية المخالفة للنظام العام فقط، ويتم بدلها تطبيق أحكام أخرى من هذا القانون، كما فعلت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1664/11/11 حين استبعدت بعض أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بمنع التوارث بسبب الاختلاف في الدين لمخالفتها للنظام العام في فرنسا، وطبقت الأحكام الأخرى المتعلقة بأصناف الورثة وأنصبتهم، وذلك لأنها ليست مخالفة للنظام العام(1).

فما حكمت به محكمة النقض الفرنسية دليل على أنّه إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في بعض أحكامه دون الأخرى وكان من الممكن تطبيق بعض أحكامه دون البعض الآخر، فإنّه لا يتم استبعاده ككل، إنّما نستبعد فقط الأحكام المخالفة للنظام العام.

أما إذا كانت أحكام القانون الأجنبي مرتبطة ببعضها البعض، بحيث لا يمكن تطبيق الجزء المخالف منها للنظام العام في دولة القاضي دون الأجزاء الأخرى، فلا مناص هنا من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ككل.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 192.

2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 123-125.

3- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 122. د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 522.

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

يرى بعض الفقهاء أنّ أثر مخافة القانون الأجنبي للنظام العام في قانون القاضي هو استبعاده فقط، حيث يتم الإكتفاء بالأثر السلبي للنظام العام. حيث تكتفي المحكمة في البلاد الأنجلوسكسونية باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وحالة الأطراف إلى محكمة أخرى لنظر النزاع. لكن هذا سيؤدي حتما إلى النتيجة نفسها(2).

بينما يرى اتجاه آخر (الفقه الألماني) استبعاد النص المخالف للنظام العام، و تطبيق نص آخر من نصوصه بدلاً من الأول، مثلما فعلت المحكمة العليا الألمانية التي استبعدت

القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين، لمخالفته للنظام العام، وطبقت على الدين أطول مدة تقادم ينص عليها القانون السويسري(1).

لكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنّه قد لا تتوافر في القانون الأجنبي نصوص أخرى تحل النزاع، وحتى لو سلمنا بهذا الحل، فما العمل إذا كان القانون الأجنبي في مجمل أحكامه المتعلقة بموضوع النزاع مخالف للنظام العام؟

لذا يرى الاتجاه الفقهي الغالب، سيما في فرنسا، أنّه في حال استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، فإنّ الاختصاص ينعقد لقانون القاضي(2)، ولعلّ ما يؤخذ على هذا الإتجاه هو ألا يكون قانون القاضي ملائماً لحكم العلاقة الدولية موضوع النزاع.

لذا قال البعض بتطبيق القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع. كما رأى البعض الآخر أنّه إذا كان قانون القاضي غير ملائم فيتم حل النزاع بناء على قواعد القانون الطبيعي، كما قضت به المحاكم المغربية، والتي رأت صعوبة في تطبيق النصوص الوطنية في ما يخص حالة الأشخاص الأجانب. لكن يؤخذ على هذا الرأي الأخير أنّ فكرة القانون الطبيعي غامضة، فلا يتم اللجوء إليها إلا إذا لم يوجد نص في قانون القاضي. وهذا هو الراجح.

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 122-122. د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 522. 2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 501-503.

و قد نص المشرع الجزائري في م 24 ق.م.ج على أنه في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في الجزائر يتم تطبيق القانون الجزائري بدلاً عنه.

هذا إذا كان الغرض من تطبيق القانون الأجنبي هو إنشاء الحق في دولة القاضي.

أما إذا نشأ حق في دولة أجنبية وفقاً لقانون أجنبي، ثم طرحت مسألة نفاذ هذا الحق في دولة القاضي، فإنه في هذه الحالة لا نستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بإنفاذ الحق، أي بآثاره، ولو كانت الأحكام المنشئة للحق مخالفة للنظام العام في دولة القاضي.

وهذا ما يسمى بالأثر المخفف أو النسبي للنظام العام، بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج. فالمحاكم الفرنسية تعترف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي وقع في الخارج، وإن كانت تعتبر هذا النوع من الطلاق مخالف للنظام العام. ذلك أن آثاره ليست مخالفة للنظام العام(1).

أما إذا كانت الآثار الناتجة عن الحق مخالفة للنظام العام فلا تنفذ، ويستبعد بشأنها تطبيق القانون الأجنبي المختص. حيث حكم القضاء الفرنسي بعدم الاحتجاج بحق الملكية على سفن الأسطول الروسي La Ropit الراسي في ميناء مرسيليا، والذي أممته السلطات الروسية، وذلك لأنها لم تدفع عوضاً عن نزع الملكية، وهو أمر مخالف للنظام العام في فرنسا، وذلك في حكم محكمة النقض لتاريخ 4 مارس 1622(2).

1- د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 522.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 503.

المحشَب الثالث: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون الواجب التطبيق

يعرف الغش نحو القانون، على أنه القيام بأعمال من شأنها تغيير ضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق قانون ما. وقد عرف الغش نحو القانون منذ القرن الثامن عشر، ولكنه لم يظهر في شكل نظرية إلا في منتصف القرن التاسع عشر، بمناسبة تصدي القضاء الفرنسي لقضية السيدة de Beoaffermont البلجيكية، التي تزوّجت من أمير فرنسي، فأصبحت فرنسية الجنسية.

فلما أرادت الطلاق سنة 1114 م لم يسمح لها القانون الفرنسي بذلك، باعتباره قانون جنسيتها، لأنه يحرم الطلاق(3).

فسافرت إلى ألمانيا وتجنست بجنسية إمارة Saxe-Altonbourg سنة 1115 م وحصلت على حكم بالتطليق. ثم تزوجت من الأمير الروماني Bibesco وأقامت معه في فرنسا. فطعن زوجها الأول في صحة الزواج الثاني، على أساس أنّ الطلاق باطل، لأنه تمّ الحكم به بناءً على واقعة التجنس بالجنسية الألمانية التي تمت غشًا نحو القانون.

وبالتالي يبقى الزواج الأول قائمًا. فحكمت محكمة النقض الفرنسية سنة 1111 لصالحه، على أساس أنّ الهدف من تغيير الجنسية كان التحايل على القانون، فظهرت بالتالي نظرية الغش نحو القانون(1).

المطلب الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون ونطاقه

سندرس في هذا المطلب شروط الدفع بالغش نحو القانون في فرع أول، ونطاقه في فرع ثاني.

الفرع الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون

للدفع بالغش نحو القانون شرطان هما على التوالي:

أولاً: تغيير ضابط الإسناد:

أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد تغييرًا ماديًا بشكل إرادي عن طريق تغيير الجنسية، الموطن، أو موقع المنقول(2). ويشترط أن يكون التغيير فعلي وليس صوري(3)،

لأنه لو كان كذلك لأمكن الطعن في صورية التغيير مما ينتج عنه الأخذ بالضابط الفعلي، فلا تكون بنا حاجة للدفع بالغش نحو القانون.

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 125. د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 121-125.

2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 122.

3- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 513-515. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 122. د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 122.

كما يشترط أن يكون تغيير الضابط قد تمّ بوسيلة مشروعة(4)، حيث إذا كانت الوسيلة غير مشروعة فيتم إبطالها دون حاجة إلى اللجوء للدفع بالغش نحو القانون، كمن يكتسب الجنسية الجزائرية بشكل غير مشروع، وذلك ليطبق على أهليته القانون الجزائري، هرباً من القانون الفرنسي، فيكفي أن نثبت اكتسابه غير المشروع للجنسية الجزائرية لتسحب منه، فلا تكون له جنسية جزائرية، بالتالي لا يدفع نحوه بالغش نحو القانون، و ذلك لأنّه قد أصبحت له جنسية واحدة و هي الجنسية الفرنسية.

فلا يتم الدفع بالغش نحو القانون إلا إذا لم يتوافر جزء آخر يسمح لنا بإبطال النتيجة غير المشروعة المتوصل إليها، من خلال تغيير ضابط الإسناد، وكان التغيير في ضابط الإسناد فعلي و مشروع.

ثانيا: التحايل على القانون كهدف لتغيير ضابط الإسناد

أن يكون الهدف من تغيير ضابط الإسناد هو التحايل على القانون، بغرض الإفلات من القانون الواجب التطبيق أصلاً(1). ويستنتج القاضي نية الإفلات من تطبيق القانون، من خلال الوقائع، وهو أمر ليس يسير، لكن تساعد على ذلك ظروف الدعوى كما حدث في قضية السيد de Beoaffermont ، حيث رفعت دعوى الطلاق غداة تجنسها، مما جعلها عاجزة عن إيجاد سبب آخر لتجنسها، فاستخلص القاضي من ثم نيّتها في الإفلات من القانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الثاني: نطاق الدفع بالغش نحو القانون

نقصد بنطاق الغش نحو القانون، تحديد الحالات التي تطبّق فيها نظرية الغش نحو القانون، حيث درج القضاء الفرنسي، وأيده الفقه في ذلك، على أعمالها إذا كان الغش يستهدف القانون الفرنسي، أي أنّ البداية كانت باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الغش نحو قانون القاضي(2).

غير أنّ هذا الاتجاه غير مؤسس لأنّ الهدف من هذه النظرية هو محاربة الغش، وتطبيق القانون المختص أصلاً، و لهذا فإنّ الغش قد يكون نحو قانون القاضي، أو أي قانون أجنبي آخر. فلا عدالة في التمييز بين قانون القاضي وغيره.

لذلك اتجه القضاء الفرنسي حديثاً إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون حتى بالنسبة للغش نحو القانون الأجنبي(3)، وهذا هو الصواب.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 512-512. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 191-195.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 512. 3- المرجع نفسه، ص 512-512.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للدفع بالغش نحو القانون:

حاول الفقه تبرير نظرية الغش نحو القانون و إيجاد أساس لها فظهرت آراء عدة نذكر أهمها فيما يلي.

الفرع الأول: الغش نحو القانون قائم على الصورية

حيث نحاول إظهار قانون ما على أساس أنه هو الواجب التطبيق بدلاً من آخر، كما في العقد الصوري.

غير أنّ الفرق بين الغش نحو القانون والصورية في القانون المدني، تكمن في أنّ المتعاقدان في العقد الصوري يخفيان وراء العقد الظاهر عقداً مستترًا، بحيث يكون وراء إرادتهما الظاهرة إرادة مستترة خفية، فهناك إرادتين، إحداها صورية والأخرى حقيقية، وهما غير متطابقتان(1).

بينما في الغش نحو القانون تكون الإرادة الظاهرة حقيقية وليست صورية، ويكون تغيير ضابط الإسناد حقيقياً ومشروعاً، لكن يهدف إلى غاية غير مشروعة، فالفرق شاسع بين نظرية الغش نحو القانون و نظرية الصورية.

الفرع الثاني: الغش نحو القانون هو تعسف في استعمال الحق

حيث أنّه في كلتا الحالتين يكون للشخص رخصة لكنه يسيء استعمالها. فإذا كان له الحق في نقل أمواله من موقع إلى آخر، فلا يجوز أن يكون الهدف من وراء ذلك هو التحايل نحو قانون ما(2). غير أنّ الفرق بينهما، أنّ التعسف في استعمال الحق يمس مصلحة فردية، بينما الغشّ نحو القانون يمس مصلحة جماعية كما أنّ التعسف في استعمال الحق ينتهي بالحكم بالتعويض، بينما الغش نحو القانون ينتهي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون المختص بدلاً عنه.

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 192-192.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 519-550.

د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 191-192.

الفرع الثالث: الدفع بالغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بمخالفة النظام العام

يرى جانب من الفقه أن تطبيق القانون الأجنبي المبني على تغيير ضابط الإسناد بسوء نية مخالفة للنظام العام، فلا يعدو أن يكون الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات النظام العام(1).

غير أن هذا ليس صحيح لسببين، أولهما أن الدفع بالنظام العام يكون عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي، بينما الغش نحو القانون يستعمل سواء ارتكب الغش تجاه قانون القاضي أو قانون أجنبي. ثانياً أن نتيجة الدفع بالنظام العام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً وتطبيق قانون القاضي، بينما ينتج عن الدفع بالغش نحو القانون استبعاد القانون الأجنبي كلياً وتطبيق القانون المختص بدله، سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر.

فالغش نحو القانون نظرية مستقلة في حد ذاتها، قائمة على أساس أن الغش يفسد كل أمر، وهو رأي الدكتور هشام على صادق(2)، وهو الأرجح.

المطلب الثالث: أثر التمسك بالدفع بالغش نحو القانون:

يرى جانب من الفقه أن الجزاء المترتب على التمسك بالدفع بالغش نحو القانون متعلق بالنتيجة المتوصل إليها عن طريق التحايل، وقد انقسموا في هذا الصدد إلى قسمين:

قسم يرى أن الأثر المترتب عن الغش نحو القانون هو عدم نفاذ النتيجة المتوصل إليها وبطلان الوسيلة المستعملة، فإذا غيّر الشخص جنسيته للتهرب من واجبه في النفقة تجاه زوجته، فإن عدم التزامه بالنفقة بالنظر إلى قانون جنسيته الجديد يكون غير نافذ حيث سيلزم بالنفقة، ويكون تجنسه بالجنسية الجديدة أيضاً غير نافذ، لأنّ تجنسه كان يهدف إلى التهرب من دفع النفقة، فإذا كان هذا الأثر غير نافذ، فلماذا نلزمه ببقية الآثار الناتجة عن تجنسه طالما لم يكن يهدف إليها(1).

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص122. د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 550-551. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 192.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 551.

بينما يرى قسم آخر من الفقه أنّ عدم النفاذ يلحق النتيجة فقط دون الوسيلة، وهذا أسوة بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة de Beoaffermont ، حيث قضت بعدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني، وبقاء الزواج الأول، ولم تتطرق لتجنسها بالجنسية الألمانية(2).

هذا الرأي الأخير وإن كان صحيحاً فهو يفتقد إلى الدقة، بحيث أنّ الأثر المباشر للدفع بالغش نحو القانون ليس عدم نفاذ النتيجة، ولكن استبعاد تطبيق القانون الذي يراد تطبيقه عن طريق التحايل، وتطبيق القانون المختص أصلاً بدله، ثمّ بعد ذلك سيقدر هذا القانون هل أنّ النتيجة نافذة أم لا، ولو أنّ الغالب هو ألا تكون النتيجة نافذة طبقاً للقانون الجديد.

فعدم النفاذ لا يمس النتيجة مباشرة، إنّما يكون راجع إلى عدم تطبيق القانون الذي رتب هذه النتيجة، بالتالي تبقى الوسيلة التي تم التحايل بها صحيحة ومنتجة لبقية آثارها كافة، فالجنسية الألمانية للسيدة de Beoaffermont بقيت صحيحة رغم بطلان الطلاق.

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 192-192. د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص 502.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 551-551. د.محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 197.

الخاتمة:

يمثل موضوع تنازع القوانين أحد أبرز المواضيع وأكثرها تعقيدا في إطار القانون الدولي الخاص، باعتباره يتناول الإشكالات القانونية الناتجة عن تداخل الأنظمة القانونية الوطنية في العلاقات التي تتضمن عنصرا أجنبيا. ويكتسي هذا التنازع أهمية كبيرة نظرا لارتباطه الوثيق بحماية الحقوق والضمائن القانونية للأطراف في المعاملات الدولية الخاصة.

تنبع أهمية تنازع القوانين من كونه يعالج قضايا واقعية تنشأ في ظل العولمة وتعدد الروابط القانونية، مثل الزواج بين جنسيات مختلفة، العقود التجارية العابرة للحدود، أو مسائل الإرث الدولي. فكلما اتصلت العلاقة بعنصر أجنبي، ظهرت الحاجة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين عدة قوانين قد تدعي كل منها الصلاحية.

يقوم التنازع على مبدأ سيادة القانون الوطني، غير أنّ هذا المبدأ يصطدم عند التطبيق العملي بوجود قوانين أجنبية قد ترتبط بالواقعة ارتباطا أقوى أو أكثر عدلا. وهو ما يفرض على المشرع والقاضي تحديد معيار موضوعي لتغليب قانون على آخر دون المساس بمبدأ المساواة أو العدالة بين الأطراف.

تلعب قواعد الإسناد دورا محوريا في ضبط مسار حل التنازع، إذ توجّه القاضي إلى القانون الأصح من خلال مجموعة من الضوابط مثل جنسية الشخص، موطنه، مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذ الالتزام. لكن هذه القواعد رغم طابعها المجرد، تبقى غير كافية لمواجهة جميع الإشكالات المتجددة.

تتمثل إحدى إشكالات قواعد الإسناد في جمودها النسبي، حيث يصعب تكييفها مع الحالات الحديثة المعقدة، لاسيما في ظل التطور الرقمي وانتشار العقود الإلكترونية التي تتجاوز الحدود الجغرافية. من هنا نشأت الحاجة إلى تطوير قواعد مرنة أكثر استجابة للواقع العملي.

شهدت بعض الأنظمة القانونية تطورا في صياغة قواعد إسناد جديدة تأخذ بعين الاعتبار الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية للأطراف، وتمنح مجالا أوسع لإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم، ضمن ضوابط تمنع التحايل أو الانتقاص من حقوق الطرف الأضعف.

برزت في هذا السياق نظرية "التمييز بين الروابط" التي تسعى إلى إخضاع كل عنصر من عناصر العلاقة الدولية للقانون الذي يرتبط به بشكل خاص، مما يسمح بإعمال أكثر من قانون واحد داخل العلاقة الواحدة، وفق مقارنة متعددة القوانين تحقق التوازن والدقة.

إلى جانب ذلك، يضطلع الاجتهاد القضائي بدور فعال في معالجة تنازع القوانين، حيث يقوم القاضي بدراسة ظروف كل حالة على حدة وتكييف الوقائع للوصول إلى الحل العادل. وقد ساهمت المحاكم العليا في كثير من الأنظمة في تطوير القواعد التقليدية عبر فتاوى واجتهادات مهمة.

تؤدي المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص دورا مكملا في حال غياب قاعدة إسناد صريحة، حيث يسترشد القاضي بروح العدالة والمصلحة الاجتماعية وحماية النظام العام، خصوصا في الحالات التي يكون فيها تطبيق القانون الأجنبي مخالفا للقيم الجوهرية للدولة.

من القواعد المهمة أيضا ما يتعلق بالإحالة، سواء كانت بسيطة أو مزدوجة، وما تطرحه من إشكاليات تتعلق بقبول القانون الوطني لتطبيق قانون دولة أخرى، وهو ما يثير تساؤلات عميقة حول حدود التعاون الدولي في المجال القانوني الخاص.

أما في الشق الفقهي، فقد قدّم فقهاء القانون الدولي الخاص اجتهادات ثرية لتطوير منهجية حل النزاع، بين من يرى وجوب اعتماد قواعد موضوعية موحدة، ومن يفضل الإبقاء على قواعد الإسناد مع تطوير أدوات تفسيرها. وقد أدّى هذا التنوع إلى إثراء المكتبة القانونية وتشجيع الإصلاح التشريعي.

على الصعيد المقارن، يمكن ملاحظة اختلافات جوهرية في معالجة النزاع بين الأنظمة اللاتينية والأنجلوساكسونية. فبينما تعتمد الأولى على قواعد إسناد دقيقة ومجردة، تميل الثانية إلى حلول مرنة قائمة على الإنصاف وتقدير القاضي، وهو ما يظهر في النظام الأمريكي والبريطاني.

من جهة أخرى، ساهمت الاتفاقيات الدولية في محاولة توحيد بعض القواعد الخاصة بنزاع القوانين، مثل اتفاقية لاهاي، التي وضعت قواعد موحدة في مسائل الزواج، الحضنة، العقود، والتبني الدولي. غير أنّ تأثير هذه الاتفاقيات يظل محدودا ما لم يتم إدماجها في التشريعات الوطنية.

يتضح أنّ موضوع النزاع لا يرتبط فقط بالجانب القانوني، بل يمتد إلى جوانب اقتصادية وثقافية وأخلاقية، خصوصا في العلاقات العائلية التي تثير تساؤلات حول القيم والخصوصيات الدينية والثقافية، كما في حالات الزواج المختلط أو التوارث عبر الأديان.

أما في الجزائر، فقد اعتمد المشرع نظاما تقليديا في تنظيم قواعد الإسناد، مستندا إلى النموذج الفرنسي في معظمه، دون إدخال تعديلات جوهرية تواكب تطورات العلاقات القانونية الدولية. كما أنّ الاجتهاد القضائي المحلي لا يزال محدودا في إبداع حلول خارج نطاق النصوص.

تواجه الجزائر اليوم ضرورة إصلاح تشريعي لقواعد تنازع القوانين، عبر تحديث قانونها الدولي الخاص واستلها من التجارب المقارنة التي تعزز من حماية المتعاملين وتوفير الأمان القانوني في ظل تسارع المبادلات الاقتصادية وتزايد العلاقات العابرة للحدود.

من المقترحات المفيدة في هذا المجال تطوير دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة في العقود، وإعادة صياغة قواعد الإسناد بطريقة مرنة تسمح للقاضي بمراعاة الواقع دون الإخلال بمبدأ اليقين القانوني، إلى جانب دعم دور القضاء في الابتكار القانوني.

كما أنّ التحولات التكنولوجية تفرض على المشرعين إعادة النظر في المسائل ذات الطابع الرقمي مثل العقود الإلكترونية، حماية البيانات، والتجارة الإلكترونية، التي تطرح إشكالات جديدة على مستوى تحديد القانون الواجب التطبيق.

من الملاحظ أنّ القانون الدولي الخاص أصبح اليوم أكثر انفتاحا على المقاربات متعددة التخصصات، حيث تداخلت مفاهيم العدالة الكونية وحقوق الإنسان مع اعتبارات النزاع، ما يجعل من الضروري استحضار هذه

الأبعاد عند الفصل في النزاعات ذات البعد الدولي.

أدى تطور وسائل الاتصال إلى تقليص المسافة بين الدول وتكثيف التفاعل بين الأفراد من جنسيات مختلفة، وهو ما يجعل من التنازع ظاهرة متكررة في الحياة اليومية، ولم يعد مقتصرًا على القضايا الكبرى أو النادرة.

تسعى معظم التشريعات المعاصرة إلى ضمان استقرار المعاملات الدولية من خلال تقنين مبادئ عامة قادرة على استيعاب الحالات الجديدة دون الحاجة إلى تدخل تشريعي متكرر، وهو ما يتطلب إعداد قضاة ومحامين ذوي تكوين خاص في القانون المقارن والدولي الخاص.

تبقى المسألة الأخلاقية من المسائل الحساسة في التنازع، لاسيما عندما يُطلب من القاضي الوطني تطبيق قانون أجنبي يتضمن أحكامًا تتعارض مع النظام العام أو القيم الجوهرية في بلاده، مما يفرض التوفيق بين احترام القانون الأجنبي وصيانة الهوية القانونية الوطنية.

إنّ حماية الطرف الضعيف في العلاقات الدولية، مثل المرأة أو الطفل في حالات الزواج المختلط أو الطلاق الدولي، أصبحت من أولويات المشرّع الدولي، وهو ما يستدعي مواءمة قواعد التنازع مع الاتفاقيات الدولية ذات الطابع الإنساني.

في ضوء هذه التحديات، بات من الضروري إعادة التفكير في صياغة قواعد التنازع ضمن رؤية شاملة تأخذ بعين الاعتبار العدالة الموضوعية، والمرونة التطبيقية، واحترام التنوع القانوني، دون المساس بسيادة الدولة القانونية أو خصوصياتها الثقافية.

إنّ التنازع لا يمثل فقط نزاعًا بين قوانين، بل هو انعكاس لصراع أعمق بين نظم قانونية وفلسفات قانونية مختلفة، مما يجعل من معالجته قضية ذات بعد حضاري وثقافي قبل أن تكون تقنية بحتة.

تعدّ الإرادة الدولية في تقريب القوانين والتوفيق بينها أداة فعالة في تقليص حالات التنازع، ويُنتظر من المنظمات الدولية المختصة أن تواصل جهودها في هذا المجال من خلال دعم مشاريع التوحيد والمواءمة التشريعية.

في الأخير، يمكن القول إنّ حل إشكالية تنازع القوانين لا يكون فقط عبر إيجاد قواعد إسناد جديدة، بل أيضا عبر تبني ثقافة قانونية قائمة على الحوار بين الأنظمة القانونية المختلفة، بما يخدم العدالة الدولية ويعزز من الثقة في المؤسسات القانونية الدولية والوطنية.

قائمة المراجع:

- 1- أعراب، بلقاسم. القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1: تنازع القوانين. دار هومة، الجزائر، 2005.
- 2- الأشقر، عمر سليمان. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. دار النفائس، الأردن، دار بن باديس، الجزائر، 1992.
- 3- الحداد، حفيظة السيد، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال. القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 4- الحناوي، محمد مازن. مبادئ القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين. منشورات جامعة دمشق، 2008.
- 5- الدرهمي، محمد. القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين. دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010.
- 6- الزهيري، حسن محمد. القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين. دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- 7- السعدي، إبراهيم. تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. دار اليازوري العلمية، عمان، 2011.
- 8- السيد، أحمد عبد الكريم. دراسات في القانون الدولي الخاص. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 9- الشافعي، أحمد. القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014.
- 10- الصغير، فؤاد. تنازع القوانين وتطبيق القانون الأجنبي. دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2009.
- 11- الطهطاوي، أحمد. شرح تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 12- العشري، علي. النظام القانوني لتنازع القوانين. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 13- الهداوي، حسن. تنازع القوانين: المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني. دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 14- بوسعيد، علي. القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص. دار الهدى للنشر، الجزائر، 2010.
- 15- بن يمين، عبد القادر. القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة. دار هومة، الجزائر، 2015.
- 16- بورنان، عبد الرحمن. مبادئ في القانون الدولي الخاص. دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 17- تميم، عمار. تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 18- جمال، ناصر. القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين وتنازع القواعد. دار الجامعة الجديدة، 2018.
- 19- حمود، محمد. تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية. دار الثقافة الجامعية، 2007.
- 20- سلامة، أحمد عبد الكريم. الأصول في التنازع الدولي للقوانين. دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

21- سليمان، علي علي. مذكرات في القانون الدولي الخاص. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005.

22- سعد، عبد العزيز. نظام الحالة المدنية في الجزائر. دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، دون سنة نشر.

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

الفهرس:

1	مقدمة
3	الفصل التمهيدي: التعريف بتنازع القوانين
4	المبحث الأول: مصادر قواعد تنازع القوانين
4	المطلب الأول: المصادر الرسمية
6	المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية
2	المبحث الثاني: نشأة تنازع القوانين
2	المطلب الأول: المدارس الفقهية القديمة
9	المطلب الثاني: النظريات الفقهية الحديثة
15	الباب الأول: إعمال قواعد التنازع
15	الفصل الأول: التكييف
13	المبحث الأول: تعريف التكييف ونشأته
13	المطلب الأول: تعريف التكييف
13	المطلب الثاني: نشأة التكييف
15	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف
15	المطلب الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي
16	المطلب الثاني: خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع
12	المطلب الثالث: النظرية الحديثة في التكييف
17	الفصل الثاني: الإسناد ونظرية الإحالة
17	المبحث الأول: الإسناد
18	المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد
19	المطلب الثاني: نظرية الإحالة
26	الباب الثاني: التنظيم الوضعي لقواعد التنازع
26	الفصل الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية

المبحث الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية	26
المطلب الأول: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الجنسية	27
المطلب الثاني: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الموطن	27
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري	28
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية	29
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية	29
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج	32
المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية	36
المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني	38
المطلب الخامس: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب	39
المطلب السادس: القانون الواجب التطبيق على حماية الأشخاص غير كاملي الأهلية	39
المطلب السابع: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والتصرفات المضافة	40
المطلب الثامن: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف	43
الفصل الثاني: التنازع المتحرك	47
المبحث الأول: نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)	48
المبحث الثاني: نظرية نفاذ الحق المكتسب	49
المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك	49
الفصل الثالث: قواعد التنازع المتعلقة بالإلتزامات التعاقدية	52
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد	52
المطلب الأول: الإرادة كضابط إسناد	23
المطلب الثاني: الضوابط الأخرى التي تحكم موضوع العقد	22
المطلب الثالث: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم العقد	20
الفصل الرابع: قواعد التنازع المتعلقة بالإلتزامات غير التعاقدية	22
المبحث الأول: التعريف بقاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام	22

22	المطلب الأول: نشأة قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام
29	المطلب الثاني: مضمون قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام
	الباب الثالث:
22	الفصل الأول: طبيعة القانون الأجنبي
20	المبحث الأول: إثبات وتحديد القانون الأجنبي
20	المطلب الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي
25	المطلب الثاني: وسائل إثبات القانون الأجنبي
23	المطلب الثالث: تفسير القاضي للقانون الأجنبي
22	الفصل الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي
22	المبحث الأول: الحالات الخاصة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي
22	المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام
29	المطلب الثاني: آثار التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام
92	قائمة المراجع