الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية **قسم الحقوق**

مطبوعة في مقياس:

القـــانـــون الـــدولـــي الخـــاص

تنـــازع القوانـــين

موجهة لطلبة سنة ثالثة قانون خاص من إعداد الدكتور باباعمي الحاج أحمد

السنة الجامعية 2021/2020

محاور ومحاضرات المطبوعة

المحور الأول : معطيات أساسية في القانون الدولي الخاص

المحاضرة الأولى : تعريف القانون الدولي الخاص

المحاضرة الثانية : نطاق القانون الدولي الخاص

المحور الثاني : تنازع القوانين

المحاضرة الثالثة: تعريف تنازع القوانين

المحاضرة الرابعة: شروط تنازع القوانين

المحور الثالث : قواعد التنازع

المحاضرة الخامسة: نظريتا التكييف والإسناد

المحاضرة السادسة: نظرية الإحالة

المحور الرابع : القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

المحاضرة السابعة: الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية

المحاضرة الثامنة: دراسة أهم مواضيع تنازع القوانين في الأحوال الشخصية

المحور الخامس القانون الواجب التطبيق على الأموال

المحاضرة التاسعة: القانون الواجب التطبيق على المال المادي

المحاضرة العاشرة: القانون الواجب التطبيق على المال المعنوي

المحور السادس: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية والغير تعاقدية

المحاضرة الحادية عشر : القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية

المحاضرة الثانية عشر : القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير التعاقدية

المحور السابع: القانون الذي يحكم شكل العقد

المحاضرة الثالثة عشر : قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقد

المحاضرة الرابعة عشر : مجالات قاعدة لوكيس وموانع تطبيقها

مقـــــدمـــة

شهدت مادة القانون الدولي الخاص توسعا ضخما في العصر الحديث، فقد كانت تهتم فقط بتنازع القوانين، ولكن حاليا دخلت عليه مواضيع أخرى وهي الجنسية ومركز الأجانب، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وانطلاقا من تجربة تدريس هذه المادة، تبين وجود صعوبات في تلقيها واستيعابها من قبل الطلبة الموجهة إليهم، وبذلك تحتاج إلى أسلوب خاص لتبسيط مفاهيمها وتقريبها من الطلبة، حيث إن موضوع تنازع القوانين لوحده قد شهد توسعا وتطورا ضخما إذ يشمل الجانب النظري وهو آليات حل تنازع القوانين من تكييف وإسناد وإحالة، ثم الحلول الوضعية وتعني إيجاد حلول لطوائف النزاعات المتمثلة في: الأحوال الشخصية، ثم الأحوال العينية، ثم الالتزامات التعاقدية والغير تعاقدية كما وشهدت هذه المجالات تطورا، إذ بدأ التوجه الى تقسيم ثنائي بين الأحوال الشخصية والأحوال المالية، نظرا لتسارع الخطى جهود التعاون الدولي على مستوى العلاقات التجارية الدولية التي طورت عقودا نموذجية ووضعت حلولا موجهة نحو آلية التحكيم التجاري الدولي.[1]

نحاول في هذه المحاضرات تبسيط آليات تنازع القوانين، في حالة وجود علاقات ذات عنصر أجنبي بحثا عن القانون الواجب التطبيق، مع التعمق في القانون المقارن و آليات عمل نظريات تنازع القوانين وتطورها مع توضيح مُركز لتوجهات المشرع الجزائري ومواكبته للتطورات الحاصلة، بحيث يكتسب الطالب ملكة التكييف القانوني وطرق ملائمة علاقة ذات عنصر أجنبي مع قانون يتطابق ومتطلبات النزاع، مع الحفاظ على توزان مصالح الأطراف وكذلك المصلحة الوطنية اقتصادية كانت أم اجتماعية (الحفاظ على الأسرة وانتمائها)

[1]–سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الموسع الجنسية والقومية، المركز القانوني للاجانب للعرب، النظرية العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر،لبنان، 2009، ص 10

-Antoine . Pillet, principes de droit international privé , edtion pedone ,paris, 1903, p 06, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5400979f/f600.item

–André Weiss, traité théorique et pratique de droit international privé , 3em tome, le conflit des lois , l d s r g l, paris, 1912 , p8 , https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b10035613b/f424.item

لا يوجد مشكل عندما نتحدث عن قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان، المواد (8،7،6) من القانون المدني الجزائري، والتي تهتم بحل التنازع بين قانونين متعاقبين زمنيا على وقائع وعلاقات معينة، وهذا لأن كل التنازع يكون داخل الدولة الوطنية الواحدة فلا وجود فيها لعنصر أجنبي، بينما لا نجد نفس الأمر في العلاقات الخاصة الدولية، لأن تلك العلاقات يتنازع حكمها قوانين صادرة من دول مختلفة، وهي روابط قانونية تتصف بالأجنبية في أطرافها أو موضوعها أو سببها وتستدعي تحريك قواعد تنازع القوانين التي تحدثنا عنها أعلاه لحل النزاع، بذلك فإ ن قواعد القانون الدولي الخاص تحكم أشخاص القانون الخاص مع وجود عنصر أجنبي في العلاقة.[1]

فعلى سبيل المثال لو يتعاقد جزائري مع جزائري آخر في الجزائر بشأن شراء آلات صناعية في الجزائر، فإن القانون الدولي الخاص لا شأن له بهذه العلاقة، لأنها علاقة وطنية بحتة في جميع عناصرها.

ولكن يثور المشكل إذ استقرّ جزائري في ألمانيا للاستثمار وأسس استثمارات مع أجانب أتراك، ثم تجنس بالجنسية الألمانية ثم تزوج هناك بزوجة أسترالية، أنجبت له أبناء، بذلك يثور التساؤل عن الحل القانوني في حال ثار نزاع مع شركائه الأتراك ، أي ماهو القانون الواجب التطبيق في حالة حل الشركة ؟ مثلا هل القانون الألماني، أم التركي، أم الجزائري ؟ وما هو القانون الذي يحكم زواجه بالاسترالية شكلا و موضوعا؟ وفي حالة نزاع حول الانفصال، و النفقة والحضانة ما هو القانون الواجب تطبيق هل هو ألماني استرالي أو جزائري؟ [2]

لقد أصبح العالم في عصر الثورة الصناعية الرابعة (الذكاء الاصطناعي، وانترنت الأشياء) سريع الترابط بحيث يكون الانتقال بين أبناء المجتمع الدولي مسألة في غاية السهولة والسرعة وأصبحت الدولة الحديثة تضم فضلا عن أبنائها عددا لا يستهان به من أبناء الدول الأجنبية

[1]–عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار مطبعة الانتصار، مصر، 2005 ، ص4

[2]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3، 2005، ص 2

ويرتبط هؤلاء الأجانب فما بينهم أو فيما بينهم وبين أبناء الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية، وأصبح للتعاقد الالكتروني كذلك أهمية واحتياج خاصة في ضل وباء كوفيد19 الذي غير العديد من المعطيات العقدية، لتعدد جنسيات أطراف العقد واختلافاها، وبالتالي ليس من اليسير معرفة القواعد القانونية الملائمة التطبيق على علاقات خاصة ذات عنصر أجنبي لأن لكل مجتمع نظام قانوني خاص به وله سلطة خاصة تسهر على شؤونه.[1]

وإن قواعد القانون الداخلي لوحدها كالقانون التجاري وقانون الأسرة لا تكفي لحل النزاع بل لابد من قواعد قانونية تساعدنا لإيجاد القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع لأن مثل هذه العلاقات تحوز على عنصر أجنبي ، لذلك تواجدت نظرية تنازع القوانين ونصت عليها كل البلدان نظرا لتطور وتسارع حركة الهجرة والتنقل بين الدول و كذا تطور وانتشار العقود الالكترونية.

كما و تُعتبر نظرية تنازع القوانين من أهم وأقدم مواضيع القانون الدولي الخاص الذي يهتم بالبحث في مختلف الحلول المقررة للعلاقات الخاصة الدولية، حيث ظهرت معالم تنازع القوانين في فترة سابقة على ظهور الدولة وذلك عندما اهتم مبدعي فقه تنازع القوانين بوضع حلول للمعاملات التي كانت تتم بين مقاطعات مستقلة عرفيا، وقد وجدت نظرية تنازع القوانين اهتماما كبيرا من قبل تشريعات الدول التي توّلت هي الأخرى البحث عن الحلول الممكنة للمشكلة وقد تكفل المُشرع الجزائري على غرار الدول الأخرى بتنظيم مجالات القانون الدولي الخاص فاصدر عدة قوانين بدأ بقانون الجنسية لسنة 1963 الملغى بقانون 1970 الساري المفعول حاليا والمعدّل بالأمر 05-01، والأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والقانون المنظم لمركز الأجانب في الجزائر بالأمر 66—211 ثم الأحكام الواردة في القانون المدني

[1]- حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، عمان ، ص 7

-إن التعاقد الإلكتروني يشكل عقبات أمام قواعد الإسناد خاصة إذا كان مشرع دولة ما يقيد اجتهاد القضاء، ويضع له ضوابط جامدة، كما أن العقود تخضع لقاعدة القانون المختار من المتعاقدين، وتكمن الصعوبة في أن التعاقد قد يكون بين شخصين من بلدين مختلفين وتجد الشركة البائعة مثلا مقرها في ألمانيا واسم النطاق موطن في أمريكا والبيانات تخزن هناك ،وبالتالي تتغير طبيعة الضوابط المعتمدة للتوضيح القانون الواجب التطبيق. انظر لاحقا الصفحة 85

-. «Droit international privé et commerce électronique : état des lieux», en ligne : Juriscom.net .www.juriscom.net/pro/2/ce20010213

الأمر 75-58 المعدل بالقانون 05-10 وفيه خصص المشرع الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول لتنازع القوانين من حيث المكان (المواد من 9 إلى 24)[1]

كما وأن المشرع الجزائري بعد تعديلاته الحديثة سنة 2005 لقواعد التنازع حاول التأقلم مع الأوضاع الحديثة للدول، فلا يمكن تصور وجود دولة حديثة بدون أجانب، او رعايا لها في الخارج، ولذلك فإن طبيعة موضوع تنازع القوانين يجعل كل دولة تسعى الى تحقيق مصالحها، فالتنازع يقتضي أن يحاول كل متنازع بسط رأيه فنجد كل مشرع يسعى لتغليب قانونه ولو اعتمد مبادئ قد تبدوا موضوعية فإنها لا تخلو في الحقيقة من المصلحة الخاصة بكل دولة هذا ما سنلاحظه عند نشأة قواعد التنازع، كما وأن المصلحة قد لا تكون بالضرورة تطبيق القانون الوطني بل قد تستدعي تطبيق قانون غير القانون الوطني يعطي أكثر نفع للدولة المعنية أو لأحد مواطنيها، لذلك رأى الشراح الهولنديين في القرن 17 تسمية تنازع القوانين اصطلاحا بتسابق القوانين، وأما الشراح الانجليزي استعملوا "اختيار القوانين"، كما أن التطور حاليا ليس في استقبال الأجانب والانفتاح بل في انتشار المعاملات الالكترونية انتشارا واسعا منقطع النظير، فإنسان اليوم ليس عليه التنقل حتى يتعاقد بل من مكانه يمكن أن يبرم عديد العقود المتنوعة، كما أن عقود الشركات والتموين أصبح تضع شرط التحكيم مع اختيار قانون واجب التطبيق انطلاقا من قانون الإرادة. [2]

إذن سيتعلم الطالب في هذه المحاضرات، مبادئ وتقنيات قانونية من خلالها يحلل ويكيّف النزاع المطروح أمامه ويطبق قاعدة الإسناد الملائمة حتى يتوصل للقانون الواجب التطبيق بدقة،

---

[1]– زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1 تنازع القوانين، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص11 وانظر مؤلفه، زيروتي الطيب، دراسات في القانون الخاص الجزائري، ج2، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 5

[2] "–en effet il faut savoir qu un arbitre, a la différennce du juge étatique na pas de for cest a dire nappartiet pas a une organisation juridictionnelle étatique , cest un juge privé qui nest pas rattaché a un ordre juridictionel a la différece d un juge étatique, il a doc une liberté totale des méthodes."
Frédéric leclerc , coure droit international privé, université des atilles et de la guyane, http://alphibrahim.e-monsite.com/medias/files/cours-de-droit-international-prive.pdf ; p 05
وانظر –علال طحطاح، النزعة البراغماتية في إنشاء القانون الدولي الخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، عدد ثالث، جامعة عمار ثليجي ،الاغواط، ص 13

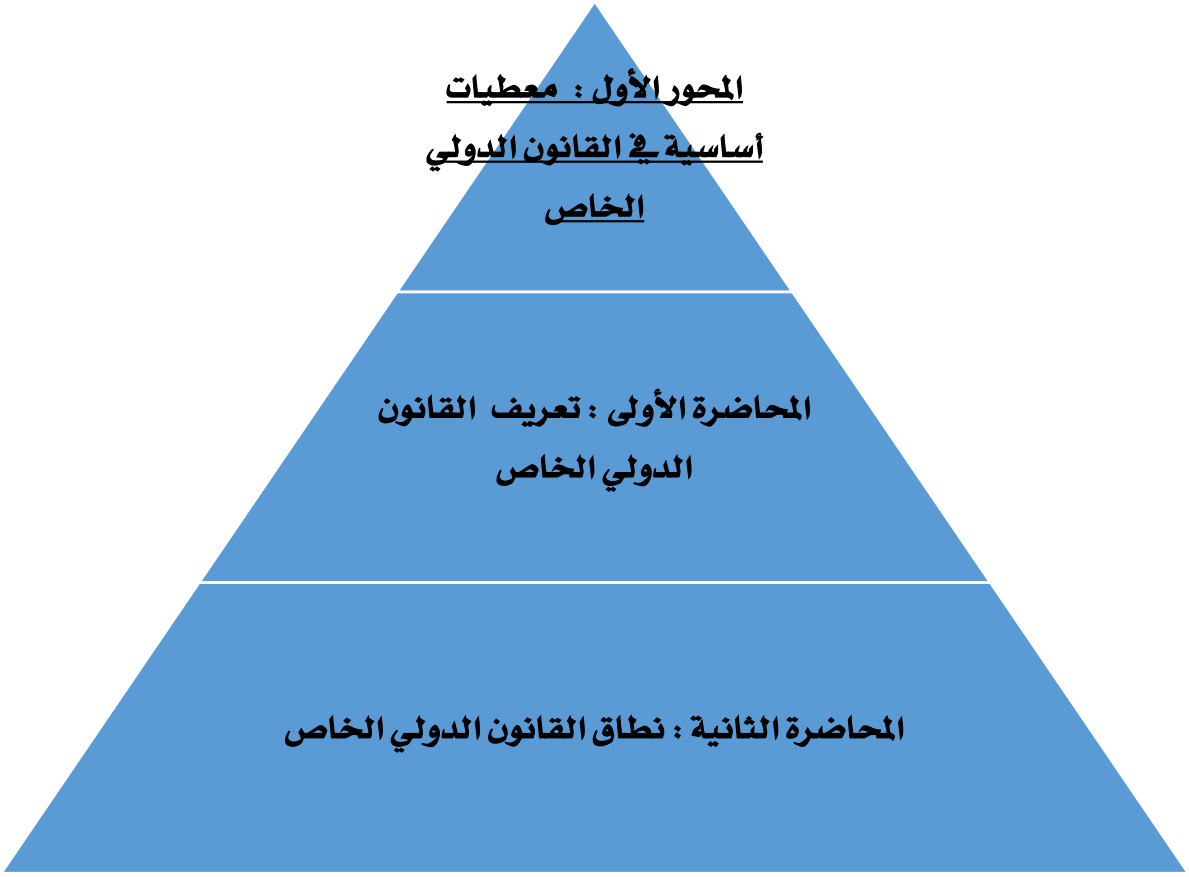
مع مراعاة مختلف مواضيع التنازع، ولذلك نوضح بأن القانون الدولي الخاص يحتوي عدة مجالات هي تنازع القوانين والجنسية و مركزا لأجانب، تنفيذ الأحكام الأجنبية، وتنازع الاختصاص القضائي،[1] ولذلك فإن هذه المحاضرات سنخصصها لتفصيل موضوع تنازع القوانين ابتداء من التعاريف ثم نتطرق لنظريات للتكييف والإسناد ، والإحالة، بعد ذلك نتعرف على قواعد الإسناد الخاصة بمجالات الأحوال الشخصية، والأحوال العينية، الالتزامات التعاقدية، والالتزامات غير التعاقدية، ونشير إلى أن موضوع الجنسية سيدرس كمقياس في السداسي الثاني .[2]

[1]– ترى غالبية الفقه أن تنازع الاختصاص القضائي من مواضيع القانون الدولي الخاص وان كانت هنالك أقلية ترى استبعاده من نطاق هذا القانون وتقول بأنه لا يوجد تنازع اختصاص قضائي لأن القاضي حين تعرض عليه مسألة تشتمل عل عنصر أجنبي يقضي إما باختصاصه أو بعدم اختصاصه دون أن يكون هناك تنازع، انظر علي علي سليمان ، مرجع سابق، ص 7

– ويرى الدكتور هشام خالد أن ولاية القضاء هي ما للمحاكم من سلطة الحكم بمقتضى القانون في المنازعات التي ترفع إليها وهي حق من حقوق الدولة ذاتها وفرع من سيادتها والثابت أن المحاكم الوطنية إنما تقوم بالفصل في جميع المنازعات التي تطرح عليها، سواء أكانت الأخيرة وطنية بحتة وذلك في أطرافها أو محلها أو سببها أم كانت ذات عنصر أجنبي. أنظر هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2012، ص 9

[2]– ويرى الدكتور حسن الهداوي أن تنازع القوانين يظهر في ثلاث صور، تنازع القوانين، وتنازع السلطات، وتنازع الاختصاص وهذا التنازع بصوره الثلاث يطمح فقهاء القانون الدولي الخاص، سعيا وراء عدالة إنسانية الى التوصل لفضه عن طريق وضع قواعد تنازع القوانين الخاصة ويقصد الدكتور بتنازع السلطات ، يعني سلطات تنظيم السندات وتوثيقها، أنظر حسن الهداوي ، مرجع سابق، ص 9

–وترى الدكتوره حفيظة السيّد الحداد أن القواعد التي يشملها القانون الدولي الخاص إلى ثلاثة أنواع: النوع الأول يتعلق بتنظيم التمتع بالحقوق ويندرج تحتها القواعد المنضمة للجنسية ومركز الأجانب، والنوع الثاني يشمل القواعد الحاكمة لممارسة الحقوق ويختص بهذا الأمر نظرية تنازع القوانين أما النوع الأخير فهو القواعد المنضمة للحماية القضائية للحقوق على المستوى الدولي، وتشمل هذه الأخيرة موضوعي الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها.أنظر ،حفيظة السيّد الحدّاد، الموجز في القانون الدولي الخاص، " المبادئ العامة في تنازع القوانين"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 6


المحور الأول : معطيات أساسية في القانون الدولي الخاص
المحاضرة الأولى : تعريف القانون الدولي الخاص
المحاضرة الثانية : نطاق القانون الدولي الخاص

المحور الأول: معطيات أساسية في القانون الدولي الخاص

تمهيد

أصبحت الدول في عالمنا اليوم تضم زيادة على أبنائها عددا معتبرا من أجانب ينتمون إلى دول أخرى، ويرتبط الكل بعلاقات قانونية وشخصية، ولذلك تعقدت العلاقات القانونية بين الجنس البشري، وتنوعت القواعد القانونية التي تحكمها وأصبح التوصل الى القانون الواجب التطبيق على الخلاف الذي ينشأ بين تلك العلاقات القانونية ليس سهلا لأن لكل مجتمع نظامه القانوني الخاص به وله سلطة خاصة، فإذا أنشأ جزائري شركة مع تونسي وفرنسي ومقرها ألمانيا وقام نزاع بينهم فسوف نضطر للبحث عن المحكمة المختصة هل هي ألمانيا ام ايطاليا ..وكذلك نفس الأمر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع، إن البحث في هذه المسائل هو الذي أوجد قواعد القانون الدولي الخاص، فهو القانون الذي يبحث عن حلول للعلاقة التي تشتمل على عنصر أجنبي. [1]

وسمي هذا الفرع من القانون "دوليا" لأن العلاقة القانونية التي يتناولها حكمه لا تنحصر بعناصرها الثلاثة أي بأشخاصها وسببها وموضوعها داخل إقليم دولة واحدة بل يتجاوز أحد عناصرها على الأقل إقليم الدولة إلى دولة أخرى فيكون احد أطرافها أو سببها أو موضوعها أجنبيا، وهو قانون خاص لأن طبيعة العلاقة التي يتناولها حكمه تخضع في الأصل لأحكام القانون الخاص لو لم تشتمل على عنصر أجنبي، أي قانون مدني أو تجاري ... .[2]

كما ولإيجاد الخط الفاصل بين القانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام علينا البحث في بعض أوجه التشابه والاختلاف حيث يتفق القانون الدولي الخاص مع القانون الدولي العام من حيث أن كلاهما ينظّم علاقات قانونية دولية تتجاوز بطبيعتها حدود الدولة الواحدة، وأن المصادر

[1]– حسن الهداوي ، مرجع سابق، ص 10

[2]– علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 4

الدولية للقانون الدولي الخاص هي أيضا مصادر للقانون الدولي العام، وتتمثل في الاتفاقيات الدولية، والعرف الدولي واجتهاد القضاء والفقه الدوليين.[1]

ويختلفان من ناحية أن أحكام القانون الدولي العام موجهة للدول باعتبارها وحدها أعضاء في المجتمع الدولي، بينما أحكام القانون الدولي الخاص يخاطب بها أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام مجردة من صفتها كسلطات عامة ذات سيادة، كما يختلفان أيضا من حيث طبيعة قواعدهما، فقواعد القانون الدولي العام هي قواعد دولية فقط غير صادرة عن سلطة تشريعية فوق الدول كي يتسنى اقترانها بجزاء دولي عند مخالفتها وبالتالي فإن تنفيذها طوعي منوط باحترام الدول لها والالتزام بأحكامها بإرادتها، بينما يجمع القانون الدولي الخاص في مصادره بين المصادر الدولية والمصادر الداخلية .[2]

وانطلاقا مما سبق سنتعرف على مفهوم القانون الدولي الخاص، ومختلف المجالات التي يعالجها من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول : تعريف القانون الدولي الخاص

يختلف تعريف القانون الدولي الخاص باختلاف المذاهب الفقهية، فمن الفقهاء من يدخل ضمن نطاقه مسائل الجنسية والموطن وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ومنهم يخرج من نطاقه إحدى هذه المسائل أو أكثر من واحدة منها، ونجد ان أغلبية الفقه وأكثر المؤلفين يدرسون في نطاق القانون الدولي الخاص ستة مواضيع، وهي تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص وحالة الاجانب والجنسية والموطن وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وهناك عاملان مؤثران في تعريف هذا القانون وضبط

[1] – Frédéric leclerc , coure droit international privé ,op , p 2

[2] – زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1 تنازع القوانين، مرجع سابق، ص11 وانظر مؤلفه، زيروتي الطيب، دراسات في القانون الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 6

دوره، أولهما أنه قانون لا زال في طور التطور والتأصيل مقارنة بالقانون الدولي العام التقليدي، والثاني هو تأثر القانون الدولي خاص بمفاهيم جديدة كالعولمة وحقوق الإنسان والحريات .[1]

وبالتالي انطلاقا من المعطيات السابقة نورد تعاريف الفقه الغربي ثم الفقه العربي

المطلب الأول : التعريف في الفقه الغربي

يركز الفقه التقليدي على الطابع الوطني لهذا القانون وحصر نطاقه في تنازع القوانين عندما يعرف هذا القانون ومن ذلك:

تعريف الفقيه دي بانييه بأنه يتضمن القواعد الواجب إتباعها في تنازع القوانين الخاصة بين الحكومات المختلفة.

وعرفه الفقيه بييه بأنه العلم الذي موضوعه تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد تنظيما قانونيا.

كما عرفه الفقيه الأمريكي ستوري story بأنه يتضمن الأحكام الناشئة عن تنازع قوانين الأمم المختلفة عند تطبيقها العلمي على التجارة والمواصلات الحديثة.

أما الفقه الحديث فقد ركز في ابراز دور هذا الفرع من القانون من خلال الفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي بواسطة قواعد فنية فقد عرف الفقيه نيبوابيه niboyet هذا القانون بأنه ذلك الفرع من القانون الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد دوليا على أساس الجنسية والموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها أو فقدها طبقا للقوانين. [2]

[1]– أحمد عبد الحميد عيشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر ، 2006، ص 216

[2] –Pierr Lalive , tendances et méthodes en droit international privé, académie de droit international , p 14.
http://www.lalive.ch/data/publications/24_LALIVE,_Pierre_Tendances_et_Methodes_en_Droit_International_Prive_(Cours_General)_P_Lalive.pdf

-

أما الفقيه باتيفول batyfoul فقد عرفه بأنه يتضمن مجموعة القواعد الواجبة التطبيق عل أشخاص القانون الخاص في علاقات الجماعة الدولية.

وعرفه الفقيه الفرنسي mayer مايير أنه ذلك القانون الخاص المطبق على الأشخاص الخاصة المنضوين في علاقات قانونية دولية.

وعرفه الفقيه ليريبو بيجونيير أنه فرع قائم بذاته من القانون الداخلي يضم قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص بالجنسية ومركز الأجانب وفض تنازع القوانين. [1]

المطلب الثاني: التعريف في الفقه العربي

يعرف الدكتور علي علي سليمان القانون الدولي الخاص بأنه " مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي، وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبيّن كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية." [2]

تعريف د إيهاب عيد " هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة التي تجاوزت حدود الدولة الواحدة بين أشخاص القانون الخاص وتبقى في إطار القانون الخاص "[3]

تعريف د بلعيور عبد الكريم "القانون الدولي الخاص تنصب قواعده في مجملها في معالجة كل التصرفات والعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي. [4]

---

[1]– غالب الداودي و حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص ، الجنسية الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي ، ج 1 ، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1994، ص 4

وانظر زيروتي الطيب، مرجع سابق، ص 8 .وانظر كذلك:

_Batiffol ,Henri et lagarde paul, droit iternational privé 6 éd ,t1, L .G. D . J. paris, 1974 , p 13

/https://www.erudit.org/fr/revues/ei/1982-v13-n2-ei3009/701362ar

NIBOYET ,traité de droit internatioal privé francait, paris, siry, 1949 P20

[2]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 5

[3]– إيهاب عيد ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الدراسات التطبيقية ، بغداد، 2008، ص 4

[4]– بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007، ص 3

تعريف د الطيب زيروتي "مجموعة القواعد الفنية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفاذها" [1]

تعريف د أدمون نعيم و د مرتضى نصر الله "هو مجموعة القواعد القانونية التي تعين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي" [2]

المبحث الثاني : نطاق القانون الدولي الخاص

يطبق القانون الدولي الخاص في مجالات محددة لا يختلف في شأنها الفقهاء، بل حصروها في مواضيع أصبحت تقليدية في الفقه القانوني وهي :

أولا: تنازع القوانين

هو المحور الرئيسي الذي انطلق منه الفقه للفصل في النزاعات مشتملة على عنصر أجنبي وقد نطرح تساؤل لماذا لا تُعامل هذه العلاقات معاملة العلاقات الوطنية ويُطبق عليها القانون الوطني وكفى ؟

إن هذا الحل البسيط غير معقول لأنه يؤدي إلى فوضى قانونية وعدم استقرار للمراكز القانونية، فلنتصور أن جزائريا متزوج باثنتين انتقل إل احد الدول الغربية التي تحرّم التعدد، وتمسك هناك بحقه المكتسب في التعدد فلا شك أن قضاء تلك الدولة إذا تمسك بتطبيق قانونه فقط سوف يرفض هذا التعدد فتضيع الأسرة جراء الطلاق وتضيع مراكز مكتسبة، أما في حالة استعمال التقنية المقررة في تنازع القوانين فسوف يُسمح بترتيب أثار التعدد مادام قد نشأ صحيح وفق قانون أجنبي مختص، وبالتالي إن تنازع القوانين هو المحور الرئيسي الذي انطلق منه الفقه لمعالجة استعمال الحقوق في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، إن الدول حاليا كلها تنص على قواعد تنازع القوانين وهي آلية مهمة لتكييف النزاعات ذات العنصر الأجنبي خاصة في مجال

[1]– زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع سابق، ص 10

[2]– غالب الداودي و حسين محمد الهداوي، مرجع سابق، ص 4

الأحوال الشخصية فالأسرة المسلمة يختلف أساسها كليا عن الأسرة في الغرب فبقواعد التنازع يمكن لنا الحفاظ على الأسر المهاجرة بتطبيق قانونها الوطني عليها رغم تواجدها في الخارج .[1]

ثانيا: تنازع الاختصاص القضائي

أثار أغلبية الفقهاء إدخال هذا الموضوع ضمن مشتملات القانون الدولي الخاص، ويُعنى هذا الموضوع بالبحث عن المحكمة المختصة دوليا بالنظر في النزاع، والواقع هو أن هذه المسألة يجب أن تُعرض قبل مسألة تنازع القوانين، فلكي يحدد القاضي المعروض عليه النزاع ما هو القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، يجب عليه أولا أن يبحث عما إذا كان هو نفسه مختصا أو غير مختص في هذا النزاع، فإذا كانت محكمته مختصة بالنظر فيه، انتقل للبحث عن القانون الواجب التطبيق.[2]

إن المشرع الوطني هو الذي يحدد اختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة للنزاعات الداخلية والنزاعات المشتملة على عنصر أجنبي فنجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يبين متى تكون المحاكم الجزائرية مختصة وهل يجوز مقاضاة أجنبي في الجزائر ، إن القاضي يجد الجواب في ق إ م وإ رقم 11/10 وكذلك في المادة 21 مكرر من القانون المدني التي تنص " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"[3] ولهذا يظهر أن العلاقة وطيدة بين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وهذا ما اتجه اليه الرأي الراجح بوجوب إدخال تنازع القوانين ضمن مشتملات القانون الدولي الخاص. [4]

---

[1]–حمزة قنال، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت الجزائر، العدد 1، أفريل 2015، ص 1

– Pierr Lalive –, op, p 39

[2]– أحمد عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق، ص 218

[3]– نشير إلى أن هذه المادة لم تكن موجودة إلا بعد التعديل الحديث للقانون المدني الجزائري وهذا عن طريق القانون 05–10

[4]– أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دارهومة، الجزائر 2002، ص 10

ثالثا: مركز الأجانب

إن دول العالم المتطور تعترف اليوم بقدر ضروري من الحقوق للأجانب الذين يتوطنون في إقليمها بعدما بدأت الحياة القانونية الخاصة للأفراد بالتطور والتوسع والامتداد من الحيز الإقليمي المجال الدولي، فالموطن أيضا يعتبر أداة لتوزيع الأفراد، ويعتبر مركز الأجانب من موضوعات القانون الدولي الخاص .[1]

و لذلك فإن الإشكال يتمركز حول الحقوق والحريات المسموح بها للأجانب، إن الدول تختلف في سياستها في هذا المجال هناك من تحرم الأجنبي من تملك العقارات ومزاولة بعض المهن وممارسة الحقوق السياسية بينما توجد دول أخرى تسمح للأجنبي بالتملك ومزاولة مهن وتسمح بالترشح لمناصب نيابية وسياسية، ورغم الاعتراف للأجنبي بقدر من الحقوق في دولة الإقامة إلا أن ذلك لا يعني مساواته بالوطني في الحقوق والواجبات بصورة عامة لاعتبارات تفرض التمييز بينهما في التمتع بالحقوق وأداء الواجبات العامة في الدولة، فمركز الأجنبي في دولة الإقامة تنظمه قواعد قانونية تحدد الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها .[2]

رابعا: الجنسية

هي رابطة قانونية وسياسية وروحية بين الأفراد والدولة ترتبط الجنسية بالقانون الدولي الخاص وبها يتعدد عنصر الشعب، إذ تتكفل الدولة في قانون الجنسية ببيان حالات فرضها وكسبها وفقدانها واستردادها ويترتب على تمتع الفرد بها أن يصبح من وطنييها وأن يتميز عن الأجنبي في الحقوق والواجبات ولذلك تعتبر الجنسية من موضوعات القانون الدولي الخاص لأن الجنسية هي ضابط من خلالها نحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع خاصة في الأحوال

[1]– لم تكن الجماعات القديمة المغلقة تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية لأن الجماعة كانت تقوم قديما على أساس العقيدة الدينية وعلى القوانين المحلية التي كانت توضع خصيصا لسكان الإقليم وحدهم، فلم يكن للأجنبي أن يقيم في اقليم جماعة غير جماعته ولم يكن يعترف له بالحق في الزواج أو بالحق في التملك أو التقاضي بل كانت حالته كحالة الحيوان أو الرقيق. أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 16

[2]– غالب الداودي و حسين محمد الهداوي، مرجع سابق، ص 20

الشخصية، وقد يتحدد الاختصاص القضائي انطلاقا من جنسية الخصوم، ففي الجزائر ينعقد اختصاص المحاكم الجزائرية إذا كانت جنسية المدعي جزائري.

خامسا: تنفيذ الأحكام الأجنبية

إنه من بين المسائل الهامة التي يدرسها القانون الدولي الخاص ، مسألة إعمال الحق الخاص أو إنتاج الحق أثره في غير الإقليم الذي نشأ فيه، وبما أن الأحكام القضائية تكون إما منشئة أو كاشفة للحقوق، فقد أجازت قواعد القانون الدولي الخاص تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية ببعض الشروط ، فيجوز لصاحب الحق أن يتمسك به في دولة أجنبية تأسيا على فكرة " النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة "[1]

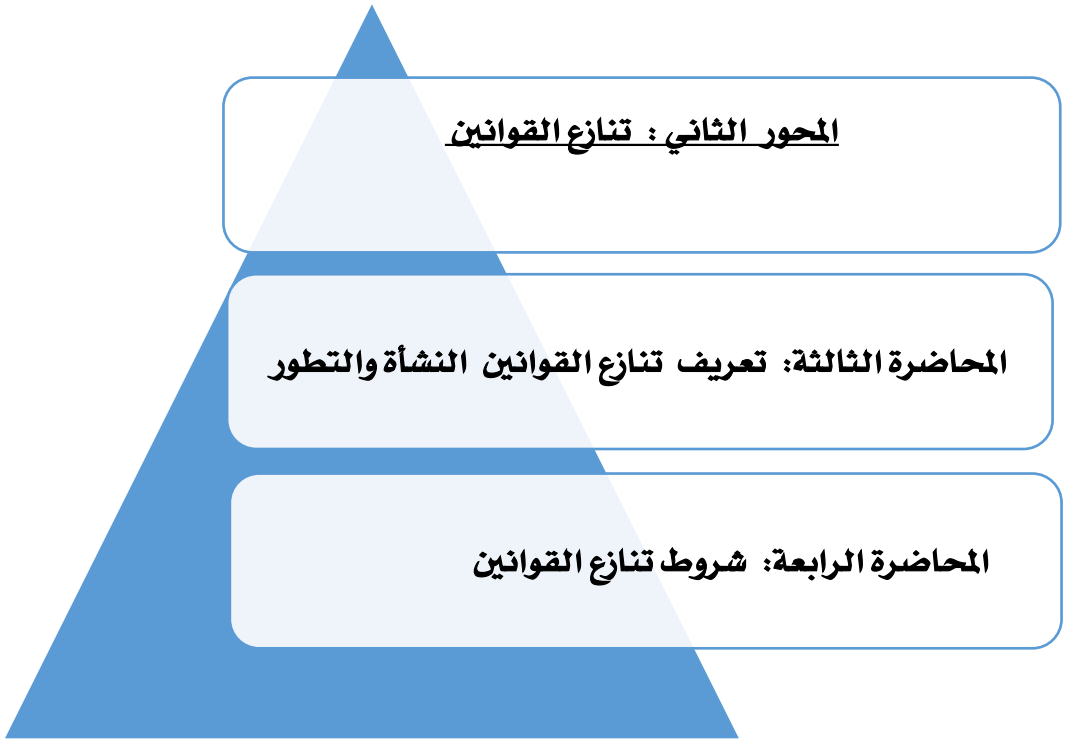
إذن هذه هي المسائل يعتبرها أغلب الفقهاء مكونة لموضوعات القانون الدولي الخاص، ويرى بعض الفقه أن هذه المسائل تنحصر في موضوعات ثلاثة : أشخاص الحق واستعماله ونفاذه ،

فأشخاص الحق هي الجنسية والموطن ومركز الأجانب، واستعمال الحق هو تنازع القوانين، ونفاذ الحق يدرس فيه تنازع الاختصاص القضائي وفي تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية .[2]

[1]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 11 وانظر زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع سابق، ص 26

[2]– إن تدريس القانون الدولي الخاص في تقرر في فرنسا سنة 1880 وكان قاصرا فقط على مسألة التنازع القوانين ثم أضيفت إليه الجنسية و مركز الأجانب سنة 1895 ونفس الشيء تقرر في بلجيكا اسبانيا والبرتغال، وأما في الدول الاسكندينافية يقتصر نطاق القانون الدولي الخاص على تنازع القوانين وحده وهو الراجح في الفقه الايطالي.

– أما في النظام الانجلو ساكسوني فيدخل في مواضيع قانون د خ تنازع الاختصاص القضائي أولا ثم تنازع القوانين ، وتعطى أهمية قصوى لموطن الشخص، ولا يتعرضون إلى الجنسية ومركز الأجانب ، والرأي الراجح في الدول العربية يدخل في القانون د خ كل المجالات الخمس المذكورة أعلاه . انظر الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 27


المحور الثاني : تنازع القوانين
المحاضرة الثالثة: تعريف تنازع القوانين النشأة والتطور
المحاضرة الرابعة: شروط تنازع القوانين

المحور الثاني: تنازع القوانين

تمهيد

اليوم أصبحت العلاقات والعقود ترتبط بعنصر أجنبي أما في أطرافها أو موضوعها أو سببها، فعندما يتزوج ايطالي بجزائرية ويعشون في أمريكا أو ينشئ جزائري مع تركي شركة تشتغل في فرنسا، إن مختلف هذه العلاقات الخاصة الدولية لها صلة بأكثر من قانون واحد بحيث تتزاحم عدة قوانين لحكم مثل هذه العلاقات، بذلك فإن البحث عن القانون الأكثر ملائمة للتطبيق على هذه العلاقات هو من صميم نظرية تنازع القوانين، والتي تعتبر من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص إذ ظهرت معالم تنازع القوانين في فترة سابقة عل ظهور الدولة وذلك عندما اضطلع فقه تنازع القوانين بوضع حلول فقهية للمعاملات التي كانت تتم بين مقاطعات مستقلة.[1]

واهتمت الدول في العصر الحديث بنظرية تنازع القوانين وأدخلتها في تشريعاتها، وهذا بسب تزايد نطاق العلاقات الخاصة الدولية والتي لا تقل أهمية عن العلاقات الداخلية، وهذا بهدف حفظ مصالح الأطراف ومصالح الدولة في آن واحد وتندرج نظرية تنازع القوانين ضمن المنهج التنازعي الذي يقوم بدوره على قاعدة الإسناد لتحديد القانون المختص، ومن الضروري أن يخرج المشرع عن مبدأ إقليمية القوانين وفسح المجال لمبدأ امتداد القوانين، لأنه لو يتمسك كل مشرع بمبدأ الإقليمية بصفة مطلقة لما كان هناك مجال لتطبيق قانون أجنبي وبالتالي للتنازع، وبالتالي تمسك كل مشرع بقانونه، ويقصد بمبدأ إقليمية القوانين la territorialité des lois "سريان القوانين على كل من هو فوق إقليم الدولة من أشخاص وما فوقه من أموال وأشياء وما يحدث من وقائع قانونية، دون أن تمتد أحكامها إلى خارج إقليم الدولة، وأما مبدأ امتداد القوانين l extraterrialite des lois " وهو أن يمتد تطبيق القانون إلى الأشخاص والأموال أو الأشياء أو الوقائع القانونية خارج إقليم الدولة .[2]

[1]– عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفق لمنهج تنازع القوانين، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 348

[2] ––Pierr Lalive ,op , p 101

وانطلاقا مما سبق سنتطرق في هذا المحور إلى مفهوم نظرية تنازع القوانين وكذلك نوضح شروط تنازع القوانين حتى يتسنى للطالب التفريق بين النزاع الوطني ونزاع في إطار القانون الدولي الخاص.

المبحث الأول: مفهوم نظرية تنازع القوانين

المطلب الأول: تعريف تنازع القوانين:

يعرف تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بأنه "تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، كأن يكون أحد أطرافها ليس جزائريا، أو يكون محلها موجودا في الخارج أو يكون سببها وقع في دولة أخرى".[1]

ذلك أن العلاقات القانونية التي يقوم بها الأشخاص داخل الدولة الواحدة وبين رعاياها تعد علاقات وطنية تخضع للقانون الوطني، مثال ذلك قيام جزائري بعقد زواج في الجزائر مع جزائرية، أو قيامه ببيع أو شراء عقار موجود في الجزائر إلى جزائري، ففي جميع هذه الحالات لا يوجد تنازع بين القوانين لحكم هذه العقود، لأن العلاقة وطنية تخضع إلى القانون الجزائري بحسب الاختصاص، قانون الأسرة بالنسبة للزواج، القانون المدني بالنسبة لعقد البيع .[2]

غير أن العلاقات التي يقوم بها الأشخاص ليست دائما وطنية بحتة، فقد تشتمل على عنصر أجنبي، مما يؤدي إلى بروز تنازع قوانين بصددها ففي المثال السابق قد يكون عقد الزواج بين جزائري وايطالية، فتكون العلاقة ذات عنصر أجنبي من حيث الأشخاص، وقد يكون عقد

–وانظر كذلك علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 26

–Antoine . Pillet, op, p 78

–André Weiss,op, p 65

[1]– زيروتي الطيب، مرجع سابق، ص 50، أعراب بلقاسم، مرجع سابق ص 20

[2] – Pierr Lalive ,op , p 158

البيع منصبا على عقار موجود في الخارج فيكون العنصر الأجنبي في العلاقة هو المحل، وقد يبرم عقد في الجزائر تنفيذه في الخارج.[1]

ومما سبق نستنتج أنه لكي يقوم تنازع بين القوانين يجب توافر الشروط الآتية :

1-وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي
2-أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي
3-تزاحم قانونين أو أكثر متعارضين لحكم هذه العلاقة

هذه الشروط سنفصلها في المبحث الثاني من هذا المحور

المطلب الثاني: أنواع التنازع بين القوانين

إن المقصود بالعلاقات القانونية التي يقوم بشأنها التنازع هي تلك العلاقات التي يكون أحد عناصرها أجنبيا، كأن يكون أحد إطرافها ليس جزائريا، أو يكون محلها موجودا في الخارج أو يكون سببها وقع في دولة أخرى.

وبالتالي مالمقصود بتنازع القوانين الذي يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص؟ قبل الإجابة على التساؤل نوضح بوجود عدة أنواع من التنازع :

أولا: تنازع بين القوانين من حيث الزمان، وتنازع بين القوانين من حيث المكان، المادة 2 وما يليها و المادة 9 وما يليها من القانون المدني الجزائري فالأول يعرض حين تتعاقب القوانين الداخلية في إقليم دولة ما على واقعة قانونية مستمرة، فيجب البحث عن أي القوانين يحكم هذه الوقائع وأي قانون يطبق هل هو القانون القديم أم الجديد، بينما تنازع القوانين من حيث المكان، يعرض حين يتنافس قانونان من دولتين مختلفتين على علاقة ذات عنصر أجنبي وهذا التنازع الذي سندرسه في القانون الدولي الخاص.[2]

[1]– غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 38

[2] H. Batiffol, Droit international privé, 4e éd.. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 19 N°3, Juillet-septembre 1967. p. 719; https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_1967_num_19_3_14921.pdf

ثانيا: قد يحدث تنازع بين القوانين الداخلية في الدولة البسيطة أو المركبة ففي بلد متعدد الطوائف كلبنان او دولة فدرالية كالولايات الأمريكية قد يحدث تنازع بين مختلف الولايات فهذا النوع من التنازع تحكمه قواعد خاصة ينظمها التشريع الداخلي لهذه الدول، ولا يعني به القانون الدولي الخاص الذي من شروطه أن يكون بين قانونين لدولتين وليس لدولة واحدة.

ثالثا: يقع أحيانا أن تقوم دولة ما بضم إقليم دولة أخرى إليها وغالبا ما يكون هذا الضم نتيجة اتفاق بينهما، مما يؤدي إلى ظهور تنازع القوانين بين الدولة الضامة وقوانين الإقليم المضموم وكذلك نفس الآمر عند حدوث تنازع بين دولة مُستعمرة ودولة مُستعمَرة لأن الدولة التي وقعت تحت الاستعمار قد فقدت سيادتها وأصبحت تحت سيطرة المستعمر.[1]

المطلب الثالث: المسار التاريخي لتنازع القوانين

يعتبر القانون الدولي الخاص بمفهومه الحالي، قانونا حديث النشأة، إذ لم تتبلور أحكامه غلا في نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر اثر انهيار الارتباط المطلق بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي وقد تعددت المدارس الفقهية والمبادئ التي بلورتها.

أولا: مدرسة الأحوال الإيطالية، أدى نمو العلاقات التجارية بين أفراد المدن الايطالية المستقلة الى البحث عن كيفية حل النزاعات الناشئة بين تلك المدن لأن لكل مدينة قوانين وأحوال خاصة بها، واهتدى فقه الأحوال الايطالي القديم إلى حل التنازع عن طريق اختيار قانون إحدى المدن التي تتزاحم قوانينها لحكم النزاع، بحيث ينظر إلى طبيعتها هل هي قوانين إقليمية تنطبق على كل من يقطنون الإقليم أم هي قوانين شخصية تتبع الشخص أينما ذهب، ويرجع الفضل لنظرية الأحوال الايطالية القديمة في عصر علماء مدرسة المحشيين إلى بلورة قواعد إسناد يعمل بها في عصر الحالي مي مقدمتها "خضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي، خضوع شكل التصرفات

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص **20**، انظر أحمد عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق، ص **241** وانظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص **24**

لقانون بلد الإبرام، وهناك كذلك ظهرت ملامح نظرية النظام العام بمناسبة الحديث عن الأحوال الملائمة والأحوال بغيضة. [1]

ثانيا: نظرية إقليمية القوانين:

تبن هذه النظرية عدة مدارس فرنسية، وهولاندية، وأنجلو أمريكية، وسنتطرق لرواد كل منها :

-**المدرسة الفرنسية:** من روادها Dumolin وهو مبدع قاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة،بمناسبة فتوى تتعلق بالنظام المالي للزوجين، بحيث قدم له طلب بوضع قاعدة يتفادا من خلالها تطبيق القواعد العرفية السائدة في مكان تواجد أموال كل منهما، وتطبيق النظام المالي السائد في باريس والتي اتخذاها موطنا لهما عند الزواج، ووضع ديمولان قاعدة إمكان تطبيق العرق السائد في باريس بوصفه مكان ابرام العقد وموطنهما المشترك عند الزواج، كما أن النظام المالي عقد ضمني يجوز إخضاعه لإرادة الزوجين التي انصرفت لتطبيق أعراف باريس .[2]

ومن رواد نفس المدرسة الفقيه الفرنسي Dargentré الذي أبدع نظرية إقليمية القوانين، بحيث رأى بوجوب تقسيم القوانين نفسها وليس العلاقات التي تحكمها، إلى قوانين إقليمية تطبيق على كل ساكني الإقليم وقوانين شخصية تلحق بالشخص أينما ذهب، وأعلن دارجنتيه أن الأصل هو إقليمية القوانين، والاستثناء هو شخصيتها، وبذلك يسري قانون الإقليم على كافة الأموال الكائنة فيه بصرف النظر عن موطن أطراف العلاقة، أما إذا تعلق الأمر بالأشخاص وتنظيم حالتهم وأهليتهم فانه يكون قابلا للامتداد إلى الخارج فيلحقهم.

[1]– حفيظة السيّد الحدّاد، الموجز في القانون الدولي الخاص، " المبادئ العامة في تنازع القوانين"، مرجع سابق، ص 15

[2] ––Antoine . Pillet, op, p85

-**المدرسة الهولندية** : ذهب روادها وأبرزهم Paul et Jean voet إلى مدى ابعد من ديمولان فالقانون الوطني يجب أن يطبق على جميع الأشخاص الموجودين في إقليم الدولة سواء سواء تواجدوا بشكل دائم و عارض، ويمكن تطبيق القانون الأجنبي استثناء بناء على المجاملة الدولية.[1]

-**المدرسة الانجلو أمريكية** من روادها الأستاذ story الذي استند في تطبيق الإقليمي للقانون على مبدأ السيادة، والقانون لا يكون له تأثير خارج الدولة التي وضعته إلا إذا قبلت الدول الأخرى التنازل عن جزء من سيادتها مؤقتا، ونادى هذا الفقه بان يكون القانون مختصا مدام تم اعترف بالاختصاص القضائي، ونادى الفقيه الأمريكي ehernzwig إلى القول بان الاختصاص القضائي هو المشكل وبذلك عند فصل في مسألة مع مراعاة نظرية القاضي الملائم فإن القاضي المختص سيطبق قانونه المادي الوطني ولا حاجة لقواعد تنازع .[2]

ثالثا: نظرية شخصية القوانين: Manchini

بحيث نادى بشخصية القوانين ، حيث يحق لكل أمة تكوين دولة، فالقوانين لم توضع لتطبق في إقليم معين بل وضعت لتحكم الأشخاص، فالشخص يخضع لقانون الأمة التي ينتمي إليها، أي

يخضع لقانون الجنسية بصرف النظر عن الإقليم الذي يعيش فيه، ولاقا فقه مانشيني رواجا في البلاد الأوروبية واهم أثارها إخضاع مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية وليس قانون الموطن، في الحقيقة يختلف فقه منشيني كلية عن فقه داراجنتيه، ولكن كلاهما توصلا الى نتائج متشابهة فكل منهما ينطلق بمبدأ سياسي وليس بمنهج تحليل مجرد مثل فقه الأحوال الايطالية،(تحليل القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة المعروضة واختيار أنسبها لحكم هذه العلاقة دون التقيد بمبدأ مسبقة) إذا كما وضع داراجنتيه استثناءات على مبدأ إقليمية القوانين وأفسح مجال

[1] –André Weiss,op, p 93

[2] –حفيظة السيد الحداد، الموجز في ق د خ، مرجع سابق، 19

لتطبيق قانون الشخصي، نفس الأمر تعرض له مانشيني فالأصل عنده هو شخصية القوانين، الا انه وضع استثناءات سمح بالرجوع إلى فكرة الإقليمية,[1]

رابعا: نظرية الفقيه الألماني سافيني

بحيث هو أول من نادى بالعودة إلى فكرة الأحوال الايطالية القديمة وهي النهج التحليلي ، وابرز سافيني خطأ التمسك بموقف مسبق من مشكلة التنازع على نحو ما فعل كل من داراجنتيه ومانشيني متاثرين بظروف سياسية محيطة لا شأن لها بالمنطق القانوني، ولم يختلف سافيني عن مدرسة الأحوال الايطالية أنها تقوم بتحليل الروابط القانونية وملائمة الحل مباشرة مع النزاع، لكن سلفيني يقوم بالتحليل الروابط القانونية تمهيدا لاسنادها للقانون الملائم، وبالتالي فإن العلاقة القانونية هي التي تبحث عن حل، وليس وجود قوانين تريد ان تبسط سلطانها لتحكم علاقة معينة، كما وأبدع سافيني فكرة التركيز المكاني، اذ يجب تحليل الرابطة وتحديد طبيعتها لتركيزيها في مكان معين ومركزها هو المكان الذي تتحقق فيه كافة آثارها او معظمها، انطلاقا من هذه الفكرة اخضع سافيني حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الموطن ، واخضع الأموال لقانون مكانها وفي الالتزامات التعاقدية يرى بتطبيق قانون مكان تنفيذ هذه الالتزامات ، وسنرى عديد من قواعد الإسناد حديثا تعتمد على هذه النظريات الراقية والمبدعة. [2]

المبحث الثاني: شروط تنازع القوانين

أولا: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي

ويقصد بذلك وجود رابطة بين شخصين أو أكثر محكومة بقاعدة قانونية، ويقصد بالعنصر الأجنبي أشخاص العلاقة أو موضوعها أو سببها، فأشخاص العلاقة هم أطرافها صاحب الحق والملتزم بهذا الحق، دائن ومدين، مسؤول عن الضرر ومضرور، وموضوع العلاقة هو المحل الذي ينصب

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 33 وانظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في قانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، 19

[2] ––Antoine . Pillet, op, p102

[2] –André Weiss,op, p 112

عليه التصرف أو تقع عليه الواقعة مثل قيام بعمل امتناع عن عمل، وسبب العلاقة هو السبب المنشيء لها "واقعة طبيعية ولادة وفاة" قانونية "أعمال مادية مشروعة وغير مشروعة عمل ضار إثراء بلا سبب" آو تصرفات قانونية " عقود بيع هبة أو القانون " الولاية "، وقد يكون أطراف العلاقة متحدين جنسية أو موطنا كما قد يكونون مختلفين.[1]

وتحديد عناصر العلاقة القانونية السالفة الذكر في الزمان والمكان له أهميته الكبرى في تعيين القانون الواجب التطبيق فمعرفة المكان الذي تم فيه العقد يرشدنا إلى معرفة القانون الواجب التطبيق من حيث الشكل ومعرفة زمان حصوله إذ قد يحتمل أن يغير احد أطراف العلاقة جنسيته وهو عامل مرشد للقانون الواجب التطبيق خاصة في الأحوال الشخصية وكذلك نفس الشيء للموطن أي مكان العلاقة فيجب تركيز موضوع العلاقة زمانا ومكانا [2]

ثانيا : أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي

لأن التمسك بمبدأ سيادة القانون الوطني على إطلاقه وفي جميع الأحوال لا يظهر والحالة هذه أي تنازع بين قانون القاضي وأي قانون آخر لأن المسألة ستكون معلومة وهي أن لا يوجد قانون آخر يطبق إلا القانون الوطني، ولا يظهر التنازع إلا إذا قبل المشرع المحلي مبدأ احتمال تطبيق قانون آخر غير القانون المحلي ، ويتوقف ظهور تنازع القوانين أيضا على عدم الأخذ بمبدأي إقليمية القوانين وشخصية القوانين بصورة مطلقة، ونعني بإقليمية القوانين المطلقة أن القانون المحلي واجب التطبيق لا على جميع العلاقات القانونية التي تنتسب بعناصرها إلى ذلك الإقليم فحسب بل يشمل اختصاص هذا القانون جميع العلاقات القانونية حتى التي كانت عند

[1] – H. Batiffol, Droit international privé, 4e éd.. In: Revue internationale de droit comparé, op p720, https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_1967_num_19_3_14921.pdf
– Pierr Lalive ,op , p 222

[2] – زيروتي الطيب، مرجع سابق، ص 50

نشوؤها أجنبية في أحد عناصرها فنظام كهذا يمنع أي تطبيق لقانون غير القانون المحلي، إنما يعدم التنازع بين القوانين.[1]

ولا يظهر التنازع إلا إذا طبق في حالات معينة قانون آخر، أي إذا أخذ بالإقليمية النسبية ولا يؤدي كذلك الأخذ بشخصية القوانين بصورة مطلقة إلى ظهور تنازع القوانين، حيث تحكم الروابط القانونية، بمقتضى هذا المبدأ، بالقانون الشخصي لأطراف العلاقة القانونية، ويتحدد القانون الشخصي بقانون الجنسية بالنسبة للبعض وبقانون الموطن بالنسبة للآخرين، مما ينتفي معه احتمال تطبيق قانون آخر غير هذا القانون وبالتالي ينعدم التنازع .

ومما سبق نجد أن تنازع القوانين في الحقيقة مفاضلة يجريها المشرع بين القانون الوطني والقانون الأجنبي بواسطة معايير محددة لاختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية، مراعاة للعلاقات الدولية التي توجب إجراء توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا، ويعد هذا تطورا مهما يحفظ العلاقات والمراكز القانونية ويحقق الاستقرار ويشجع على الاستثمار والانتقال ولا يعد هذا انتقاص من سيادة الدول بل زيادة في قيمتها وحضارتها .[2]

ثالثا: تزاحم قانونين أو أكثر متعارضين لحكم هذه العلاقة

لكي نكون بصدد التنازع بين القوانين يجب أن يتزاحم لحكم العلاقة المتنازع عليها قانونان أو أكثر لدول بمعنى أنه إذا كانت العلاقة القانونية فيها عنصر أجنبي كما بيناه في المطلب السابق،

---

[1]– من الفقهاء الذين اعتنقوا مبدأ شخصية القوانين إلى حد المغالاة الفقيه " مانشيني" زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة و الذي كان أستاذ في جامعة تورينو سنة **1851** وكان يرى أن الجنسية هي أساس القانون الدولي عاما أو خاص ، ويرى أن القوانين توضع للأشخاص لا للإقليم وهي لا تصلح لغير الأشخاص الذين وضعت لهم ن وقال أن لكل أمة دولة وليست الدولة إلا الأمة إلا أن مانشيني قبل بمبدأ إقليمية القوانين على سبيل الاستثناء وابرز الاستثناءات التي أدخلها :

أولا القواعد القانون العام يجب أن تكون إقليمية لأنها لها علاقة بسيادة الدولة

ثانيا: قواعد النظام العام ، مثل القانون الجنائي، القواعد المنضمة للمكلية وقواعد الشهر .

ثالثا: قواعد شكل التصرفات يجب أن تخضع لمكان إبرامها

رابعا يجب أن يُترك للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم

للتفصيل أكثر أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق، **34**

[2]– حسين الهداوي ، غالب الداوودي تنازع القوانين مرجع سابق، ص **18**، وانظر زيروتي الطيب مرجع سابقن ص **51**

ويجب أن يكون القانونان المتزاحمان مختلفان في الحكم، فمتى كانت قوانين الدول التي تتصل بها عناصر العلاقة القانونية متشابهة وموحدة فإن الحكم سيكون ذاته وما دام الحكم واحد فليس هناك من جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع، فعلى سبيل المثال لو تبنت الدول أحكاما موحدة في الأحوال الشخصية فسيخضع زواج وطلاق ونسب كل شخص من تلك الدول إلى القواعد نفسها وعندها لن يكون هناك فرق إن طُبق قانون جنسية الزوج أو طبق قانون جنسية الزوجة التي هي من جنسية أخرى.

ويجب أن يكون اختلاف القوانين عنصرا أساسيا لابد منه لقيام التنازع بين القوانين، فإن هذا الاختلاف ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض في المبادئ التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة وإلا ترتب على ذلك تنافر بين فهم كل دولة لمفاهيم القانونية للدول الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التسامح والتهاون في قبول تطبيق القانون الأجنبي المتضمن لأفكار تختلف اختلافا جوهريا عن المبادئ والأسس التي تقوم عليها قوانينها، وبناء على ذلك فإن قواعد تنازع القوانين في الدول الأوروبية، مع أنها توجب الأخذ بقانون الجنسية في الأحوال الشخصية، إلا أن المحاكم هناك لا تستجيب لمسلم إذا أراد أن يعقد عقد نكاح للمرة الثانية أو الثالثة حسب ما يجيزه قانونه الشخصي، والمستمد من الشريعة الإسلامية ، ذلك لأن نظام تعدد الزوجات ممنوع ومخالف للنظام العام بموجب تلك القوانين.[1]

كما ويجب أن يكون التنازع بين قوانين خاصة لأن التنازع ينحصر في فروع القانون الخاص أما فروع القانون العام فهي قوانين إقليمية تمس بسيادة الدولة وتتعلق بالمصلحة الجماعية، والقاضي المعروض عليه النزاع بشأنها إما أن يطبق قانونه أو يحكم بعدم اختصاصه للفصل في النزاع إذا رأى أن قانونه غير مختص .

[1]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 32

بالإضافة إلى ذلك يفترض قيام علاقات ودية بين الدول والاعتراف لكل منها بتشريعها وسيادتها وقيام علاقات مدنية وتجارية متواترة بين الشعوب وانتقال الأشخاص والأموال من إقليم

لآخر، ويتولّ كل مشرع في هذه الدول وضع قواعد تساعد للوصول للقانون الواجب التطبيق تسم بقواعد الإسناد وهذا ما سنفصله في المحور الموالي [1].

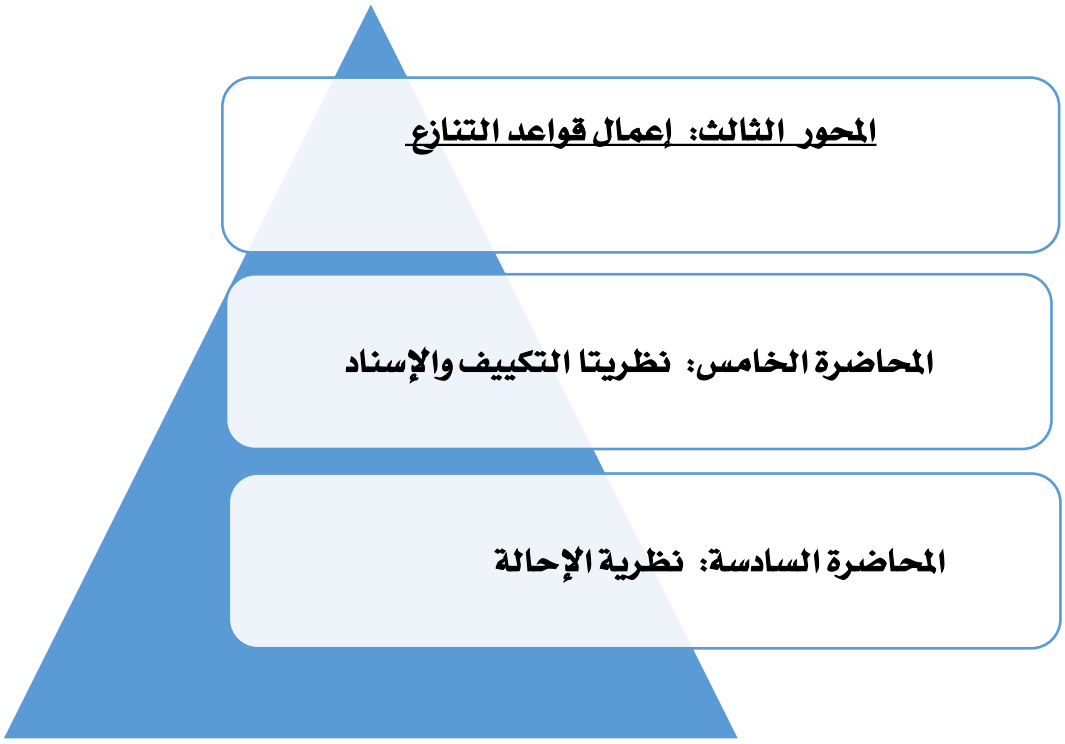
[1]–بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 20

–ومن المبادئ التي حاصرت مبدأ إقليمية القوانين هو مبدأ المجاملة الدولية " la courtoisie internationale " وهذا من اختراع المدرسة الهولاندية التي كان لفقهاء الفضل في تطوير قواعد التنازع مثل " هوبير " ، ويقصد بالفكرة أن القاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي، وإذا هو قبل تطبيقه فإنما يكون ذلك على أساس المجاملة الدولية، وقد أُخذت الفكرة عل ظاهرها وعيب عليها أنها تفسح المجال لأهواء القضاة، ولكن تفسير مبدأ المجاملة عل هذا النحو كان خاطئا، فقد كانت المدرسة الهولاندية ترى بأن الدولة ليست بحاجة إلى أن تكون ملزمة بمعاهدة دولية لكي تطبق قانون دولة اخرى، بل يجب أن تطبق القانون الأجنبي ولو لم تكن ملزمة، ويكون ذلك منها تفضلا على سبيل المجاملة، وقد أثر هذا المبدأ بصفة عميقة على الفقهاء الأنجلو ساكسونيين

–Pierr Lalive ,op , p 101

–Antoine . Pillet, op, p 120

–André Weiss,op, p 84


المحور الثالث: إعمال قواعد التنازع
المحاضرة الخامس: نظريتا التكييف والإسناد
المحاضرة السادسة: نظرية الإحالة

المحور الثالث : إعمال قواعد التنازع

تمهيد

بعد التطرق إلى نشأة تنازع القوانين وشروطه وتعريفاته وجب الانتقال إلى المراحل التي يتبعها القاضي من اجل حل النزاع أو الخصومة التي تتضمن عنصر أجنبي حيث أن القاضي لا يستطيع أن يطبق على موضوع النزاع قانونه الوطني مباشرة، وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي ولكن كيف يتم ذلك؟

للوصول إلى القانون الواجب التطبيق لابد من القاضي تطبيق قواعد منظمة قانونا فأولا يجب تكييف موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي بحيث يتوصل القاضي لوضع النزاع في مجال معين كالأحوال الشخصية أو التزامات تعاقدية أو فعل ضار...وهذه المرحلة تسمى بالتكييف.

وبعد تكييف موضوع العلاقة وتحديد طبيعتها القانونية يتم تعيين القانون الواجب التطبيق على القضية بإرشاد من قواعد الإسناد الوطنية، وهي عبارة عن قواعد ترشد للقانون الواجب التطبيق وقد يكون القانون الوطني أو قانون أجنبيا وإذا كان هذا الأخير هو الواجب التطبيق يجب الحذر ما ذا كان قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ترجع النزاع مرة أخرى إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع وهذا ما يسمى بنظرية "الإحالة" هذه الأخيرة التي أخذت بها تشريعات بعض دول ورفضتها دول، ودول أخرى أخذت بها استثناء مثل الجزائر.

هذه المراحل القانونية والتقنية سنفصلها في هذا المحور مع إيراد أمثلة و أحكام قضائية تطبيقية

المبحث الأول: نظريتا التكييف والإسناد

إذا تتبعنا المواد المنضمة لقواعد التنازع في القانون المدني الجزائري ونظيره من القوانين المدنية في العالم سنجد أول مادة دائما تُنظم التكييف المادة 9 من القانون المدني وهو أول مرحلة

يجب أن يمر بها القاضي وبعدها يأتي الإسناد بمجموعة مواد تلي المادة 9 من القانون المدني وفي مايلي سنتعرف على تفاصيل التكييف والإسناد [1]

المطلب الأول: نظرية التكييف

الفرع الأول: مفهوم التكييف وأهميته

إن تحديد الوصف القانوني الملائم لعلاقة قانونية مسألة مفردة قبل أن يبحث القاضي عن القانون الواجب التطبيق والتكييف مسألة تحتاجها كل الفروع القانونية فقاضي التحقيق يحدد ماإذا كان سلب مال الغير من قبيل السرقة أو خيانة الأمانة، ويحدد ما إذا كانت جريمة القتل عمدية مقترنة بضرف مشدد كسبق الاصرار أم لا، كذلك القاضي المدني يفصل أولا فيما إذا كان اتفاق الأطراف موضوع الوعد بالبيع أو بيع متوقف على شرط أو أن هذا الاتفاق عقد عمل أو مقاولة ، بذلك يجب تحديد الطبيعة القانونية لمحل النزاع قبل تطبيق نص القانون عليه ويمارس القاضي مهمة تكييف الوقائع ضمن تفسير أحكام القانون وبالتالي التكييف عملية أولية معروفة في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص غير أن الهدف من التكييف في هذا الأخير يؤدي إلى وضع المسألة محل التنازع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي تمهيدا لإسنادها [2]

فمثلا لو رفع نزاع ذو عنصر أجنبي يتعلق بزواج جزائري بفرنسية عمرها 16 عاما موضوعه صحة هذا الزواج فإن القاضي يقوم بتكييف النزاع ووضعه في إطاره أي مشكلة الأهلية في التعاقد ، ولو تنازع جزائري مع تونسي بخصوص شركة تم إنشاؤها فإن الموضوع يتعلق بقانون العقد وبالتجاري خاصة، ولو نازع ورثة فرنسيين في ميراث أبوهم الإيطالي فالأمر يتعلق بالميراث،

[1] – Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 260

–Antoine . Pillet, op, p 320

–

[2] – نوردين بوسهوة، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث الدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة ، مجلد 8، عدد2، 2014، ص 119

فلو تنازعت زوجة ألمانيا مع زوجها الأرجنتيني بخصوص النفقة والطلاق لتكيف النزاع بالأحوال الشخصية [1]

ولقد عرّف الفقهاء التكييف أنه "هو تحديد الطبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها لقانون معين " وعرفه الدكتور **أدمون نعيم** " التكييف هو تحديد الطبيعة القانونية التي يعترف بها القاضي لعلاقة قانونية، أو لنظام قانوني، إذ يمكن أن تتنازع القوانين على تحديد الوصف القانوني لعمل أو لشيء أو لعقد معين، فمسألة تنازع الأوصاف محصورة بمعرفة أي وصف يجب على القاضي أن يطلقه على طبيعة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه " [2]

فإذا عرض على القاضي نزاع معين فهو يبحث هل هذا النزاع شكلي أي ينصب على شكل التصرف وحينئذ يخضعه لقانون الشكل ، أو هو نزاع ينصب على موضوع فيخضعه لقانون الموضوع، والذي يجعل التكييف صعبا هو أن قوانين الدول تختلف في وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية فبعض القوانين تدخل المشارطات المالية للزوجين في نظام الأحوال الشخصية وحينئذ تخضعها لقانون جنسية الشخص، وبعض الدول تدخل هذا الموضوع في نظام العقود وحينئذ تخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدين كما سنُبيّن في قواعد الإسناد، وهناك دول تعتبر إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة موضوعية وتدخله في نطاق الأحوال الشخصية بحيث يبطل كل زواج لا ينعقد في الشكل الديني، وحينئذ يخضع اشهار الزواج في هذا الشكل لقانون الشخص، والعكس في بعض الدول التي تعتبر الإشهار الديني للزواج مسألة ثانوية بحيث يكون الزواج صحيحا إذا تم في شكل مدني ولم يشهر في شكله الديني.[3]

---

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق ، ص **35**

[2]– انظر عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص ، نظرية التكييف، دار هومة، الجزائر، **2008**، ص **90** وانظر غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص **66** وانظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص**95**

[3]–علي علي سليمان، مرجع سابق، ص **42** ،وانظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص **93**

إذن تضهر أن عملية التكييف عملية اجتهادية تتطلب من القاضي إلماما واسعا بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه الوطني، فعلى القاضي أن يتفحص أولا طبيعة الحالة المعروضة عليه، ثم يقوم بعد ذلك بعملية استنباط أو استدلال عقلي تفضي إلى إلحاق الحالة بإحدى الأفكار المسندة، استدلال عقلي يستعين القاضي فيه بثقافته القانونية وبالتالي يجب منحه حرية في الاجتهاد وتنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه"[1]

والسؤال المطروح ماذا إذا لم يجد القاضي تكييفا في نصوص القانون هل يمكنه اللجوء الى مصادر القانون الأخرى كالشريعة والعرف الخ؟

وتزداد أهمية التكييف في إطار تنازع القوانين في الحالات التي يعرض فيها على القاضي الوطني أنظمة وعلاقات قانونية غريبة عنه ويجهلها قانونه الوطني، كأن تعرض على القاضي الفرنسي قضية زواج بزوجتين أو قضية طلاق بإرادة منفردة في حين أن هذه الأفكار تعد غريبة عند القضاء الفرنسي.[2]

وكمثال العدول عن الخطبة هل هو إخلال بالتزام تعاقدي أم شيء آخر، إذا اعتبرنا الخطبة عقدا أوليا لإتمام الزواج، يكون سببا للتعويض عنه بوصفه إخلال بالتزام عقدي طبقا لقانون الإرادة في الدول الغربية أو طبقا لقانون الأسرة المنظم للزواج كما هو الشأن في القوانين الدول العربية، أما إذا كانت الخطبة وعدا غير ملزم، وبالتالي فإن العدول عنها أساسه المسؤولية التقصيرية

[1] – ويرى الأستاذ زيروتي الطيب أن المادة 9 من القانون المدني جاءت غير موفقة حينما جعلت التكييف ينصب على العلاقات، جريا على شيوع اصطلاح علاقة قانونية في القانون الدولي الخاص، والمطلوب هو تحديد نوع العلاقة بدلا من وصفها القانوني وهو الأصح. أنظر زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع السابق، 101

[2] –Antoine . Pillet, op, p 340

–André Weiss,op, p 286

للعادل، وبالتالي فالعدول عنها أساسه المسؤولية التقصيرية للعادل، وبالتالي تحكمه قاعدة التنازع الخاصة بالأفعال الضارة [1]

لذلك اقترح فقه القانون الدولي الخاص على القاضي لمواجهة مثل هذه الأوضاع والحالات أن يستأنس بالقانون الأجنبي المحتمل تطبيقه ثم اللجوء الى القانون المقارن، ذلك أن الدراسة المقارنة ستكشف للقاضي عن أن هناك نظم قانونية متعددة سائدة تبيح للزوج الطلاق بإرادة منفردة وتعدد الزوجات .[2]

الفرع الثاني : نشأة التكيف وتطوره

تعود الريادة للفقيه الفرنسي BARTAIN في إبراز فكرة التكييف وتطويرها حتى أصبحت نظرية متكاملة وذلك عام 1897 عندما ناقش الفكرة مشكلة الحل النهائي لتنازع القوانين بحيث لاحظ أن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة ضمنية دون أن يصرح بها، وبالتالي للاجتهاد القضائي الفرنسي دور في بلورة نظرية التكييف وهذا من خلال قضيتان مشهورتان وهما قضية ميراث المالطي وقضية وصية الهولاندي:

- قضية ميراث المالطي :

تكمن القضية في زوجين من جزيرة مالطا انتقلا إلى الجزائر فيعهد الاستعمار الفرنسي وأقاما بها، وتملك الزوج عقارا ثم توفي وترك الزوجة، طالبت الزوجة بحقها في عقارات زوجها، وعندئذ ثار تساؤل هل يعتبر حق الزوجة على عقارات زوجها حق ميراث فيسري عليه قانون موقع المال وفقا للقانون الفرنسي الذي يخضع الميراث في العقار لقانون موقعه، أم أنه يعتبر حقا متعلقا بالنظام المالي للزوجين، وبالتالي يخضع لقانون الموطن الأول للزوجة وهو القانون المالطي، وقد

[1] – Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 267

[2] – نور الدين بسهوة، مرجع سابق، ص 101

كيفت محكمة الاستئناف الفرنسية أن طلب الزوجة بحقها في عقارات زوجها من مسائل الميراث، في حين لو عرض النزاع على المحاكم المالطية لاعتبر متعلقا بالنظام المالي للزوجين.[1]

-قضية وصية الهولاندي

قام هولاندي بتحرير وصية في فرنسا في الشكل العرفي بخطه وتوقيعه وهذا طبقا للقانون الفرنسي الذي يجيز الوصية في هذا الشكل، غير أن القانون المدني الهولندي في مادته 992 يمنع على الهولنديين تحرير وصايهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا في الخارج وبالتالي فالقانون الهولندي يعتبر المسألة متعلقة بالأهلية بهدف حماية إرادة الموصي وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أي قانون الهولندي، حيث ثار نزاع بعد وفاته بين ورثته بشأن صحة هذه الأهلية أمام القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة السين في حكمها الصادر في 1944/3/23 بأنه في حالة رفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية، يثار النزاع فيها حول صحة الوصية الخطية لهولندي يتعين الرجوع إلى القانون الفرنسي لتكييف الشكل المطلوب، ولما كان القانون الفرنسي يعتبر شكل الوصية سواء خطيا أو رسميا مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات فبالتالي يخضع للقانون الفرنسي وبذلك يقضي بصحة هذه الوصية .

لأنه لو أن المحكمة الفرنسية كيفت النزاع على أنه يدخل في الأهلية وهي شرط لصحة الوصية لكان القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الهولندي الذي يبطل الوصية لانعدامها في الشكل الرسمي وهو ما يرغبه الورثة الهولنديين الذين يريدون إبطال الوصية لإدخالها في الميراث، وهذا ما تقضي به قاعدة الإسناد الفرنسية .[2]

[1]– أحمد عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق، ص 266 ، أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص32 وانظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص101

[2]– غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 68 وانظر بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 37

انطلاقا مما سبق رأى بارتان أن التكييف يخضع لقانون القاضي، فالقاضي يكيف المسألة المعروضة عليه طبقا للقانون الوطني ويبرر ذلك بحجتين:

الأولى : هي أن خضوع التكييف لقانون القاضي نتيجة حتمية لاعتبار قواعد التنازع " قواعد وطنية داخلية محضة" حيث تضع كل دولة قواعدها الخاصة بتنازع القوانين كما تشاء، غير خاضعة لأي اعتبار في قانون أجنبي وهذه الحجة مستمدة من فكرة السيادة، حيث أن المشرع الوطني عندما يسمح للقاضي بتطبيق قانو أجنبي على مسألة ذات عنصر أجنبي إنما هو انتقاص من السيادة .

الثانية : إن القول بإخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص في حل النزاع حسب ما تقره قواعد الإسناد يعتبر من قبيل المصادرة على المطلوب إذ كيف يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي ليعرف منه طبيعة النزاع المعروض عليه قبل أن يعرف أصلا أن ذلك القانون هو واجب التطبيق أو لا .[1]

هذا ما اخذ به الفقه الغالب، ولكن على أساس مختلف عما ذهب إليه بارتان وهو فكرة السيادة، بل حيث إن المشرع الوطني عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي في بعض المسائل، فإنما يفعل ذلك لأنه رأى أن القانون هو

أقدر القوانين ملائمة لحكم العلاقة محل النزاع، كما وأن سمات الدول المتطورة هي الدول التي يجد فيها الأجانب والمقيمين استقرارا في معاملتها وثقة في عدالة الدولة المستقبلة فهذا عامل مهم جدا لجلب الكفاءة الأجنبية والاستثمارات المساهمة في رقي الدول وازدهارها.[2]

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على التكييف:

[1] – Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 275

[2] – علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 44 وانظر كذلك احمد عبد الحميد عيوش، مرجع سابق، ص 269

قد اختلف الفقهاء في موضوع القانون الواجب التطبيق على التكييف وهذا ما يسمى تنازع القوانين في التكييف أو تنازع التكييفات، إذ لم يعد هناك خلاف في ضرورة وجود التكييف غير أن الخلاف والجدل الفقهيين انصب حول تحديد القانون الذي يرجع إليه عند تكييف المسألة محل التنازع وظهرت ثلاث اتجاهات في هذا المجال:

1 نظرية خضوع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع

2-خضوع التكييف إلى القانون المقارن

3-خضوع التكييف إلى قانون القاضي.

أولا: نظرية خضوع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع:

-**مفهوم النظرية** يقصد من النظرية رجوع القاضي عند قيامه بتحديد طبيعة المسألة المتنازع فيها الى القانون الواجب التطبيق عليها دون البحث عن القوانين الأخرى كقانون القاضي المعروض عليه النزاع، وتقوم هذه النظرية على أساس أن الرجوع إلى قانون غير القانون المختص يرتب نتائج غير منطقية وغير مقبولة، إذ قد يسبب ذلك عدم تطبيق القانون المختص على الرغم أن مشرعه الوطني قد أعطى له الاختصاص وأراد له أن يطبق ، كما أن الحكمة من النظرية هو تحقيق العدالة من خلال تطبيق القانون الأجنبي تطبيقا كاملا سواء ما تعلق منه في قواعده الموضوعية أو ما تعلق بالتكييف .[1]

تقدير النظرية يتبادر لنا من الناحية النظرية أن هذه النظرية حججها منطقية، إلا أنها تعرضت لانتقادات أهمها:

[1]-- انظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 96 وانظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص120

- التكييف يسبق الإسناد فلا يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق إلا بعد إجراء التكييف فكيف يتسنى للقاضي المعروض عليه النزاع إخضاع عملية التكييف إلى قانون هو نفسه لم يعرفه بعد، لأن معرفته

تتوقف بالدرجة الأولى على التكييف ثم بعد ذلك يمكن الانتقال إلى الإسناد وبذلك فإن هذه الحجة مصادرة على المطلوب

إن قواعد التنازع قواعد وطنية لا يمكن أن يتنازل المشرع الوطني لقانون أجنبي لتحديد مجال تطبيقها فحينما ينص المشرع الوطني على أن الميراث يخضع لقانون جنسية المورث أن الشكل يحكمه قانون مكان إبرام العقد فهو يقصد بالميراث أو الشكل مفهومهما طبقا لقانون الوطني وحسب التصور الذي يعطيه لهما، ولا يمكن اعتماد قانون جنسية المورث أو قانون مكان إبرام العقد فهذان يتعلقان بموضوع النزاع لا بالتكييف.[1]

ثانيا نظرية خضوع التكييف للقانون المقارن:

ذهب فريق من الفقهاء يتزعمهم الفقيه RABEL إلى القول أن مسألة التكييف لا ينبغي أن تخضع لقانون دولة معينة منفصلة عن بقية الدول الأخرى، بل لابد من المزيد من البحث للوصول إلى حل يوفق بين المصلحة الوطنية والمُثل العالمية أي عدم التقيد بقانون الدولة التي يعرض أمام قضائها النزاع إنما يرجع في التكييف لمفاهيم بقية الدول والمجتمعات الأخرى، وبالتالي تقوم هذه النظرية على منهج القانون المقارن، الذي يهدف إلى توحيد النظم القانونية بين كل مجتمعات العالم.

تقدير النظرية: يبدو طموح النظرية ممكنا بتوحيد مناهج القانون الدولي الخاص، بحيث تتذلل الصعوبات التي تواجه القاضي في تكييف علاقات قانونية مرتبطة بأنظمة أجنبية غريبة عليه وغير معروفة في وطنه (كتعدد الزوجات، والأوقاف، والمهر) بالنسبة للدول الأوروبية، و (التبني، والنظام المالي للأزواج، ونظام الصديقات) بالنسبة للدول الإسلامية العربية ، بحيث لا يمكن

[1]– زيروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص 102 وانظر غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 71

لقاضي فرنسي عدم الاعتراف بالتعدد بحجة انه لا يقبله قانونه أولا يوجد في ثقافته، إلا أن هذا التوحيد صعب المنال لذلك تعرضت النظرية للانتقادات التالية :

- لم تصل الدول إلى قوانين موحدة إجبارية التطبيق لاختلاف النظم والثقافات
- اعتماد منهج القانون المقارن خروج عن إرادة المشرع الوطني لأن التكييف وفق القانون الوطني هو تفسير لقواعد الإسناد
- إجبار القاضي على دراسة واستيعاب كل الأنظمة القانونية العالمية وهذا تحميل للقاضي فوق طاقته.[1]

ثالثا نظرية خضوع التكييف إلى قانون القاضي

1-المبدأ العام للنظرية

تهدف هذه النظرية في مضمونها إلى إعطاء الاختصاص في التكييف الى قانون القاضي المعروض أممه النزاع في العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق عليها، وبصرفالنظر على مفاهيم القانون الأجنبي أو المقارن ويتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني KHAN ثم تبعه الفقيه الفرنسي BARTAI N ولم تشتهر على مستوى الفقه فقط بل تعدت إلى إقرارها في المعاهدات الدولية كاتفاقية لاهاي لعام 1925 واستقر ت عليها معظم التشريعات وهذا لعدة اعتبارات أهمها:

- أن تطبيق قواعد الإسناد يتعلق بالسيادة الوطنية ولا يمكن التنازل عن التكييف لفائدة قانون أجنبي، غذ أن فكرة تنازع القوانين هي تنازع سيادات ومصالح، فالمشرع عندما يسمح بتطبيق قانون أجنبي وفقا لقواعد الإسناد فإنه هو الذي يحدد نطاق التطبيق ومجاله وعلى القاضي التقيد بهذه الحدود لأنها تخضع للسلطة التقديرية الخاصة بالمشرع حسب الظروف ومصلحة الدولة وبالتالي فقد قرر المشرع أن التكييف يخضع للقانون الوطني.

[1] – Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 279

- أن التكييف هو تفسير لقواعد الإسناد وتحديد نطاق تطبيقها
- التكييف يسبق الإسناد دائما فقبل تطبيق قانون دولة معينة على شكل تصرف يجب تكييف النزاع أولا هل يتعلق بالشكل أم بالموضوع مثل قضية وصية الهولندي
- لأن القاضي ينشأ مكونا مطبوعا بقانونه ومن الطبيعي أن يميل في تحديد المسائل المعروضة عليه الى قانونه ومبادئه
- ومن المهم إسناد التكييف للقاضي الوطني من أجل تصدير المفاهيم القانونية الوطنية وتطبيقها على العلاقات ذات العنصر الأجنبي خاصة في مجال الأحوال الشخصية.[1]

2-استثناءات النظرية

إن المبدأ العام هو خضوع كل مجالات ونزاعات القانون الدولي الخاص في التكييف لقانون القاضي، إلا أن هذه القاعدة خضعت لاستثناءات تبنتها كل التشريعات من ضمنها القانون المدني الجزائري في المواد 17 ،20، 21.

وتنحصر هذه الاستثناءات في أربع حالات هي

-أ- استثناء وارد على خضوع التكييف لقانون القاضي وهو عدم خضوع تكييف المال من عقارات ومنقولات إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع، بل يخضع لقانون موقع المال فهذا الأخير هو الذي يحدد طبيعته فيما إذا كان من العقارات أو المنقولات أو عقارات بالتخصيص، وتم تبرير هذا التوجه بأن المال يمثل الثروات الوطنية لكل دولة ولهذه الأخيرة سيادتها عليه، وكذلك يهدف الاستثناء لتحقيق الاستقرار الأوضاع القانونية والطمأنينة في المعاملات، ورغم أن كثير من نصوص القانون المقارن لم تورد الاستثناء إلا أن القانون الجزائري أخذ بهذا الاستثناء بعد تعديل القانون المدني في 06/20/ 2005 فنصت المادة 1/17 يخضع تكييف المال سواء

[1]- زيروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 284 وانظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 43 وانظر بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 41

"الأصح ما إذا كان" عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها، ونص على ذلك القانون التونسي .[1]

ب-استثناء يتعلق بتكييف الأفعال سواء كانت ضارة ترتب مسؤولية تقصيرية أو جنائية أو نافعة ترتب التزامات قانونية إذ يرجع في تكييفها إلى قانون مكان وقوعها، والحكمة من ذلك هي اختلاف القوانين فيما بينها من مجتمع لآخر ومن دولة إلى أخرى وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 20 من قانون م ج

ج- استثناء يتعلق بوجود أنظمة قانونية لا يعرفها قانون القاضي، فيكون بذلك أمام استحالة مادية ، فعلى القاضي أن يرجع في التكييف إلى قانون الأجنبي المختص لتحديد طبيعة النزاع، فنظام الوقف أو المهر في الشريعة الإسلامية لا يعرفهما القانون الفرنسي أو الانجليزي فيرجع هذا الأخير إلى قانون الأسرة للتعرف على طبيعة النزاع.

د-الاستثناء الأخير هو تحديد القانون الذي يخضعه له التكييف مسبقا في معاهدة مختصة لحل منازعات الدولي الخاص أو في نص قانوني ينظم مجالا خاصا من منازعات القانون الدولي الخاص، فالدول تعقد فيما بينها اتفاقيات لتنظيم المنازعات بين رعاياها في مجالات معينة وهذا ما نصت عليه المادة 21 من ق م ج " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر "[2]

3- نقد النظرية:

رغم انتشارا لنظرية في الوقت الحالي وتبنيها من جل التشريعات في العالم إلا أنها تعاني من بعض النقائص منها – عجز النظرية عن مواجهة جميع الحالات المعروضة على القاضي أو ما يسمى بالاستحالة المادية.

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص125

[2]- زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع يابق، ص 109، وانظر غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 73، وانظر – انظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 98

–رغم القيمة المهمة للأموال المعنوية إلا أن النظرية لم تبين طريقة تكييفها على عكس الأموال المادية وهذا قصور في النظرية

وفي الأخير بالنسبة لنظرية التكييف وفق قانون القاضي، فإن المراد بهذا الأخير هو النظام القانوني في دولة القاضي برمته ومفاهيمه الأساسية لأنواع العلاقات القانونية الأحوال الشخصية، الأموال، الشكل، الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية حتى يمكن إدخال كل العلاقات التي يعرض بشأنها نزاع على القاضي ضمن إحدى طوائف الإسناد، فالقاضي الجزائري المعروض عليه النزاع لا يكتفي فقط في بحثه بحدود النص التشريعي، بل يتعدى ذلك إلى البحث عن التكييف في القواعد الأخرى الموجودة في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع فإن لم يجد يرجع للعرف وقواعد القانون الطبيعي والعدالة وهذا نص المادة 01 من القانون المدني الجزائري.[1]

المطلب الثاني : قواعد الإسناد

في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لابد من تحديد القانون الواجب تطبيقه لحل تنازع القوانين من حيث المكان، وهذا ما يستلزم تفضيل أحد القوانين المتنازعة على حكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، ويتم هذا التفضيل بقواعد قانونية في القانون الدولي الخاص تسمى (قواعد التنازع) " régle de conflit" أو (قواعد الإسناد) " régle de rattachement " وهذه القواعد لا تمس موضوع النزاع، وإنما تنحصر وظيفتها في اسناد حكم العلاقة إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع عليها ، وفي العناصر الموالية سنتعرف على قواعد الإسناد ومميزاتها وعناصرها .[2]

[1]– احمد عبد الحميد عيوش، مرجع سابق، ص 270، وانظر بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، 45

[2] –Mnuel jorge, sous la direction de m pr paul lagarde, les ratachements alternatifs en droit iternational prive , thése doctorat, université paris ,1988 ,p 18 , https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01116739/document

فالقضية الأساسية في تنازع القوانين هي مسألة اختيار بين مجموعة عناصر ذات صلة بالعلاقة الخاصة الدولية، وهو ما يحتاج إلى وسيلة استثنائية، لذلك فإن الاستثناء الهام والملفت الذي سمح بتطبيق قانون أجنبي أمام القضاء الوطني هو الذي أخرج الى الساحة القانونية مولودا جديدا غريبا في طبيعته وبنيته (قواعد الإسناد) ومميزا فريدا في خصائصه الأمر الذي جعل هذه القواعد أداة استثنائية لحل النزاعات الخاصة الدولية، وهو ما سيظهر في التعرف على طبيعتها وأيضا عند بيان خصائصها,[1]

الفرع الأول: مفهوم قواعد الإسناد

يعرف الأستاذ غالب الداودي قواعد الإسناد "أنها تلك القواعد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق عل العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وهي ليست دولية ملزمة لجميع الدول، بل هي قواعد وطنية يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها، ولهذا فهي تختلف من دولة إلى أخرى بالنسبة للعلاقة القانونية الواحدة، فبعضها يعطي الاختصاص في الأهلية إلى قانون الجنسية وبعضها الآخر يعطي الاختصاص لقانون الموطن "[2]

ويعرفها الأستاذ بلعيور عبد الكريم " قواعد قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات أو المراكز القانونية المشوبة بعنصر أجنبي وهي التي تحدد على وجه صحيح القانون المختص بحكم علاقة قانونية متضمنة عنصر أجنبي مرفوعة أمام قاضي وطني"[3]

تعريف الأستاذ أعراب بلقاسم " قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على مسألة قانونية تحتوي عنصرا أجنبي" [4]

[1]– سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 578

[2]– غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 87

[3]– بلعيور عبد الكريم مرجع سابق، ص 49، وانظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص25

[4]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 67

تعريف الأستاذ هشام خالد " هي قواعد تتولى توطين المنازعات ذات الطابع الدولي في بلد معين تخضع لقانونه باعتبار هذا البلد أقوى صلة بالعلاقة من القوانين الأخرى، وبالتالي فهو الأجدر بحكم النزاع من غيره من القوانين"[1]

مما سبق نجد أن قواعد الإسناد هي دليل يرشدنا إلى القانون الواجب التطبيق وقد أوردها المشرع الجزائر ي في القانون المدني من المادة 09 إلى المادة 24 .

الفرع الثاني : مميزات قواعد الإسناد

-قاعدة الإسناد هي قاعدة إرشادية وغير مباشرة:

إذ أن دور قاعدة الإسناد ليس حسم النزاع ذو الطابع الدولي وإنما ربط العلاقة القانونية بقانون معين لتستمد منه حكمها بحيث أنها ترشد إلى القانون المختص الذي يحسم النزاع بإعطاء الحل النهائي الموضوعي له، وبالتالي قاعدة التنازع دائما هي قاعدة غير مباشرة تقوم بدور الإرشاد والتوجيه تشبه مهمتها وظيفة محول

المكالمات الهاتفية في مؤسسة معينة، وليس شرطا أن يكون في جميع الحالات القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد هو القانون الأجنبي بل قد يكون في حالات معينة القانون الوطني.[2]

-مثال المادة 10 ق مدني تنص " يسري عل الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" فإذا تعاقد جزائري مع فرنسي وحدث إشكال في أهلية أحدهما فإن المادة عشرة لا تبين لنا سن الرشد وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل ببيان هذا السن "المادة 40 من ق مدني جزائري "سن الرشد 109 سنة كاملة" .

[1]– هشام خالد ، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي مرجع سابق،، ص 209

[2] ––Antoine . Pillet, op, p 405

–André Weiss,op, p 320

إن هذه الخاصية الفنية مهمة في قواعد الإسناد وتفتقر لها قواعد القانون الأخر حيث بهذه الآلية يتم توظيف المركز القانوني الذي تحتويه وتركيزه في دولة معينة فيصبح قانون تلك الدولة هو الملائم في نظر المشرع، ومعيار التركيز نسبي ومبني على اعتبارات الملائمة لتحقيق أهداف سياسية تشريعية معينة حسبما تقتضيه المصلحة الوطنية .[1]

-قاعدة الإسناد مزدوجة:

عند سن قواعد الإسناد دأب المشرعون على إصباغ طابع الازدواجية على أغلب قواعد الإسناد، والازدواجية تعني أن القاعدة تحدد متى يكون القانون الوطني مختصا ومتى يكون القانون الأجنبي مختصا، بذلك تتاح الفرصة لهذا الأخير بالتطبيق أمام المحاكم الوطنية وذلك بجعل ضابط الإسناد فيها مجردا كأن يكون هو قانون الجنسية أو قانون موقع المال أو القانون المختار دون تشخيص تلك الجنسية أو تحديد موقع مال معين مثل امواد 11 و 17 والمادة 18 من القانون المدني الجزائري وتحقق الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد هدفان :

1-أتاحت الفرصة للقانون الأجنبي للتطبيق إذا قدر القاضي عدم اختصاص قانونه عل اعتبار أن العلاقة القانونية ترتبط بنظام قانوني أجنبي، فمثلا لو طالب ايطالي بالانفصال الجسماني ضد زوجته الفرنسية لكان القانون الايطالي هو الواجب التطبيق انطلاقا من المادة 2/12 فقانون الأسرة الجزائري لا يعرف الانفصال الجسماني.

2-تفادي التنازع السلبي وهو الفراغ القانونيـ إذا كان قانون القاضي غير مختص وهذا بواسطة الإسناد المزدوج وبالتالي يتحدد القانون الأجنبي حسب ضابط الإسناد الذي حدده المشرع. [2]

وعند تفقد قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري يتضح أن اغلبها مزدوجة باستثناء المادة 9 المتعلقة بالتكييف والمادة 13 حيث تم جاءت صيغتهما منفدرة ويقصد بقاعدة الإسناد

[1]- زيروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 285، وانظر انظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 100

[2]- انظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 108

المنفردة تلك التي تبين اختصاص القانون الوطني وحده فقط وتسمى بالقاعدة القاصرة ولكن بمفهوم المخالفة فإن المجالات التي لم يستأثر بها القانون الوطني تخضع للقانون الأجنبي فنجد المادة 10 مثلا قبل تعديل 2005 كانت تنص "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية" فهذه منفردة ولكن بعد تعديل 20 جوان 2005 نصت كما يلي " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " حيث حاليا أصبحت مزدوجة تحدد اختصاص كل من القانون الوطني والأجنبي.[1]

- قاعدة الإسناد إلزامية

اختلفت الآراء في مدى إلزامية قواعد الإسناد بمعنى هل يجب في المنازعات ذات العنصر الأجنبي أن يثير الخصوم مشكلة تنازع القوانين فيدعي أحد الأطراف اختصاص قانون دولة معينة وينازعه الطرف الآخر في ذلك، اختلفت الأنظمة القانونية ومواقف الفقه في رأيين:

الرأي الأول : حيث أن قاعدة التنازع غير ملزمة مادامت لا تقدم حلا للنزاع هي مجرد مرشد للقاضي إن شاء هذا الأخير أخذ بها أم لم يأخذ وله سلطة واسعة في التقدير وانتقد بعض الفقه هذا التوجه بحيث يرى أن قاعدة التنازع تتعلق بالنظام العام والمشرع يهدف من وضعها تحقيق سياسة معينة ولو أن صياغتها جاءت بصفة محايدة بواسطة اختيار ضابط إسناد معين يتحدد على ضوئه القانون المختص بغض النظر عن كونه وطنيا أو أجنبيا.[2]

الرأي الثاني: وهو الرأي الراجح يرى أن قاعدة التنازع كغيرها من قواعد القانون الأخرى ملزمة بغض النظر عن مصدرها وغايتها وطريقة صياغتها ومهما كان الهدف منها سواء سياسيا بوصفها تعبر عن ممارسة أحد مظاهر

---

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 45 وانظر سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 581 وانظر

Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 285

[2]– وانظر زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 93 وص 272

السيادة أو لها هدف محدد تعمّد المشرع تحقيقه وهو " اختيار القانون المناسب لحكم علاقة قانونية معينة وبالتالي تكون عبارة عن أداة توثيقية بين مقتضيات المصلحة الوطنية والاعتبارات الدولية غرضها تحقيق الاستقرار القانوني للروابط الخاصة الدولية وهو عامل مهم يبين مدى تطور الدولة وازدهارها.[1]

وبالتالي إن خصوصية هذه الروابط هي التي استدعت وضع نظام خاص لها للمحافظة على معاملات الناس وعقودهم وأمنهم القانوني، وبالتالي فالقاضي مُطالب بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه إذا توافرت شروط إعمالها، لأن المشرع مؤكد أنه راعى في وضع قواعد التنازع اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة للدولة ويتصل بالنظام العام، بحيث أنه لا يعني تعلق وجود النظام العام بتطبيق القانون الوطني فقط، فحتى تطبيق القانون الأجنبي بترخيص من المشرع يخفي في ثناياه النظام العام.[2]

الفرع الثالث: عناصر قاعدة الإسناد

تتكون عناصر الإسناد من 3 أقسام جوهرية مهمة لتمييزها عن غيرها وتساعدها في أداء وظيفتها وهي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه وسنعرف كل جزء مع وضع أمثلة توضيحية :

أولا: الفكرة المسندة (الفكرة المسندة):

هي مجموعة من الحالات القانونية أو المراكز أو الروابط القانونية التي تتركز حول محور واحد في المسائل القانونية وعند تتبعنا لقواعد الإسناد من المادة 9 إلى المادة 24 نجدها مقسمة

[1] – Pierr Lalive ,op , p 216

[2] –Antoine . Pillet, op, p 443

–André Weiss,op, p 376

بالترتيب إلى مواضيع وفئات –أهلية الأشخاص مادة 10 –الأحوال الشخصية (زواج طلاق نسب نفقة ميراث الخ) مادة 11 الى مادة 16 –المعاملات الواقعة على المال المادي مادة 17 – وعلى المال المعنوي مادة 17 مكرر –الالتزامات التعاقدية مادة 18–شكلية التصرفات المادة 19– الاختصاص والإجراءات المادة 21 مكرر.

و للفكرة المسندة أنواع فقد تقتصر على فكرة مسندة واحدة مثل المادة 19 التي تختص بالجانب الشكلي للتصرف حيث تنص المادة " تخضع **التصرفات القانونية في جانبها الشكلي** ...."

وقد تحتوي الفكرة المسندة على أكثر من موضوع مثل المادة 10 والمادة 16 إذ الأولى تتكلم عن الأهلية والحالة المدنية أما الثانية فتحتوي الميراث،الوصية، سائر التصرفات بعد الموت، والهبة والوقف ، نفس المثال في المادة 17 تتكلم عن الحيازة والملكية و الحقوق العينية الأخرى .

ثانيا: ضابط الإسناد

1–ويقصد به المعيار المختار من طرف المشرع لكي يرشد القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص الذي يحكم العلاقة، وهو أداة قانونية تعتبر بمثابة الموجه الذي يسهل مهمة القاضي في معرفة القانون الذي سوف يكون مختصا بحكم العلاقة المتنازع فيها.

مثل المادة 10 من ق م ج تنص " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " فضابط الإسناد هنا هو الجنسية فهي أداة الوصل بين الحالة والأهلية والقانون الواجب التطبيق .

2-إن مصدر استنباط ضابط الإسناد يُستمد من احد عناصر العلاقة القانونية، بحيث يستخرجه المشرع من داخل العلاقة القانونية واحد عناصرها الثلاث " الأطراف أو المحل أو السبب المنشئ".[1]

كما هو الحال في المواد من 10 إلى 16 ق م ج التي تنظم الأحوال الشخصية إذ أن المشرع اعتمد على ضابط الجنسية والذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق عليها.

أما المسائل المتعلقة بالأشياء محل التعامل المتمثلة في الحيازة والملكية والحقوق العينية الواردة على الأموال فإن المعيار هو موقع المال فهذا معيار استمد من موضوع أو محل هذه المسائل وهي الأموال مثل المادة 17 و17 مكرر إذ اعتمد ضابط موقع المال بالحقوق الواردة عليه

-واعتمد ضابط الإرادة في التصرفات التعاقدية أي القانون المختار من طرف المتعاقدين كأصل وهناك استثناءات سنتعرف عليها في حينها.[2]

- واعتمد المشرع ضابط مكان التصرف للتعرف على القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف المادة 19 ق م ج المسماة بقاعدة لوكيس نسبة للفقيه الذي اخترعها.

وبالنسبة للفعل المنشئ للالتزام المتمثل في الفعل النافع والفعل الضار، اعتمد المشرع ضابط مكان وقوع الفعل، فالمسؤولية مرتبطة بقانون مكان حدوث الفعل الضار، وكذلك بالنسبة للفعل النافع وهذا نص المادة 20 ق م ج

ونشير إلى أن اختيار ضابط الإسناد يستخرج من العنصر الأكثر تأثيرا في المسألة القانونية حتى يكون لقاعدة الإسناد فعالية وتواجد في المجال الدولي.

-وكذلك عند ملا حضتنا إلى طريقة إيراد ضابط الاسناد في قواعد الإسناد فنجد المشرع أحيانا يعتمد على ضابط إسناد واحد مثل المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية مادة 10 و 11 و 12 و

[1] – Pierr Lalive ,op , p 257

[2] – Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 287

13 مكرر و 14 و 15 و16 كلها تعتمد ضابط **جنسية الشخص** ويسميه المشرع أحيانا **القانون الوطني للشخص** أو **قانون الشخص** ويقصد به قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص . ويسمى هذا النوع من الإسناد **بالإسناد البسيط** [1]

مثال المادة 13 مكرر " يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون **جنسية الأب** وقت ميلاد الطفل"

-كما قد يستعمل المشرع لضرورة المرونة في العلاقات وضمان استقرار المعاملات عدة ضوابط إسناد في علاقة قانونية واحدة ويسمى هذا الإسناد **بالإسناد المركب** ويكون أما إسناد جامع أو موزع أو تخيري ونفهم ذلك عبر الأمثلة التالية :

المادة 19 ق م ج " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون **المكان** الذي تمت فيه

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون **الموطن المشترك** أو للقانون الذي يسري على **أحكامها الموضوعية** "

المادة 18 ق م ج " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان **المختار من المتعاقدين** .....وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون **الموطن المشترك** أو **الجنسية المشتركة** وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون **محل إبرام التصرف...** "

في هذه المادة ضابط إسناد رئيسي وهو المكان **المختار من المتعاقدين** بحيث يعمل بهأ ولا فإن تعذر ذلك يتم اللجوء إلى الضابط الاحتياطي بالترتيب الذي أورده المشرع **الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة** ثم **محل إبرام التصرف**

ثالثا القانون المسند إليه :

[1] – Pierr Lalive ,op , p 259

وهو القانون الذي يثبت له الاختصاص بعد الإسناد، أي القانون المطبق على الفئة المسندة، فإذا كنا بصدد أحوال شخصية فهو إما قانون جنسية الشخص كالقانون الجزائري أو المغربي، انطلاقا من الشخص جزائري أو مغربي، أو قانون موطنه فيكون القانون الفرنسي أو الايطالي على أساس أن الشخص متوطن في فرنسا أو ايطاليا.

وقد تعترض القاضي صعوبات يجدها بعد الإسناد فعندما يعود القاضي مثلا إلى جنسية الشخص يجد أنه متجنّس بعدت جنسيات، أ, عديم الجنسية قبل تعديل 2005 لم يكن هناك حل قانوني، وأما بعده فقد جاءت المادة 22 بالحل تم بلورته في الفقه والتطبيقات القضائية وهو نظرية الجنسية الفعالة أو الفعلية وسنتعرف على ذلك في حينه، كما والصعوبة الثانية هو أنه عندما يعود القاضي إلى القانون الأجنبي يجده يرفض الاختصاص ويحيل القضية مرة أخرى أما إلى قانون آخر أو إلى قانون القاضي نفسه الذي عرضت عليه القضية أو جاءت منه. وهذا كذلك حله المشرع الجزائري بنص المادة 23 مكرر 2 وتسمى بنظرية الإحالة وهي مرحلة ثالثة من مراحل حل نزاع ذو عنصر أجنبي في إطار القانون الدولي الخاص وهذا هو المبحث الموالي[1]

المبحث الثاني: نظرية الإحالة

مر الفقه والقضاء في مجال تنازع القوانين وفي تفسيره للمقصود بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق في مرحلتين سابقة على ظهور نظرية الإحالة ولاحقة عليها منطلقة منها، ففي مجال تحديد القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد كان القاضي يتجه مباشرة الى القواعد الموضوعية الواجب تطبيقها، ولكن بحدوث قضية "فورجو" عام 1878 التي هي منبع لنظرية الإحالة أصبح الفقه والقضاء أمام مفهوم جديد للقانون الأجنبي هل هو قواعده الموضوعية فقط أم قواعد إسناده أولا مع قواعده الموضوعية ثانيا، ويعني هل أن القاضي الوطني عندما توجهه قاعدة إسناده الوطنية هل يذهب مباشرة إلى القواعد الموضوعية ؟ وهذا إقصاء للإحالة، أم يجب أن

[1]-- احمد عبد الحميد عيوش، مرجع سابق، ص **274**، وانظر غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص **90**، وانظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص **115** ، وانظر هشام خالد ، مرجع سابق، ص **120**، وكذلك زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص **97**

يضطلع على قواعد الإسناد في القانون الأجنبي أولا ثم القواعد الموضوعية وماذا إن حولته قاعدة الإسناد الأجنبية لقانون أجنبي آخر أو أعادته لقانونه الوطني؟؟ وهذا هو الأخذ بالإحالة .[1]

وبالتالي مالمقصود بالإحالة ؟ ما هي أنوعها؟ وما هو موقف التشريعات المقارنة منها وموقف المشرع الجزائري ؟؟

المطلب الأول: تعريف الإحالة ونشأتها في الفقه التقليدي

الإحالة هي " رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة إسناد القاضي ورده أو تحويله بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى" [2]

إن رفض الاختصاص على هذا النحو يعني وجود اختلاف بين ما تشير به قاعدة الإسناد الوطنية وما تشير به قاعدة الإسناد الأجنبية، وهذا يعني أن قيام الإحالة ليس متلازما فقط مع الأخذ بالمفهوم الواسع الكلي للقانون الأجنبي بل وأيضا عندما يتحقق قيام الاختلاف بين قاعدتي الإسناد في دولة القاضي والدولة الأجنبية, [3]

وبذلك عندما توجه قاعدة الإسناد القاضي الوطني المعروض عليه النزاع الى تطبيق قانون أجنبي معين فإنه يكون عند تطبيقه بين صورتين:

الصورة الأولى: عند رجوع القاضي للقانون الأجنبي المختص يرجع إلى قواعد الإسناد الأجنبية ثم القواعد الموضوعية، وبذلك فإنه قد توجد قاعدة إسناد في ذلك القانون ترفض الاختصاص وترجعه مرة أخرى إلى قانون آخر إما قانون بلد ثالث أو قانون بلد القاضي الذي جاء منه الإسناد.

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص **637**، وانظر سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص **103** وانظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص**147**

[2]– سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط**3**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، **2009**، ص **104**

[3] – Pierr Lalive ,op , p 266

– Manuel JORGE ,op, p138

الصورة الثانية: أن القاضي يمنع عليه الرجوع إلى قواعد الإسناد في البلد المختص بل يطبق القواعد الموضوعية مباشرة تنفيذا للإسناد وفق القانون الوطني، وبالتالي يمنع على القاضي استشارة قواعد الإسناد في مدى اختصاص القانون الأجنبي من عدمه في المسألة المطروحة أمامه، فالإسناد قد تم في بلد القاضي لماذا نترك القضية عرضة للتنقل من إسناد الى آخر.[1]

وبناء على ما سبق فإنه إذا أخذنا بالصورة الأولى فإننا قد أخذنا بالإحالة لأننا أعطينا للقانون الأجنبي مفهوما واسعا بحيث يشمل قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه والتي قد تتخلى عن الاختصاص بدورها لقانون آخر قد يكون قانون القاضي أو قانون دولة أخرى (إحالة درجة أولى ، إحالة من درجة ثانية)

أما إذا أخذنا بالصورة الثانية التي تجعل نطاق تطبيق القانون الأجنبي ضيقا جدا وينحصر فقط في قوانينه الموضوعية، سينتهي النزاع عند هذا الحد، ونكون بذلك من أنصار رفض الإحالة رفضا مطلقا.[2]

لكن يجب التنبيه بأن مسألة الإحالة لا تطرح عندما تتشابه قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي المعروض عليه النزاع والقانون الأجنبي المختص وهذا تنازع ايجابي، وبالتالي تثور الإحالة عندما يختلف قواعد الإسناد في كلا القانونين ونشرح ذلك بالأمثلة التالية :

المثال الأول: التنازع الايجابي

وفيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع أي تسند الاختصاص إلى قانونها **فمثلا** توفي ألماني في فرنسا أين يوجد موطنه الأخير تاركا وراءه أموالا منقولة، فإذا كان القضاء الألماني هو الذي عرضت عليه مسألة ميراث هذا المتوفي فإنه سيطبق عليه قانونه الألماني على

[1]–عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسي) ، مطبعة الانتصار ، الاسكندرية، 2005، ص 90

[2]– احمد عبد الحميد عيوش، مرجع سابق، ص 280، وانظر غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 95 وانظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 120 ، وانظر هشام خالد ، مرجع سابق، ص 128 ، وكذلك زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 102

أساس أن قواعد الإسناد فيه تقضي بخضوع الميراث في المنقولات إلى قانون جنسية المتوفى، لكن لو أن هذه المسألة طرحت على القضاء الفرنسي فإنه سيطبق عليها القانون الفرنسي على أساس أن القانون الفرنسي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى.

لا تثير هذه الصورة من التنازع أي إشكال، فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن قاضي كل دولة يطبق قاعدة الإسناد في قانونه، ففي المثال السابق يطبق القاضي الألماني قانونه، ويطبق القاضي الفرنسي قانونه، ذلك أن قاضي كل دولة مهمته هي تطبيق قوانين دولته.[1]

المثال الثاني: التنازع السلبي

وفيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونه، ويسمى هذا النوع من التنازع بالتنازع السلبي/ فمثلا لو أن انجليزيا متوطن بالجزائر فوفق قواعد قواعد الإسناد الجزائرية فإن القانون الانجليزي هو المختص انطلاقا من تطبيق قانون جنسية الشخص على أهليته، ولكن قاعدة التنازع الإنجليزية تنص على إخضاع تلك العلاقة الى قانون محل الإقامة أي إلى القانون الجزائري، كل من القانونين يتخلى عن الاختصاص، هنا تثور مشكلة الإحالة : –هل تُقبل إحالة القانون الانجليزي الى القانون الجزائري؟ بمعنى آخر هل يطبق القاضي الجزائري قواعد تنازع أجنبية في حل النزاع، أي قاعدة التنازع الانجليزية؟. إليس في تطبيق قاعدة تنازع الجزائرية كفاية؟ . [2]

[1] Manuel JORGE ,op, p–143

[2]– أعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص 96، وانظر سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 104

فهذه هي إشكالية الإحالة والبث فيها أمر جوهري لأنه يتوقف الحل النهائي للنزاع على موقف المتخذ منها، ففي المثال السابق إذا قبل القاضي الجزائري الإحالة فإنه سيطبق على النزاع قانونه، أما إذا رفضها فسيطبق عليه القانون الإنجليزي فيختلف بذلك الحل تبعا للقانون المطبق.[1]

-نشأة الإحالة

إن بوادر نظرية الإحالة بدأت في الفقه الإنجليزي سنة 1841 ولكنها برزت بوضوح وناقشها الفقه، وأخذت بها التشريعات بعد وقوع قضية فورجو 1874 حيث صدر حكم قضائي فرنسي كان هو السبب في ظهور الإحالة.[2]

وتتمثل وقائع القضية في ما يلي:

" جاءت امرأة وابنها الغير شرعي من مقاطعة بفاريا (ألمانيا) ودخلا فرنسا بصفة غير شرعية وأقاما فيها، تزوج الابن فورجو من فرنسية غنية وتوفت وتركت له ثروة ضخمة، توفي هو أيضا في سن متقدمة وترك الثروة لتبدأ مشكلة من يرث الثروة؟ حيث أن القانون الفرنسي لا يُورث الأبناء غير الشرعيين ويجعل تركته بدون وارث مما يسمح لدائرة أملاك الدولة الفرنسية بالاستلاء على التركة، أما القانون البفاري يساوي بين الولد الشرعي والغير شرعي في الميراث.[3]

جاء حواشي فورجو من ألمانيا، وهم من عائلة DITCHEL أقارب أمه ليطالبوا بالميراث ورفعوا القضية أما القضاء الفرنسي وأسسوا طلبهم على أن القانون البفاري هو الواجب التطبيق باعتباره قانون جنسية فورجو، كما وان القانون البفاري يساوي في الميراث بين الولد الشرعي والغير الشرعي

---

[1] – كأن يُطرح نزاع مثلا متعلق بميراث عقار موجود في الجزائر لمتوفي فرنسي، فالميراث أمام القضاء اللجزائري يحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفي لكن قواعد الإسناد الفرنسية تعقد الاختصاص لقانون موقع العقار أي القانون الجزائري، وبذلك يكون القانون الفرنسي في هذا المثال قد تخلى عن اختصاصه لقانون القاضي الجزائري .

[2] – le renvoi au premier degré a une origine jurisprudentielle il est apparu en France pour la premier fois dans les arrets de la cour de cassation du 24 juin 1878 et du 22 FEVRIER 1882 rendu lun et lautr dans la célébre affaire forgo. Loussouarn , yvon et bourel, paul, droit international privé 2 éd dalloz. Paris1980 ,p213 .

[3] –Antoine . Pillet, op, p 501

وتطبق على الأحوال الشخصية قانون جنسية الشخص، رفضت المحكمة الفرنسية الطلب على أساس أن فورقو كان متوطنا في فرنسا، وبالتالي يجب أن يطبق على ميراثه القانون الفرنسي والذي يقضي بأنه لا حق في ميراث الولد الغير الشرعي إلا لأبويه أو إخوته.[1]

طعن ورثة فورقو في الحكم أمام محكمة النقض، فنقضت هذا الحكم على أساس أن فورقو لم يكن متوطنا في فرنسا لأنه لم يحصل على الترخيص بالإقامة، وبالتالي بفاريا هي موطنه القانوني وقانونها هو الذي ينبغي تطبيقه، فأعيدت القضية إلى محكمة بوردو للفصل فيها من جديد فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق القانون البفاري الذي يورث هؤولاء الحواشي.

لم تستسلم مصلحة أملاك الدولة الفرنسية فطعنت في الحكم أمام محكمة النقض فقضت هذه الأخيرة بقرار مفاده أن الحكم السابق المطعون فيه طبق قواعد القانون البفاري الموضوعية دون الرجوع إلى قواعد التنازع فيه والتي تسند الاختصاص لقانون الموطن الفعلي مما يجعل القانون

الفرنسي مختصا، وأعيدت القضية لمحكمة تولوز من جديد فحكمت برأي محكم النقض وهنا قبل القضاء الفرنسي الإحالة .[2]

وبالتالي يتضح أن محكمة النقض قد قالت بتطبيق قاعدة الإسناد في القانون البفاري الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي، فتكون بذلك قد أخذت بفكرة الإحالة وان لم تستعمل هذا الاصطلاح في حكمها وهي إحالة من الدرجة الأولى.

[1] – Pierr Lalive ,op , p 276

– Manuel JORGE ,op, p144

[2] – عكاشة عبد العال، هشام صادق، حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ا ص 92 وانظر سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 106 وانظر سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 641

المطلب الثاني: أنواع الإحالة

ليست الإحالة صورة واحدة أو نوعا واحدا إنما هي بسيطة ومركبة ويوجد تقسيم آخر إحالة من الدرجة الأولى وإحالة من الدرجة الثانية وفي ما يلي سنتعرف على النوعين :

-إحالة بسيطة (إحالة من درجة الأولى)

تكون الإحالة بسيطة في الحالات التي تؤدي فيها تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى الرجوع الى قانون القاضي المعروض عليه النزاع، بحيث تطبق قواعد قانونه الموضوعية وينتهي بذلك التنازع. [1]

ولكي تتضح فكرة الإحالة البسيطة يمكن توضيح ذلك بالمثال التالي : لو فرضنا طرح نزاع يتعلق بأهلية انجليزي مقيم في الجزائر أما القضاء الجزائري فإن قاعدة الإسناد الجزائرية الجزائرية مادة 10 ق م تعطي الاختصاص في هذه الحالة الى القانون الانجليزي باعتباره قانون جنسية الشخص، ولكن القاضي الجزائري برجوعه الى القانون الانجليزي المختص سوف يجد قاعدة إسناد تعيد القضية الى قانون القاضي وهو القانون الجزائري باعتباره قانون موطن الشخص، فإذا طبق القاضي قانونه الداخلي في قواعده الموضوعية يكون أخذ بالإحالة البسيطة " من الدرجة

الأولى" حيث تقضي المادة 23 مكرر 1 من القانون مدني بأن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق في حالة تخلي القانون الأجنبي عن الاختصاص وهذا مع العلم أن المشرع الجزائري كأصل عام رفض الأخذ بالإحالة [2]

-الإحالة المركبة "الإحالة من الدرجة الثانية "

تكون الإحالة من الدرجة الثانية أو ما يسمى بالرد إلى قانون دولة ثالثة، عندما تحيل قاعدة الإسناد الأجنبية إلى غير قانون القاضي ، وهذا النوع من الإحالة بخلاف الأولى ، نتاج متابعة

[1] – Manuel JORGE ,op, p145

[2] Pierr Lalive ,op , p 280

فقهية أمعنت النظر في حيثيات وفقرات الحكم الصادر في نفس قضية فورجو ، وهذا مكن القضاء الفرنسي لاحقا من القبول بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة.[1]

وفي هذا الصدد يستخلص من عبارات حكم لمحكمة النقض الفرنسية 1938 ملامح تطور جديد نحو القبول بالإحالة الى قانون ثالث أو الإحالة المركبة فقد أكدت هذه المحكمة في حيثياتها ما يلي " وجوب الأخذ بالإحالة التي يراها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي كما هو الشأن في الحلة محل البحث "[2]

حيث لاحظ الأستاذ باتيفول أنه ورغم أن الحكم يتعلق بالإحالة إلى القانون الفرنسي أي على شكل رد إلا أن عباراته جاءت مطلقة فهي تتضمن معنى التسليم بالإحالة الى قانون آخر غير القانون الفرنسي أي القبول بالإحالة الى قانون ثالث وهذا ما توضحه عبارات الحكم المذكور. [3]

وقد استمدت مختلف التشريعات من الاجتهاد القضائي الفرنسي في قضية فوروجو بحيث اتجهت المحكمة العليا الألمانية في حكم لها صراحة إلى القبول بالإحالة الى قانون دولة ثالثة، وكان

النزاع يتعلق بتركة بلجيكي موجودة في روسيا، فقد رجعت المحكمة الى القانون البلجيكي أولا باعتباره القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الألمانية (قانون جنسية المتوفي) فلما تبيّن أن قواعد

التنازع البلجيكية تشير بتطبيق القانون الروسي بوصفه قانون موقع الأموال طبقت المحكمة هذا القانون وأخذت بذلك بإحالة القانون البلجيكي الى القانون الروسي. [4]

---

[1] Manuel JORGE ,op, p–145

[2] Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 310

[3]– احمد عبد الحميد عيوش، مرجع سابق، ص 280، وانظر غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 95 وانظر عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 120 ، وانظر هشام خالد ، مرجع سابق، ص 128 ، وكذلك زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 102

[4]– ومن الأمثلة للاحالة المركبة، أن تعرض مسألة قانونية تتعلق بأهلية انجليزي على القضاء الفرنسي ويكون هذا الانجليزي متوطنا في ايطاليا فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تعطي الاختصاص إلى القانون الانجليزي باعتباره قانون جنسية الشخص، وبالرجوع الى هذا القانون يجد القاضي الانجليزي أن قواعد الإسناد فيه تعطي الاختصاص بدورها الى قانون الموطن ، فيرجع الى القانون الايطالي ويطبقه في قواعده الموضوعية فيكون قد أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية أو بالإحالة المركبة .

المطلب الثالث : تقدير نظرية الإحالة

اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض للإحالة وسبب الاختلاف هو التناقض بين مواقف الدول واختلاف الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم، ولا يعد الخلاف متعلقا فقط بقبول الإحالة أو رفضها إنما يتعلق الأمر بتفاصيل مرتبطة بها وكذلك الأساس الذي تعتمد عليه وفيما يلي حجج و أسانيد كل طرف [1]

أولا حجج المعارضين للإحالة:

يرى هؤولاء أنه عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي فإنه يقصد بهذا الأخير قواعده الموضوعية وليست قواعد الإسناد فيه ولذلك تنتقد الإحالة للأسباب التالية

1= الإحالة تسبب بقاء النزاع بدون حل بسبب الانتقال من قانون لآخر الى مالا نهاية فإذا قررت قواعد الإسناد في الدولة الأجنبية وجوب تطبيق قانون القاضي بوصفه قانون موطن الشخص مثلا لوجب على القاضي مجددا الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه التي ستشير مرة ثانية بوجوب تطبيق القانون الأجنبي، وقد تشير قواعد الإسناد فيه إلى تطبيق قانون دولة القاضي أو إلى القانون الأجنبي الذي أحال الاختصاص إليها وهكذا بلا نهاية وبلا توقف، فنجد القاضي ينتقل في جولة لا تنتهي مع قوانين العالم بدون ان يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وشبه بعض الفقهاء هذه الوضعية بتنس الطاولة .[2]

2=الإحالة قد تؤدي إلى إسقاط قاعدة الإسناد الوطنية ، حيث أنه إذا طبقت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي وأشارت الى تطبيق قانون آخر تراه صالحا في نظرها، فإن هذا يعد إهدار لقاعدة

[1] –Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 363

–Mnuel jorge,op ,p170

[2] – عكاشة عبد العال، هشام صادق، حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص 95 وانظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص175

الإسناد في قانون القاضي ورفض لحكمه الأول الذي أصدره، ولهذا يقال أن الإحالة تهدم نفسها بنفسها .[1]

3= تطبيق القاضي الوطني لقواعد الإسناد الأجنبية هو خضوع لأوامر المشرع الأجنبي مما يعد خروجا على أحكام قانونه الوطني وانتهاكا لسيادته، حيث أن الأخذ بهذا الأمر يؤدي الى نتائج شاذة إذ يلزم القاضي بحل التنازع مرتين، وقد يكون القانون الواجب التطبيق مختلفا في المرة الأولى عنه في المرة الثانية، وبالتالي فعندما تقضي قواعد الاستناد بتطبيق قانون دولة أجنبية معينة تكون قواعد القانون الدولي الخاص قد فصلت نهائيا في مشكلة تنازع القوانين وحددت القانون الواجب التطبيق بغض النظر عما تقرره قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق,[2]

4= قد يؤدي الأخذ بالإحالة إلى الإجحاف بحقوق الأفراد، وتطبيق نظم قانونية عليهم ليسوا خاضعين لها في بلادهم، مثال ذلك أن يعرض على القاضي الفرنسي طلب بالحجر للسفه على انجليزي مقيم بفرنسا، فلو أخذ القاضي الفرنسي بالإحالة التي تشير بها قاعدة التنازع على القانون الانجليزي، فإنه سيطبق القانون الفرنسي على هذا الانجليزي، ويقضي بالحجر عليه، في حين أنه لو لم يأخذ بالإحالة وطبق القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الانجليزي، لقضى برفض طلب الحجر لأن هذه القواعد لا تعرف الحجر للسفه.[3]

5= ويرى الدكتور يوسف البستاني أن الإحالة طرح خاطئ ويرتكز وجودها على خلط CONFUSION بين القانون الدولي الخاص "قاعدة الإسناد" والقانون الداخلي "القواعد المادية" فعندما تعترض القاضي الوطني مشكلة دولية خاصة فإنه يستشير ابتداء قواعده الوطنية في حل النزاع، وبالتالي إذا عينت قاعدة الإسناد الوطنية الحل فليس على القاضي الانشغال بواقف قواعد

[1] – Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 373

[2] –إعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص 102 وانظر سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 651

[3] – احمد عبد الحميد عيوش، مرجع سابق، ص282

الإسناد الأجنبية، لأن هذا الطرح الأخير هو طرح مبهم، إذ أنه يلزم القاضي بأن يحل مسألة التنازع بشكل مزدوج ومتناقض.[1]

ثانيا : حجج المؤيدين للإحالة

1-قدم الأستاذ باتيفول حجة متميزة لأخذ بالإحالة ونادى بضرورة التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة la coordination des systémes ويرى الأستاذ أن الفقه قد أخطأ باعتقاده أن من واجب القاضي أن يفض تنازع القوانين عن طريق قواعد الإسناد التي يقررها قانونه لا غير، بحيث أن طبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تفترض بداهة ارتباط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد، فالهدف من وضع المشرعين لقواعد الإسناد هو تحقيق الانسجام والتعايش بين النظم القانونية المختلفة[2]

2-القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجب أن يكون وحدة لا تقبل التجزئة وبالتالي تعتمد الإحالة على فكرة الإسناد الإجمالي ومفادها، أن كل دولة حرة في تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال وفي الفروض التي تراها مناسبة ولكنها إذا قضت بتطبيقه فعليها أن تطبقه ككل لا يتجزأ الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية وإتباع إجراءاتها وبالتالي القاضي لا يطبق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه، إذا لا يمكن تطبيق قانون أجنبي خلافا لإرادة المشرع الذي أصدره

3- الإحالة هي تفويض وهي نتيجة للتطبيق الفوري والضروري لقاعدة النزاع الأجنبية التي تشكل مع القانون المادي الداخلي كلا لا يتجزأ ينشأ عن ذلك تفويض الصلاحية الى النظام القانوني الأجنبي في حل النزاع .[3]

---

[1]– سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 108

[2]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 293

[3]–يوسف سعيد، البستاني، مرجع سابق، ص 646، سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 114،؟

4-في الأخذ بالإحالة تيسير للكثير من المشاكل، في حالة ما إذا كان الأمر متعلقا ببلد تتعدد فيه الشرائع، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فلو فرضنا أن أمريكيا متوطنا في فرنسا قام بتصرف يتعلق بحالته الشخصية، عرض نزاع بشأنه أمام القضاء الفرنسي، فلو أخذ القاضي الفرنسي بالإحالة فسوف يقبل إحالة القانون الدولي الخاص الأمريكي على قانون الموطن فيطبق القاضي الفرنسي القانون الفرنسي وينتهي الأمر، بينما لو لم يأخذ بالإحالة فهو مضطر لكي يطبق على هذا الأمريكي قانون حالته الشخصية فعليه أن يرجع الى قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، وهي ثلاث وخمسون ولاية لكل منها قانون أحوال شخصية مستقل,

5-من غير المستساغ أن يكون القاضي الذي يعرض عليه النزاع مشرعا فيرغم القانون الأجنبي على قبول الاختصاص رغم أنفه، فإذا كان هذا القانون يتخلى عن اختصاصه لقانون آخر فكيف لهذا القاضي أن يطبق قواعد الداخلية لهذا القانون رغما عنه . [1]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الإحالة

لم ينص القانون المدني لسنة1975 على الإحالة رفضا أو قبولا، وبما أن الإحالة استثناء فنستنتج أن المشرع سنة 1975 رفض الإحالة،[2] رغم أن بعض الشراح ذهبوا عكس هذا الموقف وبرروا الأخذ بالإحالة قضائيا كاجتهاد،[3] ولكن بعد تعديل 20 جوان 2005 عدل المشرع الجزائري عن موقفه المتشدد وأضاف مادة جديدة خاصة بالإحالة وهي المادة 23مكرر 1 ونصت

[1] – Pierr Lalive ,op , p 289

[2]–وهذا رأي الأستاذ الطيب زيروتي حيث يرى أن " إن الأخذ أو عدم الأخذ بالإحالة هو موقف وطني محض ولا يتوقف على إرادة الغير ولا على ملاءمة الحلول الموضوعية او عدم ملائمتها في قانون أجنبي وبما أن الإحالة هي استثناء ولا استثناء إلا بنص ، ونفس الشيء يذهب اليه الدكتور علي علي سليمان فبعد أن ذكر أهمية الإحالة وفضل لو أن المشرع الجزائري أخذ بها لما لذلك من توسيع للأخذ بالقانون الجزائري انتهى إلى أن المشرع لم يأخذ بها ما دام لم يوجد نص صريح بذلك أنظر على التوالي زيروتي الطيب، مرجع سابق، ص 125 ، علبي علي سليمان ، مرجع سابق، ص 56

[3]– رأي محند يسعد ، بما أن المشرع قد اخذ بالإحالة الداخلية فلماذا يكون الأمر خلاف ذلك في الإحالة الدولية ففي الأولى رجوع للقاضي الى القانون الداخلي الأجنبي لتحديد النظام القانوني الذي سيطبقه من بين الأنظمة المتعددة ، وهذا هو توجه الأستاذ أعراب بلقاسم اذا يرى أن هـ ينبغي على الجزائر قبول الإحالة إلا في مجال الأحوال الشخصية لان الأحوال الشخصية في غالبية الدول مستمدة من دياناتها والناس يريدون تطبيق ديانتهم على أحوالهم الشخصية ، انظر :–اعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص110

"إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع االقوانين من حيث المكان.

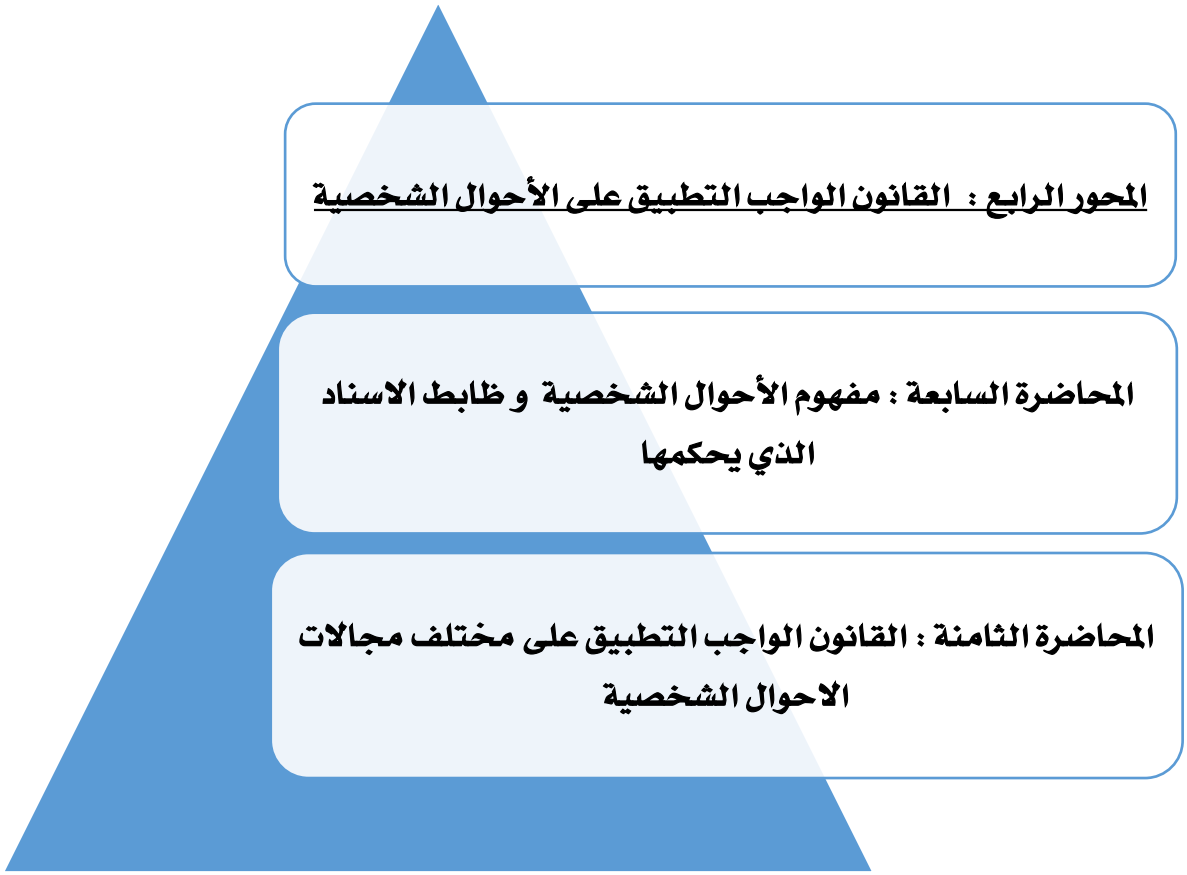
غير أنه يطبَق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"

بملاحظة النص نجد أن المشرع الجزائري كشف عن موقفه من نظرية الاحالة وفيه أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، وبذلك فلتطبيق النص يجد القاضي نفسهأما فقرتين لكل منهما حكم يختلف عن الآخر : :

23مكرر1 فقرة 1: وفيها قرر المشرع كقاعدة عامة عدم الأخذ بالإحالة في حالة الإسناد من قاعدة وطنية، لأن القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص هي التي يرجع إليها القاضي المعروض عليه النزاع ويطبقها وبالتالي المشرع يرفض الإحالة الدولية مادامت القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي تقدم حلولا.

23مكرر1 فقرة2 : يستفاد من هذه الفقرة أن المشرع أخذ بالإحالة استثناء، بحيث يطبَق القانون الجزائري بدلا من الأجنبي في الحالات التي يرجع فيها القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع إلى القانون الأجنبي المختص ويجد فيه قاعدة تنازع تتخلى عن الحكم لصالح القانون الجزائري، وهذا أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى بصفة استثنائية . [1]

[1]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 68


المحور الرابع : القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية
المحاضرة السابعة : مفهوم الأحوال الشخصية و ظابط الاسناد الذي يحكمها
المحاضرة الثامنة : القانون الواجب التطبيق على مختلف مجالات الاحوال الشخصية

المحور الرابع : القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

تمهيد

يعتبر من التطورات التشريعية قيام المشرع الوطني لكل دولة بوضع قواعد خاصة بإسناد العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى قانون دولة أجنبية باعتباره هو القانون الأنسب والواجب التطبيق لحل النزاع المشتمل على عنصر أجنبي.

ونظرا لتشعب العلاقات ومجالاتها مما يستحيل وضع لكل منها على حدا قاعدة إسناد حدا، لذلك دأبت التشريعات ومنها الجزائري على وضع فئات تسمى بفئات الإسناد بحيث أن كل فئة تتضمن المسائل القانونية المتشابهة، ثم توحيد كل فئة بواسطة ضابط مشترك هو ضابط الإسناد وتتكون فئات الإسناد في التشريع المقارن وفي التشريع الجزائري من مايلي:

1-قاعدة إسناد تتعلق بالتكييف وفق المادة 9 من القانون المدني

2-قواعد إسناد تتعلق بالعلاقات المندرجة ضمن الأحوال الشخصية انطلاقا من الحالة والأهلية انتهاء بالوصية من المادة 10 إلى المادة16 من القانون المدني

3-قاعدة إسناد تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المال المادي المادة 17 قانون مدني

4-قاعدة إسناد تتعلق بالقانون إلى الواجب التطبيق على المال المعنوي مستحدثة بموجب تعديل 2005 محددة بالمادة 17مكرر

5-قاعدة إسناد تحكم الالتزامات التعاقدية "قانون الإرادة" وهي المادة 18 مستحدثة بالتعديل 2005

6-قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على شكلية التصرفات القانونية المادة 19 " قاعدة لوكيس"

7- قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية مادة 20 قانون مدني

8- قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على قواعد الاختصاص والاجراءات مادة 21 مكرر

9-قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات مادة 22 وهي مستحدثة بتعديل 2005

10- قاعدة إسناد تنظم نظرية الإحالة الداخلية عند تعدد التشريعات والإحالة الدولية في القانون الجزائري وهي على التوالي المادتين 23 و 23 مكرر [1]

وسنتطرق في ما يلي باختصار للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية، والقانون الذي يحكم الأموال، ثم الالتزامات التعاقدية ، وشكلية العقود والالتزامات الغير تعاقدية، بذلك سنشمل معظم مجالات تنازع القوانين.

المبحث الأول مفهوم الأحوال الشخصية و ضابط الإسناد الذي يحكمها

نظرا لاتساع نطاق الأحوال الشخصية سنحدد في هذا المبحث مفهومها في الفقه وفي القانون الجزائري، وضابط الإسناد الذي يحكمها، ثم نحدد مختلف ضوابط الإسناد المتعلقة بمجالات الأحوال الشخصية [1]

[1]- يقسم سعيد يوسف البستاني طوائف الإسناد إلى : الأحوال الشخصية، الأحوال العينية ، الأعمال القانونية والأعمال والغير القانونية، أنظر سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 217

المطلب الأول : مفهوم الأحوال الشخصية

يختلف نطاق الأحوال الشخصية ضيقا واتساعا من نظام قانوني إلى آخر ففي القانون الفرنسي تشمل الأحوال الشخصية الحالة المدنية والأهلية العامة بينما تشمل في ايطاليا الحالة والأهلية والميراث والوصية والهبة وحاول بعض الفقهاء تعريف الأحوال الشخصية فعرفها الفقية نيبوابيه بأنها تشمل القوانين وقواعد العادات التي تنظم حالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالولاية والوصاية كما عرفها العميد باتيفول مجموعة المواد الخاصة بالقانون الذي يحكم الشخص.

وحاولت محكمة النقض المصرية بحكمها في جوان 1934 أن تضع تعريفا للأحوال الشخصية فقالت " المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الانسان ذكر أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا ومطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها أو كومنه مقيد الأهلية أو مُطلقة، وأضافت لهذا التعداد بعض المسائل المتعلقة بالمال كالوقف والهبة والوصية .[2]

أنه من الصعوبة مما كان تعريف وحصر الأحوال الشخصية لذلك ورد هذا التعريف على شكل أمثلة، ولذلك فإن الرأي الراجح في الفقه العربي يتفادا تعريف الأحوال الشخصية ويكتفي لتقريبه إلى الذهن بسرد بعض الأمثلة .

في التشريع الجزائري لم يعرف المشرع الجزائري الأحوال الشخصية، ولكن انطلاقا من بعض مواد القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري فإنه يدخل ضمن الأحوال الشخصية الحالة والأهلية، الزواج وأثاره وانحلاله، النفقة بين الأقارب، المواريث والوصية، ويدخل ضمن هذه الفئة

[1]–عليوش كربوعة كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، ج1، ط3، دار هومة للنشر، الجزائر ، 2011، ص 187

– زيروتي الطيب، مرجع سابق ، ص 146 ، غالب الداودي حسن الهداوي، مرجع سابق ، ص 68

– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 44 وانظر كذلك احمد عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق، ص 294 [2]

المفقود والغائب (مادة 31 و38 من قانون مدني والمواد 109 الى 115 من قانون الأسرة) وكذلك الهبة الوصية والوقف .[1]

المطلب الثاني : الضابط الذي يحكم الأحوال الشخصية

اختلفت التشريعات في إخضاع الأحوال الشخصية فمنها من يخضعها لضابط الجنسية مثل القانون الجزائري اللبناني والمصري ومنها من يخضعها لضابط الموطن، مثل القانون الانجليزي والنرويجي والأمريكي ، وحديثا توجد قوانين تجمع بين الضابطين مثل القانون الفرنسي في تعديله الجديد، حيث كانت فرنسا تخضع الأحوال الشخصية إلى قانون محل الإقامة ولم تعرف الجنسية إلا إبان الثورة الفرنسية 1789،[2] وبسبب تحول فرنسا من دولة مصدرة للسكان الى دولة مستقبلة استوجب الجمع بين الجنسية ومحل الإقامة وأصبحت القاعدة إخضاع الحالة الفردية للشخص (سن، أهلية، الاسم) إلى قانون الجنسية إضافة لذلك وضعت استثناءين :

-حالة اختلاف جنسية الزوجين (قرار ريفير الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1953/4/17

-إقامة الزوجين على الأراضي الفرنسية ولو كانا من جنسية واحدة مادة 310 من قانون المدني الفرنسي

ونشير إلى أن الفقهاء اختلفوا في مبررات الأخذ بكل من الضابطين :

الفرع الأول: أنصار ضابط الجنسية

- الجنسية عنصر ثابت لا تتغير بمجرد تغيير الإقامة وبالتالي لا يتغير قانون الشخص بتغيير الحدود

[1]- تختلف قوانين الدول في مفهوم الأحوال الشخصية، البعض منها يجعلها لا تتعدى الحالة والأهلية والزواج، فيكون نطاقها ضيقا بينما تشريعات أخرى توسع من نطاقها بحيث تشمل إلى جانب ما سبق ذكره، حماية القصر، واثبات النسب، والوصية والهبة، حالة المفقود الخ

[2] -Antoine . Pillet, op, p 552

-André Weiss,op, p 439

-الجنسية تحقق الاستقرار في المعاملات فتحديد الجنسية أسهل من تحديد الإقامة

-الجنسية تعكس العادات والتقاليد والانتماء وبالتالي يبقى الفرد مرتبطا بدولته ومجتمعه مهما كان بعيدا عنه مما يؤدي به إلى التفكير في العودة إلى بلاده [1]

يعتمد هذا الاتجاه الدول المصدرة للسكان التي تحاول أن تبقي اتصالا مباشرا بين الدولة والمواطنين في الخارج بإخضاع الروابط الشخصية والعائلية إلى قانونها، وكذلك الدول المتعددة الشرائع على أساس شخصي مثل لبنان ومصر لاستحالة قانون من بين قوانينها المتعددة ليحكم الحالة الشخصية للأجانب.

وهذا هو توجه المشرع الجزائري الذي يعتمد على ضابط الجنسية لحل تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، و تنص المادة 10 " يسري على الحالة المدنية للأشخاص قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " وهذه القاعدة مزدوجة تسري على الجزائريين والأجانب[2]

الفرع الثاني: أنصار ضابط الموطن

-يحقق مكان الإقامة الاندماج المجتمعي، في المجتمع الذي يعيش فيه الشخص وقد ينقطع عن مجتمع جنسيته

-يحقق مختلف المصالح فأطراف العلاقة يكونون أكثر اتصالا بقانون محل الإقامة منه بقانون الجنسية، كذلك فإن هذا القانون يكون معروفا من الغير الذين يقيمون علاقات عائلية أو قانونية

-الإقامة هي الأصل عندما تعدد جنسيات شخص معين وعندما تنتمي عائلة إلى عدة جنسيات

-يجمع عادة بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي ويتيح للقاضي تطبيق قانونه، فعادة تكون المحكمة الناظرة في النزاع هي محكمة محل الإقامة ,

---

[1]-علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 59 ،وانظر غالب الداوودي وحسن الهداوي ، ص 65

[2]-و كان النص في القانون القديم كما يلي " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم عل الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية " وكانت هذه القاعدة فردية ويستنتج بمفهوم المخالفة إن الأجانب يطبق عليهم قانون جنسيتهم، ولكن النص المعدل أفضل وأوضح

ويعتمد هذا التوجه الدول المستوردة للسكان التي تحاول أن تقيم اتصالا مباشرا بين الدولة والمقيمين على أراضيها بإخضاع الروابط الشخصية والعائلية لأفراد ينتمون إلى الدول وحضارات مختلفة إلى قانونها المحلي، وكذلك الدول المتعددة الشرائع على أساس إقليمي "الدول الاتحادية" لوجود جنسية واحدة ، وهي جنسية الدولة الاتحادية [1]

المبحث الثاني :القانون الواجب التطبيق على مختلف مجالات الأحوال الشخصية

يعتبر المشرع الجزائري من أكثر المشرعين توسيعا لنطاق الأحوال الشخصية، لأنه يشمل الحالة المدنية والأهلية، وكل ما يتعلق بالزواج والنفقة والطلاق، والميراث والوصية والهبة والوقف وسنتطرق للقانون الواجب التطبيق على كل حالة:

المطلب الأول : الحالة المدنية والأهلية

الفرع الأول : الحالة المدنية

-بالنسبة للشخص الطبيعي: حالة الشخص الطبيعي هي صفات يتميز بها الشخص عن الآخرين سواء كانوا العائلة او خارجها كالاسم واللقب و والموطن و حالة الشخص كأن يكون مثلا متزوجا أعزبا أبا أو ابنا وبناء على المادة 1/10 من قانون المدني فإن الحالة المدنية للأشخاص تخضع لقانون جنسيتهم أي قانون الدولة التي ينتمون إليها .

---

[1]– سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 227

ويرى الفقيه الفرنسي باتيفول وهو من مؤيدي قانون الجنسية أنه يحسن التوفيق بين القانونين ولا يجب الأخذ بأحدهما بصفة مطلقة، ولقد أخذت التشريعات الحديثة تتجه مثل الاتجاه، وأخذت الدول التي تتخذ قانون الجنسية أساسا لربط الأحوال الشخصية، تفسح المجال لتطبيق قانون الموطن خصوصا بالنسبة إلى عديمي الجنسية وبالنسبة للأسرة المتعددة الجنسيات، كما أن بلاد شمال أوروبا تتطلب لتطبيق الموطن ان يستمر التوطن لمدة كافية وإلا طبق قانون الجنسية.انظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 60

وهذا هو توجه الفقيه لايطالي "مانشيني" الذي سمى النظرية العامة لهذا التوجه "بمبدأ القوميات" ويقصد به في القانون الدولي لعام حق كل أمة في تكوين دولة، كما بين أن النتيجة المترتبة على المبدأ السالف بالنسبة للقانون الدولي الخاص هو شخصية القوانين، فالقوانين لم توضع لتطبق في اقليم معين، وإنما وضعت القوانين لتحكم الأشخاص، فالشخص يخضع لقانون الإقامة التي ينتمي اليها، أي يخضع لقانون جنسيته، بصرف النظر عن الإقليم الذي يكون فيه.أنظر عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، حفيظة السيد ، مرجع سابق، ص 244

وبالتالي فإن جنسية الشخص هو ضابط الإسناد المحدد للقانون الواجب التطبيق .

–بالنسبة لحالة الشخص المعنوي يقصد به المسائل المتعلقة بتأسيسه وكيفية الاعتراف له بالشخصية المعنوية وطريقة تحديد أهليته وانحلاله وبطلانه إلى غير ذلك من المسائل والنظم المتعلقة بالشركات والجمعيات ، ومن خلال المادة 3/10 اعتمد المشرع ضابط إسناد موحدا لمعرفة القانون الواجب التطبيق وهو مقر مركز الإدارة الرئيسي والفعلي، وهذه قاعدة أصلية وأضافت الفقرة 4 من المادة قاعدة إسناد احتياطية تتمثل خضوع الأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطا في الجزائر للقانون الجزائري، ولو كان مقرها الرئيسي والفعلي في الخارج [1]

الفرع الثاني : الأهلية

وما يهمنا في الأهلية هو أهلية الأداء العامة التي ترتبط بسن التمييز وهي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات و و صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية هذه الأخيرة تثور بشأنها خلافات عندما تكون العلاقة ذات عنصر أجنبي بحيث يجب أن نجد القانون الواجب التطبيق لنعرف ما إذا كان الشخص بالغا سن الرشد وليس ناقص أهلية أو عديم أهلية ويحدد عوارض الأهلية " السفه الجنون العته والغفلة " ويبين ما هي التصرفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام بها وحده، ومالا يستطيع القيام بها، ومتى يعتبر الصبي مأذونا له بإدارة أمواله ، ويحدد كذلك الجزاءات المترتبة عن فقد الأهلية ونقصها هل هو البطلان أم الإجازة ومن له حق التمسك به مدة التقادم ، بحيث طبقا للقانون الجزائري يعتبر الولد حتى سن 13 سنة فاقدا للتمييز له أهلية الوجوب وحدها، ومن سن 13 إلى 19 يكون مميزا يتمتع بأهلية أداء غير كاملة ولا يكون راشدا إلا بعد سن 19، ويكون السفيه ناقص الأهلية، ويحجر عليه مادة 43 مدني جزائري,[2]

[1]–أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 210 زيروتي الطيب مرجع سابق ص 150

H. Batiffol, Droit international privé, 4e éd.. In: Revue internationale de droit comparé ;OP ,P722, https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_1967_num_19_3_14921.pdf

[2]–الطيب زيروتي، مرجع سابق، ص 150

وللتعرف على القانون الواجب التطبيق على كل تلك الإشكاليات حددت قاعدة الإسناد في القانون المدني الجزائري المادة 1/10 أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص المراد حمايته أو الذي يوجد مشكل في أهليته وهذا ما انتهجته عديد الدول رغم اختلافها في أحكام الأهلية فنجد سن الرشد في فرنسا والعراق وسوريا ب 18 سنة ، وب 19سنة في القانون الجزائري، وب 20 سنة في القانون التونسي، وب 21 سنة في القانون المصري والألماني و الانجليزي و 23 سنة في القانون الهولندي والاسباني و25 سنة في القانون الدانمركي والقانون المكسيكي.

وبما أن الأهلية هدفها حماية الشخص وتصرفاته، فإن المشرع الجزائري أورد استثناءا في المادة 2/10 بحيث يطبق قانون القاضي على أهلية الشخص الأجنبي بدل قانون الجنسية وهذا إذا توفرت الشروط التالية :

-أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي تصرف مالي (بيع إيجار)

-أن يبرم هذا التصرف في الجزائر وينتج أثاره فيها

-أن يكون الأجنبي كامل أهلية طبقا للقانون الجزائري و ناقصها طبقا لقانون جنسيته

-أن يكون نقص أهلية الأجنبي فيه خفاء لا يسهل على المتعاقد الآخر اكتشافه [1]

ويعود مصدر هذا الاستثناء إلى قضية فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ جانفي 1861 قضية "ليزاردي" وهو شاب مكسيكي الجنسية يبلغ من العمر 23 سنة اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي بقيمة 80 ألف فرنك ووقع له صكوكا بذلك وعندما حل أجل الدفع تمسك ليزاردي ببطلان التصرف لنقص أهليته طبقا لقانون جنسيته الذي حدد سن الرشد 25 سنة، فرفع التاجر

[1]– اختلف الفقه في ما إذا كان الطرف المتعاقد مع الأجنبي يجب أن يكون جزائريا لتنفيذ الاستثناء ، وللإجابة نطرح تساؤل هل أن هذا الاستثناء وضع من أجل حماية الطرف الجزائري فقط ، أم أنه وضع من أجل حماية المصلحة الوطنية بصرف النظر عن الأطراف المتعاقدة ؟؟

يرى كل من زيروتي الطيب وأعراب بلقاسم وعلي علي سليمان أن الطرف الآخر يجب أن يكون جزائريا انطلاقا من مفهوم المخالفة الموجود في ظاهر النص ويرى الأستاذ بلعوير أنه انطلاقا من الانفتاح والتطور يجعل الاستثناء جاء لتحقيق المصلحة الوطنية فلا داعي لاشتراط ان يكون المتعاقد الآخر جزائريا بل قد يكون أجنبيا . أنظر بلعيور عبد الكريم ، مرجع سابق، ص 79 ، زروتي الطيب مرجع سابق ص 157، علي علي سليمان ، مرجع سابق، ص 66، أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 222

الفرنسي دعوى ضده أمام القضاء الفرنسي طلب فيها بدفع قيمة الصكوك متعذرا بجهله أحكام القانون المكسيكي ما دام ليزاردي راشدا طبقا للقانون الفرنسي الذي كان يحدد سن الرشد ب 21 سنة فصدر الحكم الأول لصالحه ثم تأيد الحكم بمحكمة النقض الفرنسية .

.واشترطت المحكمة أنه يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تصرف مع الأجنبي من غير استخفاف وعدم تقصير ويكون حسن النية ، ومن تبريراتها " أنه لا يمكن القول بأن على المواطن الفرنسي أن يكون عالما بجميع قوانين العالم وخاصة لجهة النصوص المتعلقة بفقدان الأهلية وسن الرشد " وفي حكم آخر حكمت بان " أهلية الشخص يحكمها قانونه الوطني إلا في حالة يستخدم فيها القاصر مناورات احتيالية لكي يوهم الناس أنه راشد"[1]

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج

يعد الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان، ولذلك عكفت التشريعات في جميع الدول على تنظيمه تنظيما دقيقا، كما وأن القوانين تختلف باختلاف الدول[2] ، ويعود ذلك إلى اختلاف الفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها، فمنها من يشرع التعدد ومنها من يحرمه، ومنها ما يكون زواجا مؤبدا لا ينحل ، ومنها ما ينحل بإرادة أحد الزوجين، وبذلك عندما يكون هناك زواج من طرفين مختلفي البلدين، وهذا الاختلاف يثير التنازع بين قوانين الدول ويدفع الدول إلى بذل المزيد من العناية من أجل تنظيم قواعد إسناد لحل هذه الإشكاليات، وبالتالي سنتعرف على القانون الواجب التطبيق على شروط موضوعية و الشكلية للزواج.

الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج:

حدد المشرع الجزائري من خلال مادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الشروط الموضوعية للزواج كمايلي: الرضا، الولي ، الشاهدين، الصداق، بلوغ سن الرشد، خلو الزوجين من الموانع .

[1] – سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 239 وانظر غالب الداوودي، وحسن الهداوي، مرجع سابق، ص 98

[2] –André Weiss,op, p 439

وعندما يتزوج مثلا جزائري بإيطالية ويقع خلاف في صحة انعقاد هذا الزواج أو في أثاره وانحلاله ، ماهو القانون الواجب التطبيق على هذه الأسرة هل هو القانون الأسرة الجزائري أم الإيطالي ؟

وضع المشرع الجزائري قواعد اسناد تدلنا على القانون الواجب التطبيق على الزواج من حيث انعقاده ، ومن حيث اثاره ومن حيث انحلاله، وذلك بنصوص قانونية كلا منها يتناول مجالا محددا، فالبنسبة لمجال إبرام عقد الزواج وشروطه الموضوعية نصت المادة 11 ق م جزائري" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"

إذن في المثال السابق نرجع لقانون كل من الزوجين ونطبق شروطهما الموضوعية، ولكن كيف ذلك؟ هل نشترط على الايطالية إحضار الولي وهل تستطيع المطالبة بالمهر، يعني هل يجب أن يتوفر كل منهما لشروط الموضوعية التي يستوجبها قانون كلا من الزوجين وهذا هو مبدأ التطبيق الجامع، أم يجب أن يتوفر كل زوج على شروط قانونه وفقط وهذا هو مبدأ التطبيق الموزع.[1]

أولا : التطبيق الجامع

ومعناه تعداد شروط الزواج لدى الزوجة وجمعها مع تعداد شروط الزواج لدى الزوج، وتطبيق كل ما ينتج من شروط عليهما معا، وكان الفقه الفرنسي يرجح التطبيق الجامع على

---

[1]– زيروتي الطيب، مرجع سابق، 161

– لم نجد قاعدة إسناد في التشريع الجزائري تحدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة، حيث نجد في القانون المقارن قواعد إسناد لحل منازعات الخطبة مثل القانون الألماني والانجليزي، إذ يعتبر فيهما الخطبة عقدا ملزما وأي عدول من أحد الاطراف يسال على أساس المسؤولية العقدية، تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد، ويرى توجه آخر للفقه بأن الخطبة يطبق عليها قياسا قاعدة الاسناد المتعلقة بالزواج ، إذ في حالة العدول يطبق قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ وهذا ما جسده المشرع الكويتي في المادة 35 من القانون الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

–إلا أنه يوجد توجه آخر وهو ما نرجحه يرى بأن الخطبة ليست بعقد ملزم وهي من مقدمات الزواج وهي وعد بالزواج يمكن العدول عنه لكلا الطرفين، وهذا هو توجه القضاء الفرنسي في أن الخطبة لا تولد التزامات بين طرفيها، ونفسه توجه القضاء المصري الذي لا يرتب التزامات على الخاطبين ويرتب فقط مسؤولية تقصيرية إذا اقترن العدول بتعسف أو خطأ تقصيري، وهذا ما شرعه المشرع الجزائري في المادة 5 من قانون الأسرة بحيث أن الخطبة ليست بعقد لكن الأفعال الضارة المصاحبة لها ترتب المسؤولية التقصيرية ، وبالتالي نطبق عليها قاعدة الإسناد المادة 20 من القانون المدني الجزائري والتي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير التعاقدية وضابطها هو قانون مكان وقوع الفعل الضار .

للتفصيل أنظر دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسية والقانون ، عدد رابع ، جامعة ورقلة، جانفي 2011،ص 238

أساس ان قاعدة الإسناد هدفها حماية الأسرة في كل من البلدين، ولا يميز قانونا على الآخر، ولكن ما يعيب التطبيق الجامع لقانون لقانون كل من الزوجين انه يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشددا منهما، إضافة إلى ذلك فإن هذا الحل سيؤدي في الواقع إلى الإكثار من حالات التي لا ينعقد فيها الزواج نضرا لصعوبة الأمر .

ومن شروط صحة الزواج في القانون الجزائري، عدم وجود موانع المادة 24 والمادة 30 " القرابة، المصاهرة، الرضاع، المحصنة، المعتدة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين الأختين، زواج مسلمة من غير المسلم" إن هذه الشروط خطيرة ومهمة لمصلحة الأسرة وبالتالي يرى الفقهاء أنها يجب أن تخضع لتطبيق جامع، وقد تفطن المشرع الجزائري لهذه الإشكالية وأورد استثناءا في المادة 13 ,[1]

ثانيا التطبيق الموزع:

يعتبر الاتجاه الأكثر انتشارا وتطبيقا ومعنى ذلك أنه يكفي لإبرام عقد الزواج توفر الشروط الموضوعية لكل زوج على حدا انطلاقا من قانونه الشخصي، ويرى الأستاذ بلعيور عبد الكريم أنه هذا هو المقصود من صياغة نص المادة 11 من ق م ج "..القانون الوطني لكل من الزوجين" فإذا كنا في علاقة زواج مبرمة بين ألماني وفرنسية فإنه يكفي للألماني توفير شروط قانونه وللفرنسية توفير شروط قانونها ولكن السؤال المطروح يوجد شروط موضوعية مهمة تخضع للتطبيق الجامع ، وبالتالي كيف يتم تحديدها .؟؟

للإجابة يجب التمييز بين نوعين من الشروط الأولى شروط فردية والثانية مزدوجة ، ويعنى بالأولى الشروط الايجابية التي تخص كل زوج على حدا كالسن الرضا تطبق تطبيقا موزعا، ولكن الشروط المزدوجة هي شروط سلبية تخص رابطة الزواج وتتعلق بالنظام العام كموانع القرابة والطلاق والتعدد، وهذه يجب فيها التطبيق الجامع مثل شرط عدم وجود زوج سابق على

[1]– مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوره، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان، 2012، ص و48

أساسه أبطلت محكمة باريس زواجا بين فرنسية ولبناني متزوج مسبقا على أساس ان تكون الفرنسية هي الزوجة الثانية . [1]

ملاحظة واستثناء

انطلاقا من تعديل القانون المدني الجزائري المادة13 نجد أن المشرع الجزائري اورد استثناء عن القاعدة العامة المحددة في المادة 11 ، حيث يستفاد من نص المادة 13 أن المشرع الجزائري أعطى الاختصاص التشريعي بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج الى القانون الجزائري وحده بشرط أن يكون أحد طرفي العلاقة الزوجية جزائريا وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية فإننا نعود الى القاعدة العامة [2]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

لما كانت شروط صحة الزواج تخضع لقانونين مختلفين، فمن اللازم تحديد نطاق القانون الذي يحكم كل منهما الشروط الشكلية للزواج، ويقصد بالشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلق بالإجراءات و بمسائل الاختصاص ، والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج، وشهوده، وتحرير العقد وإثباته وتعتبر أغلب الدول المسيحية شهر الزواج في شكل ديني شرطا شكليا في حين أن بلاد أخرى كاليونان واسبانيا وبلغاريا تعتبر شهر الزواج في شكل ديني شرطا موضوعيا.[3]

---

[1]– سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 264

[2]– رغم تعديل المشرع الجزائري للمادة 11 ورفع الغموض الذي كان يشوبها وتوضيح أن المقصود بالشروط هي الشروط الموضوعية فقط ، إلا أن المشرع لم يوضح نوع التطبيق هل هو جامع أم موزع ورغم استحالة التطبيق الموزع إلا فيما يخص موانع الزواج إلا انه يجب تعديل النص القانوني الذي يحكم الشروط الموضوعية وفي هذا الاتجاه نجد المشرع الكويتي نصه أحسن وأوضح من النص الجزائري حيث تنص المادة 36 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ما يلي " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضا وشرط خلو موانع الزواج، إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية، فإن اختلفت وجب الرجوع بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته ..." أنظر مسعودي يوسف ، مرجع سابق ، ص 52

[3] –علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 70

وبالتالي فإن "الشكل الديني للزواج" الذي تفرضه بعض الدول على رعاياها الذين يبرمون زواجهم في الخارج الشرط الوحيد الذي أثار صعوبة في تكييفه في مختلف الدول أما الشروط الأخرى فتكييفها لا يثير صعوبة ذات أهمية.

-إن الدول التي جعلت الزواج نظاما علمانيا كفرنسا وبريطانيا وبلجيكا تعتبر هنا الشرط من الشروط الشكلية.

-أما الدول التي تعتبر الزواج نظاما مدنيا كاليونان و مالطا فتعتبره من الشروط الموضوعية.

وأما في الجزائر تنص المادة 9 من ق م ج أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات عند تنازع القوانين ، وبما ان الزواج في الجزائر يعتبر نظام مدني رغم أنه مستمد من الشريعة الإسلامية إلا أن هذه الأخيرة لا تشترط شكل ديني يبطل بسببه الزواج فشروط المادة 9 و9 مكرر واضحة في أركان الزواج فلم تشترط الإمام أو قراءة الفاتحة، وإنما هذه الأخيرة تقليد للبركة والسداد، وبالتالي يطبق على شكل الزواج كتصرف نص المادة 19 " قاعدة لوكيس " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو لقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية "[1]

ومن التطورات الحديثة أن المشرع الجزائري جعل قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون محل الإبرام اختيارية وليست إلزامية لأنها جاءت بهدف تسهيل إجراء الشكل القانوني بين المتعاقدين ويترتب على ذلك أن الجزائري الذي يتزوج في الخارج وفقا لشكل البلد الذي يوجد فيه صحيحا ويجوز أن يلجأ إلى القنصلية الجزائرية لإتباع شكل المطلوب في القانون الجزائري، ويجوز أن يخضع للموطن المشترك للمتعاقدين أو طبقا للقانون الذي يحكم موضوع التصرف .[2]

[1] – Frédéric leclerc , coure droit international privé ,op , p 65
–André Weiss,op, p 506

[2] – أعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص 239

الفرع الثالث: القانون الذي يحكم أثار الزواج

أولا-ضابط الإسناد الذي يحكم آثار الزواج

نصت المادة 12 من ق م الجزائري "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"

وبهذا فإن المشرع الجزائري توجه إلى تطبيق قانون واحد على آثار الزواج، فقد سبق للفقه الفرنسي أن نبه إلى خطورة إخضاع آثار الزواج لأكثر من قانون واحد، كقانون جنسية الزوجين معا، إذ يتعذر في هذه الحالة تطبيق أيهما عندما يختلفان، فآثار الزواج تختلف عن أثار عقد آخر، ذلك أن الزواج وأثاره يجب توحيد نظامه القانوني، كما ونجد أن المشرع الجزائري يريد إبقاء قانون واحد يطبق على آثار الزواج بحيث تجنب مشكلة التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج، فنصت المادة على أن الوقت الذي يعتد به هو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى.

كما ويرجع اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج إلى الدور المعترف به في الإسلام للرجل داخل الأسرة فهو رئيسها، ولكن الدول الأوروبية حاليا انطلاقا من قضية المساواة تطبق قانون الموطن المشترك للزوجين بوصفه ضابطا محايدا لا ينطوي على إخلال بمبدأ المساواة وذلك في الفروض التي تختلف فيها جنسية الزوجين.[1]

ثانيا-ملاحظة واستثناء

-كما ويترتب على اعتماد قاعدة لوكيس، أن للجزائريين في الخارج أن يعقدوا زواجهم طبقا للشكل المحلي للبلد الذي يتم فيه الزواج، فإذا كان هذا الشكل مدنيا وكان الزوجان مسلمين فإن زواجهما يكون مقبولا في القانون الجزائري، أما إذا كان الشكل دينيا وكان الزوجان الجزائريان مسلمين فلا يجوز لهما إجراء زواجهما في هذا الشكل ، وللجزائريين إجراء عقودهم في القنصليات والسفرات الجزائرية , أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 73

[1]- عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، حفيظة السيد ، مرجع سابق، ص 270 وانظر إعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص 249

إذا كان الأصل العام هو خضوع آثار الزواج في الجزائر لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، فإن استثناء عن هذا الأصل يطبق القانون الجزائري وحده في حالة كون أحد طرفي الزواج جزائريا وقت انعقاد الزواج وهذا هو فحوى نص المادة 13 ق م ج ولا اجتهاد مع صراحة النص .

ثالثا-المقصود بآثار الزواج

يقصد بآثار الزواج، الحقوق والالتزامات التي تترتب عليه، ومادامت رابطة الزواج رابطة قانونية واجتماعية، ولذلك فإن آثارها تستند إلى أسس قانونية وأخلاقية ودينية، قوامها الاحترام المتبادل بين الزوجين والإخلاص والمساعدة بقصد تكوين أسرة، ومن ثم هناك آثار شخصية يعبر عنها بحقوق وواجبات الزوجين وآثار مالية تخص تنظيم أموالهما وتسمى في التشريعات الغربية بالنظم المالية للزواج. إذن نجد أن الآثار تنقسم إلى شخصية ومالية .[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن هذه الآثار منصوصا عليها في المواد 36 الى 39 وركزت على حسن المعاشرة الاحترام والعدل، والنفقة ،والبنوة الشرعية. وأما الآثار المالية فإنه يجب التفريق بين نظرة الشريعة الإسلامية ونظرة النظم الغربية، حيث أنه في الشريعة إن الذمة المالية للزوجين مستقلة تماما عن ذمة الآخر ، فكل زوج مسؤول عن أمواله يتصرف فيها بحرية، وان تبرع بها للآخر فهو يتبرع بإرادته الحرة وليس عن تشارك منظم مثل النظم الغربية التي ترتب آثار مالية على الزواج يسمى بالنظام المالي للزوجين وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية أو الاتفاقية التي تبين حقوق والتزامات الزوجين بالنسبة لملكية الأموال التي يملكها الطرفان، وارداتهما، وكيفية إداراتها والانتفاع بها في كل فترات الزواج من الانعقاد وحتى الانتهاء.[2]

الفرع الرابع: القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية:

[1] André Weiss,op, p 573

[2] – أنظر مسعودي يوسف ، مرجع سابق ، ص 125 وانظر رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2010، ص 13

أولا مفهوم الانحلال والقانون الذي يحكمه

تختلف طرق إنهاء الزواج باختلاف الدول والأنظمة القانونية، فبعض الشرائع لا ينتهي فيها الزواج إلا بالوفاة، وفي قوانين الشرائع الإسلامية يجوز إنهاؤه بالطلاق والتطليق سواء الزوج أو الزوجة، وعرفت الأنظمة الغربية حديثا ما يسمى بالانفصال الجسماني séparation des corps وهو نظام يترتب عنه انقطاع العيش المشترك بين الزوجين دون حل عقدة النكاح وقد ينتهي بالرجوع إلى الحياة العادية أو الانفصال النهائي.[1]

حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج بالمادة 12 من القانون المدني الجزائري كما يلي " يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" وعدلت وأصبحت تشمل الانفصال الجسماني بعد تعديل 2005 حيث أصبحت بهذه الصياغة "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني ..." وهذا التوجه جيد في التشريع الجزائري يعبر عن الانفتاح أمام النظم والتشريعات الغربية خاصة وأن مجال القانون الدولي الخاص يجب أن يقدم حلولا للنازعات متعددة الجنسيات، فإذا ترافع الى القاضي الجزائري زوجان يقر قانونهما الشخصي بنظام الانفصال الجسماني، فإن القاضي الجزائري سيطبق قاعدة الاسناد المادة 12، بحيث لو لم تكن هذه المادة المعدلة فإن القاضي الجزائري سيكيف الانفصال الجسماني بأنه حل لعقدة النكاح فهذا النظر غير صحيح .[2]

---

[1]– زيروتي الطيب، مرجع سابق، ص **178**

[2]– اختلفت القوانين في ضابط الإسناد الذي يحكم انحلال الزواج ، فنجد في القوانين الغربية اختلفت فيما بينها فنجد و م أ والدنمارك وروسيا تسنده إلى قانون القاضي ، باعتبار حل الرابطة الزوجية من النظام العام ، مع ملاحظات أن قانون القاضي في الدول الأنجلوساكسونية يكون غالبا هو قانون الموطن ، وتوجد قوانين أخذت بالجنسية المشتركة للزوجين وأن لم يوجد فجنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج مثل "المادة16قانون يوناني" وبعض القوانين تعتمد قانون الجنسية المشتركة وإلا قانون الموطن المشترك فإن لم يوجد فقانون القاضي المادة **310** قانون مدني فرنسي,

أما القوانين العربية ميزت بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني وأخضعت كل مسألة لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين، حيث أسندت الطلاق لقانونه عند النطق به وأسندت التطليق والانفصال لقانونه عند رفع أدعوى وهذا مقرر في سوريا ومصر والأردن والسودان، في حين نجد أن المشرع الكويتي أخضع انحلال الزواج إلى قانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين قبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو الانفصال الجسماني وإلا فقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، نظر أحمد عبد الحميد العيشوش، مرجع سابق، ص **327** .

–وانظر في مجال القانون الفرنسي

–André Weiss,op, p 584

إنتقد الفقه تطبيق قانون جنسية الزوج على الطلاق والتطليق بحيث يجعل رابطة الزواج تنحل بقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في استطاعتها معرفته وقت إبرام الزواج، وبالمقابل إسناد انحلال الزواج إلى قانون جنسية كل من الزوجين يؤدي إلى تطبيق جامع لهما ، مما ينبني عليه استحالة انحلال الرابطة الزوجية إذا كان أحد القانونين يمنع ذلك، ويتشدد في أسباب الطلاق والتطليق.[1]

ويرى الدكتور بلعيور عبد الكريم أن المشرع الجزائري أغفل الإشارة إلى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة، فقد ينطق الزوج بالطلاق قبل رفع الدعوى في حين أن ضابط الإسناد المادة 12 هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وبالتالي ما هي القانون الواجب التطبيق في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة ؟ اقترح دكتور بلعيور ضابط إسناد يطبق على الطلاق بالإرادة المنفردة وهو قانون جنسية الزوج وقت النطق بالطلاق وهذا ما نظمه المشرع المصري في المادة 2/13 من قانون مدني ، حيث نصت كما يلي " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى" [2]

ورغم أفضلية النص المصري هنا بوضعه ضابط اسناد يخص الطلاق بإرادة منفردة إلا أنه قد تعرض لنقد مفاده سيؤدي الى مفاجأة الزوجة بالطلاق أو التطليق وفقا لأحكام قانون جنسية الزوج عند ايقاع الطلاق في الحالة الأولى، أو وقت رفع الدعوى في الحالة الثانية، وكان الأولى اعتماد المشرع قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم من الطرفين والذي ارتض كل منهما الزواج تحت ضله، فليس عدلا أن تُفاجأ الزوجة بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته، ولكن رُدَ على ما سبق بأن إعمال نظرية الغش نحو القانون ستقلل من خطورة ذلك .[3]

[1]– أنظر مسعودي يوسف ، مرجع سابق ، ص 127

[2]–بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 92

[3]– عكاشة عبد العال، هشام صادق، حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص283

وفي تحليل آخر يرى الدكتور الفقيه علي علي سليمان أن المشرع الجزائري بإسناده الطلاق إلى جنسية الزوج عند رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق بالإرادة المنفردة كما تقضي به الشريعة الإسلامية ويعزو هذا الاتجاه التشريعي إلى أن الرجل المسلم قد أساء استعمال رخصة الطلاق وأهمل القيود الواردة عليه، وبالتالي يجب صدور حكم بإثبات الطلاق لحفظ الحقوق، ولكن المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة مادة 48 ق أسرة ، وبالتالي إرادة الزوج حرة إن أصر على الطلاق فما على القاضي إلا الاستجابة لطلبه ويحكم بالطلاق في مقابل الحكم بالتعويض للزوجة وبالتالي المشرع الجزائري يعتد بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وليس وقت النطق بالطلاق، وقد فضل بعض الفقه إسناد انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .[1]

ثانيا: مجال تطبيق القانون المختص بانحلال الزواج

إن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى نطبقه على الخلافات والنزاعات التالية :

-الأساب التي يجب توافرها لجواز الحكم بالتطليق والحالات التي يجوز فيها الحكم به وكذلك نفس الأمر للتفريق الجسماني.

-القواعد المتعلقة بالإثبات، من على عاتقه الإثبات، وطرق الإثبات والأدلة وحجيتها وقوتها

-أحوال النفقة كيفيه تحديدها وتقديرها

-التعويض للزوج المضرور كيفية تقديره

-حق الزوجة في حمل اسم زوجها من عدمه

- كل ما يتعلق بالالتزامات المتبادلة في بالانفصال الجسماني والطلاق والتطليق ، ومتى يتحول الانفصال الى طلاق أو تطليق

[1]-علي علي سليمان ، مرجع سابق ص 66

ملاحظة واستثناء

نصت المادة 13 على استثناء مفاده بحيث تخضع انحلال الرابطة الزوجية للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا، وفي هذا حماية لمصالح وأسرة الطرف الجزائري كما ومن مفهوم النص فإن الزواج الذي ينشأ جزائريا ثم يغير الزوج جنسيته يبقى خاضعا للقانون الجزائري عند الانحلال على الرغم من أن أطراف الزواج صارا أجنبيان. [1]

الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

تعد من المسائل التي يثور نزاع بشأنها بعد انحلال الزواج، وخصته بعض قوانين العربية بضابط إسناد خاص مثل القانون الكويتي أسند الحضانة لقانون جنسية الأب وفي تونس يطبق قانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو قانون جنسية المحضون، أو قانون مقر سكناه ويطبق القاضي القانون الأفضل لمصلحة الطفل، بينما اعتبرتها قوانين أخرى من آثار انحلال الزواج ويسري عليها القانون المطبق عليه، ولم يفرد المشرع الجزائري الحضانة بقاعدة خاصة بل يطبق عليها المادة 12 مع استثناء المادة 13 إذا كان أحد الزوجان جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق القانون الجزائري وحده وفي ما يلي نوضح موقف المحكمة العليا من مشكلات الحضانة في الزواج المختلط :

حيث أن المحكمة العليا ركزت مبدأ اجتهاديا مهما جدا مفاده في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بحضانتهم ولو كانت الأم غير مسلمة، معتبرا وجود المحضون بالخراج يغير من اعتقاده ويصعب من دور الأب في ممارسة الزيارة والإنفاق على ابنه، بذلك رفض القضاء الجزائري إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي قضى بإسناد الحضانة لأم مقيمة بالخارج وأقر المجلس الأعلى ذلك في 01/12/ 1989.

[1]– للبحث حول سياسة القضاء الجزائري في نزاعات الزواج المختلط أنظر زيروتي الطيب ، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط ، حوليات جامعة الجزائر، مجلد 30، عدد 3 ، ص360

نفس المبدأ أقره قررا صادر 1990/02/19 رقم 59013 المجلة القضائية وقرار آخر صادر في 2001/12/26 المجلة القضائية انتقال الحاضنة للتوطن في بلد أجنبي مشروط بموافقة القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون وتربية المحضون على دين أبيه من مصلحته، إلا أن المحكمة العليا صدر قرار حديث رقم 57038 مؤرخ في 2008/09/10 ابتعد عنه عن المبادئ السابقة إذ بالرغم من أن الحاضنة اكتسبت جنسية أجنبية وتقيم في بلد أجنبي غير مسلم، وافقت المحكمة العليا على حكم الموضوع الذي اسند إليها الحضانة مادامت هي مسلمة.[1]

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب

خصص المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة تحدد القانون الواجب التطبيق على منازعات النفقة بين الأقارب ونصت المادة 14 " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"

ونجد أن مصطلح "المدين بها" مصطلح غير دقيق لأنه يفترض أن شخصا معينا مدينا بالنفقة، في حين أن هذه المديونية لا يمكن معرفتها إلا بعد الرجوع الى قانون جنسية الشخص، فقد لا يعتبر قانون الشخص مدينا بتلك النفقة وقد يعتبره كذلك، وبتالي فإن التعبير الأدق هو " المُطالب بالنفقة" بدلا من " المدين بالنفقة" ، ووفقا للمادة 14 فإن قانون جنسية المطالب بالنفقة هو الواجب التطبيق أي هو الذي يسري على التزامه بالنفقة، أما في فرنسا فقد سار القضاء على اعتبار القواعد القانونية المتعلقة بالنفقة تمس بالنظام العام، ويجب أن تسري حتى على الاجانب لاتصالها بالأمن العام، وقد نصت المادة 1 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنفقة تجاه الأولاد " على جعل الاختصاص لقانون الموطن العادي للولد، فإن رفض قانونه الحق في النفقة، فإن الاختصاص يكون لقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولة القاضي المعروض عليه النزاع،

[1]–أنظر زيروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 376

ويتجه الفقه الفرنسي الحديث الى جعل الاختصاص للقانون الذي يحكم آثار الزواج، او قانون الساري على البنوة.[1]

ويقصد بالنفقة بين الأقارب تلك النفقة التي تتقرر وفقا لقواعد موضوعية وعادية تحددها القوانين في مختلف الدول والتي هدفها حماية أطراف العلاقة العائلية الضعيفة، وهي تشمل كل من الأصول والفروع والحواشي كالأعمام والعمات والخالات والإخوة والأخوات، وبالتالي يخرج من دائرة النفقة بين الأقارب، النفقة الوقتية، النفقة الزوجية لأن مصدرها عقد الزواج وليس القرابة،

وحسب المادة 14 فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص الذي يقع على عاتقه الالتزام بالنفقة .[2]

المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية

تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"

الفرع الأول: القانون الذي يحكم الميراث :

[1]– أحمد عبد الحميد العيشوش، مرجع سابق، ص **330**

[2]– أضاف المشرع قاعدة إسناد مهمة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين ، وقررت المادة **15** أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الشخص الذي تجب حمايته، بحيث يحدد ذلك القانون طبيعة نظام الحماية هل هو نظام ولاية شرعية أم نظام وصاية أم قوامة ، ويرجع لقانون الشخص الذي تجب حمايته لمعرفة من تثبت له الولاية والوصاية والسلطات التي يتمتع بها وشروط التصرف في أموال القصر والغائبين وعديمي الأهلية الخ، ونفس القاعدة معتمدة في القانون المصري المادة **16**، وأما في فرنسا والبلاد اللاتينية تخضع كذلك لقانون الشخص الذي نجب حمايته ولكن في البلاد الانجلو ساكسونية تخضع لقانون موقع مال الشخص الذي تجب حمايته ، وقد أورد المشرع الجزائري في المادة **15/ 2** استثناء اعتمد فيه قاعدة موقع مال الشخص المحمي ، حيث أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة لتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ التدابير او التدبير متعلقة بأموالهم الموجودة في الجزائر . للتفصيل انظر زيروتي الطيب ، مرجع سابق، ص **195**، ونظر بلعيور عبد الكريم ، مرجع سابق، ص **97** وانظر عكاشة عبد العال، هشام صادق، حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ا ص**311**

اختلفت التشريعات في نضرتها للميراث سواء من حيث الحقوق والالتزامات التي تنتقل الى الورثة أو كيفية هذا الانتقال ووقته، فنجد أن الدول الإسلامية التي نظمت أحكام الميراث استنادا الى الشريعة الإسلامية بحيث تعتبر الميراث إجباري يثبت للورثة بحكم القانون ، ولا يجوز للورثة رفضه، ويقتصر الإرث على مجموع الحقوق المالية، ولا يمكن أن تكون الالتزامات المالية محلا للإرث، وذلك بخلاف التشريعات الغربية التي تعتبر الميراث حق اختياري يشمل الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث .[1]

يعتبر المشرع الجزائري وغالبية القوانين العربية الميراث في نطاق الأحوال الشخصية، وهذا لأن التشريع الجزائري يرى بأن الميراث له ارتباط وثيق بالأسرة، لأن أموال المتوفى توزع على عائلته من أقارب وأزواج وبالتالي فإن الميراث مصدره الأساسي القرابة والنسب وبالتالي هو واقعة قانونية،و كلما ازدادت درجة النسب والقربى كلما ازدادت حصة الميراث، ونتيجة لذلك يطبق على الميراث القانون الشخصي، وهذا هو توجه القانون اليوناني والألماني والاسباني وقد اختلفت التوجهات في القانون المقارن فمنها من تعتبر الميراث من الأحوال العينية وبالتالي يطبق عليه قانون موقعه سواء كان عقارا أو منقول.[2]

ويوجد توجه ثالث منتشر كثيرا وهو التفريق بين العقار والمنقول، وهو ما أخذت به كل من فرنسا وانجلترا وبلجيكا و ولايات متحدة الأمريكية، بحيث تخضع العقار لقانون موقعه، والمنقول لقانون موطن المتوفى، ويرى الدكتور علي علي سليمان أن سبب هذا التوجه هو الفكرة القديمة التي سادت في العهد الإقطاعي وهي أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة، وأن المنقولات ضئيلة القيمة ولذلك تتبع الشخص حيث يوجد ، ويرى الفقيه نيبوابيه أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقعه، بسبب عوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية، والتفريق بينهما هو وضع شاذ، ويرى

[1]– شبورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون، مجلد 5 عدد 2، أكتوبر 2018، ص 194 وانظر محمدي بوزينة أمينة، إشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم، مجلة مقاربات، مجلد 5، عدد 3، 2019 ص 173

[2]–سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق ص 302 ويرى كل منهما "أن رابطة النسب والقرابة ليست هي السبب الوحيد للإرث، فالولد المتبنى يرث في بعض القوانين والأنظمة، بمعزل عن صلة النسب والقرابة كذلك الدولة في بعض الأنظمة، وهل أن الزوجة من الانسباء بمعنى رابطة الدم مع المورث؟

بعض الفقه أن التفرقة بين العقار والمنقول في العصر الحديث لم يعد له تبرير ، بعد أن زادت أهمية القيم المنقولة، ومن ثم لم يعد من المقبول تقرير قاعدة إسناد خاصة بالمنقول وأخرى بالعقار. [1]

-إذن قانون جنسية المورث يحدد لنا -متى يعتبر المورث ميتا ، ومتى يعتبر المفقود ميتا، وبيان ميعاد قبول التركة أو عدم قبولها- يحدد متى يورث الجنين- من هم الورثة وموانع الميراث، تحديد الأنصبة، ونشير في الأخير إلى نص المادة 773 من قانون المدني والمادة 180 من قانون الأسرة التي تقر بأيلولة التركة بدون وراث إلى الخزينة العامة للدولة وقد طرح نقاش هل الدولة وارثة أم مالكة للتركة و ما هو القانون الواجب التطبيق ؟

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوصية

الوصية هي تصرف إرادي في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ينقل بمقتضاه الموصي على وجه التبرع ملكية كل أو بعض أمواله وبالتالي هي تصرف إرادي وقانوني، وأما الميراث واقعة قانونية مصدرها القانون ، وهناك فرق بين الوصية في الشرع الإسلامي والقوانين الغربية بصفة عامة، فالشرع لا يجيز الوصية بأكثر من الثلث إلا بعد إجازة الورثة، إذ نصت المادة 185 من قانون الاسرة الجزائري " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة ما دامت تنطبق عليها أحكام الوصية" ، بينما تجيز القوانين الغربية تحت شعار احترام ارادة الميت للهالك أن يوصي بكل تركته ولأي شخص أراد حتى ولو ترتب على ذلك حرمان ورثته من الميراث[2]

تنص المادة 16 على القانون الواجب التطبيق على الوصية والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت هو قانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت موته ، ويقصد بالتصرفات المضافة الى ما

[1]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 80 ، وانظر أحد حسن الهداوي ، غالب الداوودي، مرجع سابق، ص 112 وانظر عكاشة عبد العال، هشام صادق، حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص324

[2]-فتيحة بوشور مرجع سابق ، ص 195

بعد الموت هي تصرفات المريض مرض الموت وهو التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بحيازة العين المتصرف فيها والانتفاع بها بمدة حياة الموصي، وقد نظم المشرع هذه التصرفات بالمواد 776 و776 و 104 من قانون الأسرة ، [1]والتكييف الصحيح لهذه التصرفات هو أنها تصرفات في التركة تضاف إلى ما بعد موت وهي تنعقد بمجرد حدوثها من الموصي ولكن لا تنفذ إلا بعد موته وقبول الموصى له بها. [2]

وتوجد تشريعات تخضع الوصية إلى قانون الموطن مثل انجلترا وأخرى تخضعها لقانون موقع الموال كما هو الحال في فرنسا التي تخضع الوصية على العقارات لقانون موقعه والوصية على المنقولات لقانون موطن الموصي وقت موته ، وتوج قوانين أخضعت الوصية لقانون الموصي وقت الايصاء بالنسبة للشروط الشكلية و الانعقاد دون المساس بالشروط الموضوعية التي تعالج وقت الموت، ويرى الدكتور زيروتي الطيب أن شروط صحة الوصية كان من الأفضل أن تخضع لقانون جنسية الموصي وقت إبرامها ومن ذلك شرط الأهلية وعيوب الرضا محل الوصية وسببها، لأن هذه المسائل تخص صحة الوصية نفسها ولا علاقة لها بنفاذها ,

ويتمثل نطاق القانون الواجب التطبيق على الوصية في ما يلي :

-شروط الوصية، طريقة قبولها،

-إجازتها والاعتراض عليها من الورثة وشروط الرجوع عليها

-من حيث قيمة الأموال الموصى بها أي مقدارها

[1]- في هذا التوجه حكمت المحكمة العليا الجزائرية بتايخ 2002/05/08 مفاده " أن الواهب وهب كل ممتلكاته لأبناء الزوجة الثانية دون الأولى مما جعل المحكمة العليا تكييف الهبة على أنها جاءت أضرارا ببقية الورثة، علاوة على ذلك قدم الطاعنون الدليل على أن التصرف كان أثناء مرض الموت، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه " وفي قرار آخر للمجلس الأعلى صادر في 1984/10/22 قضى مفاده "" أن قضاة الاستئناف لم يتصدوا لادعاء الطاعنات بأن والدهن الواهب كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية ، والقضاة بررو صحة الهبة بالاعتماد على المدة الفاصلة بين الهبة وموت المورث وأهملوا الجواب على البث في هذا الدفاع واقروا بصحة الهبة، بذلك عرضوا ما قضوا به للنقض بسبب نقص البيان والتعليل"

[2]- بلعيور عبد الكريم مرجع سابق مص 100

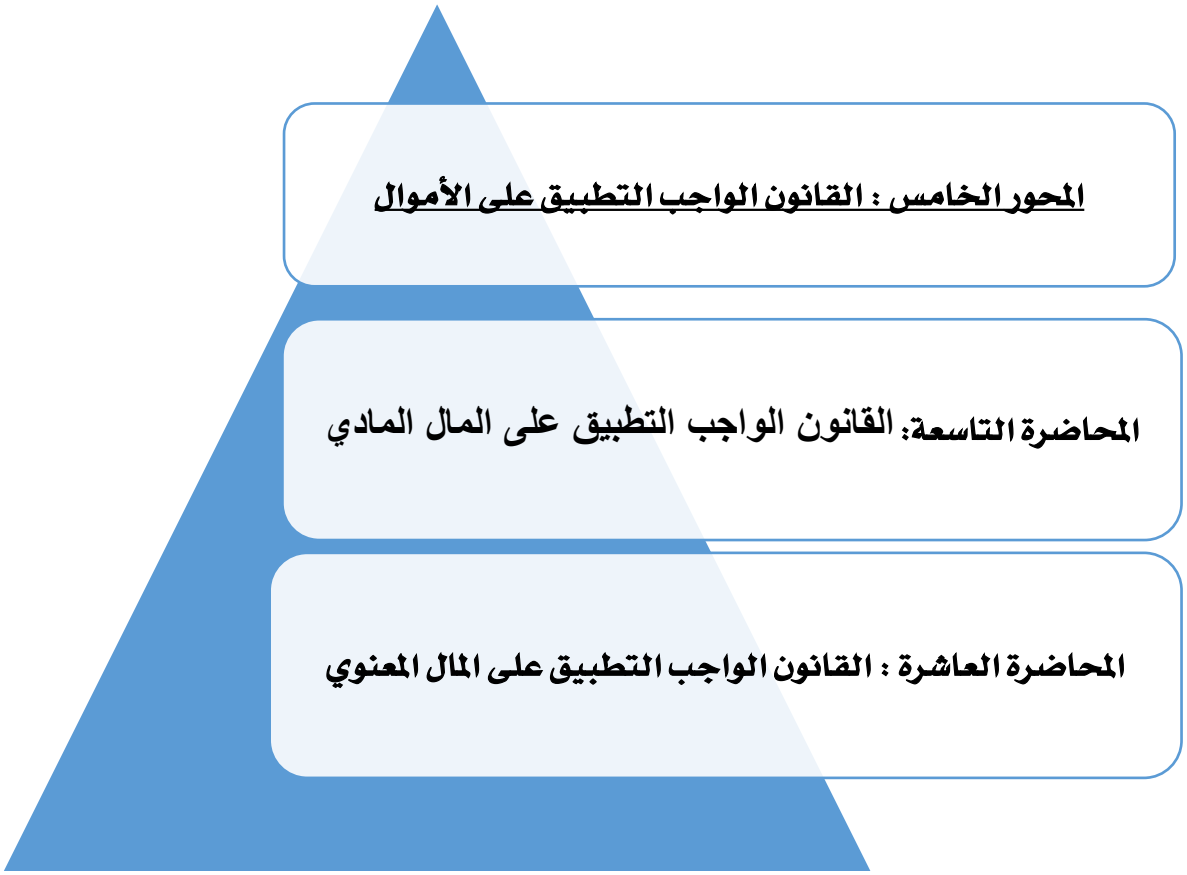
بالنسبة لأهلية الموصي وعيوب الإرادة اختلف الفقهاء في القانون الذي يحكمها هناك من يرجعها لقانون جنسية الموصي وقت وفاته لتوحيد القانون الواجب التطبيق، وهناك من يرجعها لقانون جنسية الموصي وقت الايصاء .

وأما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية مثل هل يجب ان تكون رسمية أم بمجرد كتابتها بخط صاحبها تعتبر مقبولة ؟ فإن القانون الواجب على ذلك يخضع لنص المادة 19 التي تحدد القانون الواجب التطبيق على كل التصرفات القانونية من الناحية الشكلية لقانون المكان الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو للقانون الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف.

وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري وسع من دائرة تطبيق قاعدة لوكيس التي تهدف إلى إعطاء حق الاختيار في القانون الذي يحكم شكل التصرفات وهذا تسهيل على الأشخاص في اختيار القانون الذي يحكم شكل تصرفاتهم. [1]

[1]–أعراب بلقاسم ، مرجع ساق، ص 275، وانظر سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابقٌ، ص 329

–Frédéric leclerc , coure droit international privé ,op , p 86


المحور الخامس : القانون الواجب التطبيق على الأموال
المحاضرة التاسعة: القانون الواجب التطبيق على المال المادي
المحاضرة العاشرة : القانون الواجب التطبيق على المال المعنوي

المحور الخامس : القانون الواجب التطبيق على الأموال

تمهيد

– يطلق على هذا المجال الأحوال العينية ويقصد بها كل المسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان ماديا كالعقارات والمنقولات أو كان معنويا كحق المؤلف وبراءات الاختراع فإذا كان ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية يستمد من أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي باعتبار الأشخاص هم العنصر الغالب ومن تم خضوعها إلى قانون الجنسية أو قانون الموطن بحسب اختلاف التشريعات من دولة إلى أخرى، فإذا كان الأمر في الأحوال الشخصية على هذا النحو السالف الذكر فإن ضابط الإسناد في الأحوال العينية يختلف حيث لا يستمد من أطراف العلاقة القانونية بل من موضوعها لأن عنصر المال له ثقل وأهمية في النزاع أكثر من الأطراف واستقر الفقه على ضابط أخذت به جميع التشريعات وهو "موقع المال" وهذا ما نصت عليه المادة 2/3 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 18 من قانون مدني مصريي، ومادة 17 من قانون مدني الجزائري.

وتاريخيا أخضعت مختلف مدارس القانون الدولي الخاص إلى قانون الموقع إما استنادا الى قاعدة هي إقليمية القانون (مدرسة إقليمية القانون : فقه دارجنتيه) وإما كإستثناء عن قاعدة (مدرسة شخصية القانون : فقه مانشيني) وإما استنادا إلى فكرة تركيز العلاقة وعلى أساس فكرة الخضوع التلقائي (المدرسة الألمانية فقه سافيني) ، كما انه في الدعاوى العينية العقارية بما في ذلك دعاوى الحيازة والقسمة العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار وبذلك يتوحد الاختصاص القضائي والتشريعي في حكم مسألة واحدة، بينما في الاحوال الشخصية يكونان عادة منفصلين.[1]

–واستندت نظرية موقع المال إلى عدة مبررات أهمها :

[1]–سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 336 وانظر عكاشة عبد العال، هشام صادق، حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص 464

استقرار المعاملات –حماية الغير –إجراءات التسجيل والشهر –التركيز المكاني –الاختصاص القضائي–توفير حماية الدولة لمصالحها – العقار جزء من إقليم الدولة "سيادة الدولة"

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على المال المادي

تعتبر الأموال عنصر أساسي للمعاملات باعتبارها ثروة يقع عليها التصرف والتداول بالكسب والحيازة وسائر الحقوق العينية الأخرى، وطبعا العقار بثباته في حيز مكاني يسهل إيجاد القانون الواجب التطبيق عليه ولكن المنقول يصعب الأمر بسبب تحريكه من مكان إلى آخر فكيف نجد القانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات والبضائع ؟ ، هذا ومن الإشكالات التي تصادف القاضي عند التنازع هو تكييف هذا المال فيما إذا كان عقار أو منقول والآثار المترتبة على ذلك ؟

ولذلك سنبحث في ما يلي تكييف المالي التشريع الجزائري، والقانون الواجب التطبيق عليه

المطلب الأول: تكييف المال في التشريع الجزائري

يقصد بالأموال المادية هي الأموال ا لتي لها حيز مادي محسوس وهي متنوعة عقارات ومنقولات، فالمال المادي هو كل شيء عيني له قيمة مادية في التعامل، ويترتب على تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول نتائج قانونية مهمة جدا فيما يخص القانون الواجب التطبيق على كل منها، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق يختلف تبعا لوصف المال وطبيعته، ولذلك فإن للتكيف أهمية خاصة كخطوة أولى تسبق البحث عن القانون الواجب التطبيق .[1]

رأينا ان القاعدة العامة في تكييف العلاقات ذات العنصر الأجنبي حسب المادة 9 من قانون المدني الجزائري هي خضوع التكييف إلى قانون القاضي ، ونظرا إلى أن موضوعنا حاليا

[1] **Frédéric leclerc , coure droit international privé ,op , p 75**

هو المال الذي يلعب موقعه دورا هاما في الإسناد فهل من المعقول أن يخضع تكييفه إلى قانون القاضي، في حين هو يتواجد في دولة أخرى؟، لذلك وبسبب هذه التطورات ورغبة من الفقه في توحيد القانون الواجب التطبيق وضمانا لاستقرار المعاملات، تم إقرار استثناءات على القاعدة العامة للتكيف والتي من اهمها خضوع تكييف المال لقانون موقعه، فهذا الأخير هو المختص ببيان طبيعة المال ما إذا كان عقار أم منقولا بما يترتب على ذلك من آثار، وهو حكم يتفق مع النظام القانوني المقرر لمال حسب موقعه، ويثور مشكل تكييف طبيعة المال في الدول التي تمييز في الميراث بين العقار والمنقول كالقانون الفرنسي ففي السابق كانت الأسهم البنكية في فرنسا تعامل كعقارات يجوز رهنها رهنا تأمينيا، في حين أن المحل التجاري يكيف كمنقول.

إن معظم القوانين حاليا تخضع تكييف المال لقانون وقعه، ولم يكن ذلك في القانون الجزائري، ألا أنه وبعد تعديل 2005 أضيفت المادة 1/17 ونصت على أن يخضع تكييف المال سواء (الأفضل يضيف المشرع لمعرفة طبيعته) عقارا أو منقولا إلى القانون الدولة التي يوجد فيها [1]

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على العقار

فرع أول: يطبق على العقار قانون موقعه

عرفت المادة 683 من القانون المدني الجزائري بأنه " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار "

وقد أخذ المشرع الجزائري بقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه فجاء في المادة 2/17 من القانون المدني "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار" وبالتالي لا وجود لصعوبة في تحديد القانون الذي يطبق على العقارات لأنها ثابتة في مكانها إذ يسهل التعرف عليها وعلى القانون الذي يحكمها، ويرجع تاريخ هذه القاعدة إلى المدرسة الايطالية القديمة

[1]–زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، مرجع سابق ،ص 207،

– لا نجد استثناءا على تكييف المال في القانون المدني المصري ووردت المادة 18 شبيهة جدا بالمادة 17 من القانون الجزائري الا أنها لم تضع استثناء للتكييف أنظر عكاشة عبد العلال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص 465

بتساؤل طرحه الفقيه "بارتول" عن إمكانية تعلية الأجنبي لعقار تملكه في الخارج، ووضح أن الأمر يخضع لقانون موقع العقار [1]

ونصت المادة 119 من قانون 30-90 المتعلق بالأملاك الوطنية " أن المال هو جزء من إقليم الجدولة تمارس عليه سيادتها "[2] وبذلك فإن تطبيق قانون أجنبي على عقار موجود داخل الوطن هو مساس بالسيادة وهذا هو إجماع كل قوانين المقارنة

ونصت المادة 2/3 من القانون المدني الفرنسي " العقارات ولو كانت في حيازة الأجانب تحكمها القوانين الفرنسية [3]

الفرع الثاني : مجالات تطبيق قانون موقع العقار

توضحلنا المادة 17 أن قانون موقع العقار يختص ببيان نظام الأموال وتقسيماتها إلى عقارات ومنقولات ورأينا أن جل التشريعات حددت هذه المسالة كاستثناء من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي إلى قانون موقع المال، وتتمثل اختصاصات قانون موقع العقار :

-أحكام طرق كسب الملكية العقارية من حيازة وشفعة والتصاق وآثارها وانتقالها وقضائها، والاستيلاء والشفعة التقادم المكسب ومختلف طرق الكسب .

-ويوضح قانون الموقع ما يرد على العقار من حقوق عينية أصلية فينظم أحكام الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عنه كالانتفاع والاستعمال والسكن والارتفاق ويحدد مضمون هذه الحقوق وآثارها والقيود التي ترد عليها وطبيعتها القانونية

-الحقوق العينية التبعية التي تشمل الرهن حق التخصيص وحق الامتياز[4]

---

[1]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 283

[2]- قانون رقم 30- المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 والمتضمن القانون المتعلق بالأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 52

[3] Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p 380

[4]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 94 وانظر بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 118

ملاحظة واستثناء

يجب الانتباه إلى أن هناك حالات لا يحكمها قانون موقع المال رغم أنها تعتبر من طرق كسب الملكية وهي :

-**الميراث** حيث درسنا سابقا حسب الماد ة16 أن المشرع اعتبره من الأحوال الشخصية وأخضعه الى قانون جنسية الهالك ومن ثمة فهو ليس من الأحوال العينية ولا يخضع لقانون موقع المال الا من حيث الشهر والتسجيل فقط

-ونفس الأمر نطبقه على **الوصية** فهي مستثناة من قانون الموقع بل تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة .

- وكذلك بالنسبة **للأهلية** تستثنى من قاعدة موقع العقار ، بل تخضع للقانون الشخصي للمتنازع في أهليته حسب المادة 10 من قانون مدني ج

-وكذلك **شكل العقود** حيث أجازت المادة 19 الاختيار بين قانون محل إبرام العقد، قانون الجنسية المشتركة، قانون موطن مشترك أو القانون الذي يحكم موقع التصرف

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على المنقول

انطلاقا من التعديل الجديد لقواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري ثم إضافة المادة المادة 17 مكرر التي تحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأموال العنوية والتي لم يكن لها قاعدة إسناد سابقا، وطبعا إضافة إلى المادة 2/17 التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المال المادي:

تنص المادة 2/17 " ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"

نلاحظ من نص المادة 17 أن القاعدة العامة بالنسبة للمنقولات المادية وفقا للتعديل الجديد هي تخضع إلى قانون موقعها الفعلي أو الحقيق وقت تحقق سبب حيازتها إلى غير ذلك من حقوق كتملكها أو حقوق عينية وارد عليها، إن المسألة في ظاهر النص تبدوا بسيطة وسهلة التطبيق، ولكن الأمر يتعقد عندما نتحدث عن بعض المنقولات المهمة جدا في العصر الحديث مثل السفن والطائرات باعتبارها منقولات من جهة وباعتبارها من وسائل النقل من جهة أخرى، وتبرز الصعوبة أيضا عندما يتعلق الأمر بالبضائع وكل ذلك لأن هذه المنقولا ت متحركة بسرعة ويتغير القانون المطبق عليها باستمرار.

أولا: القانون الواجب التطبيق على وسائل النقل العابرة للحدود

إن مختلف الوسائل المخصصة للنقل، دائمة الحركة مثل السيارات والسفن والقطارات والطائرات يصعب أن يكون لها موقع تثبت فيه، لذلك استُبدل قانون الموقع بقانون مركز ثابت، ويحقق مختلف المصالح ويسهل إيجاد القانون الواجب التطبيق، وهو "قانون العلم " بحيث أن العلم يحدد جنسية وانتماء تلك الوسيلة بذلك نجد لها قانونا ثابتا، فهي لابد أن تنتمي إلى ميناء معين، بحري أو جوي، تتركز فيه كافة الحقوق العينية والتصرفات والحقوق الواردة عليها أو العائدة لها، وعندما لا تحمل هذه الوسائل علما مثل الشاحنات والقطارات والسيارات فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان تسجيلها مثل البطاقة الرمادية للسيارة، وإن كان البعض يفضل إخضاعها لقانون وجودها الفعلي حين تحقق سبب من أسباب الكسب والحيازة الخ، ولكن نرى أن هذا يؤدي إلى مساوئ متعددة بالنظر لحركتها الدائمة والصفة العرضية لذلك الموقع. [1]

[1]– سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 338

ويوجد رأي آخر يرى أن الاتفاقيات الدولية المنضمة لهذه الوسائل قد عملت على توحيد الأحكام القانونية المتعلقة بهذه الوسائل، وتتجه معظم هذه الاتفاقيات إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد بها هذه الوسائل .[1]

ثانيا : البضائع

إن البضائع بمرورها العرضي على إقليم دولة لأن المتعاقدين عليها قد لا يعلمون أحكام قانون ذلك الإقليم، وقد تمر على إقليم لا يخضع لسيادة دولية، لذلك يرجح تطبيق قانون مقصدها أو مآلها " مكان الوصول النهائي" وإن كان بعض الفقه يفضل إخضاعها إلى قانون علم وسيلة النقل وخاصة إن كان النقل بحريا، ومع ذلك قد لا يمكن الأخذ بقانون المقصد على إطلاقه، فقد تضطر وسيلة النقل إلى التوقف على إقليم دولة معينة لفترة زمنية ثابتة وفي مكان واحد، وأن كانت تلك الأموال والبضائع محلا لتدابير احترازية أو محل تصرف معين، مما يؤدي الى أن يستعيد قانون الموقع اختصاصه، في غير هذه الحالات وعندما يجري النقل بين مسافات لا يكون التوقف فيها الا عرضيا ومؤقتا، وقد لا يعرف مكان التوقف نتوجه إلى تطبيق قانون المقصد، ولكن يوجد بعض القوانين قد فضلت تطبيق قانون المصدر، أو مكان الانطلاق.[2]

ثالثا: التنازع المتحرك:

ويقصد به في مجال القانون الدولي الخاص هو نقل المنقول المشهور بثباته في مكان معين من دولة إلى أخرى وبالتالي من ظل قانون قديم إلى ظل قانون جديد يختلف في أحكامه عن الآخر فقد يكون الأول يعترف بالحيازة كسبب للكسب والثاني لا يعترف، وبالتالي يثور تساؤل عن أي القانونين نطبق؟ [3]

---

[1]– رأي الأستاذ بلعيور عبد الكريم ، مرجع سابق، ص **112**

[2]– عكاشة عبد العلال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص **465** سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص **341**

[3] – **Manuel JORGE , op, p146**

مثال :

في الجزائر توجد قاعدة تنص على أن الحيازة في المنقول سند الملكية حيث تختلف التشريعات في هذه القاعدة فبعضها يعترف بها والبعض الآخر لا يعترف بها,، نفترض أن المنقول كان في دولة يعترف بالحيازة مثل الجزائر ونقلناه إلى دولة أخرى قانونها لا يعترف بها مثل سويسرا فالصعوبة تثور عندما يتحقق الحيازة أو أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية على المنقول في ظل قانون قديم يعترف بها ثم ينقل المنقول إلى قانون جديد لا يُعترف بهذه الحقوق فما هو القانون الذي يطبق في مثل هذه الحالات:

-نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)

يرى فريق ن الفقه أن القانون الجديد هو الواجب التطبيق لأنه يوفر سلامة المعاملات بين المتعاقدين ولأنهم يعرفون قواعد القانون الجديد أكثر من غيره ويحق لهم الطمأنينة واستقرار المعمالات ومن أثلة هذا الرأي :

-في مجال قاعدة تسليم المنقول، لو فرضنا أن المنقول موجود في دولة تشترط تسليم المنقول في عقد البيع لكي تنتقل الملكية إلى المشتري كما هو الحال في القانون السويسري وقد تم شراء هذا المنقول في سويسرا دون القيام بالتسليم ثم انتقل إلى دولة لا تشترط التسليم في عقد البيع كفرنسا والجزائر ومعظم الدول العربية فطبقا لهذا الرأي الذي يأخذ بالقانون الجديد سوف يكون المشتري مالكا للمنقول طبقا لقانون الدولة التي نُقل إليها حتى ولو لم يتم تسليمه للمشتري في ظل القانون القديم، وهناك طبعا فرق في الآثار ففي سويسرا تقع مسؤولية التلف على المشتري مالم يسلم المبيع، والعكس في الدول الأخرى تقع التبعة على المشتري لأنه لا يشترط تسليما ماديا .[1]

ومثال آخر لو أن شخصا حاز منقولا من غير مالك في بلد لا يأخذ بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ثم نقل هذا المنقول الى بلد يجيز التمسك بهذه القاعدة، فإنه بإمكانه التمسك

[1]-أعراب بلقاسم مرجع سابق، ص 2865، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 97

بها فيه في مواجهة مالكه الحقيقي، لأن الأمر يتعلق هنا بوسيلة كسب الحق فالشخص قد باشر هذه الوسيلة في بلد موقعه الجديد.[1]

-نظرية نفاذ الحق المكتسب:

عندما يُنقل المنقول إلى دولة أخرى فإنه يجب احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون الذي نشأت فيه تلك الحقوق ، ولو نقلت إلى سلطت قانون دولة أخرى لا يعترف بها ولا يقرها ، بشرط أن تكون هذه الحقوق قد تم اكتسابها اكتسابا صحيحا، وان جميع عناصرها قد تم تكوينها تحت سلطان القانون القديم ، وان لا ينشأ حق مضاد لها في القانون الجديد وألا تكون مخالفة للنظام العام في دولة القانون الجديد، فلو اشترى شخص مبيعا في الجزائر فيعتبر قد تملكه ولو ولم يتسلمه ثم انتقل به إلى سويسرا التي تشترط التسليم، فإن المشتري يبقى مالكا له على الرغم من عدم تسليمه وهذا هو نفاذ الحق المكتسب.[2]

-موقف المشرع الجزائري:

من خلال صياغة المادة 17 ق م ج، فإن المشرع الجزائري قد حرص على ضرورة الاحترام الدولي لنفاذ الحقوق المكتسبة وذلك خلال إعطائه الاختصاص التشريعي إلى قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول عند تحقق السبب الذي أدى إلى حيازته أو ملكيته أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة عليه، وبالتالي فالعبرة في القانون الجزائري ليس بقانون المكان الذي انتقل إليه المنقول بل العبرة بقانون المكان الذي تحقق فيه سبب الحيازة أو التملك أو الحقوق العينية الأخرى، وبذلك فإن القانون الجزائري قد فضل تطبيق مبدأ احترام الحق المكتسب .[3]

---

[1] **–Mnuel jorge,op ,p 190**

–Manuel JORGE , op, p150

[2] **– سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 341**

[3] **–بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 114، أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 296**

–Manuel JORGE , op, p148

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المال المعنوي:

الأموال المعنوية، هي عبارة عن أشياء غير ملموسة، ولا تقع تحت الحس ولكنها تصلح أن تكون محلا للحق وتشمل الحقوق التي ترد على الأموال المعنوية ما يسمى بالملكية الأدبية والصناعية والفنية كحق المؤلف وله براءة الاختراع والاسم التجاري، وفي ما يلي سنتعرف على القانون الواجب التطبيق على مختلف حقوق الملكية الفكرية:

المادة 17 مكرر "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"

يستفاد مما سبق أن الأموال المعنوية تخضع إلى قانون المحل الذي وجدت فيه عندما تحقق السبب الذي أدى إلى كسب حيازتها أو ملكيتها أو فقدها أو رتب حقوق عينية أخرى ، ولم يكتفي المشرع بذلك بل وضع ضوابط إسناد تحدد مكان وجود تلك الأموال المعنوية وذلك في مايلي :

-**حق المؤلف** وهو يخضع إلى قانون المصدر: قانون الدولة التي نشر فيها المؤلف لأول مرة ، أو أنجز فيها، فمنذ هذه اللحظة يصبح ذلك الحق قابلا للتقدير ومحلا للحماية، وعند نشر المؤلف في أكثر من مكان فهناك اتجاه بتطبيق قانون موقع النشر الرئيسي وعند التعذر قانون مكان إقامة المؤلف.

-**حق براءة الاختراع** تخضع إلى قانون البلد الذي منحها ، فتخضع له شروط صحة تلك البراءة، الحقوق التي تمنح للمخترع أسباب بطلان تلك الحقوق وسقوطها

-**الرسوم والنماذج الصناعية** ، فهي تعامل معاملة الحقوق الأدبية ويطبق عليها قانون البلد الذي تم الإيداع فيه أو التسجيل

-**العلامة التجارية** يطبق عليها قانون مكان وجود منشأة الاستغلال تلك العلامة

- **الاسم التجاري** يطبق عليه قانون وجود المقر الرئيسي للمحل التجاري,[1]

الفرع الثالث: مجال تطبيق قانون موقع المال:

يحدد قانون موقع المال ما يلي :

-تحديد الأموال التي تدخل في دائرة التعامل

-تحديد وصف المال وتكييفه عقار أم منقول

-تحديد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على المال سواء كان عقار او منقول وهي الحقوق الأصلية (الملكية، حقوق ناتجة عن حق الملكية، الانتفاع الاستعمال السكن ...،) والحقوق العينية التبعية _ الرهن الرسمي، الحيازي، حق الاختصاص وحق الامتياز)

-تحديد السلطات التي يخولها الحق العيني المترتب على المال لصاحبه والقيود الواردة

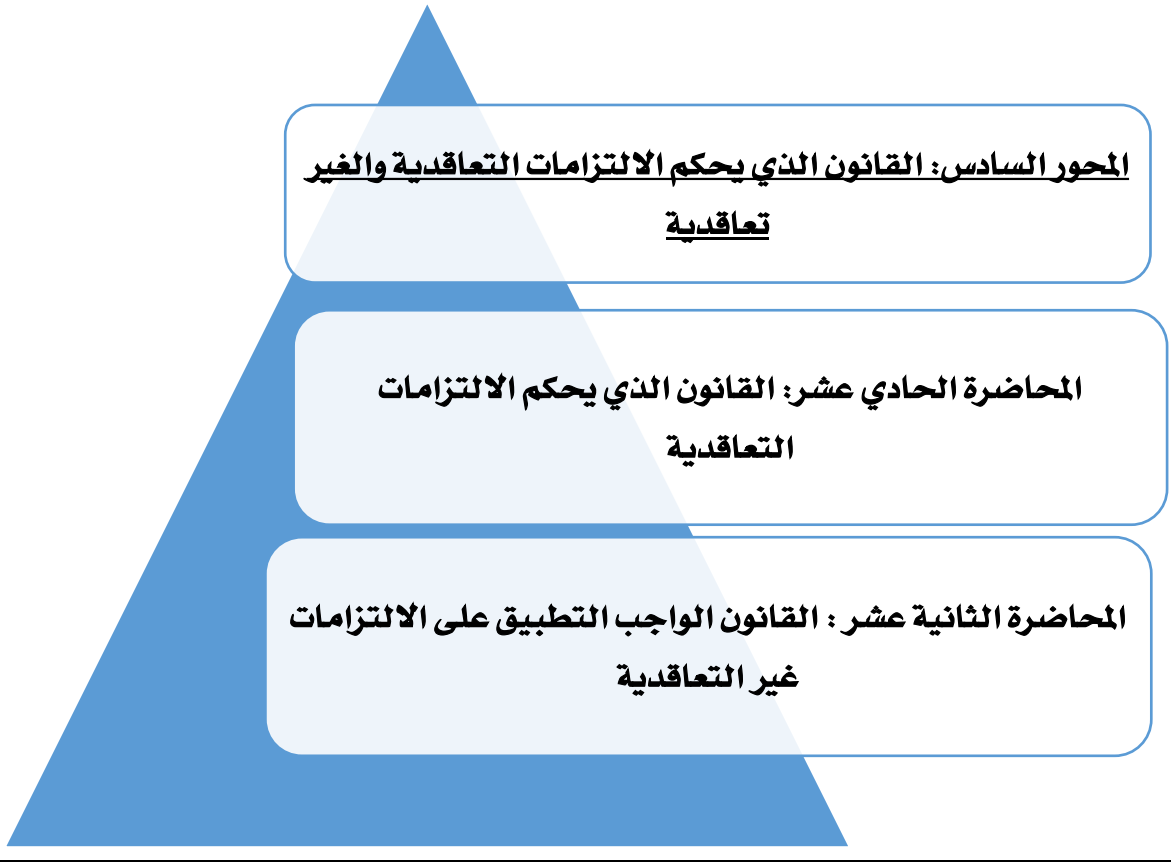
-بيان أسباب كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضاؤها

[1]– ويضيف الفقه إلى الأموال الغير مادية حقوقا مثل :

– الديون فهي بطبيعتها حق شخصي ينتج عن عمل قانوني عقد قرض مثلا وإما عن عمل غير قانوني مسؤولية تقصيرية أو الكسب غير مشروع وبالتالي فهي تخضع إلى قانون الفئة التي تتصل بها مع وجود اتجاهين إخضاع الدين إلى محل إقامة الدائن ا والى محل إقامة المدين.

– الأوراق القابلة للتداول إذا كانت اسمية يجب التمييز بين الأسهم والسندات، الأسهم تخضع إلى القانون الذي يحكم النظام القانوني للشخص المعنوي الذي أصدرها وهو قانون مركزها الرئيسي، أما السندات الاسمية في تمثل حق للدائن وبالتالي فهي تخضع للعمل القانوني الذي أنشاه قانون الإرادة

– الشيك الاتجاه الغالب هو إخضاعه إلى قانون مكان الوفاء ففيه يتحقق وجود الحق وتتخذ الإجراءات التحفظية والتنفيذية بشأنه


المحور السادس: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية والغير تعاقدية
المحاضرة الحادي عشر: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية
المحاضرة الثانية عشر : القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية

المحور السادس: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية والغير التعاقدية

تمهيد:

يقصد بالالتزامات التعاقدية والغير تعاقدية نشاطات الإنسان، الأولى تصدر عن الإرادة بهدف إنشاء آثار قانونية، وهي تفترض منطقا التعبير عن تلك الإرادة إظهار الإرادة إلى الخارج، (العقود والتصرفات القانونية) الثانية تصدر عن الوقائع القانونية ويرتب عليها القانون أثرا قانونيا بمعزل عن أية إرادة (الفعل الضار والكسب غير المشروع)، والعقود التي تشكل تنازعا في إطار القانون الدولي الخاص هي العقود الدولية، لأنها تشمل على عنصر أجنبي، أما العقود الوطنية فهي تخرج عن دراستنا، وقد اختلف الفقهاء في ضوابط الإسناد التي تحكم اللاإلتزامات السابقة، وأشتهر قانون الإرادة في مجال العقود، وقانون مكان وقوع الفعل الضار في الالتزامات الغير التعاقدية وهذا ما سنفصله في المباحث الموالية .[1]

المبحث الأول: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية الدولية

اختلف الفقهاء والمشرعون في القانون الذي يحكم العقد الدولي، مثل القانون الشخصي لأحد المتعاقدين، وقانون موطن كل منهما وقانون مكان التعاقد ، وقانون محكمة رفع النزاع ، ومن الضوابط التي لاقت رواجا وانتشارا هو قانون الذي اختاره المتعاقدان في عقدهما وهو نتاج نظرية حرية الإرادة في التعاقد ولكن ماذا إن لم يختار المتعاقدان قانونا ما هو القانون الأنسب لحكم نزاعاتهم الدولية؟ وما هو رأي المشرع الجزائري في هذا الإشكال ؟

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد

نصت المادة 18 من قانون المدني ج على " يسري على الالتزامات التعاقدية المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

[1]–حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 363 وما يليها، حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 159

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه "

نلاحظ أن المشرع وضع ترتيبا للضوابط له أهمية نابعة من أطراف العقد ومن عقدهما، ونجد أن العقد له أربعة ضوابط يمكن لأحدها أن توصلنا للقانون الواجب التطبيق على العقد وهي الإرادة ، ثم الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ثم قانون محل إبرام العقد وسندرس ما سبق في الفروع التالية

الفرع الأول : قانون الإرادة

لم تكن فكرة قانون الإرادة مطبقة في البداية ففي نظرية الأحوال الايطالية في القرن الثالث عشر تطبق قانون محل إبرام العقد على شكل العقد وموضوعه معا، وبرر فقهاء ذلك التوجه ان قانون مكان الإبرام هو قانون الذي يعرفه الأطراف، وقدم الفقيه "بارتول" رأي يتمثل في التمييز بين أثار العقد المباشرة والآثار التنفيذية فالأولى تخضع لقانون محل الانعقاد والثانية لقانون محل التنفيذ ورغم إعمال هذا التوجه مدة طويلة من الزمن غلا انه انتقد بسبب تجزئته للعقد .[1]

وفي القرن 16 قدم الفقيه الفرنسي ديمولان رأي جديد بمناسبة بحثه لعقد المشارطات المالية بين الزوجين، ووضح الفقيه بأنه على الزوجين توضيح إرادتهما حول القانون الواجب التطبيق، وغن لم يوضحا فإنه يستخلص من ملابسات العقد وظروفه، ويقال أن الفقيه الألماني " سافيني " هو الذي استعمل مصطلح سلطان الإرادة في القرن 19 ، وديمولان هو الذي فصل شكل العقد عن موضوعه، وهذا الأخير يخضع لإرادة أطرافه، هذا ورغم قوة الطرح وانتشاره إلا أنه لم ينجوا من بعض الانتقادات أهمها :[2]

[1] – ÉLIE CHAKTHOURA ; LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE , MÉMOIRE PRÉSENTÉ COMME EXIGENCE PARTIELLE DE LA MAÎTRISE EN DROIT, UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL, OCTOBRE 2011,p 57 , https://archipel.uqam.ca/4701/1/M12219.pdf

[2] – سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 379

-أن العقد يفقد قوته الملزمة إذا استطاع المتعاقدين أن يختارا قانونا غيره ويتهربا من قواعده

-القانون هو الذي يمنح القوة للعقد وليست الإرادة وبالتالي المشرع هو الذي ضع قواعد إسناد للقانون الواجب التطبيق[1]

-إذا لم يصرح المتعاقدان بالقانون المختار يترك المجال للقاضي لكي يستخلص من ظروف العقد وملابساته ومن هنا سيتدخل القاضي بإرادته في إرادة المتعاقدين .

وفي القرن 19 انتشرت هذه النظرية عند مشرعي مختلف الدول، وأول حكم أخذت به محكمة النقض الفرنسية صراحة بهذا المبدأ صدر سفي 1910//12/5 "إن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء من حيث تكوينها أو من حيث شروطها هو القانون الذي يكون المتعاقدان قد تبنياه" ولكن بمجرد استقرار المبدأ حتى ظهرت فيها عيوب وانتقادات :

-إذا كان للمتعاقدان مطلق الحرية في الاختيار فإنهما قد يختاران أي قانون ولو لم يكن له صلة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين، وربما سيكون في هذا ضياع المصلحة الاقتصادية للدولة، بذلك اشترطت معظم التشريعات أن يكون للقانون المختار صلة بالمتعاقدين وبالعقد وهذا ما فعله المشرع الجزائري

-أن القانون المختار هو يحدد بتاريخ الاختيار فلا تطبق تعديلات القانون على العقد مستقبلا

-بسبب إطلاق الاختيار فإن المتعاقدين يختارون الجزء من القانون الذي يناسب عقدهما، أما إذا وجدت أحكام تؤدي مثلا لبطلان نعقدهما فيمكن استبعادها .[2]

الفرع الثاني: دور الإرادة الصريحة والضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق

-التعبير صريح عن الإرادة: عندما يعبر الأطراف صراحة عن القانون المختار فإن ذلك لا يثير إشكال بسبب صراحة الإرادة وعلى القاضي تطبيق اختيارهم، وليست له سلطة تقديرية عل

[1]- عكاشة عبد العلال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص 332

[2]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 111

المتعاقدين ونجد من خلال صراحة المادة 18 " يسري ...القانون المختار من المتعاقدين..." وجاءت في بداية النص مما يدل أن المشرع لم يفسح المجال للبحث في نوايا المتعاقدين وإرادتهم الضمنية فالضابط الأساسي هو اختيار المتعاقدين ، وبالتالي لا يجوز للقاضي البحث عن ضابط آخر من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح فقد فضل المشرع الجزائري أن يتصدى بنفسه للتركيز الموضوعي للعلاقة العقدية بمقتض ضوابط اسناد محددة سلفا وهي الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وان لم يوجد فمحل ابرام العقد[1]

ونلاحظ أن نص المادة 18 وضعت ثلاث ضوابط بترتيب غير عرضي، إذ يتمثل الضابط الأول في **ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة،** وهذا ما يسمى بالتركيز الموضوعي للعقد إذ تولى المشرع هذه المهمة بنفسه، وهو البحث عن قرائن يستنتج من خلالها نسبة تركيز العقد او اتجاهه الى تطبيق قانون دولة معينة، بحيث إذا لم يصرحا المتعاقدان بقانون مختار يطبق على عقدهم فإنه على القاضي مباشرة البحث عن الموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة من خلالهما يجد القانون الواجب التطبيق، ولكن إذا لم يكن لكلا الضابطين السابقين وجود فإنه يجب أن يبحث في الضابط الأخير الذي وضعه المشرع وهو **محل إبرام العقد بحيث هو ضابط أخير فمن المستحيل انعدامه فلابد من وجود محل إبرام قانونه هو الواجب التطبيق وهو نفس ضابط قاعدة لوكيس أي نفس قانون الذي يحكم العقد من حيث شكله وإجراءاته.**[2]

<u>-ملاحظة ونقد</u>

إن الحل السابق لا يخلو من انتقادات لكونه قد افترض مسبقا أن مركز الثقل في العلاقة المطروحة هو بالضرورة الموطن المشترك للمتعاقدين أو دولة إبرام العقد في حين أن تحديد هذا المركز يختلف بالضرورة حسب طبيعة العقد، بل ولعلنا لا نغالي إذا قررنا أن مكان إبرام العقد كثيرا ما يتحدد بناء على اعتبارات تقوم على محض الصدفة، مما يقلل ضابط محل الإبرام إلى

[1]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص **376**، بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق ن ص **122**

[2]– زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابقن ص **243**

حد كبير عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الموضوع وخلافا لما رأيناه بالنسبة لأهمية الضابط في مسائل الشكل، بل إن هذه الضوابط الجامدة الموضوعة من المشرع قد لا تفيد في الوقت الحالي خاصة مع انتشار العقود الالكترونية التي تتسم بالسرعة وعدم وجود موطن لها أو مكان للإبرام .[1]

ويرفض جانب من الفقه الفرنسي الاعتداد بالإرادة الضمنية، مثل توجه المادة 18 من القانون الجزائري، وأساس الرأي أنه أذا لم يتفق المتعاقدان على قانون معين صراحة فلم يعد مجديا الكشف عن إرادتهم الخفية لان في الغالب عدم اتفاقهم صراحة يعني أنهم اختلفوا حول تحديد القانون، أو توقعوا مثل هذا الاختلاف من البداية وبالتالي تصدي القاضي بلذلك يعد وهم وخيال[2]

كما ونجد ضوابط الإسناد المكانية في المادة 18 لا تتطابق مع مضمون العقود الالكترونية إذ أن عنصر المكان غائب تماما في تلك العقود فقد يكون مقر إدارة الشبكة في أمريكا ومقدم خدمة الانترنت في كندا وصاحب المتجر الافتراضي في ألمانيا والمشتري من بلجيكا ، ولا تدل المواقع الالكترونية على العناوين الحقيقية للأطراف وقد تكون بالنسبة لهم مؤقتة، فتركيز الأداء على أساس الموطن المشترك، أو مكان الإبرام، لا يكون فعالا لأن كل من أطراف العلاقة قد يرتبط بجهاز يقع خارج موطنه المعتاد، وبذلك يرجح جزء من الفقه تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الالكترونية، على أن يكون الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء.[3]

ورغم ما سبق أن التطورات أفرزت تنظيم تشريعي خاص لمجال التعاقدات الإلكترونية بقوانين موضوعية تنظم المعالجة الآلية للمعطيات والبيانات الالكترونية والتوقيع والدفع الالكتروني

[1]– عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق حفيظة الحداد مرجع سابق ، ص 350

[2]– عكاشة عبد العال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص 352

[3] – ÉLIE CHAKTHOURA ; LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE , OP,P 138 ; https://archipel.uqam.ca/4701/1/M12219.pdf

الخ وهو قانون يبتعد عن الشكلية الرسمية ولا يعترف بالحدود الجغرافية، وكذلك لحل التنازع يتم الاستعانة بالاتفاقيات الدولية وكذلك التحكيم. [1]

-هل إرادة المتعاقدان مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق ؟

إن الفقرة 1 من نص المادة 18 بعد التعديل وضعت شروط وقيود على حرية اختيار المتعاقدان للقانون الذي يطبق على عقدهم عند التنازع، بحيث يشترط أن يكون للقانون المختار صلة بالمتعاقدين أو بالعقد نفسه، وهذا ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي " باتيفول" بحيث قال بضرورة وجود صلة بين المتعاقدين والعقد كأن يختار المتعاقدان قانون جنسية أحدهما، قانون موطنه قانون محل تنفيذ العقد، قانون موقع المال محل التعاقد، قانون ينظم العقد المبرم بين المتعاقدين، وهذه التوجه جاء متطابقا مع نظرية تركيز العقد بحيث أن القاضي لو وجد أن القانون المختار من المتعاقدين يتنافى مع التركيز الفعلي للعقد جاز له أن يأخذ بقانون التركيز ،وكذلك تقييد إرادة المتعاقدين في الاختيار يغلق باب التحايل عل القانون.[2]

-التعبير الضمني عن الإرادة:

إذا قمنا بمقارنة نص المادة 18 في التشريع الجزائري مع نظيراتها في القوانين العربية لوجدنا انها لا تشتمل عل الفقرة التي تقرر على الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم

---

[1]– فاطمة الزهراء، ربحي تبوب، القانون الواجب التطبيق عل عقود التجارة الالكترونية، مجلة الميزان، مجلد2، عدد 2، 2017، ص 357 وانظر موكة عبد الكريم، التحكيم الالكتروني، القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، مجلد 5، عدد 1، ص 365

[2]– بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 127 وانظر في سكوت الإرادة عن الغختيار حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص381

ÉLIE CHAKTHOURA ; LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE , OP,P 166, https://archipel.uqam.ca/4701/1/M12219.pdf

-

وجود ارادة صريحة لهما مما يفيد أن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة لهما، على خلاف معظم التشريعات العربية الأخرى الذين يعتدون بالإرادة الضمنية مثل :

-المشرع الأردن حيث نصت مادة 20/ 1 من القانون المدني " يسري على الالتزامات .....مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

- وأما المشرع المصري نصت المادة 19 " يسري على الالتزامات التعاقدية .....هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه"

فقد يشير المتعاقدان إلى اختصاص محاكم دولة معينة لحل التنازع فهذا يعد دلالة على إرادتهما الضمنية بتطبيق قانون تلك الدولة ، وكذلك استخدام وإشارة المتعاقدين لمصطلحات مقررة في قانون معين، فهذا يستفاد منه اتجاه إرادتهما الضمنية نحو تطبيق ذلك القانون على عقدهما، ولذلك استعمالهما للغة دولة معينة أو التحرير بمعرفة موثق تابع لدولة معينة كلها أدلة عل الإرادة الضمنية، وحكم القضاء بأنه لو كان العقد يتصل بقانون دولتين في نفس الوقت و كان قانون احدهما يتضمن أحكاما تنظيمية لهذا النوع من العقود خلافا لقانون الدولة الأخرى فيبدو من المنطق ان الإرادة الضمنية للمتعاقدين تتجه لتطبيق قانون الدولة الأولى، وإذا اتصل العقد بقانون دولتين احدهما يؤدي إلى بطلان العقد فأكيد أن المتعاقدين ضمنيا أقرب إلى تطبيق قانون الدولة التي تجيز عقدهما، واتفاق المتعاقدين على بلد معين لتنفيد العقد يستشف منه رغبتهما في إخضاع العقد لقانون بلد التنفيذ.

إلا ان المشكل كما ذكرنا سابقا في أن المشرع في المادة 18 وضع ضوابط جامدة لتوجيه القاضي للبحث عن القانون الواجب التطبيق ولكن بما أن العقود الدولية الحديثة تتسم بالسرعة والتعاقد الالكتروني فإن ضابط الموطن والجنسية المشتركة و حتى ضابط مكان إبرام العقد قد لا يكون موجودا فقد تكون ضوابط عرضية أو عقدا على الانترنت فكيف نجد القانون الواجب التطبيق؟

إن حل هذه الإشكالية هي الاعتماد على الإسناد المرن والابتعاد عن الإسناد الجامد، وبذلك يفتح الباب للقاضي ليقوم **بتركيز العقد**، وهو البحث في معايير من خلالها يستنتج اتجاه العقد وتوطنه في مكان معين وفي قانون معين، ومن المعايير المستعملة حسب الفقه هي :

-المصطلحات المستعملة، اللغة المستعملة في العقد، الجنسية المشتركة، مكان تنفيد العقد، الدفع بعملة معينة، الاختصاص القضائي، اختيار نماذج عقدية معينة. [1]

وهذا توجه القانون والقضاء المصري والفرنسي، وهو نفس مسلك القضاء الانجليزي، والذي يجري على إسناد العقد، عند غياب الإرادة، للقانون السائد في الدولة التي تشكل مركز الثقل في العلاقة العقدية، أي لما يسمى بالقانون الخاص للعقد، وبالتالي فإن الاتجاهات القضائية أعلاه، وبتحديدها للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية في كل حالة على حدة وفقا لظروف العقد وملابساته، وهذا التوجه أفضل من الإسناد الجامد في المادة 18 من القانون الجزائري.[2]

ومع ذلك فإن الاتجاه السابق لا يخلو من انتقاد لأنه قد يطبق على العقد قانون بعيد جدا عن توقعات أطراف العقد، ولذلك ظهرت نظرية جديدة تسمح للقضاء صلاحية تحديد القانون المختص ولكن بدون ضابط يحدد ويوجه القاضي، وتسم بالأداء المُميّز la prestation caractérstique ويعنى بها "تحديد القانون المختص بحسب أهمية الالتزام الأساسي في العقد بوصفه يمثل مركز الثقل في العملية التعاقدية، ويتميز بسهولة العلم المسبق به وبمرونته وملاءمته لكل طائفة من طوائف العقود وتوقعات الأطراف" .[3]

فالعقد الذي يبرمه المحامي مع موكله الأجنبي يخضع مثلا لقانون الدولة التي يمارس فيها المحامي نشاطه، باعتبار أن أداء المحامي في هذا العقد يعد أداء مميزا على خلاف أداء الموكل (التزامه بدفع الأجر)، وكذلك يعد أداء البائع بتسليم الشيء المبيع يعد أداء مميزا على خلاف

[1]– حسين محمد لهداوي ، غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص **132** وانظر، أعراب بلقاسم، مرجع سابقن ص **310**

[2] – **Manuel JORGE , LES RATTACHEMENTS ALTERNATIFS I EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE , Thèse pour le Doctorat, UNIVERSITÉ DE PARIS 1, p20 , https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01116739/document**

[3] –**Antoine . Pillet, op, p 432**

المشتري الذي يقل أهمية مما يبرر إسناد العقد لقانون محل أداء الأول، ورغم أن نظرية الأداء المميز تعد لا شك صورة من صور التركيز الموضوعي للعقد إلا أنها تلقت انتقادات أهمها:

– صعوبة تحديد الالتزام الذي يشكل الأداء المميّز بسب تقابل وتنوع الالتزامات

–الإضرار بالطرف الضعيف في العقد بسبب الاعتماد على الأداء المميز

ولذلك توجه الفقه إلى تطوير نظرية أخرى مهمة ومنتشرة وهي "نظرية التركيز "، وهذه الأخيرة يعنى بها عدم الاعتبار للأداء الجوهري، وإنما مراعاة ظروف التعاقد وملابساته بصفة خاصة في كل حالة على حدة أي التركيز الموضوعي للعقد، أي مراعاة عناصر واقعية خارجية عن طبيعة العقد وذاتيته، وهو ما يتصور معه اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد لآخر .[1]

وانطلاقا من كل ما سبق يرى دكتور "محمد سعد الدين" أن المتعاقدان إذا اختارا قانونا لا يمت بصلة للعقد الدولي المبرم بينهما، فعلى القاضي أن يغفل إرادتهما ويحكم في النزاع القائم بينهما على نحو ما كان يفعل لو سكتوا عن الاختيار مالم يكن المشرع قد تصدى بنفسه لتركيز العقد تركيزا موضوعيا مسبقا بمقتضى ضوابط الإسناد الاحتياطية، كما هو الشأن في القانون الجزائري، بحيث أن هذا الأخير هو الذي تولى تركيز العقد بضوابط بترتيب ملزم للقاضي، والحل الذي جاء به المشرع الجزائري، يرمي إلى رفض النظرية الانجلو أمريكية، "القانون المناسب للعقد" والتي لا تترك مجالا واسعا لتقدير القاضي.

و يضيف الدكتور أن هذا التوجه إيجابي إذ أنه فرض حلا قانونيا يتبعه القاضي وحصّنه من مغبة البحث وراء الإرادة الضمنية للأطراف، ولكن في المقابل من عيوب هذا التوجه أن هذا الحل التشريعي يعد عقبة في تطوير الحلول وملاحقة مستجدات الفن القانوني الذي يتلائم مع المدنية الحديثة في عصر التكنولوجيا، فمثلا عقد المفتاح في اليد يجمع بين خصائص كل من

[1]– سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص 408، عكاشة عبد العال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق ، ص 363، زيروتي الطيب، مرجع سابق، ص 245

عقد البيع، وعقد التسليم وعقد الشركة والعمل، بحيث لا يتلائم عند سكوت المتعاقدين تطبيق ضوابط إسناد جامدة كالموطن المشترك أو الجنسية أو مكان إبرام العقد.[1]

ملاحظة واستثناء

نصت المادة 3/18 "....غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه" وبالتالي فإن العقود الواقعة على العقار لا تحكمها قانون الإرادة بل تخضع لقانون موقع العقار وذلك وفق نص المادة 17، وكذلك فإنه وفق المادة 19 فإنه بالنسبة لكلية العقد فيطبق عليه قانون مكان ابرام العقد او قانون موطن المشترك أو قانون جنسية المشتركة أو قانون الذي يحكم موضوع العقد ، وكذلك إذا طرأ خلاف حول أهلية التعاقد فيستبعد قانون الإرادة ونطبق قانون جنسية الشخص وفق المادة 10 لأن الأهلية هي أمر لصيق بالشخص.[2]

ونشير إلى أن القانون المقارن قد جاء باستثناءات تتعلق بعقود العمل نضرا لأهميتها وتعلقها بالنظام العام الاقتصادي فقد قضت محكمة النقض المصرية مثلا بما يلي " يسري على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز الإدارة هذه الأعمال، فإذا كان مركز الإدارة الرئيسي في الخارج وكانت فروعها في مصر، فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق" [3]

[1]–أمحمد سعد الدين، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، مجلد 54، عدد 2، المجلة الجزائرية للعلوم السياسية والعلوم القانونية، أفريل 2019، ص 71

[2]– علي علي سليمان ، مرجع سابق، ص 114

[3]– وكذلك أول من استثنى عقود العمل كعقود تتعلق بالنظام العام الفقه والاجتهاد الفرنسي للتفصيل حول المسار التاريخي للمسألة ننظر

––Antoine . Pillet, op, p 367 -428

ونجد المشرع الكويتي شرع هذا الاستثناء بنص المادة 62" يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والبازار مع عمالهم ومستخدميهم قانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت وهي التي أبرمت هذه العقود كان القانون الكويتي هو الساري المفعول"[1]

ويرى جانب من الفقه أن الأفضل هو تطبيق قانون محل تنفيذ عقد العمل، لأن هذا الأخير يخضع لجوانب تنظيمية آمرة تهدف لحماية العمال في معظم الدول. [2]

المطلب الثاني : نطاق تطبيق قانون العقد

"يسري قانون الإرادة على تكوين العقد وآثاره وانقضائه "

أولا تكوين العقد :

-يطبق قانون الإرادة على الرضا في كل جوانبه من كيفية التعبير عن الإرادة في التعاقد مكان وزمان التعاقد، ولكن بالنسبة لعيوب الرضا هناك نزعة بإخضاعها إلى القانون الشخصي على أساس أنعيب الرضى هو عيب في الإرادة كما أنه يهدف، إلى حماية المتعاقد، إلا أن محكمة التمييز الفرنسية أبقت عيوب الرضا في إطار قانون العقد، حتى ولو كان موضوع العقد بيعا عقاريا والعيب المدعى به هو الغبن الذي ينطوي على استغلال حالة نفسية لدى المتعاقد وقد حكم القضاء اللبناني " فإذا كان من المقرر أن قانون محل العقارات هو الذي يطبق مبدئيا على العقود المتعلقة بالأموال غير المنقولة فإن عيوب الرضى التي تشوب مثل هذه العقود ومنها الغبن تبقى خاضعة للقانون الذي يحكم أساس العقد" فعيوب الإرادة هي عيوب في العقد، لا في الأهلية، فالمتعاقد يكون أهلا للتعاقد، ولكن في العقد المطعون به يدلي بوقوعه في الغلط والخداع أو

[1] -- Manuel JORGE , op, p65

[2] -أعراب بلقاسم ، مرجعسابق، ص 313

- كما ونشير إلى أن عقود الأحوال الشخصية من خطبة وزواج ووصية و هبة وقف لا تدخل ضمن قانون الارادة لأن المشرع قد أفرد لها ضوابط إسناد أخرى لاختلاف طبيعة التعاقد وتعلقها بشخصية المتعاقد وأسرته ومرتبطة دائما بضابط إسناد جنسية الشخص من المادة 10 إلى الماجدة 16 من القانون المدني الجزائري

تعرضه لإكراه أو غبن فالأهلية هي حالة عامة للشخص وعيوب الرضى هي حالة خاصة في العقد. [1]

وبالنسبة للبطلان المطلق والقابلية للإبطال تخضع لقانون العقد، ويوجد رأي أن القابلية للإبطال اذا تعلقت بأهلية الشخص تخضع لقانون جنسيته وفق استثناء المادة 10 وتخضع لقانون العقد إذا نتجت عن عيب من عيوب الرضا (غلط تدليس إكراه).

ثانيا : نطبق قانون الإرادة بالنسبة لمحل العقد وسببه من حيث وجوده وتعينها و القابيلة للتعيين والمشروعية ، ولكن إن تعارض السبب مع النظام العام يكمن للقاضي استبعاد قانون الإرادة وتطبيق قانونه الوطني، وقد اعتمد القضاء الفرنسي في إعلان بطلان عقود تهريب البضائع أو إخراج العملة خلافا لقانون دولة تلك البضائع أو العملة عندما لا يكون هو القانون الواجب التطبيق على مخالفة السبب في تلك العقود لقواعد الأخلاق وذلك عندما يكون الهدف من العقد هو خرق القانون الأجنبي ومداورته، ولكن في موقف مختلف أبقت محكمة فرنسية على اتفاقية موضوعها نقل مبالغ مالية خارج الجزائر مما يشكل خرقا للقانون الجزائري في موضوع حركة الأموال بحجة أن القانون الواجب التطبيق على العمل هو القانون الفرنسي، وأعطت تفسيرا للإبقاء على العلاقة مفاده "العقد قد يخالف النظام الأجنبي ولكن لإبطاله لابد من أن يخالف النظام العام لقاضي النزاع. [2]

ثالثا: بالنسبة لأثار العقد فقانون الإرادة يحكم الالتزامات وتنفيذه وأشخاص العقد والذين تنصرف إليهم أثاره كالخلف الخاص، أما الخلف العام فهي مسألة إرثية من يخلف المورث في الحقوق والالتزامات. أما مد انصراف أثر العقد إليها فتخضع إلى قانون الإرادة مثل التعهد عن الغير، وكذلك ودعاوى المدين وطرق المطالبة ، وأما بالنسبة للتنفيذ يحدد قانون الإرادة طرق التنفيذ هل

[1]–سامي بديع منصور ، اسامة العجوز، مرجع سابق ، ص 464 ، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 391

[2]– محكمة ريمز تاريخ 1976/10/25 كلونة سنة 1978 ص 99 تعليق ماير، مشار اليه عند سامي بديع منصور ، أسامة العجوز مرجع سابق، ص 448

– ÉLIE CHAKTHOURA ; LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE , OP,P 240,

يكون عينيا أم بمقابل التعويض وطرق تقديره و الشرط الجزائي وحالات استحالة التنفيذ، فالتنفيذ هو الأساس في العقد والسبب الكامن وراء نشأته فأليه تتجه إرادة المتعاقدين عند إبرام العقد، فلا يكون منطقيا إخضاع إجراءات التنفيذ إلى قانون مختلف، غير أن إشكاليا ت الغرامة التهديدية والتنفيذ الجبري تخضعان لقانون المحكمة الناظرة في النزاع، باعتبارهما من النظام العام. [1]

رابعا: انتهاء العقد يحكم قانون العقد كل طرق الانتهاء من إبراء وتجديد واستحالة التنفيذ واتحاد الذمة، والمقاصة الاتفاقية،أما إذا كانت المقاصة قضائية يطبق عليها قانون المحكمة الناظرة في النزاع، وأما التقادم المسقط يخضع لقانون العقد فحكمت محكمة النقض الفرنسية سنة 1971 انه " يسري على التقادم المسقط لكل التزام القانون الذي يحكم هذا الالتزام نفسه" ونفس الحكم في القضاء اللبناني مفاده " إخضاع مرور الزمن إلى قانون العقد، فأسباب انقضاء الموجب ومنها مرور الزمن المبرئ تخضع كالموجب نفسه، الى ذلك القانون" إلا في الانضمة الانجلو ساكسونية يخضع لقانون المحكمة الناضرة في النزاع وهذا غير محمود لدينا. [2]

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية

نصت المادة 20 من القانون المدني الجزائري على " يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه"

درسنا في المحور السابق الالتزامات التعاقدية والقانون الواجب التطبيق عليها، وكما تنتشر العقود بكثرة قد تنتشر أعمال ووقائع مادية يرتب عليها القانون اثر قانوني منعزل عن الإرادة فمثلا

[1] زيروتي الطيب، قانون دولي خاص، مرجع سابق، ص 246 وإعراب بلقاسم ، مرجع سابّ، ص 313 و

[2] Batiffol ,Henri et lagarde paul.op ,p410
Manuel JORGE ,op, p120

لو أن لبنانيا صدم بسيارته طفلا جزائريا في تركيا، فبذلك تقوم مسؤولية قانونية تجاه اللبناني وهو مسؤولية تقصيرية مؤداه أداء التعويض وبالتالي هنا ما هو القانون الواجب التطبيق وما هو تكييف الواقعة، وأي ضوابط نستعمل ؟ هذا ما سنفصله في العناصر الموالية سندرس مفاهيم الالتزام غير التعاقدي و الضابط الذي يحكمه كما وسنبحث إمكانية وقع فعل ضار موزع على إقليم أكثر من دولتين مثل توزيع منتوج مضر بالصحة في أكثر من دولة أو القذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي عبر الانترنت؟ أو أن يقع الفعل الضار على إقليم غير خاضع لسيادة معينة؟ [1]

المطلب الأول: ماهية الالتزامات الغير تعاقدية

وتسمى بالعمل الغير قانوني، وتجد مصدرها في الواقعة القانونية، أي بمعزل عن الإرادة لأن القانون هو الذي يحدد الأثر القانوني وهي الأفعال الجرمية وشبه الجرمية المولدة للمسؤولية التقصيرية والكسب الغير المشروع وبالتالي هناك وقائع قانونية لا تدخل ضمنها النطاق وإنما تدخل في فئات قانونية قائمة والتي تمت دراستها سابقا: الولادة تدخل ضمن فئة الأحوال الشخصية، غروب الشمس عندما تكتمل معه مهلة مرور الزمن على الالتزام آو الدعوى فتدخل في الفئة التي يخضع لها ذللك الالتزام، بناء وهدم تتصل بفئة المال وتخضع لنظام الأحوال العينية، الوفاة يترتب عليها وجود التركة وتدخل في فئة التركات، ...الخ [2]

وبذلك كل ما لا يدخل في الفئات السابقة شخصية عينية التزامات ارادية، فهي تعتبر التزامات غير إرادية أشهرها الفعل الضار و الفعل النافع الإثراء بلا سبب، ويضاف لها الدفع الغير مستحق وأعمال الفضولي، ومن الفقه من يضيف لها شبه العقد والجنح ونلاحظ أن التشريعات لم تفرق بين الأفعال الضارة والنافعة بل يشملها جميعا مضمون قاعدة القانون الواجب التطبيق والتي حددت بمكان وقوع هذه الانفعال . (المصري والجزائري واللبناني والسوري)

[1] – عكاشة عبد العلال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق ص 396

[2] – سامي بديع منصور ، أسامة العجوز ، مرجع سابق، ص 380

إذن قاعدة المسؤولية التقصيرية مبدأ قانوني منتشر في كل التشريعات مادة 124 قانون م ج فالصغير الذي يتلف مال الغير يضمن وليه، وفي بعض التشريعات مثل الأردن يضمن من ماله، وان لم يكن له ينتظر يسر حاله، وان لم يثبت وليه قيامه بواجب الرقابة يدفع التعويض وله فيما بعد الرجوع على مرتكب الفعل.

نلاحظ من خلال نص المادة 2/20 إن المشرع الجزائري مشى على خطى المشرع المصري وجعل مسألة تكييف الفعل وجعله غير مشروع بالنسبة للالتزامات الناتجة عن الفعل الضار قد جعل الاختصاص ليس لقانون المحل وحده بل لابد من إشراك القانون الجزائري حيث نجده قد أوجب أن لا يكون الفعل غير مشروع طبقا لقانون البلد الذي وقع في ظله وغير مشروع أيضا طبقا للتشريع الجزائري، لكي يأخذ بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في الفقرة الأولى، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان وقوع الفعل الضار غير أن القاعدة مقيدة بمشروعية الفعل من عدمه وبذلك لا يطبق قانون المحل عندما يكون الفعل مشروعا في الجزائر وغير مشروعا في بلد الذي تم ارتكابه فيه، إذن نطبق القاعدة عندما يكون الفعل غير مشروع في البلدين معا، وأما إذا كان الفعل مشروعا في البلد الذي وقع فيه وغير مشروع في الجزائر فغن القانون الواجب التطبيق هو فقانون المحل وقوع الفعل الضار بذلك لا يسأل الشخص مرتكب الفعل .[1]

المطلب الثاني: ضابط المكان في الالتزامات الغير تعاقدية

كما بينا أعلاه فإن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير تعاقدية هو قانون مكان وقوع الفعل الضار وهو الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء وفي تشريعات معظم الدول ويصطلح عليه عند البعض القانون المحلي[2]، ولهذا الخيار طبعا نشأة تاريخية ومبررات عملية سنتطرق لها

الفرع الأول: المسار التاريخي لقاعدة القانون المحلي

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابقن ص **147**، أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص **328** بلعيور عبد الكريم مرجع سابق، ص **143**

[2]– عكاشة عبد العلال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق، ملخص للآراء الفقهية **402**

–في القرون الوسطى أخضع فقه الأحوال الايطالي القديم الالتزامات الناشئة عن الجرائم لقانون بلد وقوع الفعل وكان المقصود الجرائم الجنائية، إذ منها استخرج الفقه قاعدة قانون محل وقوع الفعل الضار.

–و في القرن السابع عشر، توجه الفقهاء الفرنسيين والهولنديين، نفس التوجه إذ أقروا مبدأ اخضاع الالتزام الغير تعاقدي لقانون محل وقوعه، وهذا يتماشى مع توجههم في أن الأصل هو اقليمية القوانين وأن الاستثناء هو شخصيتها [1]

–ورغم أن الفقيه مانشيني في القرن 19 نادى على نحو ما رأينا بمبدأ شخصية القوانين في القرن التاسع عشر، إلا أنه وضع استثناءات لصالح القانون الإقليمي، من بينها موقع العقار و إخضاع الالتزامات الغير تعاقدية للقانون الإقليمي، وهذا ما أكده "سافيني" من خلال فكرته التركيز المكاني للعلاقات وأخضع الفعل الضار لقانون محل وقوعه على أساس أن تركيز العلاقة بين مرتكب الفعل والمضرور لا يكون إلا في هذا المكان، ومع ذلك أشارة إلى أن المدعي المضرور يمكن له التمسك تطبيق قانون القاضي إذا كان أكثر حماية له، وفي النظم القانونية الحديثة يحرص القضاء عادة على تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون المحلي، فيما لو تعارض هذا الأخير مع النظام العام في دولة القاضي.[2]

وهذا هو توجه القضاء الفرنسي بحيث اذا كانت الحماية التي يقررها القانون المحلي تقل عن تلك المقررة في قانون القاضي فإنه يتعين استبعاد القانون المحلي وتطبيق احكام القانون الوطني باسم النظام العام .[3]

[1] –Antoine . Pillet, op, p 523

–André Weiss,op, p 602

[2] – غالب الداوودي، حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 140

[3] –أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 329

ولكن من خلال الاستثناء الموجود في المادة 20 فقرة 2 من القانون الجزائري ونفسه في القانون المصري نجد أن هناك مراعاة لمصلحة المدعى عليه " أي مرتكب الفعل" فيشترط أن يكون الفعل المرتكب غير مشروع في كل من القانون المحلي والقانون الجزائري والمصري على السواء حتى يمكن للمضرور رفع دعوى التعويض أمام المحاكم الجزائرية والمصرية، بل وحتى إن كان الفعل مشروعا في الجزائر وغير مشروع في البلد الذي قامت فيه فلا يمكن متابعة الفاعل في الجزائر، وما على المضرور إلا متابعته في البلد الذي وقع فيه الفعل الضار، ونرى أن هذا الأمر فيه ترجيح لكفة الفاعل المرتكب للفعل أكثر من المضرور، وهذا ربما تم معاملة مرتكب الفعل الضار المدني مثل المتهم الجاني في القانون الجاني قياسا على نظرية القانون الأصلح للمتهم، ولكن نرى أن هذا غير محمود فيجب حماية المضرور بناء على الضرر المدني وضمان تعويض كامل وعادل له بأيسر الطرق، ولا نطبق القوانين الجنائية على ما هو موجود في المسؤولية المدنية. [1]

الفرع الثاني: مبررات قاعدة مكان وقوع الفعل الضار :

-القواعد التي تخضع لها الأفعال الضارة تدخل في نطاق قواعد الأمن المدني في الدولة التي وقعت على اقليمها هذه الأفعال نظرا لكونها تهذف إلى حماية الأشخاص من الإضرار.

-يبرر القه الحديث إسناد الالتزامات الغير التعاقدية إلى قانون موقعها تبريرا بسيطا عمليا ومنطقيا، وذلك وأن الواقعة لا يمكن إسنادها بالنظر إلى موضوعها(الالتزام بالتعويض) ولا بالنظر الى أشخاصها (المتسبب في الفعل الضار والمضرور) وإنما يجب أن تسند حسب مصدرها وهو

[1]– عندما يكون القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير تعاقدية هو قانون مكان وقوعها فإن هذا الأخير يطبق على :

– على المسائل التي تفرضها أحكام المسؤولية التقصيرية: أركان المسؤولية التقصيرية خاصة الأهلية وهل التمييز مطلوب ام لا قانون المكان هو الذي يوضح ذلك، مع تبيان أنواع المسؤولية الفعل الشخصي عن فعل الغير الخ وكذلك إشكاليات التضامن في المسؤولية ونفي المسؤولية اتفاقيات الإعفاء او الحد من المسؤولية وكذلك أثار المسؤولية التقصيرية، التعويض وأشكاله تجزئة التعويض التعويض عن الضرر الأدبي تقدير الضرر وقياسه ، وكذلك قانون المكان يحدد كل ما يتعلق بدعوى المسؤولية وحق الورثة في المطالبة بتعويضات تتعلق بمورثهم مادية وأدبية .

الفعل الضار ذاته إعمالا لمبدأ الشرعية الذي يقضي بأن يختص القانون المحلي بتحديد مشروعية الأفعال التي تقع تحت سلطانه أو عدم مشروعيتها وهذا الآمر مظهر من مظاهر سيادة الدولة.

-المكان يحقق الحياد والإنصاف وهو عنصر الاتصال الوحيد فالواقعة الجرمية وشبه الجرمية يتداخل فيها عدة عناصر ، جنسية الفاعل، وجنسية المضرور، محل إقامة كل منهما، عنصر الضرر ومكان حدوثه وقد يكون مكانا عن مكان مختلفا عن مكان حدوث الفعل الضار مثل أضرار الانترنت وتوزيع منتوج مضر في عدة دول، تسجيل المركبة التي سببت الضرر ...بذلك فإن مكان وقوع الفعل الضار يتجنب تفضيل أي طرف في العلاقة على الآخر، فهو عنصر موضوعي لا علاقة له بجنسية الفاعل آو المتضرر آو بمحل أقامتهما ولا بالمركبة المسببة للضرر وقد تكون مملوكة لأشخاص آخرين.[1]

-المكان يحقق مختلف المصالح والتوازن الاجتماعي : فهو يحقق المعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق وهو عنصر محدد في الزمان والمكان، كما أن الفعل الجرمي وشبه الجرمي هو نتيجة للإخلال بنظام قانوني في مجتمع معين عندما يفرض ذلك النظام قواعد سلوكية يتجاوزها مرتكب الفعل، فيسبب اختلا التوازن بين مصالح الأطراف في الوسط المتجانس، ولكي يتحقق التوازن المطلوب الذي هو هدف القانون في ذاته يجب تطبيق قانون محل وقوع الفعل في نطاق السيادة الإقليمية.[2]

المطلب الثاني: إشكاليات وصعوبات في تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار

- -إن المكان كعنصر تركيزي للعلاقة قد يكون قابلا للمناقشة في مدى ملائمته للواقع في حالات قد يعتبر فيها ذلك العنصر عرضيا، أمام العناصر التي كانت تعتبر ثانوية ولكنها في هذه الحالات تتقدم الى الصدارة مثال ذلك : أن تجتمع عدة شروط في مقابل قانون المكان، فعندما

[1] – Frédéric leclerc , coure droit international privé ,op , p 89

[2] – زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 224

يكون الفاعل والمتضرر من جنسية واحدة وإقامة مشتركة، فإن هذه الجنسية والإقامة قد تشكلان عناصر اتصال أكثر تعبيرا وأهمية مكان حصول الحادث الضار.

فإذا كان الدافع إلى اعتماد قاعدة المكان في وضعية الاعمال غير القانونية، أن ذلك القانون يكون متوقعا بصورة مسبقة على نحو ما تبين، إلا أن هذا التوقع يكون أيضا متوافرا عند الاشتراك في عناصر لأخرى مشتركة كما تبين، فالسائق الفرنسي الذي يصدم فرنسيا آخر على الأراضي البلجيكية على مسافة قريبة من الحدود الفرنسية، يجعل من غير الملائم ان يرتب على مثل هذا الحادث حرمان المتضرر من الاستفادة من أحكام المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1374 من ق م الفرنسي والتي لا يعرفها القانون البلجيكي ،نفس المثال عندما تقيم أحدا المدارس الأمريكية معسكرا صيفيا لطلاب من الجنسية الامريكية فعلى الأراضي الكندية، ويحدث أن يصاب احد الطلاب بضرر بفعل عمل خاطئ يرتكبه طالب آخر فمكان وقوع الفعل الضار في كلا المثالين هو عرضي مما يبرر وضع قاعدة مختلفة مفادها :

-يقصد بمكان وقوع الفعل الضار على انه القانون الذي يحكم البيئة الاجتماعية أو الوسط الاجتماعي الذي حدثت في تلك الواقعة القانونية التي ترتب عليها التزام غير تعاقدي وقد قضت أحدى المحاكم الفرنسية " استبعاد قانون مكان وقوع الفعل الضار لمصلحة الجنسية المشتركة لأطراف العلاقة" ، وكذلك قرار المحكمة العليا في ولاية نيويورك. ولكن الاتجاه القضائي في فرنسا يعارض هذا التوجه.[1]

- **-عندما يحدث الفعل الضار في مكان ما وتنتقل أثاره إلى إمكان آخر** : مثل القذف العابر للحدود عبر وسائل الاتصال الحديثة، أو تقليد علامة تجارية في دولة وبيعها في دول أخرى، إن قوانين الإجراءات في مختلف الدول منه ا فرنسا أعطت الاختصاص لمحكمة اقامة المدعى عليه، أ, لمحكمة التي يقرع في دائرتها الفعل الضار أو الضرر الموجب للتعويض، ولكن بالنسبة للقانون الواجب التطبيق هناك عدة اتجاهات :

[1]– سامي بديع منصور، اسامة العجوز ، مرجع سابق ص 396

– Frédéric leclerc , coure droit international privé ,op , p 52

- ✓ تطبيق مكان حصول الفعل المنشئ للالتزام
- ✓ تطبيق قانون مكان الضرر
- ✓ إعطاء الخيار للمتضررين بين هذين القانونين، وهنا تفضيل لطرف في العلاقة على الآخر.

-بعض الفقه يرى أن مكان تحقق الضرر يتطابق كقرينة مع مركز الثقل في العلاقة، وكذلك هو توجه بعض المحاكم لان الضرر هو جوهر المسؤولية في الفقه الحديث، فهي الأساس في المسؤولية، ولكن تستبعد هذه القرينة عندما يكون المكان عرضي ، إن مشكلة توزع الضرر في عدة أماكن ينتج عنه تضار ب المصالح فمن حق المدعى عليه تطبيق قانون موقع وقوع الفعل لأنه اقرب الى توقعاته، وكذلك من حق كل مضرور على حدا تطبيق قانون مكان الذي ظهر فيه الضرر وانتشر تسهيلا له وحماية له، ولكن في علم القانون الدولي الخاص يجب البحث عن مركز العلاقة بعناصر ظاهرة ومادية لأن مصالح الغير تكون محمية ومؤمنة ويكون الحل الذي سيعطى أكثر استقرار وتأكيدا لان قانون المسؤولية يهدف إلى إقامة التوازن بين المصالح كل من الإطراف التي تكون اختلت في مكان الضرر، وبذلك يفضل مكان وقوع الضرر ان انتشر في عدة دول يطبق كل على حدا ولكن أن تكون الضرر من عناصر مترابطة سببيا فانه الأفضل تطبيق قانون مكان حصول العنصر الأول (جرح حصل في مكان تبعه وفاة الشخص في مكان آخر، حصول ضرر مادي ومعنوي لأهل الضحية ..فقانون مكان حصول ضرر الجرح المسبب للوفاة هو الأنسب للتطبيق) .

فقد تقع مناورات احتيالية وتزوير في عدة دول وتنتشر الأضرار في دول أخرى في هذه الوضعية يطبق قانون الواقعة الأساسية والمنتجة للضرر وعند تعذر ذلك يطبق قانون مكان حصول الضرر ، أما إذا كان كل جرم يعد مستقلا فيطبق على كل منها قانون مكان وقوعه .

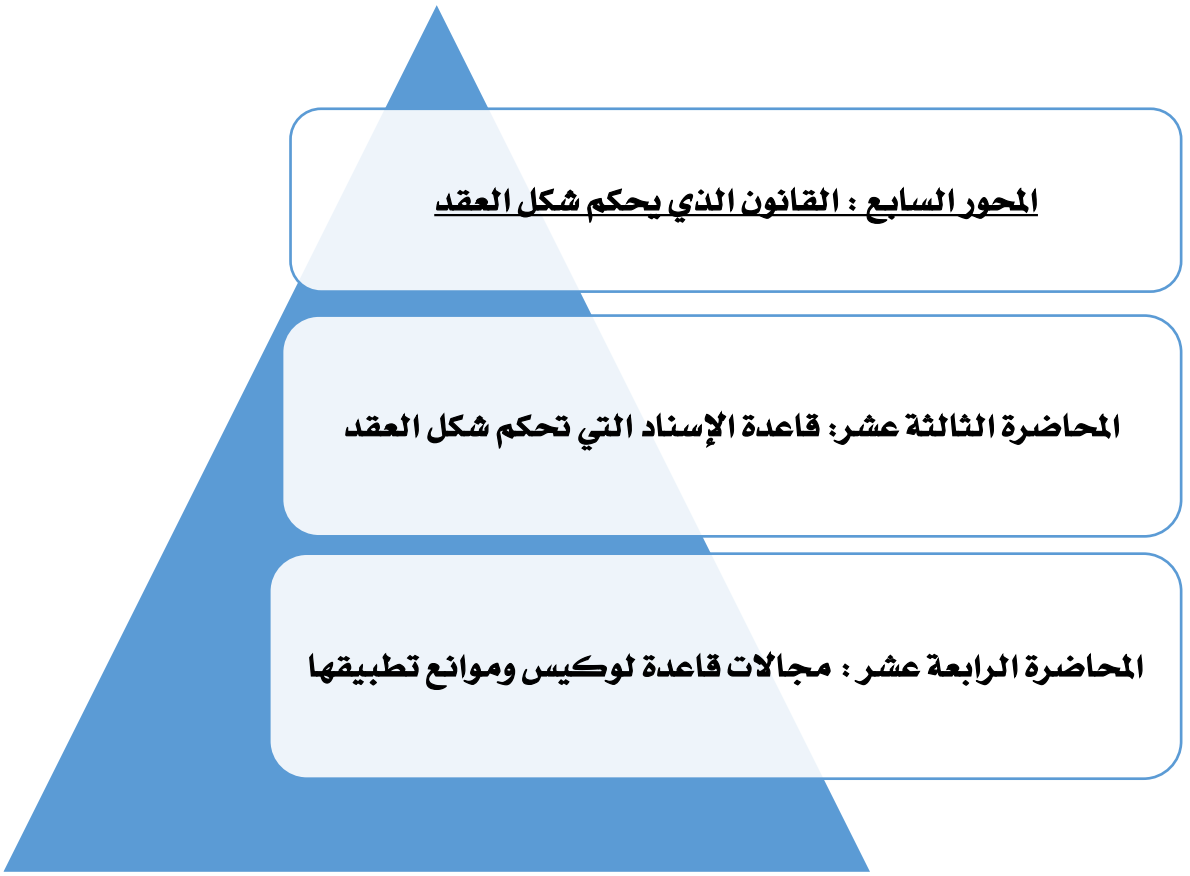
- **حالات يقع فيها الفعل الضار في مكان لا يخضع للسيادة:**

عندما يقع الفعل على طائرة أو في أعالي البحار في هذا الوضع يجب التفريق ين حالتين:

-وقوع الحادث على متن سفينة أو طائرة أو قطار عابر للحدود فيطبق قانون علم الطائرة أو السفينة أو مكان تسجيل القطار ، وعند وقوع الحادث بين سفينتين أو طائرتين أو وسيلتين لا تحملان تسجيلا أو علما، فيطبق قانون مكان رفع الدعوى أي قاضي النزاع كحل نهائي .

-أما إذا حصل الفعل الضار في المياه الإقليمية للدولة معينة فهناك اتجاه يقضي بتطبيق قانون دولة الإقليم، يقابله اتجاه يرى بإعمال قانون التصادم أو علم السفينة أو الوسيلة المسببة للحادث.[1]

[1]-سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق ص 392 وما بعدها ، عكاشة عبد العلال، هشام صادق حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 410، وانظر زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، 228، وانظر اعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص 333، وانظر غالب الداوودي، وحسن الهداوي، مرجع سابقن ص 142


المحور السابع : القانون الذي يحكم شكل العقد
المحاضرة الثالثة عشر: قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقد
المحاضرة الرابعة عشر : مجالات قاعدة لوكيس وموانع تطبيقها

المحور السابع: القانون الذي يحكم شكل العقد

المبحث الأول : قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقد

رأينا فيما سبق قاعدة "لوكيس" والتي تعني خضوع شكل التصرف إلى قانون المكان الذي يتم فيه، واشتهرت في عهد المدرسة الايطالية القديمة وترجع نشأتها إلى وصية حررها شخص من مدينة مودين الايطالية في مدينة فينيس وكان قانون المدينة الأولى يستلزم لصحة الوصية حضور سبعة شهود بينما يتكفي قانون المدينة الثانية بثلاث فقط وأجاز قضاء مدينة مودن الوصية لأنها قد تمت طبقا للشكل المحلي في مكان تحريرها، وتم تعميم هذه القاعدة على كل أنواع التصرفات، واشتهرت عند المشرعين إلى وقتنا الحالي .[1]

وإن الحكمة من وضع القاعدة هي تيسير المعاملات الدولية وملائمة الشكل المحلي لها وتسهيل إجراءاته بين أطراف يختلفون جنسية أو موطنا وقد لأملتها حاجة المعاملات الدولية إلى الاستقرار ، والسرعة بحيث أن إجبار المتعاقدين بإتباع إشكال معينة في قوانينهم التي ربما تكون عرضية بالنسبة لهم يشكل عبئ وعرقلة للمعاملات، وجل التشريعات حاليا تنص على القاعدة بل وتمنح أيضا ضوابط أخرى يختارها المتعاقدين مثل القانون الذي يحكم موضوع التصرف والجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، ومن ضمنها التشريع الجزائري فنجد أن المادة 19 تنص :

"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك او لقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"

ونلاحظ توسعا محمودا وانفتاحا من المشرع الجزائري إذ كانت المادة قبل التعديل[2]، تتحدث فقط عن العقود بين الإحياء ولا حرية للخروج عن محل الإبرام إلا إذا اتحد المتعاقدان في

[1]– حفيظة السيد الحداد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 331 وما بعدها .

[2]– كانت المادة 19 قبل التعديل 2005 تنص على ما يلي "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجب أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين"

الموطن، وبذلك فإن المادة 19 بعد التعديل وسعت أكثر من الموضوع وأصبحت تشمل كل التصرفات سواء عقدية أو بإرادة منفردة ووسعت الاختيار للمتعاقدين بأن يختاروا قانون الموطن المشترك أو قانون الذي يحكم موضوع التصرف وهذا الأخير مهم جدا لتوحيد القانون الواجب التطبيق على كل العقد شكلا وموضوعا، وبذلك فإن تطور قاعدة لوكيس بهذا الشكل يؤدي إلى استقرار المعاملات والاطمئنان بين المتعاملين وكذلك يحقق لهم التيسير والتسهيل ، وان تطبيق قانون المحل على شكل العقد يعتبر في اغلب الحالات أكثر القوانين ملاءمة [1]

المبحث الثاني: مجالات قاعدة لوكيس وموانع تطبيقها

- تطبق قاعدة لوكيس على كل مجالات الأحوال الشخصية فكل الإثباتات المحررة منذ ميلاد الشخص في الحالة المدنية تخضع من حيث شكلها لقاعدة لوكيس وهذا ما نصت عليه المادة 95 من قانون الأحوال المدنية كل التصرفات التي تجرى في بلد أجنبي تعتبر صحيحة إذا جرت طبقا للأوضاع الألوفة في ذلك البلد.
- ونفس الأمر بالنسبة لعقد للزواج فهو يخضع لمكان إبرامه
- نفس الأمر بالنسبة للعقود المدنية و التجارية التي يمنح فيها حرية الاختيار للمتعاقدين فالسفتجة والشيك يخضعان شكلا إلى قانون محل الإجراء او التحرير.

–ونشير إلى أن هناك استثناءات تمنع من تطبيق قاعدة لوكيس وهي :

- عندما يتعارض قانون محل إبرام التصرف مع النظام العام فإن هذا الأخير هو الواجب التطبيق لأنه يمثل سيادة الدولة ويتجاوز ذلك مسألة الشكل وحتى الموضوع كذلك
- قد يعمد المتعاقدان إلى اعتماد قانون مكان التصرف لهدف الغش على القانون والتحايل او التهرب من التزامات معينة مهمة كالشهر او تسديد ضرائب او جمارك الخ فإن قاعدة لوكيس تستبعد ويطبق القانون الوطني وهذا هو نص المادة 24 التي تنص " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو تثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

[1]–زيروتي الطيب القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص 237، بلعيور عبد أكريم، مرجع سابق، ص 136

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة."[1]

- يجمع الفقه والقانون إلى أن الإشكال المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار تخضع لقانون موقعه وليس لقاعدة لوكيس وهو استثناء مؤكد في المادة 4/18

ملاحظة وتساؤل:

ما هو الحل إذا كان الشكل مطلوب لانعقاد التصرف، أي الشكل ركن من أركان الانعقاد كالرهن الرسمي ؟ أو مراسيم الزواج في الشكل الديني في اليونان مثلا؟

-في هذه الإشكالية انقسم الفقه إلى فريقين :

- ✓ يرى فريق من الفقه بأن الشكل المطلوب لانعقاد العقد يدخل في مفهوم الشكل وبالتالي فإن قانون محل إبرام التصرف هو الذي يرجع إليه في بيان لزوم الشكل من عدمه، لان القول بغير ذلك سيعرقل المعاملات ولا يتلاءم مع تطورات العصر التي تتصف بالسرعة والائتمان والتيسر الذي تقوم عليه قاعدة لوكيس، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في حكم قضت فيه بصحة الهبة الحاصلة في كندا في الشكل العرفي بين فرنسي على أساس القانون الكندي يقبل الهبة في هذا الشكل مع أن القانون الفرنسي يشترط الرسمية ونجد أن هذا التوجه مقبول وهو الراجح

[1]-يُستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا اصطدم تطبيقه بفكرة النظام العام في دولة القاضي، وتعود الفكرة للفقيه الإيطالي "بارتول" عندما فرق بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة وقال أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تطبق خارج المدينة التي وضعت فيها، وتقدير فكرة النظام العام يختلف من دولة إلى أخرى باختلاف الثقافات والأديان، واستقر الفقه اليوم على أن يترك تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة يطورها طبقا لتطور مبادئ الاخلاق والتقاليد في بلده وفي عصره، ويستخدمها كسلاح استثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف اختلافا جوهريا عن قانون دولته سواء في مفهومها أو في أهدافها الخلقية او الاجتماعية او الاقتصادية ويرى الفقهاء أن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لها وظيفتين :

-منع تطبيق ما هو مستهجن عالميا كالرق والمخدرات وتبييض الأموال

-وتستخدم كوسيلة للدفاع عن الأسس السياسية والاجتماعية والخلقية والاقتصادية لدولة القاضي.

-وأما الغش نحو القانون يراد به التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق ، والغالب يقع التحايل بتغيير الجنسية بذلك تتغير منظومة الأحوال الشخصية، والموطن فتغيير موقع المنقول من مكان لآخر يغير القانون الواجب التطبيق، وقد يكون الغش باختيار المتعاقدين لقانون واجب تطبيق تهربا من الضرائب والالتزامات المفروضة في دولة معينة، ويشترط لاعمال الدفع بالغش هو أولا تغيير المعني لضابط الإسناد و ووجود نية التحايل على القانون كهدف لتغيير ضابط الإسناد، والأثر المباشر للدفع بالغش نحو القانون ليس عدم نفاذ النتيجة، ولكن استبعاد تطبيق القانون الذي يراد تطبيقه عن طريق التحايل، وتطبيق القانون المختص بدله.

انظر علي علي، سليمان، مرجع سابق، ص 148 وما بعدها . وانظر كذلك شرح جيد بالفرنسية للنظام العام عند:

-Frédéric leclerc , coure droit international privé ,op , p93

- ✓ ويتجه الفريق الثاني إلى التشدد بأن الشكل المطلوب لانعقاد التصرف يعتبر من الأمور المتعلقة بالموضوع، لأن غرض المشرع من فرضه هو حماية رضا المتعاقدين، فهو بذلك يتعلق بجوهر العقد مما يتعين استبعاد إدخاله في مفهوم الشكل ووضحت مذكرات إيضاحية للقانون المصري هذا التوجه " أما الأوضاع الجوهرية في الشكل والتي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن الرسمي فلا يسري عليها إلا قانون الذي يرجع إليه للفصل من حيث الموضوع "[1]

تمّ بحمد الله وتوفيقه

[1]–أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 325 وانظر غالب الداوودي وحسن الهداوي، مرجع سابق، ص 136 ، زيروتي الطيب، مرجع سابق،ص 239

قائمة المراجع

- **المراجع باللغة العربية**

أولا الكتب :

1- أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دارهومة، الجزائر 2002.

2- أحمد عبد الحميد عيشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر، 2006.

3- إيهاب عيد، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الدراسات التطبيقية، بغداد، 2008.

بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007.

4-حفيظة السيّد الحدّاد، الموجز في القانون الدولي الخاص، " المبادئ العامة في تنازع القوانين"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

5-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

6- زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1 تنازع القوانين، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.

7-زيروتي الطيب، دراسات في القانون الخاص الجزائري، ج2، دار هومة، الجزائر، 2016.

8-سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الموسع الجنسية والقومية، المركز القانوني للأجانب للعرب، النظرية العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر ،لبنان، 2009.

9-سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.

10- عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسي) ، مطبعة الانتصار، الاسكندرية، 2005.

11- عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفق لمنهج تنازع القوانين، المجلة الأكادمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019.

12-عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار مطبعة الانتصار، مصر، 2005.

13- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2005.

14-عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص، نظرية التكييف، دار هومة، الجزائر، 2008.

عليوش كربوعة كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط3، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011.

15-غالب الداودي و حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ج 1، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1994.

16-هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

17-مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوره، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2012.

18-رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2010.

ثالثا: المقالات والأبحاث

19- أمحمد سعد الدين، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، مجلد 54، عدد 2، المجلة الجزائرية للعلوم السياسية والعلوم القانونية، أفريل 2019.

20-حمزة قتال، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت الجزائر، العدد 1، أفريل 2015.

21- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد الرابع ، جانفي .2011

22- زيروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط ، حوليات جامعة الجزائر، مجلد 30، عدد 3.

23-شبورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون، مجلد 5 عدد 2، أكتوبر 2018.

24-علال طحطاح، النزعة البراغماتية في إنشاء القانون الدولي الخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، عدد ثالث، جامعة عمار ثليجي ،الاغواط.

25- فاطمة الزهراء، ربحي تبوب، القانون الواجب التطبيق عل عقود التجارة الالكترونية، مجلة الميزان، مجلد2، عدد 2، 2017.

26-نوردين بوسهوة، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث الدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة ، مجلد 8، عدد2، 2014.

27- محمدي بوزينة أمينة، إشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم، مجلة مقاربات، مجلد 5، عدد 3، 2019.

28-موكة عبد الكريم، التحكيم الالكتروني، القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، مجلد 5، عدد 1.

رابعا النصوص القانونية

-الأمر رقم 70-20 المؤرخ في فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري

-القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 44.

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 فيفري 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل بالأمر 05-02، المؤرخ في فيفري 2005.

-قانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 الصادر في فيفري 2005.

-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 21.

-

➢ المراجع باللغة الفرنسية

Les ouvrages

-Antoine . Pillet, principes de droit international privé , edtion pedone ,paris, 1903.
https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5400979f/f600.item.

-André Weiss, traité théorique et pratique de droit international privé , 3em tome, le conflit des lois , l d s r g l, paris, 1912 .
https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b10035613b/f424.item.

_Batiffol ,Henri et lagarde paul, droit iternational privé 6 éd ,t1, L .G. D . J. paris, 1974 , p 13 https://www.erudit.org/fr/revues/ei/1982-v13-n2-ei3009/701362ar.

_-Frédéric leclerc , coure droit international privé, université des atilles et de la guyane, http://alphibrahim.e-monsite.com/medias/files/cours-de-droit-international-prive.pdf.

. Loussouarn , yvon et bourel, paul, droit international privé 2 éd dalloz. Paris1980.

_NIBOYET ,traité de droit internatioal privé francait, paris, siry, 1949

_Pierr Lalive , tendances et méthodes en droit international privé, académie de droit international.
http://www.lalive.ch/data/publications/24__LALIVE,_Pierre__Tendances_et_Methodes_en_Droit_International_Prive_(Cours_General)_P__Laliv e.pdf.

Théses

__Mnuel jorge, sous la direction de m pr paul lagarde, les ratachements alternatifs en droit iternational prive , thése doctorat, université paris ,1988 ,p 18 , https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01116739/document.

ÉLIE CHAKTHOURA ; LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ − À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE , MÉMOIRE PRÉSENTÉ COMME EXIGENCE PARTIELLE DE LA MAÎTRISE EN DROIT, UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL, OCTOBRE.
https://archipel.uqam.ca/4701/1/M12219.pdf.

Les article

H. Batiffol, Droit international privé, 4e éd.. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 19 N°3, Juillet-septembre 1967.
https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_1967_num_19_3_14921.pdf.

فهرس المحتويات

مقـــدمـــة.....4

المحور الأول: معطيات أساسية في القانون الدولي الخاص..... 10

المبحث الأول : تعريف القانون الدولي الخاص..... 11

المطلب الأول : التعريف في الفقه الغربي..... 12

المطلب الثاني: التعريف في الفقه العربي 13

المبحث الثاني : نطاق القانون الدولي الخاص 14

أولا: تنازع القوانين 14

ثانيا: تنازع الاختصاص القضائي..... 15

ثالثا: مركز الأجانب 16

رابعا: الجنسية 16

خامسا: تنفيذ الأحكام الأجنبية..... 17

المحور الثاني : تنازع القوانين 19

المبحث الأول: مفهوم نظرية تنازع القوانين..... 20

المطلب الأول: تعريف تنازع القوانين:..... 20

المطلب الثاني: أنواع التنازع بين القوانين 21

المطلب الثالث: المسار التاريخي لتنازع القوانين:..... 22

المبحث الثاني: شروط تنازع القوانين..... 25
أولا: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي..... 25
ثانيا : أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي..... 26
ثالثا: تزاحم قانونين أو أكثر متعارضين لحكم هذه العلاقة..... 27
المحور الثالث : إعمال قواعد التنازع..... 31
المبحث الأول: نظريتا التكييف والإسناد..... 31
المطلب الأول: نظرية التكييف..... 32
المطلب الثاني : قواعد الإسناد..... 43
المبحث الثاني: نظرية الإحالة..... 52
المطلب الأول: تعريف الإحالة ونشأتها في الفقه التقليدي..... 53
المطلب الثاني: أنواع الإحالة..... 58
المطلب الثالث : تقدير نظرية الإحالة..... 60
المحور الرابع : القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية..... 66
المبحث الأول مفهوم الأحوال الشخصية و ضابط الإسناد الذي يحكمها 67
المطلب الأول : مفهوم الأحوال الشخصية 68
المطلب الثاني : الضابط الذي يحكم الأحوال الشخصية..... 69
المبحث الثاني :القانون الواجب التطبيق على مختلف مجالات الأحوال الشخصية 71
المطلب الأول : الحالة المدنية والأهلية 71
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج 74

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب..... 85
المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية..... 86
المحور الخامس : القانون الواجب التطبيق على الأموال..... 92
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على المال المادي..... 93
المطلب الأول: تكييف المال في التشريع الجزائري..... 93
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على العقار..... 94
المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على المنقول..... 96
المحور السادس: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية والغير التعاقدية..... 104
المبحث الأول: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية الدولية..... 104
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد..... 104
المطلب الثاني : نطاق تطبيق قانون العقد..... 114
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية..... 116
المطلب الأول: ماهية الالتزامات الغير تعاقدية..... 117
المطلب الثاني: ضابط المكان في الالتزامات الغير تعاقدية..... 118
المطلب الثاني: إشكاليات وصعوبات في تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار..... 121
المحور السابع: القانون الذي يحكم شكل العقد..... 126
المبحث الأول : قاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقد..... 126
المبحث الثاني: مجالات قاعدة لوكيس وموانع تطبيقها..... 127
قائمة المراجع..... 130

فهرس المحتويات.....135