الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

Tel / Fax : 213 35 54 05 15

WWW.UNIV-MSILA.DZ

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

Université Mohammed Boudiaf - M'sila

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Tel / Fax : 213 35 54 05 15

BP 166 Ichbilia 28000 M'Sila - Algérie

الرقم: 193/ك ح. ع س/2023

المسيلة في: 04 جوان 2023

مستخرج فردي من محضر مداولات المجلس العلمي للكلية

في يوم: 2023/04/13 (الثالث عشر من أفريل ألفان وثلاثة و عشرون) اجتمع أعضاء المجلس العلمي للكلية في دورته العادية لمناقشة اعتماد المطبوعات

و بناءا على التقارير الايجابية للخبراء :

د/ بلموهوب محمد الطاهر (جامعة المسيلة).

د/ مقدم ياسين (جامعة المسيلة).

بخصوص مطبوعة الدكتور: **عمارة عمارة** / قسم: **الحقوق** / المعنونة بـ " **محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين–** "

تم اعتماد المطبوعة المذكورة أعلاه والمصادقة عليها من طرف المجلس العلمي.

رئيس المجلس العلمي.

الأستاذ الدكتور: والي عبد اللطيف

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique

Université Mohamed Boudiaf -M'sila

Faculté de Droit et des Sciences Politiques
bilioteque de droit

جامعة محمد بوضياف -المسيلة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مكتبة الحقوق

الرقم: ...../2024

المسيلة في/2024/6/06

إشهاد حول وضع مطبوعة بيداغوجية في المستودع المؤسساتي

يشهد السيد مسؤول مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة بأن المطبوعة المرسلة من طرف:

الأستاذ:عمارة عمارة

الرتبة: أستاذ محاضر "أ"

قسم:حقوق

عنوان المطبوعة:محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين-

قد وضعت على مستوى المستودع المؤسساتي

بتاريخ:02-جويلية-2023 على الساعة 10:00

على الرابط:

https://dspace.univ-msila.dz/handle//123456789/39850

ملاحظة:

سلمت هذه الشهادة للمعني لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمدبوضياف- المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

رقم: 476 /.../ 2024

جامعة محمد بوضياف المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

المسيلة في: 2024-07-01

شهادة نشر مطبوعة على الخط

(خاص بملف الترشح للأستاذية)

بناء على إشهاد من مسؤول مكتبة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة، وبعد الاطلاع على مصادقة الهيئة العلمية لنشهد بأن

الأستاذ(ة): **عمارة عمارة** قام (ت) اودع **مطبوعة في مقياس القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين-** المستوى: **الثالثة ليسانس** ،تخصص: **قانون خاص.**

نائب العميد للبيداغوجيا

نائب العميد المكلف بالدراسات
والمسائل المرتبطة بالطلبة
الدكتور: داود كمال

رئيس المجلس العلمي
أ.د/ والي عبد اللطيف

أصدرت هذه الشهادة بطلب من المعني لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون.

جامعة محمد بوضياف مسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس

" القانون الدولي الخاص" – تنازع القوانين –

لطلبة السنة الثالثة قانون خاص

إعداد الدكتور: عمارة عمارة

الموسم الجامعي: 2023/2022

مقدمة

باعتبار أن الدولة كيان قانوني يسعى دائما إلى الحفاظ على العلاقات القانونية التي يعقدها أفراد سكانها، فإنها أوجدت نتيجة لذلك مجموعة من التشريعات لتنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم كل ذلك في إطار القوانين الداخلية، كالقانون المدني والتجاري وقانون الأحوال الشخصية... فلو تزوج جزائري من جزائرية في الجزائر فالقانون الذي يحكم زواجهما هو القانون الجزائري والمتمثل في قانون الأسرة، كذلك لو حررت وصية بين جزائريين في الجزائر فهي أيضا تخضع للقانون الجزائري ولا تظهر للقاضي أي صعوبة باعتبار عمله يتلخص في تطبيق قانونه الداخلي على العلاقات الوطنية، ولكن الأمر يطرح مجموعة من الاشكالات إذا كان الأطراف أجانب ورفع النزاع أمام القاضي الجزائري فهل هنا يطبق القانون الجزائري أو يطبق القانون الأجنبي؟ باعتبار أن القوانين تختلف في هذا الشأن وكذلك أصبح لزاما على القاضي معالجة المسائل المرتبطة بالعنصر الأجنبي لعدة اعتبارات سواء قانونية أو عملية أو تتعلق بمراعاة والحفاظ على مختلف الحقوق للرعايا الأجانب خاصة منها المرتبطة بالأحوال الشخصية والأحوال العينية ومختلف العقود وشكلها والالتزامات غير التعاقدية.

ونظرا لتطور وسائل الاتصال بين الأفراد من دول مختلفة وكذا عجز القوانين الداخلية لكل دولة في حل بعض الإشكالات القانونية ذات العنصر الأجنبي، لاختلاف القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد وجدت مبادئ وقوانين تختص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في إطار القانون الدولي الخاص خاصة بنمو التجارة الدولية وانفتاح الدول على بعضها فأصبحت مسألة التنقل والانتقال الى مختلف الدول يتم بسهولة تامة ونتيجة لذلك تعددت التصرفات

القانونية، لذلك كان لزاما على رجال القانون إعداد هذا الفرع من القانون إعدادا علميا دقيقا يستجيب لمتطلبات الأفراد والدول والحفاظ على مصالحهم .

وحل معظم النزاعات الدولية المرتبطة بالعلاقات القانونية للأشخاص ذات العنصر الأجنبي وعليه قبل التطرق الى مسألة تنازع القوانين كأحد أهم مواضيع القانون الدولي الخاص الشخصية لابد من إعطاء مفهوم للقانون الدولي الخاص وكذا المواضيع التي يتناولها وتدخل في نطاقه وكذا أهم مصادره، لأن هذا الفرع من القانون كان بديلا للتسمية التي كانت تطلق عليه وهي تنازع القوانين أو تزاحم القوانين أو التنازع من حيث المكان، كما أن تنازع القوانين في قانون الأسرة وكذا الأحوال العينية ستخلص كل من الجانب النظري والتطبيقي والتي يستخلص منها القاضي أحكامه خلال نظر القضايا ذات العنصر الأجنبي .

المحور الأول: مفهوم وطبيعة القانون الدولي الخاص

أولا: تعريف القانون الدولي الخاص

تختلف المدارس الفقهية في إعطاء مفهوم واحد لهذا الفرع من فروع القانون نظرا لاختلافهم في مكونات وموضوعات هذا القانون فعرفه بعضهم بأنه فرع من فروع القانون الخاص ينظم ويحكم علاقات الأشخاص القانونية ذات العنصر الأجنبي .

ويذهب الدكتور علي علي سليمان إلى تعريفه اعتمادا على المواضيع التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص فيقول 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 وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية"[1].

إذن فتعريف القانون الدولي الخاص يرتبط ارتباطا وثيقا بالمواضيع التي يتناولها رغم أن هذا الفرع من القانون حديث النشأة إذ يعتبر الفقيه الأمريكي سطوري اول من استخدم هذا المصطلح في كتابه القيم" التعليق على تنازع القوانين" في سنة 1934 وجعله فرعا من فروع القانون وبعدها عرف انتشارا في كل من دول أوربا أمريكا[2].

وسمي قانونا دوليا باعتباره يعالج علاقات قانونية تتعدى حدود الدولة الواحدة في أحد عناصرها الثلاثة وهي الأطراف والمحل والسبب، وسمي خاصا لأن النزاع الذي يتضمنه هو في الأصل محكوم بأحد أحكام فروع القانون الخاص، كالقانون المدني والتجاري والأحوال الشخصية.

ثانيا: مجال تطبيق القانون الدولي الخاص:

ظهرت ثلاث اتجاهات فقهية اهتمت بدراسة مواضيع القانون الدولي الخاص وكل اتجاه حاول الاهتمام بموضوع دون الأخر[3]:

1- الاتجاه الضيق

يتجه هذا الرأي الى التركيز على موضوع تنازع القوانين وبالتالي يهمل المواضيع الأخرى ولقد عرف انتشارا واسعا في ألمانيا ونظرا لعدم دقته من جهة وإهماله لمواضيع هامة كالجنسية من جهة لم يلق الرواج في باقي دول العالم .

---

[1] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية 2003، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص05

[2] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، طبعة 2003، دار هومة الجزائر، ص05

[3] - أنظر، الرجع نفسه، ص 9 وما بعدها.

2- الاتجاه الواسع

هذا الاتجاه يوسع من دائرة المواضيع التي تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص إلى جانب تنازع القوانين يدرج مواضيع أخرى تتمثل في تنازع الاختصاص القضائي والجنسية ومركز الأجانب نظرا لأهمية هذه المواضيع وارتكاز مسألة التنازع عليها. وقد أخذت بهذا الاتجاه الدول اللاتينية التي تأخذ بالشريعة اللاتينية كفرنسا والجزائر.

3- الاتجاه المتوسط

نجد هذا الاتجاه يخرج موضوع الجنسية والموطن من مواضيع القانون الدولي الخاص وبالتالي فهذا الاتجاه يركز على موضوع تنازع القوانين ومسألة الاختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب ولقد ساد هذا الاتجاه في إيطاليا.

4- مواضيع القانون الدولي الخاص

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية نجد أن أغلبيتهم تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص جميع هذه المواضيع السابقة وبالتالي فمواضيع القانون الدولي الخاص هي : تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي – حالة الأجانب – الجنسية – الموطن – تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية، والتي يمكن تفصيلها على النحو التالي:

أ- **تنازع القوانين**

وهو موضوع هام من مواضيع القانون الدولي الخاص خاصة في اطار العلاقات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية، وتنازع القوانين يعني البحث عن القانون الواجب التطبيق عندما يترشح لحم العلاقة القانونية أكثر من قانون ومثال ذلك ان يتوفى ايطالي في الجزائر ويترك ورثة ذكورا وإناثا فيطح التساؤل على القانون الواجب التطبيق أهو القانون الجزائري أو الإيطالي؟ فإذا عرض النزاع على

القاضي الجزائري فعليه البحث عن القانون الواجب التطبيق باعتبار أن تطبيق القانون الوطني يترتب عليه ضررا للطراف نظرا لاختلاف القانون الوطني الذي يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين بخلاف القانون الإيطالي الذي يساوي بين الذكر والأنثى، وبالتالي لابد من الرجوع الى قاعدة الإسناد في هذا الشأن والتي تسند الى قانون الجنسية.

ب- **تنازع الاختصاص**

إذا عرض على القاضي الوطني مسالة أو نزاع يتعلق بعنصر أجبي فيبحث إن كان مختصا أم لا، وبالتالي يطرح إشكال من هي المحكمة المختصة؟ وكما هو معلوم فان مسألة تحديد اخصاص المحاكم داخل الدولة يحددها قانون الاجراءات المدنية وبالتالي فهذه المسألة مهمة بالنسبة للقاضي في العلاقات الأجنبية وترتب بها مسألة تنازع القوانين وبها يتحدد اختصاص القاصي في نظر النزاع من عدمه وقد نصت المادة 21مكرر من القانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني[4] عل أنه: " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات" . وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده فصل مسألة الاختصاص الإقليمي في الفصل الرابع بموجب المواد37 وما بعدها ، وفيما يتعلق بالدعاوى المرفوعة ضد او من الاجانب فقد نصت المادة 41 على أنه[5]:" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها

[4] - القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة بتاريخ 26 يونيو2005.

[5] القانون رقم، 08-09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 -04- 2008.

في بل أجنبي مع جزائريين". كما نصت المادة 42 منه على أنه: " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

ت- **تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية**

وهي مسألة مهمة بحيث تسمح أغلب التشريعات بإنتاج الحق الخاص في غير الإقليم الذي نشأ فيه وهذا نتيجة لمختلف الحقوق التي تكتسب في دول أجنبية وقد نظم المشرع الجزائري مسألة تنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية في الجزائر في الفصل الثاني في السندات التنفيذية الأجنبية بموجب المواد 605 إلى 608 من قانون الاجراءات المدنية والادارية فلا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الاجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من احدى الجهات القضائية الجزائرية متى توفرت فيها الشروط التالية: - ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص – حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه – الا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه – ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وفق نص المادة 605 وفيما يتعلق بتنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبيي الاقليم الجزائري فلا يكون الا بعد منحها الصيغة التنفيذية مع – توفر الشروط المطلوبة لرسمية السن وفقا لقانون البلد الذي حر فيه – توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البالد الذي حرر فيه – خلوه مما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر وفق ما نصت عليه المادة 606 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ويتم طلب منح الصيغة التنفيذية للأحكام والأوامر والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ حسب

نص المادة 607 من نفس القانون، والعمل بالقواعد المنصوص عليها في الحالات السابقة، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول وفق ما نصت عليه المادة 608 من نفس القانون.

ث- **مركز الأجانب**

وهو موضوع مهم في حالة التنازع إذ يتم البحث على مدى تمتع الاجنبي بالحق في هذا البد باعتبار أن الدول تختلف في منح الأجنبي الحقوق والسماح له بممارسة بعض المهن والنشاطات.

ج- **الجنسية**

والجنسية باعتبارها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة وتتحدد من خلالها مختلف الحقوق والالتزامات بالنسبة للأفراد، كما انها هي المعيار الذي الأجنبي والوطني، كما أنها تلعب دورا مهما في العلاقات الدولية اذ تسند اغلبية الدول مسائل الأحوال الشخصية الى قانون الجنسية كما سوف نرى.

ح- **الموطن**

وتظهر أهميته كما سوف نرى في أن بعض الدول تسند الأحوال الشخصية الى قانون الموطن والذي من خلاله يتحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الدولية.

ثالثا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقوانين الاخرى

1- **علاقته بالقانون الدولي العام**

ينظم كلا القوانين علاقة قانونية تتعدى حدود الدولة الواحدة بأحد عناصرها، كما تعتبر المعاهدات والعرف الدولي مصدرا لكل منهما اضافة إلى أحكام القضاء الدولي وكذا الاجتهادات الفقهية، غير أن هذا الاتفاق لا يمنع من وجود

اختلافات جوهرية فبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي العام نجدها تخاطب الدول بينما قواعد القانون الدولي الخاص تخاطب الأشخاص .إلى جانب ذلك فإن قواعد القانون الدولي الخاص تصدر عن سلطة مختصة وهي السلطة التشريعية لكل دولة في حين أن قواعد القانون الدولي العام ليست لها سلطة مختصة تصدرها .

وبالرجوع إلى أحكام القانون الدولي العام نجد أنه ينقصه الجزاء بالمفهوم الدقيق الذي يعرفه القانون الدولي الخاص.

2- علاقته بالقانون الإداري

هناك صلة في بعض الحالات بين القانون الدولي الخاص والقانون الإداري رغم أن كل دولة تنفرد بتطبيق قانونها الإداري ولا مجال للتنازع وكمثال على هذه العلاقة ما تقضي به المادة 95 من الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 والمتعلق بالحالة المدنية للجزائريين[6] فكل التصرفات التي تعقد في الخارج وفقا لقوانين هذا البلد تعتبر صحيحة في الجزائر، ونفس الشيء بالنسبة للمادة 97 المتعلقة بإبرام عقد الزواج في الخارج.

3- علاقته بالقانون الجزائي

رغم أن القانون الجزائي قانون إقليمي ويطبق على الجزائريين والأجانب في إقليم الدولة الجزائري، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 583 من ق ا ج والتي تسمح بملاحقة الجزائري الذي ارتكب جنحة وفقا للقانون الجزائري أم في نظر

[6] - الأمر رقم 70- 20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970، والمعدل بالقانون والمتمم بالقانون رقم 14-08، المؤرخ في 9 أوت سنة 2014، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 20 أوت 2014، والمعدل والمتمم بالقانون 17-03، المؤرخ في 10 يناير سنة 2017، جريدة رسمية عدد، 2، الصادرة في 11 يناير سنة 2017.

المشرع الأجنبي ففي هذه الحالة لابد من الرجوع إلى القانون الأجنبي لتحديد المتابعة للشروط المحددة في المادة 582 ق إ ج.

4- علاقته بقانون المرافعات

كلاهما يختص بتنازع الاختصاص القضائي وتنظيم القواعد القانونية المتعلقة بمسألة الاختصاص.

إلا أن مسألة تنظيم الاختصاص في القانون الدولي الخاص تكون بين المحاكم الوطنية لدولة القاضي المرفوع أمامه النزاع وبين المحاكم الأجنبية بينما تنازع الاختصاص في قانون المرافعات قاصر على المحاكم الوطنية داخل الدولة الواحدة.

رابعا: مصادر القانون الدولي الخاص

هناك من يجعل أن المصادر على ثلاثة أنواع وهي مصادر وطنية وأخرى دولية[7] وهناك من يرتبها إلى مصادر رسمية ومصادر غير رسمية وكلاهما يحاول تغطية جميع الاصول التي تخرج منها القاعدة القانونية ويمكن تفصيل مصادر القانون الدولي الخاص على النحو التالي[8]:

1- المصادر الرسمية

أ- التشريع

ويتمثل في القوانين الصادرة عن السلطة المختصة في وثائق رسمية مكتوبة وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري وبالتالي أطلق

[7] - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، 1986، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص88 وما بعدها.

[8] - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 2008، ص130 وما بعدها.

البعض على هذا المصدر وكذا المصادر المذكورة في المادة الأولى ق م ج بالمصادر الوطنية باعتبارها من مصادر القانون الداخلي.

ولقد كان التشريع الألماني الصادر سنة 1896 أول من وضع قواعد قانونية مكتوبة تتعلق بتنازع القوانين في المواد من 7 إلى 31 ثم انتشر ذلك في باقي الدول وبالنسبة للجزائر فقد نظم تنازع القوانين في المواد من 9 الى 24 من القانون المدني الجزائري[9] والذي يمثل أهم مصدر تشريعي داخلي للقانون الدولي الخاص، وفيما يتعلق بالأحوال الشخصية فقد نظمها بموجب المادة من 10 إلى 16.

وهناك بعض النصوص التشريعية التي تعالج بعض مسائل القانون الدولي الخاص مثل:

- الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية والمعدل بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت سنة 2014 والقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017 .

_ وفيما يخص وضعية الأجانب فقد ذهبت الدول إلى وضع تشريعات تخص حقوق ووضعية الأجانب ولقد نظمت وضعية الاجانب في الجزائر بالأمر المؤرخ 1966[10] وتشغيلهم منظمة بالأمر الصادر في 16 أوت 1971 ثم بقانون 10/81 المؤرخ في 11 يونيو 1981، والذي عدل بموجب القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو

[9] - الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد، 78، الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975.

[10] - أمر رقم 75 11، المؤرخ في 21 يوليو 1966، يتعلق بوضعية الأجانب ، والمرسوم 66-212، مؤرخ في 21 يوليو 1966 يتضمن تطبيق الأمر 66-110 المؤرخ في 21 يوليو 1966، المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، جريدة رسمية عدد74، الصادرة في 29 يوليو سنة 1966.

سنة 2008[11] والذي حدد مختلف الشروط المتعلقة بالإقامة وكذا مغادرة التراب الوطني والسماح للأجنبي بممارسة نشاط او عمل في الجزائر.

_ كما نظم المشرع الجزائري المهن التجارية والصناعية الحرة للأجانب بالمرسوم المؤرخ في 26 سبتمبر 1975[12].

_ أما فيما يتعلق بالجنسية فقد صدرت قوانين مكتوبة مباشرة بعد الاستقلال سنة 1963 والتي عدلت بالتشريع الصادر سنة 1970 والذي عدل أيضا سنة 2005[13] فالتشريع إذن هو الذي يحدد كل المسائل المتعلقة بالجنسية سواء من حيث اكتسابها أو فقدها والتجريد منها ...

وقد نظم قانون الإجراءات المدنية بعض الضوابط التي تحكم القانون الدولي الخاص تتمثل في[14]:

- مسألة الاختصاص الاقليمي وذلك في القسم الأول تحت عنوان الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب بموجب المادة 41-42 .
- الإنابة القضائية الدولية بموجب المواد من 112 إلى 124 .
- تنفيذ الإنابات القضائية الدولية بموجب المواد 117 إلى 124 .

- في أوجه الطعن وذلك بموجب المادة 358 بحيث يمكن الطعن بالنقض في المسائل المعلقة بالقانون الدولي الخاص إذا تعلق الأمر بمخالفة القانون الأجنبي

[11] - القانون رقم 08-11، المؤرخ في 5 يونيو سنة 2008 والمتعلق بشروط دخول وخروج الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيا، جريدة رسمية عدد 36، المؤرخة في 2 يوليو2008

[12] - مرسوم رقم 75-111، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتعلق بالمهام التجارية والصناعية والحرة الممارسة من طرف الأجنبي على التراب الوطني، جريدة رسمية عدد 82، المؤرخة في 17 أكتوبر 1975.

[13] - الأمر رقم، 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، والمتضمن قانون الجنسية، جريدة رسمية عدد15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

[14] - القانون 8-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

المتعلق بقانون الأسرة، وكذلك مخالفة الاتفاقيات الدولية (التي تتعلق بمسائل القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص).

– السندات التنفيذية الأجنبية بموجب المواد 605 –608 .

– كما نظم بأكثر تفصيل الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بموجب المواد من 1039 إلى 1961 وبذلك يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم بشكل دقيق أهم المسائل ذات الصلة بالقانون الدولي الخاص وهذا عكس التشريع السابق .

ب– الاتفاقيات الدولية

تعتبر المعاهدات سواء الثنائية أو الجماعية اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسائل معينة تتعلق بالقانون الدولي الخاص، والمعاهدات في العصر الحديث ساعدت كثيرا على تطوير القانون الدولي الخاص وإثراء مسائله كالجنسي ومركز الأجانب وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص، وتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية خاصة ما تعلق منها بقانون الاسرة للأهمية التي يكسيها لدى الأفراد والجماعات، وكمثال على المعاهدات المبرمة في مجال القانون الدولي الخاص[15]:

– اتفاقية جنيف لسنة 1952 المتعلقة بحق المؤلف والملكية الصنعية والادبية

– اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة بمسائل الجنسية والمعاهدة المبرمة عام 1953 بين الدول العربية

والتي تقضي بمحاربة ظاهرة انعدام الجنسية .

ولقد لعبت هذه المعاهدات دورا كبير في حل الاشكالات المتعلقة بمجالات القانون الدولي الخاص خاصة ما تعلق منها بالأحوال الشخصية .

[15] - أنظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص11

ب1- القوة الالزامية للمعاهدات

قضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في سنتي 1930-1932 بأنه لا يجوز للدول أن تحتج بتشريعها الداخلي لكي تتخلص من التزاماتها المترتبة بمقتضى معاهدات دولية، وأيدت هذا الحكم محكمة العدل الدولية سنة 1951 وجاء هذا الحكم نتيجة لاختلاف الدول في مدى إلزامية المعاهدة، فبعض الدول كفرنسا ترى أن المعاهدات ملزمة لمحاكمها والأفراد المقيمين على اقليمها بمجرد المصادقة عليها، وبعض الدول لا تعتد بالقوة الإلزامية للمعاهدة إلا إذا صدر تشريع خاص بذلك في قوانينها مثل انجلترا، وفي الولايات المتحدة الأمريكية توجد معاهدات قابلة للتنفيذ بذاتها وأخرى غير قابلة للتنفيذ بذاتها فلا تنفذ إلا بعد صدور تشريع.

ب2- تعارض احكام المعاهدة مع التشريع الداخلي

_ ما هو الحل القانوني الواجب التطبيق في حال تعارض أحكام المعاهدة مع التشريع الداخلي لدولة معينة؟

الإجابة على هذا السؤال تستدعي فرضين هما:

- أن تكون هناك معاهدة قائمة ويصدر تشريعا يتعارض مع أحكام المعاهدة فهنا لا يجوز للدولة التي أصدرت التشريع التحلل من التزاماتها بما جاء في المعاهدة إلا بعد نقضها تطبيقا لقضاء محكمة العدل الدولية، التي قضت بأنه لا يجوز لدولة أن تتحلل من التزاماتها الدولية بتشريع داخلي وقد نص الدستور الفرنسي على هذا الحكم سنة 1948 في مادته 28 ونص دستور سنة 1956 على سمو أحكام المعاهدات، وفي هذا المجال أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 4-2-1936 بأنه: إذا صدر قانون يخالف ضمنا أحكام معاهدة سابقة فيفترض أنه أراد استثناء أحكام المعاهدة وهذا ما أخذ به القضاء الأمريكي والإنجليزي غير أنه تظهر

الإشكالية حين ينص القانون اللاحق على وجوب تطبيقه فلا يكون أمام القضاء إلا الانحناء أمام إرادة المشرع .

– أن يكون هناك تشريع داخلي وتبرم الدولة معاهدة تتعارض مع أحكام هذا التشريع وفي هذه الحالة تعتبر أحكام المعاهدة تنسخ النصوص التشريعية المعارضة لها مالم تقم بنقضها بالطرق الدبلوماسية.

ب3– حكم تعارض المعاهدة مع القانون الداخلي الجزائري

في حالة وقوع هذا الإشكال لابد من الرجوع إلى نص المادة 21 ق م التي تنص على أنه: " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

– أما بالنسبة للنصوص الدستورية فقد نصت المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمعدل بالقانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 على سمو المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، ونصت المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 20–442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020[16] والمتعلق بالتعديل الدستوري على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط النصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

ج– العرف الدولي

يقصد بالعرف مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اطراد سلوك الناس على إتباعها على نحو معين زمنا طويلا مع اعتقادهم بإلزامها، وبأن مخالفها توجب توقيع جزاء مادي.

[16] - المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، جريدة رسمية عدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

وفي هذا الإطار يعتبر العرف من أهم مصادر القانون الدولي الخاص خاصة فيما يتعلق بتنازع القوانين، وتوجد هناك بعض القواعد المستمدة من العرف الدولي المستقر منذ عهد طويل مثل : قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون المحل، وقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، وقاعدة خضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي، وقد أصبحت هذه القواعد نصوصا تشريعية في أغلب الدول اليوم، وفي الوقت الحاضر قلت أهمية هذا المصدر وأصبح ينظر إليه أنه مجرد مصدر تاريخي.

وبالنسبة لمواد الجنسية فإن دور العرف يكاد يكون منعدما وذلك لاستئثار التشريع بتنظيمها ولتعلقها بسيادة الدولة هذا رغم أن بعض شراح القانون الدولي الخاص أنكرو وجود عرف دولي ملزم.

2- المصادر غير الرسمية

أ- الفقه

لقد ساهم الفقه الدولي بقسط كبير في تكوين قواعد القانون الدولي الخاص ومن ذلك[17]:

- فقه المدرسة الإيطالية : نشأت في البيئة الإيطالية نظرية الأحوال (أواخر القرن 12 وبداية القرن 13) ومن أبرز فقهائها bartole وقد ميز فقه هذه المدرسة بين الأحوال العينية وأحوال شخصية وأخضعوا الأحوال الأولى إلى قانون الموقع والثانية لقانون موطن الشخص، ويرجع في تحديد طبيعة الأحوال إما إلى القانون الروماني أو القواعد المستمدة من القانون الطبيعي والعدالة، واستطاع فقهاء هذه المدرسة أن يقسموا هذه القواعد إلى موضوعية وقواعد خاصة بالمرافعات.

- كما درسوا مبدأ سلطان الإرادة وقالو أن العقد يخضع لمحل إبرامه.

[17] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدلي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص27 وما بعدها.

– أخضعوا الجرائم لمحل وقوعها وهم أول من فرق بين الأحوال المستحسنة والمستهجنة

– فقه المدرسة الفرنسية (1500–1590) ميزها فقيهان هما:

– ديمولان : الذي ابتداع فكرة التكييف وقسم الأحوال إلى عينية وشخصية.

– دارجنتريه: التمسك بمبدأ الإقليمية كأصل واستثناء تطبيق القانون الأجنبي، وقسم الأحوال إلى عينية وشخصية وجعل العينية هي الأصل.

– فقه المدرسة الهولندية أخذوا بالمبادئ السابقة ويرجع لهم الفضل في اعتناق اصطلاح تنازع القوانين لأول مرة، كما جاءوا بفكرة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام المحلي وجاءوا بفكرة المجاملة الدولية

ثم توصلت الأعمال الفقهية فجاء الفقيه الألماني سافيني الذي أسند خضوع الروابط والعلاقات القانونية إلى المكان الذي تمت فيه انطلاقا من نظرية التركيز المكاني وطبقا لهذه النظرية تكون معايير الإسناد كما يلي :

– حالة الشخص وأهليته تخضع للموطن باعتبار أن مركز العلاقة القانونية هو اختيار الشخص لهذا الموطن.

– الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون مكان تنفيذها.

– خضوع الأموال إلى قانون الموقع على أساس أن العلاقة يتحدد مركزها القانوني بمكان وجود الأموال.

. وبعدها جاء الفقيه الأمريكي ستوري الذي كان السباق إلى إعطاء اصطلاح القانون الدولي الخاص وكان متأثرا بالفقه الهولندي حيث اعتنق فكرة تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة.

ب-القضاء

يقصد به مجموع الحلول القضائية التي استقرت عليها المحاكم بحيث أصبحت تمثل اتجاها واضحا ومستقرا في مسائل محددة صادرة عن القضاء الوطني أو الدولي.

- **القضاء الوطني:** يختلف دور القضاء باختلاف الأنظمة المتبعة من طرف الدول فإذا كانت الدولة متأثرة بالنظام الأنجلو ساكسوني، والتي يشارك فيها القضاء بدور كبير في تكوين القاعدة القانونية[18] فيعتبر مصدرا هاما يصل إلى درجة الرسمية ويسمى القانون فيها "بالقانون القضائي" فتأخذ هذه الدول بحجية السوابق القضائية التي تتمتع بقوة الإلزام وبالتالي فالقاضي المعروض عليه النزاع يبحث عن الحلول في الأحكام القضائية التي صدرت من قبل المنازعات المماثلة .

وبالنسبة للدول الخارجة على النظام الأنجلو ساكسوني كالجزائر فإن القضاء لا يخلق القاعدة القانونية بل ينحصر دوره على تطبيقها وتفسيرها.

- **القضاء الدولي:** رغم قلة أحكام القضاء الدولي إلا أنه يعتبر مصدرا هاما للقانون الدولي الخاص في الحالة التي ترفع فيها الدولة دعوى أشخاصها نيابة عنهم إلى المحاكم الدولية عن طريق الحماية الدبلوماسية، باعتبار أن هؤلاء الاشخاص لا يتمتعون بالشخصية الدولية حسب المادة 1/34 النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[19]، ومن الأحكام التي صدرت بهذا الصدد.

[18] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص 26.

[19] - انشئت المحكمة بموجب ميثاق الامم المتحدة الموقع في سان فرانسيسكو في 26 يونيو 1945 والنظام الأساسي للمحكمة وهي تحل محل المحكمة الدائمة للعدل الدولية ومقرها بلاهاي هولندا.

– بالنسبة للمشاكل التي تعترض الأجانب في دول أخرى قررت محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في 25 مايو 1926 بأن نزع ملكية هؤلاء من طرف الدول المتواجدين بها بدون تعويض يعتبر إجراء مخالفا للقانون الدولي.

– وفيما يتعلق بتنازع القوانين فقد أصدرت المحكمة في 12 يوليو 1929 بأن كل دولة حرة في وضع قواعد التنازع التي تراها مناسبة لسياستها عدا ما تنص عليه المعاهدات، كما أصدرت أن كل دولة تستقل في وضع القواعد القانونية التي تنظم حالات تكسب جنسيتها أو فقدها أو أية مسألة متعلقة بالجنسية.

المحور الثاني: تنازع القوانين

يقصد بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ذلك التزاحم والتنافس الذي يكون بين قانونين أو عدة قوانين من أجل حكم العلاقة القانونية، كما عرفه البعض بأنه تزاحم قوانين متعارضة بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل، غير أن المقصود من هذه المعاني ليس هو المصارعة والغلبة لأحد هذه القوانين وفوز أحدها بحكم العلاقة القانونية.

وإنما يعني التنازع بين القوانين المفاضلة واختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة موضوع النزاع ذات العنصر الأجنبي، ومن هذا المنطلق وجهت لهذا المصطلح عدة انتقادات من طرف الفقه فظهرت تسميات كبديل لاصطلاح تنازع القوانين منها :

– تسابق القوانين – اختيار القوانين (الفقه الأنجلو ساكسوني) – تزاحم القوانين – التنازع من حيث المكان.

وتنازع القوانين يعتبر من المواضيع الهامة التي تدرس في الحالات التي تشتمل العلاقة على عنصر أجنبي وعندما ترفع القضية أمام القاضي فهو مضطر

للبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة أو التصرف خاصة فيما يتعلق بالعلاقات القانونية التي تنظم الأحوال الشخصية.

فلو توفي إيطالي بالجزائر وترك وصية رفع بشأنها نزاع أمام القضاء الجزائري فعليه أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق، سواء تعلق الأمر بالشروط الشكلية أو من حيث الشروط الموضوعية، فهل يطبق القانون الجزائري أم القانون الإيطالي؟

إذن فمعنى تنازع القوانين هو أن يكون هناك قانونين أو أكثر يمكن أن يحكم النزاع المطروح أمام القضاء، فيجري البحث عن أي القوانين يجب تطبيقه، وتظهر أهمية التنازع في الأحوال الشخصية على وجه الخصوص نظرا لاختلاف القوانين فيما بينها لذلك لا تخضع هذه التصرفات ذات العنصر الأجنبي لتطبيق قانون القاضي وترك العمل بالقانون الأجنبي، لأن الحل في هذه الحالة سوف يترتب عليه الكثير من التعقيد في بعض التصرفات والوقائع القانونية، فلنتصور مثلا أنه جزائريا مسلما متزوجا بزوجتين ذهب إلى إيطاليا وقام نزاع بينه وبين احدى زوجتيه ووجب أن يطبق عليه القانون الإيطالي الداخلي الذي يعتبر الزواج بأكثر من واحدة جريمة، كذلك لو طرح أمام القضاء الإسباني قضية تتعلق بنزاع موضوعه طلاق جزائريين في حين أن القانون الإسباني يحرم الطلاق.

وعليه سوف تترتب أضرارا بليغة إذا ما أريد تطبيق القانون الداخلي وصرف النظر عن تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

ولتجنب هذه الأضرار ظهرت في إطار العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنى وبالأخص في الاحوال الشخصية مسألة تنازع القوانين التي من شأنها إعطاء مختلف الحلول بالاعتماد على قواعد الإسناد أو قواعد التنازع التي رتبها المشرع سلفا

انطلاقا من القانون الداخلي فتطبق استثناء على العلاقات القانونية الدولية، نظرا لكون القانون الداخلي يرتب تطبيقه مساسا بمختلف الحقوق.

أولا: أنواع تنازع القوانين

1- التنازع من حيث الزمان

قد يحدث أن تتعاقب القوانين في دولة واحدة فيطرح السؤال عن القانون الذي يهتم بالواقعة القانونية أو آثارها. أهو القانون القديم أم الجديد في الحالة التي تكون فيه العلاقة القانونية مستمرة؟ إلا أن هذا النوع من التنازع ليس هو المقصود في مجال القانون الدولي الخاص إنما المقصود هو التعاقب بين قانونين صادرين عن دولتين مختلفين.

2- تنازع القوانين الخاصة

يرى بعض الفقهاء بأن تنازع القوانين من حيث المكان يشمل فروع القانون العام بينما يرى الأغلبية أن تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص قاصرا على مجال العلاقات القانونية الخاصة التي يحكمها القانون المدني أو التجاري أو قانون الاحوال الشخصية[20]، وهذا المفهوم هو الذي يهمنا في مجال دراستنا، أي أن التنازع قاصرا على العلاقات الخاصة والقوانين التي تحكمها.

3- التنازع الداخلي

يحدث ذلك عند تعدد الشرائع في الدولة الواحدة سواء كانت مركبة أو بسيطة، وإذا حصل هذا التنازع فإن الاختصاص يعود إلى القانون العام الداخلي لتلك الدولة الذي يحدد لنا القانون الواجب التطبيق وهذا النوع من التنازع لا يرقى إلى التنازع المدروس في القانون الدولي الخاص.

[20] - هشام صادق واخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار المطبوعات، الاسكندرية، مصر طبعة 2006، ص 22 وما بعدها.

4- التنازع الاستعماري

يحدث بين قانون الدولة المستعمرة وقانون الدولة المستعمرة باعتبار أن لكل دولة قانونها الخاصة قبل الاستعمار.

ومادامت الدولة المستعمرة قد فقدت سيادتها يكون التنازع داخليا ولامجال للتنازع بين الدولتين.

5- التنازع في حالة ضم الاقليم

يحدث في حالة ضم إقليم دولة معينة فيؤدي إلى ظهور تنازع القوانين بين الدولة الضامة وهذا الإقليم، وهذا النوع أيضا لا يرقى إلى التنازع الدولي بل هو تنازع داخلي .

ثانيا: شروط تنازع القوانين[21]

1- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي

أي أن تكون العلاقة التي يثور بشأنها النزاع غير وطنية وبالتالي فالمقصود من العلاقة القانونية هي تلك التي يكون أحد عناصرها أجنبيا سواء من حيث محلها أو سببها أو أطرافها.

وعليه فإن علاقة الزواج التي تتم في الجزائر بين جزائريين هي علاقة وطنية لا يتوفر فيها هذا الشرط، أما إذا تم الزواج بين أجنبيين في الجزائر فإن الشرط قد تحقق لأن أطراف العلاقة أجانب.

2- أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليمه

والمقصود بذلك ألا يتمسك المشرع الوطني بتطبيق مبدأ إقليمية القوانين ويفسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي نظرا إلى ضرورة ازدياد الحاجة إلى التعاون

[21] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع اسابق، ص25.

الدولي، لأنه أصبح مستحيلا بقاء الدولة أو المجتمع الواحد منعزلا عن بقية المجتمعات الدولية.

3- أن يكون هناك اختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي

إن تماثل وتطابق القوانين في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع والقانون الأجنبي ينفي وجود ظاهرة تنازع القوانين وعليه يقتضي الأمر وجود تباين بينهما باعتبار أن التنازع مرتبط بوجود اختلاف في القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقة القانونية.

وتجدر الاشارة أن تطبيق الشروط السابقة تتأكد في حالة كون القانون الأجنبي صادرا عن دولة تعترف بها دولة القاضي، باعتبار أن الدولة التي لا يتم الاعتراف بها طبقا لقواعد القانون الدولي العام من طرف دولة أخرى فإنها لا تعتبر وفقا لوجهة نظرها عضوا من أعضاء المجموعة الدولية مما يترتب عدم تصور قيام التنازع بين القوانين[22]، غير أن عدم الاعتراف بالحكومات لا ينفي وجود قانون هذه الدولة وفقا للرأي الفقهي الحديث رغم التباين بين القضاء في دول مختلفة من موقفه بصدد الاعتراف بالقوانين الصادرة عن حكومة غير معترف بها، بين الأخذ بها وتطبيقها في دولة القاضي وعدم الأخذ بها.

ثالثا: المناهج المتبعة في التنازع

والمقصود بالمناهج هنا هو الطريقة التي ينتهجها أو يسلكها المشرع الوطني أو الدولي لصياغة تنظيم مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص أو أحد مواضيعه التي يجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يأخذ بهذه الوسيلة المحددة في التشريع خلال بحثه عن الحلول للعلاقة القانونية التي تنازع بشأنها القوانين، ويمكن إجمال هذه الطرق في منهجين أساسين:

[22] - راجع أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص42.

1/ المنهج التنازعي

يقوم هذا المنهج على فكرة قواعد الإسناد التي بمقتضاها يتم إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي والمتنازع بشأنها إلى قواعد التنازع الخاصة بها في القانون الوطني لكي يتحدد فيها بعد القانون الواجب التطبيق عليها، وأخذ بهذا المنهج القضاء الداخلي الوطني في معظم الدول.

مثال: أن يتقدم زوج إيطالي بطلب التطليق من زوجته الألمانية أمام القضاء الجزائري فعلى القاضي الجزائري أن يخضع التطبيق إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى عملا بقاعدة الإسناد الجزائرية الواردة في المادة 12 من القانون المدني الجزائري.

أ- خصائصه والانتقادات الموجهة إليه

- يتميز هذا المنهج بأنه يعطي الاختصاص للقانون الداخلي المرتبط بالنزاع أكثر من القوانين الأخرى التي لها علاقة بالعلاقة القانونية المتنازع بشأنها.

- كما يتميز بمبدأ الاختصاص المطلق لقواعد التنازع لدولة القاضي باعتبار أن هذا المبدأ مقدس لا تلحق به استثناءات إلا في حالات محددة حصرا.

- ومن خصائصه أيضا أن قواعد التنازع فيه مزدوجة تبين متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي وبالتالي اختيار أنسب القوانين.

ب- الانتقادات الموجهة إليه

رغم انتشار هذا المنهج في معظم التشريعات فلم يسلم من النقد إذ:

- ينتقد هذا المنهج في حالة التنازع السلبي بحيث يتخلى كل مشرع عن حكم العلاقة القانونية فتبقى بدون حل لذا وصفه البعض بلعبة المضرب كلما تلقى اللاعب الكرة أعادها للاعب الاخر.

– كما أن الأخذ بهذا المنهج يؤدي إلى تطبيق نصوص قانونية على العلاقة ذات العنصر الأجنبي مع العلم أنها لا تتفق مع طبيعة النزاع المعروض على القاضي .

– وانتقد هذا المنهج أيضا من ناحية عدم توقع الحلول أو معرفتها مسبقا خاصة في الحالة التي تكون فيها قاعدة التنازع مصدرها القضاء فتكون الحلول مستجيبة لمفهوم القاضي وليس للعدالة.

والخلاصة أن وظيفة قواعد التنازع طبقا لهذا المنهج تفتقد إلى الوظيفة الوقائية لأنها لا تستطيع منع قيام التنازع لذلك فوظيفتها علاجية أكثر.

2/ المنهج الموضوعي المادي

يتم استبعاد قواعد الإسناد في مجال العلاقات الدولية التجارية على أساس أن هناك قواعد موضوعية مادية تحتوي على حلول للعلاقات الاقتصادية والتجارية على الصعيد الدولي.

وعلى هذا الاساس إذا عرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بالعلاقات القانونية التي تتناول التجارة الدولية فإنه مطالب بالرجوع إلى هذه القواعد الموضوعية وتطبيقها مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني.

ولم يكن هذا المنهج وليد العصر الحديث في مضمونه بل ظهر ضمنا قديما عندما كان القانون الروماني يطبق على الأصلاء فقط، بينما الأجانب الذين كانوا يمارسون التجارة التي تحتاج إلى قواعد أخرى غير قواعد القانون المدني الروماني قد وضع لهما ما يسمى بقانون الشعوب باعتبار قانون الشعوب قواعده موضوعية.

وساعد على انتشار المنهج الموضوعي حديثا تطور التجارة الدولية وحاجة المتعاملين بها إلى تنظيم أنفسهم بأنفسهم ومحاولة اتحادهم في كل المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية، وحتى الدول أصبحت تخضع للمعطيات الجديدة بعد أن أصبحت

الدول تبرم عقودا كما يبرمها الأفراد في التجارة الدولية فساعد ذلك على رسوخ قواعد موضوعية واستقرارها بين ممارسي التجارة نتيجة عدم صلاحية القوانين الداخلية لحكم التجارة الدولية.

ويرجع الفضل كذلك إلى قضاء التحكيم الذي أباحته الدول ونظمته في تشريعاتها الداخلية للمساهمة في خلق قواعد موضوعية يرجع إليها مباشرة عند قيام نزاع يتعلق بالتجارة الدولية، وبالتالي لا تنظم مسالة تنازع القوانين خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لا يترك دراستها الى مسائل التجارة الدولية والاستثمار.

أ: أنواع قواعد المنهج الموضوعي

أ1- قواعد موضوعية ذات أصل تشريعي

يعود أصل هذه القواعد إلى التشريعات الوطنية أو المعاهدات، فبالنسبة إلى القواعد ذات الأصل التشريعي الداخلي تنظم في نظم قانونية وطنية تطبق على التجارة الدولية دون التجارة الداخلية ويكثر ذلك في مجال الاستثمارات وهو ما اعتمدته الدول النامية بقصد تشجيع الاستثمارات في بلادها.

وقد تجسد هذا الأصل التشريعي في ألمانيا الديمقراطية سنة 1979 المتعلق بالعوامل الدولية الاقتصادية، حيث ورد في قواعد ألمانيا قواعد موضوعية يرجع إليها مباشرة من طرف القاضي المعروض عليه النزاع.

وفيما يتعلق بالقواعد الموضوعية ذات الأصل الاتفاقي فهي تلك القواعد التي تتفق بشأنها الدول بخصوص جانب من جوانب التجارة الدولية والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

- اتفاقية بروكسل عام 1924 والمعدلة عام 1968 تتضمن قواعد موضوعية تتعلق بعقود النقل البحري لسفن الشحن .

- اتفاقية جنيف لعامي 1930-1931 متضمنة قواعد موضوعية خاصة بالنظام القانوني للكمبيالة والسند الإذني والشيك.

– اتفاقية لاهاي لعام 1964 المتعلقة بتنظيم عملية بيع المنقولات المادية على المستوى الدولي .

– اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 المنظمة لقواعد موضوعية خاصة بالبيوع التجارية الدولية .

أ2– قواعد موضوعية ذات مصدر قضائية

إذ تعود هذه القواعد الموضوعية إلى القضاء الوطني مثلما استقر عند غالبية الدول صلاحية شرط التحكيم واستقلاله في حماية العقود التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية. كل هذه القواعد أخذ بها القضاء الفرنسي.

وقد تعود هذه القواعد الموضوعية إلى التحكيم التجاري الدولي تنظيم الأسواق المالية مثل: العلاقة بين البنوك أو العلاقة بين البنك وصاحب رأس المال. كما تنظم العادات التي يجري بها العمل في مجال التجارة الدولية المتعلقة بالحبوب والحرير والصوف.

ب– خصائص القواعد الموضوعية في المنهج المادي

– قواعد مباشرة أي أن الصلة بين القاضي والقانون مباشرة في هذا المنهج تشبه تماما تطبيق القاضي الوطني

– القواعد الموضوعية لها خصوصية التجارة الدولية .

– كما أنها طائفية من جهة تخص أشخاص التجارة الدولية وتعرفها الدول الاكثر تقدما كالدول الأوربية باعتبارها تعرف القواعد الموضوعية ومن جهة أخرى هي نوعية تشمل عدة أنواع من القواعد كتجارة الحبوب – الصوف – الجلد .

– إضافة إلى ذلك فهي تلقائية أي قواعد خرجت من مجتمع معين توفرت فيه شروطه الخاصة دون المرور بالرسمية المعروفة لسن القوانين في القوانين الوضعية الداخلية.

المحور الثالث: التكييف والإسناد

أولا: التكييف

1- تعريف التكييف

التكييف هو قيام القاضي بتحديد طبيعة المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق[23].

يستخلص من هذا التعريف أن عملية التكييف هي عملية أولية أساسية يلجأ إليها القاضي بحثا عن إيجاد الحلول المناسبة لتنازع القوانين خلال تفسيره لقواعد الإسناد، لأن هذه القواعد أيضا يجب أن تدرج ضمن نظام من النظم القانونية لدولة القاضي.

لذا فمسألة التكييف مرتبطة بتنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص غير أن عملية التكييف ليست قاصرة على مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص فنجدها في القانون الجزائي بمناسبة قيام قاضي التحقيق بالتحقيق في مسألة معينة، فيقوم بعملية تكييف هذه الوقائع ويعطيها الوصف القانوني النهائي رغم وجود تكييفات أخرى للقضية من أطراف أخرى كالمدعي والنيابة.

ونجد التكييف في القانون المدني يكتسي أهمية كبرى في مجال تطبيق أحكام القانون المدني وذلك من خلال قيام القاضي المدني بإجراء عملية التكييف فيما يخص النزاع ويدرجه ضمن نظام معين كعقد إيجار أو رهن أو ارتفاق لتحديد القانون الواجب التطبيق.

[23] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص41.

وفيما يتعلق بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص فإن للتكييف أهمية كبيرة باعتبار أن الدول تختلف في وضع بعض النظم والأحوال والتصرفات القانونية، فمثلا بعض الدول تدخل المشارطات المالية التي تصحب عقد الزواج في نظام الأحوال الشخصية وبالتالي تخضعها لقانون الشخص، وبعضها تدخلها في نظام العقود وبالتالي تخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدين، وبعض الدول تخضع شكل الوصية في نظام الأهلية وبالتالي تخضع لقانون الجنسية في حين أن البعض الاخر يخضعها للقانون الذي يحكم شكل التصرف الخارجي وبالتالي يطبق عليها قانون المحل، ولنا كثير من الأمثلة على ذلك خلال الدراسة التطبيقية، وعليه يعتبر التكييف مرحلة أولية لا يجوز للقاض أن يتخطاها وقد نظم المشرع الجزائري التكييف بموجب المادة 9 من القانون المدني.

2- نشأة التكييف

إن اختلاف النظم القانونية جعل التكييف في القانون الدولي الخاص يبلغ أهمية بالغة لا يستطيع القاضي أن يتخطاها، ولقد كان العمل القضائي يقوم بعملية التكييف دون أن يبين أن هذا العمل هو تكييف خلال معالجته للنزاع المطروح أمامه، فتبع بعض الفقهاء العملية التي يقوم بها القضاء حتى وصلوا إلى أنه يقوم بعملية التكييف.

- ولقد ظهرت فكرة التكييف لأول مرة في الفقه الألماني khan خلال مناقشته لبعض الأفكار القانونية عام 1891 من خلال مناقشته لفكرة التنازع المستتر أو التكييف الكامن[24]

غير أن الفقيه bartin هو الذي أبرز فكرة التكييف وطورها إلى أن أصبحت نظرية محددة المعالم عام 1897 عندما ناقش هذه الفكرة تحت عنوان الوصول إلى الحل

[24] - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدلي لقوانين، المرجع السابق، ص377.

النهائي لتنازع القوانين، ثم اطلق "التكييف " على هذه المشكلة وقد فرق بين التكييف السابق والتكييف اللاحق فعرف القرن التاسع عشر ميلاد التكييف كمسألة محددة المعالم رغم أن أصلها يعود الى القرن 12 بمناسبة نشأة تنازع القوانين[25].

3- أساس التكييف

لاحظ الفقيه بارتان أن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة الية دون أن يصرح بها ولقد استند بارتان لعدة قضايا من خلال درستها وتحليلها واستخلصه لفكرة التكيف أهمها[26]:

أ- قضية ميراث المالطي

وقائع هذه القضية تتخلص في أن زوجين من جزيرة مالطا انتقلا إلى الجزائر في عهد الاستعمار الفرنسي وأقام بها وتملك الزوج عقارا وبعد وفاته طالبت زوجته بحقها على عقار زوجها المتوفي فعرضت مشكلة التكييف بمناسبة تكييف حق الزوجة.

وانطلاقا من هنا رأى بارتان أن المحكمة المعروض عليها النزاع لا تستطيع أن تعتنق أكثر من حلين هما: تكييف طلب الزوجة على أساس أنه يدخل في مضمون فكرة النظام المالي للزوجين أو تكيفه بأنه يدخل في فكرة الميراث والاختلاف في التكييف يترتب عليه الاختلاف في القانون الواجب التطبيق، فإذا كيفت المحكمة حق الزوجة أنه يدخل ضمن النظام المالي للزوجين يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المالطي لان قاعدة الإسناد الفرنسية تعطي الاختصاص في هذه الحالة

---

[25] - أعراب بلقاسم، القانون الدوي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص79.

[26] - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 377 وما بعدها ، راجع أيضا علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

إلى قانون الموطن الأول للزوجين وهو القانون المالطي الذي يعترف بأحقية الزوجة في طلبها.

بينما تكييف المحكمة لهذا الطلب على أساس أنه يدخل في مضمون حق الميراث الذي طالبت به الزوجة مأسسة دعواها بنصيب الزوج المحتاج الذي يقرره قانون المالطي، يجعل الاختصاص إلى القانون الفرنسي لأن قاعدة الإسناد تشير باختصاص قانون موقع العقار وهو لا يعترف للزوجة بهذا الحق وبالتالي رفض الدعوى.

ب- قضية وصية الهولندي

قام بارتان بدراسة وصية الهولندي والتي تتخلص وقائعها في أن هولنديا قام بتحرير وصية في فرنسا في الشكل العرفي بخطه وتوقيعه طبقا للقانون الفرنسي الذي يجيز الوصية في هذا الشكل، إلا أن القانون الهولندي في مادته 992 من القانون المدني يستلزم لصحة الوصية أن تكون في الشكل الرسمي ولو حررت خارج هولندا وقصد بذلك حماية إرادة الموصي.

فلاحظ بارتان أن صحة الوصية من عدمه يتوقف على تكييف المحكمة للمنع الذي وضعه القانون الهولندي.

- فإذا كان تكييف المنع بأنه يدخل في شكل الوصية وليس في موضوعها فإنه يؤدي إلى صحتها وإلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون بلد إبرامها طبقا لقواعد إسناده.

- وإذا كيف المنع على أنه يدخل في الشروط الموضوعية الجوهرية للوصية ويعتبر هذا المنع قيدا على أهلية الموصي عند إبرام وصيته فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الهولندي لأن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع الأهلية إلى قانون الجنسية

وجنسية الموصي هولندية، وبالتالي فالقانون الهولندي هو الواجب التطبيق فاعتنق القضاء الفرنسي سنة 1944 الحل الأول باعتبار أن القضاء الفرنسي هو المختص بالتكييف. كما حكم بعض القضايا الأخرى مثل: طلب التفريق الجسماني لإسبانيين أمام المحاكم الفرنسية وكذا طلب بطلان زواج أحد اليونانيين باعتباره تم في شكل مدني.

4- القانون الذي يحكم التكييف

إذا كان هناك إجماع بين الفقهاء حول فكرة التكييف فإن هناك اختلاف حول القانون الذي يرجع إليه عند تكييف المسألة محل النزاع وهذا الخلاف كان سببا في بروز عدة اتجاهات أهمها:

أ- نظرية خضوع التكييف إلى القانون المختص بحكم العلاقة محل النزاع

يقصد بهذه النظرية أن يرجع القاضي عند قيامه بتحديد طبيعة المسألة المتنازع فيها إلى القانون الواجب التطبيق عليها دون البحث في القوانين الأخرى، باعتبار أن الرجوع إلى قانون غير القانون المختص يرتب نتائج غير منطقية إذ قد يؤدي ذلك إلى عدم تطبيق القانون المختص رغم أن مشرعه الوطني قد أعطى له الاختصاص، كذلك تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى تحقيق العدالة من خلال تطبيق القانون الأجنبي كاملا سواء قواعده الموضوعية أو التكييف.

ورغم ذلك فقد وجه إلى هذه النظرية عدة انتقادات منها أن عملية التكييف تسبق الإسناد فلا يمكن معرفة القانون الأجنبي قبل إجراء التكييف[27].

[27] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص87.

ب- نظرية خضوع التكييف الى القانون المقارن

قال بهذه النظرية الفقيه" رابل" الذي قرر أن التكييف لا ينبغي أن يخضع الى قانون دولة معينة منفصلة عن بقية دول العالم، بل لابد من البحث للوصول إلى حل يوفق بين المطالب الوطنية والمثالية العالمية بالرجوع إلى منهج القانون المقارن الذي يؤسس قواعده على المفاهيم المختلفة لمسألة التكييف في المجتمعات والدول[28]، أي أن يتم تحديد التكييف تحديدا عالميا يتفق مع معطيات وحاجة العلاقات الدولية بين الأشخاص أطراف العلاقة مثل استخلاص مفهوم الزوج من القانون المقارن.

غير أن هذه النظرية رغم سعيها لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص وتوحيد المفاهيم إلا أنها لم تسلم من النقد، فانتقدت على أنه يصعب تطبيقها من الناحية العملية باعتبار أن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بصفة دقيقة وكذلك تهدف هذه النظرية إلى تحميل القاضي معرفة كل النظم القانونية العالمية الشيء الذي يصعب تحقيقه.

وذهب الفقيه الإيطالي rolando quadri إلى توحيد مصطلح علمي دقيق حتى يزول التنازع بين الفقه حول التكييف، فيصبح بذلك مسألة علمية لا يختلف حولها انطلاقا من إخضاع التكييف لعلم القانون وحتى هذا التصور انتقد بكونه بعيدا عن الواقع العلمي والعملي.

ج- نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي

تهدف هذه النظرية إلى إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق عليها أو مبادئ القانون المقارن، وقد أخذ بهذه النظرية أغلب

[28] - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، طبعة 1986، دمشق سوريا، ص78.

الفقه بعدما أظهرها بارتان إلى الوجود وأخذت بها التشريعات الوطنية ومنها التشريع الجزائري كما أقرتها المعاهدات الدولية كاتفاقية لاهاي لعام 1925.

وتقوم هذه النظرية على أساس فكرة السيادة[29] باعتبار أن رجوع القاضي الوطني إلى التكييف انطلاقا من قانونه يمثل السيادة فلا يجوز له تجاوزها لأنه يأتمر بأوامر مشرعه الوطني وليس الأجنبي، كما أن التكييف يسبق دائما عملية الإسناد.

5- الاستثناءات الواردة على النظرية

أ- بالنسبة على المال

أن المال يمثل الثروة الوطنية لكل دولة وهو جزء من إقليم الدولة كما لها كامل السيادة عليه وهنا يخضع المال إلى قانون موقعه من حيث تكييف المال إلى عقارات أو منقولات.

ب- بالنسبة إلى الاستحالة المادية التي تعترض القاضي

تتمثل في الحالة التي تعرض على القاضي مسائل قانونية يجهلها قانونه الوطني فيكون أمام استحالة مادية من جهة ولكنه مطالب بالفصل في هذه المسألة من جهة ثانية، وبالتالي يكون مضطرا بالرجوع إلى القانون الأجنبي المختص لتحديد طبيعة النزاع المعروض عليه كأن تعرض على القانون الفرنسي مسألة متنازع بشأنها تتعلق بالمهر أو الوقف المعروفين في الشريعة ولا يعرفها القانون الفرنسي فيكون التكييف من اختصاص القانون الاجنبي (الشريعة الإسلامية) أو يعرض عليه نظام الترست أو نصيب الزوج المحتاج.

[29] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص81.

تحديد القانون الذي يحكم التكييف بمعاهدة أو نص قانوني

أي جواز تحديد القانون الذي يخضع له التكييف مسبقا سواء كان عن طريق المعاهدات المبرمة من طرف الدول والتي تنص في أحد بنودها بأنه في حالة نزاع بين الأشخاص التابعين لها يكون تحديد طبيعته وفقا لقانون معين، أو يكون هناك نص قانوني في التشريع الداخلي لقانون القاضي بفض الرجوع في التكييف الى قانون معين .أو يكون هناك نص قانوني في التشريع الداخلي لقانون القاضي يقضي بالرجوع في التكييف إلى قانون معين.

وهو ما نص عليه المشرع في المادة 21 ق م ج " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

خ- تكييف الفعل

إذ يعود تكييف الأفعال سواء الضارة التي ترتب مسؤولية تقصيرية أو النافعة المرتبة لالتزامات قانونية إلى قانون محل ارتكابها، لذا فالقاضي عند تكييف هذه الأفعال مضطر إلى العودة إلى مكان ارتكابها والحكمة في ذلك اختلاف القوانين فيما بينها من دولة لأخرى[30].

وكل هذه الاستثناء كانت بمثابة نقد موجه لنظرية اخضاع التكييف لقانون القاضي فهذه النظرية عجزت على تغطية جميع المسائل القانونية المعروضة على القاضي.

[30] - تنص المادة 20 من القانون 05-10، المعدل والمتمم لقانون المدني على أنه: " يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.".

6- موقف المشرع الجزائري من التكييف

أخذ المشرع الجزائري بنظرية خضوع التكييف لقانون القاضي طبقا لنص المادة 9 من ق م ج التي تنص: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

ويستخلص من هذا النص أن المشرع قد أخذ بنظرية التكييف التي نادى بها بارتان وبالتالي فإن الرجوع إلى القانون الجزائري لتحديد طبيعة النزاع المعروض على القاضي الجزائري وإدراجه ضمن نظام قانوني معين أمر لا يمكنه تجاوزه غير أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات.

7- الاستثناءات الواردة على القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري

أ- حالة المعاهدة أو نص قانوني

تنص المادة 21 ق م ج " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص خلاف ذلك في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

وطبقا لهذا النص فالقاضي الجزائري مجبر على الرجوع إلى بنود المعاهدة النافذة في الجزائر والتي تكون قد حددت القانون الذي يحكم التكييف، ونفس الشيء ينطبق على النص القانوني الذي يلزم القاضي بالرجوع إلى أحكام هذا القانون.

ب- الاستحالة المادية للقانون الجزائري

باعتبار أن الأنظمة القانونية تختلف من مجتمع لآخر فإنه قد يحدث أن بعض المجتمعات لا تعرف الأنظمة القانونية التي تحكم المجتمع الاخر ومن هذا المنطلق لو عرض على القاضي الجزائري في علاقات ذات عنصر أجنبي نظاما قانونيا يجهله فهو مطالب بالرجوع إلى القانون الأجنبي في التكييف وليست الى القانون الجزائري طبقا لنص المادة 9 ق م.

مثال: أن تعرض على القاضي الجزائري ما يعرف في القانون المالطي "حق الزواج البائس أو المحتاج"

ت- حالة الفعل المرتكب وخضوعه إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه

يفهم من مضمون نص المادة 20 ق م ج التي تنص على أنه: " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ....." أي التكييف في هذه الحالة يخضع لقانون المحل الذي ارتكب فيه الفعل باعتبار أن البلدان تختلف في تحديد مشروعية الفعل من عدمه.

ث- حالة خضوع المال إلى قانون موقعه

حيث نص المشرع صراحة على أن تكييف المال يرجع إلى قانون الدولة التي يوجد بها هذا المال وذلك في نص المادة 17 من قانون 05-10 التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: " يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها " وهذا بخلاف النص السابق الذي لم يشر صراحة إلى ذلك إذ اقتصر على اخضاع كل من كسب المال وحيازته والحقوق العينية الواردة عليه إلى قانون موقعه، وبالتالي يستفاد من النص القديم أن المشرع أراد ضمنا اخضاع التكييف لقانون موقع المال.

ثانيا: قواعد الإسناد

يتجه المشرع من أجل تنظيم حلول تنازع القوانين في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي إلى وضع قواعد موضوعية معينة يطلق عليها اصطلاح تنازع القوانين أو قواعد الإسناد، فتكون مهمة هذه القواعد إسناد الحكم إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شانها من بين القوانين الأخرى انطلاقا من وجهة نظر المشرع، وهذا الأسلوب اعتمده المشرع الجزائري وانطلاقا من هذا يمكن تعريف قواعد الاسناد كما يلي :

1- تعريف قواعد الاسناد

يمكن تعريف قواعد الإسناد أنها قواعد قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات أو المراكز القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي[31].

هي تلك القواعد القانونية التي تحدد على وجه صحيح القانون المختص بحكم العلاقة القانونية المتضمنة العنصر الأجنبي والمرفوعة أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع وقد نظم المشرع لجزائري قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية بموجب المواد من 10 إلى 16 من القانون المدني لتكون مرجعا في تنازع القوانين المتعلقة بالأسرة كما سوف نرى.

2- مميزات قواعد الإسناد:

أ- قواعد الإسناد غير مباشرة

تتمثل هذه الميزة في أن قواعد الإسناد لا تنطبق هي في حدود ذاتها على النزاع المطروح أمام القاضي بصفة مباشرة بل يقتصر دورها على تحديد القانون المختص والواجب التطبيق على هذا النزاع.

ومعنى ذلك أن قواعد الإسناد ليست هي التي تعطي لنا الحلول للمسائل القانونية بل تشير الى القانون الذي نجد فيه الحلول وهو القانون المختص والذي قد يكون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا.

وانطلاقا من هذه المفاهيم يرى بعض الفقهاء بأن قواعد الإسناد لا تختلف في مهمتها عن مهمة مكتب الاستعلامات في محطة نقل المسافرين ويشبهها البعض بالشرطي الذي ينظم حركة المرور.

[31] - هشام صادق واخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص5

ب- قواعد الإسناد فردية أو مزدوجة

تتميز غالبية قواعد الإسناد بطابع الازدواجية والتي تعني في مضمونها متى يكون القانون الأجنبي مختصا في بعض الحالات ومتى يكون القانون الوطني مختصا في حالات أخرى، وبذلك إعطاء الاختصاص لأكثر من قانون واحد[32].

غير أن هناك بعض الحالات يجعل فيها المشرع قاعدة إسناد فردية والتي تقتصر على تحديد متى يكون القانون الوطني مختصا مثل ما فعله المشرع المدني في المادة10 قبل تعديلها وبتعديل المادة 10 من القانون لمدني خاصة الفقرة الأولى أصبحت قاعدة إسناد مزدوجة وهو ما يستخلص من مضمونها بحيث نصت على أنه: يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، وبالتالي يكون المشرع بين متى يون القانون الجزائري واجب التطبيق ومتى يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق، إذ يتحدد ذلك على جنسية الشخص في حين أن النص قبل تعديله كان يخص الجزائريين بتطبيق القانون الجزائري في مسائل الحالة والأهلية حتى ولو كانوا متواجدين في دولة أجنبية ولم يتحدث عن الأجانب مما يفهم بمفهوم المخالفة خضوعهم لقانون جنسيتهم.

3- عناصر ومكونات قاعدة الاسناد

تتكون قاعدة الاسناد من ثلاث عناصر يكمل بعضها البعض:

أ- الفكرة المسندة

يجب أن يتوافر في قاعدة الإسناد في أي تشريع الفكرة المسندة والتي تعني: "أنها مجموعة من الحالات القانونية تتركز حول محور واحد في المسائل القانونية مثال: ذلك الفكرة المسندة الواردة في المادة 17 ق م ج، التي تتضمن كل الحالات القانونية

[32] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص45.

المتعلقة بكسب الملكية والحيازة والحقوق العينية كل هذه الأوصاف فكرة مسندة واحدة هي "مركز الأموال".

وكذلك بالنسبة للخلافة على المال بسبب الوفاة فقد جمع المشرع الأوضاع المختلفة كشروط الاستحقاق في الميراث وصفة الوارث وأنصبة كل وارث والحرمان والوصية... وغيرها فقد أدرجها جميعا في فكرة واحدة هي "الميراث " وهنا في المثالين السابقين موضوع الفكرة المسندة مسألة واحدة، ففي المثال الأول تتمثل في مركز المال فقط وفي الثاني الميراث فقط.

غير أن الفكرة المسندة قد تتناول عدة مسائل قانونية مثل الفكرة المسندة الواردة في المادة 10 ق م ج التي تتناول الحالة كموضوع والأهلية كموضوع آخر.

ب- ضابط الإسناد

هو المعيار المختار من طرف المشرع لكي يرشد القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص الذي يحكم هذه العلاقة ويتم اختيار ضابط الإسناد من عناصر العلاقة القانونية.

فإذا قرر المشرع بنص قانوني خضوع الحالة والأهلية إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص كان ذلك دليلا على أنه قد اختار الجنسية كضابط إسناد مرشدا إلى القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.

وإذا حدد المشرع خضوع كل ما يتعلق بكسب الملكية والحيازة والحقوق العينية الواردة على الملكية إلى قانون موقع المال يكون بذلك قد اختار المعيار الذي يرشد القاضي لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الأموال وهو قانون موقعها.

وإذا كان اختيار ضابط الإسناد يرجع فيه المشرع إلى عناصر العلاقة القانونية فإن ذلك لا يتم عفويا بل يقوم بدراسة عناصر العلاقة ويأخذ بأهم عنصر

والذي بالضرورة يكون له ثقل كبير ويأخذ منه ضابط الإسناد الذي يكون مرشدا لتطبيق القانون مثل: اختيار عنصر الأهلية من طرف القاضي نظرا لثقل عنصر الأشخاص وأهميته القصوى خاصة في مجال الأحوال الشخصية.

وقد تتعدد ضوابط الإسناد حينما ترتبط العلاقة بأكثر من قانون مثل نص المادة 11 من القانون المدني التي تحدد الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، وقد يكون الهدف من تعدد ضوابط الإسناد إعطاء الأفراد فرصة اختيارهم للقانون الذي يحكم علاقتهم ويكون أكثر ملائمة وهذا ما نجد المشرع الجزائري أخذ به في نص المادة 19 ق م ج التي تتناول القانون الذي يحكم شكل العقد.

ج- القانون المسند إليه

هو القانون التي تشير إليه قاعدة الاسناد الوطنية بأنه هو الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع بين القوانين، وبالتالي هذا القانون يكون قد أرشدتنا إليه قاعدة الإسناد بواسطة ضابط الإسناد المختار من طرف المشرع ويعبر عن هذا القانون بالقانون المسند إليه، وقد يكون القانون المسند إليه هو القانون الأجنبي أو القانون الوطني وإذا كان القانون المسند إليه أجنبيا يجب تحديد نطاق تطبيقه بدقة.

أي هل نرجع إلى الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي أم نرجع إلى قواعد التنازع؟

ولاشك أن حل هذا الاشكال يتوقف على معرفة مدى أخذ القاضي بالإحالة من عدمه.

المحور الرابع: نظرية الإحالة

إذا طرحت على القاضي الوطني مسألة ذات طابع أجنبي لامحالة سوف يرجع إلى قواعد الإسناد في قانونه لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، وبالرجوع إلى أحكام القانون الدولي الخاص الجزائري أو النصوص الخاصة بتنازع القوانين نجد أن المشرع قد وضع مجموعة من النصوص التي تعالج العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي متضمنة في القانون المدني.

وقد رتبها المشرع انطلاقا من المادة 09 ق م التي تتناول مسألة التكييف وتخضعه لقانون القاضي إلى نص المادة 24 والتي تنص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له اختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

ونلاحظ أن قواعد التنازع قد نظمت جملة من المسائل ذات الأهمية والتي ترتبط عادة بنشاط الافراد والعلاقات القانونية التي تكون مشتملة على عنصر أجنبي على الأقل سواء من حيث موضوعها أو اطرافها أو سببها، فكان لزاما على كل مشرع تنظيم هذه المسائل خاصة الأحوال الشخصية وكذا الأحوال العينية، وكل ما يتعلق بالعقود الدولية وتبيان القانون الواجب التطبيق عليها سواء فيما يتعلق بجانبها الموضوعي أو الشكلي، وفي بعض الأحيان تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي على تلك العلاقات غير أن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة حول طبيعة القانون الذي يطبقه القاضي الوطني. فهل يرجع إلى قواعد القانون الأجنبي الداخلية ويطبقها على النزاع أو يطبق أيضا قواعد التنازع فيه؟

أي هل يستشير قواعد التنازع في القانون الأجنبي وبالتالي قد توجهه إلى قانون آخر؟

فإذا أخذ بالطرح الأول أي طبق القواعد الداخلية الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة دون الرجوع إلى قواعد التنازع فيه يكون قد رفض الأخذ بالإحالة.

أما إذا رجع إلى أحكام قواعد التنازع في القانون الأجنبي يكون قد أخذ بالإحالة مع العلم أن الإحالة تطرح بمناسبة التنازع السلبي.

وقد اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بها، والمشرع الجزائري نظمها بقاعدة الإسناد خاصة في نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني وقد أغفل المشرع تنظيم هذه المسألة قبل تعديل القانون المدني بالقانون 10/05.

غير أن الملاحظ لهذا النص يجده يطرح إشكالا من حيث صياغته مما أوقع بالمشرع في تناقض بين حكم الفقرة الأولى والثانية الذي يجعل صعوبة في تطبيق هذا النص من الناحية القضائية ولكن قبل التطرق إلى تحليل نص المادة 23مكرر 1 يجدر بنا معرفة بعض المسائل المتعلقة بالإحالة.

أولا: تعريف الإحالة

تعرف الإحالة بأنها اصطلاح قانوني يقصد به تلك الحالة التي يتم فيها قبول تطبيق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص من طرف القاضي المعروض عليه النزاع.

فعندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي فيكون القاضي الوطني عند رجوعه إلى هذا القانون بين أمرين[33]:

1- أن يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ككل أي الرجوع إلى قواعده الموضوعية وقواعد إسناده، ونتيجة لذلك يترتب

[33] - علي علي سليمان، مذكرا في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع الساق، ص47.

بالضرورة استشارة قواعد الإسناد والتي قد ترفض الاختصاص مسندة الحكم إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

2- أن يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص في قواعده الموضوعية مباشرة دون استشارة قواعد الإسناد فيه، وبالتالي إذا أخذ القاضي بهذا الأمر كان مجال تطبيقه للقانون الأجنبي منحصرا في القواعد الموضوعية فقط وبالتالي عدم الأخذ بالإحالة.

أما إذا اخذ القاضي بالرأي الأول الذي يعطي لتطبيق القانون الأجنبي مفهوما واسعا يكون قد أخذ بالإحالة.

3- متى تطرح مسألة الإحالة ؟

أ- إذا اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع والقانون الأجنبي المختص فلا مجال لطرح مسألة الإحالة لأنه لا يختلف الأمر بين وجوب تطبيق القانون المختص بين قواعد إسناد قانون القاضي وقواعد إسناد القانون المختص مثال: عرض مسألة قانونية تتعلق بأهلية فرنسي أمام القاضي الجزائري، وطبقا لهذا المثال لا يمكن إثارة مسألة الإحالة لأن كلا القانونين يسند حكم الحالة والأهلية لقانون الجنسية.

ب- وكذلك لا تثار مسألة الإحالة في الحالة التي يقضي فيها كل من القاضي الوطني والقاضي الأجنبي بحكم العلاقة القانونية.

مثال: أن تعرض على القاضي الإنجليزي مسألة قانونية تتعلق بأهلية فرنسي مقيم في إنجلترا فهنا القاضي الإنجليزي مختصا لأنه يسند الحالة إلى قانون الموطن، وإذا عرض النزاع على القاضي الفرنسي يكون أيضا مختصا لأنه يسند حكم الأهلية إلى

قانون الجنسية، فهنا كل قاضي يطبق قانونه إذا عرض عليه النزاع تطبيقا لمبدأ السيادة ويسمى هذا التنازع بالإيجابي.

ج- أن يكون هناك اختلاف بين حكم قاعدة الإسناد في قانون القاضي وحكم قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، ويترتب على هذا الاختلاف أن يتخلى كل من القانونين عن اختصاصه للآخر.

مثال: أن يعرض نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا أمام القاضي الفرنسي، فهنا حكم قاعدة الإسناد في القانونين مختلفة باعتبار أن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تعطي الاختصاص إلى قانون الجنسية، بينما تشير قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي إلى قانون الموطن وهذا ما يعبر عليه بالتنازع السلبي.

فإذا طبق القاضي الفرنسي قاعدة الإسناد الإنجليزية وجب تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المسند إليه يكون قد أخذ بالإحالة.

بينما لو أنه لم يأخذ بقاعدة الإسناد الإنجليزية وطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص لقانون الجنسية لما كانت هناك إحالة وبالتالي يرفضها.

ثانيا: ظهور الإحالة

إن ظهور الإحالة كنظرية محددة المعالم كان بعد صدور حكم قضائي من القضاء الفرنسي بصدد القضية الشهيرة التي عرفت باسم قضية فورجو (سنة 1874-1882) وتتلخص وقائعها[34]:

[34] - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص47و48، وأحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص434.

في أن فورجو شخص من أصل 'بافاري ' وهو ولد غير شرعي قدم إلى فرنسا رفقة أمه وعمره لا يتعدى 5 سنوات وأقاما فيها دون حصولهما على الإذن القانوني الذي يشترطه القانون الفرنسي، وبعدما شب تزوج من فتاة فرنسية ثرية، وبعد وفاتها تركت له ثروة منقولة هائلة وفي الثامنة والستين توفي دون أن يترك ورثة مباشرين (أبوين أو إخوة) فاستولت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية على الأموال التي تركها "فورجو" باعتبارها تركة بلا وارث باعتبار أن القانون الفرنسي آنذاك لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه وإخوته فقط[35].

فطالب أقارب فوجو بالميراث مستندين إلى القانون 'البافاري' الذي لا يفرق في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي، وبالتالي تطبيق قانون الجنسية لأنه هو الواجب التطبيق فرفضت المحكمة الفرنسية طلبهم على أساس أن ' فورجو' كان موطنه بفرنسا وبالتالي يطبق عليه القانون الفرنسي.

فطعن أقارب 'فورجو' في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن حكم المحكمة مخطئ لأن" فورجو" لم يكن من الناحية القانونية له موطن في فرنسا، وأحالت القضية إلى محكمة الاستئناف التي حكمت بأن للأقارب الحق في الميراث على أساس أن القانون 'البلفاري' هو الواجب التطبيق باعتباره قانون الجنسية وطبقت قواعده الموضوعية التي أعطت لهم الحق في الميراث، فطعنت مصلحة أملاك الدولة في الحكم مستندة إلى رجوع المحكمة إلى القانون 'البافاري' في قواعده الموضوعية دون الرجوع إلى قواعد إسناده التي تجعل الاختصاص في مسألة الميراث إلى قانون الموطن الفعلي للمتوفى وهو القانون الفرنسي لأن المتوفى لم يحصل على الترخيص بالإقامة.

[35] - صدر بعها قانون في 03-01-1972 وساوى بين الولد الطبيعي والولد الشرعي في الميراث.

فحكمت المحكمة برأي مصلحة أملاك الدولة ونقضت الحكم على أساس عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون 'البافاري' وأحالت القضية على محكمة الاستئناف فحكمت بما رأته محكمة النقض الفرنسية، أي قبلت الإحالة من القانون 'البافاري' إلى القانون الفرنسي.

فطعن الورثة في هذا الحكم باعتبار تطبيقه لقواعد الإسناد "البافارية" دون قواعده الموضوعية فرفضت محكمة النقض طلبهم، وبالتالي تم تطبيق الإحالة في القانون الفرنسي لأول مرة.

ثالثا: أنواع الإحالة

1- الإحالة من الدرجة الأولى

تكون الإحالة من الدرجة الأولى في الحالة التي تقرر فيها قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى رجوع القاضي المعروض عليه النزاع الى قانونه، وبالتالي تطبيق قواعد قانونه الموضوعية ويطلق على هذه الحالة الرجوع.

مثال: أن تعرض على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا فيطبق عليه القانون الإنجليزي لأن قاعدة الإسناد الفرنسية تسند الحكم إلى قانون الجنسية في مسألة الأهلية، وبالرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الإنجليزي نجدها تحيل إلى قانون الموطن فيطبق القاضي الفرنسي قانونه على هذا الإنجليزي.

2- إحالة من الدرجة الثانية

وهي الحالة التي يتعدد فيها التخلي عن الحكم في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي انطلاقا من قانون القاضي مرورا بالقانون المختص وانتهاء بتطبيق دولة ثالثة.

مثال: أن تعرض مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي على القضاء الفرنسي ويكون متوطنا في إيطاليا، فقاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي نجدها تعطي الاختصاص إلى قانون الموطن فيرجع القاضي إلى القانون الإيطالي ويطبق في قواعده الموضوعية فيكون بذلك قد أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، وقد يحيل القانون الإيطالي إلى قانون آخر فنكون أمام إحالة من الدرجة الثالثة أو الرابعة ....الخ مع العلم أن القانون الفرنسي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط[36].

رابعا: الموقف الفقهي والتشريعي من الإحالة

1- الموقف الفقهي

كان لصدور الحكم في قضية 'فورجو' بداية نقاش حاد بين الفقهاء حول مدى الأخذ بالإحالة بين فريق رافض لها وآخر مؤيد لها.

أ- الرأي المؤيد للإحالة

اعتمد الفقهاء المؤيدون للإحالة على الحجج التالية[37]:

- يرى أنصار الإحالة بأن القاضي المعروض عليه النزاع مجبر على تطبيق القانون الأجنبي ومجبر أيضا على الانصياع لما تأمر به قواعد الإسناد في هذا القانون باعتبار أن قاعدة الإسناد في قانونه هي التي تأمره بذلك، وعليه يعامل هذا القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ لا فرق بين قواعده الموضوعية وقواعد التنازع فيه وبالتالي إذا تخلى القانون الأجنبي عن اختصاصه وأسند الحكم إلى قانون آخر فما على القاضي إلا الأخذ بالقانون الذي أحال عليه القانون المختص.

- إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق قانون القاضي إذا أشارت قواعد الإسناد إلى قانون أجنبي فلا يبقى متمسكا بتطبيق هذا القانون إذا كان هذا

[36] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص49.
[37] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص102-103.

الأخير قد تخلى عن الاختصاص لقانون آخر وإذا طبق هذا القانون الأجنبي يكون قد طبقه رغما عن إرادة المشرع الذي يسنه.

– ويستند أنصار الإحالة أيضا إلى تسهيل مهمة القاضي في حالة الأخذ بالإحالة في الدولة المركبة مثال: الولايات المتحدة الأمريكية فلو كان شخصا أمريكيا متوطنا في فرنسا وتصرف تصرفا يتعلق بأهليته وعرض النزاع على القاضي الفرنسي فلو لم يأخذ بالإحالة فإنه مطالب بالرجوع إلى كل الشرائع الأمريكية من أجل معرفة القانون المختص وهذا أمر صعب.

ب– الرأي الرافض للإحالة[38]

– يرى الرافضون للإحالة بأن قواعد الإسناد الوطنية عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي المختص تعني قواعده الموضوعية فقط لأن قواعد الإسناد فيه وضعت للعنصر الأجنبي، كما أن الأخذ بقواعد الإسناد قد يجعل العلاقة بدون حل في الحالة التي يتخلى فيها كل قاضي على الحكم لفائدة قاضي اخر.

– ويستند أيضا معارضو الإحالة إلى أن سلطة القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقات ذات العنصر الأجنبي يستمدها من القانون الأجنبي ولا يستمدها من هذا القانون.

– إن الأخذ بالإحالة فيه ظلم وهضم لحقوق الأفراد في بعض الحالات مثال: أن يعرض على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بطلب الحجر للسفه على شخص انجليزي متوطن في فرنسا فلو أخذ بالإحالة لطبق القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد الإنجليزية لأن مسألة السفه طبقا للقانون الإنجليزي تخضع للموطن، وبالتالي يتم الحجر على هذا الشخص وتتوقف جميع تصرفاته القانونية.

[38] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، 51-52.

أما لو لم يأخذ بالإحالة فيطبق عليه القانون الإنجليزي وبالتالي فالقانون الإنجليزي لا يعرف نظام الحجر وعليه تبقى جميع تصرفاته قانونية.

ج- بدائل الإحالة

ج1- تطبيق القواعد الموضوعية

وذلك في الحالة التي يتخلى القانون الأجنبي عن الاختصاص اقتراح بعض الفقهاء الفرنسيين "لورابوار بجونيير "[39] أن قانون القاضي يتضمن نوعين من قواعد الإسناد، قواعد أصلية التي تعطي الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق وإذا رفض هذا الأخير الاختصاص وأسنده إلى قانون القاضي يطبق القاضي قواعد الاحتياط في قانونه على النزاع وقد حصر من قال بهذا الرأي تطبيق القواعد الاحتياطية في الحالة والأهلية والميراث في المنقول فقط وهذا ما جعل هذا الرأي منتقد وذلك بالتساؤل حول مصير الحالات الأخرى الذي يبقى مجهولا.

إضافة إلى ذلك فإن فكرة القواعد الاحتياطية إلى جانب القواعد الأصلية هي قول وهمي لم تعمل به أي دولة في تشريعها.

ج2- تطبيق قانون القاضي طبقا لمبدأ إقليمية القوانين

مفاد هذا الاقتراح أن القاضي المعروض عليه النزاع إذا وجد أن القانون الأجنبي المختص قد تخلى عن الحكم في العلاقة فالقاضي هنا يطبق قانونه الوطني لا على أساس الإحالة وإنما على أساس المبدأ العام في قانون القاضي والمتمثل في "إقليمية القوانين" ، وقد برر "نبواييه"[40] ذلك بأن تخلي القانون الأجنبي عن الاختصاص يجعل العلاقة القانونية التي هي محل البحث علاقة " بدون قانون" وبالتالي "بدون وطن" ولما كانت كل العلاقات لابد أن تخضع إلى قانون دولة ما

[39] - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص450.
[40] - عل علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي اخاص الجزائري المرجع السابق، ص53.

فمن المعقول والمنطق أن تخضع لقانون القاضي باعتباره هو المختص بحكم العلاقات التي تقع فوق إقليمه طبقا للأصل العام وهي "إقليمية القوانين" في حالة تخلي القانون الأجنبي عن الحكم.

ورغم ذلك فقد انتقد هذا الحل لمغالاته في جعل العلاقة القانونية بلا قانون يحكمها ولا وطن لها بمجرد تخلي القانون الأجنبي عن اختصاصه، وهذا ما لم يحدث في الواقع.

ج3- الإحالة المزدوجة (الكلية)

نادى وأخذ بها القضاء الإنجليزي[41].

ملخص هذه النظرية أن القاضي الإنجليزي يضع نفسه موضع قاضي الدولة الأجنبية التي أشارت إلى قاعدة الإسناد الإنجليزية إلى اختصاص قانونها ليفصل في النزاع بدلا عنه.

فإذا كان القانون الأجنبي يقبل الإحالة قبل بها القاضي الإنجليزي وأخذ بها وإذا كان القانون الأجنبي يرفض الإحالة فيرفضها هو أيضا. وأهم قضية أثيرت بصدد الإحالة الكلية في القانون الإنجليزي قضية "روز" والتي تتعلق بميراث إنجليزية متوطنة في إيطاليا وعرضت على القاضي الإنجليزي فطبقا لقاعدة التنازع الإنجليزية تقضي بأن يطبق على ميراثها قانون آخر موطن لها وهو القانون الإيطالي. فإذا كان القاضي الإيطالي هو الذي ينظر هذا النزاع سوف يطبق قانون الجنسية للمورث (الميراث في المنقول) طبقا لقاعدة التنازع في قانونه فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الإنجليزي، وبالرجوع إلى القانون الإنجليزي نجده يحيل إلى القانون

[41] - نفس المرجع، ص 54.

الإيطالي باعتباره قانون موطن المورث والقاضي الإيطالي لا يقبل الإحالة وبالتالي يطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي فيكون هو الواجب التطبيق.

وطبقا لهذا المثال على القاضي الإنجليزي أن يأخذ بنفس الحل ويفصل في النزاع طبقا للقانون الإنجليزي وهذا هو الحل الذي كان القاضي الإيطالي سوف يطبقه.

كذلك لو عرض نزاع على القاضي الإنجليزي يتعلق بإنجليزي توفي على مال منقول في ألمانيا فينظر إلى الحل الذي سوف ينتهجه القاضي الألماني ومادام هذا الأخير يأخذ بالإحالة فإنه سوف يطبق على هذا الشخص القانون الألماني طبقا لإحالة القانون الإنجليزي وهو نفس الحل الذي يقبل به القاضي الإنجليزي.

للإشارة فإن قاعدة التنازع في القانون الألماني تسند حكم الميراث في المنقول إلى قانون الجنسية.

2- الموقف التشريعي من الإحالة[42]

أ- موقف الدول الغربية والعربية

هناك من قبل الإحالة وهناك من رفضها.

- ومن التشريعات التي قبلت الإحالة ونظمتها في قوانينها الداخلية. القانون البولوني لعام 1965 .القانون التشيكوسلوفاكي 1963 وقد أخذت بالإحالة سواء من الدرجة الأولى أو الثانية، وبعض التشريعات أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى فقط كالتشريع الياباني لعام 1868، وكذا القانون الألماني وقد أخذ بالإحالة كل من القضاء الفرنسي والإنجليزي والنمساوي والبلجيكي.

[42] - راجع أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص107-108.

– وهناك بعض الدول لم تأخذ بالإحالة مطلقا منها التشريع الإيطالي 1942 والقانون اليوناني 1946 وكذا التشريع البرازيلي 1942 والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يميل بصفة عامة إلى رفض الإحالة، كما رفضتها هولندا والبلاد الإسكندنافية كما رفضتها بعض الدول العربية كالتشريع المصري.

– وتجدر الإشارة أن اتفاقية لاهاي لعام 1955 قضت بقبول الإحالة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية من قانون الجنسية إلى قانون الموطن وترفضها في الحالة العكسية على أن يستبعد الأخذ بالإحالة في حالة أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانو الإرادة أو القانون الخاص بشكل التصرفات القانونية.

ب- موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري على تنظيم الإحالة بموجب المادة المادة 23 مكرر 1 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 التي تنص: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص "

وبالتالي ساير القانون الجزائري القوانين العربية بتنظيم الإحالة وخاصة القانون المصري الذي يقضي صراحة برفضها في المادة 27 من القانون المدني المصري.

وقد نظم المشرع الجزائري على الإحالة الداخلية في المادة 23 ق م ج والتي لا ترقى إلى مفهوم الإحالة الدولية والذي يفهم من موقف المشرع الجزائري من الإحالة هو مراعاته خاصة للأجانب المتوطنين بالجزائر والذي لو أخذ المشرع الجزائري بالإحالة لطبق عليهم القانون الجزائري خاصة إذا كانت قوانينهم تحيل إلى

قانون الموطن في مجال الأحوال الشخصية حتى يوسع من دائرة تطبيق القانون الجزائري نظرا لكثرة الأجانب بالجزائر.

ورغم أن الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 من القانون المدني جاءت واضحة في رفض الإحالة حينما أقرت بتطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي دون الرجوع إلى القواعد الخاصة بتنازع القوانين في حالة إسناد حكم العلاقة المتنازع بشأنها أمام القاضي الجزائري إلى قانون أجنبي.

غير أن الخلل كان في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي ناقضت حكم الفقرة الأولى بحيث تنص الفقرة الثانية " غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص " وقد جاء في هذه الفقرة بحكم يقضي بقبول الإحالة من قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص الذي يسند العلاقة للقانون الجزائري ولو سلمنا بهذا الحكم لما استقام ولما اتزن النص لأنه يبدو من صياغة الفقرة الثانية أنها جاءت كاستثناء عن حكم الفقرة الأولى التي رفضت صراحة الأخذ بالإحالة فكيف يمكن تفسير مناقضة الاستثناء للأصل العام وجعل حكم الأصل لاغيا أو في دائرة العدم، وهنا تطرح الإشكالية التالية :

– إذا ما طرح على القاضي الجزائري مسألة تتعلق بتنازع القوانين وكانت فيها إحالة فما هي الفقرة التي يطبقها من نص المادة 23 مكرر1 ؟

وفي تفسيرنا لهذا النص لا يخلو الأمر من فرضين اثنين حول من هو المخاطب بهذا النص؟

– إذا كان المخاطب بالفقرة الثانية هو القاضي الجزائري وهذا هو الأصل لأن القاضي مرتبط دائما بتشريع بلده نجد المشرع هنا قد وقع في تناقض فلا يعقل الإتيان بحكمين متناقضين وفي نفس النص وبالتالي لا محل للفقرة الثانية في النص

لأنه لا يعقل إعطاء حكمين متناقضين وفي نفس المسألة ونطالب القاضي بالتطبيق وعليه ضرورة تعديل أو إلغاء هذه الفقرة.

– إذا كان القاضي الأجنبي هو المخاطب وهذا ما يبدو من محتوى الفقرة الثانية بحيث إذا أحالت قواعد التنازع في دولة القاضي الأجنبي على تطبيق القانون الجزائري فيمكن تطبيق أحكامه وهنا كأن المشرع الجزائري يعطي إذنا للقاضي الأجنبي بتطبيق القانون الجزائري إذا تمت الإحالة إليه.

ويتصور هذا الطرح في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، كأن تعرض أمام القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر فهنا القاضي الإنجليزي يحيل على تطبيق القانون الجزائري في هذا النزاع فإذا قبل القانون الفرنسي الإحالة هنا طبق أحكام القانون الجزائري الذي أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي كما ورد في النص وهذا أقرب تفسير لهذه الفقرة غير أن هذه المسلمة تصطدم بأمرين :

إذا كانت هذه الفقرة تتجه بالخطاب للقاضي الأجنبي فلا يستقيم ذلك من الناحية القانونية لأنه لا يعقل أن يقوم المشرع الوطني بتشريع يكون المخاطب به القاضي الأجنبي وهذا يتعارض ومبدأ السيادة كما أن القاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه.

إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق فلا داعي لأن يستأذن القاضي الأجنبي من المشرع الوطني بل يطلب من الأطراف إثبات القانون الأجنبي الذي أحال عليه فقط.

وعليه وطبقا للفرض الثاني فلا محل للفقرة الثانية وعليه فصياغة نص المادة 23 مكرر 1 جاءت معيبة وبالتالي لابد من التدخل لتعديل الفقرة الثانية أو إلغائها.

وخلاصة القول أن نص المادة 23 مكرر 1 جاءت صياغتها معيبة لاحتوائها على حكمين متناقضين، فالفقرة الأولى تنص على عدم الأخذ بالإحالة وذلك بالرجوع إلى القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي وتطبيقها مباشرة بينما يبدو من صياغة الفقرة الثانية الأخذ بالإحالة في حالة ما إذا أشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بتطبيق القانون الجزائري وهذا الحكم لم نجده في الفقرة الأولى وعليه حتى يستقيم النص لابد من إلغاء الفقرة الثانية أو تعديل مضمونها. كأن يستبعد المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة كأصل وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى، ويأخذ بالإحالة كاستثناء في الفقرة الثانية خاصة في مواد الأحوال الشخصية باعتبار أن الجزائر يكثر فيها الأجانب خاصة من الدول التي تتعدد فيها التشريعات، وهذا ما يفسح له المجال لتطبيق قانونه ويخفف العبء على القاضي الجزائري.

ولكن يبدو أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 مكرر 1 قد أراد الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ورفضها في حالة الإحالة من الدرجة الثانية.

وعليه فإذا أحالت قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري انطلاقا من الأخذ بالإحالة ورغم أن قصد المشرع هو الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى إلا أن صياغة النص غير سليمة على النحو السابق ذكره، خاصة وأن أغلب التشريعات العربية رفضت الأخذ بالإحالة، لذا وجب على المشرع التدخل لتصويب النص وإزالة التناقض الحاصل بين الفقرة الأولى والثانية من المادة 23 مكرر 1.

المحور الخامس: الدراسة التطبيقية لتنازع القوانين في الحالة والأهلية

قبل الدراسة التفصيلية لمسألة تنازع القوانين لابد من معرفة قواعد الإسناد التي رتبها المشرع الجزائري، واختارها تماشيا مع الواقع الذي يحكم العلاقة القانونية وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد وضع قواعد الإسناد التي تحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ورتبها على النحو التالي:

- قواعد إسناد خاصة بالتكييف واردة في المادة 09 ق م.

- قواعد إسناد تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية انطلاقا من الحالة والأهلية وانتهاء بالهبة والوقف من المادة 10 إلى 16 ق م.

- قواعد إسناد تتعلق بالمال والقانون الذي يحكمه في المواد 17 و 17 مكرر.

- قواعد إسناد تتعلق بالالتزامات التعاقدية المادة 18 ق م.

- قواعد إسناد تنظم العلاقات القانونية من حيث شكلها المادة 19 ق م.

- قاعدة إسناد تتعلق بالاختصاص والإجراءات م 21 مكرر ق م.

- قاعدة إسناد تعلق بالإحالة الداخلية المادة 23.

- قاعدة إسناد تتعلق بالإحالة المادة 23 مكرر 1.

- قاعدة إسناد تتعلق بحالة عدم تطبيق القانون الأجنبي المادة 24.

إضافة إلى بعض القواعد الأخرى الي تدخل في المبادئ العامة لتطبيق القواعد الرئيسية والتي يجب على القاضي الجزائري الأخذ بها وعليه تكون دراستنا وفق التسلسل الذي وضعه المشرع الجزائري.

أولا: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

1- مفهوم الأحوال الشخصية

المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية الي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية... حكم محكمة النقض المصرية 1934/06/21 والواقع أن إعطاء تعريف مانع جامع للأحوال الشخصية صعب جدا لاختلاف التشريعات في تكييف العلاقات القانونية التي تدرجها ضمن الاحوال الشخصية، وعليه يستحسن تعريف الأحوال الشخصية انطلاقا من المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية في كل تشريع[43].

وبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري نجده يعتبر مواد الأحوال الشخصية تتمثل في: الحالة والأهلية العامة وحماية ناقص الأهلية والزواج والمشارطات المالية التي تصحبه والطلاق والتعريف الجثماني، والنسب والولاية والوصاية والقوامة والكفالة والتبني والنفقة بين الأقارب والميراث والوصية والهبة والوقف، بخلاف بعض التشريعات التي تخرج الهبة والوصية ومشارطات الزواج المالية من نطاق الأحوال الشخصية[44].

---

[43] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص63-64.

[44] - حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص89.

2- اختيار ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية

تختلف الدول في تحديد المعيار المعتمد لتحديد ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية بين قانون الجنسية وقانون الموطن ولكل فريق حجج يعتمد عليها[45].

أ- خضوع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية

أخذ التشريع الجزائري بهذا الضابط اقتداء بالدول العربية الأخرى وكذا معظم التشريعات الأوربية وقد برر أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم بالحجج التالية:

- إن اختيار الجنسية كضابط لخضوع الأحوال الشخصية إلى جنسية الفرد يحقق الثبات والاستقرار مادامت الجنسية ثابتة وعسيرة التغير عكس الموطن.

- إن القانون الوطني يطبق على الرعايا سواء كانوا متواجدين فوق الإقليم الوطني أو خارجه تطبيقا لمبدأ سيادة التشريع ولا يتحقق ذلك إلا إذا أنيطت الأحوال الشخصية بضابط الجنسية.

- إناطة الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية يؤدي إلى غرس الشعور في نفسية الفرد وذلك ببقائه مربطا بدولته مهما كان بعيدا عنها.

- إن وجود القنصليات خارج الوطن يهدف إلى حماية حقوق رعايا الدولة، وبالتالي يستطيع هؤلاء الرعايا التقدم إلى هذه القنصليات للمطالبة بتطبيق قانون جنسيتهم فيما يخص العلاقة القانونية التي تخص الأحوال الشخصية.

[45] -الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثانية 2010، الجزائر، ص 137.- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص58-59.

أ1- موقف المشرع الجزائري في حالة تعدد الجنسية أو انعدامها

قد يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بشخص له أكثر من جنسية ففي هذه الحالة طبقا للمادة 1/22 من قانون المدني[46] يطبق القاضي الجنسية الحقيقية هذا في حالة ما إذا كان هذا الشخص يحمل عدة جنسيات وليست الجنسية الجزائرية احداها.

- أما إذا كانت احدي هذه الجنسيات جزائرية فالقانون الجزائري هو الواجب التطبيق بغض النظر عن الجنسيات الأخرى التي يحملها المادة 2/22 ق م.

وفي الحالة التي تنعدم فيها الجنسية للشخص يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة طبقا للمادة 3/22 وهذا بعكس القانون القديم الذي كان ينص في هذه الحالة على منح القاضي سلة تقديرية لتعيين القانون الواجب التطبيق.

أ2- موقف المشرع الجزائري في حالة الدولة التي تعدد فيها الشرائع

وتتمثل هذه الصورة في الحالة التي يحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع المتعلقة بالأحوال الشخصية مثل الولايات المتحدة الأمريكية بحيث نجد لكل إقليم تشريع خاص به، ففي هذه الحالة يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها. حل هذه المشكلة وبالتالي يحيل على أي القوانين يطبق وتسمى هذه الإحالة الداخلية وهذا ما نصت عليه المادة 23 من قانون 10/05.

وإذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حلة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الاقليمي، وها حسب نص المادة 23 من ق م.

[46] - القانون 05-10، المعدل والمتمم للقانون المدني.

ب- خضوع الأحوال الشخصية لقانون الموطن

هذا التصور سائدا منذ المدارس الفقهية القديمة ولقد أخذت بهذا الرأي الدول الأنجلو أمريكية مستندة في ذلك إلى المبررات التالية:

- أن موطن الأسرة دائما موحدا وبالتالي وجوب الأخذ به في مجال الأحوال الشخصية مادامت الأسرة دائما تسعى إلى توحيد تطبيق قانون واحد على أحوالها الشخصية وهو قانون الموطن، وهذا عكس الجنسية لأن الأسرة قد تتعدد الجنسية فيها بالنسبة لأفرادها أما موطن الأسرة فهو دائما موطن الأب أو الزوج.

- كما يستند أنصار الموطن إلى حجة مفادها أن الشخص يستحيل انعدام موطنه وفي المقابل قد تنعدم جنسيته فحتى لا تبقى أحواله الشخصية بلا قانون يحكمها وبالتالي بدون بلد ينتمى إليه يجب الأخذ بقانون الموطن.

- ضابط الموطن يحقق الاستقرار ويخدم مصالح المهاجرين الذين استقروا في الدولة الأجنبية وبالتالي أصبحوا يعرفوا قانون موطنهم ربما أكثر من قانون جنسيتهم.

وخلاصة القول أن اختيار أو تغليب أحد الضابطين على الأخر يعود إلى ظروف كل دولة ومصالحها، فالدول التي تصدر أبنائها يكون من مصلحتها أن تأخذ بقانون الجنسية لكي تحافظ على رعياها حتى لا يندمجوا في مجتمعات أخرى، أما الدول التي تستقبل الأجانب دون أن يغادرها أبناءها فمن مصلحتها الأخذ بضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية حتى تفسح مجالا واسعا للقاضي الوطني لتطبيق قانونه.

3- القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية في القانون الجزائري بالنسبة للحالة والأهلية

أ- الحالة

يجب التمييز في هذا المجال بين حالة الشخص الطبيعي وحالة الأشخاص المعنوية.

فحالة الشخص الطبيعي هو مجموع الصفات التي تحدد ذاته وتحدد مركزه من أسرته أو دولته وتسمى الحالة المدنية التي تحدد ذاته كالاسم واللقب والموطن[47]، والتي تشمل صفات الفرد الطبيعية كأن يكون متزوجا أو أعزبا بالغا سن الرشد أو ناقص الأهلية مسلم أو غير مسلم، غير أن الحالة الفردية للشخص والمتمثلة في الاسم واللقب والموطن هي وحدها الخاضعة لحكم المادة العاشرة من القانون المدني، مادامت الحالة المتعلقة بمركز الشخص من أسرته تحكمها قواعد اسناد خاصة وكذلك مركز الفرد من دولته محكومة بقانون الجنسية.

فحالة الشخص المدنية إذن تخضع إلى قانون الجنسية وفقا لما نصت عليه المادة 10 من قانون 10/05 بقولها "تسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم.."

ولقد كان النص السابق ينص صراحة على إخضاع الحالة إلى قانون الجنسية بالنسبة للجزائريين حتى ولو كانوا متواجدين في دولة أجنبية وبذلك كانت المادة 10 قاعدة إسناد فردية تماشيا مع القانون الفرنسي في المادة الثالثة من قانونه المدني. فكانت تنص المادة 10 قبل التعديل " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقصا الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة أما الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من

[47] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص210. وعل علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائي، المرجع السابق، ص 64. حددت المادة 28 و 29 من القانون المدني كل ما يتعلق باكتساب الاسم واللقب ، وحددت المادة 36-37-38-39 كل ما يتعلق بالموطن وضوابط تحديده.

شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها التي تمارس نشاطها في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

ورغم حذف كلمة الجزائريين من الفقرة الأولى من المادة 10 إلا أن المقصود من النص يبقى على الأصل مادام المشرع يولي عناية بالغة بالنسبة للأحوال الشخصية وبالتالي يستبعد تطبيق قانون الموطن، كما أن الأجانب يخضعون إلى قانون جنسيتهم أيضا فيما يتعلق بالحالة، وفي هذا المجال أصبحت المادة 10 قاعدة إسناد مزدوجة فبينت متى يكون القانون الوطني واجب التطبيق و متى يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق.

أما بالنسبة لحالة الشخص المعنوي فتتمثل في تلك المسائل والنظم القانونية التي تتعلق بتأسيسه وكيفية الاعتراف له بالشخصية المعنوية وكيفية انحلاله ...

وقد نصت المادة 3/10 من القانون 10/05 اعتماد معيار الإدارة الرئيسي أي قانون البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للشركة وعادة ما يكون المكان الذي تعقد فيه الجمعيات العامة وإبرام العقود، فتنص " أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

والملاحظ أن النص السابق قد خلا من هذا الحكم الذي جاء استجابة لما دعت إليه الضرورة خاصة بتطور الاستثمار وكثرة الشركات الأجنبية والتي في الغالب يكون مركزها ببلدانها وإخضاع حالتها إلى قانون الدولة التي تنتمي إليها فيه تشجيع وتيسير بعملها.

ويعمل بهذا الضابط في الحالة التي لا تمارس فيه هذه الشركات نشاطا في الجزائر وفي المقابل يكون مقرها الرئيسي بالجزائر أو في دولة أجنبية وهذا ما تدعمه المادة 50 ق م ج[48].

أما إذا مارست هذه الشركات نشاطا في الجزائر فإن القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الجزائري طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 10 " غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري " وبالتالي يكون المشرع قد غلب معيار النشاط على معيار الإدارة الرئيسي.

ولقد أخذت معظم الدول المصدرة للشركات بقانون مركز الإدارة لأنه يناسب مصالحها، غير أن هناك من يرى بالأخذ بقانون الجنسية للشركاء المؤسسين لهذه الشركة وبالتالي لابد من البحث عن جنسية الشركاء لكي يعرف القانون الذي تخضع له حالة الشخص الاعتباري وهذا المعيار صعب المنال.

ب- الأهلية

والمقصود بها هنا أهلية الأداء والتي تعني صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يعتد به القانون ومناط أهلية الأداء التمييز، وبالتالي يتلقى الشخص بموجبها الحقوق ويتحمل الالتزامات، أي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية[49]، وبالتالي حدد القانون الجزائري السن الذي يبدأ منها الشخص ممارسة حقوقه المدنية كحق التعاقد وحق التقضي وغيرها ببلوغه 19 كاملة، مع اشتراط مته بكامل قواه العقلية ولم يتم الحجر عليه.[50]

---

[48] - حيث تنص على أنه:" يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذك في الحدود التي يقررها القانون، يكو لها خصوصا: - ذمة مالة – أهلية في الحدود التي يعينها عقد انشائها أو التي يقررها القانون – موطن وه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها – الشكات التي يكن مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر..."

[49] - أنظر، عبد الحميد تابليت، عبد العزيز نيري، حالة الأشخاص القانونية، دار الشهاب باتنة، ص 44.

[50] - أنظر المادة 40 من القانون المدني.

وعليه يمكن القول أن أهلية الوجوب ليست هي المقصودة هنا باعتبارها تتمثل في صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتثبت منذ الميلاد.

وكذلك بالنسبة إلى الأهليات الخاصة الأخرى مثل : منع رجال القضاء والمحامين من شراء الأشياء المتنازع بشأنها في دائرة اختصاص المحاكم التي يعملون بها.

– عدم قابلية المال للتصرف كمن وقف مالا لا يستطيع التصرف فيما وقفه لا لنقص في أهليته بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف.

– المنع من التصرف فالمريض مرض الموت ممنوع من التصرف في ماله في حدود معينة لمصلحة الورثة، بحيث إذا تجاوز هذه الحدود لم يسر تصرفه في حقهم.

– والنائب ممنوع من شراء ما وكل في بيعه لمصلحة الأصيل.

ب1– موقف الأنظمة القانونية من القانون الذي يحكم الأهلية

_ بالنسبة للقوانين العربية والأوربية تخضع الأهلية لقانون الجنسية.

_ بالنسبة للولايات م أ تخضع الأهلية للقانون الذي يحكم التصرف.

_ الأرجنتين وإنجلترا والبرازيل والأرغواي وجواتيمالا تخضعها لقانون الموطن.

_ المكسيك وفينزويلا والشيلي تخضعها إلى قانون مختلط أي تخضع الوطنيين لقانون الجنسية وبالنسبة للأجانب تخضع أهليتهم لقانون الموطن.

_ البلاد الإسكندنافية تأخذ بنظام مختلط بالنسبة للقانون الذي يحكم الأهلية ولكن عكس النظام السابق، أي تأخذ بقانون الموطن بالنسبة للوطنيين وبقانون الجنسية بالنسبة للأجانب

ب2- القانون الذي يحكم الأهلية في القانون الجزائري

أسند القانون الجزائري الأهلية إلى قانون الجنسية تطبيقا لنص المادة 10 قانون 10/05 وبالتالي طبقا لهذا النص يسري قانون الجنسية على الجزائريين حتى ولو تواجدوا في دولة أجنبية وبالمقابل يخضع الأجانب أيضا إلى قانون جنسيتهم فيما يتعلق بالأهلية إذا ما عرض نزاع بشأنهم أمام القاضي الجزائري، وقد أخذت كل القوانين العربية بقانون الجنسية وكذا فرنسا وأغلب القوانين الأوربية.

وعليه فقانون الجنسية هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص بالغا سن الرشد أو ناقص الأهلية، كما يبين لنا مدى قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية كما يبين لنا عوارض الأهلية كالجنون والسفه ... الخ

ب3- الاستثناءات الواردة على الأصل العام

القاعدة العامة تقضي بتطبيق قانون الجنسية على أهلية أداء الشخص ومع ذلك فإن المشرع الجزائري قد وضع لها استثناء بحيث يتم تطبيق قانون القاضي بدلا من قانون جنسية الشخص وهذا ما تنص عليه المادة 2/10 بقولها " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقصا الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ".

فطبقا لهذه الفقرة حتى يطبق القاضي الوطني قانونه على أهلية أجنبي لابد من توفر شروط هي:

- أن يكون تصرف الأجنبي ماليا وبالتاي تخرج التصرفات الأخرى كالزواج.

- أن يكون التصرف قد تم في الجزائر وأنتج آثاره فيها أيضا، ويشترط تحقق هاذين الأمرين معا في الجزائر.

– أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري وهذا الشرط يحتوي على شرطين هما، نقص أهلية الأجنبي بالنسبة لقانونه والشرط الثاني أن يكون كامل الأهلية وهي سن 19 سنة كاملة طبقا للقانون الجزائري.

– أن يكون نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف المتعاقد مع الأجنبي تبينه أي يشترط أن يكون المتعاقد مع الأجنبي حسن النية، ولا يعلم فعلا نقص أهلية هذا الأجنبي إلا إذا كان صغيرا أو يسهل على هذا المتعاقد تبين نقص الأهلية. وبالتالي لا يحكم بهذا الشرط إذا كان يعلم أو من السهل أن يعلم نقص أهلية الأجنبي.

– غير أن الفقه اختلف في مسألة كون الطرف الثاني أجنبيا أي هل وضع هذا الحكم من أجل حماية أفراد الدولة الواحدة أم وضع من أجل حماية المصلحة الوطنية ؟

فإذا قلنا أن هذا الحكم جاء خاصا بحماية الوطنيين فإن ذلك يعني أن يكون المتعاقد مع الأجنبي جزائريا وهذا هو المستخلص من نص المادة 10 والتي تستفاد من قول المشرع " إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ..." وبالمقابل يفهم أن الطرف الثاني جزائريا.

أما إذا أخذنا بالقول الثاني الذي يركز على حماية المصلحة الوطنية فلا داعي لأن يكون المتعاقد الأخر وطنيا بل قد يكون أجنبيا.

ب4- مصدر هذا الاستثناء

يعود سبب ظهور هذا الاستثناء أي خضوع الأهلية إلى قانون القاضي إلى القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية ليزاردي "lizardi"[51].

وتتلخص وقائعها في أن شخصا من أصل مكسيكي يسمى ليزاردي اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي قيمتها 80 ألف فرنك وبالمقابل وقع صكوكا يتم سداد كل واحدة حين يحل أجلها، ولما حان وقت دفع قيمة الصكوك أحجم ليزاردي عن ذلك مدعيا أنه ناقص الأهلية طبقا لقانون بلده المكسيكي الذي كان يحدد سن الرشد ب 25 سنة وكان عمره لا يتعدى 23 سنة، فرفع ضده بائع المجوهرات الفرنسي دعوى يطالب فيها بدفع المبلغ المستحق مؤسسا دعواه على أن هذا الشخص بالغا الرشد وفق القانون الفرنسي الذي يحددها ب 21 سنة فحكم القضاء الفرنسي لصالح المواطن الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي كاستثناء من القاعدة العامة، والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية على كل المسائل المتعلقة بالأهلية.

وقد برر القضاء الفرنسي هذا الاستثناء على أساس المصلحة الوطنية وبالتالي يستبعد القانون الأجنبي إذا كان تطبيقه ضارا بالمصلحة العامة، وبالنسبة لهذه القضية فقد بررت المحكمة حكمها بما يلي:

- أن المكسيكي كان بالغا سن الرشد وفقا للقانون الفرنسي.

- أن المتعاقد الفرنسي كان حسن النية[52] وبالتالي يعد عذره بجهل القانون الأجنبي عذرا مقبولا، وانطلاقا من هذه القضية أصبح هذا الاستثناء معمولا به ونصت عليه معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري.

[51] - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 234.، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص67.

المحور السادس: تطبيقات تنازع القوانين في الزواج واثاره

الزواج هو الأساس الذي تقوم عليه الأسرة، وهو من أفسح المجالات في العلاقات القانونية سواء منها الداخلية أو تلك المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصة التي تتعدد فيها المسائل القانونية وتثور بصددها مسألة تنازع القوانين، وبالتالي صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق.

ويعود السبب في ذلك إلى الاختلاف في وجهة نظر الأنظمة القانونية في مفهوم الزواج سواء فيما يتعلق بشروط صحته أو مسألة إشهاره أو انحلاله وآثاره.

لذلك تظهر صعوبة في كبيرة في تكييف كل المسائل المتعلقة بالزواج وباعتبار أن الزواج يبدأ عادة بالخطبة لذلك ينبغي تحديد القانون الذي يحكمها قبل التطرق إلى القانون الذي يحكم شروطه الموضوعية والشكلية وكذا آثاره وانحلاله.

أولا: القانون الذي يحكم الخطبة

الخطبة مقدمة للزواج وعليه فهي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص،[53] ورغم أن المشرع الجزائري لم يحدد القانون الذي يحكمها بقاعدة إسناد خاصة فهي تخضع للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية خاصة فيما يتعلق بشروطها الموضوعية، كشرط من يحرم بينهما الزواج وهو قانون جنسية الخاطب والمخطوبة ويطبق القانون تطبيقا موزعا إلا في الموانع فيطبق تطبيقا جامعا وهذا قياسا على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وهو الحل الذي اعتمده المشرع المصري[54] ويبدو ان المشرع الجزائري أخذ بذلك قياسا

---

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

[53] - مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر الأردن، 2011، ص139.

[54] - أحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 1997، ص207-208.

على الزواج ولأنه يرتب الخطبة في قانون الأسرة[55] أما فيما يتعلق بشروطها الشكلية فهي تخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 من ق م ج التي تجعل شكل التصرف يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه التصرف أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف.

وبالنسبة إلى قواعد الإثبات التي يرجع إليها لإثبات الخطبة فإنها تخضع إلى القانون الذي يحكم شكل التصرف المنصوص في المادة 19 السالفة الذكر.

وفيما يتعلق بآثار الخطبة كعدم جواز الخطبة على الخطبة فإنها تخضع إلى قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة قياسا على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على الآثار المترتبة على الزواج والتي نتناولها لاحقا.

ومادامت الخطبة مجرد وعد بالزواج فإنه يجوز العدول عليها طبقا لنص المادة الخامسة من قانون الأسرة، غير أن العدول المصحوب بأفعال خاطئة التي تلحق أضرارا مادية أو معنوية بأحد الطرفين فإنه يستوجب التعويض ممن وقع منه الفعل الخاطئ مما يترتب المسؤولية التقصيرية[56]، وعليه تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية طبقا للمادة 20 من ق م ج ويطبق قانون المحل الذي وقع فيه العدول المضر بالطرف الآخر.

أما فيما يتعلق بالهدايا فقد اختلف الفقه في شأنها فذهب البعض إلى اخضاعها إلى قانون جنسية الطرفين على أساس أنها تدخل في مسألة انعقاد الخطبة، بينما يرى البعض الأخر أن الالتزام برد الهدايا يرجع إلى قانون محل تحقق الإثراء باعتباره تطبيقا من تطبيقات الإثراء بلا سبب، وفي كل هذه الأحوال يمكن

[55] - نص المادة 5 من قانون الاسرة.
[56] - أحمد لإبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص208 وما بعدها.

استبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق على الخطبة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

ثانيا: القانون الذي يحكم الزواج

1- الشروط الموضوعية للزواج والقانون الذي يحكمها

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تحكم الزواج من حيث انعقاده وآثاره وانحلاله، وقد نظم مسألة إبرام عقد الزواج وشروطه الموضوعية (أركانه) بقاعدة إسناد خاصة في المادة 11 ق م ج، وشروط الزواج الموضوعية تتمثل في الرضا أهلية الزواج والصداق والولي وانعدام الموانع ... ويرجع في تكييف هذه الشروط إلى قانون القاضي طبقا للقاعدة العامة ولقد نصت المادة 11 على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية وأسندتها إلى قانون جنسية الزوجين فتنص: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين ".

والملاحظ أن صياغة النص جاءت متناسبة مع الغرض الذي أعدت لأجله خاصة بعدما تدارك المشرع النقص في النص القديم بحيث أضاف لفظة (الموضعية) لأنها هي المقصودة، ولا توجد أي صعوبة في تطبيق قانون جنسية الزوجين على شروط موضوعية في الحالة التي تتحد فيها جنسية الزوجين، وبالتالي فإن الشروط الموضوعية للزواج هي تلك الشروط الجوهرية والأساسية لقيام رابطة الزواج وأن تخلف أي شرط أو ركن يؤدي الى البطلان.[57]

[57] - عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان2005، ص88.

غير أنه يطرح التساؤل حول القانون الواجب التطبيق في حالة اختلاف جنسية الزوجية فهل نطبق قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة أو نطبقهما معا[58]؟

للإجابة على هذا التساؤل ذهبت التشريعات وكذا الأحكام القضائية إلى تطبيق أحد الاتجاهين التاليين:

أ- التطبيق الجامع

المقصود من التطبيق الجامع لقانون جنسية كلا الزجين هو أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون جنسية الزوج في كل من الزوج نفسه والزوجة أيضا، وفي نفس الوقت يجب أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسية الزوجة في الزوجة نفسها وفي الزوج أيضا، وإذا تخلف شرط من الشروط المطلوبة في القانونين في أحد الطرفين أوكلاهما كان الزواج غير صحيح.

وقد عمل بهذا المنهج القضاء الفرنسي بهدف جعل رابطة الزواج صحيحة في نظر كل من دولة الزوج والزوجة، غير أن هذا المذهب صعب التطبيق إن لم نقل مستحيلا باعتبار اختلاف التشريعات في وضع الشروط الموضوعية، ورغم صعوبة تطبيقه إلا أنه يؤخذ به ويطبق فيما يتعلق بموانع الزواج وهذا نظرا لخطورتها إذ يجب هنا الأخذ بالتطبيق الجامع.

ب- التطبيق الموزع

يميل الفقه الحديث إلى تطبيق قانون جنسية أطراف العلاقة الزوجية تطبيقا موزعا، والمقصود بالتطبيق الموزع أنه يكفي لصحة عقد الزواج أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسية الزوج أن تتوفر فيه فقط دون اشتراط توفرها

[58] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص69. و محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، ص115.

في الزوجة، وأن تتوفر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون جنسية الزوجة في الزوجة فقط دون اشتراط توفرها في الزواج، وهذا ما اسقر عليه العمل القضائي ويبدو أنه هو المقصود من مضمون المادة 11 ق م ج بحيث تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين وفقا للتطبيق الموزع، غير أنه يمنع تطبيقه فيما يخص موانع الزواج فلا يطبق عليه إلا التطبيق الجامع.

وقد نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية على القانون يحكم الشروط الموضوعية للزواج في الحالة التي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية واعتبرته صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

وبالمقابل فإن الأجانب الذين يتم زوجهم بالجزائر يخضعون إلى قانون جنسيتهم.

ونلاحظ أن بعض الدول نصت صراحة في تشريعاتها على الأخذ بالتطبيق الموزع منها : ألمانيا، تركيا، بولونيا والبرتغال والنمسا ... ماعدا موانع الزواج التي أخضعتها إلى التطبيق الجامع.

ج- الاستثناء الوارد على حكم المادة 11

أورد المشرع استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة 11 مضمون هذا الاستثناء هو جعل الاختصاص للقانون الجزائري وحده فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج إذا كان أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وهذا الاستثناء يرد عليه هو الآخر استثناء يتعلق بالأهلية، إذ تبقى خاضعة إلى قانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية، وهذا ما نصت عليه المادة 13من

ق م ج بقولها: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذ كان أحد الزجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج "

2- الشروط الشكلية للزواج والقانون الذي يحكمها

الشروط الشكلية للزواج تعني تلك الأوضاع اللازمة لإظهار إرادة الزوجين إلى العلم الخارجي[59] مثل: المسائل المتعلقة بشهره وتحريره وإعطاء الوكالة فيه ...

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده لم ينظم هذه المسألة بقاعدة إسناد خاصة ولذلك لابد من الرجوع إلى قاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرفات الواردة في المادة 19 من ق م ج التي تنص: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ".

وطبقا لهذا النص فإن القانون الذي يحكم شكل الزواج هو المحل الذي تم فيه الزواج ويجوز أيضا أن يخضع لقانون الموطن المشترك للزوجين أو لقانون جنسيتهما إذا اتحدت جنسيتهما أو للقانون الذي يسري على أحكام الزواج الموضوعية، وعليه فإن الزواج الذي يعقده الجزائريين في الخارج وفقا لشكل البلد الذي يتواجدون به يعتبر صحيحا، كما يجوز لهم أيضا أن يلجؤوا إلى القنصلية الجزائرية لاتباع الشكل المطلوب في القانون الجزائري طبقا لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري والتي تنص على أنه: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع

[59] - أمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، المرج السابق، ص222.

المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج...".

والملاحظ أن قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل هي قاعدة معروفة منذ القدم تسمى بقاعدة لوكيس[60] التي اعتنقتها أغلب التشريعات مع الاختلاف في مدى إلزاميتها.

2-1- مدى إلزامية قاعدة locus[61]

أ- قاعدة locus ملزمة

ذهبت بعض الدول في تشريعاتها إلى جعل القواعد التي تحكم شكل التصرف إلى قانون المحل قواعد إلزامية آمرة لا يجوز مخالفتها على الإطلاق ومن هذه التشريعات قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الإنجليزي والقانون الياباني ومن سار في هذا الاتجاه.

ب-قاعدة Locus اختيارية

لم تجعل الدول العربية والدول الأوروبية قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل قاعدة إلزامية بل جعلتها اختيارية، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده أعطى الاختيار للمتعاقدين بين شكل الزواج وفقا لقانون المحل الذي تم فيه وبين شكله وفق قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية كالتصرف.

وهذا ما هو واضح في نص المادة 19 خاصة بعد تعديلها بالقانون 10/05 التي نصت صراحة على أن قاعدة لوكيس اختيارية من خلال قول المشرع "ويجوز"

---

[60] - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2011، ص 176.

[61] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص70-71.

وذكرها لعدة ضوابط أخرى غير ضابط المحل، وهذا ما تدعمه نصوص قانون الحالة المدنية خاصة المادة 95 والمادة 95 والمادة 97 التي تجيز للجزائريين في البلاد الأجنبية أن يتقدموا إلى القنصلية الجزائرية لعقد زواجهم وفقا لقانون جنسيتهم، وعليه يعتبر الزواج الذي تم في شكل يتطلبه بلد أجنبي يعتبر صحيحا في البلد الآخر وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1902 (يعتبر الزواج الحاصل من حيث الشكل طبقا لقانون البلد الذي يباشر فيه صحيحا في كل مكان أخر) فقا للمادة 05 منها.

أما بالنسبة للدول التي تجعل شكل الزواج ركنا موضوعيا كاليونان فقد أعطتها اتفاقية لاهاي السابقة الحق في رفض الزواج الذي يتم لرعاياها ويكون مخالفا للشكل الديني وهذا حسب نص المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي بقولها (ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجوز للبلاد التي يتطلب قانونها شكلا دينيا للزواج ألا تعترف بصحة الزواج المعقود بين رعاياها في الخارج في غير الشكل الديني المطلوب) وهو نفس المطرح الذي أخذت به معاهد لاهاي لسنة 1978 الخاصة بإبرام الزواج والاعتراف به[62].

ثالثا: القانون الذي يحكم آثار الزواج

يرتب الزاج آثارا منها الشخصية ومنها المالية:

فالآثار الشخصية هي مجموعة من الحقوق والوجبات المتبادلة بين الزوج والزوجة أو المشتركة بينهما[63] وهذا ما نصت عليه المادة 36 من الأمر 02/05 الخاص بقانون الأسرة المعدل والمتمم.

---

[62] - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مطبعة الكاهنة الجزائر 2000، ص155.

[63] - محمد حبار، القانون الدولي الخاص، دار الرؤى للنشر والتوزيع الجزائر، ص128. و محمد عبد العال عكاشة، الاجراءات المدنية والجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطوعات الجامعية الاسكندرية 2008، ص271.

أما بالنسبة للآثار المالية فتتمثل في الذمة المالية لكل من الزوجين وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها أنها لا ترتب أي أثر مالي باعتبار أن الذمة المالية لكل من الزوجين مستقلة استقلالا تاما، بحيث يحتفظ كل طرف من أطراف العلاقة الزوجية بحريته الكاملة في إدارة وتسير أمواله والتصرف فيها، غير أن هذا لا يمنع من اتفاق الزوج والزوجة على كيفية إدارة أموالهما بشرط ألا يؤدي ذلك إلى جعل أموالهما مشتركة بينهما مثلما هو معروف في الأنظمة الغربية وهذا ما نصت عليه المادة 37 من قانون الأسرة قانون 02/05.

وفي الأنظمة الغربية يرتب الزواج آثار مالية إلى جانب الآثار الشخصية، والآثار المالية هي مجموعة من القواعد القانونية أو الاتفاقية التي تبين حقوق كل من الزوجين والتزاماته، وذلك في كل ما يتعلق بملكية الأموال وإيراداتها وإدارتها والانتفاع بها، وهذه الأنظمة السائدة في الغرب قد تكون قانونية بحيث تكون واجبة الإتباع مالم يتفق الزوجان على نظام آخر

وقد تكون اتفاقية يعتمدها الطرفان بمقتضى عقد خاص غير عقد الزواج يسمى مشارطة الزواج[64].

1- القانون الذي يحكم آثار الزواج في الدول الغربية

الأنظمة الغربية غير موحدة بخصوص القانون الذي يحكم آثار الزواج خاصة منها المالية، فنجد أن القانون الفرنسي يخضع أثار الزواج الشخصية إلى قانون جنسية الزوج، أما الآثار المالية[65] فقد اختلف الفقه بشأنها فاعتبرها بعض الفقهاء داخلة في نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت

[64] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص74. والطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بقوانين الدول العربية، المرجع السابق، ص164.

[65] - أمين دربة، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع 2011، جامعة مولاي الطاهر ، ص37.

إبرام عقد الزواج، وهناك طائفة من الفقهاء والأحكام القضائية أخرجت آثار الزواج من نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي اختلف في القانون الذي يحكمها.

فهناك من أخضع الأثار المالية إلى قانون الإرادة سواء كانت الإرادة ضمنية أو صريحة، وهناك من أخضعها إلى القانون الذي يحكم الموضوع على أساس أنها واقعة وبالتالي يحكمها ما يحكم الواقعة.

وأخضع بعض الفقهاء آثار الزواج إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين توحيدا لمصالح الأسرة والمساواة بين الزوج والزوجة وهذا ما كانت تأخذ به ألمانيا الاتحادية واليونان والبرتغال، كما أخضع جانب من الفقه آثار الزواج إلى قانون الموطن المشترك الذي استقر فيه الزوجان باعتبار أن إرادتهما قد انصرفت إلى اختيار قانون الموطن على آثار الزواج المالية.

2- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج في التشريع الجزائري

يسند التشريع الجزائري الآثار المالية والشخصية للزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت أبرام عقد الزواج فتنص المادة 12 من القانون المدني 10/05 "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

والملاحظ على هذا النص أنه نص صراحة على خضوع كل من الآثار الشخصية والمالية إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج وهذا عكس النص السابق قبل التعديل الذي كان يركز على الآثار المالية دون أن يذكر الآثار الشخصية وفي هذا أكثر وضوح ودقة لأن كلا الأثرين مهمين.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد هذه الآثار مفصلة في المادة 36 والمادة 37 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

ويستنتج من قاعدة الإسناد الواردة في المادة 12 من ق م ج أن المشرع بتحديده للقانون الذي يطبق ويعتد به وهو قانون جنسية الزواج وقت إبرام عقد الزواج. نجده من جهة غلب وفضل قانون جنسية الزوج باعتباره رب الأسرة ومن ثم يعطيه القانون سلطة رعايتها، ومن جهة أخرى فقد أعتبر أن آثار الزواج تضل خاضعة إلى قانون جنسية الزواج وقت إبرام عقد الزواج حتى ولو غير جنسيته بعد قيام الرابطة الزوجية، وتبرير ذلك أن حقوق وواجبات الطرفين قد نشأت مع قيام الزواج وانعقاده وقبلت بها الزوجة وليس من العدل أن تتغير بناء على إرادة الزوج المنفردة لأنه غير جنسيته.

غير أنه كان من الأفضل على المشرع في الحالة التي تصبح فيها جنسية كل من الزوج والزوجة جنسية واحدة أن يخضع هذه الآثار إلى قانون الجنسية المشتركة وليس إلى قانون جنسية الزواج وق إبرام عقد الزواج، وذلك توحيدا للنظام القانوني الذي يحكم الزواج وحتى لا يكون هذا القانون المطبق قانونا غريبا وأجنبيا على كلا الزوجين.

3- الاستثناء الوارد في المادة 13 بالنسبة إلى أثار الزواج

إذا كان الزوج جزائريا فإنه في هذه الحالة تكون العلاقة الزوجية وما يرتب عليها من آثار الزواج خاضعة لقانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج طبقا للقاعدة العامة الواردة في نص المادة 12، غير أن المشرع أخضع آثار الزواج التي تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبيا إلى القانون الجزائري وحده وهذا استثناء من الأصل العام الذي يجعل خضوع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج .

وبالتالي يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان الزوج أجنبيا وفي المقابل الزوجة جزائرية كاستثناء من القاعدة العامة.

4- القانون الذي يحكم بطلان الزواج

يتجه الرأي الراجح في الفقه إلى اخضاع الزواج الباطل إلى نفس القانون الذي يحكم الشرط الذي تخلف والذي كان سببا في بطلان الزواج.

مثال ذلك: أن القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج هو قانون جنسية الزوجين ويترتب على ذلك أن قانون جنسية الزوجين هو الذي يحكم بطلان الزواج.

المحور السابع: تنازع القوانين في الطلاق واثاره

أولا: في القانون الجزائري

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق أو التفريق الجسماني في المادة 2/12 من ق م ج حيث تنص: " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

والملاحظ على هذا النص أنه نظم التفريق الجسماني وهو نظام غير منصوص عليه في قانون الأسرة وغريب على التشريع الجزائري، ويتمثل في انفصال الحياة المشتركة بمباعدة مادية بين الزوجين دون أن يؤدي ذلك إلى انتهاء الرابطة الزوجية ألا بعد مضي مدة زمنية معينة على الانفال وصدور قرار قضائي بذلك[66]، وبالتالي فهذا الحكم لا يطبق إلا على الأجانب فقط، وكذلك يفهم من نص المادة 12

[66] - غالب عي الداودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص179-180.

أن المشرع أغفل الإشارة إلى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة مادام أن قانون الأسرة يقرر ذلك في المادة 48 منه، ولكن الشيء الذي يبرر ذلك أن الطلاق والتطليق طبقا للقانون الجزائري يجب أن يكون بناء على حكم قضائي طبقا للمادة 49 من ق أ ج، وقد نظم قانون الاجراءات المدية والإدارية في القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثاني مختلف الدعاوى المتعلقة بقسم شؤون الأسرة خاصة المادة 423 و 424 و 425 ونظم مسألة الاختصاص الاقليمي بموجب القسم الثاني خاصة بالمادة 426والتي ينعقد الاختصاص في مسائل فك الرابطة الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، كما نظم أيضا في القسم الثالث إجراءات الطلاق بموجب المواد 427 إلى438 من قانون الاجراءات المنية والإدارية.

وبالتالي يخضع التطليق والتفريق الجسماني طبقا لنص المادة 12 إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهو ما أخذت به معظم الأنظمة.

وعليه فالمشرع الجزائري اعتد بجنسية الزوج وحدها وهذا بخلاف الشروط الموضوعية للزواج التي أخضعها إلى قانون جنسية كل من الزوج والزوجة، وتجدر الملاحظة أن إخضاع حل الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى منتقد من طرف الفقه على أساس أنه ينطوي على ظلم واجحاف في حق الزوجة، لأنها قد تتزوج تحت سلطان قانون جنسية زوجها الذي لا يجيز الطلاق ثم يتجنس بجنسية دولة يجيز قانونها الطلاق فيرفع الزوج دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة فيحكم له بذلك فتظلم الزوجة لذلك نجد الآراء قد باينت في الأنظمة الغربية كما سنرى.

1- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية

يحدد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة إلى التطليق والتفريق الجسماني من له الحق في الطلاق وكيفية ممارسته وكذا الأسباب التي يجب توافرها لجواز الحكم بالتطليق والتفريق الجسماني، كما يحدد لنا قانون جنسية الزوج كل القواعد المتعلقة بقواعد الإثبات والأدلة الواجب توافرها وتقديمها، كما يحدد لنا قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أهم آثار انقضاء الزواج كتقدير أحوال النفقة للمطلقة، وكذا التعويض لأحد الزوجين في حالة وجوده ويحدد لنا أيضا ما يسقط من التزامات بين الزوجين نتيجة الانفصال.

للإشارة فإن مسألة الإجراءات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية سواء عن طريق التطليق أو التفريق الجسماني تخضع إلى قانون القاضي لأنها تعتبر من النظام العام وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 21 مكرر 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني وللجزائريين المتواجدين في الخارج التقدم إلى القنصليات الجزائرية لإجراء الطلاق، وقد نظم قانو الاجراءات المدنية والادارية المسائل المتعلقة برفع دعاوى الطلاق كذا الاختصاص المحلي[67].

2- الاستثناء الوارد على نص المادة 12

وضع المشرع الجزائري استثناء في المادة 13 ق م ج متعلقا بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج في الحالات التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا، بحيث يخضع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده، غير أن الإشكال يطرح في الحالة التي تنشأ فيها الرابطة الزوجية جزائرية ثم يغير الزواج

[67] - أنظر المواد من 423 إلى 48 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

جنسيته فيصبح الأطراف كلهم أجانب بما فيها الزوجة. فهل يخضع الطلاق في هذه الحالة إلى القانون الجزائري أم إلى قانون الجنسية الجديدة؟

نلاحظ في هذا الصدد أن القضاء المصري قد طبق قانون الجنسية الذي نشأت فيه العلاقة الزوجية ويبدو أن هذا الحكم ينطبق مع مقصود المشرع الجزائري بحيث يخضع حل الرابطة الزوجية في هذه الحالة إلى القانون الجزائري رغم أن الأطراف كلهم أصبحوا أجانب ويبدو أن تبرير ذلك يرجع إلى أساس الغش نحو القانون.

3- في القوانين الغربية

لقد اختلفت الأنظمة الغربية في القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق أو التفريق الجسماني ومن ذلك نجد[68]:

- القانون اليوناني الذي ينص في قانون سنة 1940 على أنه يسري على انحلال الزواج قانون آخر جنسية مشتركة اكتسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى فإذا لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

أما في فرنسا فقد كان القضاء يخضع التطليق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوجين فإن اختلف جنسية طبق التوزيع وبالتالي يحم بالطلاق للزوج الذي يسمح قانونه بالطلاق في الحالة التي يكون قانون الزوج الآخر يمنعه وهذا ما طبق في قضية السيدة ferrari، ثم عاد القانون الفرنسي إلى إخضاع التطليق والتفريق الجسماني إلى قانون الموطن المشترك للزوجين فإن لم يكن لهما موطنا مشتركا سرى على التطليق قانون القاضي.

---

[68] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص76. والطيب زروتي، القانون الدلي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص168. و أعراب بلقاسم، القانون الدولي لخاص لجزائري، المرجع السبق، ص257.

المحور الثامن: تنازع القوانين المتعلقة بأهم المسائل الأخرى في قانون الأسرة

أولا: القانون الذي يحكم النسب

يعتبر النسب من المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية وهذا ما نص عليه المشرع ونضمه في قانون الأسرة، غير أن موضوع النسب وخاصة مسألة إثباته لم يتناوله المشرع في قواعد الإسناد إلا بموجب القانون 10/05 حيث وضع قاعدة إسناد خاصة في المادة 13 مكرر بقولها: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة ".

إذن فالمشرع أخذ في مسألة إثبات النسب بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل مهما كانت الجنسية التي كان يحملها قبل ذلك.

أما في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فينظر إلى جنسية الأب وقت الوفاة.

ويتم إثبات النسب وفقا لما نصت عليه المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة بكافة طرق الإثبات بما فيها الطرق العلمية الحديثة، وتنظم مسالة رفع الدعوى والاختصاص الاقليمي ومختف الاجراءات المواد 423 إلى 425 من قانون الاجراءات المدنية والادارة.

وتجدر الإشارة إلى أن الأنظمة الغربية تسند مسألة إثبات النسب إلى قانون جنسية الأم على أساس أنها المحور الأساسي في العلاقة الزوجية.

وذهب رأي أخر إلى إخضاع النسب إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج أما فيما يخص الولد الطبيعي فيخضع إثبات نسبه إلى قانون جنسية الطفل[69].

[69] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص264-265.

ثانيا: القانون الذي يحكم الكفالة والتبني

الكفالة التزام على وجه التبرع بموجبها يتم القيام بولد قاصر بنفقة وتربية ورعايته مثل قيام الوالد بابنه وتتم بعقد شرعي سواء وقعت على ولد شرعي أو غير شرعي دون أن ينسب الود إلى كفيل وتم الكفالة بعد رسمي أمم الموثق أو بوجب حكم من المحمة[70]، ولقد أدخلها المشرع في نطاق الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص وذلك بالنص عليها في المادة 13 مكرر1 بقولها: " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل ... ".

والملاحظ أن المشرع قد أخضع شروط صحة الكفالة إلى قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول ويكون تطبيق ذلك في حالة اختلاف جنسيتهما تطبيقا موزعا، وينظر إلى قانون الجنسية وقت إجراء الكفالة وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد شروط صحة الكفالة مبسطة في أحكام المادة 116 وما بعدها.

أما بالنسبة إلى أثار الكفالة المنصوص عليها في المادة 120 ق أ ج وما بعدها فقد أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون جنسية الكفيل وقت إجرائها.

والملاحظ أن المشرع في هذا المجال قد أضاف مسألة التبني التي لا يعترف بها قانون الأسرة الجزائري ورتب عليها نفس أحكام الكفالة وهذا الحكم ينطبق ويطبق على الأجانب دون الجزائريين باعتبار، أن القانون الجزائري يجعل التبني ممنوع شرعا وقانونا طبقا لنص المادة 46 من ق أ ج وهنا المشرع يضع نفسه في موقف محرج في حالة تطبيق أحكام التبني مع أن قانونه الداخلي يمنعه وهذا ما يجعله يتأثر بالأنظمة الغربية واستجابة لمراعاة مصالح الأجانب نتيجة النداءات الدولية، ويستبعد تطبيقه على الجزائريين مادام أن شروطه الموضوعية تخضع لقانون جنسية

[70] - عبد الحميد تابليت، عبد العزيز نوري، حلة الأشخاص القانونية، المرجع السابق، ص67.

الطرفين فإذا كان أحدها جزائرا فلا تتحقق الشروط ويصبح باطلا بموجب قانو الأسرة.

ثالثا: القانون الذي يحكم النفقة بين الأقارب

أدرج المشرع الجزائري النفقة بين الأقارب ضمن الأحوال الشخصية ووضع لها قاعدة إسناد خاصة بها في المادة 14 ق م ج التي تنص: " يطبق القانون الوطني على الإلزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها ".

وقبل دراسة القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة يجدر بنا معرفة ما يلي:

1- المقصود بالنفقة

النفقة بين الأقارب هي تلك النفقة التي تقرر وفقا للقواعد الموضوعية العادية التي تحددها القوانين في مختلف الدول والتي يكون الهدف منها حماية أطراف العلاقة العائلية المعوزة التي لا تقدر على الحياة بمفردها[71] ومن ذلك تخرج كل من:

أ- النفقة الوقتية التي يقررها القاضي أثناء نظر الدعوى للزوجة وهذه النفقة يحكمها قانون القاضي وليست المقصودة في نص المادة 14 ق م ج.

ب- وتخرج أيضا النفقة الزوجية والتي تكون واجبة على الزوج اتجاه زوجته فهذه النفقة تعتبر من أثار الزواج تقوم بقيامه وتنعدم بانعدامه.

وتختص المحمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بها وفقا لنص المادة 5/426، من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[71] - عبد الحميد تابنيت، عبد العزيز نويري، حالة الأشخاص القانونية، المرجع السابق، ص66.

2- المقصود بالقرابة

المقصود بالقرابة في نص المادة 14 ق م ج الصلة التي تقوم بين الأقارب والمبنية تارة على رابطة الدم أو الأصل المشرك الذي يجمع بين الأشخاص، وتارة أخرى على المصاهرة وقد تكون هذه القرابة مباشرة أو قرابة حواشي أو مصاهرة[72] مثل: قرابة الابن بزوجة أبيه وقرابة الأب بزوجة ابنه فكلها قرابة مصاهرة.

3- القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب

أسند المشرع الجزائري الحكم الوارد في المادة 14 إلى قانون المدين بها أي قانون جنسية الشخص المطالب بهذا الالتزام المتمثل في النفقة على أقاربه، إذن قانون جنسية المدين بالنفقة هو القانون الواجب التطبيق وليس قانون جنسية الشخص الذي وجدت النفقة من أجله.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أنه كان يعتبر النفقة من النظام العام لذا يجب أن يسري عليها القانون الفرنسي حتى ولو تعلقت بالأجانب، إلا أن الفقه الحديث يميل إلى جعل الاختصاص للقانون الذي يحكم آثار الزواج أو القانون الذي يسري على علاقة النبوة.

وقد قررت اتفاقية لاهاي لسنة 1956 الالتزام بالنفقة نحو الأولاد وجعلت الاختصاص لقانون الموطن العادي للولد، فإذا كان هذا الموطن يرفض الحق في النفقة فإن الاختصاص يكون للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولة القاضي المعروض عليه النزاع[73].

رابعا: القانون الذي يحكم حماية القاصر

1- في القانون الجزائري

[72] - أنظر المادة 33 والمادة 34 والمادة 35 من القانون المدني الجزائري.
[73] - اتفاقية لاهاي، الصادرة بتاريخ 24-0-15 والخاصة بالالتزام بالنفقة نحو الأولاد.

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالوصاية والولاية والقوامة وحدد القانون الواجب التطبيق عليها فتنص المادة 15 من ق م ج 10/05 على أنه: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالوصاية والولاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايه...".

والمقصود من الولاية في هذا النص الولاية على المال وليست الولاية على النفس لأن هذه الأخيرة تدخل في آثار الزواج وبالتالي يطبق عليها القانون الذي يحكم أثار الزواج.

والحكمة من الولاية على المال المقصودة في هذا المجال أن ناقص الأهلية يحتاج إلى نظام يحميه وإلى من يتولى أمر شؤونه المالية التي يحتاج إلى من يسيرها ويديرها وقد يكون ذلك عن طريق الوصاية أو الولاية أو القوامة.

والملاحظ أن المشرع قد قرر الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته فيما يتعلق بالشروط الموضوعية دون قانون جنسية الشخص الذي يقوم بالحماية المقررة قانونا على ناقص الأهلية، ويبدو أن المشرع قد فضل قانون جنسية المحمي لأن هذه النظم القانونية إنما جاءت لحماية ناقص الأهلية والغائبين وسد عجزهم الذي يصادفهم عند القيام بالتصرفات القانونية مما يستلزم الأمر خضوع تلك الحماية إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته باعتباره القانون الذي يحكم أهليته.

وعليه يجب الرجوع إلى قانون جنسية المحمي لمعرفة كل المسائل المتعلقة بالوصاية والولاية والقوامة، غير أنه في بعض الحالات يمتنع الوصي أو القيم عن قبول الوصاية والولاية والقوامة فيثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق ؟

أ- ذهب رأي إلى الأخذ بقانون جنسية الشخص المحمي لتحديد أسباب الامتناع.

ب- ذهب رأي ثان إلى الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي يقوم بالحماية لتقدير أسباب الامتناع لأنه من غير المعقول أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافا لما يقضي به قانون جنسية وهذا الرأي هو الأقرب للصواب.

ج- الاستثناء الوارد في المادة 15.

نص المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 15 على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بالنسبة للتدابير المستعجلة في الحالة التي يكون فيها القصر وعديمي الأهلية والغائبين موجودين في الجزائر وقت اتخاذ التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر،

إذن يشترط لتطبيق هذا الاستثناء أن تتوفر حالة الاستعجال أن يكونوا في الجزائر أو أموالهم موجودة في الجزائر وقت الأخذ بالتدابير.

2- القانون الذي يحكم حماية القصر في النظم الغربية

أخذت الدول اللاتينية وفرنسا بإخضاع المسائل الموضوعية إلى قانون جنسية ناقص الأهلية، أما بالنسبة للدول الأنجلو أمريكية فهي تخضع هذه المسألة لقانون موقع المال وبالنسبة للإجراءات فهي تخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة[74].

خامسا: القانون الذي يحكم الميراث والوصية

1- الميراث

أ- نظم المشرع الجزائري وكذا الدول العربية مسألة الميراث وأدخلها ضمن نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي أخضعها إلى قانون الجنسية سواء كان الميراث واقعا

[74] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص79.

على عقار أو منقول بحيث تنص المادة 16 ق م ج من قانون 10/05 بقولها: " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ".

وعليه يبين قانون جنسية المتوفي شرط استحقاق الإرث ومن هم الورثة وماهي مرتبة كل منهم وما هو نصيبه ويبين موانع الإرث وحالات الحجب ...

ويستبعد تطبيق قانون الجنسية إذا كان مخالفا للنظام العام كتوريث غير مسلم للمسلم أما التركة التي لا وارث لها فهي تؤول إلى بيت المال أو الخزينة العامة وفق ما نص علية القانون المدني[75].

ب- القانون الذي يحكم الميراث في الدول الغربية[76]

تدخل بعض التشريعات الميراث في الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفي، وبعض التشريعات تفرق بين الميراث في العقار والمنقول. فيخضع الميراث في العقار لقانون موطن العقار والميراث في المنقول لقانون موطن المورث، وهذا ما أخذت به فرنسا وانجلترا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية، أما ايطاليا وألمانيا واليونان فقد أخضعته كله إلى قانون الجنسية بالنسبة للمورث سواء وقع على عقار أو منقول، بينما يرى نبواييه أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية وسياسية واجتماعية، إذ أن خضوع العقار لقانون والمنقول لقانون قد يرتب مشاكل من حيث تطبيق القانون مثلما حدث في إيصاء حفيدة جورج ساند بمنزل للأكاديمية الفرنسية في فرنسا لكنها توفيت في إيطاليا فخضع الأثاث للقانون الإيطالي بينما المنزل للقانون الفرنسي.

---

[75] - تنص المادة 773 من القانون المدني عل أنه: ق تعبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي لي لها مالك، وذلك أموال الناس الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم.".

[76] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص80-81.

2- الوصية

هي كل تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت وهي تنعقد عند صدورها من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موته وقبول الموصي له، وعليه يجب أن تتوفر لدى الموصي أهلية التبرع عند صدورها بما أن الوصية عمل إرادي، لذا فالرأي السائد أن أهلية الموصي تخضع لقانون جنسيته وقت عمل الوصية وهو الرأي المعمول به في فرنسا وهو أيضا المستخلص من نص المادة 16 ق م ج والمادة 17 من ق م المصري باعتبارهما مستمدتان من المادة 29 من القانون البولوني[77].

وطبقا لنص المادة 16 من ق م ج تخضع الوصية من حيث شروطها الموضوعية إلى قانون الجنسية بالنسبة للموصي وقت وفاته، أما في فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة أ وبعض التشريعات التي تلحق الوصية بالميراث وبالتالي تدخلها في نظام الأحوال العينية، فتخضع الوصية المتعلقة بالعقار لقانون الموقع، والوصية بالمنقول لقانون موطن الموصي وقت وفاته.

شكل الوصية : يلاحظ أن المشرع في نص المادة 16 قبل التعديل كان يخضع شكل الوصية إما لقانون جنسية الوصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وهذا طبقا للفقرة الثانية من المادة 16 ق م ج، غير أنه بتعديل القانون المدني بالقانون 10/05 حذف هذه الفقرة وهذا يدل على أن شكل الوصية يخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 التي تنظم القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف.

كما أن للأجانب في الجزائر أن يحرروا وصاياهم في الشكل المعمول به في الجزائر، أما رعايا الجزائر في الخارج فإن لهم أن يقوموا بعمل وصاياهم سواء طبقا

[77] -علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص81.

لشكل المحل أو للشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري وأن يودعوا وصاياهم على سبيل الأمانة بالقنصليات الجزائرية[78].

وقد أضاف المشرع الجزائري التصرفات التي تنفذ بعد الموت وهي تصرف المريض مرض الموت المقصود بها التبرع الذي تنص عليه المادة 1/776 من ق م ج.

وكذلك التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بحق الانتفاع في نص المادة 777من ق م ج وقد ألحقها المشرع بالوصية وبالتالي تسري عليها نفس الأحكام الخاصة بالوصية سواء فيما يتعلق بالشروط الموضوعية أو الشكلية[79].

سادسا– القانون الذي يحكم الهبة والوقف

أدخل المشرع الجزائري كل من الهبة والوقف في نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي أخضعها للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية وهو قانون الجنسية وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 16 من ق م ج بقولها: " يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها ".

وينظر إلى قانون الجنسية وقت إجراء التصرف أو وقت القيام بالهبة والوقف باعتبار أنها تنفذ في ذلك الوقت، وبالتالي فهي تختلف عن الميراث والوصية باعتبار أنهما ينفذان بعد الموت فيطبق عليها قانون الجنسية وقت الوفاة.

ونلاحظ أن كلا من القانون المصري والليبي قد أخرج الهبة من نطاق الأحوال الشخصية وأدرجاها في القانون المدني كعقد من العقود الناقلة للملكية وعليه فطبقا للقانون المصري والليبي تخضع الهبة لقانون العقد.

---

[78] - راجع القسم الثاني الحالة المدنية القنصلية المواد من 104 إلى 111 من قانون الحالة المدنية.

[79] - نصت المادة 775 من القانون المدني على أنه: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها.".

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول الهبة والوقف إلا بموجب القانون 10/05 وبالتالي كانت تدرج ضمن القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص انطلاقا من نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية والمادة 23 مكرر2 من القانون المدني التي تنص على أنه: " تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

المحور التاسع: القانون الواجب التطبيق على المال

إذا كان ضابط الإسناد كما سبقت الإشارة إليه في الأحوال الشخصية يستمد من أطراف العلاقة القانونية باعتبار أن الأشخاص هم العنصر الغالب ومن ثم خضوعها إلى قانون الجنسية أو الموطن, فإن ضابط الإسناد في الأحوال العينية يختلف عنه حيث يستمد من موضوع العلاقة القانونية على أساس أن موضوعها هو المال وهو العنصر المهيمن وله ثقل كبير من حيث الأهمية بالنسبة إلى أطراف العلاقة, ومن ثم جرى العمل على إخضاع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المتعلقة بالمال إلى قانون موقعها.

أولا: مفهوم الأحوال العينية

الأحوال العينية هي كل ما يتعلق بالمسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان ماديا كالحقوق العينية الواقعة على العقار أو المنقول وكل حقوق الملكية وأسباب كسبها من حيازة وشفعة أو كان هذا المال معنويا مثل: حق المؤلف براءة الاختراع والملكية الصناعية ...

1- نشأة قاعدة قانون موقع المال:

تعود قاعدة قانون موقع المال إلى القرون الوسطى وقد تطورت عبر مراحل متعددة نتيجة للإسهامات الفقهية إلى أن وصلت إلى قاعدة منظمة في كل

التشريعات, ويمكن أن نقف على أهم المحطات التي مرت بها هذه القاعدة على النحو التالي[80]:

أ- المعالم الأولى لظهور هذه القاعد تعود إلى القرن 13 وذلك حين تسأل الفقيه 'بارتول' عن مدى حق الأجنبي في البناء فوق العقار الذي يملكه؟ وقد أجاب عن هذا التساؤل بنفسه بأن قانون موقع العقار هو الذي يحكم ذلك.

ب- تأكدت هذه القاعدة في القرن 16 على يد الفقيه الفرنسي 'دارجنتريه' وذلك من خلال دفاعه على مبدأ إقليمية القوانين وتطبيقه دون استثناء مما جعل المال يخضع إلى قانون موقعه نتيجة للأخذ بهذا المبدأ.

ج- ظهرت هذه القاعدة مرة أخرى في القرن 19 على يد الفقيه الإيطالي 'مانشيني' حينما نادى بشخصية القوانين وذلك بامتداد القانون إلى خارج حدود الدولة واستثنى من هذا الأصل المال وأخضعه إلى قانون موقعه على أساس أن ذلك من النظام العام.

د- يعتبر الفقه الألماني من المدارس التي أكدت على وجود قاعدة قانون موقع المال بزعامة الفقيه 'سافيني' وذلك من خلال نظرية التركيز المكاني والتي تهدف إلى تطبيق قانون موقع العقار لأن مصالح الشخص تتركز عادة في المكان الذي تتواجد فيه أمواله.

وهكذا نشأت قاعدة قانون موقع المال وأصبحت منصوص عليها في التشريع الجزائري حيث نظمها بنص المادتين 17 و17 مكرر[81] من القانون المدني.

ولقد استندت قاعدة قانون موقع المال إلى عدة مبررات منها[82]:

- أن تطبق هذه القاعدة يؤدي إلى استقرار المعاملات وذلك بالرجوع إلى قانون موقع المال الذي يبين لنا مدى وجود الحق العيني الذي يريد الشخص نقله إلى الأخر.

[80] -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص282.

[81] - حيث أضاف المشرع الجزائري المادة 17 مكرر بموجب القانون 05-10المعدل والمتمم للقانون المدني

[82] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص283.

- تحقق هذه القاعدة حماية للغير وذلك بسهولة الرجوع إلى حالة العقار من خلال موقعه والاطلاع على ما لحق به من رهون وتأمينات وبالتالي يكون على بينة من أمره كما, أن كل ما يتعلق بالشهر والتسجيل تخضع لقانون موقع العقار .

- ومن هذه المبررات أيضا نظرية التركيز المكاني التي ذكرت سابقا

- اعتبر أغلب الفقهاء أن العقارات جزء من اقليم الدولة وبالتالي فهي تبسط سيادتها عليها, ومن المعقول أيضا أن تخضع لقانونها حتى توفر الدولة قدرا من الحماية لمصالحها.

- ومن المبررات أيضا أن المحاكم المختصة بالنظر في النزعات المتعلقة بالعقار تكون عادة هي محاكم الدولة التي يوجد بها هذا المال, سواء كان عقارا أو منقولا ومن ثم خضوعه إلى قانون موقعه.

ثانيا: القانون الذي يحكم المال المادي

1-القانون الذي يحكم العقار

يخضع المال من حيث التكييف لقانون موقع تواجد هذا المال عملا بالاستثناء الذي وضعه بارتان وأخذ به القانون الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 17 ق م.

ومن حيث القانون الواجب التطبيق على العقارات فإنه لا يوجد أي إشكال بحيث أنها مادامت ثابتة في مكان واحد فإنه يطبق عليها قانون موقعها وهذا ما أخذت به جميع التشريعات, ويشمل تطبيق قانون موقع العقار كل ما يتعلق بحق ملكية هذا العقار وطرق كسب الملكية من حيازة وشفعة, كما يشمل كل الحقوق العينية العقارية الأخرى من انتفاع وسكن وارتفاق, ويشمل التقادم المكسب وطرق الإشهار الواجبة للحقوق العقارية وحقوق الامتياز الواردة على العقار... وهذا ما نصت عليه المادة 17 بقولها (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار) وقد أخذ القانون المصري في المادة 18 بهذا الحكم وكذا القانون السوري في المادة 19 والقانون العراقي في المادة 24.

- والملاحظ على نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري أنه جاء خاصا بالعقار المتواجد في مكان واحد, غير أن الإشكال يطرح في الحالة التي يكون فيها العقار يقع جزء منه في دولة وجزء منه في دولة أخرى فيصعب تطبيق الأصل العام نظرا لصعوبة تحديد موقعه وبالتالي القانون الذي يحكمه, وهنا ذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع كل جزء منه إلى قانون الدولة التي يقع فيها مالم توجد في هذا الشأن اتفاقية فإن وجدت فهي التي تطبق.

- أما مسألة العقد الذي ينشئ حقا عينيا على عقار أو ينقله أو ينهيه فما هو القانون الذي يخضع إليه؟

نلاحظ في هذا الصدد أنه تباينت الآراء[83]:

- إذ يرى 'نبوايبه' إخضاع العقد الواقع على عقار لقانون موقع العقار سواء من حيث المضمون أو الشكل أو الأثر وهذا هو مذهب' دارجنتريه' وهذا المذهب أخذت به المدرسة الهولندية وكذا الفقه الأمريكي بزعامة 'ستوري'

- أخذ القضاء الانجليزي بهذا الرأي, غير أن الفقه الحديث جعله يعدل عن هذا الرأي وأصبح يخضع العقد الواقع على عقار إلى قانون العقد وليس لقانون الموقع, أما القضاء الفرنسي فقد أخذ في البداية برأي 'دارجنتريه' غير أنه استقر على إخضاع العقد الواقع على عقار من حيث الأهلية لقانون الجنسية ومن حيث الشكل لقانون المحل ومن حيث الموضوع لقانون الإرادة وهذا ما أخذ به القضاء الالماني.

2- موقف المشرع الجزائري

العقد المبرم في شأن العقار طبقا للقانون الجزائري يخضع لقانون موقع العقار وليس لقانون الإرادة, وهذا ما يبرر الاستثناء الوارد على نص المادة 18 من ق م ج, فبعدما نص على الأصل العام بإخضاع العقود إلى قانون الإرادة جاء الاستثناء في الفقرة الأخيرة (غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه) وهو نفس الحكم الذي أخذ به القانون المصري.

[83] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص96.

– وطبقا لهذا الاستثناء يخضع العقد الواقع على عقار لقانون موقعه أما بالنسبة إلى الأهلية فهي تخضع إلى قانون الجنسية, أما بالنسبة لشكل العقد فهي تخضع للقواعد المنظمة في المادة19 وهي قانون المحل طبقا لقاعدة Locus, أو الضوابط الأخرى المنصوص عليها في المادة 19.

3– القانون الذي يحكم المنقولات المادية

أصبح المنقول يخضع لقانون الموقع في كل التشريعات ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في نص المادة 17 بقوله: (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).

يستفاد من هذا النص أن القاعدة العامة هي خضوع المنقولات إلى قانون موقعها الفعلي أو الحقيقي وقت تحقق سبب حيازتها أو ملكيتها أو فقدها...

غير أنه يطرح التساؤل في الحالات التي تخص بعض المنقولات كالسفن والبضائع باعتبارها تتحرك من مكان إلى آخر, وطبقا لذلك ما هو القانون الذي يحكمها؟

للإجابة على هذا التساؤل نورد أهم الآراء الفقهية في هذا الشأن ومحاولة ترجيح أهمها.

أ/ السفن والطائرات والبضائع والقانون الذي يحكمها:

الأصل أن السفن تعتبر منقولا غير أنه في بعض النواحي تعتبر عقار وبالتالي يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاعها إلى قانون البلد الذي تحمل علمه وكذلك الأمر بالنسبة للطائرات نظرا لكثرة تنقلها من جهة وصعوبة تحديد القانون الذي يحكمها في حالة كونها متواجدة بالمناطق التي لا تخضع لسيادة الدول, وبالتالي فالمكان الذي يعتد به هنا هو مكان وجودها القانوني وهذا ما دعمته اتفاقية بروكسل لسنة 1926[84] التي تقضي بإخضاع رهن السفينة والبضائع الموجودة عليها لقانون العلم ونفس الشيء بالنسبة للطائرات.

[84] - الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد الخاصة بحقوق الامتياز والرهون البحرية المبرمة في بروكسل بتاريخ 10 أفريل سنة 1926.

ونظرا للحركة السريعة للبضائع وتواجدها في بعض الأحيان في موانئ دول لا علاقة لها بقانون هذه الدولة, وليس للمتعاملين علما بقانون الدولة التي ترسو البضاعة فوق إقليمها وهذا ما جعل الآراء الفقهية تختلف في شأن القانون الواجب التطبيق على البضائع.

- إذ يرى فريق من الفقه أن القانون الذي يحكم البضاعة المتنقلة هو القانون الشخصي لمالكها ومن ثمة متى عرفنا الشخص المالك للبضاعة عرفنا القانون الذي يحكمها.

- ويرى فريق آخر إخضاعها لقانون العلم الذي يحكم وسيلة النقل كما جاء في اتفاقية بروكسل السابقة حتى ولو كانت هذه الوسيلة (سفينة, طائرة) راسية فوق إقليم دولة لا علاقة لها لا بالبضاعة ولا بوسيلة النقل.

- ويعتقد آخرون أن البضاعة تخضع لقانون الدولة التي تتجه إليها على أساس أنها هي التي سوف تستقر بها أما بقية الدول التي تمر بها فلا صلة لها بالعقود التي قد تجري فوق إقليمها.

ب/ القطارات والعربات والقانون الذي يحكمها:

بالنسبة إلى القطارات والعربات دأب المجتمع الدولي إلى البحث عن توحيد الأحكام القانونية المتعلقة بكل الحقوق العينية المترتبة على التصرفات الواردة على القطارات, وذلك عن طريق الاتفاقيات ولقد اتجهت الآراء إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها بقانون الدولة التي توجد بها القطارات.

وبالنسبة للسيارات باعتبارها منقولا ماديا فالقانون الذي يحكمها هو قانون مكان تواجدها الفعلي.

غير أن هناك رأيا فقهيا أخضع كل من القطارات والعربات وكذا السيارات إلى قانون الدولة التي تم تسجيلها فيها وذلك على غرار السفن والطائرات.

4- التنازع المتحرك (المتغير)[85]

تطرح الإشكالية في حالة انتقال المنقول المادي من مكان إلى أخر ويكون قد تعلقت به حقوق في كلا الإقليمين أو في أحدها, فهنا نكون أمام ما يعرف بالتنازع المتحرك والسؤال الذي يطرح هنا ما هو القانون يطبق؟

وتثور الصعوبة أكثر عندما تتحقق الحيازة أو أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية على المنقول في ظل قانون قديم يعترف بها ثم تنتقل إلى قانون جديد لا يعترف بها, وفي هذا الصدد هناك رأيين حول هذا الإشكال.

أ/ يرى جانب من الفقه ضرورة تطبيق القانون الجديد بدلا من القانون القديم وذلك على أساس أنه يوفر سلامة المعاملات بين المتعاقدين لأنهما يعرفان قواعد القانون الجديد أكثر من غيره ويحقق لهم بذلك الطمأنينة, وهذه الصورة قريبة من تنازع القوانين من حيث الزمان التي تقضي بتطبيق القانون الجديد تطبيقا فوريا وبصورة مباشرة وبالتالي تطبق أيضا على تنازع القوانين من حيث المكان ومثال ذلك: لو فرضنا وجود منقول في دولة لا يعترف قانونها بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية, ثم نقل من طرف حائزه إلى دولة أخرى ينص قانونها على أن الحيازة في المنقول سند الملكية, فطبقا للرأي السابق يعبر الحائز مالكا للمنقول طبقا للقانون الجديد وليس القديم, ونفس الشيء ينطبق على قاعدة تسليم المنقول (بين دولة تعتبر التسليم ناقلا للملكية وأخرى تعتبر الملكية تنتقل ولو بدون تسليم).

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد باعتباره يؤدي إلى إهدار الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم.

ب/ ذهب فريق أخر من الفقه في حالة تنقل المنقول من دولة إلى أخرى إلى احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون الذي نشأت فيه تلك الحقوق حتى ولو نقلت إلى سلطة قانون دولة لا يعترف بها شريطة أن يكون اكتسابها اكتسابا صحيحا وأن جميع عناصرها قد تمت تحت سلطان القانون القديم وألا تكون مخالفة للنظام العام في القانون الجديد, ومثال ذلك: أن يمتلك شخص في الجزائر منقولا بمجرد عقد البيع دون أن يتسلمه, فلو انتقل هذا المنقول إلى سويسرا مثلا التي تشترط التسليم في

[85] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

المنقول كي تنتقل الملكية, فإن المشتري طبقا لهذا الرأي يبقى مالكا له على الرغم من عدم تسلمه لأن هذا الحق تم في ظل القانون القديم ويجب احترامه.

5- موقف المشرع الجزائري

يبدو أن المشرع الجزائري قد حرص على ضرورة الإحرام الدولي لنفاذ الحقوق المكتسبة وهذا ما يستفاد من صياغة المادة 17 من خلال إعطائه الاختصاص التشريعي إلى قانون الجهة التي يوجد بها المنقول عند تحقق السبب الذي أدى إلى حيازته أو تملكه أو ترتيب الحقوق العينية الأخرى .

ثالثا: القانون الذي يحكم المال المعنوي

يقصد بالمنقولات المعنوية تلك الحقوق المعنوية كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية ونظرا لأهمية هذا المنقول, نظمه المشرع الجزائري بقاعدة إسناد خاصة واردة في نص المادة 17 مكرر من قانون 10/05 من القانون المدني, والظاهر من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أخضع الأموال المعنوية إلى قانون محل وجودها وقت تحقق أسباب الحيازة والملكية وجميع الحقوق العينية وبالتالي يكون قد قاربها في الحكم إلى المنقول المادي فتنص 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).

غير أن ما يميز المنقول المادي عن المنقول المعنوي من حيث الإسناد إلى محل وجودها وقت ترتيب الحقوق أو فقدها, أن المشرع في المنقول المعنوي فرق وفصل موقع كل منقول معنوي على حدى وأعطاه حكما خاصا به وفقا لما يلي:

1- الملكية الأدبية والفنية

نصت المادة 17 مكرر على محل وجود هذا المنقول المعنوي بقولها (يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه).

رغم أن بعض الفقهاء قد اعتبرها كالمنقولات المادية وبالتالي فهي تخضع لقانون موقعها فافترضوا أن موقعها المكان الذي نشرت فيه لأول مرة وهذا الحكم أخذت به

اتفاقية "برن" لسنة 1886 والمعدلة سنة 1948 وتم اعتماد آخر نسخة في باريس 1971[86]، كما أن محل نشر المؤلف هو الذي يبين مدى الحق ومدته وكذا يبين لنا طبيعة الملكية, وجاء حكم المشرع الجزائري واضحا حين كيف الملكية الأدبية والفنية وألحقها بالمنقول المعنوي وحدد مكانها بمكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه, غير أن هذا الحكم قد يواجه إشكالات وبالتالي لا يمكن تحديد محل وجوده بدقة كنشر المؤلف في عدة بلدان في وقت واحد.

تكفلت اتفاقية "برن" السابقة بحل هذا الإشكال بحيث يعمل بقانون البلد الذي يمنح أقل مدة للحماية وهذا الحكم دعمته اتفاقية جنيف المنعقدة سنة 1952[87] بينما يرى جانب من الفقه إخضاعه إلى قانون البلد الذي تم فيه النشر الأساسي.

أما إذا لم ينشر المؤلف وبقي مخطوطا فالواضح من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري لم يشترط النشر فقط لتحديد محل وجود هذا المنقول المعنوي, بل اعتد كذلك بحالة إنجاز المؤلف يعني أن يكون صاحب هذه الملكية الأدبية أو الفنية قد فرع من انجازه لهذا الحق وبالتالي يعتد بهذا المحل الذي تم فيه الإنجاز.

وفي هذا المجال في حالة عدم نشر المؤلف يرى البعض إخضاعه إلى القانون الشخصي للمؤلف وهذا ما أخذت به اتفاقية "بران".

بقيت مسألة الاعتداء على حق المؤلف في بلد وتم رفع الدعوى في بلد آخر, هنا يرى البعض اختصاص قانون البلد الذي وقع فيه الاعتداء, ويرى آخرون إخصاص قانون البلد الذي رفعت فيه الدعوى وهو قانون القاضي, ويرى آخرون تطبيق كلا القانونين.

2- براءة الاختراع

يعد محل وجودها البلد الذي منحها وبالتالي يسري عليها قانونه وفقا لنص المادة 17 مكرر (ويعد محل وجود براءة الاختراع للبلد الذي منحها).

---

[86] - تناولت اتفاقية برن التي اعتمدت 1886 حماية المصنفات وحقوق مؤلفيها وآخر نسخة تم اعتمادها في باريس بتاريخ 28 أيلول سنة 1971.

[87] - تم اعتمادها في 6 سبتمبر 1952 ودخل هذا البروتوكول حيز النفاذ في 16 سبتمبر سنة 1955.

3- الملكية الصناعية

يعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين وفقا لنص المادة 17 مكرر البلد الذي سجلا فيه أو أودعا فيه, وفي هذا المجال نجد بعض الفقهاء اخضعوها لقانون موقعها أي مكان تواجدها, والبعض الأخر يقرر إخضاعها لقانون الدولة التي تمنح حمايتها.

4- العلامة التجارية

حدد المشرع الجزائري مكان أو محل العلامة التجارية بمنشأة الاستغلال وذلك بقوله في المادة 17 مكرر: (ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال) وبالتالي الهيئة التي تستغل هذه العلامة على سلعها تكون محلا لهذه العلامة التجارية, وفي هذا المجال يرى البعض إخضاعها لقانون البلد الذي استعملت فيه لأول مرة.

5- الاسم التجاري

يعد محل وجوده البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للمحل التجاري وفقا لنص المادة 17 مكرر: (ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري).

رابعا- الحالات التي تخرج من نطاق قانون موقع المال

1- **الميراث:** اعتبره المشرع الجزائري من الأحوال الشخصية وفقا لنص المادة 16 من القانون المدني, وبالتالي فالأموال الموروثة تخضع لقانون الجنسية وليس لقانون موقعها رغم أن الميراث من طرف كسب الملكية.

2- الوصية: اعتبرها أيضا المشرع الجزائري من الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة 16 والتي تخضع لقانون الجنسية خاصة فيما يتعلق بشروطها الموضوعية, غير أن مسألة شهر الوصية يخضع لقانون موقع المال الذي ترد عليه الوصية.

المحور العاشر: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية (قانون الإرادة) والقانون الذي يحكم شكل العقد

مر قانون الإرادة بعدة مراحل حتى وصل إلى مبدأ عام مقرر بجميع التشريعات, والمقصود بالالتزامات التعاقدية في مجال القانون الدولي الخاص هو تلك التصرفات الإرادية التي يجريها الأفراد فيما بينهم في مجال العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها قانون الإرادة.

وطبقا لذلك تخرج العقود الوطنية وكذا الوصية من نطاق الالتزامات التعاقدية في هذا المجال ويخرج أيضا العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية.

ولقد ساهم في تطور قانون الإرادة المدرسة الإيطالية وكذا بعض الفقهاء ومنهم سافيني والفيلسوف "كانت" والفقيه ديملان

كما أخذت به اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1954[88] فيما يتعلق بتنازع القوانين في البيوع ورغم ذلك لم يسلم هذا المبدأ من النقد.

أولا: قانون الإرادة

بينت المادة 18 من قانون 10/05 من القانون المدني القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية فتنص: (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد).

والملاحظ هنا أن المشرع قد حدد ضابط الإسناد انطلاقا من إرادة المتعاقدين الصريحة, وبذلك يكون أغفل النص على الإرادة الضمنية التي يمكن أن تكتشف من الظروف الملابسات الي يمكن من خلالها كشف الإرادة الضمنية, كما فعلت بعض التشريعات ومنها التشريع المصري في المادة 19 من القانون المدني والتي تنص: (...أو تبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه). وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري والأردني والعراقي...الخ

غير أن الشيء الإيجابي في نص المادة 18 من قانون 10/05 هو أن المشرع لم يجعل الإرادة مطلقة بل وضع قيودا على حرية المتعاقدين في اختيار

[88] - والتي تم توقيعها في 14 ماي سنة 1954 ودخلت حيز النفاذ في 07 أغسطس سنة 1956.

القانون الواجب التطبيق على العقد, بحيث يكون هذا القانون المختار له صلة بالمتعاقدين, كأن يختار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه أو أن تكون لهذا القانون صلة بالعقد كأن يختار قانون محل تنفيذ العقد وهذا ما أخذ به الفقيه batiffol.

وهذا المبدأ لم يكن سائدا في النص القديم بحيث كان ينص على تطبيق قانون المحل الذي يبرم فيه العقد مالم يختر المتعاقدان قانونا آخر، وبالتالي فالنص القديم قد جعل ضابطا أصليا وهو الإرادة وقد جعلها مطلقة وأساس يعتمد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق, وضابطا استثنائيا وهو المحل وبالتالي اقتصر على ضابطين فقط وهما قانون الإرادة والمحل إلا أن نص المادة 18 من قانون 10/05 قد وسع من دائرة الضوابط التي تحكم الالتزامات التعاقدية في الحالة التي لا توجد فيها الإرادة الصريحة أو الضمنية, وهذا تماشيا مع التشريعات خاصة العربية التي أخذت بضوابط أخرى غير ضابط الإرادة, ولعل الحكمة في ذلك هي جعل القاضي يرجع إلى هذه الضوابط عند غياب الإرادة دون أن يعمد إلى استخلاص هذه الإرادة بنفسه وبالتالي يلجأ إلى تركيز العقد ومنه تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا ما يؤدي إلى إعطاء مجالا واسعا للقاضي لإعمال السلطة التقديرية التي قد تضر بالمتعاقدين.

وهذه الضوابط رتبها المشرع الجزائري كما يلي:

1- قانون الموطن المشرك أو الجنسية المشتركة

وسع المشرع الجزائري من دائرة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بحيث في حالة غياب الإرادة بين المتعاقدين فإنه يجب الأخذ بصفة تلقائية بقانون الموطن الفعلي المشرك للمتعاقدين إذا اتخذا موطنا, أو الأخذ بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا كانت لهما جنسية واحدة وهذا ما نصت عليه المادة 18 من القانون 10/05 (وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشركة)

2- قانون محل إبرام العقد

بعدما كان ينص المشرع الجزائري على هذا الضابط في النص السابق قبل تعديله وجعله كضابط احتياطي يسند إليه القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تلقائيا في حالة انعدام الإرادة, جاء النص الحالي ووضعه في المرتبة الرابعة بحيث يطبق قانون محل إبرام العقد بصفة تلقائية إذ لم توجد إرادة بين المتعاقدين أو لم يكن لهما موطنا مشتركا أو جنسية مشتركة وهذا حسب ما نصت عليه المادة 18 من قانون 10/05 (وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد).

غير أن هذا الضابط أو الأساس تعرض للنقد خاصة في الحالة التي يكون هذا المحل بعيد الصلة بالعقد أو المتعاقدين, كأن يكون هذا التعاقد في هذا المحل عرضا وهذا ما جعل المشرع الجزائري لا يوليه أهمية كبيرة بقدر أهمية الضوابط السابقة ولذا جعله في المرتبة الأخيرة.

وعلى هذا الأساس يكون نص المادة 18 من قانون 10/05 قد جاء متكاملا في أحكامه وفي الضوابط القانونية التي رتبها وفقا لأهميتها, وبالتالي يكون قد تفادى العيوب التي كانت تشوب النص السابق خاصة فيما يتعلق بقانون الإرادة في حد ذاته التي جعلها مطلقة, وكذا اقتصاره على ضابطين فقط.

غير أن التساؤل المطروح هو حول رتيب هذه الضوابط فهل يأخذ بها القاضي ويطبقها وفق ترتيب النص أم لا؟

إن المتمعن لصياغة النص يجد أن المشرع قد أوردها وفق الترتيب السابق لذا لابد من احرام هذا الترتيب, وهذا ما تدعمه عبارة (وفي حالة عدم إمكان ذلك)أي في حالة عدم وجود الإرادة نطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشركة وفي حالة عدم تحقق أحد هذين الضابطين ولم تكن إرادة يطبق قانون المحل لذا فالترتيب مهم حتى لا يجعل سلطة تقديرية للقاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق.

أ- قانون الإرادة في الدول والتشريعات الغربية

بالنسبة للدول الغربية الوضع غير مستقر بالنسبة للضوابط المعمول بها فمثلا التشريع الألماني يعطي الأولوية إلى ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين أمام الضوابط الأخرى.

– ذهب التشريع السويسري إلى الأخذ بضابط محل تنفيذ العقد .

– أما القضاء الفرنسي فكانت أحكامه غير مستقرة فذهب في بعض الحالات إلى الأخذ بالجنسية المشتركة تارة وبقانون محل إبرام العقد تارة أخرى وبقانون مكان تنفيذ العقد في بعض الحالات.

وقد أخذت اتفاقية لاهاي لعام 1955[89] في بيع المنقولات المادية بضابط قانون موطن البائع في حالة سكوت المتعاقدين .

ب– مدى قوة نصوص القانون المختار

– ذهب رأي إلى أن اختيار قانون معين يجعل نصوصه تفقد صفتها القانونية ويرتب على ذلك أن إلغاءه أو تعديله لا يؤثر في بنود العقد, باعتبار أن هذا القانون أصبح من شروط العقد (قضية شركة الملاحة 1950/06/21) القضاء الفرنسي.

– وذهب رأي آخر إلى أن النصوص القانونية للقانون المختار من طرف المتعاقدين لا تنصهر انصهارا تاما ولا تفقد صفتها القانونية ويترتب على ذلك حتمية تعديلها في حالة تعديل القانون أو إلغائه[90].

ج– نطاق تطبيق قانون الإرادة

– الجوانب القانونية التي يطبق فيها قانون الإرادة :

تتمثل في ثلاث جوانب أساسية للعقد سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث أسباب انقضاء الالتزامات المترتبة عليه

– فمن حيث تكوين العقد يبين قانون الإرادة مدى توفر الأركان والشروط سواء ما تعلق بركن الرضا أو المحل أو السبب وكل ما يرتب عن تخلف هذه الجوانب.

– كما يبين هذا القانون كل الآثار المترتبة على العقد كبيان المستفيدين من العقد وطرق تنفيذ العقد وبيان قواعد فسخه.

– ومن حيث انقضاء الالتزام التعاقدي يبين طرق انقضاء العقد كالتقادم المسقط...

د– الحالات التي تستبعد من نطاق قانون الإرادة

[89] - صدرت الاتفاقية في 15 يونيو 1955 وأصبحت نافذة في أول سبتمبر 1964.

[90] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق, ص 110.

د1- العقود الواردة على عقار: حيث نصت المادة 18 من قانون 10/05 في الفقرة الأخيرة (غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه) وهذا فيما يتعلق بالحقوق العينية كما سبق وأن ذكرنا

د2- شكل العقد: بحيث يخضع شكل العقد إلى أحكام المادة 19 كما سوف نرى.

د- أهلية المتعاقدين: باعتبار أن الأهلية لصيقة بالشخص فهي تخضع لقانون الجنسية طبقا لما نصت عليه المادة 10 ق م ج.

د4- عقود العمل: باعتبار أن عقود العمل يغلب عليها الجانب التنظيمي مما يجعل جل قواعدها آمرة وبالتالي لا تخضع لقانون الإرادة وهذا ما أخذ به محكمة النقض المصرية في أفريل سنة 1976 وكذا القانون الكويتي.

د5- عقود الأحوال الشخصية: تخضع لقانون الجنسية وهذا حسب ما رأيناه ابتداء من المادة 10 إلى المادة 16 من القانون المدني.

ثانيا: القانون الذي يحكم شكل العقد

نظم المشرع الجزائري شكل العقود بقاعدة إسناد خاصة في نص المادة 19 من ق م ج قانون 10/05 التي تنص: (تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية).

والملاحظ على هذا النص أن المشرع قد أخذ بالقاعدة التقليدية والشهيرة كأصل عام وهي القاعدة التي تقضي بخضوع العقود من حيث الشكل لقانون المحلLocus.

وفي المقابل نجد المشرع قد أجاز خضوع العقد من حيث الشكل إلى قانون الموطن المشترك وهو المكان الفعلي الذي يتواجد به المتعاقدان نظرا لما يوفره هذا الضابط من ضمان سلامة المعاملات ومعرفة المتعاقدين بأحكام القانون الذي يعيشان تحت ظله حتى ولو اعتبرا أجنبيين على هذا الموطن.

– كما أبقى المشرع على ضابط الجنسية المشتركة بحيث إذا اتحدا المتعاقدين في الانتماء إلى وطن واحد جاز هما إخضاع عقدهما لقانون الجنسية المشركة مادام يعرفان هذا القانون وصلتهما به قوية.

– كما أضاف المشرع في النص المعدل بالقانون 10/05 ضابطا رابعا يخضع إليه شكل العقد وهو خضوعه للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية, أي للقانون الذي يحكم موضوع العقد وهذا توحيدا للقانون الذي يحكم العقد شكلا وموضوعا.

وهذا ما يجعل المشرع الجزائري يتدارك النقص الحاصل في النص قبل التعديل الذي كان ينص على ضابطين فقط وهو خضوع شكل العقد لقانون المحل ويجوز أن يخضع للقانون الوطني المشرك وطبقا لذلك جعل بعض الباحثين يجعلون قاعدة Locus إلزامية وهذا في الحالة التي لا تكون فيها جنسية مشتركة بالنسبة للمتعاقدين وفق النص القديم.

وطبقا لنص المادة 19 من قانون 10/05 يكون المشرع قد ساير التشريعات التي أخذت بهذه الضوابط نظرا لأهميتها وصلتها بالعقد والمتعاقدين ولذلك يكون النص متكاملا ويفسح المجال للمتعاقدين لاختيار الشكل المطلوب الذي يفرغ فيه عقدهما دون مراعاة الترتيب الوارد في النص. **1: قاعدة لوكيسLocus**

ظهرت هذه القاعدة منذ القرن 12 و13 (منذ القرون الوسطى) على يد المدرسة الإيطالية القديمة بمناسبة بحثها في شكل وصية ثم تحريرها من طرف أحد سكان مدينة ' مودين' وهو في مدينة "فينيس" بحيث كان قانون المدينة الأولى يستلزم لصحة الوصية حضور 7 شهود بينما يشترط قانون المدينة الثانية حضور 3 فقط . وقد اعبر القضاء أن الوصية صحيحة مادامت قد تم في مدينة فينيس بحضور 3 شهود . ثم توسعت المدرسة الإيطالية واعتبرت الوصية صالحة في كل مكان ما دامت صحيحة في مكان تحريرها.

وأخذ فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة يطبقون هذه القاعدة على كل التصرف شكلا أو موضوعا إلى أن جاء الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن 16 عشر وفصل بين الموضوع والشكل, فأخضع الموضوع إلى قانون الإرادة وأبقى الشكل خاضعا إلى

قانون المحل, ثم أخذت بهذه القاعدة معظم تشريعات العالم مع الاختلاف في مدى إلزاميتها[91].

وأخذ بها القانون الجزائري في المادة 19 وجعل للمتصرف الخيار في إخضاع شكل التصرف إما لقانون الموطن المشترك أو لقانونهما الوطني أو للقانون الذي يحكم الأحكام الموضوعية للعقد.

3- مبررات قاعدة Locus

من أهم مبررات هذه القاعدة:

مدى ملاءة شكل المحل لسلامة المعاملات بين المتعاقدين نظرا لكون قواعد الشكل الخاضعة للمحل تكون سهلة ومعروفة لدى المتعاقدين, كما أن قواعد المحل واجبة الاحترام وهذا ما يؤدي إلى الاستقرار في المعاملات وعدم التخوف من القوانين الأخرى التي قد لا يعرفها المتعاقدان.

4- حالات تطبيق قاعدة Locus والموانع الواردة على تطبيقها[92]

أ- **الأحوال الشخصية:** إذ تعتبر مجالا واسعا لتطبيق هذه القاعدة خاصة في مجال الحالة المدنية التي يتمتع بها الشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته فكل ما يثبت في المحررات والوثائق يخضع إلى قانون المحل وفقا لقاعدة Locus ونجد تطبيق ذلك في قانون الحالة المدنية الجزائري لسنة 1970 في المادة 96 التي تعتبر كل التصرفات التي تجري في بلد أجنبي صحيحة إذا حررت طبقا لقانون هذا البلد.

ب- الزواج: تجيز أغلب التشريعات الأشكال المتبعة من طرف رعاياها في الدول الي يعقدون زواجهم بها وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري مالم تخالف هذه الأشكال النظام العام أو الآداب العامة, وتجدر الملاحظة هنا أنه يمكن تطبيق قانون الجنسية أي الوطن على شكل الزواج إذا طلب الجزائري المقيم في الخارج ذلك أمام القنصليات طبقا لنص المادة 71 و 97 من قانون الحالة المدنية وهذا توسيعا لقاعدة لوكيس.

---

[91] علي علي سليمان, المرجع السابق, ص 84.

[92] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص324 وما بعدها.

ج- **الالتزامات التعاقدية:** إذ يخضع جانبها الموضوعي لقانون الإرادة وفقا لنص المادة 18 أما جانبها الشكلي فيخضع لقانون المحل أو الموطن المشترك أو قانون الوطن المشرك أو القانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية.

د- **الالتزامات التجارية** : تطبق القاعدة خاصة ما يترتب عن الورقة التجارية السفتجة بحيث يقول الرأي الراجح فقها إلى إخضاعها من حيث الشكل إلى قانون المحل الذي تم إنشاؤها فيه.

غير أن اتفاقية جنيف سنتي 1931[93]-1932 اعتبرت الأوراق التجارية القابلة للتداول قد اشترطت فيها الدول المتعاقدة أن يطبق عليها شكل الورقة قانون الجنسية للمتعاقدين.

5- موانع تطبيق قاعدة Locus

أ- **قانون موقع العقار:** يكاد يجمع الفقه والقانون بأن الشكل المتعلق بالتصرفات الواردة على العقار تخضع إلى قانون محله وليس إلى قاعدة Locus , وهذا ما يستخلص من مضمون الفقرة الأخيرة من المادة 18 ق م ج

ب- **الغش نحو القانون:** ويتمثل في الحالة التي يلجأ إليها المتعاقدان من أجل التحايل على القانون الذي يحكم العلاقة القانونية فإن هذا الشكل الذي يتضمن التحايل يكون غير مقبول لأنه مشوب بالغش, وهذا ما يؤدي إلى منع تطبيق قاعدة لوكيس وفقا لنص المادة 24[94] (أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون).

ج- **النظام العام:** مخالفة شكل التصرف للنظام العام يؤدي لامحالة إلى منع الشكل المقرر طبقا بقاعدة لوكيس باعتبار أن النظام العام هو عبارة عن جزء من سيادة الدولة مثال : الشكل الديني لعقد الزواج عند بعض الدول كاليونان التي تعتبره شرطا موضوعيا وبالتالي وجوب إبرام عقد الزواج أمام رجل الدين وإلا كان هذا الزواج باطلا، فهذا الشكل يعتبر باطلا في الجزائر.

في الحالة التي تتخلى فيها

[93] - وقعت هذه الاتفاقية في جنيف بتاريخ 19 مارس سنة 1931.
[94] - معدلة بالقانون 05-10المؤرخ في 20 يونيو 2005.

د- الإحالة: ويتمثل هذا المانع من تطبيق قاعدة Locus في الحالة التي تتخلى فيها قواعد الإسناد عن اختصاصها لصالح قوانين دول أخرى, فإن هذا التخلي يعد مانعا من تطبيق قاعدة Locus وبالتالي عدم تطبيق قانون محل إبرام التصرف بل القانون الذي مت الإحالة إليه في الحالة الي يكون فيها القانون الوطني أو قانون المحل يأخذ بالإحالة.

6- شكل التصرف الذي تحكمه قاعدة Locus

يقصد بشكل التصرف القانوني الإطار الذي تصب فيه الإرادة وإظهارها إلى العالم الخارجي ويترتب على هذا المفهوم أن هناك أشكالا لإثبات التصرف وأشكالا مقررة لانعقاد العقد وأشكالا مكملة للأهلية.

لذلك يجب التمييز بين مختلف هذه الأشكال وبيان أيهما يخضع لقاعدة Locus.

أ/ الشكل المطلوب لانعقاد العقد

أي اعتبار الشكل كركن من أركان العقد لذا لابد من وافر هذا الركن لاكتمال التصرف. لكن ماهي الأسس التي نعتمد عليها لتحديد ما إذا كان هذا الشكل مطلوبا لصحة التصرف القانوني أم أنه مجرد إظهار الإرادة للعالم الخارجي ؟

- يرى جانب من الفقه وبعض التشريعات أنه يجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم موضوع العقد لتحديد ما إذا كان هذا القانون يستلزم شكلا معينا فيجب توفره وإلا كان التصرف باطلا أما الأوضاع الخارجية فتخضع لقانون المحل.

- ويعتقد آخرون أنه يجب الرجوع إلى قانون المحل الذي أبرم فيه الصرف لتحديد الشكل المطلوب، فإذا كان هذا المحل يعتد بالشكل العرفي مثلا للتصرف, كان هذا التصرف صحيحا مادام مطابقا لشكل المحل الذي أبرم فيه حتى ولو كان قانون الموضوع لا يعتد بالشكل العرفي بل يشترط الرسمية وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي, إذ حكم بصحة هبة عقارية تمت فيها في شكل عرفي بين فرنسيين في كندا مع أن القانون الفرنسي يستلزم الرسمية

غير أن الفقه والقضاء هنا يستثنيان الشكل المطلوب لإبرام بعض التصرفات كالرهن الرسمي.

بينما ذهبت التشريعات العربية ضرورة الرجوع إلى القانون الشخصي وبالتالي يعتبر الشكل المطلوب لانعقاد العقد من القواعد الموضوعية التي شرعت من أجل حماية رضاء العاقد ومن ثمة فهي مكملة للأهلية الواجبة في عملية انعقاد العقد وبالتالي الشكل الذي يجب إجراؤه أمام الموثق فهذا الشكل لا يخضع لقاعدة Locus مثل الشكلية في الرهن الرسمي طبقا للمادة 883 من القانون المدني الذي يطبق عليه قانون الموضوع

ب/ الشكل المكمل للأهلية

تعتبر قوانين الدول العربية أن بعض الأشكال المطلوبة لانعقاد العقد قاعدة موضوعية شرعت لحماية رضاء العاقد, فالشكلية حسب هذا الرأي مكملة للأهلية وبالتالي فهي تخضع لقانون الجنسية وهذا ما أخذ به الفقه والقضاء في مصر وأغلب الدول العربية كالجزائر ومن الأمثلة على ذلك الترشيد القانوني لناقص الأهلية حتى يزاول التجارة عن طريق الإذن الذي يعطي له من طرف المحكمة.

– الاذن الذي يعطي للوصي حتى يقوم بالتصرف في أموال القاصر, وهذا هو الحكم المستخلص من المادة 15 ق م ج[95] .

ج/ الأشكال المتعلقة بالشهر

إذ من المتفق عليه أن شهر التصرفات العقارية بطريق التسجيل أو القيد يخضع لقانون موقع العقار لضمان سلامة المعاملات وبالتالي فيعد هذا مانعا من تطبيق قاعدة Locus.

وبالنسبة لشهر التصرفات الواقعة على منقولات يرى القضاء الفرنسي إخضاعها لقانون الموقع الفعلي للمنقول.

د/ الشكل المطلوب لإثبات التصرف

[95] - معدلة بالقانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني .

يرى الفقه في فرنسا إخضاعه لقانون المحل مثل تحرير الورقة كتابة أو شهادة الشهود أو إثبات التاريخ أو التوقيع أو المصادقة عليه... وبالتالي فإن الشكل المادي الخارجي يخضع لقانون المحل وهذه المسألة لم يختلف الفقه في شأنها.

هـ/ الأشكال المتعلقة بالمرافعات

تتمثل في إجراءات التقاضي وسير الدعوى والمعمول به فقها وقضاء عند أغلب التشريعات أن كل المسائل المتعلقة بالمرافعات أمام المحكمة المختصة تخضع لقانون القاضي.

وهذا الحكم قد أخذ به المشرع الجزائري في التعديل الأخير بحيث أسند كل القواعد المتعلقة بالاختصاص والإجراءات لقانون الدولة التي ترفع فيها الدولة وهذا ما نصت عليه المادة 21 مكرر[96] بقولها:(يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات)

المحور الحادي عشر: القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية

نظم المشرع الالتزامات غير التعاقدية بقاعدة إسناد خاصة في نص المادة 20 التي تنص (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلزام).

ويقصد بالالتزامات غير التعاقدية كل الالتزامات المتولدة عن الأفعال الضارة المرتبة للمسؤولية التقصيرية أو الناتجة عن الأفعال النافعة كالإثراء بلا سبب والأعمال الفضولية.

ويتعدى مضمون هذه القاعدة إلى الالتزامات الناجمة عن الجنح وأشباه العقود وتجدر الملاحظة أن المشرع أسند الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون محل وقوعها، غير أنه لم يفرق بين الأفعال الضارة وبين الأفعال النافعة إذ تدخل جميعا في مضمون القاعدة وبالتالي يحكمها قانون واحد وهو قانون التي هي بشكل التصرفات .إنما هو تطبيق ليس المقصود منه قاعدة لوكيس التي هي خاصة بشكل التصرفات, إنما هو تطبيق لقاعدة أخرى يطلق عليها

[96] - مضافة بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2005.

Le loci deliciti [97].

أولا: موقف المشرع الجزائري من الفعل الضار

جعل المشرع الجزائري مسألة تكييف الفعل الضار وجعله غير مشروع ليس القانون المحل وحده بل لابد من اشتراك القانون الجزائري, بحيث أوجب أن يكون الفعل غير مشرع طبقا لقانون البلد الذي وقع فيه وغير مشروع طبقا للقانون الجزائري لكي تأخذ بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في الفقرة الأولى.

وبالتالي فإن قانون المحل لا يطبق في الحالات التي يكون فيها الفعل مشروعا في الجزائر وغير مشروع طبقا للقانون الذي وقع تحت ظله .

فتنص الفقرة الثانية من المادة 20 بقولها (غير فيما أنه يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)

ولعل هذا الموقف تشترك فيه أغلب التشريعات العربية والحكمة في ذلك أن المشرع لم يشأ أن يسأل الأشخاص عن الأفعال التي يقومون بها وتكون مشروعة طبقا للقانون الجزائري حتى وإن كانت غير مشروعة طبقا لقانون البلد الذي وقعت فيه, وعليه يطبق قانون المحل في الحالة التي يكون فيها الفعل غير مشروع في القانونين معا.

– وإذا كان الفعل مشروعا طبقا لقانون البلد الذي وقع فيه وغير مشروع طبقا للقانون الجزائري ويطبق أيضا قانون المحل.

وفي كل هذا حاول المشرع تغليب مصلحة الشخص مرتكب الفعل وإخضاعه لقانونه إذ كان الفعل الذي أتاه في بلد أجنبي غير مشروع وفي الجزائر يعد مشروعا وفي هذه الحالة لا تخضع الالتزامات غير التعاقدية للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من نص المادة 20 ق م ج .

[97]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص330.

ثانيا: مبررات قانون محل وقوع الفعل

ليست العبرة بتحديد قانون المحل بأشخاص أطراف العلاقة القانونية وليست العبرة أيضا بموضوع العلاقة الذي يتمثل في الالتزام بالتعويض عما يحدثه الفعل الضار ولكن العبرة بمصدر الواقعة وهو الفعل الضار وذلك عملا بمشروعية الفعل من عدمه, وقد اعتمد الفقه في تبرير قاعدة خضوع الفعل إلى قانون المحل الذي وقع فيه مجموعة من المبررات أهمها :

1- الصلة التي ربط بين قانون المحل وحياة مجتمع الدولة:

يعتبر قانون المحل الأكثر قدرة من القوانين الأخرى من حيث تحديد الأثر بالنسبة للأفراد مادام هذا القانون معروف لديهم مما يجعله هو الأقراب إلى حكم سلوكهم داخل هذا المجتمع الذي يظم كل من أطراف العلاقة والقانون وكذا الفعل .

2 - خضوع الفعل إلى مبدأ الإقليمية:

يعود تطبيق قانون المحل على الفعل الضار إلى النتيجة المنطقية لتطبيق مبدأ إقليمية القوانين الذي يقضي بأن كل الأفعال التي تقع فوق إقليم الدولة تخضع إلى قانون تلك الدولة.

3 - خضوع الفعل إلى نظرية التركيز المكاني:

يرى الفقيه باتيفول أن تبرير تطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل الضار يعود إلى تطبيق نظرية التركيز المكاني المعمول بها في حل تنازع القوانين.

ويعني ذلك أن تركيز العلاقة الناجمة عن الفعل الضار يجب أن يكون بالرجوع إلى السبب المنشئ للالتزام, أي تحديد المكان الذي تم فيه ارتكاب الفعل وهو الذي قامت عليه العلاقة القانونية.

2-مبدأ الشرعية:

إن قانون المحل هو المختص بتحديد مدى مشروعية الفعل الذي يقع تحت سلطانه وتبرير ذلك أن الجرائم المدنية تخضع لقانون محل وقوعها لتعلقها بمسألة الأمن المدني.

وعلى هذا الأساس تخضع الالتزامات غير التعاقدية لمحل وقوعها من حيث التكييف ولا تخضع إلى القاعدة العامة في التكييف التي تقضي بخضوعه إلى قانون القاضي.

ثالثا: نشأة قاعدة محل وقوع الفعل

يعود ظهور هذه القاعدة إلى العصور الوسطى حيث عرفت في فقه الأحوال الإيطالية القديمة حيث كانت الالتزامات غير التعاقدية الناتجة عن الجرائم تخضع إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه الفعل وكان يقصد بالجريمة الجنائية لأنه لم يكن يفرق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية آنذاك.

– وقد أكد الفقيه دارجنتريه في القرن 16 قاعدة خضوع الفعل الضار إلى قانون محل وقوعه وذلك طبقا لمبدأ إقليمية القوانين وقد سار هذا المنوال في الفقه الهولندي .

– ثم تأكدت هذه النظرية على يد الفقيه الإيطالي مانشيني وذلك كاستثناء من نظريته التي كان ينادي بها وهي شخصية القوانين, بحيث جعل الفعل الضار لا يخضع لقانون الشخص الذي ارتكبه بل يخضع إلى قانون المحل.

وهذا الحكم أخذ به الفقيه باتيفول في القرن 19 غير أنه أرجع القاعدة إلى نظرية التركيز المكاني.

أما الفقيه الألماني سافيني أخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون القاضي وبالتالي خرج عن القاعدة العامة.

رابعا: أساس تحديد قانون المحل الذي وقع فيه الفعل

1/ وقوع جميع عناصر الواقعة في دولة واحدة

لا توجد صعوبة في الحالات التي تقع جميع عناصر الفعل في دولة واحدة سواء كان ذلك بالنسبة إلى الفعل الضار أو النافع . وذلك بالرجوع إلى إعمال قاعدة الإسناد الواردة في المادة 20 التي تعطي الاختصاص لقانون هذه

الدولة باعتباره قانون المحل الذي وقع فيه الفعل فتنص: (... قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

2/ توزيع عناصر الفعل على عدة دول

قد تتوزع عناصر الواقعة بين عدة دول كأن يقع الخطأ في دولة بينما يتحقق الضرر في دولة أخرى مثال: إقدام شخص على وضع قنبلة في طائرة وتنفجر في دولة أخرى أو أن يقوم شخص بإرسال رسالة إلى شخص آخر مقيم في دولة أخرى تتضمن هذه الرسالة قذفا وشتما وهذه الجرائم يعبر عنها بالجرائم المستمرة.

غير أن القضاء اختلف في تحديد القانون الواجب التطبيق بين قانون نشوء الفعل وقانون تحقق الضرر إلى ما يلي :

ا- ذهب البعض إلى تطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الخطأ على أساس أن المسؤولية التقصيرية تهدف في قواعدها إلى حماية المجتمع من كل الأعمال غير المشروعة .باعتبار أن قواعد المسؤولية التقصيرية تعتبر من الأمن المدني بالنسبة إلى الدولة التي وقع فيها الخطأ.

ب- ذهب فريق آخر إلى الاعتداد بعنصر الضرر في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى أهميته التي أصبح يتمتع بها بالنسبة إلى قيام المسؤولية التقصيرية التي أصبحت تقوم على جبر الضرر ولا تعطي أهمية إلى عنصر الخطأ.

كما أن الضرر يعتبر ماديا وبالتالي يسهل تركيزه في محل معين وهذا الرأي سائدا عند أغلب الفقهاء.

3- حالة توزيع الضرر على عدة دول

في الحالة التي يتوزع فيها الضرر بين عدة دول فإن الاختصاص يوزع بين هذه الدول وفقا لرأي بعض الفقهاء بحيث ينص قانون كل دولة بالجزء الذي وقع فوق إقليمه

في حين ذهب البعض الأخر إلى إعطاء الاختيار إلى الشخص المضرور بأن يختار قانونا واحدا من ضمن تلك القوانين يحقق له مصالحه.

بينما يذهب آخرون إل أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي وقعت فيها الواقعة التي أدت إلى حدوث الضرر. ويذهب البعض إلى الأخذ بقانون البلد الذي وقعت فيه الواقعة الرئيسية التي أدت إلى حدوث الضرر.

ويطبق قانون المحل بالنسبة للأفعال النافعة باعتباره النتيجة الإيجابية للفعل بحيث يبرز إلى العالم الخارجي أكثر من الفعل الغير النافع.

4/ تطبيق القانون الملائم

تعتبر هذه النظرية حديثة إذ نشأت في أمريكا على يد الفقيه موريس وتهدف هذه النظرية إلى البحث عن القانون الملائم الذي تتحقق الفائدة بتطبيقه بحيث تذهب إلى بحث كل حالة على حدى, وتطبق في وهي أقرب من نظرية التركيز التي وضعت في نطاق العقود

وقد انتهج الفقيه موريس في تحديد القانون الملائم النهج الكمي بحيث يعتبر القانون الملائم هو الذي تتركز في نطاقه أكثر النقاط عددا، كأن يقع حادث مرور في ألماني من طرف فرنسي يقود سيارة مسجلة بفرنسا ويصيب به فرنسيا كان برفقته, فإذا طبقنا المبدأ العام فالقانون الواجب التطبيق هو الألماني باعتباره قانون المحل, وإذا أخذنا بنظرية القانون الملائم يطبق القانون الفرنسي لأنه هو الأصلح ويقضي بالتعويض خاصة المعنوي هذا الأخير لا يعترف به القانون الألماني.

كما انتهج موريس النهج الكيفي وذلك بتحديد النقاط ذات القيمة الأكثر والتي تدور حولها محاور النزاع، وأشهر قضية أثيرت بصددها هي قضية Babcock et jakson [98]

[98]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص92.

خامسا: نطاق تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية

1/ بالنسبة للفعل الضار

يطبق قانون المحل مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة 20 وعليه يبين قانون المحل ركن الخطأ ومتى تقوم المسؤولية ونوعها . كما يحدد أهلية مرتكب الخطاء .

كما يبين الضرر الذي يلحقه التعويض سواء كان أدبيا أو ماديا .كما يبين الأسباب التي تؤدي إلى حدوث الضرر سواء منها المباشرة أو غير المباشرة .أو الأسباب التي تؤدي إلى دفع المسؤولية

مثال: أن يقع فعل ضار في الجزائر وعرض النزاع على القاضي الفرنسي فيطبق القاضي القاعدة العامة " تطبيق قانون المحل " لذلك يجب عليه تحديد .

– التعويض عن الضرر الذي كان نتيجة للخطأ طبقا للمادة 124 من قانون 10/05

– تحديد ما إذا كانت المسؤولية ناتجة عن الاستعمال التعسفي للحق المادة 124 مكرر من قانون 10/05.

1-1آثار تطبيق قانون المحل على الفعل الضار

يشمل نطاق تطبيق قانون المحل الآثار القانونية المتولدة عن الفعل المرتكب والذي ترتبت عنه المسؤولية.

– ومن أهم الجزاءات المترتبة عن المسؤولية التعويض لذا يرجع إلى قانون المحل لمعرفة المسائل المتعلقة بالتعويض ومتى يكون ذلك وكيفية تقديره وطبقا للمثال السابق يرجع القاضي إلى المواد 126 -131 من قانون 10/05 والتي بدورها تحيل إلى المواد 182 – 182 مكرر من ق م.

– كما يبين قانون المحل حالة تعدد المسؤولين وبالتالي يبين لنا مسؤولية كل واحد منهم وبالرجوع إلى المثال السابق يتم إعفاء المتسبب في الضرر, سواء أحدث هذا الضرر بفعل منه أو امتناع أو بإهمال أو عدم حيطته في الحالة

التي يكون فيها الشخص غير مميز وهذا ما تنص عليه المادة 125 من قانون 10/05.

2/ بالنسبة للفعل النافع

تطبق القاعدة السابقة على الفعل النافع وعليه يرجع إلى قانون المحل لتحديد الالتزامات غير التعاقدية كتحديد المسائل المتعلقة بالإثراء بلا سبب, فلو عرض على القاضي الفرنسي مسألة الإثراء بلا سبب أو الدفع غير المستحق أو الفضالة التي وقعت وقت حدوثها في الجزائر, فطبقا للقاعدة السابقة يرجع القاضي إلى أحكام الإثراء بلا سبب طبقا للمادة 141 و 142 مثلا من القانون المدني الجزائري.

ويرجع أيضا إلى المواد 143 -144 وما بعدها لتحديد أحكام الدفع غير المستحق وبيان أحكام الفضالة يرجع إلى المواد 150 و 151 وما بعدها من نفس القانون.

سادسا: القانون الذي يحكم قواعد المرافعات ومسائل الاختصاص

كل المسائل المتعلقة بالإجراءات المدنية وكذا سير الدعوى وكل القواعد التي تحكم الاختصاص كانت محل خلاف بين الفقهاء في القانون الواجب التطبيق عليها. فهل تخضعها للأصل العام الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية؟

ولنا أن نشير هنا أن القوانين العربية أخضعتها لقانون القاضي, ونفس الحكم أخذ به القانون الجزائري حيث أخضع قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات إلى قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات والحكمة في اخضاع قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات لقانون القاضي يقتضيها التنظيم العام لمرفق العدالة والقضاء في الدولة فتطبق إذا على سبيل الإلزام .

سابعا: موانع تطبيق قانون المحل

يستبعد تطبيق قانون المحل الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية إذا خالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر, وهذا ما نصت عليه المادة 24 من قانون 10/05 .

ويحل محل القانون المخالف للنظام العام القانون الجزائري.

فتنص: (لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة).

ونفس الحكم ينطبق على مسألة الغش نحو القانون.

المحور الثاني عشر: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام

قبل التطرق الى استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام نبين بعض الحالات التي يستبعد فيها وفق ما تم دراسته سابقا، خاصة فيما يتعلق بعدم تطبيق القانون الأجنبي للمصلحة الوطنية أو لمصلحة الفصل في النزاع، ويمكن تلخيص بعض المسائل التي تمت دراستها في المواضيع السابقة الخاصة بتنازع القوانين، وهذه الحالات إما أن تكون وفق نصوص خاصة أو واردة على أساس المصلحة سواء الوطنية منها أو تلك المتعلقة بالنزاع في حد ذاتها، فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي:

– بالنسبة لتصرف الأجنبي ناقص الأهلية المتعلق بالمال لسبب في خفاء المادة 2/10 من ق م.

– يستبعد كذلك تطبيق القانون الأجنبي بواسطة التكييف مثل استبعاد تطبيق القانون الهولندي في وصية الهولندي ويستبعد أيضا عن طريق الإحالة من الدرجة الأولى.

– استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان غير معروف لدى القاضي (حق الزوج المحتاج أو البائس).

– بالنسبة للاستثناء الوارد في المادة 13 ق م ج لا يطبق القانون الأجنبي إذا كان أحد الزوجين جزائريا في الزواج أو الطلاق.

– بالنسبة للشخص الذي له أكثر من جنسية ومن بينها الجنسية الجزائرية فيطبق عليها القانون الجزائري دون الأجنبي المادة 22 ق م من قانون 10/05.

– كذلك يطبق قانون القاضي الجزائري في الحالة التي يتعذر فيها إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق مثل: عدم اختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما واستحالة تركيزه في مكان معين حسب نص المادة 23 مكرر قانون 10/05.

– يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الفعل غير مشروع طبقا للقانون الأجنبي ومشروعا في الجزائر طبقا للمادة 2/20 ق م ج.

– لا يطبق القانون الأجنبي أيضا في حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 2/15 وذلك فيما يخص التدابير المستعجلة الخاصة بالقصر وعديمي الأهلية والغائبين الموجدين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير.

أولا: مفهم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي وكان هذا الأخر يتعارض مع النظام العام يمكن استبعاده، لكن قبل التطرق لأهم الأحكام الخاصة بالنظام العام ما المقصود بالنظام العام ؟

النظام العام هو مجموعة من الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمعتقدات الدينية والحضارية التي تسود في مجتمع معين في وقت معين، ويتضح من هذا المفهوم للنظام العام أنه مسألة نسبية يختلف مفهومه من مجتمع لأخر لذا يترك مسألة تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة، وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية النظام العام الوطني بأنه يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر، وفكرة النظام العام قديمة ظهرت في فقه الأحوال الإيطالي القديم وسميت بالأحوال المستهجنة وهي الفكرة التي جاء بها " بارتول"[99].

ثانيا: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام

يشترط للدفع بالنظام العام الشروط التالية[100]:

1- أن يتم تعيين القانون الأجنبي من طرف قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذ أستبعد تطبيق القانون الأجنبي لسبب آخر 'غير النظام العام ' مثل أن يكون قانون القاضي إقليميا أو يكون القانون المختار من طرف المتعاقدين دون أن تكون له أي صلة بهما أو بالعقد أو عن طريق الإحالة.

2- أن يتعارض القانون الأجنبي مع مقتضى من مقتضيات النظام العام السالفة الذكر والمحددة من طرف القاضي.

3- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى، أي ينظر إليها وقت رفع الدعوى حتى ولو كان الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام ثم بعد ذلك تم التمسك بالدفع به فينظر إلى وقت رفع الدعوى، وهذا عكس قاعدة الإسناد إذ الحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو نشوء الحق حتى

---

[99] - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008، ص315.

[100] - عبد الرزاق دربال، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2010،ص136.

ولو تغيرت قاعدة الإسناد مثل: الطلاق في فرنسا قبل 1884 والتبني قبل سنة 1929 وإثبات النسب قبل 1912.

ثالثا: آثار التمسك بالدفع بالنظام العام

يترتب على التمسك بالدفع بالنظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويعوضه في ذلك قانون القاضي[101].

ويمكن أن يكون تدخل القاضي وفصله في مسألة النظام العام بطريقة سلبية أو إيجابية.

1- إذ يتم بطريقة سلبية في الحالة التي يقتصر فيها دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي لأنه يتلاءم مع قوانينه الداخلية ويرفض الطلب بتطبيق هذا القانون ويقف القاضي موقفا سلبيا، (يتقدم فرنسي بطلب الطلاق في اسبانيا فيستبعد القانون الإسباني ولا يتدخل ويطبق القانون الفرنسي).

2- يقف القاضي موقفا إيجابيا أي في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام يقدم القاضي حلا لحكم القضية وليكن قانونه مثال: أن يتقدم يونانيين مقيمان في فرنسا بطلب عقد قرانهما في الشكل الديني طبقا لقانون جنسيتهما، فيستبعد تطبيق هذا القانون لمخالفته النظام العام في فرنسا ويعقد زواجهما طبقا للشكل المدني وفقا للقانون الفرنسي وقد طرحت بهذا الصدد قضية على القضاء الفرنسي تتمثل في أن أمريكي يدعىNilson Moris قد تزوج من فرنسية تدعى jeanne aubert التي احتفظت بجنسيتها عند الزواج وكانت ممثلة، غير أن زوجها اشترط أن لاتعود لمهنة التمثيل ولكنها عادت فرفع الأمر للقضاء فاستبعد القاضي الفرنسي تطبيق القانون الأمريكي رغم أن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق

[101] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص152-153.

القانون الأمريكي الذي يجيز للزوجة التمثيل دون إذن زوجها وقالت المحكمة في حكمها الصادر في 08 أفريل 1930 " أنه إذا كان قانونا أجنبيا يمنح الزوجة أهلية غير محدودة تسمح لها بممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة زوجها، فإن هذا القانون يكون مخالفا للنظام العام في فرنسا من هذه الناحية ويمكن استبعاده وهكذا كسب الزوج الدعوى"[102].

رابعا: موقف المشرع الجزائري

لقد اعتنقت أغلب التشريعات لوضعية الدفع بالنظام العام فنص على ذلك القانون الفرنسي والبلجيكي والقانون الألماني وكذا أخذ به القضاء الإنجليزي كما نص على هذا المبدأ القانون الجزائري وكل القوانين العربية وجاء ذلك في نص المادة 24 من القانون المدني بقولها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر... ".

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يترك المسألة التي أشارت إليها قاعدة الإسناد الجزائرية وأرشدت إلى تطبيق القانون الأجنبي وتبين للقاضي الجزائري مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام لم يتركها بدون حل بل كان تدخله إيجابيا. أي بعد رفض القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أعطتنا الحل وهو تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 24 المعدلة بالقانون 10/05 بقولها: " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة ".

وبالتالي تكون المادة 24 آمرة وليست ناهية فحسب.

[102] - علي علي سليمان، نفس المرجع، ص154-155.

وتأخذ بعض القوانين وكذا القضاء بتطبيق ما يعرف بالأثر المخفف والأثر الانعكاسي للنظام العام.

المحور الثالث عشر: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون

يقصد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط الإسناد بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق، وقد يقع هذا التحايل بتغيير الجنسية حتى يتهرب من تطبيق قانون الأحوال الشخصية كما قد يتم التهرب بتغيير مكان المنقول بنقله إلى إقليم آخر.

أو يقوم المتعاقدين باختيار قانون يطبقانه على عقدهما غير القانون الواجب التطبيق تهربا من بعض الالتزامات كالضرائب، وبالتالي يتم عن طريق أعمال إرادية حقيقية وعمدا لا يجاد وضع جديد يخالف به القانون الواجب التطبيق[103].

أولا: مصدر نظرية الغش نحو القانون

عرف الغش نحو القانون في القانون الفرنسي غير أنه لم يتبلور في قالب نظرية منظمة إلا بعد منتصف القرن 19 وذلك بمناسبة القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية السيدة بوفيرمون Beauffermont[104] .

وتتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الجنسية تزوجت من ضابط فرنسي فاكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج ثم بعد ذلك حصل بينهما انفصال جسماني فأرادت الطلاق غير أن القانون الفرنسي لم يكن يبيح الطلاق يومئذ، فذهبت إلى ألمانيا وتجنست بجنسية إحدى مقاطعاتها فحصلت على حكم بالطلاق طبقا لقانون

---

[103] - علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص159. والطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية تنازع القوانين، المرجع السابق، ص261.

[104]- نسرين شريفي وبوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين الجنسية، الطبعة الأولى، دار بلقيس الجزائر 2003، ص110، و علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص160.

جنسيتها الجديدة، ثم ذهبت إلى برلين وتزوجت بأحد الأمراء الرومانيين فرفع الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب فيها باعتبار التطليق باطلا وبالتالي بطلان زواجها فحكم له القضاء الفرنسي مبررا ذلك بأن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي، وبعدها عرفت هذه النظرية انتشارا في أغلب تشريعات العالم.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

إن المتتبع لأحكام القانون الدولي الخاص الجزائري يجد أن المشرع قد تدارك النقص الحاصل في هذه المسألة ورتبها وفقا لقاعدة الإسناد الخاصة بمخالفة النظام العام والآداب العامة، وبالتالي يكون قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يثبت له الغش نحو القانون وذلك في نص المادة 24 بقولها: " ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ". ولا شك أن هذا النص جاء مسايرا للتطورات الحاصلة على مستوى التشريع ومحاولة سد الفراغ الحاصل في النصوص وبالتالي قطع الطريق أمام الأشخاص الذين يلجؤون إلى تغيير ضوابط الإسناد تهربا من تطبيق القانون الواجب التطبيق.

وكان هدف المشرع حماية مصلحة أطراف العلاقة القانونية من جهة وحماية القانون في حد ذاته وجعل أحكامه واجبة التطبيق، غير أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة القانون الواجب التطبيق إذ أثبت أن هناك غشا نحو القانون وكان عليه أن يلحق أحكام الغش نحو القانون بأحكام مخالفة للنظام العام، وبالتالي تطبيق القانون الجزائري في هذه الحالات أي تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 24، ولما سكت المشرع الجزائري عن ذلك يمكن أن نستنتج أن القانون الواجب التطبيق في حالة ثبوت الغش هو القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد قبل تغييرها من الأفراد.

ثالثا: أساس الغش نحو القانون[105]

أرجع بعض الفقهاء الغش نحو القانون إلى نظرية الصورية المعروفة في القانون المدني التي تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي يستر عقدا حقيقيا وبالتالي فإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة، غير أن هذا الأساس لا يمثل الأساس الحقيقي للغش نحو القانون، لأن الغاش يقوم بتصرف ظاهر حقيقي غرضه غير مشروع ولا يخفي بذلك إرادته.

وأرجعه البعض الأخر إلى نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبار أن المتعسف في استعمال حقه كالغاش نحو القانون لأن كلاهما يتيح له القانون رخصة فيسئ استعمالها، غير أن الغش نحو القانون أخطر من التعسف في استعمال الحق باعتبار أن الغش يمس مصلحة عامة والتعسف يصيب مصلحة شخصية.

ولقد أرجع بعض الفقهاء الغش نحو القانون إلى المسؤولية التقصيرية وأقرب أساس للصواب والمنطق هو التعسف في استعمال الحق.

رابعا: شروط الدفع بالغش نحو القانون

لابد من توافر شرطين:

1- أن يغير الغش ضابط الإسناد كأن يغير الشخص الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول أو كأن يختار المتعاقدان قانونا غير القانون الواجب التطبيق (الركن المادي).

[105] - أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 161. و مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنتزع القوانين، الجزء 2 مديرية الكتاب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا دون تاريخ، ص175.

2- أن يكون تغيير ضابط الإسناد بسوء نية قصد التهرب من القانون الواجب التطبيق غير أن هذا الشرط كان محل نقد باعتبار أن البحث في نفس الإنسان يتيح المجال للقضاة للاستبداد والخطأ في الحكم ...(الركن المعنوي).

خامسا: الجزاء المترتب على الغش نحو القانون

يرى بعض الفقهاء أنه يجب حرمان التصرف المشيب بعيب الغش من أي أثر قانوني واعتباره باطلا سواء في الوسيلة أو في الغاية[106]، كأن يقع التجنس غشا نحو القانون للوصول إلى التطليق فإن هذا التجنس يكون باطلا ويترتب على بطلانه بطلان التطليق، ولعل حجة ذلك أن الآثار المترتبة على التصرف تكون عديمة الأهمية إذا لم يتحقق الأثر الذي ارتكب الغش من أجله لذلك لا تفرض على هذا الشخص آثارا لم يبحث عنها، وبالرجوع إلى قضية مدام دي بوفيرمون نجد أن عدم إحداث الطلاق لأثره في فرنسا أدى إلى فشلها في الغاية من تجنسها وبالتالي لا يهمها ما يترتب على هذه الجنسية من آثار قانونية.

ويرى جانب آخر من الفقه أن يقتصر الجزاء على عدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد ذوو الشأن الغش من أجله وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية ويكتشف ذلك من حكمها في قضية مادام دي بوفيرمون إذ اعتبرت تطليقها عديم الأثر بفرنسا ولم تحكم ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية[107].

وفي علاج مسألة الجزاء المترتب على الغش نحو القانون رأى الفقيه باتيفول التمييز بين حالتين :

[106] - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية تنازع القوانين، المرجع السابق، 270.
[107] - أنظر مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص181.

1- أن يقع الغش نحو القانون في تصرف قانوني كالتجنس وفي هذه الحالة يمكن أن تندمج الغاية بالوسيلة وبالتالي وجوب عدم الاعتراف بأي أثر لا للغاية ولا للوسيلة.

2- أن يقع الغش نحو القانون في عمل مادي كنقل منقول من بلد إلى بلد تهربا من القانون الواجب التطبيق وفي هذه الحالة يقتصر الجزاء على اعتبار الغاية غير المشروعة عديمة الأثر في دولة القاضي دون أن يمتد ذلك الجزاء إلى غير ذلك من الأثار فلو تلف هذا المنقول في البلد الذي انتقل إليه طبق عليه قانون هذا البلد.

سادسا: علاقة الغش نحو القانون بالنظام العام

رأى بعض الفقهاء أن الغش نحو القانون ما هو إلا صورة من صور الدفع بالنظام العام باعتبار أن كلا المفهومين يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

إلا أن هناك من الفقهاء من اعتبر طبيعتها مختلفة إذ في الدفع بالنظام العام يراد تجنب مضمون القانون الأجنبي لتعارضه مع وجهة نظر قانون القاضي كما أنه ليس للأطراف أي باعث غير مشروع في اختيار هذا القانون، بينما الدفع بالغش نحو القانون يقوم على اعتبار وجود احتيال وبالتالي يستبعد تطبيق هذا القانون ليس لمخالفته لنظرة قانون القاضي وإنما يستبعد لفكرة الباعث غير المشروع من طرف الأطراف.

المحور الرابع عشر: كيفية تطبيق القانون الأجنبي

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فكيف يتسنى للقاضي المعروض عليه النزاع تطبيق هذا القانون ؟ وماهي الأسس التي يعتمد عليها سواء من حيث تحديد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي أو من حيث تحديد دور القاضي في البحث عن مضمون قواعد هذا القانون؟

أولا: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق

يمكن تلخيص أهم الاتجاهات الفقهية التي قامت بدراسة مسألة الطبيعة القانونية التي تعطى للقانون الأجنبي المختص أو الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه من طرف القاضي اتجاه تطبيق القانون الأجنبي فوق إقليم دولته وفق النظريات التالية:

1- نظرية الحقوق المكتسبة

سادت هذه النظرية في البلاد الأنجلوساكسونية التي ترى أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في بلده احتراما منه للحق المكتسب الذي رتبه هذا القانون لصاحب الحق، وبالتالي تطبيق القاضي الوطني القانون الأجنبي ما هو إلا اعتراف بالحق المكتسب الذي نشأ تحت سلطان هذا القانون الأجنبي.

ويعاب على هذه النظرية أن قواعد التنازع هي التي تحدد لنا القانون الواجب التطبيق وبالتالي فإنه في الحالة التي لا تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي لا نقول لصاحب الحق أن له حقا مكتسبا[108].

2- نظرية تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة

والمقصود من هذه النظرية أن القاضي الوطني عندما ترشده قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فيقوم بتطبيقه ليس باعتباره قانونا، وإنما باعتباره واقعة من بين الوقائع التي تثار بصداد النزاع المطروح.

وقد نادى بهذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي[109] غير أن الفقهاء نتيجة لهذا الطرح قالو بأن القانون الأجنبي لا يمكن للقاضي تطبيقه من تلقاء نفسه بل يجب أن

---

[108] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، 134.

[109] - عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2010، ص119.

يتمسك به الخصوم وبالتالي يفقد جانب الإلزام فيه وهذا هو الرأي السائد في الدول الأنجلو أمريكية، غير أن التطبيقات القضائية تبين أحكاما مختلفة.

كما أن الخصوم أن يقوموا بتقديم أدلة إثبات هذا القانون وتطبيقا لذلك إذا أخطاء القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يخضع إلى رقابة المحكمة العليا لأنها محكمة قانون.

ويعاب على هذه النظرية التناقض الذي وقعت فيه حين اعتبرت أن القاعدة القانونية تفقد عنصر الإلزام بداية في حين أن قاعدة الإسناد الوطنية تعيد لها عنصر الإلزام.

3- نظرية الاستقبال أو الاندماج

تنطلق هذه النظرية من أن تطبيق القانون الأجنبي يكون باعتباره قانونا وليس واقعة ويعود أصل نظرية الاستقبال إلى الفقه الإيطالي التي تعني في مضمونها أن الاستقبال والاستيعاب يجعل القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي على أساس أنه أصبح مندمجا في قانونه الوطني، فيصبح تطبيقه يشبه تطبيقه لقاعدة من قواعد التنازع في قانونه الوطني.

غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول صورة الاندماج:

أ- فذهب التقليديون إلى أن الاستقبال أو استيعاب القانون الأجنبي يكون ماديا موضوعيا شأنه شأن القانون الداخلي وبالتالي يصبح هذا القانون الأجنبي مندمجا بمضمونه في قانون القاضي وعند تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي فهو يطبقه كقانون وطني وليس كقانون أجنبي.

ب- وذهب المحدثون إلى أن الاندماج لا يمس المضمون بل يمس الشكل وبالتالي فإن القانون الأجنبي يبقى متحفظا بكيانه القانوني وصفته الأجنبية وشبهوا القانون بالعرف.

وتطبيقا لهذه النظرية يفترض علم القاضي بالقانون الأجنبي ويمكنه أيضا التفسير وهذا أهم انتقاد وجه لهذه النظرية (صعوبة على القاضي، وكذا التفسير)[110].

4- نظرية التفويض

أي يطبق على أساس أنه تفويض من المشرع الأجنبي بحيث تكون قد قبلت قاعدة الإسناد بتطبيقه في قانون القاضي، وتزعم هذا الرأي طائفة من الفقهاء في فرنسا والألمان.

غير أن هذه النظرية لم تعرف الرواج لا في فرنسا ولا في ألمانيا باعتبار أن الفقه الفرنسي يعتبر القانون الأجنبي واقعة كما أن التفويض يفترض معرفة المفوض وهنا هو مجهولا.

5- نظرية المجاملة الدولية

سادت هذه النظرية في فقه المدرسة الهولندية[111] والمقصود بهذه النظرية أن الدولة في وضعها لقواعد التنازع في قانونها ليست ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي، أما إذا قبلت ذلك فإنما يكون على أساس المجاملة الدولية، وما أعيب على هذه النظرية هو أن وضع قواعد التنازع يخضع لأهواء المشرع كما أن هذه النظرية لا تقوم على أساس قانوني صريح بل تقوم على أساس قواعد شبيهة بالقواعد الأخلاقية.

---

[110]- بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون في العلاقات الدولية الخاصة، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011، ص111. وأحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 74.

[111]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص اجزائري، المرجع السابق، ص134.

6- موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى قانون الاجراءات المدنية والادارية خاصة المادة 358 والتي تقضي بإمكانية الطعن بالنقض في حالة الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة وكذا في حالة مخالفة الاتفاقيات الدولية، وهو ما يدل على أن المشرع اعتبر المسائل القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية الأجنبية والمترتبة بموجب معاهدات في بعض الأحيان وكأنها مثل القانون الداخلي وبالتالي يعاملها معاملة القانون، أما باقي المسائل الأخرى فيعتبرها كواقعة وبالتالي يطبق عليها ما يطبق على الواقعة.

المحور الثاني الخامس عشر: دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي

أولا: الموقف الفقهي من دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد

1- وجوب تطبيق قاعدة الإسناد

يتجه الفقه الحديث في فرنسا إلى القول بضرورة تطبيق القانون الأجنبي ولو لم يتمسك به الخصوم[112]، إذ يجب عليه تطبيقه من تلقاء نفسه وكذا ساد هذا الرأي في مصر، والحجة في ذلك أن مشرع القاضي قد أمر بتطبيق القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد الوطنية فهي التي أعطت لقواعد القانون الأجنبي قوة الإلزام وبالتالي فالقاضي يقوم بتنفيذ أوامر مشرعه في تطبيق القانون الأجنبي، والمتتبع لنصوص قواعد الإسناد الجزائرية يجد أنها أخذت بهذا الموقف وهو المستنتج من صياغتها وذلك بإرشادها إلى تطبيق القانون الأجنبي إذا أشارت إليه قواعد الإسناد، وبالتالي فالقاضي الجزائري يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به الخصوم ويترتب على ذلك أن قواعد الإسناد من النظام العام.

---

[112] - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2009، ص705.

2- عدم إلزامية قاعدة الإسناد

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن قاعدة الإسناد ذات طبيعة اختيارية وطبقا لذلك فإن القاضي المعروض عليه النزاع غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المختص من تلقاء نفسه، بل يقوم بتطبيق القانون الأجنبي إذا تمسك به الخصوم صراحة وعليهم إثباته باعتبار أن القاضي لا يفترض فيه العلم بالقانون الأجنبي كما يفترض علمه بالقوانين الداخلية، ونتيجة لذلك فإن قواعد الإسناد ليست من النظام العام، وفي مصر يتجه بعض الفقه إلى عدم إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي[113].

غير أن بعض القوانين نجدها قد نصت صراحة على إلزامية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي عندما تأمر به قواعد الإسناد الوطنية مما يجعل هذا الرأي بعيدا عن الصواب.

ثانيا: موقف القضاء من دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد

1- موقف القضاء الفرنسي وبعض الدول الأوربية

عمل القضاء الفرنسي التقليدي على تطبيق القانون الأجنبي المختص بشرط أن يتمسك به الخصوم على الخصوم.

غير أن موقف محكمة النقض الفرنسية لم يكن مستقرا، بحيث قضت في البداية بأن قاعدة الإسناد ليست ملزمة للقاضي باعتبارها ليست من النظام العام وهذا ما يترجمه الحكم الصادر عن المحكمة الفرنسية في قضية الزوجين الإسبانيين بتاريخ 1959/05/12، ثم غيرت موقفها واعتبرت القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الأجنبي المختص، وهذا ما تعبر عنه الأحكام

[113] - أهمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص تناز القوانين، المرجع السابق، ص52-53.

الصادرة عنها مثل حكم 02 مارس 1960 وحكم 11 أكتوبر 1988 و18 أكتوبر 1988 بحيث أشارت محكمة النقض في هذه الأحكام بأن قضاة الموضوع الذين لم يطبقوا القانون الأجنبي على أساس عدم تمسك الخصوم به يعتبر خرقا للمادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسي التي تلزم القاضي الفرنسي الفصل في النزاع المعروض عليه وفقا لما أشارت إليه قواعد الإسناد[114].

وفي ألمانيا وسويسرا وإيطاليا يعمل القضاء على إلزام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع تطبيق القانون الأجنبي ولو لم يتمسك به الخصوم وهذا ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في تاريخ 1949/04/28.

ثالثا: موقف قضاء الدول العربية

إن المتتبع لقضاء الدول العربية بصفة عامة يجده فقيرا من حيث الاجتهاد أو القضاء في هذا المجال غير أن هناك بعض الأعمال على قلتها لمحكمة النقض المصرية إذ قضت في حكم لها صادر في 07 يوليو سنة 1955 أن التمسك بالقانون الأجنبي لا يعد أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها[115].

ومن ناحية إلزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد قضت في 2 مارس 1960 بإلزام إحدى قواعد الإسناد المتعلقة بنص المادة 14 باعتبارها من النظام العام وفي الجزائر يندر ذلك.

رابعا: دور القاضي في إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي

1- موقف الفقه

اتجه الفقه ثلاث اتجاهات أساسية:

[114] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص138.
[115] - علي علي سليمان المرجع السابق، ص138.

أ- افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي

تزعم هذا الاتجاه الفقهاء المؤيدون للمدرسة الإيطالية، هذه المدرسة التي تعتبر القانون الأجنبي ذا طبيعة قانونية وليس عنصرا من عناصر الواقع وبالتالي يفترض في القاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي العلم بأحكام القانون الأجنبي مثل علمه بالقوانين الوطنية، ويترتب على ذلك أن عبء الإثبات يقع على عاتق القاضي كما له أن يطالب بتطبيقه من تلقاء نفسه[116].

ب- عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي

إن افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي أمرا صعبا ومستحيلا لأنه لا يعتبره قانونا بمفهومه الدقيق الذي يطلق على القوانين الداخلية، إذ هو مجرد واقعة تحيط بالعلاقة المتنازع في شأنها.

وكنتيجة لهذا المفهوم لا يمكن للقاضي تطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تمسك به الخصوم وقاموا بإثباته والبحث عن أحكامه[117].

ج- التعاون بين القاضي والمتقاضي

وذلك باعتبار أن القاضي هو المخول بالفصل في النزاع والخصوم يهمهم الأمر بالنسبة إلى الوصول إلى الحلول القانونية والمقنعة.

وعليه فإذا طالب الخصوم تطبيق القانون الاجنبي فعليهم تقديم مصدر هذا القانون ويقوم القاضي بالتحقق منه ومن صحته وكذا له سلطة في تفسيره.

---

[116] - أنظر سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص712 وما بعدها.

[117] - سعيد يوسف البستاني، المرجع نفسه، ص711.

ولاشك أن هذا الاتجاه يوفق بين الاتجاهين السابقين لأنه يجعل لكل من القاضي والمتقاضي دورا متكاملا وهاما في إيجاد الحلول القانونية في مجال تنازع القوانين. خاصة في مسألة البحث عن أحكام القانون الأجنبي وقواعده وطرق إثباته.

2- موقف القضاء في مسألة إثبات القانون الأجنبي

طبقا للرأي السائد في فرنسا ومصر والدول التي اعتبرت أن القانون الأجنبي واقعة فإن على الخصوم إثباته وليس القاضي ملزما بمعرفته[118]، وتتم عملية الإثبات في فرنسا أن يطلب من الخصوم شهادة بإثبات القانون الاجنبي ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات وذلك إما بالأخذ برأي أحد رجال القانون أو الرجوع إلى كتاب في الفقه ...

أما القضاء الإنجليزي فقال أن للقاضي أن يحكم بما يعرفه من القانون الأجنبي إذا كان هذا القانون مشهورا ويجيز إثباته بشهادة الشهود ...

والمتتبع للقضاء الجزائري لا يجد أحكاما بهذا الصدد نظرا لحداثته ولكن نجده تناول مسألة إثبات القانون الأجنبي في نص المادة 23 مكرر من القانون 10/05 التي تنص: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ".

لكن النص لم يبين لنا على من يقع عبء الإثبات هل على القاضي أم على الخصوم ؟ والقريب للصواب هو أن يكون على الخصوم وذلك تأثرا بالمشرع الفرنسي والمصري اللذان يعتبران القانون الأجنبي واقعة وكذا بالرجوع إلى قواعد الإسناد الجزائرية.

[118] - نسرين شريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المرجع السابق، ص99.

والشيء الإيجابي في هذا النص هو إقراره لتطبيق قانون القاضي الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي وهذا تماشيا مع التشريعات العالمية الحديثة وبالتالي يطبق القاضي في هذه الحالة أقرب القوانين له وهي قانونه.

خامسا: الطعن في حكم القاضي أمام محكمة النقض إذا أخطأ في تطبيق القانون الأجنبي

يرى قضاء محكمة أحكام النقض الفرنسية وبلجيكا أنه لا يجوز الطعن بالنقض في أحكام القاضي في حالة خطئه في تطبيق القانون أو تفسيره باعتبار أن وظيفة محكمة النقض توحيد حكم القانون الداخلي ولا يتصور هذا الدور بالنسبة للقانون الأجنبي، غير أن محكمة النقض الفرنسية قبلت الطعن في حالة تشويه ومسخ القانون الأجنبي[119] .

أما في إيطاليا فتقبل محكمة النقض الطعن لخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وهذا الرأي السائد في الاتحاد السوفياتي والنمسا ...

ولقد اخذ الفقه في مصر برأي محكمة النقض الفرنسية أي عدم الطعن، غير أن هناك رأيا فقهيا أخر يقول بأن محكمة النقض تراقب تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت قاعدة التنازع المصرية تلزم بتطبيقه.

أما المشرع الجزائري فطبقا للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية السابق نجده يجيز الطعن بالنقض لمخالفة أو خطاء في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية فقط ويعني ذلك عدم جواز الطعن بالنقض في غير الأحوال الشخصية.

[119] - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص721.

وأبق المشرع على هذا الحكم في المادة 6/358 من القانون 09/08 الخاص بالإجراءات المدنية والإدارية، وجاء في الفقرة 07 الطعن بالنقض في حالة مخالفة الاتفاقيات الدولية والتي غالبا ما تكون منظمة لإحدى مسائل القانون الدولي الخاص، كتنظيم مسائل التحكيم وبالمقابل قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي أو مسائل الجنسية والاحوال الشخصية وبالتالي فالمشرع وسع نسبيا من دائرة الطعن بالنقض فيما يتعلق بالخطأ أو مخالفة للقانون الأجنبي ليشمل إلى جانب المسائل المتعلقة بقانون الأسرة المسائل المنظمة بموجب معاهدة أو اتفاقية.

المراجع

أولا: الكتب

1- أحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 1997.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 2008.

3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، طبعة 2003، دار هومة الجزائر.

4- أمين دربة، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع 2011، جامعة مولاي الطاهر.

5- بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون في العلاقات الدولية الخاصة، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011.

6- حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

7- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2009.

8- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008.

9- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثانية 2010، الجزائر.

10- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مطبعة الكاهنة الجزائر 2000.

11- عبد الحميد تابليت، عبد العزيز نيري، حالة الأشخاص القانونية، دار الشهاب باتنة.

12- عبد الرزاق دربال، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2010.

13- عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2010.

14- عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان2005.

15- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، 1986، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب.

16- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية 2003، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

17- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2011.
18- مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنتزع القوانين، الجزء 2 مديرية الكتاب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا دون تاريخ.
19- محمد حبار، القانون الدولي الخاص، دار الرؤى للنشر والتوزيع الجزائر، دون تاريخ.
20- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، دون تاريخ.
21- محمد عبد العال عكاشة، الاجراءات المدنية والجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطوعات الجامعية الاسكندرية 2008.
22- مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر الأردن، 2011.
23- نسرين شريفي وبوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين الجنسية، الطبعة الأولى، دار بلقيس الجزائر 2003.
24- هشام صادق واخرون، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار المطبوعات، الاسكندرية، مصر طبعة 2006.

النصوص القانونية

1- الأمر رقم75-11، المؤرخ في 21 يوليو 1966، يتعلق بوضعية الأجانب، والمرسوم 66-212، المؤرخ في 21 يوليو 1966، يتضمن تطبيق الأمر 66-110، المؤرخ في 21 يوليو 1966، والمتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، جريدة رسمية عدد 74، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 1966.
2- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 1970.

3- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
4- المرسوم رقم 75-111، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتعلق بالمهام التجارية والصناعية والحر الممارسة من طرف الأجنبي على التراب الوطني، جريدة رسمية عدد82، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 1975.
5- القانون رقم 05-01، المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، والمتضمن قانون الجنسية، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.
6- القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.
7- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، جريدة رسمية عدد21، الصادرة بتاريخ 23-04 -2008.
8- القانون رقم 08-11، المؤرخ في 5 يونيو 2008، المتعلق بشروط دخول وخروج الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيها، جريدة رسمية عدد 36، الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2008.
9- القانون رقم04-08، المؤرخ في 09 أوت 2014، والمعدل والمتمم لقانون الحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة بتاريخ 20أوت 2014.
10- القانون رقم 17-03، المؤرخ في 10 يناير 2017، يعدل ويتمم القانون المتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 02، الصادرة بتاريخ 11 يناير 2017.

11- المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، جريدة رسمية عدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.
12-

الفهرس

مقدمة..... 1

المحور الأول: مفهوم وطبيعة القانون الدولي الخاص..... 2

أولا: تعريف القانون الدولي الخاص 2

ثانيا: مجال تطبيق القانون الدولي الخاص: 3

1-الاتجاه الضيق 4

2-الاتجاه الواسع..... 4

3-الاتجاه المتوسط..... 4

4-مواضيع القانون الدولي الخاص 4

أ-تنازع القوانين..... 4

ب-تنازع الاختصاص 5

ت-تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية..... 6

ث-مركز الأجانب 7

ج-الجنسية..... 7

ح-الموطن..... 7

ثالثا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقوانين الاخرى 7

1-علاقته بالقانون الدولي العام 7

2-علاقته بالقانون الإداري..... 8

3-علاقته بالقانون الجزائي..... 8

4-علاقته بقانون المرافعات..... 9

رابعا: مصادر القانون الدولي الخاص 9

1-المصادر الرسمية..... 9

أ-التشريع 9

ب- الاتفاقيات الدولية 12

ب1- القوة الالزامية للمعاهدات 13

ب2- تعارض احكام المعاهدة مع التشريع الداخلي 13

ب3- حكم تعارض المعاهدة مع القانون الداخلي الجزائري..... 14
ج- العرف الدولي..... 14
2-المصادر غير الرسمية..... 15
أ-الفقه..... 15
ب-القضاء 17
المحور الثاني: تنازع القوانين 18
أولا: أنواع تنازع القوانين 20
1- التنازع من حيث الزمان..... 20
2- تنازع القوانين الخاصة..... 20
3- التنازع الداخلي..... 20
4- التنازع الاستعماري..... 21
5- التنازع في حالة ضم الاقليم..... 21
ثانيا: شروط تنازع القوانين 21
1- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي..... 21
2- أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليمه..... 21
3- أن يكون هناك اختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي..... 22
ثالثا: المناهج المتبعة في التنازع..... 22
1/ المنهج التنازعي..... 23
أ- خصائصه والانتقادات الموجهة إليه..... 23
ب- الانتقادات الموجهة إليه..... 23
2/ المنهج الموضوعي المادي 24
أ: أنواع قواعد المنهج الموضوعي..... 25
أ1- قواعد موضوعية ذات أصل تشريعي..... 25
أ2- قواعد موضوعية ذات مصدر قضائية..... 26
ب- خصائص القواعد الموضوعية في المنهج المادي..... 26
المحور الثالث: التكييف والإسناد 27
أولا: التكييف 27

1- تعريف التكييف..... 27
2-نشأة التكييف..... 28
3-أساس التكييف..... 29
أ-قضية ميراث المالطي..... 29
ب- قضية وصية الهولندي..... 30
4-القانون الذي يحكم التكييف..... 31
أ- نظرية خضوع التكييف إلى القانون المختص بحكم العلاقة محل النزاع..... 31
ب- نظرية خضوع التكييف الى القانون المقارن..... 32
ج- نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي..... 32
5-الاستثناءات الواردة على النظرية..... 33
أ-بالنسبة على المال..... 33
ب-بالنسبة إلى الاستحالة المادية التي تعترض القاضي..... 33
ج- تحديد القانون الذي يحكم التكييف بمعاهدة أو نص قانوني..... 34
خ-تكييف الفعل..... 34
6- موقف المشرع الجزائري من التكييف..... 35
7- الاستثناءات الواردة على القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري..... 35
أ-حالة المعاهدة أو نص قانوني..... 35
ب-الاستحالة المادية للقانون الجزائري..... 35
ت-حالة الفعل المرتكب وخضوعه إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه..... 36
ث-حالة خضوع المال إلى قانون موقعه..... 36
ثانيا: قواعد الإسناد 36
1-تعريف قواعد الاسناد..... 37
2-مميزات قواعد الإسناد:..... 37
أ-قواعد الإسناد غير مباشرة..... 37
ب-قواعد الإسناد فردية أو مزدوجة..... 38
3-عناصر ومكونات قاعدة الاسناد..... 38
أ-الفكرة المسندة..... 38

ب- ضابط الإسناد..... 39
ج- القانون المسند إليه..... 40
المحور الرابع: نظرية الإحالة..... 41
أولا: تعريف الإحالة..... 42
ثانيا: ظهور الإحالة..... 44
ثالثا: أنواع الإحالة..... 46
1- الإحالة من الدرجة الأولى..... 46
2- إحالة من الدرجة الثانية..... 46
رابعا: الموقف الفقهي والتشريعي من الإحالة..... 47
1- الموقف الفقهي..... 47
أ- الرأي المؤيد للإحالة..... 47
ب- الرأي الرافض للإحالة..... 48
ج- بدائل الإحالة..... 49
ج1- تطبيق القواعد الموضوعية..... 49
ج2- تطبيق قانون القاضي طبقا لمبدأ إقليمية القوانين..... 49
ج3- الإحالة المزدوجة (الكلية)..... 50
2- الموقف التشريعي من الإحالة..... 51
أ- موقف الدول الغربية والعربية..... 51
ب- موقف المشرع الجزائري..... 52
المحور الخامس: الدراسة التطبيقية لتنازع القوانين في الحالة والأهلية..... 56
أولا: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية..... 57
1- مفهوم الأحوال الشخصية..... 57
2- اختيار ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية..... 58
أ- خضوع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية..... 58
أ1- موقف المشرع الجزائري في حالة تعدد الجنسية أو انعدامها..... 59
أ2- موقف المشرع الجزائري في حالة الدولة التي تعدد فيها الشرائع..... 59
ب- خضوع الأحوال الشخصية لقانون الموطن..... 60

3- القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية في القانون الجزائري بالنسبة للحالة والأهلية..... 60
أ- الحالة..... 60
ب- الأهلية..... 63
ب1- موقف الأنظمة القانونية من القانون الذي يحكم الأهلية..... 64
ب2- القانون الذي يحكم الأهلية في القانون الجزائري..... 65
ب3- الاستثناءات الواردة على الأصل العام..... 65
ب4- مصدر هذا الاستثناء 67
المحور السادس: تطبيقات تنازع القوانين في الزواج واثاره..... 68
أولا: القانون الذي يحكم الخطبة 68
ثانيا: القانون الذي يحكم الزواج..... 70
1- الشروط الموضوعية للزواج والقانون الذي يحكمها..... 70
أ- التطبيق الجامع..... 71
ب- التطبيق الموزع 71
ج- الاستثناء الوارد على حكم المادة 11 72
2- الشروط الشكلية للزواج والقانون الذي يحكمها..... 73
2-1- مدى إلزامية قاعدة locus..... 74
ثالثا: القانون الذي يحكم آثار الزواج 75
1- القانون الذي يحكم آثار الزواج في الدول الغربية..... 76
2- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج في التشريع الجزائري..... 77
3- الاستثناء الوارد في المادة 13 بالنسبة إلى أثار الزواج..... 78
4- القانون الذي يحكم بطلان الزواج..... 79
المحور السابع: تنازع القوانين في الطلاق واثاره..... 79
أولا: في القانون الجزائري 79
1- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية..... 81
2- الاستثناء الوارد على نص المادة 12..... 81
3- في القوانين الغربية..... 82
المحور الثامن: تنازع القوانين المتعلقة بأهم المسائل الأخرى في قانون الأسرة 83

أولا: القانون الذي يحكم النسب 83
ثانيا: القانون الذي يحكم الكفالة والتبني..... 84
ثالثا: القانون الذي يحكم النفقة بين الأقارب 85
1- المقصود بالنفقة..... 85
2- المقصود بالقرابة 86
3- القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب..... 86
رابعا: القانون الذي يحكم حماية القاصر 86
1- في القانون الجزائري..... 86
2- القانون الذي يحكم حماية القصر في النظم الغربية..... 88
خامسا: القانون الذي يحكم الميراث والوصية 88
1- الميراث..... 88
ب- القانون الذي يحكم الميراث في الدول الغربية 89
2- الوصية..... 90
سادسا- القانون الذي يحكم الهبة والوقف 91
المحور التاسع: القانون الواجب التطبيق على المال 92
أولا: مفهوم الأحوال العينية 92
1- نشأة قاعدة قانون موقع المال:..... 92
ثانيا: القانون الذي يحكم المال المادي 94
1-القانون الذي يحكم العقار..... 94
2- موقف المشرع الجزائري..... 95
3- القانون الذي يحكم المنقولات المادية..... 96
4- التنازع المتحرك (المتغير)..... 98
5- موقف المشرع الجزائري..... 99
ثالثا: القانون الذي يحكم المال المعنوي 99
1- الملكية الأدبية والفنية..... 99
2- براءة الاختراع..... 100
3- الملكية الصناعية..... 101

4- العلامة التجارية..... 101
5- الاسم التجاري..... 101
رابعا- الحالات التي تخرج من نطاق قانون موقع المال 101
المحور العاشر: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية (قانون الإرادة) والقانون الذي يحكم شكل العقد 102
أولا: قانون الإرادة..... 102
1- قانون الموطن المشرك أو الجنسية المشتركة 103
2- قانون محل إبرام العقد..... 104
ثانيا: القانون الذي يحكم شكل العقد 106
3- مبررات قاعدة Locus..... 108
4-حالات تطبيق قاعدة Locus والموانع الواردة على تطبيقها 108
5- موانع تطبيق قاعدة Locus 109
6- شكل التصرف الذي تحكمه قاعدة Locus..... 110
المحور الحادي عشر: القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية..... 112
أولا: موقف المشرع الجزائري من الفعل الضار 113
ثانيا: مبررات قانون محل وقوع الفعل 114
ثالثا: نشأة قاعدة محل وقوع الفعل 115
رابعا: أساس تحديد قانون المحل الذي وقع فيه الفعل 115
1/ وقوع جميع عناصر الواقعة في دولة واحدة 115
2/ توزيع عناصر الفعل على عدة دول..... 116
3- حالة توزيع الضرر على عدة دول..... 116
4/ تطبيق القانون الملائم..... 117
خامسا: نطاق تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية 118
1/ بالنسبة للفعل الضار 118
2/ بالنسبة للفعل النافع..... 119
سادسا: القانون الذي يحكم قواعد المرافعات ومسائل الاختصاص 119
سابعا: موانع تطبيق قانون المحل 120
المحور الثاني عشر: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام..... 120

أولا: مفهم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام 121
ثانيا: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام 122
ثالثا: آثار التمسك بالدفع بالنظام العام 123
رابعا: موقف المشرع الجزائري 124
المحور الثالث عشر: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون..... 125
أولا: مصدر نظرية الغش نحو القانون 125
ثانيا: موقف المشرع الجزائري 126
ثالثا: أساس الغش نحو القانون 127
رابعا: شروط الدفع بالغش نحو القانون 127
خامسا: الجزاء المترتب على الغش نحو القانون 128
سادسا: علاقة الغش نحو القانون بالنظام العام 129
المحور الرابع عشر: كيفية تطبيق القانون الأجنبي 129
أولا: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق 130
1- نظرية الحقوق المكتسبة..... 130
2- نظرية تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة..... 130
3- نظرية الاستقبال أو الاندماج..... 131
4- نظرية التفويض..... 132
5- نظرية المجاملة الدولية..... 132
6- موقف المشرع الجزائري..... 133
المحور الثاني الخامس عشر: دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي..... 133
أولا: الموقف الفقهي من دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد 133
1- وجوب تطبيق قاعدة الإسناد 133
2- عدم إلزامية قاعدة الإسناد 134
ثانيا: موقف القضاء من دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد 134
1- موقف القضاء الفرنسي وبعض الدول الأوربية..... 134
ثالثا: موقف قضاء الدول العربية 135
رابعا: دور القاضي في إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي 135

1- موقف الفقه..... 135
أ- افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي..... 136
ب- عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي..... 136
ج- التعاون بين القاضي والمتقاضي..... 136
2- موقف القضاء في مسألة إثبات القانون الأجنبي..... 137
خامسا: الطعن في حكم القاضي أمام محكمة النقض إذا أخطأ في تطبيق القانون الأجنبي 138
المراجع..... 139
أولا: الكتب 139
النصوص القانونية 141