الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد الطارف كلية الحقوق

قسم السنة الثالثة ليسانس قانون خاص السداسي الخامس

السنة الجامعية: 2024/2023

أستاذة المقياس: العمري زقار مونية

محاضرات القانون الدولي الخاص

مقدمة:

يعد القانون نتيجة حتمية لتطور الحياة الاجتماعية، فهو محكوم في نشأته وتطوره بتغير الحياة الاجتماعية، وما القانون الدولي الخاص ألا جزء من هدا القانون، فظهوره كان مرتبط بتطور العلاقات التجارية وتنقل الأموال والأشخاص، الأمر الذي أدى الى تداخل العلاقات فيما بين الأشخاص من مختلف الدول، وتتسم هذه العلاقات كونها علاقات خاصة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، المسؤولية التقصيرية، العقود ...، كل هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي من المفروض يحكمها القانون الخاص الداخلي، لكن هذا الأخير لم يعد قادرا على حل نزاع من هذا النوع خاصة انه تدخل اكثر من دولة في هذا النزاع أي أكثر من قانون وطني، الامر الذي استدعى ظهور فرع جديد من فروع القانون وهو القانون الدولي الخاص، فما هو مفهومه؟ وما الذي يميزه عن باقي القوانين؟ وما هو محتوى قواعده؟

تفصيل الإجابة عن ذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص

المبحث الثاني: قواعد تنازع القوانين

المبحث الثالث: تطبيق القانون الدولي الخاص

المبحث الرابع: تفسير قواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري

المبحث الأول

مفهوم القانون الدولي الخاص

يعود ظهور مصطلح القانون الدولي الخاص الى سنة 1834م، حيث بدأ العمل به أول مرة في هولندا كأحد الطرق القانونية التي تستعمل للفصل في النزاع الذي يحوتي على عنصر أو مجموعة من

العناصر الأجنبية، ثم انتشر هذا القانون في فرنسا بعد الثورة الفرنسية بسبب زيادة سفر الأفراد الأجانب اليها بعد ظهور الدولة الفرنسية الجديدة والذي ساعدهم في تنظيم كافة مجالات الحياة لديهم.

ويتحدد مفهوم القانون الدولي الخاص من خلال تعريفه وطبيعته وخصائصه وموضوعاته ومصادره وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني: طبيعة القانون الدولي الخاص.

المطلب الثالث: خصائص القانون الدولي الخاص.

المطلب الرابع: مصادر القانون الدولي الخاص.

المطلب الخامس: موضوعات القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول

تعريف القانون الدولي الخاص

يعرف القانون الدولي الخاص عموما بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الافراد فيما بينهم ذات الطابع الخاص والتي تحوي عنصرا أجنبيا ، كما يعرف أيضا بأنه مجموعة من النصوص القانونية التي تهدف الى تنظيم التعامل بين الافراد المحليين والأجانب، بمعنى تحدد كيفية تطبيق القانون على مواطني الدولة، وعلى الأفراد الذين يأتون اليها من مختلف الدول الأخر ، وهناك من عرف القانون الدولي الخاص بأنه القانون الذي ينظم العلاقات بين أشخاص طبيعية ومعنوية تنتمي لدول مختلفة، وهذه الأشخاص هي أشخاص القانون المدني والقانون التجاري وقانون الاسرة.

ومنه فالقانون الدولي الخاص:

- هو قانون لأنه ينظم علاقات قانونية بين أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية.
- دولي لأن العلاقات التي ينظمها تتعلق بأكثر من قانون لدولة واحدة.
- خاص لأن العلاقة القانونية تخص اشخاص القانون الخاص.

المطلب الثاني

طبيعة القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص ليس كغيره من القوانين الأخرى التي تكون طبيعتها واضحة، فمن الفقهاء من يقول عنه بأنه قانون خاص، ومنهم من يقول عنه انه قانون عام، كما أن هذا القانون مبني على أساس القانون المدني والقانون التجاري، ومنه يمكن اعتباره قانون داخلي، لكن النزاع الذي يفصل فيه القانون الدولي الخاص هو نزاع يتسم بالصفة الدولية بسبب وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية، فيوصف بكونه دوليا.

ولا شك ان الصفة المزدوجة التي يتصف بها القانون الدولي الخاص تجعل منه فرعا مستقلا عن الفروع القانونية المعروفة، فهو ليس بقانون داخلي مجرد أو قانون دولي مجرد، كما نه يجمع في أوصافه ميزات القانون العام والقانون الخاص معا، مما يجعل منه قانونا خاصا ذو صفة انتقائية كما عبر عن ذلك الأستاذ إميل تيان، كما وصفه البعض بأنه قانون مختلط.

ومهما يكن فالفقه الغالب يتفق على أن القانون الدولي الخاص يتصف بطابعين وهما: الطابع الخاص والطابع الدولي، وتفصيلهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الطابع الخاص للقاون الدولي الخاص

الفرع الثاني: الطابع الدولي للقاون الدولي الخاص

الفرع الاول

الطابع الخاص للقاون الدولي الخاص

يعد القانون الدولي الخاص قانونا خاصا، لأنه يتألف من مجموعة من القواعد القانونية التي تطبق على علاقات أطرافها افرادا طبيعيين أو أشخاصا معنوية في علاقاتهم الخاصة، وبذلك يتميز عن القانون الدولي العام الذي يتألف من قواعد قانونية تطبق على علاقات عامة أطرافها دول أو هيئات دولية.

الفرع الثاني

الطابع الدولي للقانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص يطبق على العلاقات ذات عنصر أجنبي، وهو بذلك يتميز عن القانون الداخلي الذي يتألف من مجموعة قواعد قانونية تطبق على علاقات داخلية لا يتخللها أي عنصر دولي، وبالتالي فالطابع الدولي معناه تواجد عناصر العلاقة القانونية بين دولتين فأكثر.

المطلب الثالث

خصائص القانون الدولي الخاص

يعد القانون الدولي الخاص متميزا عن باقي القوانين الأخرى، وتميزه يكمن في كونه يقوم بمعالجة النزاع ذو الطابع الدولي بين أشخاص القانون الخاص، فهذا القانون يطبق على الأشخاص الخاصة وهو ما يميزه عن القانون الدولي العام الذي يطبق على أشخاص القانون العام من منضمات دولية ودول.

ويحتوي القانون الدولي الخاص على قواعد مباشرة وأخرى غير مباشرة، حيث يقوم القانون الدولي الخاص على العديد من القواعد القانونية منها ما ينظم الجنسية والمركز القانوني للأجانب، والاختصاص القضائي الدولي، والقواعد التي تنظم هذه الموضوعات هي قواعد مباشرة، أي أنها تعطي الحل المباشر للمسألة المثارة.

ومثال ذلك اذا ثار نزاع حول تمتع شخص معين بالجنسية الوطنية من عدمه، فيكفي معرفة الحل أن نرجع الى قواعد التي تنظم كيفية اكتساب الجنسية الاصلية أو الطارئة للتعرف على الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية.

ومثال ذلك أيضا قواعد القانون المنظم للمركز القانوني للأجانب، فهي تبين الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي، الذي يوجد بإقليم الدولة، أو الالتزامات التي تقع على عاتقه، ولا يختلف الأمر بالنسبة للقواعد المنظمة لحالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية فهي قواعد مباشرة إذ تعطي حل النزاع مباشرة.

أما قواعد تنازع القوانين، فلا تعطي الحل للنزاع بذاتها، بل ترشد فقط للقانون الذي يعطي الحل النهائي والموضوعي للمسألة المثارة حول العلاقة ذات الطابع الدولي، فهي قواعد غير مباشرة يقف دورها

في الغرشاد الى القانون الذي يوجد ضمن قواعد حل النزاع، والتحليل القانوني السليم لقاعدة الاسناد يؤكد صفتها غير المباشرة، فوظيفة القاعدة القانونية العادية هي إعطاء مركز قانوني واقعي معين الصفة القانونية وذلك عن طريق ترتيب آثار قانونية عليه، أما قاعدة الاسناد فتختلف عن القاعدة القانونية العادية في هذا الوجه، فهي وإن كانت تتناول مراكز واقعية أو روابط معينة فهي لا تترتب بذاتها أثرا عليها بل كل ما تفعله هو تحديد القانون الذي يرتب أو يعترف بترتيب تلك الاثار القانونية.

كما يحتوي القانون الدولي الخاص على قواعد مفردة وقواعد مزدوجة الجانب، اذ نجد أن أغلبها لا سيما قواعد الجنسية وقانون مركز الأجانب والاختصاص الدولي القضائي هي قواعد مفردة الجانب، ولا يخرج عن ذلك الا قواعد الاسناد أو ما يسمى بقواعد تنازع القوانين فهي قواعد مزدوجة ذات جانبين أي أنها تشير الى قانون القاضي كما قد تشير الى قانون أجنبي، والصياغة المزدوجة لقاعدة الاسناد يبررها هدفان:

- أما عن الهدف الأول فيتمثل في اسناد العلاقة محل النزاع الى أنسب القوانين لحكمها، ولا يمكن الادعاء بأن قانون القاضي هو ذلك القانون المناسب والملائم اذا كانت تلك العلاقة قد نشأت وارتبطت بأكثر من نظام قانوني أجنبي، فاذا قرر القاضي المختص بأن قانونه غير واجب التطبيق فلابد إذن من افساح المجال أمام قانون آخر يطبقه القاضي للفصل في النزاع، فقاعدة الاسناد تهدف لاسناد النزاع للقانون الوطني الأنسب والأكثر علاقة به.
- والهدف الثاني هو أن منح الاختصاص لقانون أجنبي تفرض ذاتها لتحاشي وجود فراغ قانوني يمكن أن يؤدي الى انكار العدالة، لاسيما اذا كان القانون الوطني غير مختص بحكمها، ووسيلة ملء هذا الفراغ بإدخال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني هو الصياغة المزدوجة لقاعدة الاسناد.

المطلب الرابع

مصادر القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص مثله مثل باقي القوانين الأخرى يستمد تطبيقه من المصادر المتعارف عليها قانونا، والتي نصت عليها المادة الاولى من القانون المدني الجزائري والتي تقول بأن هناك مصادر رسمية وهناك مصادر احتياطية، وتفصيلها فيما يلي:

الفرع الأول: المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص

الفرع الثاني: المصادر الاحتياطية للقانون الدولي الخاص

الفرع الأول

المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص

وهي المصادر التي تصدر عن جهة رسمية أي الدولة من تشريع واتفاقيات دولية:

أولا: الاتفاقيات الدولية:

نصت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على المصادر الدولية كمايلي: وظيفة المحكمة أن تفصل في النزاعات التي ترفع اليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن، الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة، وهي نوعان: معاهدات عقدية: وهي معاهدات إما ثنائية أو متعددة الأطراف، تتصف بأنها معاهدات عقدية وليست شارعة، فهي تضع قواعد تخص الدول المنضمة لها فقط، والنوع الثاني يتمثل في المعاهدات الشارعة التي تهدف لتوحيد قواعد الاسناد أو توحيد القواعد الموضوعية المتعلقة بالنزاعات التي لها علاقة بالقانون الدولي الخاص.

وتسموا المعاهدات المصادق عليها على التشريع طبقا للدستور الجزائري، ولها الأولوية في التطبيق فالقاضي يطبقها قبل تطبيق قواعد التشريع طبقا لنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه لا تطبق قواعد تنازع القوانين الواردة في القانون المدني إذا وجدت معاهدة دولية صادقت عليها الجزائر وتتضمن حل النزاع الدولي الخاص.

ثانيا: التشريع:

التشريع هو القانون المكتوب الصادر عن إرادة المشرع والذي يطبقه القاضي على المنازعات التي يفصل فيها، وتختلف أهمية التشريع كأحد مصادر القانون الدولي الخاص تبعا لاختلاف موضوعاته، فلدينا مسألة الجنسية نظرا لارتباطها الوثيق بالدولة فتنظيمها يكون وفق قواعد يضعها المشرع الوطني، بل قد يورد بعضا من قواعدها في الدستور، أما بالنسبة لتنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي فان التشريع لم يمارس دورا كبيرا الا في التاريخ الحديث فنجد أن اغلب القواعد المنظمة لهذين الفرعين تدخل

ضمن قوانين أخرى، كحال القانون المدني الجزائري الذي ينظم مسألة تنازع القوانين، أو قانون الإجراءات المدنية الذي ينظم مسألة الاختصاص الدولي القضائي.

ثالثا: المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص :

هي المبادئ التي تتصف بالشيوع والثبات والاستقرار والاشتراك بين مختلف التشريعات في القانون المقارن في مسالة تنازع القوانين، فهي مصدر خاص بتنازع القوانين دون غيره من مواضيع القانون الدولي الخاص، وهو ما نصت عليه المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"

ومنه فمبادئ القانون الدولي الخاص يرجع اليها القاضي في حال غياب نص في القانون يحل مسالة التنازع، وقد أعطى المشرع للقضاء الدور في انشاء القواعد القانونية، وليس دور الكشف عنها فقط، والسبب في ذلك التطور الهائل الذي يعرفه موضوع تنازع القوانين، وبالتالي لايمكن مجاراة هذا التطور بالقواعد القانونية التي ينص عليها التشريع ففتح الباب أمام الاجتهاد القضائي بمساعدة الفقه لانشاء قواعد قانونية تندرج ضمن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني

المصادر الاحتياطية للقانون الدولي الخاص

وتسمى أيضا بالمصادر التفسيرية، والتي يلجأ اليها القاضي في حالة فراغ التشريع أو غموضه وهي الاجتهاد القضائي والفقه:

أولا: الاجتهاد القضائي:

ويقصد به تلك القرارات الاجتهادية الصادرة عن المحاكم العليا في مختلف الدول، فيمكن الاعتماد على تلك الاجتهادات في تنظيم العلاقات القانونية وحل المنازعات الدولية الخاصة من طرف القضاة.

ثانيا: الفقه القانوني:

يعد الفقه القانوني اخر ملاذ لحل لنزاع المثار بشأن القوانين، اذ يلعب دورا تفسيريا فقط

المطلب الخامس

موضوعات القانون الدولي الخاص

يحتوي القانون الدولي الخاص على عدة موضوعات وهي كالتالي:

أولا: الجنسية:

وهي مجموعة من القواعد التي تحدد متى تثبت للشخص صفة المواطن، فمثلا شخص يرفع دعوى ضد وزير العدل يطلب منحه الجنسية الجزائرية أو يطلب الغاء قرار سحب الجنسية، هنا موضوع الدعوى هو الجنسية، والقانون الذي يطبق لحل النزاع هنا هو قانون الجنسية، والتي تعد احدى موضوعات القانون الدولي الخاص لانها هي أداة توزيع الأشخاص بين الدول.

ثانيا: مركز الأجانب:

ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب والالتزامات التي يلتزمون بها في الدولة، سواء من حيث الحد الأدنى المقرر لهم أو من حيث دخولهم وخروجهم من إقليمها، ومثال ذلك شخص صيني رفع دعوى لإلزام الإدارة بتجديد رخصة إقامته في الجزائر، ليكمل عقد المقاولة بينه وبين جزائري والتي موضوعها بناء مسكن، فالقانون المنظم لحقوق وواجبات الأجنبي هو قانون مركز الأجانب.

ثالثا: تنازع القوانين:

يقصد به تعدد القوانين المتصلة بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، وادعاء كل منها بأنه هو المختص بحكمها، لذا تضع غالبية الدول قواعد تبين القانون واجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، وهذه القواعد تسمى قواعد الإسناد او قواعد تنازع القوانين.

رابعا: تنازع الاختصاص الدولي القضائي:

ويقصد به القواعد القانونية التي تحدد متى تختص المحاكم الوطنية بالبت في المنازعات الخاصة الدولية.

خامسا: تنفيذ الأحكام والقرارت والعقود الأجنبية:

ويقصد بها القواعد القانونية التي تحدد كيفية تنفيذ عقد أو حكم قضائي صادر من محاكم دولة معينة على إقليم دولة أخرى، ومثال ذلك ان يرفع شخص دعوى يطلب فيها منحه الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي سواء كانت أحكام صادرة من محاكم أجنبية، أو أحكام صادرة من هيئة تحكيم دولية أو تنفيذ عقود تجارية دولية، فالقانون المنظم لهذه المسألة هو قانون تنفيذ الأحكام والعقود الأجنبية.

قضية كمثال:

جزائري وجزائرية أبرما عقد زواج في القنصلية الجزائرية بفرنسا وعند عودتهما للجزائر رفع الزوج دعوى طلاق أمام المحكمة الجزائرية فدفعت الزوجة بأن القانون الذي يطبق هو القانون الفرنسي، كما دفعت بكون عقد الزواج مبرم في دولة أجنبية وغير ممهور بالصيغة التنفيذية، فما هو العنصر الأجنبي في هذه القضية؟ وهل عقد الزواج يعتب فعلا عقدا مبرما في دولةاجنبية؟

الجواب:

القنصلية الجزائرية في فرنسا ما هي الا امتداد للإقليم الوطني الجزائري، وبالتالي فعقد الزواج يعد قد أبرم على الإقليم الوطني الجزائري، ومنه لا يوجد أي عنصر أجنبي في قضية الحال لأن جميع عناصر العلاقة القانونية وطنية.

المبحث الثاني

قواعد تنازع القوانين

القانون الدولي الخاص يطبق على العلاقات القانونية الخاصة الدولية، ويقصد بكلمة علاقة قانونية فتفترض وجود أشخاص قانونيين (طبيعيين أو معنويين) لهم حقوق أوالتزامات، وهو ما يعني ان العلاقة القانونية لها عناصر وهي: الأشخاص والمحل والسبب، وهي العناصر التي قد تتوزع بين دولتين أو أكثر وهو المقصود بعنصر الدولية، أي وجود عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية في دولة غير دولة القاضي، أما كلمة خاصة فتعني أن الأمر يتعلق بالعلاقات القانونية الخاضعة للقانون الخاص الذي يخالف القانون العام الذيأح طرفيه الدولة باعتبارها صاحبة امتيازات عامة، ويندرج ضمن مفهوم القانون الخاص القانون المدني والتجاري والأسرة وغيرها من القوانين التي لا تكون الدولة كشخص عام طرفا فيها.

ولا شك أن توزع عناصر العلاقة القانونية بين أكثر من دولة هو السبب المنشئ للقانون لتنازع القوانين والذي نفصله في العناصر التالية:

المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين

المطلب الثاني: شروط تنازع القوانين

المطلب الثالث: طرق حل تنازع القوانين

المطلب الرابع: قواعد الإسناد

المطلب الأول

مفهوم تنازع القوانين

يقصد بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص وجود أكثر من قانون مرشح لحكم العلاقة القانونية، فالقاضي الوطني يجد أمامه قانونين وطنيين أو أكثر مرشحة للتطبيق لفصل في النزاع المطروح عليه، فأي القوانين سيفضل أو يختار؟ وما هو المعيار أو القاعدة التي تحدد له القانون الأفضل والأنسب لحكم العلاقة القانونية؟.

مثال: تزوج جزائري بتونسية في فرنسا، هنا القوانين المرشحة للتطبيق على هذه العلاقة هي أولا القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي من جهة وقانون الزوج من جهة أخرى، والقانون التونسي باعتباره قانون الزوجة، والقانون الفرنسي باعتباره قانون بلد ابرام عقد الزواج.

وتبعا لذلك فتنازع القوانين يفترض وجود نزاع أمام القاضي الوطني يتضمن علاقة قانونية خاضعة للقانون الخاص أحد عناصرها أجنبيا، فيكون أمام القاضي قانونين أو أكثر للحكم في تلك العلاقة القانونية.

المطلب الثاني

شروط التنازع بين القوانين

حتى نكون أمام تنازع بين القوانين الدولية لابد من توافر الشروط التالية:

1- أن تكون العلاقة قانونية محل النزاع أمام القاضي الوطني تتوفر عنصر أجنبي أو أكثر: والعلاقة القانونية تتضمن عدة عناصر وهي: الأشخاص والمحل والسبب، وهي العناصر التي يجب أن

توجد في دولتين أو أكثر حتى نكون أمام عدة قوانين وطنية مرشحة لحكم تلك العلاقة، ففي المثال السابق أين تزوج جزائري بتونسية في فرنسا، يوجد عنصرين أجنبيين وهما: الأشخاص لكون الزوجة تونسية الجنسية والسبب وهو إبرام عقد الزواج بفرنسا، وفي نزاع بين جزائريين على قسمة عقار موجود بفرنسا، العنصر الأجنبي هو محل العلاقة القانونية وهو العقار الموجود بفرنسا.

2- أن يسمح القانون الوطني بتطبيق القانون الأجنبي، لأنه إذا منعت الدولة تطبيق قانون أجنبي على ترابها فلا مجال للحديث عن القانون الدولي الخاص، ويضاف أيضا لهذا الشرط أن تكون الدولة الوطنية معترفة بالدولة الأجنبية وهو ما يسمح بتطبيق قانونها على الإقليم الوطني، فمثلا الجزائر لا تعترف باسرائيل وبالتالي فلا مكان للقانون الاسرائيلي بالجزائر، ومنه فالجزائر لا تعترف بالقانون الاسرائيلي ولا تسمح بتطبيقه ومنه فلا يقوم تنازع القوانين في هذه الحالة.

3-أن يكون النزاع منصبا على علاقة خاضعة للقانون الخاص وليس القانون العامن فلا تنازع قوانين في مجال القانون الدستوري أو الإداري او الجنائي مثلا.

4-أن يكون القانون الوطني والقانون الأجنبي المرشحان لحكم العلاقة القانونية مختلفان في قواعدهما الموضوعية والا انتفى النزاع لوحدة واتفاق القانونين.

المطلب الثالث

طرق حل تنازع القوانين

إذا طرح على القاضي نزاع خاص يشتمل على عنصر أجنبين فعليه أن يحل هذا النزاع، والطريقة التي يتبعها القاضي لحله والفصل فيه تسمى طرق أو مناهج حل النزاع الدولي الخاص، و في القانون الدولي الخاص فإن تحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي الخاص يتم بإحدى الوسيلتين:

1 إما وسيلة حاذفة للقوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة أي مانعة لتنازع القوانين بمفعول التطبيق المباشر لاحداها، إما باعتبارها قوانين داخلية مباشرة تمتد لعلاقات خاصة دولية أي النظام العام والتي يطبقها القاضي مباشرة ولا يمكنه تطبيق القانون الأجنبي عليها، أو قوانين موضوعية مادية ذات موضوع او

مصدر دولي أي المعاهدات الدولية التي تتضمن قواعد موضوعية تحكم العلاقة القانونية والتي لها الأولوية في التطبيق.

2 أو وسيلة قواعد الإسناد التي ترشد القاضي للقانون واجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وهنا ولمعرفة القانون الواجب التطبيق يجب على القاضي أن يرجع الى قاعدة التنازع الجزائرية التي تعين هذا القانون، غير أنه لا يمكن ان يعرف القانون واجب التطبيق قبل ان يحدد وضعية النزاع وادراجه في احدى فئات الاسناد، وذلك لأن كل دولة لها فئات إسناد خاصة بها، وفئات الاسناد المتعارف عليها هي فئة الأحوال الشخصية، فئة الأموال، فئة الالتزامات التعاقدية، فئة الالتزامات غير التعاقدية، وفئة شكل الإجراءات والحلول تختلف من دولة الى أخرى.

المطلب الرابع

قواعد الاسناد

قواعد الإسناد هي الوسيلة التي يلجأ اليها القاضي لحل النزاع الدولي الخاص متى لم يجد بشأنه قاعدة موضوعية واجبة التطبيق لكونها من النظام العام غذا كانت داخلية او لكونها واردة في اتفاقية جماعية، وبالتالي فقواعد الإسناد هي وسيلة حل النزاع الدولي الخاص، والتي يتم تفصيلها كما يلي:

الفرع الأول: تعريف قواعد الاسناد

الفرع الثاني: طبيعة قواعد الاسناد

الفرع الثالث: عناصر قواعد الاسناد

الفرع الأول

تعريف قواعد الاسناد

قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني، وهدفها ارشاد القاضي الوطني الى القانون واجب التطبيق على المسالة المشتملة على عنصر أجنبي، وعلى هذا النحو تعتبر قواعد الاسناد الوسيلة التي يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة القانونية الخاصة

الدولية، أي هي قاعدة قانونية وضعها المشرعي الوطني بهدف ارشاد وتوجيه القاضي الوطني إلى القانون واجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر.

الفرع الثاني

طبيعة قواعد الاسناد

اختلف الفقه حول طبيعة قواعد الإسناد، فيرى بعضه أنها من القانون العام وهو الراي الذي رفضه باقي الفقهاء الذين رأوا بانها من القانون الخاص بحكم أنها تطبق على النزاعات الخاضعة للقانون الخاص فقط، فيما الرأي الراجح يرى أنها من طبيعة مختلطة.

ومن زاوية أخرى فإن قواعد الاسناد تتصف بكونها قواعد غير مباشرة وذلك لكونها لا تقدم للقاضي الحل القانوني مباشرة بل ترشده للقانون الذي يجد فيه هذا الحل، وهذه القواعد تقوم على تقنيات غير معروفة في قواعد القانون الأخرى، وهي تقسيم العلاقات المختلفة الى فئات أو أفكار مسندة أي أصناف قانونية وإخضاع كل منها للقانون الملائم عبر ضابط اسناد أو ظرف اسناد، وهذه التقنية أي الفئات القانونية التي تبنى عليها قواعد الاسناد يرجع الفضل فيه الى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، وبموجب هذا المنهج أو التقنية يتم الوصول الى القانون الواجب التطبيق عبر مرحلتين: الأولى: مرحلة تحديد النزاع أو العلاقة لربطها بإحدى الطوائف المسندةن والثانية: مرحلة ربط الفكرة المسندة بضابط الاسناد الذي يتكفل بتحديد القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي.

ومنه فقواعد الإسناد تتصف بالخصائص التالية:

- **هي قواعد غير مباشرة:** لكونها لا تقدم للقاضي حل النزاع مباشرة بل تكتفي بإرشاده الى القانون الذي يجب عليه تطبيقه على النزاع، فمثلا قاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق لا تحدد هل الطلاق توفرت شروطه أم لا وإنما تشير على القاضي هل يطبق قانونه الطني أو قانون أجنبي وهذا القانون هو الذي يتضمن الفصل في مسألة الطلاق.
- **قواعد مزدوجة:** أي أنها قد تشير الى القانون الوطني او إلى القانون الأجنبي.
- **قواعد محايدة:** فهي قد تشير للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي تبعا لضابط الإسناد الذي هو معيار موضوعي مجرد.

الفرع الثالث

عناصر قواعد الإسناد

تتألف قاعدة الاسناد من ثلاث عناصر وهي الطائفة المسندة، ضابط الاسناد، القانون المسند اليه:

1 **الطائفة المسندة:** لما كانت العلاقات المتضمنة عنصر أجنبي لا تدخل تحت الحصر، فقد تكفلت قواعد الاسناد بتصنيف هذه العلاقات الى فئات مختلفة تسمى كل منها بالفكرة المسندة، وتتضمن كل فكرة مسندة مجموعة من العلاقات أو المسائل المتقاربة أو المتشابهة، وقد تضم الفكرة المسندة مسألة قانونية واحدة مثل اخضاع الأموال لقانون موقعها أو أكثر من مسألة قانونية لها قاعدة اسناد واحدة مثل الحالة والأهلية التي تخضع لقانون الجنسية، فالمشرع في كل بلد يضع لكل فكرة منها ضابطا خاصا يسمح باسنادها إلى قانون معين، وتطبيقا لذلك فاذا طرح أمام القضاء نزاع يتعلق بمسألة معينة تتضمن عنصرا أجنبيا فعلى القاضي أن يعطي وصفا للمسألة لتحديد طبيعتها تمهيدا لادراجها ضمن احدى الأفكار المسندة الملائمة وعمله هذا يسمى التكييف، بعد ذلك يتسنى له أن يكشف عن القانون واجب التطبيق بواسطة ضابط الاسناد الذي يحدده المشرع، وتسمى أيضا بالفئة المسندة أو الطائفة المسندة.

2 **ضابط الإسناد:** بعد تصنيف المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي الى طوائف مسندة، يتم ربط كل فئة أو مجموعة منها بقانون معين عن طريق أداة تسمى بضابط الاسناد، وبالتالي فضابط الاسناد هو الوسيلة الرابطة بين الفئة المسندة والقانون المسند اليه، ومنه يشكل ضابط الاسناد العنصر الثاني والمكمل للفكرة المسندة في عملية الاهتداء الى هوية القانون المفترض تطبيقه على النزاع، وهذا الضابط يقوم على معيار مجرد، مثلا إذا قرر المشرع أن أهلية الأشخاص تخضع لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، فمعنى ذلك أن المشرع قد اتخذ الجنسية ضابطا للإسناد يرشد للقانون واجب التطبيق.

3 **القانون المسند إليه:** وهو القانون الذي ينتهي القاضي الى تطبيقه بناءا على ضابط الإسناد، مثال إذا انتهى بنا ضابط الإسناد بالقول أن الجنسية هي ضابط الإسناد في مسألة الأهلية فالقانون المسند اليه وواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص محل التنازع في أهليته.

المبحث الثالث

تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص

نتناول في تطبيق القانون الدولي الخاص بعض المسائل التي يتعين على القاضي الوطني الفصل فيها ليتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، وتتدرج تلك المسائل ضمن مفهوم تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، وتتمثل فيما يلي:

المطلب الأول : التكييف في القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني: الإحالة في القانون الدولي الخاص.

المطلب الثالث: أساس القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.

المطلب الرابع: موانع تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول

التكييف في القانون الدولي الخاص

من المؤكد أن التكييف من مهام القاضي عندما يتصدى للفصل في أي نزاع سواء كان داخليا " مدنيا أو جزائيا أو إداريا" أو دوليا خاصا، ولكن أهمية تزداد في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك لكون المشرع في مختلف الدول اعتمد المنهج التنازعي القائم على قواعد الإسناد التي تتضمن طوائف الإسناد، إذ تضم طائفة الإسناد في كل قاعدة إسناد مجموعة من المسائل أو العلاقات التي تتشابه في أوصافها، وهو ما يفرض على القاضي وهو بصدد الفصل في نزاع دولي خاص أن يقوم بتحديد طائفة الإسناد التي تتدرج ضمنها المسألة أو العلاقة القانونية محل النزاع، ويتحدد له تبعا لذلك قاعدة الإسناد المناسبة لتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، وهذا التحديد يسمى التكييف، فما هو مفهوم التكييف؟ وما هو القانون الذي سيطبق على التكييف؟ تفصيل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني: نشأة التكييف في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثالث: القانون الذي يحكم التكييف في القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول

تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص

لا شك أن مشكلة التكييف لا تظهر فقط في مجال القانون الدولي الخاص، بل هي مشكلة تفرض نفسها أمام المحاكم بمختلف أنواعها، فكل قاضي مطالب قبل فصله في النزاع أن يقوم بتكييف هذا النزاع سواء تعلق الأمر بمسائل القانون المدني، أو القانون التجاري، أو الجنائي، أو العمل أو الأسرة، والتكييف بهذا المفهوم يعرف بأنه:" تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون"، أو هو:" تحديد الطبيعة القانونية لواقعة أو تصرف لتحديد القانون الواجب التطبيق و شروط تطبيقه، وهو يمثل جانب من تفسير القانون لأن القاضي الذي يقوم بتفسير القانون يقوم في حقيقة الأمر بعمليات التكييف".

ومن ثم تبين أن التكييف بدأ أولا في القانون الداخلي قبل انتقاله إلى القانون الدولي الخاص، ولكن التكييف في إطار القانون الدولي الخاص لا يكتفي بتحديد موضوع النزاع تحديدا عاما بل يتطلب عمليات أخرى لا يتم القيام بها بصدد التكييف في القانون الداخلي، فما هو تعريف التكييف في القانون الدولي الخاص؟.

لقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للتكييف في القانون الدولي الخاص بسبب اختلافهم في تحديد موضوع او محل التكييف، وظهر في هذا الشأن اتجاهان، وهما:

- **الاتجاه القانوني:** والذي يغلب الجانب القانوني فيجعل محل التكييف هو النص القانوني أو العلاقة القانونية، ومنه فقد عرف هذا الاتجاه التكييف بأنه تحديد طبيعة النظام القانوني أو تحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع.
- **الاتجاه الواقعي:** ويرى أن التكييف ينصب على الوقائع محل النزاع، ويعرف التكييف بأنه إعطاء الواقعة الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من طوائف الإسناد الواردة في قواعد الإسناد.
- **الاتجاه التوفيقي:** و بين الاتجاهين السابقين ظهر اتجاه توفيقي يرى أن التكييف لا ينصب على القانون أو الواقع منفردا، بل ينصب التكييف على موضوع النزاع وهو المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي، ومنه يعرف التكييف بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإعطائها

الوصف القانوني الملائم لوضعها في نطاق طائفة الإسناد التي تتضمنها قاعدة إسناد معينة تمهيدا لإسنادها إلى القانون واجب التطبيق.

ومنه فالتكييف في القانون الدولي الخاص هو تحديد طبيعة المسألة القانونية محل النزاع لوضعها في نطاق الطائفة المسندة المناسبة بغرض تحديد قاعدة الإسناد التي يتعين تطبيقها لتحديد القانون واجب التطبيق عليها استنادا لضابط الإسناد الوارد في تلك القاعدة، ولذلك فالتكييف هدفه هو تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على المسألة القانونية محل النزاع الدولي الخاص، فإذا عرض على القاضي نزاع بصدد مسألة قانونية معينة يجب عليه تحديد الوصف القانوني لهذه المسألة، هل هي تندرج ضمن مسائل الشكل فتندرج ضمن طائفة شكل التصرفات القانونية، وبالتالي يطبق عليها قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية؟ أم تندرج ضمن مسائل الأهلية فتدخل ضمن طائفة الأهلية ويطبق بصددها قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية؟.

ولا شك أن التكييف في القانون الدولي الخاص بهذا المعنى يمتاز بصعوبة لا توجد في القانون الداخلي، وذلك لاختلاف تشريعات الدول في تحديد الوصف القانوني وبالتالي اختلافها في تحديد الطائفة التي تندرج ضمنها المسألة الواحدة، فما يعد شرطا من الشروط الموضوعية للزواج في قانون دولة معينة، قد يعد شرطا من الشروط الشكلية في قانون دولة أخرى.

الفرع الثاني

نشأة التكييف في القانون الدولي الخاص

لقد كانت هناك سوابق قضائية أثيرت فيها هذه المسألة أي مسألة التكييف في القانون الدولي الخاص، ومن تلك السوابق القضايا الآتية:

1 وصية الهولندي:

وتتمثل وقائعها في أن مواطنا هولنديا حرر بفرنسا وصية في محرر عرفي، طبقا للمادة 999 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان بالخارج أن يكتب وصية عرفية، وعندما توفي الهولندي طعن ورثته الهولنديين أمام القضاء الفرنسي ببطلان الوصية طبقا لأحكام المادة 992 من القانون المدني الهولندي التي تشترط الكتابة الرسمية لصحة الوصية المبرمة من الهولنديين ولو خارج هولندا

وتعتبر الشكل الرسمي للوصية مكملا للأهلية ، والصعوبة في هذه القضية مصدرها اختلاف تكييف القانون الهولندي والقانون الفرنسي في مسألة منع الوصية في الشكل العرفي، فالقانون الهولندي يعد منع المواطنين الهولنديين من إبرام الوصية في الشكل العرفي أمرا يتعلق بالأهلية، ولذلك يسري عليهم هذا المنع حتى ولو كانوا خارج هولندا، أما القانون الفرنسي فيعتبر هذا المنع مسألة تتعلق بشكل التصرف، ويترتب على ذلك أنه لو تم تكييف مسألة منع الوصية العرفية وفقا للقانون الهولندى على انه قيد على أهلية الموصي في إبرام وصيته لأدى ذلك إلى بطلان الوصية، ذلك أن قواعد الإسناد الفرنسية تخضع الأهلية لقانون الجنسية، ولما كان الموصي هولندى الجنسية فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الهولندي وهو يقضى ببطلان الوصية، وعلى العكس من ذلك فإنه لو تم تكييف منع الوصية العرفية على أنه من مسائل الشكل، فإنه ستكون الوصية صحيحة، ذلك أن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع شكل الوصية لقانون محل إبرامها، وهو في هذه القضية القانون الفرنسي الذي ينص على صحة الوصية العرفية، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا التكييف أي اعتبار مسألة تحرير الوصية في الشكل العرفي ضمن مسائل الشكل وليس ضمن مسائل الأهلية.

2 ميراث المالطي:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين مالطيين قدما للعيش في الجزائر أثناء الاستعمار الفرنسي، تملك الزوج عقارات في الجزائر وبعد وفاته طالبت الزوجة أمام محكمة الاستئناف بحقها في ميراث زوجها على أساس قاعدة(نصيب الزوج الفقير) وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي لم يكن يعترف للزوجة آنذاك إلا بحق اقتسام الأملاك المشتركة واسترداد أملاكها الخاصة، في هذه الحالة أيضا وجد القاضي الفرنسي نفسه أمام مشكلة في التكييف، فهل يكيف طلب المرأة على أساس أنه من قبيل الميراث المتعلق بالعقار وبالتالي يطبق عليه قانون موقع العقار وفي هذه الحالة القانون الفرنسي وبالتالي يرفض طلب الزوجة، وأم يكيف هذا الطلب على أساس أنه يندرج ضمن النظام المالي للزوجين الذي يدخل في طائفة الأحوال الشخصية ويحكمها قانون الجنسية وهنا يطبق القانون المالطي وبالتالي يمنح الزوجة حقها في تركة الزوج المتوفى، و قد كيف القضاء الفرنسي المسألة التي يثيرها طلب الزوجية بأنه يدخل في طائفة الميراث وذلك حسب أحكام القانون الفرنسي، أي قانون القاضي الذي ينظر الدعوى، و لما

كان القانون الواجب التطبيق على الميراث في العقارات هو قانون الموقع، أي القانون الفرنسي، فقد قضت المحكمة في النهاية برفض ادعاء الزوجة، باعتبار أن القانون الفرنسي لا يعترف بمثل هذا الحق (نصيب الزوج المحتاج) وقت صدور الحكم.

والملاحظ أنه في كل هذه القضايا التي تعتبر السوابق التاريخية الأولى لنشأة مسألة التكييف في القانون الدولي الخاص، قرر القضاء إلى أن التكييف يتم استنادا لقانون القاضي، وهو ما فتح النقاش حول هذا الموضوع أي ما هو القانون واجب التطبيق على التكييف في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثالث

القانون الذي يحكم التكييف في القانون الدولي الخاص

هناك ثلاثة اتجاهات فقهية في الإجابة عن هذا السؤال سنقوم بعرضها باختصار ثم نعرض موقف المشرع الجزائري، كما يلي:

أولا: الاتجاهات الفقهية بشأن القانون الذي يطبق على التكييف:

اختلف الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات كما يلي:

الاتجاه الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي:

وهذا الاتجاه نادى به الفقيه بارتان الذي كان أول من وضع نظرية متكاملة لمشكلة التكييف، ويذهب هذا الاتجاه إلى أن تحديد الوصف القانوني للمنازعات ذات الطابع الدولي الخاص يجب أن يتم وفقا لقانون القاضي حتى ولو لم يكن هو الواجب التطبيق على النزاع، وحجة هذا الاتجاه هو فكره سيادة الدولة، وذلك لكون المشرع الوطني يتنازل عن قدر من سيادته عند سماحه بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع الدولي الخاص، الأمر الذي يحتم الرجوع إلى نفس المشرع الوطني لبيان مدى هذا التنازل وحدوده والذي يتحدد من خلال التكييف.

ويؤيد غالبية الفقهاء مذهب بارتان من إخضاع التكييف لقانون القاضي، ولكن ليس استنادا للسيادة حسب ما ذهب إليه بارتان، بل استنادا إلى حجج أخرى، أهمها أن التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية، مما يقتضى أن يخضع لقانون القاضي، فتطبيق قاعدة الإسناد يندرج ضمنها تفسيرها وهذا التفسير

هو نفسه التكييف، فإذا ما قضت قاعدة الإسناد الوطنية مثلا بإخضاع الأهلية لقانون الجنسية فإنه يجب لتطبيق هذه القاعدة تحديد معنى الأهلية ومعرفة ما إذا كانت الواقعة محل النزاع تندرج ضمن مفهوم الأهلية أم لا، وهذا هو التكييف وهو نفسه تفسير قاعدة الإسناد الوطنية الذي يخضع لقانون القاضي.

الاتجاه الثاني: إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة:

نادى عدد من الفقهاء ومنهم الفقيه despagnet برأي مختلف عن رأي الفقيه بارتان وهو إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة أي القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا قضت قاعدة الإسناد الوطنية بإخضاع النزاع لقانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون على النزاع بشكل كامل ابتداء من التكييف إلى غاية النطق بالحل النهائي للنزاع، ذلك أن عدم الرجوع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع لتكييف المسألة يعد خرقا لهذا القانون وتطبيقا لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على النزاع حسب قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا كان قانون القاضي المثار أمامه النزاع يدرج المسألة محل النزاع في طائفة مسائل الأهلية ويخضعها بالتالي لقانون الجنسية، بينما كان هذا القانون الأجنبي يدرج نفس المسألة في طائفة مسائل الشكل ويخضعها لقانون مكان الإبرام، فإن التمسك باعتبار المسألة من مسائل الأهلية وفقا لقواعد التكييف في قانون القاضي من شأنه عقد الاختصاص للقانون الأجنبي الذي يعتبر نفسه غير مختص بحكم تلك المسألة.

وقد انتقدت هذه النظرية بكون القول بإخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة من قبيل المصادرة على المطلوب، إذ كيف يتسنى للقاضي الرجوع للقانون الأجنبي لمعرفة طبيعة النزاع المعروض عليه من قبل أن يعرف ما إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق أم لا والذي يتحدد أولا من خلال التكييف، ومنه فلكي يتسنى إجراء التكييف وفقا للقانون المختص بحكم العلاقة يجب أولا تحديد هذا القانون أولا، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بعد الانتهاء من التكييف، وهو ما يدخلنا في حلقة مفرغة تجعل من النظرية غير منطقية.

الاتجاه الثالث: إخضاع التكييف للقانون المقارن:

وعلى رأس من نادى بهذه النظرية الفقيه رابل الذي نادى بعدم التقيد في التكييف في القانون الدولي الخاص بقانون القاضي ولا بالقانون الأجنبي، بل يجب اللجوء بصدد التكييف في القانون الدولي الخاص

إلى القانون المقارن لاستخلاص مضامين ذات طبيعة عالمية لقواعد الإسناد، فإذا تصدى القاضي الجزائري لتطبيق قاعدة الإسناد التي تخضع الوصاية على القاصر لقانون جنسيته فلا ينبغي عليه الرجوع إلى القواعد الموضوعية للقانون الجزائري أو لأي قانون وطني آخر لتحديد مضمون فكره الوصاية على القاصر، وإنما يجب عليه أن يستخلص مفهوم الوصاية على القاصر عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة، فلا يتحدد مفهوم الوصاية على القاصر الواردة في قاعدة الإسناد وفقا للقواعد الموضوعية للقانون الجزائري، وإنما يجب تحديد مضمونها استنادا إلى القواعد السائدة في تشريعات دول العالم، أي استنادا إلى القانون المقارن، وهذه النظرية كسابقتها انتقدت بشدة بسبب ما ينطوي على تطبيقها من صعوبات عملية للقاضي فكيف يرجع إلى قوانين الدول واستخلاص القواعد المشتركة بين تلك القوانين، هذا إضافة الى اختلاف تشريعات الدول بشأن الوصف القانوني لعديد مسائل القانون الدولي الخاص.

ثانيا: التكييف في القانون الجزائري:

أخذ القانون الجزائري، مثل عديد تشريعات الدول بقاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي، إذ تنص المادة 09 من القانون المدني على أن:" يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"، وبالتالي فعندما يطرح أمام القاضي الجزائري نزاع ذو طابع دولي خاص فيتعين عليه أن يطبق القانون الجزائري في تكييف الواقعة أو المسألة المطروحة عليه ليحدد طائفة الإسناد التي تندرج ضمنها تلك المسألة أو العلاقة، وبالتالي تحديد القانون واجب التطبيق عليها، وبالتالي وبذلك فالمشرع الجزائري تبنى نظرية بارتان بشأن التكييف في القانون الدولي الخاص.

ويتعين الإشارة إلى المقصود بالقانون الجزائري الوارد في نص المادة التاسعة من القانون المدني هو القانون الجزائري بمختلف مصادره ودرجاته، فعلى سبيل المثال عندما يتصدى القاضي المدني الجزائري لتكييف مسألة مطروحة عليه فانه يرجع إلى القانون المدني وكذلك القوانين الأخرى الجزائرية لتكييف تلك المسألة، كما يتعين الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالتفرقة التي أقامها بارتان بين التكييف الأولى والتكييف اللاحق وحصر قانون القاضي على التكييف الأولى أما التكييف اللاحق فيخضع للقانون واجب التطبيق، وذلك لكون المادة 09 من القانون المدني سالفة الذكر نصت على أن التكييف الذي يخضع

للقانون الجزائري هو التكييف الذي يهدف إلى معرفة القانون الواجب تطبيقه، وهو التكييف الأولي الذي يخضع هو فقط للقانون الجزائري.

ويتعين الإشارة أيضا إلى المادة 17 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه:" يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"، وبالتالي فقد أخذ المشرع الجزائري بالاستثناء الذي نادى به الفقيه بارتان وهو إخضاع تكييف المال هل هو منقول أم عقار إلى قانون موقعه وليس إلى قانون القاضي.

المطلب الثاني

الإحالة في القانون الدولي الخاص

يوجد في القانون الوطني لكل دولة نوعان من القواعد القانونية: فهناك القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع الداخلي، وهناك قواعد الإسناد التي تحدد القانون واجب التطبيق على النزاع الدولي الخاص، ونتيجة لذلك يثور تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد قي القانون الأجنبي، ويأخذ هذا التنازع إحدى الصورتين:

الصورة الأولى: التنازع الايجابي: قواعد الإسناد الوطنية والأجنبية تسندان النزاع إلى قانونها، فقاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى كون القانون الوطني هو الواجب التطبيق، فيما تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى كون القانون الأجنبي هو المختص بالنزاع، فهنا يوجد تنازع إيجابي بين القانونين الوطني والأجنبي.

الصورة الثانية: التنازع السلبي: قواعد الإسناد الوطنية والأجنبية كلاهما تشيران على عدم اختصاص قانونها بحكم النزاع، فقاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى كون القانون الوطني غير مختص وأن القانون الأجنبي هو المختص بحكم النزاع، فيما تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى كون القانون الأجنبي بدوره غير مختص بالنزاع، فيتخلى القانون الوطني والأجنبي عن الاختصاص بالفصل في النزاع، وتسمى هذه المشكلة في القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة، فما هو مفهوم الإحالة؟ وما هي أنواعها؟ وما هو ما هو موقف المشرع الجزائري منها؟

تفصيل الإجابة على ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الإحالة في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني: أنواع الإحالة في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري من الإحالة في القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول

تعريف الإحالة في القانون الدولي الخاص

تثور مشكلة الإحالة إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي فهل يطلق قواعده الداخلية المادية أم يطبق أولا قواعد الإسناد في ذلك القانون الأجنبي؟.

مثال: إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع وتوصل من خلال قاعدة الإسناد المناسبة إلى كون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق للفصل في النزاع، فهل القاضي الجزائري هنا يطبق قواعد القانون المدني الفرنسي أو القانون التجاري الفرنسي أم يجب عليه أن يطبق أولا قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي؟.

إذا كان الجواب بكون القاضي يجب عليه أن يطبق أحكام القانون الفرنسي الداخلية التي تطبق على الفرنسيين فإننا من أنصار رفض الإحالة، أما إذا أجبنا بخلاف ذلك وفضنا على القاضي تطبيق قواعد الإسناد الفرنسية أولا فإننا من مؤيدي الإحالة.

وتعد قضية فورغو forgo المناسبة الأولى الشهيرة التي ثارت فيها مشكلة الإحالة، وفورغو هو ولد غير شرعي ولد بإقليم بافاريا بألمانيا، انتقلت به أمه وهو طفل في الخامسة من العمر إلى فرنسا وأقاما هناك إقامة فعلية، دون أن يتخذا لهما موطنا قانونيا في فرنسا، إذ كان القانون الفرنسي يفرض يومئذ الحصول على تصريح بالتوطن القانوني وهما لم يحصلا على هذا التصريح، وعندما كبر فورغو تزوج من فرنسية ثرية وتركت له ثروة منقولة طائلة، وعندما مات فورغو ترك ثروة طائلة دون أن يترك ورثة مباشرين أي دون أب أو أم أو إخوة أو أبناء، وقد كان القانون الفرنسي لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبيه أو لأخوته فقط، فاستولت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية على هذه الثروة باعتبارها تركة شاغرة أي بلا وارث، فطالب الحواشي أي أقارب أمه بالميراث مستندين في طلبهم إلى القانون البافاري الداخلي الذي لا يفرق في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي بالنسبة إلى

الورثة، فقضت محكمة الاستئناف الفرنسية برفض طلبهم واستندت إلى أن فورغو كان متوطنا بفرنسا، وبالتالي يجب أن يطبق على ثروته المنقولة القانون الفرنسي، وهو يقضي بحرمان غير الأبوين والإخوة للولد غير الشرعي من ميراثه، فرفع الورثة طعنا في هذا الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية التي نقضت حكم محكمة الاستئناف على أساس أنه أخطأ في اعتبار فورغو متوطنا في فرنسا مع أنه لم يتحصل على ترخيص بالتوطن فيها ويكون موطنه القانوني حينئذ هو بافاريا، وبالتالي يطبق عليه القانون البافاري، وأحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بوردو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي فطعنت مصلحة الأملاك في هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يطبق على الميراث المنقول قانون الموطن، فقضت محكمة النقض الفرنسية في: 1878/06/24 بنقضه لأنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، وهي تحيل ميراث المتوفى إلى قانون موطنه الفعلي وهو القانون الفرنسي، وأحالت القضية من جديد إلى محكمة استئناف تولوز فقضت في: 1880/05/22 بما رأته محكمة النقض فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الموضوعية فرفضت محكمة النقض هذا الطعن في: 1882/02/22، ومنه فقد قبلت محكمة النقض إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي دون أن تصرح بأنها إحالة، ثم توالت أحكام القضاء الفرنسي على هذا النحو آخذة بالإحالة بصراحة.

وتبعا لذلك فالإحالة هي نظرية تفرض على القاضي أن يقوم بتطبيق قواعد الإسناد (قواعد التنازع) في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وهي القواعد التي قد تشير إلى تطبيق قانون القاضي أو قانونا أجنبيا آخر للفصل في النزاع.

الفرع الثاني

أنواع الإحالة في القانون الدولي الخاص

للإحالة في القانون الدولي الخاص صورتان وهما:

الصورة الأولى: الإحالة من الدرجة الأولى:

وذلك عندما تحيل قواعد الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي وهو بدوره تحيل قواعد الإسناد فيه إلى قانون القاضي، فمثلا عندما يقوم بريطاني مقيم بفرنسا بتصرف متعلق بأهليته فتطبق عليه قواعد الإسناد الفرنسية قانون جنسيته وهو القانون البريطاني، ولكن قواعد الإسناد في القانون البريطاني تحيله إلى قانون الموطن وهو القانون الفرنسي، و تسمى هذه الصورة بالرجوع.

الصورة الثانية: الإحالة من الدرجة الثانية:

وذلك عندما تحيل قواعد الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي لكن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تحيل إلى قانون أجنبي أخر (قانون أجنبي ثالث) وليس إلى قانون القاضي، فمثلا إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بالأهلية لشخص بريطاني متوطن في الدانمرك فقواعد الإسناد الجزائرية تجعل الاختصاص للقانون البريطاني باعتباره قانون الجنسية، وقواعد الإسناد في هذا القانون البريطاني ترفض الاختصاص وتمنح الاختصاص بالفصل في النزاع للقانون الدانمركي باعتباره قانون الموطن، ومنه فإذا قبل القاضي الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق على هذا النزاع القانون الدانمركي الذي أحالت إليه قواعد الإسناد البريطانية، أما إذا رفض القاضي الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية فانه سيطبق على النزاع القانون البريطاني.

الفرع الثالث

موقف التشريع الجزائري من الإحالة

نص القانون المدني الجزائري صراحة على قبول الإحالة من الدرجة الأولى ورفض الإحالة من الدرجة الثانية، إذ تنص المادة 23 مكرر 1 منه على أنه:" إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.".

وبخصوص الإحالة من الدرجة الأولى فإن الأستاذ اسعد محند يرى أنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية إذا كان قانون الأحوال الشخصية الأجنبي غير مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، لأنه في حالة قبول الإحالة من الدرجة الأولى وبالتالي تطبيق قانون الأسرة الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية على أشخاص أجانب غير مسلمين، لكن هذا الرأي محل نظر، فحتى في حال قبول

الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيق القاضي قانون الأسرة الجزائري على أجانب غير مسلمين، فانه عندما يجدهم غير مسلمين لا يمكنه تطبيق أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين عليهم، لكون المادة 222 من قانون الأسرة تفرض على القاضي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأوضاع غير المنصوص عليها في قانون الأسرة، ومنها نزاعات الأحوال الشخصية بين غير المسلمين فلا يوجد بشأنها نص في قانون الأسرة، فيطبق القاضي الجزائري بشأنها المادة 222 سالفة الذكر، وحينها سيجد أن الشريعة الإسلامية تطبق على غير المسلمين أحكام ديانتهم وليس أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث

أساس تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني

عندما تقضي قواعد الإسناد الوطنية على القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي للفصل في النزاع الدولي الخاص، يطرح التساؤل عن أساس تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني؟ وما هي طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني؟ وبالتالي هل القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً أم يتعين على الأطراف طلب تطبيقه؟ وهل يلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي أم أنه يتعين على الخصوم تقديمه للقاضي وإثباته؟ وهل يخضع القاضي الوطني في تفسيره وتطبيقه القانون الأجنبي للرقابة من طرف المحكمة العليا؟.

بعد أن يطبق القاضي الوطني قاعدة الإسناد الوطنية والتي قد تشير عليه بتطبيق قانون أجنبي معين، فإنه يثور تساؤل آخر وهو: هل القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً أم عليه انتظار طلب الخصوم؟

في الدول التي تعامل القانون الأجنبي كقانون، القاضي الوطني ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ولو لم يطالب بذلك الخصوم، أما في الدول التي تعامله كواقعة فالأصل ألا يتم تطبيق القانون الأجنبي إلا بطلب من الخصوم، وبالتالي فللجواب عن سؤال مدى إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني تلقائيا، يتعين تحديد طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، هل يطبقه باعتباره قانونا أم واقعة؟.

اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، وظهر اتجاهان، كما يلي:

الاتجاه الأول: يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي باعتباره واقعة:

يتزعم هذا الموقف القضاء الفر نسي يؤيده في ذلك الكثير من الفقهاء، هذا الاتجاه عامل القانون الأجنبي معاملة تختلف عن القانون الوطني، بحيث تم معاملته كواقعة، ويترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة عدة نتائج أهمها: عدم التزام القاضي الوطني بتطبيقه تلقائيا بل يجب إثارته وطلب تطبيقه من الخصوم، وأن الطرف الذي يطلب تطبيقه يتعين عليه إثباته، وإمكانية تنازل الأطراف عن تطبيقه، وعدم إمكانية التمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية كطلب جديد، وعدم جواز إثارة القانون الأجنبي لأول مرة أمام المحكمة العليا، وغيرها من النتائج التي تترتب على الوقائع.

الاتجاه الثاني: يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي باعتباره قانونا:

وهذا هو موقف الاتجاه الغالب في الفقه، ومفاده أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانونا، وتبعا لذلك فالقاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائيا دون أن ينتظر الخصوم للمطالبة بذلك، وملزم بالبحث عن مضمونه وحسن تفسيره، ويخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك، ويمكن للأطراف التمسك بتطبيقه وإثارته أمام جهة الاستئناف وأمام المحكمة العليا ولو لأول مرة.

وفي إطار هذا الاتجاه ظهر فريق من الفقه يرى أن القانون الأجنبي عندما يطبق أمام القاضي الوطني يجب أن يعامل لا كواقعة ولا كقانون وطني بل يجب معاملته باعتباره قانونا أجنبيا، فيحافظ القانون الأجنبي وهو يطبق من طرف القاضي الوطني على طابعه القانوني وعلى طابعه الأجنبي أيضا، فهو يعامل بصفته قانون أجنبي لا قانون وطني، وبالتالي فالقاضي الوطني لا يعامل القانون الأجنبي بنفس المعاملة الإجرائية التي يعامل بها القانون الوطني لدولته.

فما هو موقف القانون الجزائري من هذه المسألة؟ أي هل يعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي قانوناً أم مجرد واقعة؟ أم أن له اتجاه آخر في هذا المجال؟.

لم يتضمن المشرع الجزائري نصا صريحا يتعلق بمسألة طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، غير أن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي عددت أوجه الطعن بالنقض ذكرت في الفقرة 6 الوجه المتعلق بمخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ومعنى ذلك أن تطبيق قضاة

الموضوع للقانون الأجنبي الخاص بقانون الأسرة يخضع لرقابة المحكمة العليا، وهو ما يفرض على القضاة تطبيقه القانون الأجنبي الخاص بقانون الأسرة تلقائياً وعليهم البحث عن موضوعه وتفسيره، وبالنتيجة فإن المشرع الجزائري قد جعل القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة في مستوى القانون الوطني وعامله معاملة القانون الوطني.

وبتفسير الفقرة 6 من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمفهوم المخالفة فإن القانون الأجنبي غير المتعلق بقانون الأسرة لا يعامله المشرع الجزائري كقانون بل كواقعة، لعدم مراقبة المحكمة العليا للقاضي الجزائري بشأن تطبيق القانون الأجنبي غير المتعلق بقانون الأسرة.

وبالتالي ففي القانون الجزائري القاضي الجزائري ملزم بتطبيق القوانين الأجنبية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية تلقائيا وبدون طلب الخصوم، أما بقية القوانين الأخرى غير المتعلقة بالأحوال الشخصية فالقاضي الجزائري غير ملزم بتطبيقها إلا إذا طالب بذلك الخصوم وعليهم إثبات مضمونه.

المطلب الرابع

موانع تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني

قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي باعتباره واجب التطبيق للفصل في النزاع الدولي الخاص، ورغم ذلك يتعين على القاضي الوطني استبعاده إذا كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام في بلده، وهذا ما يسمى بالدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي، وكذلك إذا التوصل إلى تطبيقه نتيجة غش الأطراف على قواعد الإسناد الوطنية، وذلك عندما يتضح للقاضي الوطني أن القانون الواجب التطبيق لم يكن مختصاً في الحقيقة إلا نتيجة تحايل من قبل الأطراف وذلك من خلال تحايلهم على ضابط الإسناد، فيمتنع القاضي عن تطبيق هذا القانون، وهو ما يسمى بالدفع بالغش والتحايل نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي، وتفصيل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي

الفرع الثاني: الدفع بالغش والتحايل نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي

الفرع الأول

الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي

يعمل القاضي الوطني على استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية بوصفه قانوناً واجب التطبيق كلما كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام أو الآداب العامة في بلده، ومنه فالنظام العام يؤدي دور صمام الأمان في نظام تنازع القوانين باعتباره استثناءً على القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية، وقد نصت أغلب التشريعات الوطنية للدول على قاعدة النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية المخالفة له، وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة 24 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون".

وتبعا لذلك يتعين التساؤل عن مفهوم النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي؟ وما هي شروط وآثار الدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي؟. تفصيل الجواب على ذلك فيما يلي:

أولا: مفهوم النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي:

من الصعب وضع تعريف دقيق للنظام العام لعدم وضوح فكرة النظام العام، وللاختلافات الفقهية حوله، ولكون النظام العام فكرة نسبية فمفهومه يختلف من دولة لأخرى ومن وقت لآخر في نفس الدولة بل ومن إقليم لآخر في نفس الدولة وفي نفس الوقت أيضا، وهو ما يؤدي إلى عدم وجود نظام عام موحد زمانا ومكانا، ورغم ذلك يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معينة في زمن محدد وهذه المبادئ قد تكون سياسية أو اجتماعية أو خلقية أو دينية أو اقتصادية لنظام، وهذه المبادئ لا يجوز مخالفتها أو الخروج عنها أو الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي فلها الأولوية في التطبيق، ولذلك فإن دورها في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون الأجنبي المختص بحسب قواعد الإسناد لمخالفة ذلك القانون الأجنبي لتلك المبادئ.

ومن ذلك مثلا يمنع قانون الأسرة الجزائري نظام التبني، وهذه تعد من المبادئ العامة التي يتعين بسببها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد إذا كان الحكم سيطبق بالجزائر لمخالفة ذلك القانون الأجنبي لقاعدة من النظام العام وهي قاعدة منع التبني، ويعد النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي دفعا من النظام العام، وهذا يعني إمكانية إثارته في أية مرحلة للدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ويتعين على القاضي إثارته تلقائيا ويمكن إثارته من قبل أي طرف في الدعوى، وذلك لان القواعد الوطنية المراد حمايتها تتعلق بالنظام العام.

ثانيا: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي:

من أجل قبول الدفع باستبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام يتعين ان يتوفر شرطان، وهما:

الشرط الأول: أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق للفصل في النزاع الدولي الخاص، بحيث فرضت ذلك قاعدة الإسناد الوطنية وقبلت بذلك قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي (ليس هناك إحالة)، ولم يتفق الأطراف على استبعاد القانون الأجنبي، ومنه فلا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام متى كانت هناك وسيلة أخرى لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، وهو ما يعني أن الدفع بالنظام العام يعد قاعدة احتياطية.

الشرط الثاني: أن تكون القاعدة الموضوعية في القانون الأجنبي متعارضة مع القواعد التي تعد من النظام العام في قانون دولة القاضي، ويخضع قضاة الموضوع في تقدير هذا الشرط أي تعارض الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي مع النظام العام لدولتهم إلى رقابة محكمة النقض.

ويترتب على قبول القاضي للدفع بالنظام العام أي قراره بكون القاعدة القانونية الأجنبية مخالفة للنظام العام، أثران هما استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، وتطبيق قانون القاضي بدلا عنه، وهو ما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، وتبعا لذلك فقد كرس القانون الجزائري الأثر السلبي للدفع بالنظام العام وهو وجوب استبعاد القانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام في الجزائر، كما قرر صراحة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد.

الفرع الثاني

الدفع بالغش والتحايل نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي

أولا: مفهوم الدفع بالغش والتحايل نحو القانون:

يقصد بالغش أو التحايل على القانون الدولي الخاص استخدام قواعد الإسناد على نحو يؤدي إلى التهرب من تطبيق أحكام القانون واجب التطبيق على النزاع الدولي الخاص، وذلك بالتحايل على ضابط الإسناد أو الطائفة المسندة بقصد التهرب من أحكام القانون الوطني أو الأجنبي واجب التطبيق، بحيث يتضح من خلال ظروف القضية وملابساتها أن الخصم تعمد التلاعب بضابط الإسناد أو الفئة المسندة للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق، ومن ثم وجب على القاضي الوطني منع هذا التحايل والغش نحو قواعد الإسناد وذلك من خلال استبعاد القانون الذي سعى إلى تطبيقه عن طريق الغش والتحايل وبدلا عنه تطبيق القانون الذي كان أصلا واجب التطبيق على النزاع، ومنه فالغش والتحايل نحو القانون هو التهرب من القانون واجب التطبيق على النزاع طبقا لقاعدة الإسناد وذلك بإخضاع النزاع لقانون دولة أخرى عن طريق الغش، أو تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر بدلا عنه، ومنه فالتحايل يتحقق بطريقين هما: تغيير ضابط الإسناد أو تغيير طائفة الإسناد.

ثانيا: شروط الدفع بالغش والتحايل نحو القانون:

يشترط للدفع بالغش والتحايل نحو القانون أن يتوفر شرطان تفصيلهما كما يلي:

- **العنصر المادي للغش والتحايل نحو القانون:** يشترط لصحة الدفع بالغش نحو القانون و أن يكون هناك تغيير إرادي لضابط الإسناد او الطائفة المسندة، بأن يقوم الشخص متعمدا بالتحايل على هذا ضابط الإسناد من خلال تغيير جنسيته أو موطنه، وتبعا لجنسيته الجدية أو موطنه الجديدة يتغير القانون واجب التطبيق، أو يقوم بالتحايل على الطائفة المسندة بتغيير الفئة التي ينتمي إليها المال الموروث مثلا من العقار الموروث إلى المنقول الموروث.
- **العنصر المعنوي للغش والتحايل نحو القانون:** فلا يكفي تغيير ضابط الإسناد أو الطائفة المسندة بل يجب أن يكون هذا التغيير بسوء نية، و يظهر سوء النية في تغيير ضابط الإسناد

بغرض التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، أي أن يكون الباعث وراء تغيير ضابط الإسناد هو تغيير القانون الذي يطبق على النزاع، أي التهرب من قانون إلى قانون آخر.

ويترتب على الغش نحو القانون أثران وهما: استبعاد القانون الأجنبي الذي تم التوصل إلى انه هو القانون واجب التطبيق عن طريق الغش، وتطبيق القانون واجب التطبيق الذي يتم التوصل اليه دون غش وتحايل على القانون.

وعن موقف المشرع الجزائري بخصوص الغش نحو القانون فقد نصت المادة 24 من القانون المدني على أنه:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، وتبعا لذلك فقد كرس القانون الجزائري الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون وهو وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا ثبت للقاضي أن منح هذا الاختصاص للقانون الأجنبي تم بواسطة الغش نحو القانون، ولم تتضمن المادة 24 سالفة الذكر صراحة الأثر الايجابي لهذا الدفع خلافا للدفع بالنظام العام فقد قررت المادة صراحة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد بسبب مخالفته للنظام العام، معنى ذلك انه الأثر الايجابي للدفع بسبب الغش نحو القانون ليس تطبيق قانون القاضي بل هو العودة إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد قبل الغش والتحايل والذي قد يكون قانون القاضي أو قانون أجتبي آخر.

المبحث الثالث

تفسير قواعد القانون الدولي الخاص

عند تحليل قواعد الإسناد المذكورة في المواد من: 09 إلى 23 مكرر 02 القانون المدني الجزائري نجد أنها تصنف إلى خمس مجموعات، وهي:

المجموعة الأولى: تشمل المسائل المتعلقة الأحوال الشخصية.

المجموعة الثانية: تشمل المسائل المتعلقة بالأحوال العينية (الأموال).

المجموعة الثالثة: تشمل الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية.

المجموعة الرابعة: تشمل شكل التصرفات القانونية.

وتفصيل ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على طائفة الأحوال الشخصية

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على طائفة الأحوال العينية

المطلب الثالث: القانون واجب التطبيق على طائفة الالتزامات

المطلب الرابع: القانون واجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على طائفة الأحوال الشخصية

خص المشرع الجزائري المسائل المندرجة ضمن مسائل الأحوال الشخصية بالمواد من 10 إلى 16 من القانون المدني، ويقصد بالأحوال الشخصية مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص وعلاقته بأسرته، ومنها الأهلية والزواج والطلاق والنسب وغيرها من المسائل، والتي يخصها المشرع في مختلف الدول غالبا إلى ضابط الجنسية، فيما يخضعها البعض الآخر إلى قانون الموطن، وبالنسبة للقانون المدني الجزائري فقد أخضعها إلى القانون الشخصي أي اعتمد ضابط الجنسية، لكن قد يعرض على القاضي الجزائري نراع متعلق بالأحوال الشخصية ويريد ان يطبق عليه قانون الجنسية، لكن يجد أمامه شخص له جنسيتان أو دون جنسية، فمادا يفعل؟

نصت المادة 22 من القانون المدني الجزائري على الحل القانوني في حالة تعدد الجنسية أين يطبق القاضي الجنسية الحقيقية للشخص، بمعنى أن القاضي يبحث عن الجنسية التي يرتبط بها الشخص فعلا ويستخدمها في تعاملاته الشخصية والمالية فيعتمدها ويستبعد الجنسية الأخرى، وأضافت المادة 22 أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية, بمعنى أنه في حالة تعدد جنسيات الشخص وتكون احدى تلك الجنسيات الجزائرية فإن القاضي يعتمدها ويعتبر الشخص جزائريا دون بحث عن الجنسية الحقيقية، وبالنسبة لحالة انعدام الجنسية، فإن المادة 22 سالفة الذكر نصت على أن القاضي يطبق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

وتفصيل قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية والواردة في القانون المدني الجزائري كما يلي:

الفرع الأول: قاعدة الإسناد المتعلقة بالحالة والأهلية.

الفرع الثاني: قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الزواج وآثاره وانحلاله.

الفرع الثالث: قواعد الاسناد المتعلقة بالنسب والتبني والكفالة.

الفرع الرابع: قاعدة الاسناد المتعلقة بالنفقة بين الأقارب.

الفرع الخامس: قواعد الاسناد الخاصة بالميراث والوصية.

الفرع السادس: القانون واجب التطبيق على أنظمة حماية القصر والأشخاص المحتاجين الحماية

الفرع الأول

قاعدة الإسناد المتعلقة بالحالة والأهلية

أولا: القانون واجب التطبيق على مسائل الحالة:

المقصود بالحالة هو مجموعة الصفات التي تلحق بالشخص سواء كان طبيعيا او معنويا، ويتحدد بها المركز القانوني له سواء من حيث الحقوق التي يتمتع بها او الواجبات التي يتحملها، مثل الاسم واللقب والموطن والديانة:

- فأما بالنسبة للحالة الخاصة بالشخص الطبيعي فتخضع لقانون جنسية الشخص، وقد نصت على ذلك صراحة المادة 10 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص ... قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم".
- وأما الحالة الخاصة بالشخص الاعتباري وكل ما يتعلق بها من تمتع هذا الشخص بالشخصية المعنوية ومن تنظيمه وتكوينه وادارته وتصرفاته فقد تناولته المادة 10 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:" أما الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

ثانيا: القانون واجب التطبيق على مسائل الأهلية:

المقصود بالأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وكفاءته لإجراء التصرفات القانونية، وتنقسم الى قسمين أهلية الأداء واهلية الوجوب، وقد نصت على ذلك راحة المادة 10

من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم"، غير أن المشرع أورد استثناء في المادة 10 الفقرة الثانية التي تنص على أنه: " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

وتبعا لذلك فالأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانون بلده وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري بصدد أهليته القانون الجزائري أي يعتبر كامل الأهلية، إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وليس عديمها
- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية أي أن يتعلق الأمر بالعقود والتصرفات بإرادة منفردة المتعلقة بالأموال.
- أن يتم التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها.
- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري.
- أن يكون سبب نقص الأهلية خفي لا يسهل تبيينه من الطرف الآخر المتعاقد مع الأجنبي، وفقا لمعيار الرجل العادي، فإذا سهل تبيينه لا يؤخذ بهذا الاستثناء.

الفرع الثاني

قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الزواج وآثاره وانحلاله

تتعدد قواعد الاسناد الخاصة بالزواج بالنظر لتعدد المسائل المتعلقة بالزواج:

أولا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج:

الشروط الموضوعية لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري في المادتين 09 و 09 مكرر منه هي : الرضا، الولي، الشاهدين، الصداق، بلوغ السن القانونية، خلو الزوجين من الموانع الشرعية، فما هو القانون واجب التطبيق عليها؟

نصت المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، فالقانون واجب التطبيق هو قانون جنسية كلا الزوجين

وقت إبرام عقد الزواج، فإذا كان الزوجان من جنسية واحد فيطبق قانونهما الوطني، أما إذا كان للزوج جنسية تختلف عن جنسية الزوجة، فالمادة 11 فرضت تطبيق قانون الزوجة وقانون الزوج، فهل معنى ذلك أنه لصحة الزواج يجب أن تتوفر الشروط الموضوعية لصحة الزواج في قانون جنسية الزوج وفي قانون جنسية الزوجة قانونه؟ أم يطبق قانون الزوج بالنسبة لشروط صحة الزواج الخاصة بالزوج ويطبق قانون جنسية الزوجة في الشروط المتعلقة بها؟

المنهجية الأولى تسمى التطبيق الجامع والثانية تسمى التطبيق الموزع أو التوزيعي، والرأي السائد هو القائل بالتطبيق التوزيعي، أي تطبق على شروط صحة الزواج الخاصة بالزوجة قانونها الوطني والخاصة بالزوج قانونه الوطني، ويستثنى من التطبيق التوزيعي الشرط الخاص بموانع الزواج، فيؤخذ بالتطبيق التجميعي، أي وجوب احترام الموانع المنصوص عليها في كل من قانون الزوج وقانون الزوجة معا.

- **امتياز الجزائريين:**

استثنى المشرع من قاعدة الاسناد الواردة في المادة 11 من القانون المدني والخاصة بالشروط الموضوعية للزواج، الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا، حيث نصت المادة 13 من القانون المدني الجزائري على تطبيق القانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية للزواج إدا كان أحد الزوجين جزائري، إلا فيما يخص أهلية الزواج، فتبقى خاضعة للقاعدة العامة.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

يقصد بالشروط الشكلية للزواج كل الشكليات والإجراءات التي يفرض القانون اتخاذها لابرام عقد الزواج، كوجوب تحريره والإشهاد عليه وشهره، وطبقا للقانون الجزائري فالشروط الشكلية هي:

- التحرير من طرف ضابط عمومي.
- الترخيص بالزواج للقاصر الذي يقل عن 19 سنة.
- الترخيص بالزواج بأجنبي.
- الشهادة الطبية.

وبصدد الشروط الشكلية الخاصة بالزواج فإن القانون المدني الجزائري لم لم يضع نصا خاصا بها، مما يفرض تطبيق قاعدة الإسناد الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن شكل

العقود بين الأحياء يسري عليها قانون مكان إبرامها، أو قانون الجنسية المشتركة للزوجين إذا كانت جنسيتهما واحدة، أو قانون موطنهما المشترك، أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

متى استوفى عقد الزواج شروط انعقاده كان نافدا وترتبت عليه آثاره التي يقرها المشرع، وتترتب على عقد الزواج واجبات والتزامات منها ما هي شخصية تقع على عاتق الزوجين ومنها ما هي مالية:

- ومن ابرز الآثار الشخصية القوامة وحل العشرة بين الزوجين والمعاملات الحسنة والحق في النفقة.
- أما الاثار المالية فتتعلق بأموال الزوجين وكيفية إدارتها، إذ يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة, لكن دلك لا يمنع من اتفاق الزوجة والزوج على إدارة الأموال، وهنا بالنسبة للدول التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية ومنها القانون الجزائري فيطبق نظام الانفصال المالي أي استقلالية الذمة المالية لكلا الزوجين، وبالتالي فالزواج ليس له أثر على الجانب المالي للزوجين، وخلافا لذلك تكرس بعض الدول الغربية نظام الاشتراك المالي ومعناه أن الزواج يترتب عليه آثار مالية على الزوجين، ومعناه تصبح أموال الزوجين مشتركة بينهما.

وقد نصت المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه:" يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، وبالتالي فبالنسبة لآثار الزواج كلها فالقانون واجب التطبيق هو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

وللملاحظة فإنه فيما يخص النسب وعلى الرغم من كونه أثر من آثار الزواج، فقد خصه المشرع بنص خاص في المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري، حيث أخضعه لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، والأمر نفسه فيما يتعلق بالاعتراف بالنسب وإنكاره، فإذا ما توفي الأب قبل ميلاد الطفل طبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

- **امتياز الجزائريين:**

استثنى المشرع من قاعدة الاسناد الواردة في المادة 12 من القانون المدني والخاصة بآثار الزواج، الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا، حيث نصت المادة 13 من القانون المدني الجزائري على تطبيق القانون الجزائري وحده على آثار الزواج إدا كان أحد الزوجين جزائري وقت ابرام عقد الزواج.

رابعا: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج:

ينقضي الزواج اما بطريق طبيعي لوفاة احد الزوجين, كما قد ينتهي بإرادة الزوجين معا وهو الطلاق بالتراضي وبإرادة الزوج وهو مايعرف بالطلاق او بطلب من الزوجة وبحكم من القضاء وهو التطليق والخلع كما قد ينتهي بالانفصال الجسماني في بعض النظم الغربية ويعني التحلل من الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة.

وبصدد انحلال الرابطة الزوجية وما يترتب على ذلك من آثار فقد نصت المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه:" ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الدي ينتمي اليه الزوج وقت انعرفع الدعوى"، وبالتالي فبالنسبة لانحلال الزواج فالقانون واجب التطبيق هو قانون الزوج وقت رفع دعوى حل الرابطة الزوجية.

- **امتياز الجزائريين:**

استثنى المشرع من قاعدة الاسناد الواردة في المادة 12 الفقرة 02 من القانون المدني والخاصة بانحلال الزواج، الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا، حيث نصت المادة 13 من القانون المدني الجزائري على تطبيق القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج إدا كان أحد الزوجين جزائري وقت ابرام عقد الزواج.

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني والكفالة

قبل أن نبحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل النسب يجب أن ننوه إلى أن علاقة النبوة تنقسم إلى 03 أقسام، وهي:

- البنوة الشرعية: ويقصد بها نسب الولد لأبيه نتيجة لعقد زواج صحيح.
- البنوة الطبيعية: والتي تنشأ خارج نظام الزواج.
- بنوة التبني: وهو إلحاق شخص معروف النسب أو مجهول النسب إلى أب آخر مع تصريح هذا الأخير بأنه يتخذه ولدا له.

وبصدد القانون واجب التطبيق على النسب فقد نصت المادة 13 مكرر فقرة 1 من القانون المدني على أنه:" يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل"، أي أن جنسية الأب التي يعتد بها في مجال النسب هي جنسيته وقت ميلاد الطفل أما الجنسية التي اكتسبها بعد الميلاد فلا يعتد بها، أما إدا توفى الأب قبل ميلاد الطفل فإن القانون الذي يحكم إثبات النسب والاعتراف به وإنكاره هو قانون جنسية الأب وقت وفاته، وبالتالي العبرة في هده الحالة لتحديد القانون الواجب التطبيق بتاريخ وفاة الأب وليس بتاريخ ميلاد الطفل وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة 13 مكرر سالفة الذكر.

وبالنسبة للكفالة والتي هي رعاية الطفل ورعايته وتربيته والتكفل به ماديا، فضابط الإسناد المتعلق بها هو الجنسية إذ نصت المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أن صحة الكفالة يسرى عليها قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، أي فيما يخص الشروط الموضوعية لصحة الكفالة يكون التطبيق موزع فكل طرف يستجيب للشروط التي ينص عليها قانونه، أما الشروط الشكلية فتطبق بشأنها نص المادة 19 من القانون المدني الخاصة بشكل التصرفات القانونية، وأما آثار الكفالة فالقانون الواجب التطبيق عليها هو قانون جنسية الكفيل.

وبالنسبة للتبني فالمادة وقد أشارت 13 مكرر2 الفقرة 2 على تطبيق الأحكام نفسها الخاصة بالكفالة فيما يخص التبني، وبالتالي فالقانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للتبني هو قانون جنسية كل من الأب المتبني والطفل المتبنى وقت إجراء التبني، وبالنسبة للشروط الشكلية فتطبق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرفات الواردة في المادة 19 من القانون المدني، وبخصوص آثار التبني فيسري عليها قانون جنسية الطفل المتبنى.

الفرع الرابع

قاعدة الإسناد المتعلقة بالنفقة بين الأقارب

المقصود بالنفقة بين الأقارب تلك النفقة التي تتقرر بين أطراف العلاقة العائلية، باستثناء النفقة الزوجية التي هي من آثار الزواج، فتخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج، كما تخرج من مفهوم النفقة بين الأقارب المدروسة هنا ما يسمى ب النفقة المؤقتة وهي اجراء يقوم به القاضي بموجب تدبير وقتي يمنح

بموجبه النفقة المؤقتة للزوجة أو الأبناء وذلك إلى حين الفصل في موضوع النفقة بحكم حكم في الموضوع، فتخضع النفقة المؤقتة إلى قانون القاضي وليس لقاعدة الإسناد الخاصة بالنفقة بين الأقارب.

ومنه فالنفقة بين الأقارب هي النفقة بين الأفراد الذين تربطهم علاقة الدم (الأصول الفروع والحواشي) أو المصاهرة، وقد نصت المادة 14 من القانون المدني الجزائري على أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنسية المدين بها، أي الشخص الملزم بالنفقة.

الفرع الخامس

قواعد الاسناد الخاصة بالميراث والوصية

بوفاة الإنسان تنتقل تركته أي ما تركه من أموال إلى من يخلفه، وهناك نوعين من الخلافة في المال بحسب سببها:

- فيكون سببها الوفاة وتكون الخلافة بموجب القانون وهو ما يطلق عليه الميراث.
- أو قد يكون سببها تصرف قانوني أو اتفاقي وهو الوصية.

1 القانون واجب التطبيق على الميراث:

لقد وضع المشرع الميراث والوصية من حيث الشروط الموضوعية قاعدة إسناد واحدة حيث قرر في المادة 16 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الميراث، والوصية، وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته."

ويلاحظ ان القانون الجزائري لم يتطرق في قواعد الإسناد إلى التركة الشاغرة، وهي التركة التي لا يوجد وارث لها، وطبقا للمادة 773 من القانون المدني الجزائري على أنه:" تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأملاك الشاغرة التي ليس لها مالك"، والمادة 180 من قانون الأسرة علىأنه:" يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى3- الوصية فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة" فالقانون الجزائري هو الذي يطبق على هذه الأموال التي تركها المتوفي بدون وارث لكن المشرع الجزائري لم يخص التركة بدون وارث بقاعدة إسناد جزائرية وبالتالي فهي تخضع لحكم المادتين المذكورتين آنفا وليس لحكم المادة 16 من القانون المدني الخاصة بالميراث.

كما يتعين الإشارة إلى أنه بالنسبة للحقوق الواردة على العقارات الموروثة تخرج عن قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث لكونها يسري عليها قاعدة الإسناد الخاصة بالعقارات التي تخضع لقانون موقع العقار.

2 القانون واجب التطبيق على الوصية:

الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض، وتلتقي الوصية بالميراث في أن تتحقق بكل منهما الخلافة في المال بعد موت مالك الأموال محل الخلافة، ولكنهما يختلفان في سبب الخلافة ففي الميراث تتم الخلافة بقوة القانون بعد موت المالك أما في الوصية فسبب الخلافة هو عقد الوصية، فما هو القانون واجب التطبيق على الوصية؟

يختلف الأمر بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية للوصية:

- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية :

تخضع الشروط الموضوعية المتعلقة بالوصية الى قانون جنسية الموصي وقت وفاته، وهو طبقا لنص المادة 16 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يسري على الميراث، والوصية، وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته."، ومنه فيخضع لقانون جنسية الموصي وقت موته المسائل الموضوعية الخاصة بالوصية كالأشخاص الذين يجوز لهم الإيصاء ومقدار الوصية وشروط صحة الوصية، أما أهلية الموصي فتخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية ومنه فيسري عليها قانون جنسية الموصي وقت إبرام الوصية.

- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية :

بالنسبة للشروط الشكلية للوصية فتطبق بشأنها نص المادة 19 من القانون المدني الخاصة بشكل التصرفات القانونية.

وللملاحظة فإنه طبقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري فإن قاعدة الإسناد الخاصة بالوصية هي نفسها التي تسري على كل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، أما الهبة والوقف فقد نصت المادة 16 الفقرة 2 من القانون المدني على أنه:" يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها".

الفرع السادس

القانون واجب التطبيق على أنظمة حماية القصر والأشخاص المحتاجين للحماية

اعتبر المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية كالولاية (الولاية المقصودة هنا هي الولاية على المال لأن الولاية على النفس هي من أحكام الزواج) والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية التي تحمي المحجورين والغائبين من الأحوال الشخصية، وأخضعها لقاعدة إسناد واحدة في المادة 15 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"، وتبعا لذلك فالشروط الموضوعية المتعلقة بنظم حماية القصر والأشخاص الخاضعين للحماية تخضع لقانون جنسية الشخص المحمي، ويتعلق الأمر بشروط توقيع الحجر ورفعه وتحديد طبيعة نظام الحماية، هل هو ولاية أو وصاية أم قوامة وشروط تعيين الولي، أو الوصي أو القيم واستبعاده وصلاحيات القائم بالحماية وسلطاته، وحقوق القائم بالحماية وأجره.

وأما التدابير الاستعجالية الخاصة بتدابير حماية تلك الفئات فيطبق بشأنها القانون الجزائري في حالتين نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة 15 سالفة الذكر وهما:

- إذا كان القصر أو عديموا الأهلية أو الغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير الاستعجالية.
- إذا تعلقت التدابير الإستعجالية بأموال تلك الفئات الموجودة في الجزائر.

أما القواعد المتعلقة بالإجراءات والاختصاص القضائي بشأن نظم الحماية سالفة الذكر، فتخضع لقانون القاضي.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على طائفة الأحوال العينية

خص المشرع الجزائري المسائل المندرجة ضمن مسائل الأحوال العينية أي الأموال في المادتين من 17 و 17 مكرر من القانون المدني، و تتضمن الأحوال العينية المسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان

عقارا، أو منقولا ماديا أو منقولا معنويا، والعنصر الأجنبي في هذه الحالة ليس متعلق بأطراف العلاقة القانونية بل بموضوعها، ألا وهو المال.

وضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال العينية غالبا هو موقع المال، وهو الضابط الذي كان أول المندين به الفقيه Barttol عندما درس القانون الذي يحكم حق الأجنبي في البناء على العقار الذي يملكه، ثم قال بها الفقيه الفرنسي Dargentrea في القرن السادس عشر دفاعا عن مبدأ إقليمية القوانين، كما نادى به الفقيه الألماني Savigny ، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادتين: 17 و 17 مكرر من القانون المدني الجزائري.

وتفصيل قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال العينية والواردة في القانون المدني الجزائري كما يلي:

الفرع الأول: قواعد الإسناد الخاص بالأموال المادية

الفرع الثاني: قواعد الإسناد الخاص بالأموال المعنوية

الفرع الأول

قواعد الإسناد الخاص بالأموال المادية

يقصد بالمال المادي الشيء الذي له قيمة مالية وصالح للتعامل به ويمكن حيازته، وقد يكون ثابت وهو العقار أو متحرك وهو المنقول، والقانون الواجب التطبيق على الأموال المادية بنوعيها العقارية والمنقولة قد ورد في نص المادة 17 فقرة 1 من القانون المدني، وهو قانون موقع المال.

أولا: القانون وجب التطبيق على العقارات:

أخضع المشرع العقار إلى قاعدة إسناد واحدة تتضمن سريان قانون موقع العقار عليه، بما في ذلك مسألة تكييف المال، فيما إذا كان عقار أو منقول والذي يخضع لقانون موقع المال حسب المادة 17 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري وذلك كاستثناء عن القاعدة العامة في التكييف الذي يخضع لقانون القاضي، وقد كرست المادة 17 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري قاعدة خضوع العقار إلى قانون موقعه سواء كان العقار كله في إقليم بلد واحد، أو وقع جزء منه في إقليم بلد والجزء الآخر في الإقليم البلد المجاور، بحيث يطبق على كل جزء قانون البلد الذي يوجد فيه، مما يسهل تطبيق قاعدة قانون الموقع العقار.

وتبعا لذلك فقانون موقع العقار يسري على كل مسائل العقار ومنها الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار وأسباب اكتسابها، ومسائل حيازة العقار، وكذلك الحقوق العينية التبعية على العقار، كما يسري أيضا على العقود الواردة على العقار وهذا حسب نص المادة 18 الفقرة 4 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"، إلا ما تعلق بالحقوق الشخصية المتولدة عن العقد فهي تخضع لقانون الإرادة، أما أهلية المتقاعدين فتخضع لقانون جنسية كل منها، كما أن شكل العقد الوارد على العقار فيخضع للقواعد الواردة في المادة 19 من نفس القانون السابق.

ثانيا: القانون وجب التطبيق على المنقول المادي:

يخضع المنقول المادي إلى نفس ضابط الإسناد الخاص بالعقارات وهو موقع المنقول، إذ نصت المادة 17 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه:" 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" ، ويطبق قانون موقع المنقول على الحقوق العينية الواردة على منقول ومسائل الحيازة الواردة على منقول، ولكن يقصد بموقع المنقول في وقت تحقق سبب كسب الحقوق العينية أو الحيازة على المنقول.

ويستثنى من قاعدة خضوع المنقول المادي لقانون موقعه وقت كسب الحق عليه، عدة منقولات وهي: السفن والطائرات التي تخضع لقانون العلم الذي تحمله، أي قانون الدولة الذي سجلت فيها السفينة أو الطائرة، وذلك لكون السفينة والطائرة امتداد للإقليم الذي سجلت فيه، وكذلك القطارات وعربات السكك الحديدية التي تخضع لقانون الدولة التي تملكها، كما تخضع السيارات لقانون الدولة التي سجلت فيها.

أما البضائع الموجودة على متن السفن والطائرات، فقد اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق عليها، بين من يأخذ بقانون علم السفينة أو الطائرة التي تحمل البضاعة، ومن يرى بوجوب تطبيق قانون جنسية مالكها، ومن يرى تطبيق قانون البلد الذي تتجه إليه، ونظرا لغياب قاعدة إسناد خاصة فالحل هو تطبيق قاعدة إخضاع المنقول المادي لقانون البلد الذي يوجد به.

ولا شك أن معرفة القانون الواجب التطبيق على المنقول ليس سهلا بسبب كون بعض المنقولات سريعة التحرك والانتقال من مكان إلى مكان، مما يخلق مشكلة تحديد موقع المنقول، خاصة أن المشرع الجزائري كرس معيارين لمعرفة القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي، معيار مكاني وهو مكان تواجد

المنقول، ومعيار زمني، حيث نطبق قانون وهو وقت نشوء السبب الذي ترتب عليه كسب الحق العيني أو الحيازة على المنقول المادي، وهذه المشكلة تسمى مشكلة التنازع المتحرك، ولحلها اقترح بعض الفقه تطبيق الأثر المباشر أو الفوري أي إخضاع المنقول المادي لقانون الموقع الجديد، فيما يرى بعض الفقه أن الحق الذي نشأ على منقول مادي في ظل قانون معين فإن هذا الحق يبقى ساريا حتى لو انتقل المنقول إلى موقع جديد، وفي التشريع الجزائري فإنه طبقا للمادة 17 الفقرة 03 من القانون المدني يتبين أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية الحقوق المكتسبة التي يجب احترامها رغم تحرك المنقول وانتقاله إلى موقع جديد، إذ أخضع المنقول المادي لقانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي أدّى إلى كسب الحق العيني أو حق الحيازة.

الفرع الثاني

قواعد الإسناد الخاص بالأموال المعنوية

الأموال المعنوية هي الأموال غير المادية, أي التي لا يمكن حيازتها لكونها غير مادية وغير ملموسة، ولكنها تصلح لأن تكون محلا للحق العيني، ومن أمثلتها حقوق الملكية الأدبية والفنية وحقوق الملكية الصناعية والمحل التجاري، وقد خصها المشرع بنص المادة 17 مكرر من القانون المدني التي تنص على أنه:" يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقده ا"، وبالتالي فقد اخضع المشرع الجزائري الأموال المعنوية لضابط إسناد وهو محل وجودها وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق عليها هو قانون محل وجودها.

وقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 17مكرر الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري محل وجود بعض المنقولات المعنوية كالآتي:

- مكان النشر الأول للمصنف، أو مكان إنجازه، بالنسبة للملكية الأدبية والفنية.
- بلد الذي منحها، بالنسبة لبراءة الاختراع.
- بلد التسجيل، بالنسبة للرسم والنموذج الصناعيين.
- بلد منشأة الاستغلال، بالنسبة للعلامة التجارية.
- بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري، بالنسبة للإسم التجاري.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على طائفة الالتزامات

خص المشرع الجزائري المسائل المندرجة ضمن مسائل الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية في المادتين من 18 إلى 20 من القانون المدني، وتفصيل قواعد الإسناد المتعلقة بالالتزامات والواردة في القانون المدني الجزائري كما يلي:

الفرع الأول: قواعد الإسناد الخاص بالالتزامات التعاقدية

الفرع الثاني: قواعد الإسناد الخاص بالالتزامات غير التعاقدية

الفرع الأول

قواعد الإسناد الخاص بالالتزامات التعاقدية

الإلتزامات التعاقدية هي التصرفات القانونية المنصبة على الأموال التي تتم بين الأحياء وبالتالي يستثنى منها التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لكونها صنفت ضمن طائفة الأحوال الشخصية وبالتالي تم إخضاعها لضابط الجنسية كما هو مفصل أعلاه.

وقد تضمنت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية إذ نص على أنه:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد . وفي حالة عدم إمكان ذالك قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة . وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد . غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

ومنه فموضوع العقود أي الالتزامات الناشئة عنها أخضع القانون المدني إلى 04 ضوابط إسناد وهي:

- ضابط الإرادة، فتخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدين ولكن بشرط أن يكون للقانون المختار صلة حقيقة بالمتعاقدين أي بالجنسية أو الموطن الخاص بهم، أو له صلة حقيقة بالعقد أي محل الإبرام أو محل التنفيذ، فإن لم تكن الصلة موجودة فلا يطبق القانون المختار من

المتعاقدين والذي يمكن للقاضي استبعاده وتطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين.

- ضابط الجنسية المشتركة، فتخضع للقانون الوطني المشترك لأطراف العقد.
- ضابط الموطن المشترك، فتخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين.
- وضابط محل إبرام العقد، فتخضع الالتزامات التعاقدية لقانون مكان إبرامه.

وهناك التزامات تعاقدية مستثناة من قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية وهي:

- بيع المنقول في المزاد العلني يخضع لقانون البلد الذي نظم المزاد.
- العقود الواردة على العقارات لا تخضع للقانون الذي تخضع له الالتزامات التعاقدية بل تخضع لقانون موقع العقار حسب المادة 18 الفقرة 4 من القانون المدني الجزائري.
- وشكل العقود يخضع لقاعدة الإسناد الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني

قواعد الإسناد الخاص بالالتزامات غير التعاقدية

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات التي تنشأ عن الوقائع القانونية أي دون تدخل الإرادة في نشأتها، وتتمثل في الأفعال الضارة أو المسؤولية المدنية عن الخطأ الشخصي وشبه العقود أي الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة والمسؤولية عن الأشياء وعن الحيوان ومسؤولية متولي الرقابة، إلى غير ذلك من صور الالتزامات غير التعاقدية.

وقد تضمنت المادة 20 من القانون المدني الجزائري قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية، إذ نصت على أنه:" يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر و إن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

ومنه فالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية هو قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، وهذه القاعدة استثنى منها المشرع حالة الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار متى تبين أن الفعل وقع بدولة ينص قانونها على كون الفعل منشء لالتزامات غير تعاقدية، ولكن نفس الفعل لا يعد كذلك في

القانون الجزائري، ففي هذه الحالة لا يطبق القانون الأجنبي باعتباره قانون مكان وقوع الفعل الضار بل يطبق القانون الجزائري.

المطلب الرابع

القانون الواجب التطبيق على طائفة شكل التصرفات القانونية

إن جميع التصرفات القانونية لها جانبين الجانب الموضوعي وتطرقنا له سابقا والجانب الشكلي أي القالب الخارجي الذي توضع فيه التصرفات أو الناحية الشكلية للعقود والتصرفات بإرادة منفردة.

ويأخذ المشرع الجزائري فيما يخص القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانوني بقاعدة Locus إذ تنص المادة 19 من قانون المدني الجزائري على أنه:" يخضع التصرف القانوني في جانبه الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا ان تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين, أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية". ومنه فشكل العقود أي أخضعها القانون المدني إلى 04 ضوابط إسناد وهي:

- ضابط محل إبرام العقد، فتخضع مسائل شكل العقود لقانون بلد إبرامه.
- ضابط الموطن المشترك، فيخضع شكل العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين.
- ضابط الجنسية المشتركة، فيخضع الشكل للقانون الوطني المشترك لأطراف العقد.
- وضابط موضوع العقد، فيخضع الشكل للقانون الذي تخضع له الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد.

وهناك حالات مستثناة من قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود سالفة الذكر، وهي:

– الأشكال المتعلقة بالتصرّفات الواردة على العقار والتي أخضعها المشرع في المادة 18 الفقرة 4 من القانون المدني لقانون موقع العقار.

– الأشكال المتعلقة بالإجراءات القضائية، والتي تخضع لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات طبقا للمادة21 مكرر من القانون المدني الجزائري.

– الأشكال المكملة للأهلية، كالترشيد التجاري للقاصر، أو الإذن بالتصرف في أموال القاصر، فهي مقرّرة لحماية القاصر، وبالتالي تخضع لقانون جنسية هذا الشخص، على أنّ الإجراءات القضائية المتعلقة بها تخضع لقانون القاضي.