الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليـم العالــي والبحـث العلمـي
جامعـة الشاذلـي بن جديد الطـارف
كـليـة الحقـوق والعلـوم السيـاسيـة
قسـم الحقـوق

محاضرات في القانون الدولي الخاص

تنازع القوانين

مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون خاص

مطبوعة بيداغوجية معدّة بغرض نيل رتبة أستاذ في القانون

للدكتور/ خوالدية فؤاد

أستاذ محاضر – قسم أ

السنة الجامعيـة 2021/ 2022

مقدّمة

مقدّمة:

لم تكن العلاقات الإنسانية يوما محصورة في حيّز جغرافي معيّن، فقد اتّسع نطاقها متجاوزا الحدود الوطنية بفعل الحاجة من جهة، و بفعل تطوّر وسائل المواصلات و الاتّصالات من جهة أخرى، فتنقّل الأشخاص من بلد إلى آخر و ازدياد علاقاتهم و تشابك مصالحهم خارج دولهم في تعاملات شخصية مدنية و تجارية مثّلت منذ القدم واقعا يحتاج إلى تنظيم بواسطة قواعد قانونية خاصّة.

بذلك لم تعد مهمّة القاضي الوطني الفصل في نزاعات بين وطنيين و حسب بتطبيق قانونه، و إنّما بات لزاما عليه بفعل عوامل التطوّر المحيطة به خاصّة في هذا العصر، و المتمثّلة في العولمة الشّاملة المقترنة بثورة المعلومات و الاتّصالات و المواصلات، التهيّؤ دوما للفصل في نزاعات دولية خاصّة، وهذا بمعرفة القوانين المقارنة و البحث في مضامينها عن حلّ لتلك النزاعات.

مع هذا ليس على القاضي–كما يبدو– التصدّي لمسألة تنازع القوانين كمادّة أساسية من موادّ القانون الدولي الخاصّ فقط، و إنّما عليه الفصل أوّلا في مدى اختصاصه من النّاحية الدّولية بعد الوقوف على طبيعة النّزاع الماثل أمامه من خلال معرفة جنسية المتقاضين، و مركزهم القانوني فيما إذا كانوا أجانب أو وطنيين، و كذا موطنهم.

هكذا نجد أنّ موضوعات القانون الدّولي الخاص تتجاوز مادّة تنازع القوانين لتشمل: الاختصاص القضائي الدّولي، والجنسية، و مركز الأجانب، و الموطن، و لأنّ الحكم في نزاع دولي خاصّ بحاجة إلى تنفيذ إذ لا ينفّذ دائما في الدّولة التّي صدر فيها، و بهذا يندرج تنفيذ الأحكام الأجنبية بدوره ضمن موضوعات القانون الدولي الخاصّ المذكورة و يشكّل هو الآخر مادّة له.

تتعدّد إذن موضوعات القانون الدولي الخاصّ، غير أنّ تنازع القوانين يبقى موضوعه الرّئيس دون منازع لاعتبارين: تاريخي، و منهجي.

تاريخيا: شكّل تنازع القوانين شهادة ميلاد القانون الدّولي الخاصّ، باعتباره المشكلة الأولى التّي كانت وراء ظهور هذا الفرع من القانون.

منهجيا: تنازع القوانين و رغم حركية تدويل و عولمة القانون لا يزال موضوعا يجد حلّه في المنهج التنازعي (قواعد قانونية غير مباشرة) من خلال قواعد الإسناد، على خلاف بقيّة موضوعات القانون

الدّولي الخاص التّي يتمّ حلّ المسائل المتعلّقة بها عن طريق المنهج المادّي أي بتطبيق قواعد قانونية مباشرة.

إذا أردنا اختصار القانون الدولي الخاص في عبارة وجيزة بناء على ما تقدّم فيمكن القول أنّه انعكاس للقانون الدّاخلي على المستوى الدولي، و عليه لا بدّ من مواكبته لمعطيات الرّاهن الدّولي خاصّة مع تطوّر المواصلات و الاتّصالات و تكنولوجيا المعلومات، و السّعي نحو الإفادة من تدويل قواعده عن طريق الاتفاقيات الدّولية التّي تسعى بدورها إلى توحيد الحلول القانونية و القضائية بشأن المسائل التي يطرحها سيما في مجال تنازع القوانين.

و لأنّ القانون الدّولي الخاصّ الجزائري ليس استثناء عن سائر القوانين الدّولية الخاصّة (الوطنية)، فقد استجاب نسبيا لهذه المعطيات من خلال مراجعة بعض أحكامه التّي وضعت في العهد الاشتراكي انسجاما مع التطوّر الذّي عرفته العلاقات الدّولية الخاصّة و بالخصوص على مستوى العقود التّجارية الدّولية من جهة، و مواءمة للتوجّه اللّيبرالي الذّي انتهجته الجزائر عقب التحوّل السّياسي و الدّستوري الذّي عرفته منذ 1989 من جهة أخرى[1] تمّ تنقيح:

1/ معظم قواعد الإسناد الواردة في الموادّ من 09 إلى 24 من القانون المدني الصّادر بالأمر 75-58 المؤرّخ في 1975/09/26، و ذلك بموجب القانون 05-10 المؤرّخ في 2005/06/20. [2]

2/ قانون الجنسية الصّادر بالأمر 70-86 المؤرّخ في 1970/12/15، و ذلك بموجب الأمر 05-01 المؤرّخ في 2005/02/27. [3]

3/ الأمر 66-211 المؤرّخ في 1966/07/21 المتعلّق بوضعية الأجانب في الجزائر. [4]

---

[1] ذلك ما ورد في كلمة وزير العدل حافظ الأختام بمناسبة تقديمه مشروع القانون 05-10 المعدّل و المتمّم للقانون المدني أمام المجلس الشّعبي الوطني في جلسته العلنية بتاريخ 2005/03/15 قائلا: "... إنّ مشروع تعديل القانون المدني يأتي إذن في سياق السّياسة العامّة للدّولة، و منحاها نحو التفتّح على المجتمع الدّولي و شعوب العالم بغرض التكامل و التّواصل معها في شتّى المجالات لضمان تقدّم بلادنا و فاهية شعبنا. و بذلك فهو يهدف إلى ملاءمة الأحكام الأساسية في قانوننا المدني الحالي مع الحاضر السّياسي و الواقع الاقتصادي للبلاد..." أنظر حمزة قتّال: " دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن " أطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011، ص07.

[2] قانون رقم 05-10 مؤرّخ في 20 يونيو 2005، يعدّل و يتمّم الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمّن القانون المدني المعدّل و المتمّم، ج ر، عدد 44، صادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

[3] أمر رقم 05-01 مؤرّخ في 27 فبراير 2005، يعدّل و يتمّم الأمر رقم 70-86 المؤرّخ في 15 ديسمبر 1970، و المتضمّن قانون الجنسيّة الجزائريّة، ج ر، عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

[4] أمر رقم 66-211 مؤرّخ في 21 يوليو 1966، يتعلّق بوضعيّة الأجانب في الجزائر، ، ج ر، عدد 64، صادرة بتاريخ 29 يوليو 1966.

و قد ألغي بالقانون 08-11 المؤرّخ في 2008/06/25 المتعلّق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها و تنقلهم فيها، وتمّ بموجب هذا القانون معالجة المشاكل الأمنية النّاتجة عن كون الجزائر منطقة عبور للهجرة السرّية من إفريقيا إلى أوربا و ملاذا للهجرة غير الشّرعية، كما عمل القانون الجديد على وضع أحكام ترمي إلى جذب الاستثمارات الأجنبية و إنعاش القطاع الاقتصادي خاصّة في مجال السّياحة. [1]

4/ قانون الإجراءات المدنيّة الصّادر بالأمر 66-154 المؤرخ في 1966/06/08 و الملغى بموجب القانون 08-09 المؤرّخ في 2008/02/25 المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة، حيث جاء بأحكام جديدة و مهمّة تضمن فعالية عمليّة تنفيذ الأحكام الأجنبيّة و قرارات التحكيم، رغم أنّه لم يضف جديدا فيما يتعلّق بمعايير الاختصاص القضائي الدّولي بالنّسبة للقاضي الجزائري. [2]

هكذا مسّت الأحكام الجديدة معظم موضوعات القانون الدّولي الخاصّ، بما يؤهّل القانون الدّولي الخاصّ الجزائري نسبيا لمواكبة التطوّرات التشريعية الحاصلة في القانون الدّولي الخاصّ المقارن.

و التزاما بالمقرّر فإنّنا سنركّز على موضوع واحد من موضوعاته و هو تنازع القوانين، فما هو تنازع القوانين؟ و ما هي الحلول الوضعية له من منظور القانون الدّولي الخاصّ الجزائري في مسائل معيّنة؟

إجابة عن هذه الإشكالية قسّم المقرّر إلى فصلين: خصّص الأوّل للنظرية العامّة لتنازع القوانين، بينما عالج الثّاني الحلول الوضعية لتنازع القوانين، و قد سبقهما مبحث تمهيدي جعل للإطار المفاهيمي للقانون الدّولي الخاصّ.

[1] قانون رقم 08-11 مؤرّخ في 25 يونيو 2008، يتعلّق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقّلهم فيها، ج ر، عدد 36، صادرة بتاريخ 02 يوليو 2008.

[2] قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر، عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

المبحث التمهيدي:

الإطار المفاهيمي للقانون الدّولي الخاص

المبحث التمهيدي: الإطار المفاهيمي للقانون الدّولي الخاص

لاختراق العلاقات الإنسانية حدود الدّولة الواحدة، فإنّ القاضي الوطني قد يجد نفسه أمام نزاعات يكون أطرافها أو بعضهم أجانب، و لعلّ النموذج التّاريخي المجسّد لهذه الحقيقة قد تجلّى في إيطاليا في القرون الوسطى أين نشطت حركة التّبادل التجاري بين أفراد ينتمون إلى مختلف المدن الإيطالية المستقلّة المحكومة بقوانين و أعراف تجارية متباينة، و وجد قاضي كلّ مدينة نفسه عاجزا أمام النّزاعات الناجمة عن علاقات هؤلاء الأفراد في مجال التّجارة خاصّة ، تلك الحيرة العلمية كانت المنطلق التاريخي لنشأة القانون الدّولي الخاصّ تدريجيا بعد ذلك. [1]

فما هو القانون الدّولي الخاص؟ و ما هي طبيعته القانونية؟ وما هي مصادره؟

المطلب الأوّل: مفهوم القانون الدّولي الخاصّ

لم يستعمل مصطلح القانون الدّولي الخاصّ إلّا في القرن التّاسع عشر من قبل الفقيه الأمريكي "جوزيف سطوري" في كتابه "التعليق على تنازع القوانين" الصّادر سنة 1834، و قد أخذه عنه الفقيه الفرنسي "فليكس" و عنون به كتابه الصّادر سنة 1934، و انتشر المصطلح بعد ذلك تدريجيا و بات اسما لهذا الفرع من القانون في معظم دول أوربا و أمريكا. [2]

فكيف يمكن تعريفه و ما هي موضوعاته؟

الفرع الأوّل: تعريف القانون الدّولي الخاصّ

اختلفت التعريفات بشأن القانون الدّولي الخاصّ باختلاف المدارس الفقهية، لكنّ المجمع عليه أنّه مجموعة القواعد القانونية التي تنظّم العلاقات الدّوليّة الخاصّة، أو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي. [3]

[1] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " ط2، دار الثّقافة للنشر و التوزيع، عمّان- الأردن 1997، ص ص30-32.

[2] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " ج1، دار هومة للطّباعة و النّشر و التّوزيع- الجزائر 2005، ص05.

[3] سامي عبد الله : " الحلول الوضعيّة للعلاقات الخاصّة الدّولية " دار العلوم العربية- بيروت 1987، ص06.

يقصد بالعلاقة الدّوليّة الخاصّة أو المشتملة على عنصر أجنبي تلك العلاقة التي تتّصل بأكثر من قانون بسبب اختلاف جنسية أطرافها، أو منشئها، أو مكان تنفيذها، و لأنّ هذه العلاقة تكون دائما بين أشخاص خاصّة لا عامّة فقد تكون بين أشخاص طبيعيّة (أفراد)، أو معنويّة (شركات)، و هي بذلك لا تكون أبدا بين أشخاص معنويّة عامّة كالدّولة و المؤسّسات الخاضعة للقانون العامّ داخلها، كما لا تتمّ بين أشخاص المجتمع الدّولي (الدّول و المنظّمات الدّولية)، لأنّ مجال هذه العلاقات هو القانون الدّولي العامّ، و ذلك ما وضّحه الفقيه الفرنسي "باتيفول" حين أكّد على عنصر الأشخاص الخاصّة في العلاقات التي تتمّ داخل دائرة هذا القانون. [1]

الفرع الثاني: موضوعات القانون الدّولي الخاصّ

قد يتبيّن من التّعريف السّابق أنّ مادّة تنازع القوانين هي الموضوع الوحيد للقانون الدّولي الخاصّ، لكنّ الاتّجاهات الفقهية تباينت في هذا الخصوص، حيث هناك من يحصر القانون الدّولي الخاصّ في تنازع القوانين فقط و يسمّى بالفقه المضيّق، و هناك من يدرج معه موضوعات دون أخرى و يسمّى بالفقه الانتقائي، و هناك أخيرا من يدرج كلّ الموضوعات المذكورة سابقا و يسمّى بالفقه الموسّع و هو الاتّجاه الرّاجح، حيث يتعامل معها القاضي من النّاحية العملية في إطار النزاع الدّولي الخاصّ وفق ترتيب منطقي مؤدّاه إعمال الجنسيّة أوّلا لمعرفة طبيعة أو نوعيّة النّزاع من خلال طرفيه أو أطرافه هل هو دولي فعلا أو وطني، ثمّ الاختصاص القضائي الدّولي للفصل في مدى اختصاصه من النّاحية الدّولية و تمهيدا للبتّ في هذا النّزاع، ثمّ مركز الأجانب لتحديد إمكانية تمتّع الأجنبي بالحقّ المطالب به وفقا لقانون القاضي، ثمّ الموطن باعتباره معيارا محدّدا للاختصاص في هذا الشّأن بالنّسبة لبعض الدّول، ثمّ تطبيق قواعد التّنازع التّي تحدّد القانون واجب التّطبيق على النّزاع إذا ثبت اختصاص القاضي و تأكّد من دوليّة العلاقة محلّ النّزاع، و أخيرا تنفيذ الحكم الأجنبي و هو أمر منوط بالمتقاضي صاحب المصلحة. [2]

[1] فؤاد ديب : " القانون الدّولي الخاصّ1" منشورات الجامعة الافتراضية السّورية– 2018، ص03 على الموقع:
http://pedia.svuonline.org

[2] القانون الدّولي الخاصّ– الموسوعة السّياسية، على الموقع:
https://political-encyclopedia.org/dictionary/

المطلب الثاني: طبيعة القانون الدّولي الخاصّ

نظرا للخصوصية التي ينفرد بها القانون الدّولي الخاصّ عن بقيّة فروع القانون، فقد كان محلّ جدل حادّ بين الفقهاء بشأن طبيعته القانونية، فمن الفقه من أنكر عليه الصّفة الدّولية خالعا عليه في الوقت نفسه الصّفة الدّاخلية أو الوطنية (الفرع الأوّل)، و منهم من زعم عكس ذلك تماما، و منهم من أنكر عليه وصف القانون الخاصّ مدعيا له وصف القانون العامّ (الفرع الثّاني).[1]

و يؤسّس كلّ فريق موقفه على جملة من الحجج، كما سيتّضح من خلال استعراض هذه المواقف على التوالي:

الفرع الأول: القانون الدّولي الخاصّ بين كونه قانونا داخليّا و قانونا دوليّا

تجاذب القانون الدّولي الخاصّ نزعتان في هذا الصّدد و هما: تلك التي تذهب إلى أنّه قانون داخلي صرف (أوّلا)، و تلك التّي تدّعي بأنّه قانون دولي محض (ثانيا).

أولا- القانون الدّولي الخاصّ قانون داخلي

يأتي الفقيه الفرنسي "نيبوابيه" في طليعة المنتصرين لهذه النّزعة، حيث يعتبر القانون الدّولي الخاصّ قانونا داخليا تأسيسا على عدّة اعتبارات:

1/ معظم مصادر القانون الدّولي الخاصّ داخلية، أي من وضع المشرّع الوطني في كلّ دولة، كما أنّ القاضي الوطني هو المختصّ في منازعاته، و بهذا نجد كلّ دولة لها قانونها الدّولي الخاصّ، و نتيجة لذلك لا وجود لقانون دولي خاصّ مشترك بين الدّول، رغم الاتّفاقيات الدّولية التّي حاولت توحيد الحلول القانونية بشأن العلاقات الدّولية الخاصّة إمّا بتوحيد قواعد الإسناد، أو عن طريق قواعد مادّية جاهزة بعيدا عن المنهج الّتنازعي.

2/ القانون الدّولي الخاصّ ينظّم العلاقات بين أشخاص خاصّة سواء كانت طبيعية أو معنويّة و لا شأن له بعلاقات الأشخاص العامّة (دول و منظّمات دولية)، فهذه الأخيرة تجد مجالا لها ضمن القانون الدّولي

[1] عزّ الدّين عبد الله: " القانون الدّولي الخاص- الجنسيّة و الموطن و تمتّع الأجانب بالحقوق " ج1، ط11، الهيئة المصرية للكتاب- القاهرة 1986، ص87.

العامّ، و بهذا فالقانون الدّولي الحقيقي لا يكون إلّا عامّا، أمّا ذلك المنظّم للعلاقات بين الأشخاص الخاصّة فلا يمكن أن يكون إلّا خاصّا (داخليّا أو وطنيّا).

3/ الجنسيّة و مركز الأجانب موضوعان يخضعان لتنظيم كلّ دولة على حدة و بكلّ سيادة و باستقلالية تامّة عن بقيّة الدّول، و هذا ما يعكس طابعهما الدّاخلي أو الوطني.

4/ موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يتمّ في أيّة دولة مباشرة إلّا بعد أن يحصل الحكم على الصّيغة التنفيذية من محاكمها، و بهذا فحتّى هذا الموضوع يعتبر داخليا أو وطنيا. [1]

ثانيا- القانون الدّولي الخاصّ قانون دولي

اعتبر هذا الاتّجاه أنّ القانون الدّولي الخاصّ قانونا دوليّا داحضا حجج الاتّجاه الأوّل بما يلي:

1/ إنّ مبدأ السّيادة الذّي أسّس عليه الاتّجاه الأوّل موقفه لا يستبعد سيادات الدّول الأخرى، يتجلّى ذلك على الخصوص في إطار التنازع السّلبي حين يرفض القانون الأجنبي الاختصاص الممنوح له من قبل قانون القاضي الوطني في إطار الإحالة، و في هذه الحالة لا يمكن أن نفرض على القانون الأجنبي الاختصاص جبرا.

2/ بشأن مركز الأجانب رغم حرّية الدّولة في سنّ القواعد المنظّمة لوضعية الأجانب داخل إقليمها، فإنّ مبدأ المعاملة بالمثل لا بدّ أن يؤخذ بعين الاعتبار في هذا الصّدد، و هكذا نجد أنّ الاعتبار الدّولي حاضر بهذا الخصوص.

3/ بخصوص الجنسية و مع حرّية الدّولة أيضا في وضع القواعد المنظّمة لها إلّا أنّها تظلّ محكومة باعتبارات دولية أهمّها تجنّب التّنازع الإيجابي و السّلبي بشأنها من جهة و تجنّب حالة انعدام الجنسية من جهة أخرى، فضلا عن أنّ الحقّ في الجنسية بات حقّا يستمدّ مصدره من القانون الدّولي لحقوق الإنسان مباشرة كحقّ مدني طبيعي، و قد خضعت الأحكام المتعلّقة به لتنظيم اتّفاقي بين الدّول باستمرار منذ اتّفاقية لاهاي لعام 1930 المتعلّقة بمسائل معيّنة في مجال تنازع قوانين الجنسيّة.

[1] صوفي حسن أبو طالب : " الوجيز في القانون الدّولي الخاصّ في القانونين المصري و اللبناني " ج1، دار النهضة العربية- القاهرة 1972، ص53.

4/ أخيرا العلاقات التي يتناولها القانون الدّولي الخاصّ بالرّغم من اتّصالها بأشخاص خاصّة إلّا أنّها في نهاية المطاف متّصلة بدول أجنبيّة، و تحديد القانون المختصّ في ذلك يتطلّب حتما التعرّض لسيادة القانون الأجنبي، و يمسّ بذلك النظام العامّ الدّولي. [1]

الفرع الثاني: القانون الدّولي الخاصّ بين كونه قانونا عامّا و قانونا خاصّا

لم يكن القانون الدّولي الخاصّ محلّ جدل بشأن طبيعته القانونية بين كونه داخليا و دوليّا فحسب، و إنّما كان محلّ جدل كذلك بين كونه قانونا عامّا و قانونا خاصّا على النّحو الذّي نوضّحه فيما يلي:

أولا- القانون الدّولي الخاصّ قانون عامّ

ينطلق الفقه المنادي بهذا الموقف و في مقدّمته الفقيه الفرنسي "نيبوابيه" من أنّ:

1/ مسألة تنازع القوانين من حيث المكان هي مسألة سيادية و هي من هذا الباب متّصلة بالقانون العامّ، فضلا عن ذلك فغاية تنازع القوانين هي بيان سيادة القانون الوطني بالنّسبة للقانون الأجنبي، و هي بذلك ترسم حدود سلطة المشرّع الوطني في مواجهة المشرّع الأجنبي، و هذا ما يجعلها داخلة في دائرة القانون العامّ.

2/ قواعد الاختصاص القضائي الدّولي هي قواعد متّصلة بتنظيم مرفق عامّ في الدّولة و هو مرفق القضاء، و من هذا المنطلق فهي منتمية إلى القانون العامّ.

3/ الجنسية هي رابطة سياسية و قانونية بين الفرد و الدّولة، فضلا عن أنّها الوسيلة التي يتحدّد بها ركن الشّعب في الدّولة، فهذه الأخيرة هي التّي تضع الأحكام المنظّمة لها استحقاقا و زوالا و إثباتا، و هي تقوم بذلك عن طريق قواعد تنتمي إلى القانون العامّ، أكثر من ذلك فإنّ الطّلبات المقدّمة لاكتساب الجنسية و الطّعون في القرارات المتعلّقة بها تتمّ أمام وزير العدل، و هو إدارة عامّة مركزية منظّمة بأحكام القانون الإداري و هو قانون عامّ.

4/ مركز الأجانب موضوع من موضوعات القانون العامّ، لأنّ الأجانب في إقامتهم و تنقّلهم و تشغيلهم داخل الدولة الأجنبية يخضعون للمصالح الإدارية فيها، حتّى القرارات الصّادرة بشأنهم هي قرارات إدارية، غالبا ما يتمّ الطّعن فيها أمام القضاء الإداري، فقد تمّ الطّعن في القرارات القاضية بطرد الأجانب في

[1] صوفي حسن أبو طالب : " الوجيز في القانون الدّولي الخاصّ في القانونين المصري و اللبناني " مرجع سابق، ص52.

فرنسا أمام مجلس الدّولة الفرنسي، زيادة على ذلك فإنّ المشرّع الوطني و هو بصدد تنظيمه لمركز الأجنبي لا يتناول حقوقه الخاصّة فقط، بل يتعرّض لحقوقه العامّة كذلك خاصّة في الدّول الأكثر ديمقراطية، سيما تلك المستوردة للسكّان (أوربا و أمريكا الشّمالية). [1]

ثانيا- القانون الدّولي الخاصّ قانون خاصّ

يصرّ هذا الجانب من الفقه على اعتبار القانون الدّولي الخاصّ قانونا خاصّا للاعتبارات الآتية:

1/ قواعد تنازع القوانين هي قواعد ناظمة أساسا لعلاقات خاصّة، و لولا اشتمالها على عنصر أجنبي لخضعت دون شكّ للقانون المدني أو التّجاري أو قانون الأحوال الشّخصية، و بتحليل منطقي كيف نعتبر هذه العلاقات منتمية إلى القانون الخاصّ لأنّها تمّت بين وطنيين، و نعتبرها في الوقت نفسه من القانون العامّ لأنها تمّت بين أجانب؟

بالإضافة إلى ذلك فعلاقات القانون الخاصّ تتمّ بين أشخاص خاصّة فقط، و علاقات القانون العامّ تشكّل فيها الدّولة و مؤسّساتها طرفا محوريا، و لمّا كانت علاقات القانون الدّولي الخاصّ دائما بين أشخاص خاصّة بعيدا عن الدّولة فهي و لا شكّ تدخل في دائرة القانون الخاصّ، و القول بغير ذلك هو تجاهل صارخ للفرق القائم بين القانونين الخاصّ و العامّ.

2/ قواعد الاختصاص القضائي الدّولي هي قواعد إجرائية نجدها في معظم التّشريعات مدرجة ضمن قانون الإجراءات المدنية، و هذا الأخير قانون شكلي تابع لقانون موضوعي هو القانون المدني، و لمّا كان الأخير قانونا خاصّا فقانون الإجراءات المدنية التّابع له هو بدوره قانون خاصّ، و هكذا تدخل قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دائرة القانون الخاصّ.

3/ حتّى موضوع الجنسية يندرج ضمن القانون الخاصّ لأنّ النّزاعات المتعلّقة بها يعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي لا الإداري (المادة 37 من قانون الجنسية الجزائري)، فضلا عن أنّها مسألة متّصلة بحالة الشّخص، و الحالة كما هو معلوم تعنى بها قواعد القانون الخاصّ.

4/ مركز الأجانب بدوره موضوع من موضوعات القانون الخاصّ لسببين:

[1] عزّ الدّين عبد الله : " القانون الدّولي الخاصّ- الجنسيّة و الموطن و تمتّع الأجانب بالحقوق " مرجع سابق، ص99.

- الأجانب خارج دولهم نادرا ما يتمتّعون بحقوق عامّة لأنّ هذه الأخيرة حكر على المواطنين، فليس لهم في الأصل إلّا حقوق خاصّة من قبيل الزّواج، التّجارة، شراء منقولات و في بعض الدّول عقّارات...
- إمكانية تمتّع الأجنبي أو عدم تمتّعه بهذه الحقوق (الخاصّة) يجعله أقرب إلى كامل الأهلية أو ناقصها في القانون الخاصّ، و مسألة الأهلية موضوع للقانون الخاصّ دون منازع. [1]

خلاصة القول أنّ القانون الدّولي الخاصّ قانون داخلي أو وطني بالنّظر إلى مصادره، و دولي بالنّظر إلى الاعتبارات الدّولية التّي يراعيها المشرّع الوطني و هو يضع أحكامه، كما أنّ القانون الدّولي الخاصّ قانون خاصّ بالنّظر إلى العلاقات التي ينظّمها، و عامّ بالنّظر إلى اتّصال قواعده بسيادة الدّولة، و أمام الطّبيعة المختلطة للقانون الدّولي الخاصّ انتهى الفقه الرّاجح إلى اعتباره قانونا مستقلّا أو قائما بذاته نظرا للخصوصية التي يتّسم بها. [2]

المطلب الثالث: مصادر القانون الدّولي الخاصّ

نظرا للطّبيعة المختلطة للقانون الدّولي الخاصّ على النّحو المتقدّم فإنّ له جذورا في القانون الدّاخلي وأخرى في القانون الدّولي، لهذا نجد له مصادر وطنية و مصادر دولية.

الفرع الأوّل: المصادر الدّاخلية للقانون الدّولي الخاصّ

بما أنّ القانون الدّولي الخاصّ هو انعكاس للقانون الدّاخلي على المستوى الدّولي فإنّ قواعده من وضع المشرّع الوطني في كلّ دولة، و بذلك لا يمكن العثور على قواعد تشكّل قانونا دوليّا خاصّا مشتركا كما ذهب إلى ذلك أنصار النّزعة الدّولية، و مهما يكن من أمر فإنّ المصادر الدّاخلية لهذا القانون تتمثّل في:

أوّلا- التّشريع

غالبية قواعد القانون الدّولي الخاصّ كما تقدّم من وضع المشرّع الوطني في كلّ دولة، لكن تتباين وظيفة التّشريع بتباين موضوعات القانون الدّولي الخاصّ، فكلّما كان الموضوع أشدّ اتّصالا بسيادة الدّولة كان للتّشريع دور مؤثّر فيه، و كلّما كان أقلّ اتّصالا بسيادة الدّولة تضاءل دور التّشريع بشأنه.

[1] صوفي حسن أبو طالب : " الوجيز في القانون الدّولي الخاصّ في القانونين المصري و اللبناني " مرجع سابق، ص55.
[2] هشام خالد: " المدخل للقانون الدّولي الخاصّ العربي " دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 2008، ص213.

1/ فمادّة الجنسية لاتّصالها الوثيق بسيادة الدّولة فإنّ التّشريع في جلّ الدّول هو الذّي ينفرد بتنظيمها، ففي الجزائر مثلا نجد أحكام الجنسيّة منظّمة بقانون مستقلّ هو الأمر 63-96 الصّادر في 1963/03/27، ثمّ بالأمر 70-86 الصّادر في 1970/12/15 الذّي ألغى الأمر السّابق، و أخيرا الأمر 05-01 الصّادر في 2005/02/27 المعدّل للأمر 70-86. [1]

2/ كذلك الأمر بالنّسبة لمادّة تنازع القوانين، مع أنّها لم تحظ في معظم الدّول بقانون مستقلّ، و إنّما نجدها غالبا متضمّنة في القانون المدني، فالمشرّع الفرنسي لم يخصّها سابقا إلا بنصّ واحد هو المادّة 03 من قانونه المدني، أمّا المشرع الجزائري فقد تناولها في الموادّ من 09 إلى 24 من القانون المدني تحت عنوان: "تنازع القوانين من حيث المكان"، كما تناول جانبا منها في قانون الحالة المدنية من خلال الموادّ:95، 96، 97.

فعلى مستوى القانون المدني عالجت المادّة 09 التكييف، و المادّة 10 القانون واجب التطبيق على الحالة و الأهلية، و المادة 11 القانون واجب التطبيق على الشّروط الموضوعية للزّواج، والمادّة 12 القانون واجب التطبيق على آثار الزّواج و انحلاله، و الموادّ 13 مكرّر، 13 مكرّر1 القانون واجب التّطبيق على النّسب و الكفالة و التبنّي، و المادّة 14 القانون واجب التّطبيق على النّفقة بين الأقارب، والمادّة 15 القانون واجب التّطبيق على الولاية و الوصاية و القوامة و سائر النّظم المقرّرة لصالح القصّر و عديمي الأهليّة و الغائبين، و المادّة 16 القانون واجب التّطبيق على الميراث و الوصيّة و الهبة والوقف، و المادّة 17 القانون واجب التّطبيق على الأموال، و المادّة 18 القانون واجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقديّة، و المادّة 19 القانون واجب التّطبيق على شكل التصرّفات القانونية، و المادّة 20 القانون واجب التّطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، و حدّت المادّة 21 من سريان الأحكام السّابقة في حالة وجود قانون خاصّ أو معاهدة نافذة في الجزائر، فيما بيّنت المادّة 21 مكرّر القانون واجب التّطبيق على قواعد الاختصاص و الإجراءات، والمادّة 22 القانون واجب التّطبيق في حالة تعدّد الجنسيات وانعدام الجنسيّة، و المادّة 23 القانون واجب التّطبيق في دولة تتعدّد فيها الشّرائع، و تصدّت المادّة 23 مكرّر لفرضيّة تعذّر إثبات القانون الأجنبي، وجاءت المادة 23 مكرّر 1 بشأن الإحالة، فيما جاءت المادّة 23 مكرّر2 في شأن تطبيق المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ فيما ليس له حلّ في الموادّ

[1] أمر رقم 05- 01 مؤرّخ في 27 فبراير 2005، يعدّل و يتمّم الأمر رقم 70-86 المؤرّخ في 15 ديسمبر 1970، و المتضمّن قانون الجنسية الجزائرية. (مصدر سابق).

السّابقة، أخيرا نصّت المادّة 24 على استبعاد القانون الأجنبي في حالة مخالفته للنظام العامّ أو انطوائه على غشّ نحو القانون. [1]

و على مستوى قانون الحالة المدنية الصّادر بموجب الأمر 70-20 المؤرّخ في 1970/02/19 المعدّل و المتمّم بالقانون 14-08 المؤرّخ في 2014/08/09 عالجت المادّة 95 منه القانون المطبّق على شكل تصرّفات الجزائريين و الأجانب في بلد أجنبي، و المادة 96 صحّة تصرّفات الجزائريين إذا حرّرت أمام سفارات و قنصليّات الجزائر بالخارج، و المادّة 97 صحّة زواج الجزائريين أو الجزائريين مع الأجانب من حيث الشّكل في الخارج. [2]

3/ أما مادّة الاختصاص القضائي الدّولي فلم يخصّها المشرّع الجزائري إلّا بمادّتين في قانون الإجراءات المدنية الصّادر بموجب الأمر 66-154 المؤرّخ في 1966/06/08 هما المادّتان 10 و 11 حيث عقد اختصاص القاضي الوطني بالنّزاعات الدّولية الخاصّة استنادا لمعيار الجنسيّة، و هما المادّتان اللتّان نقلتا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصّادر بالقانون 08-09 المؤرّخ في 2008/02/25 تحت رقمي 41 و 42، الملغي للقانون السّابق. [3]

4/ بخصوص مادّة تنفيذ الأحكام الأجنبيّة فقد خصّها قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بنصّ وحيد هو المادّة 325، بينما تناولها قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة لسنة 2008 في الموادّ من 605 إلى 608، مبيّنا شروط و كيفيات تنفيذ الأحكام الأجنبيّة فوق الإقليم الجزائري، و ملغيا بذلك القانون السّابق.[4]

بخصوص مادّة الموطن لا نجد في التّشريع الجزائري قواعد تحكم الموطن من وجهة نظر القانون الدّولي الخاصّ، لكنّنا نجد الموادّ من 36 إلى 39 من القانون المدني الجزائري، و هي متعلّقة بالموطن من وجهة نظر القانون الدّاخلي، لكن يمكن تطبيقها بشأن الأجنبي المتوطّن بالجزائر، خاصّة و أنّ المادّة 36 تطرّقت إلى الموطن العادي أو العامّ و هو محلّ الإقامة، و المادّة 37 بيّنت الموطن الخاصّ و هو مكان ممارسة تجارة أو مهنة، أمّا المادّة 38 فوضّحت الموطن الحكمي و هو مكان من ينوب عن القاصر

[1] قانون رقم 05-10 مؤرّخ في 20 يونيو 2005، يعدّل و يتمّم الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، و المتضمّن القانون المدني المعدّل و المتمّم. (مصدر سابق).

[2] قانون رقم 14-08 مؤرّخ في 09 غشت 2014، يعدّل و يتمّم الأمر 70-20 المؤرّخ في 19 فبراير 1970، و المتعلّق بالحالة المدنية، ج ر، عدد 49، صادرة بتاريخ 20 غشت 2014.

[3] قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. (مصدر سابق).

[4] قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة و الإدارية. (مصدر سابق).

والمحجور عليه و المفقود و الغائب، فيما تناولت المادّة 39 الموطن المختار و هو مكان تنفيذ تصرّف قانوني معيّن.

بشأن مركز الأجانب فإنّ المعاهدات الدّولية تشارك التّشريع الوطني في تنظيم هذه المسألة، لذلك نجد في الجزائر مثلا الأمر 66-211 المؤرّخ في 1966/07/21 المتعلّق بوضعيّة الأجانب في الجزائر الملغى أخيرا بالقانون 08-11 المؤرّخ في 2008/06/25 المتعلّق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقّلهم فيها و هو القانون المعمول به حاليا. [1]

بالإضافة إلى الأمر 71-60 المتعلّق بشروط استخدام الأجانب المؤرّخ في 1971/08/05. [2]

و المرسوم 75-111 المتعلّق بالمهن التّجاريّة و الصّناعيّة و الحرفيّة و الحرّة الممارسة من طرف الأجانب على التّراب الوطني، المؤرّخ في 1975/09/26. [3]

و كذا القانون 81-10 المتعلّق بشروط تشغيل العمّال الأجانب، المؤرّخ في 1981/07/11. [4]

ثانيا- القضاء

القضاء كمصدر للقانون الدّولي الخاصّ هو أن تستقرّ مجموع محاكم الدّولة على موقف محدّد بشأن مسألة قانونية معيّنة، حيث يؤدّي القضاء بهذه الصّفة في إطار القانون الدّولي الخاصّ دورا أساسيّا في خلق و بلورة القواعد القانونية بشأن المسائل التي تصادف فراغا تشريعيّا خاصّة في الدّول الأنجلو سكسونية أين يكاد ينعدم دور التّشريع بالنّسبة لكافّة فروع القانون، ليتبوّأ القضاء فيها مكانه الطّبيعي كمصدر شبه وحيد، و لا يقتصر الأمر على الدّول الأنجلو سكسونية فحسب، بل حتّى في الدّول اللّاتينية

[1] قانون رقم 08-11 مؤرّخ في 25 يونيو 2008، يتعلّق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقّلهم فيها. (مصدر سابق).

[2] أمر رقم 71-60 مؤرّخ في 05 غشت 1971، يتعلّق بشروط استخدام الأجانب، ج ر، عدد 67، صادرة بتاريخ 17 غشت 1971.

[3] مرسوم رقم 75-111 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتعلّق بالمهن التّجاريّة و الصّناعيّة و الحرفيّة و الحرّة الممارسة من طرف الأجانب على التّراب الوطني، ج ر، عدد 82، صادرة بتاريخ 14 أكتوبر 1975.

[4] قانون رقم 81-10 مؤرّخ في 11 يوليو 1980، يتعلّق بشروط تشغيل العمّال الأجانب، ج ر، عدد 28، صادرة بتاريخ 14 يوليو 1980.

ففرنسا مثلا و لأنّ المشرّع فيها لم يعالج كلّ مسائل القانون الدّولي الخاصّ بشكل كاف، فقد أسهم القضاء هناك بوتيرة معتبرة في ابتكار الحلول لمشكلات العلاقات الدّولية الخاصّة. [1]

بذلك أرسى القضاء الفرنسي معظم قواعد القانون الدّولي الخاصّ التّي تناقلها مشرّعوا غالبيّة الدّول و منها المشرّع الجزائري، و من بين هذه القواعد: خضوع العقّار لقانون موقعه، خضوع العقد لقانون الإرادة...، وقد عبّر "باتيفول" عن هذه الحقيقة بقوله: " إنّ قضاء محكمة النّقض الفرنسية و المحاكم التّابعة لها يشكّل المصدر الأساس لقواعد هذا القانون."

في الجزائر إذا أخذنا بعين الاعتبار تاريخ صدور القانون المدني (1975) من جهة، و تاريخ استقلال الجزائر المقترن بالشّروع في إرساء مؤسّسات الدّولة و منها المؤسسة القضائية بين سنتي 1962 – 1963 من جهة أخرى، يتبيّن جليّا دور القضاء الجزائري في التصدّي لمنازعات القانون الدّولي الخاصّ التّي عرضت على محاكم الجمهورية في ظلّ الفراغ التّشريعي الذي لم يسدّ إلّا سنة 1975، فطوال هذه الفترة كان لزاما على القاضي الجزائري الاجتهاد لحسم هذه المنازعات استرشادا بالاجتهادات القضائية السّائدة خاصّة في فرنسا.

و قد امتدّ تأثير دور القضاء الفرنسي بالنّسبة للقانون الدّولي الخاصّ الجزائري حتّى بعد صدور القانون المدني سنة 1975 من زاويتين:

الأولى: متمثّلة في أنّ معظم قواعد تنازع القوانين التي تضمّنها هذا القانون هي خلاصة ما انتهى إليه القضاء الفرنسي.

الثّانية: مفادها أنّ المشرّع الجزائري لم يتصدّ قبل تعديل 2005 في هذا القانون لكافّة مؤسّسات القانون الدّولي الخاصّ، يتعلّق الأمر مثلا ببعض مسائل الأحوال الشّخصية كالنّسب، الكفالة، التبنّي، الهبة، الوقف، فضلا عن مسائل أخرى من قبيل الإحالة و إثبات القانون الأجنبي، كما أضاف قواعد إسناد جديدة لمؤسّستي الالتزامات التعاقدية و شكل التصرّفات القانونية، و قد كان هذا التعديل أيضا خلاصة اجتهادات القضاء الفرنسي في المسائل المضافة.

[1] فؤاد ديب : " القانون الدّولي الخاصّ1 " مرجع سابق، ص13

و نظرا للتطوّر المتسارع الذّي يشهده واقع العلاقات الدّولية الخاصّة، لم يعد التّشريع وحده قادرا على احتواء كلّ المشكلات التي يطرحها هذا الواقع و التكيّف معها، ممّا يستدعي مرّة أخرى تدخّل القضاء لتقديم إسهاماته في هذا الخصوص.

ثالثا- العرف

المجمع عليه تاريخيا أنّ العرف أقدم مصادر القانون في حياة المجتمعات الإنسانية، فقد كان الطّريق الطّبيعي الذّي انبثقت منه القواعد القانونية لتنظيم حياتها، حيث واكب بساطتها و بطئها ولم يظهر التّشريع إلّا في مرحلة بلغت فيها تلك المجتمعات درجة كبيرة من التطوّر.

و العرف كما هو معلوم مجموعة القواعد القانونية التي درجت على اتّباعها مجموعة بشرية معيّنة في مكان و زمان معيّنين على نحو محدّد و لفترة طويلة مع الاعتقاد بإلزاميّتها. [1]

و قد لعب العرف دورا أساسيا في بدايات نشأة القانون الدّولي الخاصّ، رغم اختلاف هذا الدّور بالنّسبة لكلّ موضوع من موضوعاته، فقد برز دوره و تعاظم بشكل خاصّ و دون منازع بشأن موضوع تنازع القوانين، و استمرّ إلى وقت قريب أين تدخّل المشرّع مقنّنا جلّ القواعد التّي أرساها العرف في هذا المجال، و هكذا تراجعت أهمّيته و بات يشكّل مصدرا تاريخيا لا غير لهذه القواعد، فمن القواعد التّي أرساها العرف في مادّة تنازع القوانين: قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محلّ إبرامه، قاعدة خضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفّى...إلخ

الفرع الثاني: المصادر الدّولية للقانون الدّولي الخاصّ

تتمثّل المصادر الدّولية للقانون الدّولي الخاصّ في المعاهدات الدّولية أساسا، ثمّ القضاء و الفقه الدّوليين، و أخيرا المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ، و فيما يلي عرض لهذه المصادر:

أولا- المعاهدات الدّولية

تعرّف المعاهدة الدّولية بأنها "اتفاق مكتوب بين أشخاص القانون الدّولي يرمي إلى إحداث آثار قانونية معيّنة و يخضع لأحكام القانون الدولي". [1]

[1] فؤاد ديب: " القانون الدّولي الخاصّ1" مرجع سابق، ص11.

و المعاهدة على هذا النّحو تكون ثنائية أو جماعية، و يبرز دورها بالنّسبة للقانون الدّولي الخاصّ في أنّها تضع حلولا لمشكلات القانون الدّولي الخاصّ التّي تنشأ بسبب اختلاف تشريعات الدّول سيما في مادّة تنازع القوانين مثل المعاهدة المسمّاة باتحاد باريس لسنة 1883 بشأن الملكية الصّناعية، و اتّحاد بارن لسنة 1886 بشأن الملكية الأدبية و الفنّية، اتّحاد بارن لسنة 1890 بشأن النّقل الدّولي للبضائع والأشخاص، اتفاقية جنيف لسنة 1952 لحقوق المؤلّف، اتّفاقية فينّا لسنة 1980 المتعلّقة بالبيع الدّولي للبضائع، فضلا عن اتفاقية 15 يونيو 1955 الخاصّة بالقانون الواجب تطبيقه على البيع الدّولي للبضائع، و اتفاقية 24 أكتوبر 1956 الخاصّة بالقانون الواجب تطبيقه على نفقة الأطفال، و اتفاقية 01 يوليو 1970 الخاصّة بالاعتراف بالطّلاق و الانفصال القانوني.

و في مادّة الجنسيّة تحاول المعاهدات الدّولية تفادي مشكل عويص هو تعدّد الجنسيات أو انعدامها، فتضع الحلول الملائمة له، و تبرز في هذا الخصوص اتّفاقية نيويورك لعام 1954 المتعلّقة بوضع الأشخاص عديمي الجنسيّة، و اتفاقية 15 يونيو 1955 المتعلقة بتسوية الاختلافات بين قانون الجنسيّة وقانون مكان الإقامة.

و في مادّة الاختصاص القضائي الدّولي تحاول المعاهدات الدّولية التوصّل إلى وضع معايير موحّدة لضبط معايير الاختصاص القضائي الدّولي مثل اتفاقية 01 مارس 1954 الخاصّة بالإجراءات القضائيّة، و اتفاقية 15 نوفمبر 1965 الخاصّة بالاختصاص و القانون الواجب تطبيقه و الاعتراف بالقرارات المتعلّقة بالتبنّي، و اتفاقية 30 يونيو 2005 الخاصّة باتّفاقات اختيار المحكمة، و في موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبيّة تحاول إيجاد الترتيبات الكفيلة بتسهيل التنفيذ الدّولي للأحكام في إطار ثنائي أو جماعي مثل اتفاقية 01 فبراير 1971 الخاصّة بالاعتراف بالأحكام الأجنبيّة في المسائل المدنيّة والتّجاريّة و إنفاذها.

و في مادّة مركز الأجانب تحاول تقليص الفوارق الموجودة بين الوطنيّين و الأجانب في المعاملة على مستوى الحقوق الممنوحة لكلّ منهم، سيما المعاهدات المتعلّقة بحقوق الإنسان.

---

[1] غازي حسن صباريني : " الوجيز في مبادئ القانون الدّولي العامّ " ط1، دار الثقافة للنشر و التّوزيع، عمّان– الأردن 2007، ص ص42، 43.

و تثير المعاهدة الدولية في إطار القانون الدّولي الخاصّ مشكلتين تتمثّلان في تفسيرها من جهة، و في احتمال تعارضها مع التّشريع الدّاخلي من جهة أخرى.

1/ تفسير المعاهدة الدّولية

نظرا للظّروف و الاعتبارات التّي تحيط بعملية وضع المعاهدة الدّولية فإنّ احتمال غموض نصوصها وارد، و عليه لا يمكن تطبيقها عمليّا إلّا بعد تفسيرها، فما هي الجهة المختصّة بالتّفسير؟

في الحقيقة يتمّ التّفسير على صعيدين دولي و داخلي:

أ/ **التّفسير الدّولي:** قد يكون دبلوماسيّا أو قضائيّا

-**التّفسير الدّبلوماسي:** يسمّى كذلك بالتّفسير الحكومي المشترك، و هو التّفسير الذّي يتمّ من قبل الدّول أطراف المعاهدة، فمن له صلاحية وضع النصّ له من باب أولى صلاحية تفسيره، و يتّخذ شكل بروتوكولات أو خطابات أو مذكّرات رسميّة متبادلة تفضي إلى إصدار نصّ تفسيري ثنائي أو متعدّد الأطراف وفقا لنوع المعاهدة. [1]

- **التّفسير القضائي:** يندرج تفسير المعاهدات الدّولية ضمن الاختصاص الطّبيعي للقضاء الدولي، ذلك ما أكّدته المادّة 2/36 من النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدّولية بنصّها على : "...للدّول التّي هي أطراف في هذا النّظام الأساسي أن تصرّح بأنّها تقرّ للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها و بين دولة تقبل الالتزام نفسه متى كانت هذه المنازعات تتعلّق بالمسائل الآتية: -تفسير معاهدة من المعاهدات..."

من استقراء هذا النصّ يمكن استنتاج ملاحظتين: الأولى أنّ اختصاص المحكمة بالتّفسير مؤسّس على رغبة الأطراف المعنيّة، الثّانية أنّ التّفسير الذّي تنتهي إليه المحكمة لا يلزم إلّا أطرافه. [2]

ب/ التّفسير الدّاخلي:

و هو بدوره نوعان: تفسير دبلوماسي أو حكومي منفرد، و تفسير قضائي.

[1] أحمد بلقاسم : " القانون الدّولي العامّ: المفهوم و المصادر" ط4، دار هومة- الجزائر 2011، ص ص120-123.

[2] منتصر سعيد حمّودة : " القانون الدّولي المعاصر " ط1، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 2008، ص ص122، 123.

- **التّفسير الدّبلوماسي أو الحكومي المنفرد:** يتمّ من قبل السّلطة التّنفيذية عادة أو بموجب قانون أو مرسوم، و يحصل تلقائيا أو بناء على طلب الطّرف الآخر في المعاهدة أو بمناسبة الفصل في نزاع على مستوى القضاء الدّاخلي. [1]

في الجزائر فإنّ تفسير المعاهدات الدّولية يدخل في الاختصاص الحصري لوزارة الخارجيّة، و ذلك استنادا إلى الفقرتين 05، 06 من المادة 37 من الأمر 05- 01 المؤرّخ في 2005/02/21 المتضمّن قانون الجنسيّة المعدّل و المتمّم للأمر 70-86 المؤرّخ في 1970/12/15، إذ جاء فيها: "... و عندما يقتضي الأمر تفسير أحكام الاتّفاقيات الدّولية المتعلّقة بالجنسيّة بمناسبة نزاع، تطلب النّيابة العامّة هذا التّفسير من وزارة الشّؤون الخارجية و تلتزم المحاكم بهذا التّفسير." [2]

و استنادا كذلك إلى المادة 17 من المرسوم الرّئاسي 02-403 المحدّد لصلاحيات وزارة الشؤون الخارجية حيث نصّت على أن: " يختصّ وزير الشّؤون الخارجية بتفسير المعاهدات و الاتّفاقيات و الاتّفاقات والبروتوكولات و التّنظيمات الدّوليّة التّي تكون الجزائر طرفا فيها. و يدعم تفسير الدّولة الجزائريّة و يسانده لدى الحكومات الأجنبيّة، و عند الاقتضاء، لدى المنظّمات أو المحاكم الدّولية و كذا لدى الجهات القضائيّة الدّولية." [3]

- **التّفسير القضائي:** يختلف التّفسير القضائي بين الدّول باختلاف منظومتها القانونيّة و القضائيّة، فمنها التّي تقرّه كما هو الحال في مصر، و منها التّي لا تسمح به كما هو الحال في الجزائر، والرّأي السّائد في الاجتهاد القضائي الفرنسي و الأمريكي و الإنجليزي أنّ مسألة العلاقات الدّولية موكلة أساسا إلى السّلطة التّنفيذية المستقلّة عن السّلطة القضائية إعمالا لمبدأ الفصل بين السّلطات، و عليه فلا يجوز للمحاكم الدّاخلية تفسير المعاهدات الدّولية إلّا بالقدر الذّي يقتضيه الفصل في الدّعاوى المطروحة عليها، و نظرا لتعدّد الجهات القضائيّة الدّاخلية خاصّة في الدّول التّي تأخذ بالازدواجيّة القضائية فإنّ التفسير القضائي الدّاخلي قد يعهد به إلى القضاء العادي أو القضاء الإداري بناء على طبيعة النّزاع، و بذلك فالتّفسير الصّادر عن محاكم إحدى الدّول الأطراف لا يلزم المحاكم الدّوليّة ولا

[1] منتصر سعيد حمّودة: " القانون الدّولي المعاصر" مرجع سابق، ص ص120، 121.

[2] أمر رقم 05-01 مؤرّخ في 27 فبراير، يعدّل و يتمّم الأمر رقم 70-86 المؤرّخ في 15 ديسمبر 1970، و المتضمّن قانون الجنسيّة الجزائرية. (مصدر سابق).

[3] مرسوم رئاسي رقم 02-304 مؤرّخ في 26 نوفمبر 2002، يحدّد صلاحيات وزارة الشّؤون الخارجيّة، ج ر، عدد 79، صادرة بتاريخ 01 ديسمبر 2002.

محاكم بقيّة الدّول أطراف المعاهدة، و في كلّ الأحوال تعدّ الدّولة مسؤولة دوليّا في حال امتناع محاكمها عن نظر القضايا المطروحة أمامها و التّي يكون موضوعها تطبيق معاهدة هي طرف فيها، أو يكون أحد أطراف النّزاع أجنبيّا. [1]

2/ تعارض المعاهدة الدّولية مع القانون الداخلي

مثلما يواجه القاضي الوطني الفاصل في نزاع دولي خاصّ مشكلة تفسير المعاهدة الدّولية المزمع تطبيقها عليه، فإنّه يمكن أن يواجه كذلك مشكلة أخرى تتمثّل في تعارض أحكامها مع قانونه الدّاخلي، فما الحلّ في مثل هذه الحالة؟

الحلّ هنا يقتضي التمييز بين فرضيّتين:

الفرضية الأولى: إذا نصّ المشرّع الوطني صراحة على سموّ المعاهدة على القانون الدّاخلي فلا إشكال يطرح، حيث يطبّق القاضي الوطني أحكام المعاهدة سواء كانت لاحقة على قانونه أم سابقة عليه وبصرف النّظر عن كون تعارضها تعارضا صريحا أو ضمنيّا.

الفرضية الثّانية: إذا تجاهل المشرّع الوطني مسألة سموّ المعاهدة على القانون الدّاخلي، ففي هذه الحالة يمكن التمييز كذلك بين فرضيّتين و هما تعارض المعاهدة مع تشريع سابق، و تعارضها مع تشريع لاحق.

أ/ تعارض المعاهدة الدوليّة اللّاحقة مع تشريع سابق

في هذه الحالة المجمع عليه فقها أن يتمّ تغليب أحكام المعاهدة على أحكام التّشريع السّابق، و ذلك لاعتبارين:

الأول: أنّ التّشريع اللّاحق ينسخ السّابق في حدود التّعارض الحاصل بينهما، و المعاهدة حسب الفقه الغالب تصبح جزء من التّشريع الوطني بمجرّد المصادقة عليها فتكون بذلك أمام تشريعين سابق و هو

[1] أحمد بلقاسم : " القانون الدّولي العام: المفهوم و المصادر" مرجع سابق، ص124.

التّشريع الوطني أصلا و لاحق و هو المعاهدة الدّولية حكما، و هذه القاعدة مأخوذة عن القانون الدّاخلي.[1]

فقد نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادّة 02 من القانون المدني بقوله: " ... و لا يجوز إلغاء القانون إلّا بقانون لاحق ينصّ صراحة على هذا الإلغاء. و قد يكون الإلغاء ضمنيّا إذا تضمّن القانون الجديد نصّا يتعارض مع نصّ القانون القديم أو نظّم من جديد موضوعا سبق أن قرّر قواعده ذلك القانون القديم."

الثّاني: قوّة المعاهدة الدّولية في مواجهة التّشريع الدّاخلي استنادا إلى صفتها الدّولية من جهة، فهي نتاج عدد من إرادات أشخاص المجتمع الدولي في مقابل إرادة واحدة بالنّسبة للتّشريع الدّاخلي، و استنادا إلى ما يترتّب عنها من مسؤولية دولية من جهة أخرى.

هذا الحلّ الفقهي تبنّته معظم التّشريعات و منها المشرّع الفرنسي من خلال دستوري 1946 و 1958 الذّين غلّبا أحكام المعاهدة المصادق عليها طبقا لأحكام القانون الفرنسي على القانون الفرنسي نفسه.

ب/ تعارض المعاهدة الدّولية السّابقة مع تشريع لاحق

في هذه الحالة كذلك ينبغي التمييز بين فرضيّتين:

الأولى: إذا كان التعارض ضمنيّا أو غير مقصود بين معاهدة سابقة و تشريع لاحق ففي هذه الحالة لا يلغي التّشريع اللّاحق المعاهدة السّابقة، و إنّما ينبغي اعتبار مضمون المعاهدة حكما خاصّا و مضمون القانون اللّاحق حكما عامّا، و هذا استنادا إلى القاعدة المتداولة (الخاصّ يقيّد العامّ)، و التّي طبّقها القضاء الفرنسي ممثّلا في محكمة النّقض بمناسبة النّظر في مدى تعارض الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لعام 1950 مع قانون الخدمة الوطنيّة الفرنسي الصّادر في 10 يونيو 1971، حيث قرّرت أنّ الاتفاقية و إن كانت تنصّ على عدم إجبار شخص على القيام بعمل شاقّ، فإنّها تركت تنظيم البديل للخدمة العسكرية للدّول الأطراف فيها، و بالتّالي فإنّ رفض استلام البطاقة الشّخصيّة للخدمة الوطنيّة يعتبر مخالفة لهذا القانون، تستوجب توقيع العقوبة المقرّرة فيه عن تلك الجريمة. [2]

---

[1] GUILLIEN (Raymond), VINCENT (Jean) : « Termes juridiques » 11ém éd, Dalloz, Paris 1998, p129.

[2] أبو هاني علي : " مشكلة نفاذ المعاهدات الدّولية في القوانين الدّاخليّة " مجلّة البحوث و الدّراسات العلميّة، عدد 03- ديسمبر 2009، ص242.

و عليه ينبغي فهم التعارض الضّمني أو غير المقصود بين معاهدة سابقة و قانون لاحق بأنّ هذا الأخير قد فسح المجال لتطبيق المعاهدة في النطاق المحدّد لها فقط.

الثّانية: إذا كان التّعارض صريحا أو مقصودا كأن ينصّ المشرّع الوطني على أنّ الأولوية في التّطبيق لقانونه اللّاحق على حساب المعاهدة السّابقة رغم مخالفة أحكامه لها فلا مناصّ أمام القاضي الوطني في هذه الحالة من تطبيق قانونه و تجاهل المعاهدة، كلّ هذا إذا لم يكن هناك نصّ دستوري يقرّر غير ذلك. وهذا ما تواتر عليه القضاء الفرنسي قبل دستوري 1946 و 1958 الذّين قرّرا سموّ المعاهدة على القانون الدّاخلي. [1]

3/ المشرّع الجزائري و مسألة تعارض المعاهدة الدّوليّة مع القانون الدّاخلي

يمكن تبيّن موقف المشرّع الجزائري بصدد هذه المسألة من خلال الدّساتير الاشتراكية، ثمّ الدّساتير اللّيبرالية:

أ/ الدّساتير الاشتراكية

لم يتضمن دستور 1963 حكما يعكس موقف المشرع الجزائري من المعاهدة الدّولية بالنّسبة للقانون الدّاخلي، و إن كان الأمر 63-96 المؤرّخ في 1963/03/27 المتعلّق بقانون الجنسيّة قد قرّر في مادّته 1/02 مبدأ سموّ المعاهدة الدّولية على القانون الوطني، كما قرّر القانون المدني الصّادر سنة 1975 المبدأ ذاته في المادّة 21 منه بشكل ضمني. [2]

أمّا دستور 1976 فقد سوّى بين المعاهدة الدّولية و القانون الدّاخلي، حيث نصّت المادّة 159 منه على أنّ: " المعاهدات التّي يصادق عليها رئيس الجمهورية طبقا للأحكام المنصوص عليها في الدّستور تكتسب قوّة القانون." [3]

و انسجاما مع هذا الموقف جاءت المادّة 160 من نفس الدّستور لتؤكّد مضمون المادّة السّابقة بالنصّ على أنّه: " إذا حصل تناقض بين أحكام المعاهدة أو جزء منها و الدّستور، لا يؤذن بالمصادقة عليها إلّا

[1] أبو هاني علي: " مشكلة نفاد المعاهدات الدّولية في القوانين الدّاخلية " مرجع سابق، ص ص243، 244.

[2] أمر رقم 75-58 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج ر، عدد 78، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1975.

[3] أمر رقم 76-97 مؤرّخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمّن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الدّيمقراطيّة الشّعبيّة، ج ر، عدد 94، صادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

بعد تعديل الدّستور." لكنّ هذه الأخيرة شابها نقص وجب تداركه آنذاك لأنّها تعرّضت فقط للاحتمال الذّي تتعارض فيه معاهدة لاحقة مع الدّستور، فما العمل في الحالة التي يتعارض فيها تشريع لاحق قد يكون الدّستور نفسه مع معاهدة سابقة، إذ يفترض في هذا الطّرح أنّ عمليّة المصادقة على المعاهدة قد تمّت.

ب/ الدّساتير اللّيبراليّة

عمد دستور 1989 إلى تكريس مبدأ سموّ المعاهدة الدّولية على القانون الدّاخلي من خلال المادّة 123 التي نصّت على أنّ: " المعاهدات التّي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور تسمو على القانون. [1]

في نفس الاتّجاه سار دستور 1996 الذّي جاءت مادّته 132 مكرّرة لما ورد بالمادّة 123 من دستور 1989. [2]

بقي النصّ نفسه في التّعديل الدّستوري لسنة 2016 مع تغيير رقم المادّة فقط لتصبح المادّة 150 منه.[3] الوضع لم يتغيّر في التّعديل الدّستوري لسنة 2020، حيث نقل المضمون ذاته حرفيّا إلى المادّة 154 منه. [4]

ثانيا- القضاء الدولي

الأصل في القضاء الدّولي أنّه يفصل في المنازعات التي تقوم بين أشخاص القانون الدّولي العامّ من دول و منظّمات دولية، لكنّه يعرض بصورة استثنائية للقضايا الخاصّة بالأفراد على هامش فصله في المنازعات بين الدّول خاصّة تلك التّي ترفع قضايا رعاياها أمامه، و في كلّ الأحوال فالقضاء الدّولي يشكّل مصدرا متواضعا للقانون الدّولي الخاصّ، و من اجتهاداته في هذا الصّدد ما تواتر عن المحكمة الدّائمة للعدل الدّولي و محكمة العدل الدّولية.

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 89-97 مؤرّخ في 28 فبراير 1989، يتعلّق بنشر نصّ تعديل الدّستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر، عدد 09، صادرة بتاريخ 01 مارس 1989.

[2] مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرّخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلّق بإصدار نصّ تعديل الدّستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر، عدد 76، صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

[3] قانون رقم 16-01 مؤرّخ في 06 مارس 2016، يتضمّن التّعديل الدّستوري، ج ر، عدد 14، صادرة في 07 مارس 2016.

[4] مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرّخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلّق بإصدار التّعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أوّل نوفمبر 2020، ج ر، عدد 82، صادرة في 30 ديسمبر 2020.

ففي مجال الجنسيّة نجد الرّأي الاستشاري الصّادر في 1923/04/09 الذّي قرّرت من خلاله المحكمة الدّائمة للعدل الدّولي حرّية كلّ دولة في وضع أحكام جنسيتها، لا يقيّد حرّيتها في ذلك إلّا التزاماتها الاتّفاقية.

كما نجد قرار محكمة العدل الدّولية الصّادر في 1955/04/06 بشأن قضية "نوتيبوم" القاضي بعدم تمكّن الدولة من ممارسة الحماية الدّبلوماسية على شخص تعتبره من رعاياها بناء على رابطة جنسية غير فعليّة بصورة كافية.

في مجال تنازع القوانين نجد القرارين 14، 15 الصّادرين تباعا عن محكمة العدل الدّولية في 1979/07/12 بشأن شرط الذّهب في القروض المعقودة في فرنسا بين الحكومتين الصّربية و البرازيلية، حيث قرّرت أنّ القانون الذّي ينظّم مثل هذه العقود تحدّده قواعد التّنازع و هي قواعد داخلية، لذلك فالنّزاع يدخل في دائرة القانون الدّولي الخاصّ.

في مجال مركز الأجانب نجد القرار رقم 07 الصّادر عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي و القاضي بأنّ نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامّة دون تعويض يعدّ أمرا مخالفا للقانون الدّولي، و عليه فإنّ معاملة الدّولة للأجانب ليست مطلقة من أيّ قيد، ذلك أنّ لهم حقوقا يستمدّونها مباشرة من القانون الدّولي العامّ، أو بالأحرى القانون الدّولي لحقوق الإنسان.[1]

ثالثا– الفقه الدّولي

المقصود بالفقه عموما آراء الفقهاء و الشرّاح التّي تتداول في إطار القوانين الوضعية النّافذة أو مؤلّفاتهم التّي تعمل على توجيه المشرّع، لأنّها تتضمّن تعليقا و تعقيبا على القواعد القانونية التّي وضعها و نقدا لها في سياق تعديلها أو سد الثّغرات المسجّلة بشأنها، و لقد ساهم الفقه الدّولي على هذا النّحو بقسط وافر في إرساء و بلورة قواعد القانون الدّولي الخاصّ، و كان لفقه المدرستين الإيطاليتين القديمة و الحديثة ولفقه المدرستين الفرنسيّة و الهولنديّة السّبق و الفضل في ذلك. [2]

فقد انصبّت أعمال فقهاء هذه المدارس آنذاك حول تأصيل القواعد القانونية و تحليل النّصوص التّشريعية في حال وجودها، و ابتكار الحلول المناسبة للمشكلات الماثلة و المحتملة في وقت قلّت فيه مصادر

[1] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص35، 36.

[2] فؤاد ديب : " القانون الدّولي الخاصّ1 " مرجع سابق، ص13.

القانون الدّولي الخاصّ المكتوبة كالتّشريع و المعاهدات الدّولية، و بذلك سدّ الفقه ثغرة كبيرة بشأن تخريج الحلول و لا يزال إلى اليوم مصدرا استئناسيا للمشرّع يستقي منه الأفكار و يستعين به لاستجلاء فحوى ومرمى النّصوص القانونية، و من أمثلة القواعد التّي أرساها الفقه في إطار القانون الدّولي الخاصّ: قاعدة تنفيذ العقد الدّولي بحسن نيّة، قاعدة تطبيق اللّجوء إلى الفسخ مع عدم التعسّف في استعماله.

رابعا– المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ

المبادئ العامّة للقانون عموما هي استخلاص للأفكار الرّئيسية الموحّدة بشأن مفاهيم قانونيّة متداولة في أكثر من نظام قانوني في العالم، كمبدأ احترام الحقّ المكتسب، مبدأ عدم التعسّف في استعمال الحقّ، مبدأ الالتزام بالتّعويض عن الضّرر...و في مجال القانون الدّولي الخاص: مفاهيم النسب الشّرعي والطّبيعي، التبنّي، الأهليّة المقيّدة، و بعض أنواع العقود كعقد العمل. [1]

و قد أشار المشرّع الجزائري إلى هذه المبادئ كمصدر للقانون الدّولي الخاصّ في المادّة 23 مكرّر 2 من القانون المدني بقوله: "تطبّق المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ فيما لم يرد بشأنه نصّ في الموادّ الخاصّة بتنازع القوانين."

غير أنّ هذا النصّ يثير تساؤلين: الأوّل يتعلّق بماهيّة المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ التّي قصدها المشرّع الجزائري، و الثّاني يتعلّق بطبيعتها و هل هي ذات مصدر داخلي أو دولي؟

بالنّسبة للتّساؤل الأوّل الرّاجح بشأن المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ على حدّ تعبير المشرّع الجزائري أنّها المبادئ الشّائعة في القوانين المقارنة، و هنا يظهر مسعى المشرّع في دفع القاضي الوطني إلى الاجتهاد في ضوء الاطّلاع على مضامين القوانين الأخرى في مجال العلاقات الدّولية الخاصّة.

أمّا بالنّسبة للتّساؤل الثّاني فالرّاجح أنّ المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ كما تصوّرها المشرّع الجزائري ذات مصدر داخلي يتجلّى في قوانين وطنية لدول أخرى من غير القانون الجزائري.

[1] فؤاد ديب : " القانون الدّولي الخاصّ1 " مرجع سابق، ص ص11، 12.

الفصل الأوّل:

النظريّة العامّة

لتنازع القوانين

الفصل الأول: النظرية العامة لتنازع القوانين

تنشأ مشكلة تنازع القوانين لمّا تكون العلاقة القانونية الماثلة أمام القاضي الوطني مشتملة على عنصر أجنبي، و بالتالي متّصلة بقوانين عدّة دول، و قد يعتري العنصر الأجنبي هذه العلاقة على مستوى أطرافها أو محلّها أو سببها، و هنا تثور مشكلة المفاضلة بين القوانين المتزاحمة لاختيار أنسبها لحكم هذه العلاقة. لا يتحدّد القانون الأنسب للتطبيق إلّا عن طريق قواعد توجد في قانون القاضي الوطني نفسه يطلق عليها قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين، و من أمثلتها القواعد التي وضعها المشرّع الجزائري في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني على النّحو المتقدم ذكره.

مع أنّ قواعد الإسناد أو قواعد التّنازع ليست الأداة الوحيدة لحلّ مشكلة تنازع القوانين، فالتّطور المتسارع للقانون الدّولي الخاصّ أفضى إلى إيجاد قواعد موضوعية تقدّم حلولا جاهزة لمسائل القانون الدّولي الخاصّ و تطبّق عليها مباشرة (و هي القواعد الموجودة على مستوى المعاهدات الدّولية مثل اتّفاقية فينّا لبيع البضائع الدّولية لعام 1980، أو على مستوى القضاء الدّاخلي حيث أقرّ مثلا القضاء الفرنسي شرط التحكيم المتضمّن في عقد دولي رغم بطلانه في العقود الداخلية). [1]

انطلاقا مما تقدم سنعالج ماهية تنازع القوانين باعتبار أنّ قواعد الإسناد لا تتحرك إلّا في حالة وجود تنازع للقوانين (مبحث أوّل)، ثمّ إلى القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة الإسناد متى يطبق و متى يستبعد (مبحث ثان)

المبحث الأول: ماهيّة تنازع القوانين

القاضي الوطني لا يمكن له الوقوف على وجود تنازع للقوانين من عدمه إلّا إذا كان يفقه معنى التّنازع من جهة، و توافرت شروطه من جهة أخرى، و لأنّ الوسيلة التّقنية لحلّ هذا التّنازع في إطار دراستنا هي قواعد الإسناد، فينبغي تمييز هذه القواعد عن بقيّة القواعد القانونية الأخرى، و ذلك بمعرفة وظيفتها وعناصرها و طبيعتها القانونية أو خصائصها، ثمّ تفسيرها.

لذلك سنتطرّق إلى مفهوم تنازع القوانين (مطلب أوّل)، قاعدة الإسناد (مطلب ثان)، تفسير قاعدة الإسناد (مطلب ثالث)

[1] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص15.

المطلب الأوّل: مفهوم تنازع القوانين

يمكن ضبط مفهوم تنازع القوانين من خلال تعريفه (فرع أوّل)، و شروطه (فرع ثان).

الفرع الأوّل: تعريف تنازع القوانين

نكون بصدد تنازع للقوانين لمّا تكون العلاقة الدّولية الخاصّة المشتملة على عنصر أجنبي تتنازعها قوانين متعدّدة، و لاستحالة تطبيق كلّ القوانين المتزاحمة حول ذات العلاقة مجتمعة، فإنّ على القاضي الوطني اختيار قانون واحد فقط من بين تلك القوانين باعتباره القانون الأنسب الذي ترجّحه قواعد الإسناد في قانونه، على هدى هذا التّوضيح يعرّف تنازع القوانين بأنّه: "تعدّد القوانين المحتمل تطبيقها بشأن نزاع يخصّ علاقة قانونية خاصّة مشتملة على عنصر أجنبي لأجل اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحسم النّزاع." [1]

أو هو باختصار: " تزاحم قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية خاصّة مشتملة على عنصر أجنبي." [2]

و للتوصّل إلى القانون واجب التطبيق على هذه العلاقة، أو إيجاد حلّ قانوني مباشر لها يمكن اعتماد منهجين:

أوّلا- المنهج التّنازعي

هو المنهج المتّبع في غالبيّة دول العالم الذّي ينبني أساسا على قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فهذا الأخير لا يحلّ النّزاع الدّولي الخاصّ مباشرة بتطبيق القاعدة القانونية المختصّة كما اعتاد أن يفعل بالنسبة لسائر النّزاعات بين الوطنيين، و إنّما عليه أن يستشير قاعدة قانونية في قانونه ذاته هي قاعدة الإسناد، هذه الأخيرة لا تعطيه الحلّ النّهائي و الحاسم للنّزاع، بل يقتصر دورها على مجرّد توجيهه إلى القانون المختصّ بحكمه. [3]

فالمادّة 10 مثلا من القانون المدني الجزائري لمّا تقضي بتطبيق قانون الجنسيّة على مسألتي الحالة و الأهلية و على فرض النّزاع المعروض على القاضي الجزائري متعلّق بحالة أو أهليّة فرنسيين، فإنّها لا

[1] رمزي محمّد علي دراز : " فكرة تنازع القوانين " منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت 2003، ص40.

[2] الطيّب زرّوتي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري علما و عملا " ط1، مطبعة الكاهنة- الجزائر 2010، ص10.

[3] أحمد عبد الحميد عشوش : " تنازع مناهج تنازع القوانين " مؤسّسة الشّباب الجامعي- الإسكندرية 2005، ص05 و ما بعدها.

تحدّد القاعدة القانونيّة واجبة التّطبيق مباشرة بقدر ما تحدّد القانون المختصّ بحكمها ككلّ و هو القانون الفرنسي هنا، و القاضي الجزائري عند تطبيقه لهذا القانون فإنّه يمتثل لما أشارت به عليه قاعدة الإسناد الواردة في المادّة 10 المذكورة.

هكذا نلاحظ أنّ القاضي الوطني في إطار النّزاعات الدّولية الخاصّة يمرّ في الحقيقة بمرحلتين للبتّ فيها:

مرحلة أولى: و هي المرحلة التي يعيّن فيها القانون واجب التّطبيق و هي المرحلة الشّكلية.

مرحلة ثانية: و هي التّي تأتي بعد معرفة أو تسمية القانون واجب التطبيق، و فيها يذهب القاضي إلى الأحكام الموضوعيّة فيه إذا لم يقرّر قانونه الأخذ بالإحالة، مع تحديد نوع القانون المنطبق على النّزاع (قانون مدني، قانون تجاري، قانون الأحوال الشّخصية..."

ففي إطار مثالنا السّابق بخصوص المادّة 10 المذكورة على القاضي الوطني أن يعرف أيّ قانون فرنسي ينظّم مسألتي الحالة و الأهلية، فإذا انتهى إلى أنّه قانون الأحوال الشّخصية مثلا بحث فيه عن الحكم القانوني للمسألتين مباشرة.

ثانيا- المنهج المادّي

تطوّر العلاقات الدّولية الخاصّة و القانون الدّولي الخاصّ عموما أفضى إلى إيجاد منهج آخر لحلّ مشكل تنازع القوانين و هو المنهج المادّي أو الموضوعي، في إطاره لا يتمّ اللّجوء إلى العمليّة المرحلية المعقّدة والمعروفة في إطار المنهج التّنازعي من مرور على قاعدة الإسناد و وصولا إلى القاعدة المعنيّة في القانون المختصّ، و إنّما يتمّ تطبيق القاعدة الموضوعية مباشرة على النّزاع، و العمليّة بسيطة و أشبه بتلك التي يقوم بها القاضي في سياق النّزاعات الدّاخلية، و مجال هذه القواعد كما تقدّم هو الاتّفاقات الدّولية، فضلا عن القوانين الدّاخلية المتعلّقة بالجنسيّة و مركز الأجانب، و الاختصاص القضائي الدّولي و تنفيذ الأحكام الأجنبيّة. [1]

الفرع الثاني: شروط التّنازع

تنازع القوانين كموضوع من موضوعات القانون الدّولي الخاصّ لا بدّ أن يكون تنازعا دوليّا، و لا بدّ أن يكون بين قوانين خاصّة، و لا بدّ أن تكون هذه الأخيرة مختلفة.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التّنازع الدّولي للقوانين " دار النّهضة العربيّة- القاهرة 2008، ص215.

أوّلا- أن يكون التّنازع دوليّا

لأنّ التّنازع يمكن أن يكون داخليّا و يخرج بالتّالي من دائرة القانون الدّولي الخاصّ، فالتّنازع المقصود هنا هو التّنازع الدّولي الذّي يكون بين قوانين عدّة دول بشأن علاقة مشتملة على عنصر أجنبي، أو التّنازع بين قوانين تنتمي إلى سيادات مختلفة.[1]

هذا التّنازع يطرح بدوره مسألتين: الأولى هي ضرورة الاعتراف بالدّولة التّي يكون قانونها محلّ تنازع مع قانون دولة القاضي، و الثّانية هي ضرورة الاعتراف بحكومتها و إن كانت هذه المسألة غير ثابتة بسبب الاختلاف الفقهي بشأنها، و الإجماع أخيرا حول عدم أهمّيتها.

1/ الاعتراف بالدّولة

المجمع عليه فقها أنّ قانون الدّولة التّي لا تعترف بها دولة القاضي الوطني يستبعد من التّطبيق، لأنّ عدم الاعتراف هنا يعني الإنكار الكلّي لأيّ وجود مادّي أو قانوني لهذه الدّولة. [2]

فلا يمكن مثلا أن يحصل تنازع بين القانون الجزائري و القانون الصّهيوني على اعتبار الجزائر لا تعترف أصلا بما يسمّى اليوم بدولة إسرائيل.

2/ الاعتراف بالحكومة

الرّاجح فقها بالنّسبة للاعتراف بحكومة الدّولة التّي يكون قانونها طرفا في التّنازع مع قانون دولة القاضي أنّه لا يؤثّر على تطبيقه، لأنّ الاعتراف بالحكومة هو مجرّد موقف سياسي على خلاف الاعتراف بالدّولة، فالحكومات تتغيّر داخل الدّولة الواحدة، في حين تبقى الأخيرة كيانا ثابتا و مستمرّا لا يتغيّر بحكم الشّخصية المعنويّة لها، و الاعتراف بها وحدها دون حكومتها كاف لتطبيق قانونها باعتباره القانون السّائد فيها فعلا و الذّي قصدته قاعدة الإسناد في قانون القاضي. [3]

و قد وجد هذا الرّأي الفقهي تطبيقا في قضاء كلّ من ألمانيا و النّمسا بشأن القانون السّوفييتي (سابقا) حيث طبّق رغم عدم اعتراف الدّولتين بالحكومة الشّيوعية التّي قامت بعد ثورة أكتوبر 1917 في الاتّحاد

[1] سامي بديع منصور و آخرون : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " ج1، ط1، مجد المؤسّسة الجامعيّة للدّراسات و النّشر والتّوزيع- بيروت 2009، ص137.

[2] غالب علي الدّاودي: " القانون الدّولي الخاصّ " ط2، دار الثّقافة، عمّان- الأردن 2013، ص109.

[3] صلاح الدّين جمال الدّين : " القانون الدّولي الخاصّ " ط1، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 2008، ص237.

السّوفييتي (سابقا)، كما طبّقه القضاء الفرنسي من خلال محكمة النّقض في قرارها الصّادر في 1973/05/03 الذّي جاء فيه: " أنّ عدم الاعتراف بحكومة أجنبيّة لا يتيح للقاضي الفرنسي تجاهل القوانين الصّادرة عنها و السّابقة على الاعتراف بها، على اعتبار أنّها المعمول بها فعلا فوق الإقليم الذّي تمارس عليه سلطتها." [1]

هذا و تجدر الإشارة إلى أنّ هناك نوع من التّنازع أقرب إلى التّنازع الدّولي منه إلى الدّاخلي، يتعلّق الأمر بالدّول الفيديرالية و ما يثور بين قوانين ولاياتها أو دويلاتها أو طوائفها من تنازع، مع اختلاف الفقه حول طبيعة هذا التّنازع بين كونه داخليّا و دوليّا. [2]

فهناك من يعتبره تنازعا دوليّا انطلاقا من قيامه على نفس أسس التّنازع الدّولي في حلّ النّزاع، و يسود هذا الاتّجاه في الولايات المتّحدة الأمريكيّة للاعتبارات السّياسية و الإدارية المعروفة باعتبارها دولة مركّبة أو فيديرالية. [3]

و هناك من يفرّق في إطار هذا النّوع من التّنازع بين التّنازع الشّخصي (بين الطّوائف) و التّنازع الإقليمي (بين الولايات أو الدّويلات)، فيعتبر الأوّل داخليّا لأنّ القاضي الوطني في كلّ الأحوال لا يطبّق إلّا قانونه، بينما يعتبر الثّاني دوليّا لأنّ القاضي الوطني قد يطبّق قانونا غير قانونه و هو قانون ولاية أو دويلة أخرى، و في هذه الحدود يلتقي مع التّنازع الدّولي الذّي يطبّق فيه القاضي الوطني قانون دولة أجنبيّة. [4]

ثانيّا- أن يكون التّنازع بين قوانين خاصّة

بما أنّ القانون الدّولي الخاصّ هو مجموعة القواعد التي تنظّم العلاقات الخاصّة المشتملة على عنصر أجنبي، فلا يتصوّر أن تكون طرفا في التّنازع غير القوانين الخاصّة، فكون هذه العلاقات خاصّة يجعلها خاضعة للقوانين الخاصّة فقط كقانون الأحوال الشّخصيّة، أو القانون المدني أو التّجاري أو البحري أو الجوّي هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنّ القوانين الخاصّة فقط هي التّي يمكنها أن تتجاوز الحدود

[1] هشام خالد : " المدخل للقانون الدّولي الخاصّ العربي " مرجع سابق، ص238.

[2] حسن الهدّاوي: " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص22.

[3] غالب علي الدّاودي : " القانون الدّولي الخاص " مرجع سابق، ص109.

[4] حفيظة السيّد الحدّاد : " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ: المبادئ العامة في تنازع القوانين- الكتاب الأوّل" منشورات الحلبي الحقوقيّة- بيروت 2013، ص77.

الوطنيّة و تتبع أشخاصها أينما تواجدوا بوصفها متعلّقة بمصالحهم و حقوقهم الخاصّة، على خلاف القوانين العامّة التي لا يمكن أن تكون أبدا طرفا في التّنازع لاعتبارين: الأوّل يتمثّل في أنّها قوانين سياديّة تتعلّق بسيادة الدّولة و المصلحة العامّة فيها، الثّاني يتمثّل في أنّها لا يمكن أن تتجاوز الحدود الوطنيّة لأنّها تطبّق تطبيقا إقليميّا داخل إقليم الدّولة. [1]

و عليه فلا يمكن تصوّر أن يكون القانون الإداري الجزائري مثلا طرفا في التّنازع مع القانون الإداري الفرنسي أو الإنجليزي أو الأمريكي.

تجدر الإشارة في هذا الصّدد إلى ضرورة التفريق بين تطبيق قانون عامّ أجنبي و هذا مستحيل و بين الاستعانة به لتطبيق قانون خاصّ أجنبي، فقد يعود القاضي الوطني إلى القانون العامّ الأجنبي على هامش فصله في النّزاع حين يصادف مثلا بطلان عقد أبرم في دولة أجنبيّة بسبب عيب في إجراءات الشّهر، إذ لا مناصّ هنا من البحث في القانون العامّ الأجنبي الذّي يبيّن سلطات الموثّق، لكنّ هذه العودة تبقى تبعيّة دائما تتعلّق بعلاقة قانونيّة خاصّة.

ثالثا– أن يكون التّنازع بين قوانين مختلفة

يعدّ هذا الشّرط بديهيّا، ما دام التّنازع لا يكون مبدئيّا بين قوانين مشتركة، أو تنتمي لنفس العائلة القانونيّة بتضمّنها أحكاما متماثلة أو متطابقة، إذ لا جدوى في هذه الحالة من تطبيق القانون الأجنبي أصلا، تأسيسا على أنّ تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يؤدّي إلى نفس النّتيجة من جهة، و لأنّ تطبيقه يعتبر هو الحلّ الأيسر و الأسهل للقاضي من جهة أخرى، حيث يجنّبه مشقّة البحث في القوانين الأجنبيّة. [2]

للتذكير فإنّ هناك من الفقه من يضيف شرطا رابعا للتّنازع تحت مسمّى "التّسامح الدّولي" و مقتضاه أن يسمح قانون القاضي بتطبيق قانون غير قانونه، و بغير ذلك لا ينشأ تنازع للقوانين أصلا، لكنّ هذا

[1] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص23، 24.

[2] صلاح الدّين جمال الدّين: " القانون الدّولي الخاصّ" مرجع سابق، ص233.

الشّرط معمول به ضمنيّا في الواقع لاعتبارين: الأوّل متعلّق بضرورة احترام مصالح و حقوق الأشخاص، و الثّاني راجع حكما لتطوّر العلاقات الدّولية الذّي أفرز تقاربا و تواصلا بين الدّول. [1]

المطلب الثّاني: قاعدة التّنازع (قاعدة الإسناد)

تعتبر قواعد التّنازع أو قواعد الإسناد الآلية التّي يتمّ بواسطتها حلّ مشكلة تنازع القوانين، لذلك يتعيّن تحديد مفهومها (الفرع الأوّل)، و خصائصها أو طبيعتها القانونيّة (الفرع الثّاني)

الفرع الأوّل: مفهوم قاعدة الإسناد

ليتّضح مفهوم قاعدة الإسناد يقتضي الأمر الوقوف على تعريفها (أوّلا)، و بيان عناصرها (ثانيا).

أوّلا- تعريف قاعدة الإسناد

تعرّف قاعدة الإسناد عموما بأنّها قاعدة قانونية يضعها المشرّع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون واجب التطبيق على العلاقة القانونيّة المشتملة على عنصر أجنبي، و هكذا تكون مهمّتها إسناد الاختصاص بحكم تلك العلاقة إلى القانون الأكثر ملاءمة من بين القوانين المتزاحمة لحكمها، تأسيسا على أنّه أكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظر المشرّع الوطني. [2]

كما تعرّف باختصار بأنّها القاعدة القانونية التي توجّه القاضي إلى القانون واجب التّطبيق على المراكز القانونيّة ذات العنصر الأجنبي. [3]

نخلص من هذين التّعريفين إلى نتيجة محورية مفادها أنّ قاعدة الإسناد وطنيّة المصدر دوليّة الدّور أو الوظيفة.

ثانيا- عناصر قاعدة الإسناد

تتكوّن قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر جوهريّة متلازمة ينعدم وجود القاعدة ذاتها بانعدام عنصر منها، تتمثّل في: الفكرة المسندة، ضابط الإسناد، المسند إليه.

---

[1] محمّد ملّاق: " قواعد التّنازع و القواعد المادّية في منازعات عقود التّجارة الدّوليّة " مذكّرة ماجستير في القانون الدّولي الخاصّ، كلّية الحقوق و العلوم السّياسية- جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان 2011، ص30.

[2] مجد الدّين خربوط: " القانون الدّولي الخاصّ 2 " مديريّة الكتب و المطبوعات الجامعيّة- دمشق 2008، ص68.

[3] إبراهيم أحمد إبراهيم : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " دار الثّقافة، عمّان- الأردن 2002، ص153.

1/ الفكرة المسندة

إنّ المسائل القانونية كثيرة لا حصر لها، ممّا يجعل من الاستحالة تخصيص كلّ واحدة منها بقاعدة إسناد مستقلّة، لذلك عمد المشرّع الوطني في كلّ دولة إلى وضع مجموعات قانونيّة معيّنة تسمّى بالفئات أو الأفكار المسندة، تتضمّن كلّ مجموعة أو فئة منها المسائل أو العلاقات المتشابهة أو المتقاربة أو التّي تربطها ببعضها البعض صلات قرابة قانونيّة، ثمّ ربط كلّ منها بقانون معيّن عن طريق واسطة هي ضابط الإسناد. [1]

فالعنصر الأوّل في قاعدة الإسناد هو مجموع الحالات القانونيّة التّي تعنى هذه القاعدة بتحديد القانون المختصّ بحكمها، و تكوّن كلّ مجموعة فكرة قانونية مستقلّة تسمّى بالفئة أو الفكرة المسندة. [2]

بتوضيح أكثر فالمادّة 17 من القانون المدني الجزائري تتضمّن كلّ المسائل القانونيّة المتعلّقة بكسب الملكيّة و الحيازة و سائر الحقوق العينيّة، و عليه فهي تشكّل فكرة مسندة واحدة هي مركز الأموال، مع هذا فقد تتضمّن قاعدة الإسناد أكثر من فكرة مسندة، و مثال ذلك المادّة 10 من القانون المدني الجزائري فقد تضمّنت كلّا من فكرتي الحالة و الأهلية في الوقت نفسه، رغم أنّ كلّا منهما موضوع متميّز عن الآخر، لكنّهما في النّهاية يتعلّقان معا بالمركز القانوني للشّخص و هذا سبب كاف لورودهما في فئة مسندة واحدة.

2/ ضابط الإسناد

بعد تصنيفه المسائل القانونيّة المشتملة على عنصر أجنبي في فئات مسندة، يقوم المشرّع بإسناد كلّ فئة منها إلى قانون محدّد بواسطة أداة هي ضابط الإسناد، و عليه فضابط الإسناد يعرّف بأنّه أداة ربط بها المشرّع بين الفئة المسندة و المسند إليه (القانون واجب التّطبيق). [3]

المشرّع و هو يختار ضابط الإسناد في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لا ينطلق من فراغ و لا يقوم بذلك اعتباطا، و إنّما بعد دراسة و فحص لجميع عناصر العلاقة و تبيّن أهمّية كلّ عنصر منها ثمّ

[1] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التّنازع الدّولي للقوانين " مرجع سابق، ص368.

[2] رمزي محمد علي دارز : " فكرة تنازع القوانين " مرجع سابق، ص112.

[3] سعيد يوسف البستاني : " القانون الدّولي الخاصّ: تطوّر و تعدّد طرق حلّ النّزاعات الخاصّة الدّوليّة " ط1، منشورات الحلبي الحقوقيّة- بيروت 2004، ص118.

الموازنة فيما بينها، و على ضوء هذه العمليّة يعتمد العنصر الأكثر ثقلا في العلاقة، و يخصّه بضابط إسناد يكون مرشدا إلى القانون واجب التّطبيق، تلك العمليّة تسمّى تركيز العلاقة القانونيّة. [1]

فالمشرّع الجزائري في فئة الحالة و الأهليّة الواردة في المادّة 10 المذكورة لم يكن اختياره لضابط الإسناد و هو الجنسيّة عشوائيا، و إنّما استنادا لثقل عنصر الأشخاص و ما يمثّله من أهمّية قصوى في مجال الأحوال الشّخصية.

كما يخضع اختيار ضابط الإسناد في كلّ دولة لخلفيات سياسية و تاريخية و عقائدية و اجتماعية واقتصادية، فالدّول الإسلامية تأخذ بالجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشّخصية، بينما تأخذ الدّول الأنجلو سكسونية بالموطن، كما أنّ الدّول المصدّرة للسكّان تركّز على ضابط الجنسيّة، في حين تركّز الدّول المستوردة لهم على ضابط الموطن. [2]

مهما يكن من أمر فإنّ ضوابط الإسناد متعدّدة و هي عموما تنقسم إلى ضوابط قانونيّة كالجنسيّة والموطن، و ضوابط واقعيّة كمحلّ إبرام التّصرّف أو مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، أو موقع العقّار...[3] حيث قرّرت المادّة 1/20 من القانون المدني الجزائري في هذا الصّدد مثلا أنّه: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذّي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام." فضابط الإسناد هنا هو قانون البلد الذّي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

و إذا كان الأصل العام أن تتضمّن قاعدة الإسناد ضابط إسناد وحيد كما هو الشّأن في هذه المادّة، فقد تتضمّن القاعدة أكثر من ضابط. [4]

و المثال هو المادّة 18 من القانون المدني الجزائري التي قرّرت أنّه: "يسري على الالتزامات التّعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقيّة بالمتعاقدين أو بالعقد، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون الموطن المشترك أو الجنسيّة المشتركة، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون محلّ إبرام العقد." فقاعدة الإسناد المتعلّقة بفئة الالتزامات التّعاقدية في هذه المادّة شملت أكثر من ضابط

[1] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التّنازع الدّولي للقوانين " مرجع سابق، ص53.

[2] عكاشة محمد عبد العال: " تنازع القوانين " ط1، دار الجامعة الجديدة– الإسكندرية 2007، ص22.

[3] عامر محمود الكسواني : " موسوعة القانون الدّولي الخاصّ: تنازع القوانين " دار الثّقافة، عمّان– الأردن 2010، ص20.

[4] عبده جميل غصوب : " دروس في القانون الدّولي الخاصّ " ط1، مجد المؤسّسة الجامعيّة للدّراسات و النّشر و التّوزيع– بيروت 2008، ص31.

إسناد، هذه الضّوابط هي: قانون الإرادة، قانون الموطن المشترك، قانون الجنسيّة المشتركة، قانون محلّ الإبرام.

و قد تكون ضوابط الإسناد ترتيبية، و معنى ذلك أنّه يتعيّن احترام إعمالها وفقا لتسلسلها، فإذا تعذّر إعمال ضابط الإسناد الأوّل، ننتقل إلى الثّاني و هكذا، [1] ذلك مثلا هو شأن المادّة 18 المذكورة.

كما قد تكون هذه الضّوابط اختياريّة أي يجوز إعمال الضّابط الذّي يتلاءم مع مصلحة الأطراف دون إيلاء اعتبار للتّرتيب الذّي وردت عليه. [2]

و مثال ذلك قاعدة الإسناد الواردة في المادّة 19 من القانون المدني الجزائري المتعلّقة بشكل التّصرّفات القانونية حيث قرّرت أنّه: " تخضع التّصرّفات القانونية في جانبها الشّكلي لقانون البلد الذي تمّت فيه، و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون جنسيّتهما المشترك أو للقانون الذّي يسري على أحكامها الموضوعية."

فضوابط الإسناد الأربعة و هي: قانون مكان الإبرام، و قانون الموطن المشترك، و قانون الجنسيّة المشتركة، و أخيرا القانون الذّي يحكم الموضوع، كلّها ضوابط اختياريّة لا يراعى أيّ ترتيب في إعمالها، و يجوز لأطراف العلاقة اختيار القانون الذّي يتلاءم مع مصالحهم بكلّ حرية.

3/ المسند إليه

المسند إليه هنا هو القانون واجب التطبيق الذّي أشارت إليه قاعدة الإسناد، فإذا كان النّزاع المعروض على القاضي الجزائري بخصوص أهليّة فرنسي مثلا، فإنّه و بالعودة إلى المادّة 10 من القانون المدني الجزائري المذكورة التي تخضع الأهلية لقانون جنسيّة الشّخص سيطبّق القانون الفرنسي باعتباره القانون المسند إليه المعيّن من طرف قاعدة الإسناد الواردة في هذه المادّة. [3]

و لا يكون القانون المسند إليه أجنبيّا دائما فقد تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص القانون الوطني، ومثال ذلك الاستثناء الوارد في المادّة 13 من القانون المدني الجزائري و القاضي بتطبيق القانون الجزائري

[1] أبو العلاء النّمر: " المختصر في تنازع القوانين " دار النّهضة العربية– القاهرة 2006، ص27.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التّنازع الدّولي للقوانين " مرجع سابق، ص95.

[3] الطيّب زروتي: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مطبعة الفسيلة– الجزائر 2008، ص59.

وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادّتين 11 (المتعلّقة بشروط الزّواج)، و 12 (المتعلّقة بآثار الزّواج و انحلاله) إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج إلّا فيما يخصّ الأهليّة.

الفرع الثّاني: خصائص قاعدة الإسناد

تنفرد قاعدة الإسناد عن بقيّة القواعد القانونية الأخرى بثلاث خصائص تمنحها طبيعة ذاتيّة و متميّزة وهي: أنّها قاعدة غير مباشرة، و أنّها قاعدة مزدوجة، و أنّها قاعدة محايدة

أوّلا- قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة

نعني بذلك أنّ دور قاعدة الإسناد يتوقّف عند تحديد القانون واجب التّطبيق، فهي لا تعطي الحلّ النّهائي للنّزاع و إنّما القواعد الموجودة في القانون الذي عيّنته هي التّي تتكفّل بذلك، فمثلا قاعدة الإسناد الواردة في المادّة 10 المذكورة المتعلّقة بالحالة و الأهليّة لم تبيّن لنا كيفية تنظيم حالة الشّخص و لا السنّ التّي ببلوغها يكون ذا أهلية، و إنّما اقتصرت فقط على الإشارة إلى القانون الذّي يتولّى بيان كلّ تلك التّفاصيل، فإذا كان الشّخص مصريّا فإنّ قانون الحالة المدنيّة المصري مثلا هو الذّي يبيّن حالته، و القانون المدني المصري مثلا هو الذّي يحدد السنّ التّي يكون ببلوغها كامل الأهلية. [1]

كذلك قاعدة الإسناد الواردة في المادّة 17 من القانون المدني الجزائري المتعلّقة بالأموال و القاضية بتطبيق قانون مكان وجود الأموال، فهي لم تحدّد هذا القانون و لا الأحكام المنظّمة للأموال فيه، و إنّما اكتفت بالإشارة إلى القانون الذّي سيفصل في تلك المسائل، فإذا كانت الأموال موجودة في تركيا مثلا فإنّ القانون المدني التّركي هو الذّي سيبيّن معنى المال و ما إذا كان عقّارا أو منقولا و الأحكام المنظّمة لكلّ منهما، و التّصرّفات التّي يمكن أن ترد عليهما و غير ذلك من مسائل.

و على هذا المنوال تسير كافّة قواعد الإسناد، و هذه الخاصّية التّي تنفرد بها عن سائر القواعد القانونيّة الأخرى هي التّي دفعت الفقه في فرنسا إلى تشبيهها بشرطيّ المرور الذّي يحدّد الاتّجاه، كما أنّ هذه الخاصيّة الفريدة لهذه القواعد هي مناط التّمييز بينها و بين مختلف قواعد القانون الدّولي الخاصّ الأخرى الخاضعة للمنهج المادّي و المطبّقة على النّزاع مباشرة، فالقواعد النّاظمة للجنسيّة مثلا تطبّق بصورة مباشرة و بذلك تحسم النّزاع نهائيّا غير مشيرة إلى أيّة قاعدة في قانون آخر، فهي تبيّن مباشرة مواطني

[1] عبد الرّسول عبد الرضا الأسدي: " أحكام التّنازع الدّولي للقوانين " ط1، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت 2012، ص40.

الدّولة بالنّسبة للأجانب. و كذا القواعد النّاظمة لمركز الأجانب فهي تحدّد مباشرة نطاق الحقوق التّي يتمتّعون بها و الالتزامات التّي تقع عليهم إزاء دولة الإقامة، كذلك قواعد الاختصاص القضائي الدّولي حيث تبيّن بدورها معايير أو ضوابط اختصاص المحاكم الوطنيّة بشأن النّزاعات الدّولية الخاصّة، و الأمر نفسه بالنّسبة للقواعد المتعلّقة بكلّ من الموطن و تنفيذ الأحكام الأجنبيّة. [1]

ثانيا- قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة

معنى ذلك أنّها تتحسّب أو تتهيّأ لاحتمالين في الوقت نفسه، فتعقد الاختصاص للقانون الأجنبي أو للقانون الوطني على حسب طبيعة المسألة أو النّزاع المعروض على القاضي الوطني، فقاعدة الإسناد الواردة في المادّة 14 من القانون المدني الجزائري المتعلّقة بالنّفقة بين الأقارب و القاضية بتطبيق قانون جنسيّة المدين بها تعني القانون الأجنبي كما تعني القانون الجزائري في ذات الوقت، و الأمر متوقّف في الأخير على الجنسيّة التّي يحملها الشّخص المعني بالنّفقة أو المدين بها، فإذا كان إيطاليّا مثلا طبّق القانون الإيطالي، و إذا كان جزائريّا طبّق القانون الجزائري. [2]

كذلك الأمر بالنّسبة لقاعدة الإسناد الواردة في المادّة 20 المذكورة المتعلّقة بالالتزامات غير التّعاقديّة والقاضية بتطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي، فهي تعني أيضا القانونين الأجنبي و الجزائري في وقت واحد، و الفيصل بينهما هو تحديد مكان وقوع هذا الفعل، فإذا وقع في كندا مثلا فالقانون الكندي هو المختصّ هنا، و إذا وقع في الجزائر فالقانون الجزائري حتما هو المختصّ.

و الحكمة من ازدواجيّة قاعدة الإسناد تكمن في تفادي الفراغ الممكن حصوله في مسألة التّنازع، حيث تضع أمام القاضي الوطني خيارين لا ثالث لهما، و هما تطبيق القانون الأجنبي أو قانونه الوطني انطلاقا من معطيات النّزاع الماثل أمامه. [3]

لهذا يصرّ جانب من الفقه على أن تقرأ قاعدة الإسناد مزدوجة دائما و لو وردت مفردة من حيث الصّياغة، ذلك مثلا شأن المادّة 03 من القانون المدني الفرنسي القاضية بأنّ القوانين الخاصّة بحالة الأشخاص و أهليّتهم تحكم الفرنسيين و لو كانوا مقيمين في بلد أجنبي، فهذه المادّة حسبه يجب تفسيرها

[1] عكاشة محمّد عبد العال: " تنازع القوانين " مرجع سابق، ص13.

[2] الطيّب زروتي : " قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدّولي في الجزائر بقانون 05-10 " مجلّة المحكمة العليا، عدد 01- سنة 2006، ص72 و ما بعدها.

[3] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص95.

تفسيرا مزدوجا مفاده أنّ الأجانب المقيمين في فرنسا يخضعون بدورهم لقوانينهم الوطنيّة بشأن حالتهم وأهليّتهم. [1]

في المقابل هناك جانب آخر من الفقه ينتقد قاعدة الإسناد و يطالب بأن تكون مفردة لاعتبار مؤسّس على ضرورة احترام كلّ دولة سيادة الدّول الأخرى، ذلك بأن يبيّن قانونها مدى اختصاصه هو لحكم النّزاع دون التعرّض لقوانين الدّول الأخرى، لكنّ هذا الرّأي منتقد و مرجوح لعدم منطقيّته و دورانه في حلقة مفرغة، لأنّ قاعدة الإسناد بتجريدها من ازدواجيّتها تتحوّل إلى قاعدة مادّية داخليّة فاقدة وظيفتها الدّولية كقاعدة تنازع في المقام الأوّل. [2]

ثالثا– قاعدة الإسناد قاعدة محايدة

تعني حياديّة قاعدة الإسناد أنّ القاضي الوطني بإعماله لها لا يعلم مسبقا بطبيعة الحلّ الذّي سيعطيه للنّزاع، بل أكثر من ذلك عدم قدرته على التنبّؤ به، لأنّ ذلك أمر متوقّف على مضمون القانون الذّي سيطبّق على النّزاع سواء كان قانونه أو قانونا أجنبيّا، لأنّ قاعدة الإسناد نفسها ليس بوسعها مسبقا تحديد قانون دولة معيّنة بالذّات لحكم هذا النّزاع، و القول بغير ذلك هو مصادرة على المطلوب، و تجاوز لدور هذه القاعدة المقتصر على الرّبط بشكل مجرّد بين علاقة دوليّة خاصّة و بين أحد القوانين المرشّحة لحكمها دون تسمية هذا القانون، جزائري، مصري، إنجليزي، أمريكي....[3]

المطلب الثالث: تفسير قاعدة الإسناد

إنّ القاضي الوطني الذّي تعرض عليه مسألة أو علاقة دوليّة خاصّة لا يستطيع التوصّل إلى القانون واجب التطبيق بشأنها إلّا بعد استشارة قواعد الإسناد في قانونه، لكنّ هذه العمليّة تسبقها عملية تقنيّة ضرورية وهي البحث عن قاعدة الإسناد المناسبة التّي تدرج ضمنها هذه المسألة أو العلاقة، و ذلك ما يسمّى بالتكييف، و بعد أن يحدّد القاضي على ضوئه القاعدة المعنيّة التّي ترشده إلى القانون واجب

[1] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " ط4، ديوان المطبوعات الجامعيّة– الجزائر 2006، ص45.
[2] هشام خالد : " المدخل للقانون الدّولي الخاصّ العربي " مرجع سابق، ص218.
[3] هشام خالد، المرجع نفسه، ص214.

التّطبيق، تثار أمامه مشكلة أخرى هي هل يطبّق هذا القانون من حيث قواعده الموضوعيّة المباشرة و هو عندئذ لا يأخذ بالإحالة، أو يبحث عن قواعد الإسناد فيه أوّلا، و هو في هذه الحالة يأخذ بالإحالة.[1]

تفصيل كلّ ذلك يقتضي التعرّض إلى مسألتين في غاية الأهمّية ترافقان القاضي الوطني في رحلة بحثه عن القانون واجب التّطبيق على النّزاع الدّولي الخاصّ، و هما التكييف (الفرع الأوّل)، و الإحالة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: التّكييف

للإحاطة بالتّكييف باعتباره تفسيرا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي يتعيّن ضبط مفهومه (أوّلا)، ثمّ بيان القانون الذّي يتمّ وفقا له (ثانيا)، و أخيرا تحديد نطاقه (ثالثا)

أوّلا- مفهوم التّكييف

إنّ الفصل في أيّ نزاع مهما كانت طبيعته داخليّة أو دولية يتطلّب المرور بعمليّة تقنيّة تسمّى بالتّكييف، لهذا يتعيّن علينا التطرّق لتعريفه ، ثمّ تتبّع أساسه التّاريخي في القانون الدولي الخاص.

1/ تعريف التّكييف

التّكييف في القانون الدّاخلي هو إعطاء الوصف القانوني لمسألة معيّنة، ففي مجال القانون المدني أو التّجاري مثلا يصادف القاضي هذه المشكلة لمّا يحاول العثور على الوصف القانوني الصّحيح لرابطة تعاقديّة ما، لم يوفّق أطرافها في تحديد وصفها من حيث هي عقد بيع أو إيجار، أو غير ذلك من العقود.

و في مجال القانون الجنائي كذلك يصادف القاضي نفس المشكلة حين يتعلّق الأمر مثلا بالبحث عن الوصف القانوني لفعل جرمي من حيث كونه جريمة سرقة أو نصب أو احتيال أو اختلاس...إلخ

و هكذا الأمر بالنّسبة لكلّ فروع القانون الدّاخلي، فالفصل في أيّ نزاع متّصل بأحد هذه الفروع القانونيّة يقتضي تكييفه لتحديد النصّ القانوني المناسب الذّي يطبّق عليه. [2]

[1] هشام علي صادق : " تنازع القوانين " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 2007، ص48.

[2] سعيد يوسف البستاني: " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص120.

إذا كان مشكل التكييف في القانون الدّاخلي يتعلّق بالبحث عن الوصف القانوني لمسألة معيّنة تمهيدا لتطبيق النصّ القانوني المناسب بشأنها، فإنّ التّكييف في القانون الدّولي الخاصّ يتعلّق بمشكل آخر هو التّنازع في التكييف، ذلك أنّ العلاقة الدّولية الخاصّة الماثلة أمام القاضي الوطني لها اتّصال بعدّة دول، فوفقا لقانون أيّة دولة يتمّ التكييف؟ [1]

خاصّة إذا كانت نفس المسألة تخضع لأوصاف قانونية عديدة و متباينة بين قوانين الدّول، أي لها تكييفات مختلفة في كلّ منها، فما يعتبره قانون ما مثلا من الشّكل قد يعتبره قانون آخر من الموضوع وهكذا... [2]

و عليه ننتهي إلى تعريف التكييف في القانون الدّولي الخاصّ بأنّه إلحاق الوصف القانوني بالمسألة المتعلّقة بنزاع دولي خاصّ تمهيدا لإدراجها في إحدى الفئات المسندة لقانون القاضي للتوصّل إلى القانون واجب التّطبيق بشأنها. [3]

2/ الأساس التّاريخي للتّكييف

لمّا كانت قوانين الدّول تختلف في إصباغ الوصف القانوني على المسألة الواحدة، فإنّ القاضي الوطني يواجه صعوبة تتعلّق بالقانون الذّي ينبغي أن يتمّ التكييف وفقا له، و تمثّل القضايا الآتية النّموذج التّاريخي الذّي يوضّح حقيقة هذه المشكلة.

أ/ قضيّة ميراث المالطي

تتمثّل وقائع هذه القضيّة في أنّ مالطيين تزوّجا في مالطا موطنهما الأوّل و هاجرا إلى الجزائر التّي كانت مستعمرة فرنسيّة آنذاك و استقرّا فيها، فتملّك الزّوج بعض العقّارات، و عند وفاته طالبت زوجته بحقّها في التّركة طبقا للقانون المالطي الذّي يورّث الزّوجة، مقابل عدم اعتراف القانون الفرنسي آنذاك للزّوجة بأيّ حقّ في ميراث الزّوج، فإذا كيّف القاضي الفرنسي طلب الزّوجة وفقا للقانون المالطي اعتبره من نظام الأموال كما تقضي بذلك قواعد الإسناد فيه، و إذا كيّفه طبقا لقانونه (القانون الفرنسي) اعتبره ميراثا

[1] عبده جميل غصوب : " دروس في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص109.

[2] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص39.

[3] ممدوح عبد الكريم : " القانون الدّولي الخاص– تنازع القوانين " دار الثقافة، عمّان– الأردن 2005، ص35.

امتثالا لقواعد الإسناد فيه، و عليه استنادا إلى التكييف الأوّل تأخذ الزوجة حقّها في ميراث الزّوج، أمّا استنادا إلى التكييف الثّاني فلا تأخذ شيئا على اعتبار أنّ القانون الفرنسي لا يورّث الزّوجة. [1]

ب/ وصيّة الهولندي

تتمثّل وقائع القضيّة في أنّ هولنديا حرّر في فرنسا وصيّة وفقا للشّكل العرفي الذّي يجيزه القانون الفرنسي، و لأنّ القانون الهولندي لا يعترف إلّا بالشّكل الرّسمي في الوصيّة و لو تمّت خارج هولندا، فقد ثار نزاع بشأن صحّتها.

فلو كيّف القاضي الذّي عرض عليه النّزاع الوصيّة وفقا للقانون الفرنسي اعتبرها صحيحة ما دام تحريرها في شكل معيّن يدخل في شكل التصرّفات القانونية و يخضع لقانون محلّ الإبرام و هو القانون الفرنسي، و إذا كيّفها وفقا للقانون الهولندي اعتبرها باطلة لأنّ هذا الأخير يعتبرها مسألة موضوع لا شكل متعلّقة بالأهلية و من ثمّة تخضع لقانون الجنسيّة و هو القانون الهولندي. [2]

ج/ زواج اليوناني الأرثوذوكسي

تتمثّل وقائع القضيّة في أنّ يونانيّا تزوّج بفرنسيّة في فرنسا وفق الشّكل المدني الذّي يقرّه القانون الفرنسي، و بعد ذلك رفعت دعوى أمام المحكمة الفرنسيّة المختصّة لطلب إبطال هذا الزّواج على أساس أنّه تمّ في الشّكل المدني مخالفا بذلك القانون اليوناني الذّي يشترط في الزّواج أن يكون وفق الشّكل الدّيني، معتبرا ذلك مسألة موضوع لا شكل تندرج في إطار الأحوال الشّخصيّة.

و عليه لو كيّف القاضي الفرنسي هذا الزّواج وفقا لقانونه الذّي يجيز عقده في الشّكل المدني اعتبره صحيحا لأنّه مسألة متعلّقة بشكل التصرّفات و هي خاضعة لقانون محلّ الإبرام في قانونه و هو القانون الفرنسي هنا، و إذا كيّفه وفقا للقانون اليوناني اعتبره باطلا لأنّ هذا الأخير يشترط فيه الشّكل الدّيني معتبرا إيّاه مسألة موضوع متعلّقة بالأحوال الشّخصية، و خاضعة حسبه لقانون الجنسيّة و هو القانون اليوناني. [3]

---

[1] كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " ج1، ط3، دار هومة– الجزائر 2011، ص97.

[2] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص53.

[3] MAYR (Prieur), HEUZ (Vincent) : « Droit international privé » 8ém éd, Montchrestien, Paris, 2004, pp48, 49.

ثانيا– القانون الذّي يتمّ وفقا له التّكييف

اختلفت الاتّجاهات الفقهيّة بشأن القانون الذّي يحكم التّكييف، فقد أخضعه اتّجاه إلى ما سمّاه بالقانون المختصّ بحكم النّزاع، و أخضعه اتّجاه ثان إلى القانون المقارن، فيما أخضعه اتّجاه ثالث لقانون القاضي.

1/ خضوع التّكييف للقانون المختصّ بحكم النّزاع

يتزعّم هذا الاتّجاه الفقيهان (ديسباقني) في فرنسا و (وولف) في ألمانيا، و هو يرى ضرورة إخضاع التّكييف للقانون المختصّ بحكم النّزاع أي القانون واجب التّطبيق عليه، ففي القضايا الثّلاث السّابقة مثلا ينبغي إجراء التّكييف وفقا للقانون المالطي، و القانون الهولندي، و القانون اليوناني، لا القانون الفرنسي على اعتبار أنّ كلّ قانون من القوانين المذكورة هو المختصّ بحكم النّزاع، و هذا تأسيسا على أنّ لكلّ قانون تكييفه، و إذا قضت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي معيّن، فإنّ هذا القانون هو الواجب التّطبيق و بشكل كلّي لا جزئي، بدء بإلحاق الوصف القانوني للنّزاع (التكييف) وصولا إلى الحلّ النهائي له، و العمل بغير ذلك يعدّ انتقاصا من قيمة هذا القانون و تشويها لطبيعته القانونية. [1]

غير أنّ هذا الاتّجاه صادف نقدا لاذعا مؤدّاه أنّ الأخذ به يوقعنا في حلقة مفرغة كونه مصادرة على المطلوب، ذلك أنّ التّكييف يتمّ أصلا بغرض الوصول إلى القانون المختصّ أو واجب التّطبيق، فكيف يتمّ التكييف وفقا له إذن و نحن لم نتوصّل إليه بعد؟ [2]

2/ خضوع التّكييف للقانون المقارن

من أنصار هذا الاتّجاه الفقيه (رابل) في ألمانيا، و هو يهدف إلى القضاء على مشكل تنازع التكييفات باللّجوء إلى نفس المفاهيم القانونية لنفس الفئات المسندة في كلّ الدّول، و عليه يتعيّن على القاضي الوطني إعمال المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم قانونية شائعة و متداولة في أكثر من نظام قانوني في العالم، فإذا تعلّق الأمر مثلا بفئة الزّواج فعليه ألا يتقيّد في مفهومه لهذه الفئة بقانونه، و إنّما عليه الخوض في مختلف قوانين الدّول لاستخلاص مفهوم عامّ و مطلق بشأنه، و كلّ ذلك انسجاما مع طبيعة

[1] عمر بلمامي : " دراسات في القانون الدّولي الخاصّ المعاصر " دار هومة– الجزائر 2008، ص، ص 55، 56.

[2] عبده جميل غصوب : " دروس في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص58.

قاعدة الإسناد التّي وضعت أساسا للتّعامل مع علاقات دوليّة خاصّة، و عليه فإنّ مضمونها ينبغي أن يتناسق مع طبيعتها و الوظيفة الدّولية التّي تؤدّيها، لا أن يبقى رهين مفهوم قانوني أحادي و جامد. [1]

مع وجاهة هذا الرّأي إلّا أنّ تجسيده عمليّا أمر متعذّر بالنّسبة للقاضي الوطني الذّي يصعب عليه الإحاطة بمختلف قوانين الدّول ليستنبط منها الوصف القانوني المشترك بينها للنّزاع الماثل أمامه، هذا من جهة، من جهة أخرى فإنّ هذه القوانين ليست مشتركة أو متماثلة فيما بينها دائما بالضّرورة بشأن الوصف القانوني لكثير من المسائل، لذلك فالعمل بهذا الاتّجاه يمكن أن يوصل القاضي إلى نتائج متناقضة نتيجة الاستنباط غير الكامل أو المتطابق للحلول المرجوّة. [2]

3/ خضوع التّكييف لقانون القاضي

يعتبر الفقيه الفرنسي (بارتان) أوّل من وضع نظرية متكاملة بشأن إخضاع التّكييف لقانون القاضي، و قد بنى ذلك أوّل الأمر على فكرة السّيادة، ثمّ توسّع الفقه المؤيّد له في تعداد الاعتبارات التّي عزّزت هذا الاتّجاه، حيث يرى خضوع التكييف لقانون القاضي حتّى لو لم يكن هو القانون المختصّ بحكم النّزاع، وليست له أدنى صلة به، انطلاقا ممّا يلي: [3]

– إنّ خضوع التّكييف لقانون القاضي تعبير عن سيادة الدولة و نزول عند أوامر المشرّع الوطني، والقول بخلاف ذلك مؤدّاه تحكّم المشرّع الأجنبي في السّيادة التّشريعية لدولة القاضي. [4]

– إنّ التّكييف عمليّة أوليّة حتمية، بدونها لا يعرف القاضي الوطني القانون المختصّ بحكم النّزاع حتّى يطبّقه عليه، و لا سبيل للخروج من هذا المأزق إلّا بإجراء التّكييف وفقا لقانونه الذّي هو في متناوله. [5]

– التّكييف في حقيقته تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، و عليه لا يمكن أن يخضع بشأنه إلّا لقانونه، و القول بغير ذلك هو تشويه لقاعدة الإسناد و انحراف بها عن دورها.

---

[1] عليوش قربوع كمال : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص94.

[2] جابر جادّ عبد الرّحمن: " تنازع القوانين " دار النهضة العربية– القاهرة 1970، ص247.

[3] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص58.

[4] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص43.

[5] عكاشة محمّد عبد العال : " تنازع القوانين: دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص118.

– القاضي الوطني عند إجرائه للتّكييف بخصوص النّزاع الماثل أمامه سيتأثّر بحكم تكوينه القانوني والثّقافي بالمبادئ و المفاهيم السّائدة في قانونه، و تبعا لذلك فالتّكييف وفقا لقانونه ييسّر عليه الأمر ويجنّبه مشقّة الخوض في قوانين لم يعرفها و لم يألفها. [1]

– الفصل في أيّ نزاع دولي خاصّ يتطلّب المرور بمرحلتين:

مرحلة الإسناد القضائي و هي إدراج المسألة المعنيّة في إحدى الفئات المسندة في قانون القاضي (التكييف).

مرحلة الإسناد القانوني و هي تطبيق أحكام القانون المختصّ بشأنها، و إذا كانت المرحلة الثّانية يمكن أن تتمّ في إطار القانون الأجنبي، فالمرحلة الأولى تتمّ بحكم اللّزوم المنطقي في إطار قانون القاضي باعتبارها مرحلة أوليّة.

يعدّ هذا الاتّجاه هو الرّاجح منطقيّا و عمليّا، لذا تمّ اعتماده من قبل جلّ مشرّعي العالم في مادّة تنازع القوانين، و من بينهم المشرّع الجزائري الذّي نصّ عليه في المادّة 09 من القانون المدني بما يأتي: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

ثالثا– نطاق التّكييف

إنّ التّكييف الذّي يتمّ وفقا لقانون القاضي يتعلّق بالتكييف الأوّلي فقط، هذا من جهة كما تخرج من نطاقه مادّة الأموال من جهة أخرى، بالإضافة إلى أنّ التكييف الذّي يجري وفقا لقانون القاضي عليه عدم تجاهل دور القانون الأجنبيّ فيه، فضلا عن التوسّع في مفهوم الفئات المسندة وفقا له، و لذلك سنتناول حدود التّكييف بالنّسبة لقانون القاضي، ثمّ حدود التّكييف بالنّسبة إلى القانون الأجنبيّ المختصّ بحكم النّزاع.

1/ حدود التّكييف بالنّسبة لقانون القاضي

يميّز "بارتن" بين التّكييف الأوّلي أو السّابق، و بين التّكييف اللّاحق أو الثّانوي، فيبقي الأوّل في نطاق القاضي، و يلحق الثّاني بالقانون الأجنبيّ المختصّ، كما يخرج مادّة الأموال من نطاق اختصاص قانون القاضي و يجعل تكييفها من نصيب قانون موقعها. [1]

[1] حفيظة السيّد الحدّاد: " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص ص112، 113.

أ/ خضوع التّكييف الأوّلي لقانون القاضي و التّكييف اللّاحق للقانون الأجنبيّ المختصّ

إنّ الهدف من التّكييف الأوّلي أو السّابق هو التوصّل إلى قاعدة الإسناد التي تدخل تحتها المسألة المعروضة على القاضي تمهيدا لمعرفة القانون المختصّ بحكمها، و لذلك فلا يعقل أن يتمّ هذا النّوع من التّكييف بداهة إلّا وفقا لقانون القاضي، و هكذا فلو طرحت على القاضي علاقة تعاقدية معيّنة فإنّه يكيّفها طبقا لقانونه، فإذا وجد أنّها تندرج ضمن فئة الالتزامات التّعاقدية أخضعها لأحد ضوابط الإسناد المتعلّقة بهذه الفئة و الواردة في المادة 18 المذكورة، و بذلك يتحدّد القانون واجب التّطبيق عليها، و عند هذا الحدّ ينتهي دور قانون القاضي، ليبدأ دور القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق في تكييف حدود هذه العلاقة بدقّة فيجعل منها عقد بيع أو إيجار... إلخ [2]

و قد أقرّ الفقه الحديث بحدود التّكييف في هذا الإطار انطلاقا من أنّ التكييف الأوّلي أو السّابق هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، و بناء على ذلك فالمنطق يقتضي خضوعه لهذا القانون دون غيره، أمّا التكييف اللّاحق أو الثّانوي فهو تفسير للقانون الأجنبي المختصّ، و المنطق في هذه الحالة يقتضي عدم خضوعه إلّا لهذا القانون. [3]

ب/ خضوع تكييف الأموال لقانون موقعها لا لقانون القاضي

يذهب "بارتن" إلى أنّ تكييف المال من حيث كونه عقّارا أو منقولا لا يخضع لقانون القاضي و إنّما لقانون موقعه، و ذلك يعود إلى ما يتطلّبه اكتساب الحقوق العينيّة من طمأنينة و ما تقتضيه المعاملات من استقرار. [4]

و بالرّغم من الانتقادات الموجّهة لهذا الاستثناء و المتمثّلة في أنّ الأخذ به من شأنه إعطاء قاعدة الإسناد في قانون القاضي تفسيرا غير الذّي أراده المشرّع الذّي وضعها (يظهر ذلك في الحالة التّي يختلف فيها القانونان بشأن ما يعدّ عقّارا و ما يعدّ منقولا، كما يظهر في الحالة التّي يتوزّع فيها المال في إقليم أكثر من دولة و تضارب التّكييفات بشأنه تبعا لذلك) إلّا أنّ معظم التّشريعات قد تبنّت هذا الاستثناء

---

[1] سعيد يوسف البستاني : " القانون الدولي الخاصّ " مرجع سابق، ص131.

[2] حسام الدّين فتحي ناصيف: " مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصّة الدّوليّة " ط1، دار النّهضة العربية– القاهرة 1994، ص90.

[3] عبده جميل غصوب: " محاضرات في القانون الدّولي الخاصّ " ط3، منشورات زين الحقوقيّة– بيروت 2011، ص59.

[4] حفيظة السيّد الحدّاد: " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص ص114، 115.

متجاهلة معارضة الفقه حياله، و منها المشرّع الجزائري الذّي قرّر في المادّة 1/17 من القانون المدني أنّه:" يخضع تكييف المال سواء كان عقّارا أو منقولا إلى قانون الدّولة التّي يوجد فيها..." [1]

بالإضافة إلى هذا الاستثناء و الاستثناء السّابق، و استنادا إلى المادّة 21 من القانون المدني الجزائري هناك استثناء ثالث مفاده أنّ التكييف وفقا لقانون القاضي المعتمد كقاعدة في المادّة 09 المذكورة ينبغي أن يستبعد أيضا في حال وجود نصّ على خلاف ذلك في قانون خاصّ أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر، حيث يجب في هذه الحالة الأخذ بما جاء في هذا النصّ أو تلك المعاهدة بشأن التّكييف.

2/ حدود التّكييف بالنّسبة للقانون الأجنبيّ المختصّ

إنّ نظرية "بارتن" القائمة على إخضاع التّكييف لقانون القاضي لم تعد نظريّة جامدة، ففضلا عن إقحام القانون الأجنبيّ المختصّ بحكم النّزاع فيما يتعلّق بالتكييف اللّاحق أو الثّانوي تمّ إقحامه كذلك من خلال إعطائه دورين إضافيين: دور في عمليّة التكييف ذاتها، دور آخر يسمّى بالتوسّع في مفهوم الفئات المسندة طبقا له.

أ/ دور القانون الأجنبيّ المختصّ في عمليّة التكييف

يتطلّب تكييف أيّة مسألة تحليلها من قبل القاضي لتبيّن ملامحها الأساسية و الوقوف على طبيعتها لإدراجها في إحدى الفئات المسندة في قانونه، و لا يمكن لهذا التحليل أن يتمّ كلّيا بمعزل عن القانون الأجنبيّ الذّي وردت المسألة في إطاره، لأنّ أيّ تحليل كلّي له وفقا لقانون القاضي يعتبر تشويها له وإقصاء لدوره الحقيقيّ في حلّ النّزاع، ففي قضيّة ميراث المالطي المتقدّمة مثلا لا يمكن للقاضي الفرنسي الوقوف على حقيقة ما يسمّى بنصيب الزّوج المحتاج أو الفقير المدّعى به من قبل الزّوجة إلّا من خلال القانون المالطي ذاته المتضمّن لهذا المفهوم دون القانون الفرنسي الذّي يجهله، لأنّ المفهوم قد لا يوجد في غير القانون المدّعى به، أو المختصّ فرضا بحكم النّزاع. [2]

بعد تحليل المسألة وفقا للقانون الأجنبيّ المختصّ الذّي وردت في إطاره يأتي دور القرار أو الحكم، ويعني إدراج المسألة في إحدى الفئات المسندة في قانون القاضي، و لذلك يقرّر "باتيفول" و "لاقارد" أنّ

[1] عكاشة محمد عبد العال : " تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص127-129.

[2] محمّد وليد المصري : " الوجيز في شرح القانون الدّولي الخاصّ: دراسة مقارنة للتشريعات العربيّة و القانون الفرنسي " دار الثقافة، عمّان- الأردن 2009، ص83.

عمليّة التكييف تمرّ بمرحلتين: مرحلة التّحليل و تتمّ وفقا للقانون الأجنبيّ المدّعى به أو المختصّ فرضا بحكم النّزاع، و مرحلة القرار أو الحكم و تتمّ وفقا لقانون القاضي، و للإشارة فقد تبنّى القضاء الألماني هذا التوجّه من خلال قرار المحكمة العليا في ألمانيا الصّادر في 1940/04/11.

حيث جاء في حيثياته:" إذا كان الأمر يتعلّق بالتّقادم المنصوص عليه في القانون الأجنبيّ و الذّي يجهله القانون الألماني، فإنّ معناه و حقيقته ينبغي أن يتحدّدا بالنّظر إلى أهدافهما و آثارهما في القانون الأجنبيّ، لكي يتسنّى بعد ذلك إدراجه في إحدى الفئات المسندة في القانون الدّولي الخاصّ الألماني." [1]

ب/ التوسّع في مفهوم الفئات المسندة وفقا للقانون الأجنبيّ المختصّ

قد يحدث أن تكون المسألة الماثلة أمام القاضي الوطني غريبة أو غير معروفة في قانونه، حيث لا يجد لها مكانا أو تصنيفا ضمن الفئات المسندة التّي تضمّنها، و لمواجهة هذه الصّعوبة يرى الفقه الحديث ضرورة التوسّع في مفهوم الفئات المسندة لتشمل المسائل الغريبة أو المجهولة بالنّسبة لقانون القاضي.[2]

في هذا السّياق لو عرضت على القاضي الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 مسألة متعلّقة بما يسمّى في القانون الفرنسي بالانحلال الجسماني كشكل من أشكال انحلال الزّواج و هو نظام قانونيّ غريب عن قوانين الدّول العربية و الإسلامية، فعليه أن يوسّع من الفئة المسندة المتعلّقة بالطّلاق أو انحلال الزّواج الواردة في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري لتشمل الانحلال الجسماني.

و هكذا قد يؤدّي التوسّع في مفهوم الفئات المسندة قضائيا إلى التوسّع فيها تشريعيّا، أي إدخال النّظام القانونيّ الغريب في الفئة المسندة التّي تشمله بنصّ صريح.

و ذلك تماما ما حدث بالنّسبة للمشرّع الجزائري مع المثال المعروض بعد تعديل المادّة 2/12 المذكورة، حيث أدرج الانحلال الجسماني ضمن الفئة المسندة المتعلّقة بانحلال الزّواج رغم غرابة هذا الشّكل من أشكال انحلال الزّواج عن منظومته القانونية بل والدّينية والأخلاقية.

---

[1] BENAICHA (Nabil) : « La place du droit étranger dans la qualification » Revue Tunisienne de droit, 2000, pp357-365.

[2] عمر بلمامي: " دراسات في القانون الدّولي الخاصّ المعاصر " مرجع سابق، ص252.

الفرع الثّاني: الإحالة

يحتوي قانون كلّ دولة على نوعين من القواعد، قواعد موضوعيّة تطبّق مباشرة على النّزاع، و قواعد إسناد دورها تحديد القانون واجب التّطبيق على العلاقات الدّولية الخاصّة، و لذلك غالبا ما يظهر تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي و بين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التّطبيق، و من هنا تنشأ مشكلة الإحالة. [1]

فما هي الإحالة؟، و ما موقف الفقه و التّشريعات منها؟، و ما هو أساسها أو تبريرها؟ وأخيرا ما هو نطاقها؟

أوّلا- مفهوم الإحالة

يتّخذ التّنازع بين قانون القاضي و القانون الأجنبيّ المختصّ بحكم النّزاع شكلين: تنازع إيجابي و تنازع سلبي، و لكنّ الإحالة لا تظهر إلّا في النّوع الثّاني من التّنازع، فيمكن أن تكون إحالة من درجة واحدة وأخيرة، أو من درجة ثانية و ثالثة و هكذا. لذلك سنتناول تعريف الإحالة، و درجاتها.

1/ تعريف الإحالة

قبل التعرّض لتعريف الإحالة يجدر بنا أن نستعرض أوّلا صورتي التّنازع الممكنتين لنعرف وفق أيّة صورة منهما تكون الإحالة، و على هذا فالتّنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي و القانون الأجنبيّ المختصّ أو واجب التطبيق قد يكون إيجابيّا أو سلبيّا.

أ/ التّنازع الإيجابي

في هذه الصّورة من التّنازع قواعد الإسناد في كلّ من قانون القاضي و القانون الأجنبيّ المختصّ بحكم النّزاع تسند الاختصاص لقانونها أو تتمسّك به لصالحه، و لذلك يسمّى هذا التّنازع إيجابيّا. [2]

[1] بختة زيدون : " التّطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدّوليّة الخاصّة " مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان 2011، ص85.

[2] عبد المنعم زمزم: " الوسيط في القانون الدّولي الخاصّ " دار الثقافة العربية- القاهرة 2015، ص131.

فمثلا لو هلك جزائري في فرنسا حيث آخر موطن له و ترك أموالا منقولة، ثار بشأنها نزاع أمام القاضي الجزائري فإنّه سيطبّق عليه قانونه استنادا إلى قاعدة الإسناد فيه التّي تقضي بخضوع الميراث منقولا أو عقارا لقانون جنسيّة المتوفّى (المادّة 16 من القانون المدني الجزائري)، و بالمقابل إذا عرض النّزاع على القاضي الفرنسي فإنّه سيطبّق عليه قانونه استنادا إلى قاعدة الإسناد فيه و التّي تقضي بخضوع الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للمتوفىّ. [1]

و هذا التّنازع في الحقيقة لا يطرح أيّ إشكال حيث يطبّق كلّ قاضي قانونه و بذلك يحسم النّزاع.

ب/ التّنازع السّلبي:

في هذه الصّورة من التّنازع قواعد الإسناد في كلّ من قانون القاضي و القانون الأجنبيّ المختصّ أو واجب التطبيق لا تعقد الاختصاص لقانونها، و إنّما تردّه إلى القانون المنافس أو تعقده إلى قانون آخر.[2]

فمثلا لو ثار نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلّق بأهليّة إنجليزي متوطّن في الجزائر، فالبرّجوع إلى قاعدة الإسناد المعنيّة فيه و القاضية بخضوع الأهلية لقانون الجنسيّة فإنّه سيطبّق القانون الإنجليزي، و بالرّجوع إلى قاعدة الإسناد المعنيّة في القانون الإنجليزي و القاضية بخضوع الأهلية لقانون الموطن فإنّ القانون الجزائري هنا هو المختصّ، و من ثمّة فهل يرجع القاضي الجزائري بخصوص هذا النّزاع إلى القواعد الموضوعيّة في القانون الإنجليزي مباشرة، و بذلك فهو لا يأخذ بالإحالة، أم يرجع إلى قواعد الإسناد فيه التّي أحالته إلى القانون الجزائري رافضة بذلك الاختصاص الذي عقدته لها قاعدة الإسناد الجزائرية، و هو بذلك يأخذ بالإحالة. [3]

انطلاقا من هذا المثال يمكن تعريف الإحالة بأنّها: التّنازع السّلبي بين قاعدة الإسناد في قانون القاضي وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبيّ المختصّ بحكم النّزاع، و الذّي بمقتضاه ترفض القاعدة الأخيرة الاختصاص الذّي عقدته لها القاعدة الأولى، بردّه إليها أو عقده إلى قاعدة إسناد في قانون آخر. [4]

---

[1] MELIN (François) : « Droit international privé » Casbah édition- Alger 2004, p108.

[2] عبد المنعم زمزم: " الوسيط في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص128.

[3] نسرين شريفي، السعيد بوعلي: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " ط1، دار بلقيس– الجزائر 2013، ص41.

[4] آمنة مقدّس : " الإحالة في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري: دراسة تحليلية مقارنة " مجلّة القانون العامّ الجزائري و المقارن، مجلّد 06، عدد 02– ديسمبر 2020، ص226.

2/ أنواع أو درجات الإحالة

من التعريف السّابق نستنتج أنّ الإحالة أنواع أو درجات، و لهذا التمييز بين أنواعها أو درجاتها أهمّيته القانونية، حيث أنّ جلّ التشريعات لا تأخذ إلّا بالإحالة من الدّرجة الأولى دون الإحالة من الدّرجة الثّانية.

أ/ الإحالة من الدّرجة الأولى

نكون بصدد إحالة من الدّرجة الأولى لمّا تعيد قواعد الإسناد في القانون الأجنبيّ المختصّ أو واجب التّطبيق الاختصاص إلى قانون القاضي، تماما كما في المثال السّابق المتعلّق بأهليّة إنجليزي متوطّن بالجزائر، فقاعدة الإسناد في القانون الجزائري عقدت الاختصاص للقانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسيّة المختصّ، بينما قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي أعادته إلى القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن المختصّ. [1]

و لعلّ النّموذج التّاريخي للإحالة من الدّرجة الأولى تمثّل في قضيّة "فورغو" الشّهيرة، هذا الأخير ولد غير شرعي ولد في "بافاريا" و كانت مقاطعة ألمانية مستقلّة، و في سنّ الخامسة من عمره انتقلت به أمّه إلى فرنسا حيث استقرّا بها دون أن يكتسبا موطنا قانونيّا فيها إلى أن توفّي فورغو في الثّامنة و الستّين من عمره عن ثروة منقولة معتبرة، و بما أنّه لم يتزوّج استولت عليها مصلحة أملاك الدّولة الفرنسيّة، فنازعها فيها أقارب أمّه مطالبين بحقّهم في الميراث طبقا لقواعد القانون البافاري الذّي لا يفرّق في الميراث بين الولد الشّرعي و غير الشّرعي.

رفضت المحكمة المختصّة طلبهم على أساس أنّ فورغو كان متوطّنا في فرنسا، و بتطبيق قانون موطنه و هو القانون الفرنسي فإنّه لا حقّ في ميراث الولد غير الشّرعي إلّا لوالديه و إخوته.

طعن ورثة فورغو في الحكم أمام محكمة النّقض الفرنسية، فنقضته في 1875/05/15 على أساس أنّ فرنسا لا تعتبر موطنا قانونيّا لفورغو ما دام لم يحصل فيها على تصريح بالتوطّن، و بذلك فموطنه هو بافاريا و القانون واجب التّطبيق بذلك هو القانون البافاري، و لذلك قضت لصالح الورثة.

طعنت مصلحة أملاك الدّولة الفرنسية هذه المرّة أمام محكمة النّقض فنقضت الحكم مجدّدا في 1878/06/24 على أساس أنّ محكمة الموضوع أخذت بالقواعد الموضوعيّة الداخليّة في القانون البافاري

[1] مجد الدّين خربوط : " القانون الدّولي الخاصّ 2 " مرجع سابق، ص111.

دون أن تبدأ بقواعد الإسناد فيه، و التّي تقضي في هذه المسألة باختصاص قانون الموطن الفعلي لا القانوني، و ما دامت فرنسا هي موطنه الفعلي فقانونها هو الذّي ينبغي أن يطبّق، و أحالت قرارها إلى محكمة "تولوز" التّي صادقت عليه في 1888/05/22، و عادت بذلك تركة فورغو إلى مصلحة أملاك الدّولة الفرنسيّة، و هكذا أخذت محكمة النّقض الفرنسية بالإحالة من الدّرجة الأولى دون أن تشير إليها صراحة في قرارها. [1]

ب/ الإحالة من الدّرجة الثّانية

نكون بصدد إحالة من الدّرجة الثّانية حين تعقد قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لقانون أجنبيّ معيّن، و قاعدة الإسناد في هذا الأخير لا تعيده إلى قانون القاضي كما هو الحال في الإحالة من الدّرجة الأولى، بل تعقده لقانون آخر.

كأن يعرض مثلا على القاضي الجزائري نزاع متعلّق بأهليّة إنجليزي متوطّن في الدّنمارك، فوفقا لقاعدة الإسناد في القانون الجزائري يختصّ القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسيّة، أمّا وفقا لقاعدة الإسناد الإنجليزية يختصّ القانون الدّنماركي باعتباره قانون الموطن. [2]

و هكذا فقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي لم تردّ الاختصاص لقانون القاضي و هو القانون الجزائري، و إنّما عقدته لقانون آخر و هو القانون الدانماركي، و بالرّجوع إلى هذا الأخير نجد أنّه اختصاص مقبول بالنّسبة له لأنّه بدوره يسند الأحوال الشّخصية بما فيها الأهلية لقانون الموطن.

ثانيا– الإحالة بين الفقه و التّشريع

شكّلت قضية فورغو الأساس التّاريخي للإحالة، فعكف عليها الفقه بالبحث و الدّراسة ليختلف موقفه منها بين مؤيّد و رافض، و على ضوء تلك المواقف تبنّتها تشريعات و استبعدتها أخرى.

1/ الاتّجاهات الفقهيّة بشأن الإحالة

في الحقيقة كانت الإحالة محلّ جدل بين اتّجاهين فقهيّين أحدهما مؤيّد و الآخر منكر، و لكلّ منهما حججه و أسانيده.

[1] آمنة مقدّس : " الإحالة في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري: دراسة تحليلية مقارنة " مرجع سابق، ص ص227، 228.

[2] نسرين شريفي، السّعيد بوعلي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص43.

أ/ الاتّجاه الفقهي المؤيّد للإحالة

أسّس هذا الاتّجاه موقفه المؤيّد للإحالة على عدّة حجج أبرزها:

– في إعمال الإحالة احترام لقواعد الإسناد في قانون القاضي، فهذه الأخيرة لمّا عقدت الاختصاص لقانون أجنبيّ، إنّما عقدت له ذلك الاختصاص ككلّ لا يتجزّأ (قواعد إسناد و قواعد موضوعية)، لذلك ينبغي البدء فيه بقواعد الإسناد و عدم تجاوزها تجسيدا لذلك الاحترام. [1]

– في إعمال الإحالة احترام أيضا للقانون الأجنبيّ المختصّ، فإذا أشارت باختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي و عدنا إلى قواعد الإسناد فيه فوجدناها ترفض ذلك الاختصاص، و طبّقنا رغم ذلك قواعده الموضوعيّة نكون عندئذ قد طبّقناه رغما عنه تجاوزا له و تقليلا من احترامه، و في الأخذ بالإحالة تفاد لهذا المأخذ. [2]

– الإحالة وسيلة لتوحيد الحلول القانونيّة بشأن نفس المسألة المطروحة للحكم، و المثال قضيّة الإنجليزي المتوطّن في الجزائر، فلو عرضت أمام القاضي الجزائري أو القاضي الإنجليزي فإنّ القانون الجزائري هو المطبّق في الحالتين. [3]

– الإحالة طريق مختصر لحلّ النّزاع في الفرضيّة المتعلّقة بقانون بلد تتعدّد فيه الشّرائع في حال رفض الاختصاص المعقود له بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي، حيث سيطبّق هذا الأخير قانونه متجنّبا مشقّة البحث في عدّة قوانين داخل الدّولة الواحدة.

ب/ الاتّجاه الفقهي الرّافض للإحالة

بدوره اعتمد الاتّجاه الرّافض للإحالة عدّة حجج أبرزها:

–الإحالة حلّ للنّزاع مرّتين فضلا عمّا يشوب هذا الحلّ من تناقض، بينما استبعادها يؤدّي إلى حسم النّزاع مرّة واحدة و بسهولة.

– الإحالة دوران في حلقة مفرغة، حيث كلّ قانون يحيل على الآخر إلى ما لا نهاية. [4]

---

[1] حفيظة السيّد الحدّاد: " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص153.

[2] سعيد يوسف البستاني: " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص163.

[3] آمنة مقدّس : " الإحالة في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري: دراسة تحليلية مقارنة " مرجع سابق، ص230.

[4] نسرين شريفي، السّعيد بوعلي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص45.

– الإحالة امتثال لأوامر المشرّع الأجنبيّ، و في هذا انتهاك أو تنازل عن سيادة القانون الوطني بالنّسبة للقاضي الفاصل في النّزاع.

– الإحالة لا توحّد الحلول كما يدّعي الاتّجاه الأوّل إلّا إذا أخذت بها دولة دون أخرى (قضيّة الإنجليزي المتوطّن بالجزائر).

2/ الاتّجاهات التّشريعية بشأن الإحالة

نستعرض هنا موقف التّشريعات المقارنة منها، ثمّ موقف المشرّع الجزائري.

أ/ موقف التّشريعات المقارنة

ما عدا المشرّع الإماراتي (المادّة 26 من قانون المعاملات المدنيّة، لا تأخذ غالبيّة الدّول العربية بالإحالة حيث ترفضها صراحة، ذلك مثلا شأن المشرّع المصري في المادة 27 من قانونه المدني، و المشرّع السّوري في المادّة 29 من قانونه المدني، و المشرّع الأردني في المادّة 28 من قانونه المدني، و المشرّع التّونسي (الفصل 35 من مجلّة القانون الدّولي الخاصّ التّونسيّة).

و لم يرد بشأنها نصّ بالنّسبة للمشرّعين اللّبناني و المغربي ممّا يعني رفضها في هتين الدّولتين، خاصّة مع تأكيد الاجتهادات القضائيّة فيهما ذلك. [1]

خارج الوطن العربي فقد أخذت بها تشريعات و/ أو قضاء بعض الدّول، مثل فرنسا، ألمانيا، بريطانيا، بلجيكا، النّمسا، اليابان، بولونيا، و عدد معتبر من دول أمريكا اللّاتينية، فيما رفضتها صراحة تشريعات دول أخرى مثل إيطاليا، هولندا، اليونان، و معظم الدّول الإسكندنافية. [2]

ب/ موقف المشرّع الجزائري

يمكن الوقوف على موقف المشرّع الجزائري من الإحالة قبل تعديل 2005، و بعده.

[1] آمنة مقدّس: " الإحالة في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري: دراسة تحليلية مقارنة " مرجع سابق، ص ص236، 237.

[2] سعيد يوسف البستاني : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص660.

- موقف المشرّع الجزائري من الإحالة قبل تعديل 2005

قبل تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 05-10 المؤرّخ في 2005/06/20 لم يرد فيه أيّ نصّ بشأن الإحالة قبولا أو رفضا. [1]

غير أنّ نصّ المادة 23 منه المتعلّق بالقانون واجب التّطبيق في دولة تتعدّد فيها الشّرائع قد أثار كثيرا من الجدل الفقهي بشأن مدى اتّجاه نيّة المشرّع من خلاله إلى الأخذ بالإحالة من عدمه، فالأستاذ "محنّد إسعاد" يفسّر النصّ على أنّه يعكس تأييدا من المشرّع لفكرة الإحالة باستثناء مادّة الأحوال الشّخصية، وقد مال إليه جانب لا بأس به من شرّاح القانون الدّولي الخاصّ الجزائري في هذا الخصوص.

- موقف المشرّع الجزائري من الإحالة بعد تعديل 2005

لأوّل مرّة كمشرّع عربي يتعرّض المشرّع الجزائري إلى الإحالة في نصّ المادّة 23 مكرّر 1 المضافة بالقانون 05-10 المؤرّخ في 2005/06/20 على النّحو الآتي: " إذا تقرّر أنّ قانونا أجنبيّا هو الواجب التطبيق فلا تطبّق منه إلّا أحكامه الدّاخلية دون تلك الخاصّة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنّه يطبّق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبيّ المختصّ."

من ظاهر النصّ يبدو أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدّرجة الأولى فقط، لكنّ الحقيقة أنّ النصّ يحمل في ذاته تناقضا يستحيل معه عمليّا تطبيقه، ففقرته الأولى تحسم الأمر باستبعادها الإحالة مطلقا، أمّا فقرته الثّانية فتقرّر الأخذ الإحالة من الدّرجة الأولى، و هذا التّناقض الصّارخ بين الفقرتين هو الذّي دفع الكثير من شرّاح القانون الدّولي الخاصّ في الجزائر إلى القول أنّ المشرّع الجزائري انتهى حيث كان عليه أن يبدأ. فلا هو أخذ بالإحالة صراحة و لا هو استبعدها صراحة كذلك، و حتّى يتّضح موقفه بشأنها على وجه الدّقة يتعيّن تعديل صياغة النصّ بما يرفع التّناقض بين فقرتيه كأن يقرّر المشرّع مثلا صراحة وباختصار أنّه لا يأخذ إلاّ بالإحالة من الدّرجة الأولى و حسب. [2]

ثالثا- أساس الإحالة

لم ينحصر الجدل الفقهي بشأن الإحالة حول تأييدها و رفضها و حسب، بل امتدّ كذلك إلى الأساس الذّي يمكن تبريرها بناء عليه، حيث تعدّدت و اختلفت في ذلك الأسس أو التّبريرات كما يلي:

[1] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص52

[2] عمارة بلغيث : " الإحالة في القانون الجزائري " مجلّة العلوم الاجتماعيّة، جامعة قالمة، عدد 07- 2009، ص289.

1/ الإحالة تفويض

مؤدّى هذا الرّأي الفقهي أنّ قواعد الإسناد في قانون القاضي تفوّض قواعد الإسناد في القانون الأجنبيّ المختصّ صلاحية تحديد القانون واجب التّطبيق، و قد انتقد هذا الرّأي انطلاقا من أنّه ينتقص من شأن السّيادة التّشريعيّة للقانون الوطني بناء على مجرّد افتراض لا حقيقة ثابتة.

2/ الإحالة حلّ احتياطي:

خلاصة هذا الرّأي أنّ الإحالة هي سدّ للثّغرة النّاجمة عن رفض القانون الأجنبيّ المختصّ الاختصاص المسند له من قانون القاضي، فحتّى لا يبقى النّزاع دون حلّ ينبغي إعمال الإحالة و من ثمّة يتوجّب على القاضي الوطني تعيين قانون يحكم النّزاع انطلاقا من قاعدة الإسناد الاحتياطية، و على ذلك فكلّ قانون يتضمّن قواعد إسناد أصليّة تعيّن القانون واجب التّطبيق و قواعد إسناد احتياطية تتولّى مهمّة تحديد قانون آخر في حالة رفض القانون واجب التّطبيق الاختصاص المعقود له بمقتضى قاعدة الإسناد الأصليّة. أبرز انتقاد وجّه لهذا الرّأي أنّه قائم على التخيّل و الوهم بعيدا عن الحقيقة القانونيّة الثّابتة، فالمعروف أنّ قاعدة الإسناد واحدة في قانون كلّ دولة، و لا وجود لما يسمّى بقاعدة إسناد أصليّة و أخرى احتياطيّة، ثمّ أنّ الأخذ بالإحالة في حدّ ذاته هو سبب الوقوع في الثّغرة القانونية التّي أثارها هذا الرّأي، فعدم الأخذ بها يؤدّي تلقائيا إلى تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة للقانون الأجنبيّ المختصّ دون مصادفة أيّة ثغرة قانونيّة مزعومة.

3/ الإحالة تبرير لفكرة أو مبدأ الإقليميّة

هذا الرّأي بدوره و على حدّ زعمه يتصدّى للفراغ القانوني النّاجم عن رفض القانون الأجنبيّ الاختصاص المعقود له من قانون القاضي لكن ليس بقاعدة إسناد احتياطيّة وفقا للرّأي السّابق، و إنّما بتطبيق قانون القاضي نفسه انطلاقا من مبدأ الإقليميّة، و هكذا يجد قانون القاضي مكانا للتّطبيق كلّما رفض القانون الأجنبيّ الاختصاص المعقود له من طرفه حتّى لا يبقى النّزاع دون حلّ. [1]

و لعلّ ما وجّه للرّأي السّابق من نقد ينطبق على هذا الرّأي أيضا، إضافة إلى أنّ الأخذ بمبدأ الإقليميّة يقحم القانون الوطني في نزاعات دوليّة خاصّة قد لا يكون مختصّا بها أصلا.

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد : " الوسيط في القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " ج1، دار النهضة العربية- القاهرة 1974، ص169.

4/ الإحالة تنسيق بين قواعد الإسناد

مقتضى هذا الرّأي أنّ قواعد الإسناد وضعت لتأدية وظيفة دولية و لا يمكنها تحقيق ذلك إلّا إذا تمّ التنسيق بين قواعد الإسناد في قانون القاضي و قواعد الإسناد في القانون الأجنبيّ بشأن الحلّ الواجب إعطاؤه للنّزاع، و على ذلك فلا يعتبر تخويل قواعد الإسناد الأجنبيّة هذه المهمّة انتقاصا من السّيادة التّشريعية لقواعد الإسناد الوطنيّة، لأنّ هذه القواعد في حدّ ذاتها هي التّي نسّقت مع قواعد الإسناد الأجنبيّة. و قد انتقد هذا الرّأي على أساس أنّه تبرير للإحالة من الدّرجة الأولى فقط أكثر ممّا هو بحث عن أساس منطقيّ لها.

رابعا- نطاق الإحالة

يذهب غالبيّة الفقه إلى استبعاد الإحالة في حالتين: إذا تعلّق الأمر بالالتزامات التّعاقدية من جهة، وبشكل التّصرّفات القانونية من جهة أخرى، و ذلك انطلاقا من الاستحالة المادّية التي تعترض إعمالها في هتين الحالتين، حيث تتعارض نتيجة الإحالة مع هدف قاعدة الإسناد في حدّ ذاتها.

1/ استبعاد الإحالة بشأن الالتزامات التّعاقديّة

جعل المشرّع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني المتعلّقة بالقانون واجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية من إرادة الأطراف ضابطا أساسيّا للإسناد، و بذلك يكون قد فتح المجال أمامهم لاختيار القانون الذّي يحكم عقدهم، و إعمال الإحالة هنا هو تعطيل لإرادتهم و مصادرة لحرّيتهم و تجاهل لهم، و كذا إخلال بتوقّعاتهم، و ما دام الأمر كذلك فينبغي استبعاد الإحالة في مادّة الالتزامات التّعاقدية كما فعل قضاء عدّة دول في هذا الشّأن، منها: بريطانيا، سويسرا، النّرويج... [1]

2/ استبعاد الإحالة بشأن شكل التّصرّفات القانونيّة

الأصل في شكل التصرفات القانونية أن يطبّق قانون مكان إبرامها لحكمة تتمثّل في ضمان صحّتها من حيث الشّكل، و الأخذ بالإحالة في هذه الحالة من شأنه إهدار هذه الحكمة، فقد يسفر إعمالها عن تعيين قانون يبطل تصرّفا يعدّ صحيحا في نظر قانون محلّ إبرامه، و حتّى لا نصل إلى هذه النّتيجة المتعارضة أساسا مع ما قرّرته قاعدة الإسناد، فيتوجّب استبعاد الإحالة في مادّة شكل التصرّفات القانونيّة، هذا إذا

[1] نسرين شريفي، السّعيد بوعلي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص49.

كان ضابط الإسناد الرّئيس فيها هو قانون محلّ الإبرام، غير أنّه بالعودة إلى المادّة 19 من القانون المدني الجزائري نجدها قد تضمّنت أربعة ضوابط إسناد بشأن شكل التصرّفات القانونيّة، و كلّها ضوابط جوازيّة، و عليه تكمن الحكمة من استبعاد الإحالة بشأن هذه المادّة في التيسير على الأطراف فيما يتعلّق بإخضاع شكل تصرّفهم للقانون الذّي يحقّق مصلحتهم. [1]

المبحث الثّاني: تطبيق و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

لا يحسم الإشكال أمام القاضي الوطني بالتوصّل إلى القانون الأجنبي واجب التّطبيق على المسألة الماثلة أمامه، بل إنّ تطبيق هذا القانون في حدّ ذاته يثير إشكالات متعدّدة أهمّها: كيف ينبغي التّعامل معه مقارنة بقانون القاضي؟ و ما الحلّ في حالة عدم العثور على مضمونه أو غموض أحكامه؟ و ما مدى خضوع القاضي الوطني في تفسيره لرقابة الجهة القضائية العليا في دولته؟ و كيف يمكن تعيين هذا القانون (الأجنبي) إذا كان قانون دولة تتعدّد فيها الشّرائع؟ و ما العمل إذا كان متعارضا مع النّظام العامّ في دولة القاضي أو ثبت له الاختصاص بواسطة غشّ نحو القانون؟

جملة هذه الإشكالات سنحاول الإجابة عنها في مطلبين، يخصّص الأوّل لتطبيق القانون الأجنبي، فيما يخصّص الثّاني لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأوّل: تطبيق القانون الأجنبي

انطلاقا من الإشكالات السّابقة التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبيّ سنعالج في هذا المطلب أربع مسائل: أساس تطبيق القانون الأجنبي (فرع أوّل)، إثباته (فرع ثان)، تفسيره (فرع ثالث)، تعيين القانون واجب التّطبيق في دولة تتعدّد فيها الشّرائع (فرع رابع).

الفرع الأوّل: أساس تطبيق القانون الأجنبي

الأصل أن يطبّق القاضي قانونه الوطني، و لكن قد يصادف تطبيق قانون أجنبيّ إذا تعلّق الأمر بنزاع يندرج في إطار القانون الدّولي الخاصّ بناء على قاعدة الإسناد في قانونه، فعلى أيّ أساس يفسّر ذلك؟

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيّد الحدّاد : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 1999، ص117.

حاول الفقه إيجاد تفسير واقعي لهذه المسألة، فتعدّدت اتّجاهاته، و تباينت مدارسه و نظرياته على النّحو التّالي:

أوّلا- المدرسة الهولندية و نظريّة فكرة المجاملة الدّوليّة

يردّ فقهاء هذه المدرسة تطبيق القانون الأجنبي إلى ما يسمّى بنظرية فكرة المجاملة الدّولية، منطلقين من أنّ القانون الأجنبي خارج دولته يفقد صفته الملزمة، و إن طبّق في دولة ما فإنّما يطبّق بناء على مشرّعها.

و عليه ففكرة المجاملة الدّولية تظهر في مرحلة وضع قاعدة التّنازع و ليس في مرحلة تطبيقها، و من ثمّة فالقانون الأجنبيّ قد يطبّق في دولة و يستبعد في أخرى استنادا إلى فكرة المجاملة الدوليّة.

لهذا يؤخذ على هذه النّظرية أنها لم تعط تفسيرا واقعيّا مقنعا بشأن أساس تطبيق القانون الأجنبيّ، لأنّ الأساس الذي اعتمدته يجرّده من صفته القانونيّة ممّا لا يجعل منه قانونا، بل يكون قانونا في حالات و لا يكون كذلك في أخرى حسب المجاملة التّي يخصّه بها مشرّع دولة من الدّول، لذلك باتت نظرية مهجورة تماما. [1]

ثانيا- المدرسة الأنجلو أمريكيّة و نظريّة الحقوق المكتسبة

يرى فقهاء هذه المدرسة أنّ تطبيق القانون الأجنبيّ يجد أساسه في نظريّة الحقّ المكتسب، ذلك أنّ القاضي الوطني يطبّقه احتراما للحقّ المكتسب الذّي نشأ في ظلّه. [2]

و لعلّ أهمّ نقد وجّه لهذه النّظرية أنّها ناقصة و غير كاملة، ذلك أنّها تتعرّض فقط إلى الفرض الذّي اكتمل فيه نشوء الحقّ، بينما قد يراد إنشاء حقّ جديد في ظلّ القانون الأجنبيّ المعني، يتعلّق الأمر مثلا بطلاق زوجين أجنبيّين من جنسية واحدة رفعت بشأنه دعوى أمام القاضي الوطني، فهو حين يطبّق على هذا الطّلاق قانونهما يكون بذلك قد أنشأ وضعيّة جديدة أو حقّا جديدا، و عليه لا يمكن القول في هذه

[1] حسن الهدّاوي: القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص40.

[2] عكاشة محمد عبد العال : " تنازع القوانين- دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص361.

الحالة أنّ القاضي قد احترم حقّا مكتسبا أو موجودا مسبقا، بقدر ما أنشأ هذا الحقّ في حدّ ذاته لأوّل مرّة.[1]

ثالثا- المدرسة الإيطاليّة و نظريّة الاستقبال و الاستيعاب

يذهب فقهاء هذه المدرسة إلى أنّ كلّ نظام قانوني له ذاتيّة متميّزة، و عليه فالقاضي الوطني عندما يطبّق القانون الأجنبيّ يكون قد أدمج هذا الأخير في قانونه، و قد اختلف فقهاء هذه المدرسة بعد ذلك فيما بينهم حول طبيعة هذا الإدماج، فقد يكون مادّيا حيث تفقد القاعدة الأجنبيّة خصوصيّتها، و قد يكون شكليّا حيث تبقى هذه الأخيرة محتفظة بذاتيّتها. و قد انتقدت هذه النظرية لأنّها بدورها تجرّد القانون الأجنبيّ من صفته القانونيّة، لا لشيء إلّا لأنّ قاضيّا أجنبيّا هو الذّي يطبّقه. [2]

رابعا- المدرسة الألمانيّة و نظريّة التّفويض

يرى فريق من الفقهاء الألمان أنّ تطبيق القانون الأجنبيّ من طرف القاضي الوطني يتمّ بأمر من المشرّع الأجنبيّ بناء على تفويض من قواعد الإسناد في قانون القاضي ذاته. و قد انتقدت هذه النّظريّة لأنّ التفويض أساسا لا يعقد إلّا لمفوّض إليه معيّن و هو في هذه الحالة مجهول. [3]

خامسا- المدرسة الفرنسيّة و نظريّة القانون الأجنبيّ واقعة

يذهب جانب كبير من الفقه في فرنسا مدعوما بالقضاء فيها إلى اعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة ويجرّده بذلك على غرار المدرستين الهولندية و الإيطالية من أيّة صفة قانونيّة. [4]

و يتجلّى ذلك من خلال:

1/ إلزام الأطراف بإثبات القانون الأجنبي و إلّا طبّق القانون الفرنسي

2/ امتناع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا لم يتمسّك به الأطراف.

---

[1] عكاشة محمد عبد العال: " تنازع القوانين- دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص358.

[2] أمل صوراني : " تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني " رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب- سوريا 2013، ص ص59-62.

[3] أمل صوراني، المرجع نفسه، ص ص62، 63.

[4] عزّ الدّين عبد الله : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدّوليين " ج2، القاهرة 1976، ص ص578، 579.

3/ رفض محكمة النّقض الفرنسية ممارسة رقابتها على تفسير و تطبيق القانون الأجنبيّ. [1]

و قد انتقدت هذه النّظرية من منطلق أنّ القاضي الفرنسي في هذه الحالة يعتبر قد طبّق واقعة على واقعة، بينما هو مطالب بتطبيق القانون على الوقائع لا وقائع على وقائع مثلها. [2]

تجدر الإشارة إلى وجود رأي أخير بشأن تفسير أساس تطبيق القانون الأجنبي إلّا أنّه بدوره مرجوح، مفاده جعل القانون الأجنبيّ بين الواقع و القانون، و إن كان يغلّبه كواقع على كونه قانونا، و معنى الواقع لديه وجود القاعدة القانونيّة الأجنبيّة.

الفرع الثّاني: إثبات القانون الأجنبيّ

بحكم طبيعة تكوينه لا يفترض في القاضي الوطني إلّا العلم بقانونه، و لذلك يطرح إثبات القانون الأجنبيّ بالنّسبة له ثلاثة إشكالات: إذ على عاتق من يقع عبء إثباته؟ و هل يحكم عمليّة الإثبات في حدّ ذاتها قواعد الإثبات العادية أم هناك قواعد إثبات خاصّة بالقانون الأجنبيّ؟ و في حال تعذّر إثبات هذا القانون فما هو الحلّ أو ما هو القانون واجب التّطبيق بالأحرى؟

أوّلا- عبء إثبات مضمون القانون الأجنبيّ

إنّ القوانين التّي تجعل القانون الأجنبيّ مجرّد واقعة تجعل عبء إثبات مضمونه على عاتق الخصوم أو الأطراف، كما هو الحال في الكويت و الإمارات العربية المتّحدة و تركيا، و كذا في قضاء كلّ من الولايات المتّحدة الأمريكيّة و بريطانيا و فرنسا (قضية بزبال 12 ماي 1959)، و إن كان القضاء في الدّولة الأخيرة بدأ يتراجع عن موقفه المتصلّب إزاء القانون الأجنبيّ منذ صدور قرار محكمة النّقض الفرنسيّة في 1960/03/02، مصرّحة فيه بأنّه يسوغ لمحكمة الموضوع القيام بالبحث عن القانون الأجنبيّ المختصّ و لو لم يثره الخصوم، و ذهبت أبعد من ذلك في قرارها الصّادر في 1971/10/19 حين أجازت لقضاة الموضوع اللّجوء إلى الخبرة في حال تناقض شهادات الخصوم بشأن محتوى القانون الأجنبيّ، ممّا يعني أنّ القاضي له سلطة تقديرية في فحص و تقدير ما يقدّمه له الخصوم حول إثبات القانون الأجنبيّ، مستعينا بمعرفته الشّخصية (العلمية) بشأنه، و كذلك إذا تعلّق النّزاع بحقّ من الحقوق

[1] محمّد وليد المصري : " الوجيز في شرح القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص254.

[2] عكاشة محمد عبد العال : " تنازع القوانين- دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص361.

التّي لا يملك أطرافه التصرّف فيها في قرارها الصّادر في 1983/03/09، و أيضا إذا تعلّق النّزاع بقاعدة إسناد مصدرها اتّفاقيّة دوليّة في قرارها الصّادر في 1984/03/04.[1]

و في آخر اجتهاداتها ألزمت محكمة النّقض الفرنسيّة القاضي بتطبيق القانون الأجنبي و البحث فيه إذا تعلّق الأمر بحقوق غير قابلة للتصرّف فيها، و ذلك في قراريها الصّادرين تباعا في 2009/12/11، و2010/03/03. [2]

و يختلف الأمر في القوانين التي تعامل القانون الأجنبيّ بوصفه قانونا لا واقعة، حيث تجعل عبء الإثبات على عاتق القاضي لا الخصوم أو الأطراف، و قد تسمح له بالاستعانة بهم في إثباته، ذلك مثلا هو شأن القانون الألماني و النّمساوي و الإيطالي و البلجيكي و السّويسري، و القضاء في الأردن حيث أكّدت محكمة التمييز هناك في أحد قراراتها أنّ القانون الأجنبيّ واجب التطبيق أمام القضاء الأردني يحتفظ بصفته القانونيّة، و أنّ المحكمة الأردنيّة مطالبة بالبحث عنه و تطبيقه كما تطبّق القانون الأردني، و هو ما عليه أيضا جانب كبير من الفقه في مصر. [3]

أمّا في الجزائر فإنّ القراءة المتأنّية للمادّة 23 مكرّر من القانون المدني المضافة بالقانون 05-10 المذكور تفيد بما يلي:

1/ إنّ عبارة (إذا تعذّر) تجعل من القاضي الوطني في البداية ملزما بالبحث عن مضمون القانون الأجنبيّ، لكنّه التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة.

2/ استعمال الضّمير المستتر في نفس العبارة (إذا تعذّر) ترجّح وقوع عبئ الإثبات على عاتق القاضي الوطني أوّلا قبل الخصوم أو الأطراف نظرا لدوره الإيجابي في الخصومة.

3/ إنّ عدم التحديد في نفس العبارة (إذا تعذّر) لا تمنع القاضي الوطني من الاستعانة بالخصوم لإثبات مضمون القانون الأجنبيّ.

يبدو من هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري مال إلى الرّأي الأخير رغم قلّة مؤيّديه و جعل القانون الأجنبيّ بين القانون و الواقعة متّخذا موقفا وسطا بشأنه.

---

[1] حمزة قتّال : " دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن " مرجع سابق، ص ص19، 20.

[2] حمزة قتّال، المرجع نفسه ، ص24.

[3] عكاشة محمّد عبد العال : " تنازع القوانين– دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص326.

ثانيا- كيفيّة إثبات مضمون القانون الأجنبيّ

تختلف وسائل إثبات مضمون القانون الأجنبيّ تبعا لما إذا كان عبء الإثبات واقعا على عاتق الخصوم أو على عاتق القاضي، فإذا كان العبء على الخصوم يمكنهم إثبات مضمون هذا القانون بتقديم نصوصه في حدّ ذاتها كما هي أو مترجمة إلى لغة القاضي، أو المؤلّفات الفقهيّة الشّارحة لتلك النّصوص، أو الأحكام القضائيّة المطبّقة لها و التّي صدرت في دولة القاضي أو دولة القانون الأجنبيّ نفسه، كما يمكنهم أيضا تقديم ما يعرف بالشّهادة العرفية التّي تحرّر أمام موظّف عمومي مختصّ موثّقا أو محضرا قضائيّا يعترف فيها بوجود ذلك القانون رسميّا و مستدلّا عليه بما يثبت وجوده، و عموما يمكنهم اللّجوء إلى كلّ وسائل الإثبات الممكنة عدا اليمين و الإقرار كونهما وسيلتين غير منتجتين في خصومة من هذا النّوع. [1]

و إذا كان العبء على القاضي ففضلا عن إمكانية لجوئه إلى نصوص القانون الأجنبيّ ذاتها أو مترجمة و استعانته بالقضاء في دولته أو في دولة القانون محلّ البحث و كذا الفقه، فإنّه يمكنه اللّجوء إلى الإنابة القضائية المنصوص عليها في المواد من 112 إلى 114 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إضافة إلى المعاهدات الدّولية ذات الصّلة، و الخبرة بواسطة شخص مؤهّل، كما يمكنه الاعتماد على معارفه الشّخصية (ثقافته القانونية)، و قدراته الذّاتية باللّجوء إلى وسائل الاتّصال الحديثة كالإنترنت من خلال الدّخول مثلا إلى مواقع الجريدة الرّسمية لدولة القانون محلّ البحث، و أخيرا يمكنه اللّجوء إلى حكومته.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ القاضي الوطني عليه التأكّد من أنّ القانون الأجنبيّ محلّ البحث والإثبات هو القانون النّافذ فعلا وقت فصله في الدّعوى، و أنّه لم يلحقه أيّ تعديل أو إلغاء.

ثالثا- تعذّر إثبات مضمون القانون الأجنبيّ

يجمع الفقه الحديث على أنّ هذه الفرضية باتت نادرة التحقّق حاليّا مع تطوّر وسائل الاتّصال و ثورة المعلومات، و ازدياد التّقارب بين الدّول و الأفراد بفعل تشابك المصالح و الهجرة، و لكن نوردها هنا من باب الاحتياط و الالتزام بالمقرّر، فقد يجتهد القاضي أو الخصوم أو جميعهم و لا يتوصّلون إلى مضمون

[1] أمل صوراني: " تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني " مرجع سابق، ص ص29-34.

القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق لأسباب متعدّدة تقنيّة أو اقتصاديّة أو حتّى زمنية، فما هو الحلّ في مثل هذه الحالة؟

إجابة عن هذا التّساؤل اقترح الفقه عددا من الحلول يمكن استعراضها تباعا كما يلي:

1/ امتناع القاضي عن الفصل في النّزاع استنادا إلى القاعدة الفقهيّة المتداولة (إنكار العدالة خير من مخالفتها) و قد اعتمد هذا الحلّ القضاء الإنجليزي (قضيّة والتون)، لكنّ هذا الحلّ غير عادل فضلا عن تعارضه مع الوظيفة الطّبيعية للقاضي و هي الفصل في جميع النّزاعات. [1]

2/ تطبيق المبادئ العامّة السّائدة في الأمم المتمدينة على حدّ منطوق النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدّولية في مادّته 36، أو المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ مصطلحها الشّائع اليوم، و قد اعتمد هذا الحلّ قضائيا في قرار محكمة النّقض في الهند الصّينية في 1908/03/27، لكنّه بدوره منتقد لما يتّسم به من عموميّة و غموض، نظرا لإلمام القاضي دائما بقانونه و جهله القوانين الأخرى. [2]

3/ تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق على أساس فكرة الاشتراك القانوني أو الانتماء إلى نفس العائلة القانونيّة (القانون الأمريكي و القانون الإنجليزي)، غير أنّ هذا الحلّ غير عملي إذ من الصّعب التأكّد من حقيقة هذا التّقارب. [3]

4/ تطبيق قانون القاضي، و هو الحلّ المنطقيّ و العملي المعتمد حاليّا فقها و قضاء و قانونا رغم اختلاف تبريراته بين رأي فقهي يقول بالتّماثل المفترض بين قانون القاضي و القانون الأجنبيّ المختصّ، و رأي ثان يرى بأنّ قانون القاضي في هذه الحالة هو صاحب الاختصاص العامّ لحكم كافّة علاقات القانون الخاصّ، و رأي ثالث يذهب إلى أنّ قانون القاضي هو القانون الاحتياطي في كلّ الأحوال. [4]

و قد اعتمد القضاء الفرنسي الرّأي الأخير في قرار محكمة النّقض الصّادر في 1980/10/22. [5]

[1] محمّد وليد المصري : " الوجيز في شرح القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص259.

[2] نادية فضيل : " تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني " دار هومة– الجزائر 2004، ص91.

[3] عكاشة محمّد عبد العال: " تنازع القوانين– دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص431.

[4] محمّد وليد المصري : " الوجيز في شرح القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص261.

[5] FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte) : « Conflits de lois, Le juge français et le droit étrangère » Recueil de Dalloz, N0=08, 24 février 2000, p128.

واعتمده المشرّع الجزائري في المادّة 23 مكرّر من القانون المدني المضافة بالقانون 05-10 المذكور التّي قرّرت: " يطبّق القانون الجزائري إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

الفرع الثّالث: تفسير القانون الأجنبيّ

تثير مسألة تفسير القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق مشكلتين: تتعلّق الأولى بكيفيّة التّفسير(أوّلا)، فيما تتعلّق الثّانية بمدى خضوع هذا التّفسير لرقابة الجهة القضائيّة العليا في دولة القاضي (ثانيا).

أوّلا- كيفيّة تفسير القانون الأجنبيّ

إذا توصّل القاضي إلى مضمون القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق و وجد به غموضا يستحيل معه تطبيقه قبل تفسيره، فهل يفسّره طبقا لمعايير التّفسير المعمول بها في قانونه هو، أم يتقيّد في تفسيره له بالمعايير السّائدة في الدّولة التّي صدر فيها القانون الأجنبيّ المعني؟

إنّ الفرضيّة الثّانية هي الرّاجحة فقها و قضاء، فعلى القاضي أن يتقيّد في تفسير القانون الأجنبيّ المختصّ بالتّفسير السّائد في الدّولة التّي صدر فيها، و كلّ تفسير خارج هذا الإطار هو تشويه و مسخ لهذا القانون، و قد مال القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه إلى هذا الاتّجاه، و منها حكم محكمة السّين الصّادر في 1956/10/17. كما تبنّاه قضاء كلّ من لبنان و مصر، و الإمارات العربيّة المتّحدة والكويت بتحفّظ. [1]

و عليه فالقاضي ملزم بأن يأخذ بما استقرّت عليه محاكم دولة القانون الأجنبيّ فيما يتعلّق بتفسيره، و إذا صادف أنّ هذا الأخير لم يكن محلّا لأيّ تفسير في الدّولة التّي صدر فيها فعليه أن يفسّره كما يفترض أن يفسّره تماما قاضي تلك الدّولة، متقيّدا في ذلك بمبادئ و أصول أو معايير التّفسير السّائدة فيها.

ثانيا- مدى رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبيّ

قد لا يكون القاضي موفّقا دائما في تفسيره للقانون الأجنبيّ، فهل يخضع قضاؤه في الفرضيّة السّلبية لرقابة الجهة القضائيّة العليا في دولته (المحكمة العليا)؟

[1] هشام علي صادق: " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص163.

لم تكن هذه المسألة محلّ اتّفاق بين الأنظمة القانونيّة للدّول، فمنها من تخوّل محاكمها العليا هذه الصلاحية، ومنها من تمنعها إيّاها.

فقد رفض القضاء الأعلى في كلّ من فرنسا و إسبانيا و هولندا و اليونان بسط رقابته على تفسير القانون الأجنبيّ. [1]

و كرّس هذا التوجّه أيضا في قضاء بعض الدول العربيّة منها: لبنان، تونس، المغرب [2]، و يعود ذلك إلى اعتبارين:

الأوّل: يتمثّل في أنّ وظيفة المحكمة العليا في هذه الدّول هي توحيد الاجتهاد القضائي بين محاكمها لا بين محاكمها و محاكم الدّول الأجنبيّة، لأنّ ذلك تجاوز لاختصاصها و تدخّل في شؤون دولة أخرى.[3]

الثّاني: يتمثّل في الفرضيّة السّلبية التّي يمكن أن تصادف المحكمة العليا لو هي أخطأت في تفسير القانون الأجنبيّ، إذ من شأن ذلك أن يؤدّي إلى تضارب الأحكام بينها و بين نظيرتها في دولة القانون الأجنبيّ محلّ الرّقابة، مع ما يمثّله ذلك أيضا من مساس بسمعة المحكمة الأولى في الدّولة و فقدان لمصداقيتها على المستويين الوطني و الدّولي. [4]

بالمقابل قبل القضاء الأعلى في دول أخرى بسط رقابته على تفسير القانون الأجنبيّ منها: إيطاليا، تركيا، اليونان، مصر، الأردن، انطلاقا من اعتبارين أيضا و هما:

الأوّل: يتمثّل في أنّ المحكمة العليا أو محكمة النّقض أو التّمييز في هذه الدّول هي محكمة موضوع بالنّسبة للقانون الوطني و الأجنبيّ على حدّ سواء، و القول بغير ذلك هو اجتزاء لوظيفتها و انتقاص منها.

الثّاني: يتمثّل في أنّ هذا المسعى يتّفق و طبيعة القانون الأجنبيّ من حيث كونه قانونا لا واقعة.

---

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص ص236، 237.

[2] عكاشة محمّد عبد العال : " تنازع القوانين– دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص451.

[3] هشام علي صادق، حفيظة السيّد الحدّاد: " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص176.

[4] محمّد كمال فهمي : " رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدّولي للقوانين " مجلّة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، عدد 02، السّنة 33– 1963، ص58.

تجدر الإشارة إلى أنّ القضاء في كلّ من فرنسا و لبنان خفّض من شدّة موقفه السّابق بشأن رفض رقابته على تفسير القانون الأجنبيّ عن طريق وسائل بديلة لإعمال تلك الرّقابة بشكل ضمني منها: رقابة التّكييف، الرّقابة على مدى احترام الإجراءات أو المبادئ القضائيّة المعروفة مثل مبدأ الوجاهية، الرّقابة على إمكانية تشويه أو مسخ القانون الأجنبيّ. [1]

في الجزائر اتّخذ المشرّع موقفا مبتورا بشأن هذه المسألة، حيث سمح ببسط رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبيّ في حالة واحدة تتعلّق بسوء أو مخالفة تطبيقه في مادّة الأحوال الشّخصية أو الأسرة دون بقيّة موادّ أو مسائل تنازع القوانين، و هكذا فالمحكمة العليا يمتنع عليها ممارسة رقابتها على تفسير القانون الأجنبيّ إذا تعلّق بأموال مثلا، أو التزامات تعاقدية أو غيرها من المسائل التّي وردت في قواعد الإسناد المذكورة، ذلك ما جاء صراحة في المادّة 358 من قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة التّي نصّت على أنّه: " لا ينبني الطّعن بالنّقض إلّا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية...6/ مخالفة القانون الأجنبيّ المتعلّق بقانون الأسرة..." و هو المضمون نفسه الذّي حملته المادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية القديم (الملغى) دون أدنى تغيير باستثناء استبدال مصطلح "الأحوال الشّخصية" بمصطلح "الأسرة"، ممّا يعكس منحى تضييقيا واضحا للمشرّع في هذا الصّدد باعتبار مجال الأحوال الشّخصية أوسع نطاقا من مجال الأسرة.

عمليّا و خارج مجال الأحوال الشّخصيّة بسطت المحكمة العليا رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي، يتعلّق الأمر بالالتزامات التعاقدية في قرارها الصّادر في 1988/04/10، و الالتزامات غير التعاقدية في قرارها الصّادر في 1994/04/07. [2]

الفرع الرّابع: تطبيق القانون الأجنبيّ لدولة متعدّدة الشّرائع

لا يكون القانون واجب التّطبيق دائما قانون دولة بسيطة، بل قد يكون قانون دولة مركّبة تتعدّد فيها الشّرائع تعدّدا شخصيا أو إقليميّا، ممّا يثير مشكلة حقيقيّة تتمثّل في تحديد الشّريعة الدّاخلية المختصّة.

قبل الوقوف على الحلّ الفقهي و التّشريعي لهذه المشكلة (ثالثا) يقتضي الأمر تعريف التعدّد المقصود (أوّلا)، ثمّ معالجة فرضية خلوّ القانون الأجنبيّ المختصّ من قواعد إسناد لفضّ التنازع الداخلي (ثانيا).

[1] أمل صوراني : " تطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني " مرجع سابق، ص ص51-56.

[2] حمزة قتال : " دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن " مرجع سابق، ص ص38-41.

أوّلا- تعريف تعدّد الشّرائع

هو ببساطة تعدّد قوانين دولة ما تبعا لتعدّد الطّوائف أو الأقاليم بها، و ترتيبا على ذلك يوجد تعدّد شخصي، و تعدّد إقليمي. [1]

1/ التعدّد الشّخصي

و معناه انقسام أو توزّع سكّان الدولة إلى طوائف أو جماعات حسب أصلهم أو ديانتهم، و نتيجة لذلك يكون لكلّ طائفة أو جماعة قانونها الخاصّ الذّي يحكمها مراعيا تميّزها و خصوصيّاتها، كما هو عليه الحال في لبنان و العراق و مصر و الهند. [2]

2/ التعدّد الإقليمي

و معناه انقسام الدّولة الواحدة إلى عدّة دويلات أو أقاليم أو وحدات، بحيث يكون لكلّ دويلة منها قانونها الخاصّ الذّي يجسّد استقلاليّتها عن بقيّة الدّويلات من جهة و عن الدّولة الأمّ من جهة أخرى، مع ارتباط بهذه الأخيرة و تبعيّة لها على مستويات عدّة خاصّة على المستوى السّياسي داخليّا، و المستوى الدّبلوماسي خارجيّا.

مثال ذلك ما كان عليه الحال في كلّ من يوغسلافيا و الاتّحاد السوفييتي سابقا، و ما هو عليه الحال حتّى اليوم في كلّ من الولايات المتّحدة الأمريكيّة و سويسرا. [3]

ثانيا- الحلّ الفقهي و التّشريعي لمشكل تعدّد الشّرائع

إذا واجه القاضي مشكلة تطبيق قانون دولة تتعدّد فيها الشّرائع على النّحو المذكور فهل يقف عند حدود هذه الدّولة تاركا لقانونها ذاته أمر تحديد الشّريعة واجبة التّطبيق، أم أنّه يعود لقانونه للبحث فيه عن الشّريعة المعنيّة (القانون الدّاخلي المعني)؟[4]

---

[1] محمّد وليد المصري : " الوجيز في شرح القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص55.

[2] سعيد يوسف البستاني : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص106.

[3] سامي بديع منصور و آخرون : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص137.

[4] هشام علي صادق : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " الكتاب الثاني، دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية 2004، ص119.

1/ الحلّ الفقهي

أجمع الفقه على أنّ القانون الدّاخلي للدّولة متعدّدة الشّرائع هو الذّي يتكفّل بتحديد الشّريعة واجبة التّطبيق، و يبرّر الفقيه "نيبوابيه" ذلك بتوحيد الحلول بين الدّول حيث تكون الشّريعة واجبة التّطبيق هي نفسها دائما مهما كانت الجهة القضائية الفاصلة في النّزاع لأنّها ستعتمد نفس المعايير.

2/ الحلّ التّشريعي

تبنّت جلّ التّشريعات الحلّ الفقهي المذكور، حيث أخذ به المشرّع البولوني (المادة 05 من قانونه المدني لعام 1965)، المشرّع التشيكوسلوفاكي سابقا (المادة 3/33 من قانونه المدني)، المشرّع البرتغالي (المادّة 20 من قانونه المدني لعام 1966، المشرّع الإسباني (المادّة 5/12 من قانوه المدني لعام 1974، المشرّع النّمساوي (المادّة 3/05 من قانونه المدني لعام 1979، و في الوطن العربي أخذ به المشرّع المصري (المادة 26 من قانونه المدني)، فضلا عن معظم التّشريعات العربيّة. [1]

و كذا المشرّع الجزائري، حيث نصّت المادة 1/23 من القانون المدني على أنّه: " متى ظهر من الأحكام المتقدّمة أنّ القانون الواجب التّطبيق هو قانون دولة تتعدّد فيها الشّرائع فإنّ القانون الدّاخلي لتلك الدّولة هو الذّي يقرّر أيّ تشريع منها يجب تطبيقه..."

و قد تساءل الفقه المصري عن مدى شمول هذا الحلّ للنّوعين من التّعدد من جهة، و مدى شموله لجميع ضوابط الإسناد من جهة أخرى، و استقرّ على أنّ إطلاق النصّ يعني انصراف حكمه لكلّ من التعدّد الشّخصي و الإقليمي على السّواء، أمّا بالنّسبة لمدى شموله لجميع ضوابط الإسناد فقد انقسم الفقه تبعا لانقسام ضوابط الإسناد بين ضوابط قادرة بحدّ ذاتها على تعيين الشّريعة الدّاخلية واجبة الانطباق كضابط الإرادة، موقع المال، موقع حدوث الفعل المنشئ للالتزام، موقع إبرام التّصرّف، الموطن...، و ضوابط غير قادرة بحدّ ذاتها على تعيين هذه الشّريعة، يتعلّق الأمر مثلا بضابط الجنسيّة، و بالتّالي اقتصار نصّ المادّة 26 من القانون المدني المصري المقابلة لنصّ المادّة 1/23 من القانون المدني الجزائري على هذا الضّابط فقط، على اعتبار أنّ الضّوابط الأخرى كفيلة بمفردها بتركيز المسألة أو العلاقة و بالتّالي تعيين الشّريعة المختصّة بحكم النّزاع. [2]

[1] عكاشة محمّد عبد العال : " تنازع القوانين– دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص271.

[2] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص161–163.

مع ذلك يعتبر جانب من الفقه في الجزائر أنّ نصّ المادّة 1/23 من القانون المدني الجزائري جاء مطلقا ممّا يعني شمول الحلّ الوارد به لجميع ضوابط الإسناد و عدم اقتصاره على ضابط الجنسيّة خلافا لما قرّره الفقه المصري.[1]

ثالثا- فرضيّة خلوّ القانون الأجنبيّ لدولة متعدّدة الشّرائع من قواعد لفضّ التّنازع الدّاخلي

قد يعود القاضي إلى القانون الأجنبيّ لدولة متعدّدة الشّرائع باعتباره القانون المختصّ و لا يجد فيه نصّا لفضّ مثل هذا التّنازع، فما الحلّ المتّبع في هذه الحالة؟

فرّق الفقه في إطار هذه الفرضيّة بين ما إذا كان التعدّد شخصيّا أو إقليميّا، و حسم المشرّع الجزائري الأمر على ضوء كلّ ذلك:

1/ بالنسبة للتعدّد الشّخصي

التعدّد الشّخصي عادة لا يطرح صعوبة تذكر إذ يطبّق القاضي شريعة أو قانون الطّائفة التّي ينتمي إليها المعني و إذا لم يعثر على مضمونه يطبّق الشّريعة أو القانون الغالب (مثلا في دول الشّرق الأوسط الشّريعة المهيمنة أو الغالبة هي الشّريعة الإسلاميّة). [2]

2/ بالنسبة للتعدّد الإقليمي

تعدّدت المقترحات بشأن التعدّد الإقليمي، فمن الفقهاء من قال بضرورة العودة إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، فإذا كانت مكانيّة فإنها تسمح بحدّ ذاتها بتحديد القانون الداخلي واجب التّطبيق، و إذا لم تكن كذلك كضابط الجنسيّة مثلا فالحلول في هذه الحالة متعدّدة بين قائل بتطبيق قانون العاصمة، و قائل بتطبيق قانون الوحدة أو الدّويلة التّي يتوطّن بها المعني أو آخر موطن له. [3]

3/ موقف المشرّع الجزائري

لقد أغنانا المشرّع الجزائري عن الخوض في هذا الجدل بحسمه الأمر في الفقرة الثانية من المادّة 23 السّابقة من القانون المدني و المضافة بالقانون 05-10 المذكور التي نصّت على أنّه: " إذا لم يوجد في

[1] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص163.

[2] حمزة قتّال : " دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن " مرجع سابق، ص86.

[3] حفيظة السيّد الحدّاد: " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص229.

القانون المختصّ نصّ في هذا الشّأن، طبّق التّشريع الغالب في البلد في حالة التعدّد الطّائفي، أو التّشريع المطبّق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدّد الإقليمي."

يجدر التنويه إلى أنّ هذا الحلّ لم يكن منصوصا عليه قبل تعديل 2005، و إنّما أضيف بالقانون 05-10 المذكور سابقا.

المطلب الثّاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ

قد يتوصّل القاضي إلى القانون واجب التّطبيق و بالرّغم من ذلك يمتنع عن تطبيقه نتيجة تعارضه مع النّظام العامّ في دولته، أو لانطوائه على غشّ نحو القانون، أو لأسباب أخرى أقرّها الفقه من قبيل استبعاده بسبب التّكييف أو الإحالة، أو إعمال الاستثناء الوارد في المادّة 13 من القانون المدني الجزائري، أو عدم العثور على مضمونه... [1]

و مهما يكن من أمر يبقى الدّفع بالنظام العامّ و الغشّ نحو القانون هما الحالتان البارزتان لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ، و سنتناولهما في فرعين تباعا.

الفرع الأوّل: الدّفع بالنّظام العامّ

إذا كان استبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ لتعذّر التوصّل إلى مضمونه يأتي استجابة لعامل واقعي، فإنّ استبعاده باسم النّظام العامّ ينتج عن عامل قانوني هو عدم الاعتراف بمضمون هذا القانون لتعارضه مع المبادئ التّي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي.

و قد أخذت بهذا الدّفع معظم –إن لم نقل– كلّ قوانين دول العالم، حيث يتوجّب أن يقف قانون كلّ دولة حاجزا أمام القوانين الأجنبيّة التّي تمسّ هذه المبادئ.[2]

و للإحاطة بهذا الدّفع يقتضي الأمر التعرّض لمفهوم النّظام العامّ (أوّلا)، و مجاله (ثانيا)، و الأثر المترتّب عن إعماله كدفع.

[1] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدّفع بالنّظام العامّ " مداخلة في الملتقى الوطني حول: تنظيم العلاقات الدّولية الخاصّة في الجزائر– واقع متطوّر، المنعقد يومي 21، 22 أفريل 2010 بكلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح– ورقلة 2010، ص144.

[2] سعيد يوسف البستاني: " القانون الدّولي الخاصّ " ط1، منشورات الحلبي الحقوقيّة– بيروت 2004، ص ص220، 221.

أوّلا- مفهوم النّظام العامّ

نصّت المادّة 1/24 من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور على أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبيّ بموجب النّصوص السّابقة إذا كان مخالفا للنظام العامّ أو الآداب العامّة في الجزائر..."

يتبيّن من هذه الفقرة أنّ المشرّع الجزائري و إن كان قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبيّة على إقليمه في بعض الحالات، فإنّ هذا لا يعني -كما قرر البعض- أنّه منح توقيعا على بياض لمشرّعي دول العالم، فمن غير المعقول تطبيق قانون أجنبيّ يتعارض مع القيم و المبادئ التّي يقوم عليها المجتمع الجزائري، وبهذا تشكّل فكرة النّظام العامّ صمّام الأمان الذّي يحمي هذه القيم و المبادئ. [1]

و مع أنّ المشرّع الجزائري في هذه الفقرة قد وسّع من نطاق النّظام العامّ بأن امتدّ به إلى الآداب العامّة فإنّه لم يعرفه.

و عليه يستدعي تعريفه التعرّض إلى صعوبة ضبط فكرة النّظام العامّ و سلطة القاضي في تقديرها، وبالتّالي محاولات الفقه لتحديدها، وأخيرا وقت التقيّد بالنّظام العامّ.

1/ صعوبة ضبط فكرة النّظام العامّ و سلطة القاضي في تقديرها

النّظام العامّ فكرة مرنة نسبيّة و متطوّرة، و عليه يتعذّر تحديدها بدقّة، فهي مفهوم متغيّر في الزّمان والمكان، فما يعتبر متعارضا مع النّظام العامّ في دولة قد لا يعدّ كذلك في دولة أخرى، و ما يصطدم بالنّظام العامّ داخل نفس الدّولة في فترة معيّنة قد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق، و قد أدّت نسبيّة فكرة النّظام العامّ على هذا النّحو إلى الاعتراف للقاضي بسلطة تقديريّة واسعة في فحص كلّ حالة على حدة لاستنباط ما يتعارض مع النّظام العامّ في دولته، و ما لا يعدّ كذلك، و لكنّ هذه السلطة لا تعني ترك الأمر لتقديره الشّخصي، إنّما هو مطالب بأن يستلهم المبادئ الجوهرية السّائدة في دولته، أو كما عبّر عنه الفقه بأن يكون تقدير القاضي موضوعيّا يستوحي شعور الجماعة لا شخصيّا يترجم مشاعره، و لهذا

[1] هشام علي صادق : " تنازع القوانين " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 2007، ص186.

استقرّ الرّأي على إخضاع سلطة القاضي في هذا الخصوص لرقابة المحكمة العليا، لأنّ الدّفع بالنّظام العامّ مسألة قانون تخضع بالضّرورة لرقابة هذه المحكمة. [1]

2/ محدّدات مفهوم النظام العام

نظرا للنسبيّة التي تكتنف فكرة النّظام العامّ و التّي تحول دون وضع تعريف دقيق لها، حاول الفقه وضع مؤشّرات أو موجّهات عامّة يمكن بواسطتها إلقاء الضّوء على هذه الفكرة، مع أنّ هذه المحاولات إلتقت جميعها في نقطة محوريّة واحدة و هي أنّ فكرة النّظام العامّ تنصبّ على الأسس العقائديّة و السّياسيّة والاقتصاديّة و الاجتماعيّة و الثّقافيّة في الدّولة. [2]

بناء على ذلك من الفقه من يقول أنّ القانون الأجنبيّ يعتبر مخالفا للنّظام العامّ إذا اشتمل على نظم قانونيّة غير معروفة في قانون القاضي، و منه من يذهب إلى أنّ مخالفة النّظام العامّ تظهر إذا كان القانون الأجنبيّ متعارضا مع السّياسة التّشريعيّة للدّولة، و منه من يرى أنّ هذه المخالفة تحصل إذا اصطدم القانون الأجنبيّ بالمبادئ العامّة المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضّرة. [3]

إنّ إخفاق هذه المحاولات الفقهيّة في وضع تعريف واضح لفكرة النّظام العامّ و اكتفائها بوضع موجّهات ترشد إليها تعود إلى أنّ الفكرة في حدّ ذاتها هي فكرة وظيفيّة، تهدف إلى تحقيق غاية محدّدة هي استبعاد القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق في حال تعارضه معها.

3/ وقت التقيّد بالنّظام العامّ

بسبب نسبيّة فكرة النّظام العامّ دائما قد يكون الحقّ عند نشوئه مخالفا للنّظام العامّ لدولة القاضي، و لكن قد لا يكون كذلك عند رفع الدّعوى بشأنه، و عليه نكون أمام نظام عامّ قديم و نظام عامّ جديد فبأيّهما يعتدّ القاضي؟

يتّفق الفقه في فرنسا على أنّ العبرة عند الفصل في النّزاع تكون بالنّظام العامّ السّائد فعلا، و لذلك يقول الفقيه "موري" إذا كان الأمر يتعلّق بمفاهيم أساسيّة للنّظام القانوني الوطني فلا يعقل أن يقوم القاضي

[1] محمّد موسّخ : " حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختصّ أمام القضاء الجزائري " مجلّة البحوث و الدّراسات العلميّة، عدد 03- ديسمبر 2009، ص97.

[2] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص235.

[3] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص153.

بذلك بالنّسبة لمفاهيم متروكة من طرف قانونه، و لا يعقل أيضا ألّا يقوم بذلك بالنّسبة للمفاهيم السّائدة فيه عندما يفصل في النّزاع. [1]

و قد كرّس القضاء الفرنسي هذا الحلّ في قرار محكمة استئناف باريس الصّادر في 1936/01/02 في قضية التبنّي، كما استقرّت عليه محكمة النّقض الفرنسية مشيرة إلى أنّ تعريف النّظام العامّ الوطني يتوقّف إلى حدّ كبير على الرّأي السّائد في كلّ وقت في فرنسا. [2]

نخلص إذن إلى أن العبرة في تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي هي بوقت نظر النزاع أو الفصل في الدعوى، لا بالوقت الذي نشأ فيه الحق محل النزاع.

ثانيا- مجال النّظام العامّ

فكرة النّظام العامّ ليست قاصرة على القانون الدّولي الخاصّ، بل يتمّ إعمالها على مستوى القانون الدّاخلي و كذا على مستوى القانون الدّولي العامّ.

لذلك سنتعرّض إلى تحديد النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ، و الفرق بينه و بين النّظام العامّ في القانون الدّاخلي، ثمّ في القانون الدّولي العامّ

1/ تحديد النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ

يرى جانب من الفقه أنّ النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ يتحرّك كأداة لاستبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ كلّما ناقض فكرة الاشتراك القانوني في حالتين:

أ/ جهل القانون الوطني للقانون الأجنبيّ

و هي حالة استحالة فنّية تتمثّل في أنّ النّظام القانوني للقانون الأجنبيّ غير معروف في قانون القاضي، كأن لو كان يجهل نظام رهن المنقول رهنا رسميّا.

[1] عمر بلمامي : " الدّفع بالنّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ- دراسة مقارنة " مذكّرة ماجستير، كليّة الحقوق- جامعة الجزائر 1986، ص144.

[2] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنيّة، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص154.

ب/ مخالفة اعتبارات الملاءمة

في هذه الحالة يتعارض القانون الأجنبيّ مع القانون الوطني بناء على اعتبارات الملاءمة التي تستمدّ من الشّعور العامّ للجماعة أو من السّياسة التّشريعية لها، كما لو كان القانون الأجنبيّ يمنع الطّلاق أو تعدّد الزّوجات، أو يعترف بالابن غير الشّرعي، في حين قانون القاضي يمنع كلّ ذلك، و إن أسّس معظم الفقه الدّفع بالنّظام العامّ على الحالة الثّانية دون الأولى، جريا على ما استقرّت عليه الممارسة في نطاق القانون الدّولي الخاصّ. [1]

و من الأمثلة المتداولة التي توضّح المفهوم المتميّز لفكرة النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ ما يلي:

– كان الطّلاق في فرنسا قبل 1884 مخالفا للنّظام العامّ، و كان إثبات نسب الولد غير الشّرعي مخالفا أيضا للنّظام العامّ فيها.

– تاريخيّا كانت الشّيوعية في العالم الغربي الرّأسمالي عموما مخالفة للنّظام العامّ.

– في الدّول المسيحيّة يعتبر مخالفا للنّظام العامّ ما يلي: تعدّد الزّوجات، الطّلاق بالإرادة المنفردة، منع الزّواج بين مختلفي الدّيانة، عدم التّسوية في الميراث بين الجنسين، حرمان غير المسلم من الميراث... وفي الجزائر يعتبر مخالفا للنّظام العامّ القانون الأجنبيّ الذّي يمنع الزّواج بين مختلفي اللّون، أو القانون الذّي يجيز زواج المتعة، أو ذلك الذي يسوّي في الميراث بين الجنسين، أو ذلك الذي يعترف بالتبنّي...[2]

2/ التمييز بين النّظام العامّ في كلّ من القانون الدّولي الخاصّ و القانون الدّاخلي

إنّ الاختلاف بين النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ و القانون الدّاخلي يكمن في وظيفة الدّفع في كلّ منهما، فالدّفع بالنّظام العامّ في القانون الدّاخلي يستخدم لضمان عدم الخروج عن أحكام القواعد القانونيّة الآمرة، بينما يستخدم الدّفع بالنّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ لاستبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ بمقتضى قواعد التّنازع في قانون القاضي، و من هنا يشكّل الدّفع بالنّظام العامّ في القانون

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد : " الوسيط في القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " ج2، دار النهضة العربية– القاهرة 1974، ص139.

[2] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنيّة، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص ص154، 155.

الدّاخلي حدّا لمبدأ سلطان الإرادة، فيما يشكّل الدّفع بالنّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ خروجا عن المبدأ العامّ القاضي بتطبيق القانون الأجنبيّ المختصّ. [1]

و هكذا يضيق مجال إعمال النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ عنه في القانون الدّاخلي، أي تقلّص مقتضيات النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ مقارنة بتلك المقتضيات في القانون الدّاخلي، كما يكمن الاختلاف بين القانونين بشأن فكرة النّظام العامّ في أنّ مفهوم هذا الأخير في القانون الدّاخلي يشمل علاقات الوطنيّين و حسب، بينما يشمل ذات المفهوم في القانون الدّولي الخاصّ العلاقات الخاصّة المشتملة على عنصر أجنبيّ بين وطنيّين و أجانب أو أجانب فقط. [2]

3/ التّمييز بين النّظام العام في كل من القانون الدولي الخاص و القانون الدولي العام

أسفر التطوّر المتسارع للقانون الدّولي العامّ عن وجود نظام عامّ دولي حقيقي يجد أساسه فيما يسمّى بالقواعد الآمرة التي أقرّتها المادّة 53 من اتّفاقية فينّا لقانون المعاهدات لعام 1969 و هي القواعد المتّصلة بالأسس و المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الدّولي ككلّ، كتجريم إبادة الأجناس، تجريم الرقّ، تجريم العدوان، تجريم الاعتداء على حقوق الإنسان الأساسيّة في زمني السّلم و الحرب....[3]

و هكذا يظهر الفرق بين النّظام العامّ في القانون الدّولي العامّ و بين النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ، من حيث أنّ الأوّل مشترك بين كلّ الدّول في حين أنّ الثّاني يسود كلّ دولة على حدة، كما أنّ الأوّل يظهر من خلال علاقات بين دول، في حين يظهر الثّاني من خلال علاقات بين أفراد أو أشخاص معنويّة خاصّة، و أخيرا يكمن الفرق في أنّ الدّفع بالنّظام العامّ في القانون الدّولي العامّ يؤدّي إلى إبطال كلّ تصرّف دولي يتعارض معه، بينما الدّفع بالنّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ لا يتعرّض لمشروعيّة التصرّف، بل يقتصر على استبعاد القانون الأجنبيّ الذّي تمّ في إطاره. [4]

---

[1] محمّد موسّخ : " حالات استبعاد القانون الأجنبي المختصّ أمام القضاء الجزائري " مجلّة البحوث و الدّراسات العلمية، عدد 03- ديسمبر 2009، ص90.

[2] فؤاد خوالديّة : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الأجنبي: المصلحة الوطنيّة، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص ص155، 156.

[3] في هذه القواعد أنظر فؤاد خوالدية: " القواعد الآمرة في القانون الدّولي المعاصر " مجلّة البحوث و الدّراسات العلميّة، عدد 12- جوان 2018، ص ص91-96.

[4] هشام علي صادق : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص199.

ثالثا– أثر الدّفع بالنّظام العامّ

يجمع الفقه عموما على وجود ثلاثة شروط للدّفع بالنّظام العامّ في إطار القانون الدّولي الخاصّ هي:

أ/ أن يكون القانون الأجنبيّ المختصّ و المستبعد تطبيقه قد عيّنته قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

ب/ أن يكون هذا القانون مختلفا في أحكامه عن قانون القاضي من حيث مقتضيات النّظام العامّ في هذا الأخير.

ج/ أن تكون هذه المخالفة للنّظام العامّ لقانون القاضي حاليّة أو آنية، أي ظهرت أثناء رفع الدّعوى التّي ظهرت فيها المخالفة ووقت الفصل فيها، و ليس قبل ذلك.

و عليه فإنّه يترّتب عن الدّفع بالنّظام العامّ في حقيقة الأمر أثران أحدهما سلبي و الآخر إيجابي، و في بعض الحالات قد لا يستبعد القانون الأجنبيّ رغم مخالفته للنّظام العامّ و ذلك ما يعرف بالأثر المخفّف للنّظام العامّ. [1]

1/ الأثر السّلبي للدّفع بالنّظام العامّ

إنّ الأثر السّلبي المترتّب عن الدّفع بالنّظام العامّ هو استبعاد القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق، و لكن هل يستبعد هذا القانون بصفة كليّة أو جزئيّة؟

استقرّ الفقه و القضاء في كلّ من فرنسا و مصر على أنّ الأثر السّلبي للدّفع بالنّظام العامّ لا يؤدّي بالضّرورة إلى استبعاد القانون الأجنبيّ كليّا و إنّما يقتصر على استبعاد الحكم المتعارض منه مع قانون القاضي و الإبقاء على بقيّة الأحكام التّي تتّفق مع هذا الأخير، فإذا تعلّق الأمر مثلا بعقد يتضمّن شرط الدّفع بالذّهب طبقا للقانون الأجنبيّ الذي أقرّه، فينبغي استبعاد هذا الشّرط وحده لمخالفته النّظام العام المصري و الإبقاء على بقيّة الشّروط العقدية الأخرى، طالما لا تتعارض معه.

هذا ما أقرّته محكمة النّقض الفرنسيّة في قرارها الصّادر في 1964/11/17 حيث قضت باعتبار أحكام الشّريعة الإسلامية المنظّمة للإرث، خاصّة فيما يتعلّق بالأنصبة المستحقّة لكلّ وارث غير مخالفة بذاتها

[1] عبده جميل غصوب : " محاضرات في القانون الدّولي الخاصّ " ط2، منشورات زين الحقوقية– بيروت 2009، ص133.

للنّظام العامّ الفرنسي إلّا في الجزئيّة المتعلّقة بحرمان غير المسلم من الميراث باعتبارها تمثّل تمييزا على أساس الدّين، و هو تمييز محظور في القانون الفرنسي. [1]

مع التّسليم بوجاهة هذا الاتّجاه فقد يحدث أن يكون القانون الأجنبيّ المستبعد باسم النّظام العام مرتبطا ارتباطا وثيقا في مجموعه بالأحكام الأخرى فيه، على نحو يتعذّر معه الفصل بينها لاستبعاد الحكم محلّ التعارض و الإبقاء على الأحكام الأخرى المتّفقة مع قانون القاضي و النّظام العامّ فيه، فما العمل في هذه الحالة؟

يرى الفقه الغالب هنا أنّه لا مناصّ من الاستبعاد الكلّي لأحكام القانون الأجنبيّ، لارتباط أحكامه ببعضها بحيث لا يمكن الفصل بينها أو تجزئتها لاستخراج الحكم المتعارض مع قانون القاضي و الإبقاء على الأحكام الأخرى المتّفقة معه، فمثلا إذا كان قانون الجنسيّة المشتركة لأجنبيّين متوطّنين في الجزائر يمنع زواجهما لاختلافهما في اللّون (بيض و سود)، فلا يحول هذا المنع دون إبرام زواجهما وفقا للقانون الجزائري، و إذا طرح بعد ذلك نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق بآثار هذا الزّواج فعليه هنا أيضا استبعاد القانون الأجنبيّ الذي يحكم هذه الآثار استبعادا كليّا، فليس من المنطق تطبيقه على زواج يعدّ باطلا طبقا للقانون الجزائري حتّى لو كانت هذه الآثار متّفقة مع النّظام العام فيه. [2]

2/ الأثر الإيجابي للدّفع بالنّظام العامّ

إذا استبعد القاضي الوطني القانون الأجنبيّ المخالف للنّظام العام في دولته، يتعيّن عليه بعد ذلك سدّ الفراغ التّشريعي المترتّب عن هذا الاستبعاد، و قد استقرّ القضاء الفرنسي و المصري مدعومين بالفقه على إحلال قانون القاضي تلقائيا محلّ القانون المستبعد. [3]

غير أنّ المشرّع المصري في المادّة 28 من القانون المدني اكتفى بالنصّ على الأثر السّلبي للنّظام العامّ دون الإيجابي له، و هو ما فعله المشرّع الجزائري في المادّة 24 قبل تعديلها، حيث تدارك الأمر بموجب القانون 05-10 مضيفا فقرة أخرى للمادّة المذكورة هي الفقرة الثّانية التّي جاء فيها: " يطبّق القانون الجزائري محلّ القانون الأجنبيّ المخالف للنّظام العامّ أو الآداب العامّة."

[1] حمزة قتّال : " دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن " مرجع سابق، ص ص160، 161.

[2] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص158.

[3] عبده جميل غصوب : " محاضرات في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص137 و ما بعدها.

فعل المشرّع الجزائري ذلك لألّا يترك سلطة تقديرية للقاضي قد تؤدّي به إلى الاجتهاد في البحث عن تطبيق قانون آخر يراه أكثر عدالة، في ظلّ وجود اجتهادات قضائية موازية رغم أنّها منتقدة، فقد ذهب القضاء الألماني من خلال حكم محكمة الرّايخ الألماني الصّادر بتاريخ 1921/12/19 بخصوص تقادم دين إلى أنّ القانون السّويسري الذّي يمنع تقادم الدّين ينبغي استبعاده لمخالفته النّظام العامّ الألماني وإخضاع هذا الدّين لأطول مدّة تقادم يقرّها القانون السّويسري نفسه. [1]

كما ذهب القضاء المغربي في بعض اجتهاداته إلى أنّ استبعاد القانون الأجنبيّ المتعارض مع النّظام العامّ في قانون القاضي الوطني لا يستتبع تطبيق قانون هذا الأخير دائما، بل يمكن اللّجوء إلى تطبيق مبادئ القانون الطّبيعي.

3/ الأثر المخفّف للنّظام العامّ

قد يتعارض إنشاء مركز قانونيّ في دولة القاضي مع نظامه العامّ، لكنّ هذا المركز لا تتعارض آثاره معه لو تمّ نشوؤه في الخارج، فالنّظام العامّ لا يتمّ إعماله هنا بنفس الوتيرة أو الدّرجة، حيث يخفّض القاضي من شدّته و يبدي نوعا من التّسامح مع القانون الأجنبيّ الذّي يحكم هذا المركز، و قد عبّر الفقهاء عن هذه الحالة بالأثر المخفّف للنّظام العامّ. [2]

و قد أقرّ القضاء الفرنسي ذلك لمّا اعترف بآثار الطّلاق الواقع في الخارج و لو تمّ بناء على أسباب لا يقرّها القانون الفرنسي، و وضّحت محكمة النّقض الفرنسيّة هذا التّوجه بتأكيدها على أنّ أثر النّظام العامّ كأداة لاستبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ تختلف في حالة النّزاعات المتّصلة بحقّ نشأ في فرنسا عنه في الفرض الذي اكتسب فيه الحقّ فعلا في الخارج وفقا للقانون الذي عيّنته قواعد الإسناد الفرنسيّة.

لكنّ الأثر المخفّف للنّظام العامّ بدوره لا يتمّ إعماله على إطلاقه، حيث حكم القضاء الفرنسي مثلا بعدم جواز الاحتجاج في فرنسا بحقّ الملكيّة على المنقول و لو كان هذا الحقّ قد اكتسب في الخارج وفقا للقانون الذي عيّنته قواعد الإسناد الفرنسية ما دام هذا القانون قد أجاز مبدأ نزع الملكيّة دون تعويض، لأنّ الاعتراف بهذا الحقّ المكتسب بناء على هذا الأساس يتعارض مع اعتبارات النّظام العامّ الفرنسي دائما،

[1] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص159.

[2] كمال كيحل : " الأثر المخفّف للنظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ " حوليّات جامعة بشّار، عدد 05- 2009، ص85.

وهكذا فالأثر المخفّف للنّظام العامّ في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني بداهة إنكار كلّ أثر للنّظام العامّ بوصفه صمّام الأمان الذّي يحمي الأسس الجوهرية التّي ينهض عليها كيان المجتمع.

بقيت الإشارة في الأخير إلى ما يسمّى بالأثر الانعكاسي للنّظام العامّ، و يتعلّق الأمر بالحالة التّي ينشأ فيها الحقّ في دولة أجنبيّة وفقا لنظامها العامّ و خلافا لما يقضي به القانون الأجنبيّ واجب التّطبيق، فهل يمكن التمسّك بهذا الحقّ المخالف للنّظام العامّ في القانون الأجنبيّ المختصّ في بلد القاضي؟

المثال على ذلك زواج بولونيين في بلجيكا وفقا لقانونها الذّي حل محلّ قانونهما المختصّ و الذّي لا يسمح بالزّواج بين مختلفي الدّيانة مخالفا بذلك النّظام العامّ في بلجيكا، فالقاضي الفرنسي هنا لا يمكنه إقرار هذا الزّواج لأنّه تمّ خلافا لما تقضي به قواعد الإسناد الفرنسيّة من حيث تطبيق قانون الجنسيّة على الزّواج، تأسيسا على أنّ فكرة النّظام العامّ فكرة وطنيّة، و لا يمكن للقاضي الفرنسي مثلا أن يراقب هذه الفكرة بالنّسبة لقوانين الدّول الأخرى. [1]

الفرع الثاني: الدّفع بالغشّ نحو القانون

قد يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبيّ رغم اختصاصه بحكم النّزاع نتيجة لجوء أطراف العلاقة إلى تغيير ضابط الإسناد الذي عيّنته قاعدة الإسناد في قانونه، فيتغيّر تبعا لذلك القانون واجب التّطبيق، فهذا التّغيير بحدّ ذاته مشروع و لكنّ عدم المشروعيّة يكمن في الغرض منه، فقد يكون قانون الزّوج مثلا يمنع الطّلاق فيقوم بتغيير جنسيّته و اكتساب جنسيّة دولة أخرى يسمح قانونها بذلك ليتسنّى له بعدها إيقاعه بسهولة، و هكذا نلاحظ تحايلا من هذا الزّوج على القانون واجب التّطبيق أصلا.

و للإحاطة بهذا الدّفع يتعيّن الوقوف على مفهومه (أوّلا)، ثمّ الأثر المترتّب عنه (ثانيا).

أوّلا– مفهوم الغشّ نحو القانون

للإلمام بمفهوم الغشّ نحو القانون يقتضي الأمر تعريفه الذّي يتضمّن بالضّرورة شروطه، ثمّ تتبّع الأساسين التّاريخي و الفقهي له.

[1] فؤاد خوالدية: " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص ص160، 161.

1/ تعريف الغشّ نحو القانون:

نصّ المشرّع الجزائري في المادة 1/24 من القانون المدني المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبيّ بموجب النّصوص السّابقة إذا كان مخالفا للنظام العامّ أو الآداب العامّة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة غشّ نحو القانون."

لم يعرّف المشرّع الجزائري في هذا النّصّ الغشّ نحو القانون رغم اعتماده كسبب أو دفع لاستبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ، بالمقابل استقرّ الفقه على تعريفه بأنّه: "إحداث تغيير في ضابط الإسناد المعيّن من طرف قاعدة الإسناد الوطنيّة مع اقترانه بسوء النيّة لتحقيق نتيجة يترتّب عنها إنشاء مركز قانونيّ متّفق مع حرفية النّصّ و مناقض للغرض الحقيقيّ منه، لتلبية مصالح شخصيّة في إطار القانون المراد الخضوع له." [1]

من خلال هذا التّعريف يمكن استنباط شروط الدّفع بالغشّ نحو القانون، و هي شروط متفق على بعضها ومختلف على بعضها الآخر.

أ/ الشّروط المتّفق عليها

هما شرطان في واقع الأمر نفصّلهما كما يأتي:

- التّغيير الإرادي لضابط الإسناد

ليس كلّ ضابط إسناد يمكن تغييره، بل إنّ الأمر منحصر في الضّوابط الإرادية فقط كالجنسيّة و الدّين أو المعتقد، و الموطن و موقع المنقول، و عليه لا بدّ أن يكون للإرادة دور في هذا التّغيير، إذ لا يعتدّ بالتّغيير المفروض على الفرد، كتغيير جنسيّته مثلا بسبب تغيّر السّيادة على الإقليم الذّي كان ينتمي إليه بجنسيّته. [2]

- توافر نيّة الغشّ نحو القانون

فضلا عن دور الإرادة في تغيير ضابط الإسناد، لا بدّ أن يقترن هذا التّغيير بنيّة التهرّب من أحكام القانون المختصّ أو واجب التّطبيق أصلا، كأن يغيّر الفرد موطنه أو جنسيّته تهرّبا من هذا القانون ورغبة

[1] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التنازع الدّولي للقوانين " مرجع سابق، ص542.

[2] نادية فضيل : " تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني " مرجع سابق، ص131.

في الخضوع لقانون الموطن أو الجنسيّة الجديد الذّي يرى فيه تحقيقا لمصلحته، و لمّا كانت النيّة من الأمور الباطنيّة أو النّفسية فمن الصّعوبة الكشف عنها و التيقّن منها، هذا ما جعل بعض الفقه يتردّد في التّسليم بفكرة الغشّ نحو القانون في مجملها. [1]

ب/ الشّروط المختلف عليها

هما أيضا شرطان نستعرضهما كما يلي:

- أن يكون القانون الذي يريد الشّخص التهرّب من أحكامه هو قانون القاضي

معنى ذلك أنّه لا مجال للدّفع بالغشّ نحو القانون إذا كان القانون الذّي يريد الشّخص الإفلات من أحكامه قانونا أجنبيّا آخر غير قانون القاضي، لأنّ مهمّة هذا الأخير حقيقة هي حماية قانونه الوطني ولا شأن له بعد ذلك بالقوانين الأجنبيّة الأخرى، و قد كرّس القضاء الفرنسي في البداية هذا الشّرط، لكنه بدأ يتراجع عنه باتّجاهه إلى عدم قصر الدّفع بالغشّ نحو القانون على قانون القاضي، و تطبيقا لذلك أبطل العقود المبرمة وفقا للقانون الفرنسي بسبب غشّ نحو القانون الأجنبيّ المختصّ أصلا بحكمها، و قد أيّد الفقه الحديث هذا الاتّجاه باعتبار الغشّ غشّا في كلّ الحالات و ينبغي التصدّي له حيث كان، استنادا إلى القاعدة اللّاتينيّة القديمة (الغشّ يفسد كلّ شيء) و كذا القاعدة الفقهيّة في الشّريعة الإسلامية (ما بني على باطل فهو باطل)، كما أنّ الغشّ نحو القانون هو في حقيقته تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي قبل أن يكون تحايلا على القانون المختصّ الذّي عيّنته هذه الأخيرة.

و يبدو أنّ المشرّع الجزائري ساير هذا الاتّجاه في المادة 1/24 المذكورة حيث جاءت العبارة مطلقة لا تخصّ القانون الجزائري فقط، بل تشمل أيّ قانون وقع الغشّ نحوه. [2]

- أن تكون أحكام القانون المختص التي يريد الشّخص الإفلات منها آمرة

معنى ذلك أنّ الغشّ لا بدّ أن يتّجه إلى القواعد الآمرة في القانون المراد التهرّب من تطبيقه، و بمفهوم المخالفة لا يتحقّق هذا الغشّ لو اقتصر على القواعد المكمّلة فيه، لأنّ تطبيقها في حدّ ذاته يفتح المجال أمام الأفراد لمخالفتها، غير أنّ الفقه الغالب لا يقرّ هذا الشّرط باعتبار القواعد المكمّلة نفسها لها صفة

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص266.

[2] أحمد دغيش: " الغشّ نحو القانون في مجال القانون الدّولي الخاصّ " مجلّة المنار للبحوث و الدّراسات القانونيّة و السّياسيّة، عدد 02- ديسمبر 2017، ص79.

الإلزام التّي تطبع القواعد الآمرة، فهي لا تطبّق إلّا إذا توافر شرط عدم اتّفاق الأطراف على مخالفتها، فإذا تخلّف هذا الشّرط عاد لها الإلزام المفتقد و طبّقت كما تطبّق القواعد الآمرة. [1]

2/ الأساس التّاريخي و الفقهي للغشّ نحو القانون

إنّ نشأة الدّفع بالغشّ نحو القانون تعود إلى قضيّة الأميرة "بوفرمون" الشّهيرة و التّي فتحت المجال أمام الفقه الحديث للبحث عن أساس قانونيّ لهذا الدّفع، لذلك سنعالج تباعا كلّا من الأساسين: التّاريخي والفقهي للدّفع بالغشّ نحو القانون.

أ/ الأساس التّاريخي للدّفع بالغشّ نحو القانون

يعود الأساس التّاريخي للدّفع بالغشّ نحو القانون إلى القضيّة المشار لها سابقا و التّي عرضت على القضاء الفرنسي، تتمثّل وقائعها في أنّ أميرة فرنسية تدعى "بوفرمون" أرادت الانفصال عن زوجها للارتباط بأمير رومانيّ يدعى "ببسكو"، و لكنّ القانون الفرنسي باعتباره قانونها الوطني كان يمنع الطّلاق آنذاك، فالتجأت هذه الأخيرة إلى التجنّس بإحدى جنسيّات الدّويلات الألمانية التّي كانت قوانينها تقرّ الطّلاق، فكان لها ذلك في إطار قانون جنسيّتها الجديدة و تسنّى لها تبعا له تحقيق رغبتها بزواجها من الأمير المذكور، و بعد فترة عادت رفقته إلى فرنسا للإقامة فيها، فرفع زوجها الأوّل (طليقها) دعوى مزدوجة موضوعها إبطال كلّ من طلاقها منه و زواجها من "ببسكو".

و بعد أخذ و ردّ قضت محكمة النّقض الفرنسيّة أخيرا لصالحه على أساس ثبوت غشّ نحو القانون، وأسّست هذه السّابقة منذ ذلك الوقت لأحكام متعاقبة في هذا السّياق. [2]

ب/ الأساس الفقهي للدّفع بالغشّ نحو القانون

منذ قضيّة "بوفرمون" و الفقه عاكف على محاولة إيجاد أساس قانونيّ للدّفع بالغشّ نحو القانون، فتعدّدت المقترحات في هذا الشّأن و أبرزها:

[1] أحمد دغيش : " الغشّ نحو القانون في مجال القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص80.

[2] حمزة قتّال : " دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن " مرجع سابق، ص ص164، 165.

- ردّ الغشّ نحو القانون إلى نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ

و قد انتقد هذا الرّأي انطلاقا من أنّ الغشّ موجّه نحو القانون، بينما التعسّف موجّه ضدّ مصلحة أو حقّ أي موجّه في العموم ضدّ شخص. [1]

- ردّ الغشّ نحو القانون إلى فكرة النّظام العامّ

انتقد هذا الرّأي كذلك استنادا إلى مضمون كلّ منهما، فالدّفع بالنّظام العامّ ينطلق من تعارض مضمون القانون الأجنبيّ مع قانون القاضي، و لا دخل للشّخص الذّي سيطبّق عليه القانون الأجنبيّ بهذا التعارض، أمّا الغشّ نحو القانون فهو يقوم على نيّة هذا الشّخص في التهرّب من القانون الذّي سيطبّق عليه.

- ردّ الغش نحو القانون إلى نظريّة الصّوريّة في القانون المدني

كان هذا الرّأي محلّ انتقاد أيضا، لأنّ الصّوريّة تقوم على وجود عقد ظاهر غير حقيقيّ يخفي عقدا باطنا حقيقيّا، بينما الغشّ نحو القانون يقوم على تصرّف واحد لا يخفي تصرّفا آخر، و هو تغيير ضابط الإسناد، و إن كانت النيّة من ورائه غير مشروعة. [2]

إنّ كلّ هذه المحاولات لم تفلح في ردّ الغشّ نحو القانون إلى أساس منطقيّ و سليم، لذلك فالرّأي الرّاجح يسلّم باعتباره نظريّة مستقلّة قائمة بذاتها.

ثانيا- الأثر المترتّب عن الدّفع بالغشّ نحو القانون

إنّ الأثر المترتّب عن الدّفع بالغشّ نحو القانون و هو استبعاد القانون الذي غيّر ضابط الإسناد لصالحه و تطبيق القانون المختصّ بدلا منه هو الجزاء الطّبيعي الذّي ينبغي توقيعه على الشّخص الذّي قام بهذا التصرّف ، لكن هل يشمل هذا الجزاء الوسيلة و الغاية معا، أم يشمل الغاية دون الوسيلة؟

انقسم الفقه بشأن الإجابة عن هذا السّؤال إلى فريقين على النّحو التالي:

[1] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص167.

[2] نادية فضيل : " تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني " مرجع سابق، ص137.

1/ جزاء الغشّ نحو القانون يشمل الغاية و الوسيلة معا

هذا ما استقرّ عليه الفقه الغالب في فرنسا، ففي قضية "بوفرمون" المتقدّمة ينبغي ألّا يتوقّف أثر الغشّ عند إبطال كلّ من طلاقها من زوجها الأوّل و زواجها من الثّاني، و إنّما يجب أن يمتدّ أيضا إلى عدم الاعتداد بالجنسيّة الجديدة التّي اكتسبتها و الإبقاء على جنسيّتها الأصليّة (الفرنسيّة)، و يبرّر هذا الفقه ذلك بأنّ هذا الحلّ ميسور التّطبيق بحيث لا يجزّء القضيّة، فضلا عن أنّ عدم مشروعية الغاية شابت الوسيلة فأصبحت بدورها غير مشروعة، ذلك ما أخذت به محكمة النّقض الفرنسيّة في القضيّة المذكورة ذاتها. [1]

و قد انتقد هذا الرّأي على أساس أنّ جزاء الغشّ لا يكون البطلان لأنّه لا يمكن لأيّة دولة أن تقرّر صحّة أو عدم صحّة تصرّف تمّ في دولة أخرى، و إنّما الجزاء هو الاكتفاء بعدم نفاذ ذلك التصرّف أو عدم الاعتراف بتلك الوضعيّة في دولة القاضي، إضافة إلى أنّ هناك أوضاعا لا يمكن تغييرها كالأعمال المادّية (تحويل منقول من دولة إلى أخرى، اصطناع دولة ما محلّا لإبرام العقد...) ففي هذه الحالة لا يمكن إبطال الوسيلة و لا بدّ من الاعتراف بالأمر الواقع، و عليه فالجزاء يشمل الغاية دون الوسيلة.[2]

2/ جزاء الغشّ نحو القانون يشمل الغاية دون الوسيلة:

يذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة اقتصار جزاء الغشّ نحو القانون على الغاية دون الوسيلة، ففي قضية "بوفرمون" المذكورة لا بدّ أن ينحصر أثر الغشّ على عدم نفاذ طلاقها و كذا عدم نفاذ زواجها الثّاني، دون أن يمتدّ إلى عدم الاعتداد بجنسيّتها الجديدة المكتسبة و هي الجنسيّة الألمانيّة، لتكون كلّ تصرّفاتها النّاشئة في ظلّ الجنسيّة الجديدة صحيحة، كلّ ذلك تكريسا للعدالة التّي يجب أن تسود باقتصار الجزاء على الغاية دون الوسيلة، شاملا بذلك التصرّف غير المشروع دون بقيّة التصرّفات التّي يفترض صحّتها طبقا لضابط الإسناد الجديد. [3]

[1] حفيظة السيّد الحدّاد: " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص324.

[2] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص270.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التنازع الدّولي للقوانين " مرجع سابق، ص564.

الفصل الثّاني:
الحلول الوضعيّة لتنازع القوانين

الفصل الثّاني: الحلول الوضعيّة لتنازع القوانين

بالرّجوع إلى قواعد الإسناد المعتمدة من طرف المشرّع الجزائري في القانون المدني من خلال الموادّ من 09 إلى 24 و التّي ذكرت سلفا، نلاحظ أنّ الفئات المسندة المتضمّنة فيها يمكن تقسيمها إلى أربع مجموعات:

المجموعة الأولى: تضمّ الأحوال الشّخصية (الحالة و الأهليّة، الزّواج انعقادا و انحلالا، النّسب، الكفالة، التبنّي، الميراث، الوصيّة، الهبة، الوقف) و تخضع لقانون الجنسيّة.

المجموعة الثّانية: تضمّ الأموال (العقّارات و المنقولات و مختلف التصرّفات الواردة عليها) و تخضع لقانون موقعها.

المجموعة الثّالثة: تشمل الالتزامات تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، حيث تخضع الأولى إلى قانون الإرادة كمبدأ عامّ، فيما تخضع الثّانية لقانون مكان الفعل المنشئ لها.

المجموعة الرّابعة: تحتوي على شكل التصرّفات القانونيّة، و تخضع كمبدأ عامّ لقانون بلد الإبرام.

و سنخصّ كلّ مجموعة منها بدراسة مفصّلة مبيّنين القانون واجب التّطبيق عليها من خلال مباحث خمس على النّحو التّالي:

المبحث الأوّل: القانون واجب التّطبيق على الأحوال الشّخصية

لتعدّد مسائل الأحوال الشّخصية فسنتعرّض في هذا المبحث إلى الإطار العامّ للأحوال الشّخصية (مطلب أوّل)، و لأهمّية الزّواج ضمنها سنفرده بمعالجة خاصّة (مطلب ثان)، على أن نتناول بقيّة مسائل الأحوال الشّخصية في دراسة مستقلّة (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الإطار العامّ للأحوال الشّخصية

لمّا كانت الأحوال الشّخصية هي المسائل المتعلّقة بالأشخاص فإنّها تخضع لقانون الجنسيّة في الدّول الإسلاميّة و معظم الدّول اللّاتينيّة، كما تخضع كذلك لقانون الموطن في الدّول الأنجلو سكسونية.[1]

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص137.

و عليه سنتناول ضابط الإسناد في الأحوال الشّخصية في فرع أوّل، و لمّا كانت الحالة و الأهليّة المسألتين الأكثر اتّصالا بالشّخص فسنتناولها في فرع ثان.

الفرع الأوّل: ضابط الإسناد في الأحوال الشّخصية

شكّلت المفاضلة بين قانوني الجنسيّة و الموطن جدلا بين الفقهاء، حيث قدّم كل فريق منهم –منتصرا لأحد القانونين– حججه، رغم ما يعترض تطبيق القانون الأوّل من صعوبات. نستعرض كلّ ذلك فيما يلي:

أوّلا– قانون الجنسيّة

بالرّغم من التبريرات التي قدّمها أنصار هذا الضّابط من ضوابط الإسناد، إلّا أنّ تطبيقه تعترضه بعض الصّعوبات العمليّة.

1/ مبرّرات تطبيق قانون الجنسيّة

تتمثّل أبرز مبرّرات تطبيق قانون الجنسيّة حسب الرّأي المنتصر له في:

أ/ قانون الجنسيّة هو القانون الأكثر ثباتا، و لا يصادف صعوبة في تطبيقه.

ب/ صفتا الثّبات و الاستقرار المقترنين بقانون الجنسيّة يجعلانه أكثر اتّصالا بالشّخص من قانون الموطن و أكثر تعبيرا عن الرّابطة القائمة بينه و بين دولته، مقارنة بقانون الموطن.

ج/ قانون الجنسيّة هو القانون الذّي يعرفه الشّخص عادة، لذلك يلجأ إلى أحكامه أكثر من لجوئه إلى أحكام قانون الموطن أو قانون آخر.

د/ الواقع يبيّن أنّ قانون الجنسيّة يفرض نفسه فرضا في مجال الأحوال الشّخصية خاصّة في الدّول التّي يلعب فيها الدّين دورا كبير كالدّول الإسلاميّة، و عليه فمن غير المعقول أن يطبّق على المسلم المقيم في فرنسا مثلا القانون الفرنسي (المسيحي) بوصفه قانون موطنه. [1]

[1] آمنة امحمدي بوزينة: " إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصيّة مدعّم بالاجتهاد القضائي و حلول لقضايا " ط1، دار الجامعة الجديدة– الإسكندرية 2019، ص196.

2/ الصّعوبات التّي تعترض تطبيق قانون الجنسيّة

لا يكون تطبيق قانون الجنسيّة بسيطا في كلّ الحالات، فقد يصادف القاضي إشكاليّة تمتّع الشّخص بأكثر من جنسيّة، أو عدم تمتّعه بأيّة جنسيّة على الإطلاق، ذلك ما يعرف بتعدّد الجنسيّات في الحالة الأولى، و انعدام الجنسيّة في الحالة الثّانية. [1]

أ/ إشكاليّة تعدّد الجنسيّات

إنّ تمتّع الشّخص بأكثر من جنسيّة في الوقت نفسه يطرح مسألة المفاضلة بين هذه الجنسيّات لاختيار أقربها إلى هذا الشّخص، و من ثمّة تطبيق قانون الجنسيّة المرجّحة بالنّسبة له. [2]

و لقد أغنانا المشرّع الجزائري عن الخوض في الجدل الفقهي بشأن المعيار المعتمد لتلك المفاضلة أو الترجيح، حيث نصّ في المادّة 22 من القانون المدني المعدّلة بالقانون 05-10 على أنّه: " في حالة تعدّد الجنسيّات يطبّق القاضي الجنسيّة الحقيقية. غير أنّ القانون الجزائري هو الذّي يطبّق إذا كانت للشّخص في وقت واحد بالنّسبة إلى الجزائر الجنسيّة الجزائريّة و بالنّسبة إلى دولة أو عدّة دول أجنبيّة جنسيّة تلك الدّول..."

إنّ استقراء هتين الفقرتين من المادّة المذكورة يؤدّي بنا إلى التمييز بين فرضيتين:

الفرضيّة الأولى: تعدّد الجنسيات التّي ليست بينها الجنسيّة الجزائريّة

في هذه الحالة يحتكم القاضي إلى الجنسيّة الفعلية التي عبّر عنها المشرّع الجزائري بالجنسيّة الحقيقيّة وذلك باستعمال معيار واقعيّ لا قانوني يستمدّ من جملة عوامل متداخلة و متكاملة كالتوطّن بالدولة، وممارسة مهنة أو نشاط قارّين فيها بما في ذلك الوظائف الإدارية و السّياسية...، و قد كرّس القضاء الفرنسي مبدأ الجنسيّة الفعليّة من خلال حكم محكمة باريس الصادر في 1965/03/15.

[1] سعاد يوبي : " الصّعوبات التّي تعترض القانون الواجب التّطبيق في العلاقات الدّوليّة الخاصّة- الحضانة نموذجا " مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، عدد 04- جوان 2016، ص383.

[2] ريمة شيكر : " التحدّيات القانونيّة للحدّ من ظاهرة تعدّد الجنسيّات في القانون الدّولي الخاصّ " مجلّة المنار للبحوث و الدّراسات القانونيّة و السّياسيّة، عدد 05- جوان 2018، ص413.

الفرضيّة الثّانية: تعدّد الجنسيّات التّي من بينها الجنسيّة الجزائريّة

في هذه الحالة يأخذ القاضي مباشرة بالجنسيّة الجزائريّة حتّى و إن كانت غير فعليّة و لا أصليّة أي مكتسبة، و هو الحلّ الذّي تبنّته تشريعات معظم الدّول العربيّة. [1]

تجدر الإشارة إلى ضرورة إضافة كلمة (قانون) إلى عبارة الجنسيّة الحقيقيّة في الفقرة الأولى من المادّة أعلاه ليستقيم المعنى، فالمشرّع يقصد تطبيق قانون الجنسيّة الحقيقيّة و ليس تطبيق هذه الجنسيّة بذاتها.

ب/ إشكاليّة انعدام الجنسيّة:

اختلف الفقه بشأن الحلّ المعتمد في هذه الحالة، فمنهم من دعا إلى تطبيق قانون آخر جنسيّة كان يحملها الشّخص، و قد انتقد هذا الرّأي على أساس أنّ الشّخص يمكن ألّا يكون قد حمل أيّة جنسيّة إطلاقا، ومنهم من نادى بتطبيق قانون جنسيّة دولة المولد، و انتقد هذا الرّأي بدوره على أساس أنّ واقعة الميلاد قد تكون عرضية من جهة، و قد تكون دولة المولد ذاتها هي التّي حرمته جنسيّتها، أمّا الرّأي الرّاجح فهو ذلك الذي يذهب إلى تطبيق قانون الموطن، و إذا استحال تحديده فقانون محلّ الإقامة. [2]

و هو ما أخذ به المشرّع الجزائري في الفقرة الثّالثة من المادّة 24 المذكورة مقرّرا: "... و في حالة انعدام الجنسيّة يطبّق القاضي قانون الموطن أو قانون محلّ الإقامة."

و تجدر الإشارة إلى أنّ هذا الحلّ لم يكن معتمدا قبل تعديل 2005، حيث ترك المشرّع الجزائري للقاضي سلطة تقديريّة في تعيين القانون الذّي يراه أصلح للعدالة، و للشّخص المعني في الفقرة الثالثة من نفس المادّة قبل تعديلها.

ثانيا– قانون الموطن

بالرّغم من وجاهة مبرّرات تطبيق قانون الموطن إلّا أنه لم يسلم من الانتقادات الموجّهة إليه.

1/ مبرّرات تطبيق قانون الموطن:

تتمثّل أهمّ هذه المبرّرات في الآتي:

[1] سعاد يوبي: " الصّعوبات التّي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدّوليّة الخاصّة " مرجع سابق، ص ص384، 385.
[2] سعاد يوبي، المرجع نفسه، ص389.

أ/ يؤمّن قانون الموطن مصالح الأشخاص و يجنّبهم عنصر المفاجأة، فالمهاجر من مصلحته الخضوع لقانون المكان الذّي يعيش فيه، باعتباره القانون الذّي ألفه و تكيّف معه على حدّ زعم "باتيفول".

ب/ يضمن قانون الموطن مصالح الدّول المستقطبة للسكّان من حيث أنّه يعمل على إدماج المهاجرين المقيمين على إقليمها.

ج/ توافق قانون الموطن في معظم الأحوال مع قانون القاضي حيث يقول "مايار" إنّ الشّخص يرفع دعواه غالبا في البلد الذّي يعيش فيه.

د/ يعبّر قانون الموطن عن الرّابطة الحقيقيّة بين الشّخص و الدّولة التّي يقيم فيها، مقارنة بالجنسيّة التّي قد تكتسب بصفة عرضيّة كما كان عليه الأمر في الولايات المتّحدة الأمريكيّة. [1]

2/ الانتقادات الموجّهة لقانون الموطن:

يتمثّل أبرزها في:

أ/ قانون الموطن ليس المعيار الحقيقيّ للتعبير عن الارتباط الفعلي بين الشّخص و دولة معيّنة، من حيث عدم ثباته و استقراره، حيث يمكن تغيير الموطن بسهولة بخلاف الجنسيّة.

ب/ لا يحافظ قانون الموطن دائما على مصالح الأفراد و تجنيبهم عنصر المفاجأة، بل قد يتحقّق ذلك أكثر في إطار قانون الجنسيّة.

ج/ انتفاء التّلازم الحتمي بين قانون الموطن و قانون القاضي، فقد يرفع الشّخص دعواه في بلد غير ذلك الذي يتوطّن فيه، و هو الجاري به العمل اليوم في إطار القانون الدّولي الخاصّ.

صفوة القول أنّ الحجج المقدّمة من أنصار كلّ من قانون الجنسيّة و قانون الموطن نسبيّة و غير مطلقة، و الواقع يدلّ على أنّ القانونين معتمدان معا في الأنظمة القانونيّة على اختلاف بينها وفق ما بيّنّاه سابقا.

[1] آمنة محمدي بوزينة : " إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصية " مرجع سابق، ص195.

الفرع الثاني: الحالة و الأهليّة باعتبارهما أكثر ارتباطا بالشّخص

تناول المشرّع الجزائري الحالة و الأهليّة في المادّة 10 من القانون المدني المعدّلة بالقانون 05-10 بنصّه على أنّه: " يسري على الحالة المدنيّة للأشخاص و أهليّتهم قانون الدّولة التّي ينتمون إليها بجنسيّتهم. و مع ذلك ففي التصرّفات الماليّة التي تعقد في الجزائر و تنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين ناقص الأهليّة، و كان نقص أهليّته راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبّينه على الطّرف الآخر، فإنّ هذا السّبب لا يؤثّر في أهليّته و لا في صحّة المعاملة. أمّا الأشخاص الاعتباريّة من شركات وجمعيّات و مؤسّسات و غيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدّولة التي يوجد فيها مقرّها الاجتماعي الرّئيسي و الفعلي. غير أنّه، إذا مارست الأشخاص الاعتباريّة الأجنبيّة نشاطا في الجزائر فإنّها تخضع للقانون الجزائري."

مع جمع المشرّع الحالة و الأهليّة في فئة مسندة واحدة، إلّا أنّنا سنفرد كلّا منها بدراسة مستقلة.

أوّلا- الحالة

إنّ مصطلح الحالة مطلقا ينصرف في مدلوله إلى الحالة العامّة و الحالة الخاصّة (المدنية)، فأيّهما تدخل في نطلق التّنازع ؟ و ما هي مشتملات الحالة المقصودة؟

1/ التمييز بين الحالة العامّة و الحالة الخاصّة أو المدنيّة

يمكن التمييز بين الحالتين بشرح كلّ منهما على حدة.

أ/ الحالة العامّة:

حالة الشّخص العامّة هي المعطيات المتّصلة بمركزه من دولته، و المحدّدة برابطة الجنسيّة من حيث حقوقه و واجباته إزاءها. [1]

[1] نبيل إبراهيم سعد: " المدخل إلى القانون- نظرية الحق " ط1، منشورات الحلبي الحقوقيّة- بيروت 2010، ص151.

ب/ الحالة الخاصّة أو المدنيّة

هي مجموع الصّفات المتّصلة بالتّعريف بالشّخص من حيث اسمه و موطنه، و المتّصلة بمركزه من أسرته من زواج، نفقة، ميراث... [1]

و لأنّ الحالة العامّة يضبطها قانون كلّ دولة داخل إقليمها فهي تخرج من مجال التّنازع، و تبقى بذلك الحالة الخاصّة أو المدنيّة خاضعة لحكم المادّة 10 المذكورة.

2/ مشتملات الحالة الخاصّة(المدنية)

في إطار الحالة المدنيّة يعتبر الإسم و الموطن من أكثر الصّفات دلالة على الشّخص و التصاقا به.

أ/ الإسم

هو الصّفة التّي تحدّد الشّخص و تميّزه عن غيره، و يتكوّن من الإسم العائلي (اللّقب) و الإسم الشّخصي (إسم العلم المدعو به). [2]

و قد اعترف المشرّع الجزائري بالإسم كصفة مميّزة للشّخص في القانون المدني من خلال المادّة 28 منه التّي قرّرت: " يجب أن يكون لكلّ شخص لقب و اسم فأكثر، و لقب الشّخص يلحق أولاده. يجب أن تكون الأسماء جزائريّة و قد يكون خلاف ذلك بالنّسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين."

و لالتصاق الإسم بالشّخص على النّحو المشار إليه فإنّ أنسب القوانين لحكمه هو قانون جنسيّة الشّخص وفقا لما نصّت عليه المادّة 10 المذكورة، و هو القانون الذّي أخذ به القضاء الفرنسي من خلال حكم محكمة باريس الصّادر في 1970/07/01. [3]

---

[1] عبد القادر الفار : " المدخل لدراسة العلوم القانونية: مبادئ القانون، النظرية العامّة للحق " ط1، دار الثقافة، عمّان- الأردن 1999، ص168.

[2] رمضان أبو السّعود، محمّد حسين منصور: " المدخل إلى القانون- نظرية الحق " الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003، ص303.

[3] عكاشة محمد عبد العال : " تنازع القوانين- دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص736.

ب/ الموطن

تختلف الأنظمة القانونيّة في مفهومها لفكرة الموطن، بل إنّ هذه الفكرة ليست نفسها في قانون الدّولة الواحدة، حيث ينقسم الموطن في القانون المدني الجزائري مثلا من خلال المواد من 36 إلى 39 إلى موطن عامّ و موطن خاصّ، و ينقسم الموطن العامّ بدوره إلى موطن اختياري و موطن إلزامي.

و هذا الاختلاف في مفهوم الموطن على الصّعيدين الدّاخلي و الدّولي يطرح مشكلة تحديد الموطن المقصود في قواعد الإسناد، و مهما يكن من أمر فالموطن مثل الإسم وثيق الصّلة بالشّخص من حيث كونه وسيلة للكشف عن مكان وجوده، لذلك يخضع هو الآخر لقانون الجنسيّة وفقا لما نصّت عليه المادّة 10 سابقا، مع ضرورة التمييز في هذا السّياق بين الموطن كصفة مميّزة لحالة الشّخص و بين الموطن كضابط إسناد. [1]

ثانيا- الأهليّة

بالعودة إلى الفقرة الأولى من المادة 10 المذكورة، إضافة إلى الحالة فقد أخضع المشرّع الجزائري الأهليّة أيضا لقانون الجنسيّة، غير أنّه في الفقرة الثّانية من نفس المادّة قرّر استثناء مفاده عدم خضوع الأهليّة لقانون الجنسية إذا تعلّق الأمر بتصرّفات ماليّة تعقد في الجزائر و تنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطّرفين ناقص الأهليّة وفقا لقانونه و كان هذا النّقص راجعا لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطّرف الآخر تبيّنه، حيث لا يؤثّر هذا السّبب في أهليّته و لا في صحّة المعاملة، و بالتّالي يستبعد في هذه الحالة قانون جنسيّته من التّطبيق ببساطة ليطبّق مكانه قانون القاضي و هو القانون الجزائري هنا. هكذا إذن يكون المشرّع الجزائري قد قرّر بشأن الأهليّة مبدأ عاما و استثناء عليه.

1/ المبدأ العامّ: خضوع الأهليّة لقانون الجنسيّة

تنقسم الأهليّة إلى أهليّة وجوب، و أهلية أداء.

[1] عزّ الدّين عبد الله : " القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدّوليين " مرجع سابق، ص ص541، 542.

أ/ أهليّة الوجوب

هي صلاحية الشّخص لاكتساب الحقوق و تحمّل الالتزامات، و تثبت له بمجرّد ولادته حيّا، بل حتّى قبل ذلك و هو في بطن أمّه، و لأنّها تتعلّق بحقّ معيّن فهي تخضع للقانون الذّي يحكم هذا الحقّ. [1]

ب/ أهليّة الأداء

هي صلاحية الشّخص لمباشرة التصرّفات القانونيّة، و تنقسم بدورها إلى أهليّة أداء عامّة، و أهلية أداء خاصّة. [2]

- **أهليّة الأداء العامّة**

قوام هذه الأهلية القدرة على التّعبير عن الإرادة في إطار التصرّفات القانونيّة لا الأعمال المادّية، و لأنّها تتعلّق بالقدرة على مباشرة تصرّف قانوني من عدمها فهي تخضع لقانون الجنسيّة، فهذا الأخير هو الذّي يبيّن سنّ الرّشد الذّي ببلوغه تكتمل الأهليّة، كما يبيّن عوارضها، و الآثار القانونيّة المترتّبة عن تصرّفات القاصر. [3]

- **أهليّة الأداء الخاصّة**

أهليّة الأداء الخاصّة تتعلّق بأشخاص معيّنين منعهم القانون من مباشرة تصرّفات محدّدة رغم اكتمال أهليّتهم لاعتبارات تتّصل بحماية مصالح أطراف أخرى أو مصلحة اجتماعيّة عامّة، مثل منع القضاة والمحامين و الموثّقين و كتّاب الضّبط من شراء الحقوق المتنازع عليها كلّها أو بعضها، أصالة أو وكالة.[4] وفقا لنصّ المادة 402 من القانون المدني الجزائري، و كذلك عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت لأحد الورثة إلّا إذا أقرّه البقيّة منهم وفقا لنصّ المادة 1/408 من القانون المدني الجزائري.

هكذا نلاحظ في هذين المثالين كيف أنّ المشرّع الجزائري قلّص من نطاق أهليّة الأشخاص المذكورين في المادّة 402، و الشّخص المذكور في المادّة 1/408 في الحدود المنصوص عليها فيهما، و بهذا تخضع

[1] عبد المجيد زعلاني : " المدخل لدراسة القانون– النظرية العامة للحق " دار هومة– الجزائر 2010، ص125.

[2] رمضان أبو السّعود : " النظرية العامّة للحق " دار الجامعة الجديدة للنشر– الإسكندرية 2005، ص96.

[3] علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص65.

[4] عزّ الدّين عبد الله : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدّوليين " مرجع سابق، ص ص224، 225.

أهليّة الأداء الخاصّة للقانون الذّي يحكم التصرّف ذاته، و عليه تخرج من نطاق المادّة 10 المذكورة كلّ من أهليّة الوجوب و أهليّة الأداء الخاصّة، و لا تدخل في حكمها إلّا أهلية الأداء العامّة على النّحو الذي تمّ تفصيله.

أمّا أهليّة الأشخاص المعنويّة الخاصّة و استنادا إلى الفقرة الثّالثة من المادّة 10 المذكورة فإنّها تخضع لقانون دولة المقرّ الرّئيسي و الفعلي للشّخص المعنوي، غير أنّ هذا الأخير يخضع للقانون الجزائري إذا مارس نشاطا في الجزائر بصرف النّظر عن الدولة التّي يوجد فيها مقرّه الرّئيسي و الفعلي. [1]

2/ الاستثناء: عدم خضوع الأهليّة لقانون الجنسيّة بل لقانون القاضي

إنّ الاستثناء الذّي أورده المشرّع الجزائري في المادّة 10 أعلاه كرّسه القضاء الفرنسي سابقا في قضيّة "ليزاردي"، و تتمثّل وقائعها في أنّ شابّا مكسيكيّا في الثّالثة و العشرين من عمره يدعى "ليزاردي" اشترى من تاجر فرنسي بعض الجواهر و حرّر مقابل ثمنها سندات، و عند حلول أجل الدّفع امتنع عن الوفاء بالثّمن محتجّا ببطلان السّندات لنقص أهليّته استنادا للقانون المكسيكي الذّي يحدّد سنّ الرّشد ببلوغ الشّخص الخامسة و العشرين سنة من العمر، و بما أنّه لم يبلغها بعد فهو قاصر في نظر قانونه الوطني، لكنّ محكمة النّقض الفرنسيّة أيّدت الحكم القاضي بصحّة السّندات رغم دفع "ليزاردي"، و ألزمته بالسّداد على أساس أنّ المتعاقد الفرنسي لا يفترض فيه العلم بكافّة قوانين العالم، بل يكفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفّة و لا رعونة و بحسن نيّة.

انطلاقا من المادّة 10 من القانون المدني الجزائري، و قرار محكمة النّقض الفرنسيّة المذكور ما هو أساس هذا الاستثناء؟ و ما هي شروط إعماله؟

أ/ أساس الاستثناء

اختلف الفقه في ردّ هذا الاستثناء إلى أساس معيّن، فكانت المقترحات الآتية:

[1] محمّد حبار : " القانون الدولي الخاص " دار الرّؤى للنشر و التوزيع، الدّار البيضاء- الجزائر 2013، ص ص392-330.

- **ردّ الاستثناء إلى فكرة النّظام العامّ**

و انتقد هذا الرّأي لأنّ الدّفع بالنّظام العامّ قائم على تعارض القانون الأجنبيّ مع قانون القاضي، و في إطار هذا الاستثناء ليس هناك تعارض بين القانونين بدليل أنّ المبدأ العامّ الوارد في المادة 10 يقضي بتطبيق قانون الجنسيّة (القانون الأجنبيّ المختصّ).

- **ردّ الاستثناء إلى فكرة الإثراء بلا سبب**

انتقد هذا الرّأي بدوره انطلاقا من أنّ القضاء بصحّة التصرّف وفقا لقانون القاضي لا يأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان الشّخص القائم بالتصرّف قد أثري من ورائه أم لا.

- **ردّ الاستثناء إلى فكرة جواز العذر بجهل القانون**

منطلق هذا الرّأي قرار محكمة النّقض الفرنسيّة المذكور في حدّ ذاته، لكنّه انتقد هو الآخر على أساس أنّه لو تمّ التسليم به لانقلب الاستثناء إلى قاعدة بالنّسبة لكافّة المسائل لا مسألة الأهليّة فقط، و هو ما يخالف الحقيقة الوضعيّة السّائدة، و هي لا عذر بجهل القانون و التّي تنطبق على القانونين الوطني والأجنبيّ على حدّ سواء.

- **ردّ الاستثناء إلى ما سمّي بالدّفع بالمصلحة الوطنيّة**

و هو التأصيل القانوني الرّاجح باعتبار أنّ الاستثناء تقرّر لصالح الوطنيّ الذّي ينبغي ألّا يتضرّر من تطبيق القوانين الأجنبيّة، و مع ذلك انتقد لأنّه يحمي مصالح الوطنيّين دون الأجانب، و ذلك ما يخالف الحكمة من قاعدة الإسناد التي وضعت لحماية أطراف العلاقة الدّولية الخاصّة ككلّ، دون تمييز في ذلك بين و طنيّين و أجانب. [1]

ب/ شروط إعمال الاستثناء

على ضوء الفقرة الثّانية من المادّة 10 أعلاه يمكن استنباط شروط إعمال الاستثناء، و هي أربعة نستعرضها على النّحو التّالي:

[1] فؤاد خوالدية: " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنيّة، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص ص146، 147.

- **أن يكون التصرّف محلّ الاستثناء ماليّا**

بمفهوم المخالفة فالتصرّفات غير الماليّة أو المتّصلة بمادّة الأحوال الشّخصية كالزّواج مثلا تخرج من دائرة الاستثناء، و يذهب جانب من الفقه في هذا السّياق إلى أنّ التصرّفات الماليّة المقصودة هنا هي التصرّفات الضّخمة من حيث القيمة، و الجسيمة من حيث المخاطر، و التّي تتطلّب بذلك قدرا كبيرا من الحيطة و الحذر و التقصّي عن أهليّة المتعاقد، و بذلك تخرج من هذا الإطار التصرّفات اليومية المألوفة أو قليلة الأهمّية. [1]

- **أن يعقد التصرّف في الجزائر و ينتج آثاره فيها**

في هذا الشّرط تلازم بين عقد التصرّف في الجزائر و إنتاج آثاره فيها، و عليه فلا مجال لإعمال الاستثناء في الحالة التي يعقد التصرّف فيها بالجزائر و ينتج آثارها خارجها و العكس صحيح، و بشأن ضرورة أن يتمّ التصرّف من وطنيّ مع أجنبيّ فقد اختلف بشأنه الفقه، و بالرّجوع إلى الفقرة الثّانية من المادّة 10 أعلاه نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون المتعاقد مع أجنبيّ جزائريّا بالضّرورة، و لكن عبارة (إذا كان أحد الطّرفين أجنبيا) تقطع بحكم اللّزوم المنطقيّ بأن يكون الطّرف الثّاني جزائريّا، و إلّا انتفى أساس هذا الاستثناء المتمثّل أصلا في الدّفع بالمصلحة الوطنيّة. [2]

- **أن يكون المتعاقد الأجنبيّ ناقص الأهليّة وفقا لقانونه الوطنيّ و كاملها وفقا للقانون الجزائري**

مع أنّ الفقرة الثّانية من المادّة 10 لم تشر صراحة إلى هذا الشّرط، إلّا أنّ منطق الأمور يفرضه، إذ لا يمكن إعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبيّ ناقص الأهليّة أيضا وفقا للقانون الجزائري، ذلك أنّه إذا كان يعذر المتعاقد (الوطنيّ) مع أجنبيّ لجهله بنقص أهليّته وفقا لقانون جنسيّته، فإنّه لا يعذر في جهله بنقص أهليّته وفقا للقانون الجزائري أيضا، و المفترض أنّه قانون المتعاقد الوطني الذّي يعرفه. [3]

-أن يكون نقص الأهليّة راجع لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطّرف الآخر تبيّنه

ذلك ما قرّرته محكمة النّقض الفرنسيّة مشترطة في ذلك أن يكون الشّخص قد تعاقد بدون خفّة و لا رعونة و بحسن نيّة، و عليه فإذا كان المتعاقد مع الأجنبيّ ناقص الأهليّة يعلم بنقص أهليّة الأخير، فلا وجه

[1] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدّفع بالنّظام العامّ " مرجع سابق، ص148.

[2] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص66.

[3] عزّ الدّين عبد الله: " القانون الدولي الخاصّ- تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدّوليين " مرجع سابق، ص236.

لحمايته بإثارة الاستثناء المتقدّم، و تقدير مدى جهل المتعاقد مع أجنبيّ من عدمه أمر متروك لسلطة قاضي الموضوع استناد إلى ظروف و ملابسات التعاقد، و اعتمادا على معيار الرّجل العادي. [1]

3/ الأثر المترتّب عن إعمال الاستثناء المتمثّل في عدم الخضوع لقانون الجنسيّة بشأن الأهليّة

إنّ النّتيجة المترتّبة عن الاستثناء المؤسّس على الدّفع بالمصلحة الوطنيّة يتمثّل في أن يعتبر المتعاقد مع الأجنبيّ ناقص الأهليّة وفقا لقانونه، معذورا في جهله بنقص أهليّة هذا الأخير، و اعتبار تصرّفه تبعا لذلك نافذا في مواجهته. [2]

لذلك يعتبر الفقه في كلّ من فرنسا و مصر أنّ هذا الاستثناء يشكّل في ذاته حالة أخرى من حالات استبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ ذات أثر مزدوج سلبي و إيجابي.

أ/ الأثر السّلبي

يتمثّل الأثر السّلبي للدّفع بهذا الاستثناء في اعتبار الطّرف الأجنبيّ ناقص الأهليّة وفقا لقانونه كاملها وفقا لقانون القاضي و الحكم تبعا لذلك بصحّة التّصرّف الذّي أجراه، و النّتيجة العمليّة هي إذن استبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ المختصّ المفروض تطبيقه بشأن أهليّته (و هو قانونه الوطنيّ أو قانون جنسيّته).

ب/ الأثر الإيجابي

إنّ استبعاد تطبيق القانون الأجنبيّ المختصّ بشأن أهليّة المتعاقد الأجنبيّ بسبب إعمال الاستثناء المتقدّم يستتبع حتما تطبيق قانون القاضي مكانه أو بدلا منه شريطة أن يكون هذا المتعاقد كامل الأهليّة وفقا لقانون القاضي، و بالعودة إلى سياق الفقرة الثّانية من المادّة 10 السّابقة فإنّ القانون الجزائري هو الذّي يطبّق هنا. [3]

[1] عكاشة محمد عبد العال : " تنازع القوانين– دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص797.

[2] هكذا ينصرف مفهوم المصلحة الوطنيّة إلى حماية مصالح مواطني الدّولة خاصّة على الصّعيد الاقتصادي.

[3] فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنيّة، الدّفع بالنظام العامّ " مرجع سابق، ص ص149، 150.

المطلب الثاني: الزّواج

مفهوم الزّواج ليس واحدا في قوانين دول العالم، فمنها من يعتبره رابطة مؤبّدة لا تنفكّ، و منها من يعتبره رابطة غير متعدّدة، و منها من يعتبره عقدا كسائر العقود المدنيّة أو التجاريّة يمكن أن ينحلّ بإرادة الطّرفين، و منها من يعتبره رابطة قابلة للتعدّد و لا تنفكّ إلّا بإرادة الزّوج من حيث الأصل، يتعلّق الأمر هنا بقوانين الأسرة في الدّول الإسلاميّة.

يمتدّ هذا الاختلاف ليشمل طريقة انعقاد الزّواج و آثاره، فقوانين بعض الدّول تعتبر إبرامه نظاما مدنيّا، في حين تعتبره قوانين دول أخرى نظاما دينيّا، و ترتّب بعضها على الزّواج آثارا ماليّة و شخصيّة، فيما تكتفي قوانين دول أخرى بالآثار الشّخصية فقط.

هذا الاختلاف بين القوانين في مفهوم الزّواج انعقادا و آثارا و انحلالا أيضا، يجعل منه في الحقيقة مجالا خصبا و واسعا لتنازع القوانين بشأنه. [1]

لذلك سنتناول الزّواج من حيث انعقاده (فرع أوّل)، و من حيث آثاره (فرع ثان)، و أخيرا من حيث انحلاله (فرع ثالث).

الفرع الأوّل: انعقاد الزواج

لم يفرّق المشرّع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادّتين 09 و 09 مكرّر المعدّلتين بالأمر 05-02 المؤرّخ في 2005/02/27 بين الشّروط الموضوعيّة و الشّكليّة للزّواج، غير أنّه فعل عكس ذلك على مستوى قاعدة التّنازع الواردة في المادّة 11 من القانون المدني التّي أشار فيها إلى الشّروط الموضوعيّة للزّواج فقط تاركا حكم شروطه الشّكلية للمادّة 19 من القانون المدني المتعلّقة بالقانون واجب التّطبيق على شكل التصرّفات القانونيّة، و من شأن هذه التّفرقة إثارة صعوبة في تكييف ما يعتبر من الشّروط موضوعيّا و ما يعدّ شكليّا، خاصّة في الدّول التي لا تعرف قوانينها هذه التّفرقة، كالدّول العربيّة والإسلاميّة عموما.

بناء على ذلك سنتعرّض إلى الشّروط الموضوعيّة للزّواج و القانون الذّي يحكمها (أوّلا)، ثمّ إلى الشّروط الشّكليّة و القانون المطبّق عليها هي الأخرى (ثانيا).

[1] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص227، 228.

أوّلا- الشّروط الموضوعيّة

نصّت المادّة 11 من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون 05-10 على أنّه: " يسري على الشّروط الموضوعيّة الخاصّة بصحّة الزّواج القانون الوطني لكلّ من الزّوجين."

إضافة إلى هذا النصّ، فإنّ خضوع الشّروط الموضوعيّة لصحّة الزّواج لقانون الجنسيّة نجده مقرّرا كذلك في المادّة 97 من قانون الحالة المدنيّة الجزائري بشأن زواج الجزائريّين أو الجزائريّين و الأجانب في الخارج.

يواجه تطبيق المادّة 11 أساسا عائقان: الأوّل يتمثّل في صعوبة عمليّة، و الثّاني يتمثّل في إعمال النّظام العامّ.

1/ الصّعوبة العمليّة المعترضة تطبيق قانون الجنسيّة على الشّروط الموضوعيّة للزّواج

إذا كان الزّوجان يحملان جنسيّة مشتركة فلا تطرح المادّة 11 أيّة مشكلة تذكر حيث تطبّق هذه الشّروط مرّة واحدة و بكلّ سهولة، لكنّ المشكلة الحقيقيّة تبرز لمّا تختلف جنسيّتهما، إذ تختلف هنا الشّروط الموضوعيّة للزّواج بالنّسبة للزّوج و للزّوجة في قانون كلّ منهما، على نحو يتعذّر معه الجمع بينها في القانونين دون حدوث تنافض أو تعارض يستحيل معه تطبيقهما معا.

و قد حاول الفقه الخروج من هذا المأزق باللّجوء إلى ما يسمّى بالتّطبيق الموزّع، فإذا كان التّطبيق الجامع يصعب إعماله لأنّه يستلزم توافر الشّروط الموضوعيّة للزّواج في كلّ من الزّوج و الزّوجة و في القانونين معا، فإنّ التّطبيق الموزّع يكتفي بأن تتوافر في كلّ طرف الشّروط التّي يتطلّبها قانونه بالنّسبة له فقط دون الطّرف الآخر. [1]

فإذا أراد مصريّ الزّواج مع فرنسيّة فإنّ التّطبيق الموزّع في هذه الحالة يقتضي توافر شروط الزّواج بالنّسبة للزّوج فقط وفق قانونه المصري دون الزّوجة التّي يقتضي الأمر على مستواها هي الأخرى توافر شروط الزّواج بالنّسبة لها هي فقط وفق قانونها الفرنسي. و لسهولة إعمال هذا الحلّ فقد أقرّه الفقه و أخذ به القضاء خاصّة في فرنسا من خلال عدّة أحكام، أبرزها حكم محكمة "السّين" الصّادر في 1919/05/05 و حكمها الصّادر في 1951/04/06، و حكم محكمة باريس الصّادر في

[1] علي خليل إسماعيل الحديثي : " القانون الدولي الخاصّ " دار النهضة العربية- القاهرة 2013، ص ص168، 169.

1951/12/06، كما تبنّته تشريعات عدّة دول منها: تشيكوسلوفاكيا (سابقا)، بولونيا، البرتغال، النّمسا، تركيا، ألمانيا انطلاقا من حجّة مفادها أنّ قانون كلّ دولة قد سنّ لحماية وطنيّيها و لا مجال بذلك لتطبيقه على غيرهم، كما أنّ الأخذ بالتّطبيق الجامع بالموازاة مع ذلك يؤدّي إلى مضاعفة الحالات التّي لا ينعقد فيها الزّواج لاختلاف قانوني كلّ من الزّوج و الزّوجة و استحالة توافر الشّروط فيهما مجتمعة وفقا للقانونين معا. [1]

مع وجاهة التّطبيق الموزّع و اعتماده فقها و قضاء و تشريعا، فإنّ تعميمه ليس ممكنا دائما إذا صادفنا شروطا موضوعيّة مزدوجة لا تتعلّق بأحد الزّوجين كلّ على حدة، و إنّما بهما معا أو برابطة الزّواج ككلّ حيث لا مناصّ في هذه الحالة من تجريب التّطبيق الجامع، من هذه الشّروط مثلا خلوّ الزّوجين معا من الأمراض، إضافة إلى شروط أخرى اختلف الفقه في تكييفها من حيث كونها مزدوجة أو فرديّة و بالتّالي إخضاعها إلى التّطبيق الجامع أو الموزّع، مثل شرط عدم وجود زواج سابق غير منحلّ. [2]

هذا و تجدر الإشارة إلى إمكانيّة تعطيل تطبيق نصّ المادّة 11 إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج، حيث يطبّق القانون الجزائري وحده على الشّروط الموضوعيّة للزّواج بالنّسبة للطّرفين إلّا فيما يتعلّق بأهليّة الطّرف غير الجزائري حيث يخضع بشأنها إلى حكم المادة 10 السابقة، ذلك ما قرّرته المادّة 13 من القانون المدني الجزائري بنصّها على أنّه: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادّتين 11 و 12 إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج، إلّا فيما يخصّ أهليّة الزّواج."

2/ إعمال النّظام العامّ بشأن الشّروط الموضوعيّة للزّواج

قد يصطدم تطبيق قانوني الزّوجين بشأن الشّروط الموضوعيّة لصحّة زواجهما مع النّظام العامّ لقانون القاضي فيستبعد القانونان أو القانون محلّ التعارض، فلا ينعقد زواجهما أو ينعقد خلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختصّ أو القانونان معا، كأن يحكم القاضي الجزائري بتزويج أجنبيّين يمنع قانونهما أو قانون أحدهما زواجهما لاختلافهما في اللّون (بيض و سود).

[1] في التطبيق الموزّع أنظر صلاح الدّين جمال الدّين : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص 265.

[2] في التطبيق الجامع أنظر عبده جميل غصوب : " دروس في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص31.

و في القانون الفرنسي يقتضي إعمال فكرة النّظام العامّ بالنّسبة للشّروط الموضوعيّة للزّواج التّفرقة بين نوعين من تلك الشّروط.

أ/ الشّروط المعروفة في القانون الفرنسي و المنظّمة فيه تنظيما مختلفا عن القانون الأجنبي

هذه الشّروط بدورها ينبغي التّفرقة في شأنها بين الشّروط الأكثر و الأقل تشدّدا في القانون الأجنبي مقارنة مع القانون الفرنسي، فالشّروط الأكثر تشدّدا في القانون الأجنبي لا تعتبر مخالفة للنّظام العامّ مثل الرّفع من السنّ المشترطة للزّواج، أمّا الشّروط الأقلّ تشدّدا في القانون الأجنبي فتعتبر مخالفة للنّظام العامّ الفرنسي كشرط عدم الأخذ برضا الوليّ أو الوالدين في القانون الأجنبيّ بالنّسبة للأشخاص الذّين لم يبلغوا السنّ المشترطة للزّواج في القانون الفرنسي.

ب/ الشّروط غير المعروفة في القانون الفرنسي

هذه الشّروط لا خلاف في مخالفتها للنّظام العامّ الفرنسي كمنع القانون الأجنبيّ زواج شخصين لاختلافهما في الدّيانة أو اللّون.

أمّا في الجزائر و لأنّ قانون الأسرة مستمدّ من الشّريعة الإسلامية، فإنّ فكرة النّظام العامّ في مجال الأحوال الشّخصيّة أوسع نطاقا مقارنة بالدّول الغربيّة أو العلمانيّة، و عليه يعتبر مخالفا للنّظام العامّ في الجزائر مثلا القانون الأجنبيّ الذّي يسمح بزواج مسلمة بغير مسلم، أو ذلك الذّي يمنع تعدّد الزّوجات. [1]

ثانيا– الشّروط الشكليّة

نظرا لاختلاف قوانين الدّول في تكييف شروط الزّواج و ما يعدّ منها مندرجا في الشّكل أو في الموضوع فإنّ مسألة الشّروط الشّكلية للزّوجة تطرح إشكاليّتين:

الأولى تتعلّق بالقانون واجب التّطبيق عليها، والثّانية تتعلّق بنطاق تطبيقه.

[1] نادية بونعّاس: " اختلاف جنسيّة و دين الزّوجين في مادّة الإرث " مداخلة في الملتقى الوطني حول: تنظيم العلاقات الدّوليّة الخاصّة– واقع متطوّر، المنعقد يومي 21، 22 أفريل 2010 بكلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح– ورقلة 2010، ص30.

1/ القانون الذّي يحكم الشّروط الشّكلية للزّواج

بما أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق في المادّة 11 السّابقة إلّا إلى الشّروط الموضوعيّة للزّواج فإنّه أخضع شروطه الشّكليّة للقانون الذّي يحكم شكل التّصرّفات القانونيّة عموما، و بالرّجوع إلى المادّة 19 من القانون المدني نجد أنّ الشّروط الشّكلية للزّواج تخضع إلى قانون المكان الذّي أبرم فيه الزّواج، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسيّة المشتركة للزّوجين إذا اتّحدا موطنا أو جنسيّة، أو القانون الذّي يحكم الشّروط الموضوعيّة للزّواج.

و قياسا على المادّة 97 من قانون الحالة المدنيّة المشار لها سلفا يمكن إخضاع الشّروط الشّكلية للزّواج لقانون بلد الإبرام.

يجدر التنويه في هذا السّياق إلى أنّ تطبيق قانون بلد إبرام الزّواج على شروطه الشّكلية حلّ عالمي اعتمدته معظم دول العالم، حيث اعتمدته في الوطن العربيّ كلّ من مصر و الكويت و تونس و لبنان وسوريا و العراق، إفريقيا تبنّته كلّ من غينيا و السّينغال و كوديفوار و الطّوقو، أوربيّا كرّسته كلّ من تشيكوسلوفاكيا و يوغسلافيا(سابقا) و فرنسا و إيطاليا و اليونان و ألمانيا و النّمسا، فضلا عن بلغاريا وتركيا و اليونان، و أمريكيّا عملت به الولايات المتّحدة الأمريكيّة و عدد من دول أمريكا الجنوبيّة.

يعود الأخذ بهذا الحلّ لما فيه من تسهيل على الزّوجين، على اعتبار قانون بلد إبرام الزّواج يتوافق تطبيقه في أغلب الأحيان مع وجود مقرّ الزّوجية، تتمّة لهذا الحلّ أو تفعيلا له أقرّت القوانين المذكورة و أخرى صحّة زواج رعاياها إذا تمّ في بلد أجنبيّ أمام ممثليّاتها القنصليّة أو الدبلوماسيّة و منها القانون الجزائري من خلال المادّة 96 من قانون الحالة المدنيّة التّي اعتبرت أنّ عقود الحالة المدنيّة و منها عقد الزّواج تعتبر صحيحة إذا أبرمت في بلد أجنبيّ أمام الأعوان الدّبلوماسيّين أو القناصل الجزائريّين طبقا للقوانين الجزائريّة. [1]

2/ نطاق تطبيق القانون الذّي يحكم الشّروط الشّكلية للزّواج

يعدّ شرط الشّكل الدّيني الشّرط الوحيد الذّي أثار صعوبة كبيرة في هذا الصّدد مقارنة بشروط شكليّة أخرى لا يثير تكييفها عادة نفس الصّعوبة، من الدّول التّي أقرّت هذا الشّرط باعتباره شرطا موضوعيّا اليونان،

[1] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص239- 240.

إسبانيا، مالطا، الكيان الصّهيوني، و بعض دول أمريكا الجنوبيّة مثل كولومبيا، في حين تجعل دول أخرى ذات الشّرط بالنّسبة لها شرطا شكليّا.

أمّا في الجزائر فالأمر يتحدّد على ضوء المادّة 09 من القانون المدني السّابقة التّي تجعل القانون الجزائريّ هو المرجع في تكييف علاقات القانون الدّولي الخاصّ إلى جانب المادّتين 09 و 09 مكرّر من قانون الأسرة المشار لهما سابقا و اللّتين لا تعترفان بأيّ تمييز بين ما يعدّ شروطا موضوعيّة أو شكليّة للزّواج مسايرة لأحكام الشّريعة الإسلاميّة في هذا الصّدد، و عليه فالزّواج في الجزائر و في معظم الدّول العربيّة و الإسلاميّة عموما هو نظام مدني لا ديني، و من ثمّة يعتبر الشّرط الدّيني في هذه الدّول شرطا شكليّا لا موضوعيّا دون منازع. [1]

الفرع الثاني: آثار الزّواج

باعتبار الزّواج تصرّفا قانونيّا فإنّه يرتّب بالضّرورة آثارا معيّنة اختلفت بشأنها التّشريعات، فمنها التّي ترتّب عليه آثارا شخصيّة و ماليّة و تخضع كلّا منها لقانون معيّن، و منها التّي تكتفي بترتيب آثار شخصيّة فقط كما هو الحال في معظم الدّول العربيّة و الإسلاميّة، و لتوضيح ذلك يستلزم الأمر تناول القانون واجب التّطبيق على آثار الزّواج (أوّلا)، ثمّ نطاق تطبيقه (ثانيا).

أوّلا- القانون الذّي يحكم آثار الزّواج

جاء في المادّة 1/12 من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور ما يلي: " يسري قانون الدّولة التّي ينتمي إليها الزّوج وقت انعقاد الزّواج على الآثار الشّخصيّة و الماليّة التّي يرتّبها عقد الزّواج."

نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري في هذا النّصّ قد أخضع آثار الزّواج إلى قانون واحد على نقيض ما فعل في المادّة 11 و هو قانون الزّوج، و العبرة في هذا القانون هي بالجنسيّة التّي كان يحملها الأخير وقت انعقاد الزّواج لا قبل ذلك و لا بعده، و هو الحلّ الذّي تبنّته معظم الدّول العربيّة و الإسلاميّة للاعتبارات الآتية:

1/ دور الرّجل المتميّز داخل الأسرة في المجتمع العربي و الإسلامي.

[1] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص246، 247.

2/ تجنّب التّنازع الذّي قد يظهر بسبب تغيير الزّوج جنسيّته، و في ذلك حماية للزّوجة من عنصر المفاجأة السّلبية.

3/ الحفاظ على استقرار الزّواج و استقرار الأسرة ككلّ.

4/ تجنّب مشكل عملي قد يظهر في حالة تطبيق قانوني الزّوجين معا و التّعارض الذّي يمكن أن يحدث بينهما نتيجة ذلك، فيتعذّر تطبيق أيّ منهما و تبقى بذلك آثار الزّواج دون قانون يحكمها. [1]

هذا و قد يعطّل تطبيق نصّ المادّة 1/12 بدوره إعمال الاستثناء الوارد في المادّة 13 المشار لها سلفا، وعليه إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا وقت انعقاد الزّواج حيث يطبّق القانون الجزائري وحده على آثار الزّواج و يستبعد تبعا لذلك القانون الأجنبيّ المختصّ أصلا بحكمها، فمثلا إذا كان الزّوج تركيّا و الزّوجة جزائريّة فالقانون الجزائري هنا هو الذّي يطبّق على آثار زواجهما، و العبرة في ذلك بجنسيّة الزّوجة وقت انعقاد الزّواج لا وقت إثارة النّزاع المتعلّق بآثاره.

مع ذلك فالحلّ الوارد في نصّ المادّة 1/12 قد أثار انتقادات عديدة أبرزها على الإطلاق هو عدم التّسوية بين الرّجل و المرأة خلافا لما يقرّره الدّستور الجزائري نفسه، و مختلف المواثيق الدّوليّة لحقوق الإنسان التّي صادقت عليها الجزائر. [2]

ثانيا- نطاق القانون الذّي يحكم آثار الزّواج

مع أنّ المشرّع الجزائري لا يعرف التّفرقة بين الآثار الشّخصيّة و الماليّة للزّواج إلّا أنّ هناك مسائل تطرح صعوبة في تكييفها لا من حيث اعتبارها آثارا شخصيّة أو ماليّة للزّواج و حسب، بل من حيث اعتبارها آثارا للزّواج في حدّ ذاتها، كحالة و أهليّة المرأة بعد الزّواج.

1/ النّفقة الزّوجيّة

لا جدال في أنّ النّفقة من الآثار الشّخصيّة للزّواج في الجزائر و الدّول العربيّة و الإسلاميّة استنادا إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة التّي لا ترتّب على الزّواج آثارا ماليّة، و قد كرّس القضاء الفرنسي بدوره هذا

[1] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال: " القانون الدّولي الخاصّ " دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية 2007، ص269.
[2] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص270.

الموقف في قرار محكمة النّقض الفرنسيّة الصّادر في 1963/02/19، و التّي اعتبرت فيه النّفقة من آثار الزّواج الشّخصيّة. [1]

2/ حالة و أهليّة المرأة بعد الزّواج

في بعض التّشريعات يؤثّر الزّواج على حالة و أهليّة المرأة.

أ/ تأثير الزّواج على حالة المرأة

يتجلّى هذا التأثير خاصّة على مستوى الاسم و الموطن.

-**الإسم:** بعض التّشريعات تلزم المرأة بعد زواجها بحمل اسم زوجها، و بعضها الآخر تسمح لها بالاحتفاظ باسمها الشّخصي ممّا يطرح تنازعا حادّا بين هذه التّشريعات حول القانون الذّي يحكم اسم الزّوجة بوصفه عنصرا من عناصر حالتها، فهل هو قانون جنسيّتها قبل الزّواج أم القانون الذّي يحكم آثاره؟

في حالات قليلة مال القضاء الفرنسيّ إلى اعتماد الحلّ الثّاني حيث طبّق على اسم الزّوجة القانون الذّي يحكم آثار الزّواج من خلال حكم محكمة تونس الصّادر في 1899/03/22. (بوصف الدّولة التّونسيّة آنذاك مستعمرة فرنسيّة). [2]

و في الجزائر و باعتبار الزّواج كمبدأ عامّ لا يؤثّر على حالة و أهليّة المرأة فإنّ اسمها يخضع إلى قانون جنسيّتها باعتبارها عنصرا من عناصر حالتها لا أثرا من آثار الزّواج.

-**الموطن:** أعطت الشّريعة الإسلاميّة الزّوج حقّ اختيار موطن الزّوجيّة، و لذلك فالزّواج يؤثّر فعلا على موطن الزّوجة، و يجعل منه أثرا من آثاره يخضع للقانون الذّي يحكم هذه الآثار، و هو موقف المشرّع نفسه باعتباره مستلهما من أحكام الشّريعة الإسلاميّة التّي تشكّل مصدرا رسميّا للقانون في الجزائر.

[1] علي علي سليمان : " مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري " مرجع سابق، ص ص73، 74.

[2] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص272.

ب/ تأثير الزّواج على أهليّة المرأة

مع أنّ هذا الاتّجاه نادر اليوم إلّا أنّ بعض التّشريعات كالقانون الشّيلي يجعل للزّواج تأثيرا على أهليّة المرأة بتقليصها و الانتقاص منها، و لمعرفة القانون الذّي يحكم أهليّة المرأة المتزوّجة في إطار هذه التّشريعات يميّز الفقهاء بين أمرين:

الأوّل: إذا كان تقرير نقص أهليّة المرأة المتزوّجة يجد أساسه في الحفاظ على سلطة الزّوج باعتباره ربّ الأسرة، فإنّ أهليّتها تخضع للقانون الذّي يحكم آثار الزّواج.

الثّاني: إذا كان تقرير نقص أهليّة المرأة المتزوّجة يجد أساسه في حمايتها من ضعفها بالنّظر إلى جنسها فأهليّتها هنا يحكمها قانونها الوطني أي قانون جنسيّتها.

في الجزائر و لأنّ الزّواج لا يؤثّر على أهليّة المرأة، فإنّ أهليّتها تبقى خاضعة بلا منازع لقانونها الوطني أي قانون جنسيّتها.

الفرع الثالث: انحلال الزّواج

جاء في الفقرة الثّانية من المادّة 12 المذكورة سابقا ما يلي: " ... و يسري على انحلال الزّواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذّي ينتمي إليه الزّوج وقت رفع الدّعوى."

انطلاقا من هذا النصّ سنتّبع المنهجيّة نفسها، حيث سنتعرّض إلى القانون واجب التّطبيق على آثار الزّواج (أوّلا)، ثم إلى نطاق تطبيقه (ثانيا).

أوّلا- القانون الذّي يحكم انحلال الزّواج

أضاف المشرّع الجزائري بمقتضى التّعديل 05-10 المذكور إلى المادّة 2/12 الانفصال الجسماني الذّي لم يكن واردا فيها قبل ذلك، أخذا بأحدث الاتّجاهات الفقهيّة الدّاعية إلى ضرورة التوسّع في مفهوم الفئات المسندة لتشمل كلّ صور انحلال الرّابطة الزّوجية المقرّرة في القوانين المقارنة. [1]

كما أنّه أخذ في هذا النصّ بما أخذت به معظم قوانين الدّول العربيّة و الإسلاميّة من إخضاع انحلال الزّواج إلى قانون الزّوج وقت رفع الدّعوى، منها القانون المصري، السّوري، العراقي، الأردني

[1] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص312.

السّوداني...، هذا و إن كان خضوع آثار الزّواج لقانون الزّوج وقت انعقاده له ما يبرّره، فإنّ إخضاع انحلاله لقانون الزّوج وقت رفع الدّعوى هو في الحقيقة حلّ غير منطقي، إذ يؤدّي إلى مفاجأة الزّوجة بقانون لم يكن في حسبانها بل قد لا تكون على علم أصلا بالجنسيّة الجديدة التّي بات يحملها زوجها، والأفضل إذن في هذا الصّدد هو الإبقاء على قانون الزّوج وقت انعقاد الزّواج حاكما لانحلاله لا وقت رفع الدّعوى المتعلّقة به. [1]

و يقترح بعض الفقه حلّا آخر يراه أكثر عدالة و هو تطبيق قانون آخر جنسيّة مشتركة للزّوجين، هذا الحلّ كرّسه القانون الكويتي و اليوناني، و إذا لم يكن للزّوجين جنسيّة مشتركة فيطبّق قانون موطنهما المشترك وفقا لما كرّسه القانون الإنجليزي، و القانون التّونسي في الفصل 49 من مجلّة القانون الدّولي الخاصّ التّونسي، و إذا لم يكن لهما موطن مشترك مع أنّ هذه الفرضيّة نادرة يطبّق قانون القاضي حسب جانب من الفقه يتزعّمه "باتيفول".

بصرف النّظر عن كافّة هذه المقترحات بشأن القانون واجب التّطبيق على انحلال الزّواج فإنّ القانون الذّي يحكمه وفقا للمادّة 1/12 من القانون المدني الجزائري يمكن أن يعطّل تطبيقها أيضا بسبب الاستثناء نفسه الوارد في المادّة 13 من نفس القانون و المذكورة سابقا، إذا كان أحد الزّوجين جزائريّا و العبرة هنا هي بوقت انعقاد الزّواج لا وقت رفع دعوى الانحلال. [2]

ثانيا- نطاق القانون الذّي يحكم انحلال الزّواج

إنّ القانون الذّي يحكم انحلال الزّواج هو الذّي يبيّن ما إذا كان الطّلاق أو الانحلال الجسماني معترفا به أم لا؟، و من له سلطة إيقاعه؟، و شروطه، و إمكانية التّوكيل فيه، و أسبابه...

أمّا إجراءات الطّلاق أو الانحلال الجسماني فهي تخرج من نطاق هذا القانون و تخضع منطقيّا لقانون القاضي، و هو ما قرّره الفقه و القضاء في فرنسا، و كذا القانون التونسي من خلال الفصل 49 من مجلة القانون الدّولي الخاص التّونسي التي جاء فيها: "... و ينظّم القانون التّونسي المسائل الوقتيّة أثناء سير

[1] أمين دربة : " قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج و انحلاله- دراسة مقارنة " مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان 2008، ص54.

[2] كمال آيت منصور : " إشكاليّة القانون الواجب التّطبيق على الانفصال الجسماني و التبنّي " مداخلة في الملتقى الوطني حول: تنظيم العلاقات الدّوليّة الخاصّة في الجزائر- واقع متطوّر، المنعقد يومي 21، 22 أفريل 2010 بكلّية الحقوق، جامعة ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح- ورقلة 2010، ص40، 41.

الدّعوى." و هو موقف المشرّع الجزائري أيضا في المادّة 21 مكرّر من القانون المدني المضافة بالقانون 05-10 التّي نصّت على أن: " يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدّولة التّي ترفع فيها الدّعوى أو تباشر فيها الإجراءات." [1]

و تكمن الحكمة من خضوع إجراءات الطّلاق أو الانحلال الجسماني إلى قانون القاضي فيما تقتضيه المحافظة على مصالح الزّوجين و الأولاد من اتّخاذ بعض التدابير الضروريّة أو المستعجلة مثل الإذن بإقامة الزّوجة مؤقّتا في مقرّ الزّوجية إلى حين الفصل في الدّعوى، أو الحكم لها بنفقة مؤقّتة، أو السّماح لها باستلام الأثاث الضّروري للاستعمال اليومي، أو إسناد حضانة الأولاد لها...إلخ

يجدر التنويه إلى أنّ القوانين التّي تجعل من الزّواج نظاما دينيّا تجعل من إجراءات انحلاله كذلك، ما يطرح صعوبة في تكييف هذه الإجراءات و ردّها من ثمّة إلى المسائل الموضوعيّة أو الشّكلية أي الإجرائيّة، مع أنّ القضاء في كلّ من فرنسا و مصر يدرجها ضمن المسائل الإجرائيّة و يخضعها تبعا لذلك لقانون القاضي. [2]

يجدر التنويه أيضا إلى أنّ آثار الطّلاق التّي تخصّ كلّ زوج على حدة تخرج من نطاق القانون الذّي يحكمها و تخضع للقانون الوطني لكلّ من المطلّقين، كحقّ كلّ منهما في عقد زواج جديد، و المدّة المتطلّب استنفاذها بعد الطّلاق للزّواج بالنّسبة للمطلّقة...

لا ننسى هنا دور النّظام العامّ أيضا في استبعاد تطبيق القانون الذّي يحكم انحلال الزّواج، حيث يعتبر مخالفا للنّظام العامّ الفرنسي في هذا الصّدد مثلا القانون الذّي يعلّق الطّلاق على الإرادة المنفردة للزّوج، بالمقابل يعتبر مخالفا للنّظام العامّ في الجزائر و الدّول العربيّة و الإسلاميّة عموما القانون الذّي ينصّ على الطّلاق في حالة تغيير الزّوج ديانته من الإسلام إلى المسيحيّة أو العلمانيّة، لأنّ الشّريعة الإسلاميّة تسمح بزواج المسلم بالكتابيّة و العكس ليس صحيحا. [3]

[1] كمال آيت منصور : " إشكاليّة القانون الواجب التّطبيق على الانفصال الجسماني و التبنّي " مرجع سابق، ص39.

[2] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص259، 260.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد : " الوسيط في القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص222.

المطلب الثالث: مسائل الأحوال الشّخصية الأخرى

فضلا عن الحالة و الأهليّة و الزّواج، سنعرض إلى القانون واجب التّطبيق على بقيّة مسائل الأحوال الشّخصية وفق التّرتيب الذّي أورده المشرّع الجزائري في قواعد الإسناد ذات الصّلة، و يتعلّق الأمر بالنّسب و الكفالة و التبنّي (فرع أوّل)، النّفقة بين الأقارب (فرع ثان)، حماية عديمي الأهليّة أو ناقصيها (فرع ثالث)، الميراث و الوصيّة، الهبة و الوقف (فرع رابع).

الفرع الأول: النّسب و الكفالة و التبنّي

يدخل كل من النسب و الكفالة و التبنّي في مجال الأحوال الشّخصية، ممّا يجعل القانون الشّخصي أي قانون الجنسيّة غالبا هو المختصّ بحكمها، و فيما يلي تفصيل لذلك:

أوّلا- النّسب

النّسب مسألة لها علاقة بثلاثة أفراد هم الأب و الأم و الطّفل، و قبل تعديل 2005 لم يتناول المشرّع هذه المسألة من حيث القانون الذّي يحكمها، لذا كان على القاضي الجزائري الاجتهاد لحسمها على ضوء الاتّجاهات الفقهيّة المتباينة بشأنها، و منها:

الاتّجاه الأوّل: و يدعو إلى التّمييز بين النّسب الشّرعي و النّسب الطّبيعي، فيخضع الأوّل للقانون الذّي يحكم آثار الزّواج باعتبار الطّفل ثمرة له، فيما يخضع الثّاني لقانون جنسيّة الطّفل باعتباره ثمرة علاقة تمّت خارج إطار الزّواج، و قد تبنّى القضاء الفرنسي هذا الاتّجاه من خلال حكم محكمة باريس الصّادر في 1955/06/21 بشأن القانون واجب التّطبيق على النّسب الشّرعي، و كذا قرار محكمة النّقض الفرنسيّة الصّادر في 1960/03/10 بشأن القانون واجب التّطبيق على النّسب الطّبيعي أو غير الشّرعي.[1]

الاتّجاه الثّاني: و يأخذ بعدم التّمييز بين ما يسمّى بالنّسب الشّرعي و النّسب الطّبيعي، ليخضع النّسب عامّة إلى قانون جنسيّة الأمّ لاعتبارين: الأوّل يتمثّل في أنّ الأمّ هي غالبا مرتكز كلّ دعاوى النّسب، والثّاني مكمّل للأوّل حيث أنّ الأمّ نادرا ما تكون مجهولة على خلاف الأب، و بذلك يسهل في معظم

[1] ذهبية آيت مولود : " إشكالات إثبات النّسب في الزّواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع و عوائق التطبيق " مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصية المنعقد بكلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة عبد الرّحمن ميرة- بجاية يومي 23، 24 أفريل 2014، ص190.

الأحوال إقامة دعوى النّسب و تطبيق قانون جنسيّة الأمّ بشأنها، و قد أخذ القضاء الفرنسي منذ سنة 1972 بهذا الاتّجاه، لكنّه تحسّب لفرضيّة غياب الأمّ فأخذ في هذه الحالة بقانون جنسيّة الطّفل كاستثناء.[1]

في الجزائر و قبل تعديل 2005 فإنّ الاتّجاه الذي يتوافق مع أحكام الشّريعة الإسلامية التّي لا تعترف بأيّ نسب خارج إطار الزّواج هو ذلك الذّي يخضع النّسب للقانون الذّي يحكم إطار الزّواج على اعتبار الطّفل أثرا من آثاره استنادا إلى القاعدة الفقهيّة (الولد للفراش)، و يفترض تبعا لذلك أنّ أيّ اعتراف بنسب خارج هذا الإطار يعدّ مخالفا للنّظام العامّ.

أمّا بعد تعديل 2005 فقد بيّن المشرّع الجزائري القانون الذّي يحكم النّسب صراحة في المادة 13 مكرّر المضافة بالقانون 05-10 المذكور بنصّها على أنّه: " يسري على النّسب و الاعتراف به و إنكاره قانون جنسيّة الأب وقت ميلاد الطّفل. و في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطّفل يطبّق قانون جنسيّة الأب وقت الوفاة."

هكذا استبعد المشرّع الجزائري متأثّرا بالشّريعة الإسلاميّة القانون الذّي يحكم آثار الزّواج بشأن النّسب، خاصّة القاعدة الفقهية التّي مفادها (ينسب الولد لأبيه)، و أخضع النّسب إثباتا و إنكارا إلى قانون واحد هو قانون جنسيّة الأب وقت ميلاد الطّفل إذا كان الأب على قيد الحياة، و قانون جنسيّة الأب أيضا وقت وفاته إذا ولد الطّفل بعد تلك الوفاة.

و لا يعكس موقف المشرّع الجزائري المتشدّد بشأن النّسب في القانون الدّولي الخاصّ موقفه بشأن ذات المسألة في القانون الدّاخلي الذّي يتعارض في هذه النّقطة مع الشّريعة الإسلاميّة بفتح المشرّع الباب على مصراعيه في المادّة 40 من قانون الأسرة لإثبات النّسب بصرف النّظر عن كونه شرعيّا أو طبيعيّا بكلّ الطّرق بما فيها اللّجوء إلى الإقرار و البيّنة و الوسائل العلميّة.[2]

[1] بلقاسم أعراب: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص264.

[2] حيث جاء فيها : " يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشّبهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدّخول طبقا للموادّ 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النّسب."

ثانيا– الكفالة و التبنّي

لم يتعرّض المشرّع الجزائري أيضا قبل تعديل 2005 إلى القانون واجب التّطبيق على كلّ من الكفالة والتبنّي، غير أنّه تدارك الأمر في المادّة 13 مكرّر1 المضافة بالقانون 05-10 المذكور ليقرّر ما يلي: "يسري على صحّة الكفالة و التبنّي قانون جنسيّة كلّ من الكفيل و المكفول وقت إجرائها، و يسري على آثارها قانون جنسيّة الكفيل. و تطبّق نفس الأحكام على التبنّي."

انطلاقا من هذا النصّ سنعالج تباعا الكفالة ثمّ التبنّي.

1/ الكفالة

الكفالة كما عرّفتها المادّة 116 من قانون الأسرة هي: " التزام على وجه التبرّع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتمّ بعقد شرعي."

و لمّا كانت الكفالة مسألة لها علاقة بشخصين هما الكافل و المكفول، فقد ميّز المشرّع بين القانون الذّي يحكم انعقادها من جهة، و ذلك الذّي يحكم آثارها من جهة أخرى.

أ/ انعقاد الكفالة

تخضع شروط صحّة الكفالة إلى قانونين اثنين في الوقت نفسه مع اعتماد التّطبيق الموزّع بشأنهما، و هما قانون جنسيّة الكفيل من جهة، و قانون جنسيّة المكفول من جهة أخرى، و الحكمة من عدم تجاهل قانون جنسيّة المكفول نهائيا هنا تكمن في ضرورة حماية الأخير بالأحكام التّي يقرّرها قانونه الوطني لصالحه، مع أنّ الجمع بين القانونين بهذه الصّفة قد يؤدّي عمليّا إلى التّعارض بين الأحكام المنظّمة للكفالة في كلّ منهما، و بالتّالي احتمال صعوبة أو استحالة إجرائها نتيجة لذلك. [1]

ب/ آثار الكفالة

بما أنّ الكفيل هو الذّي تقع على عاتقه كلّ أعباء الكفالة من جهة، و لزوال الخطر المحدق بالمكفول بعد إتمام إجراء الكفالة من جهة أخرى، فإنّ آثارها تخضع لقانون واحد هذه المرّة و هو قانون جنسيّة الكفيل.

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ علما و عملا " مرجع سابق، ص192.

2/ التبنّي

مع أنّ المشرّع الجزائري متأثّرا بالشّريعة الإسلاميّة يمنع التبنّي بنصّ المادّة 46 من قانون الأسرة التّي نصّت على أنّه: " يمنع التبنّي شرعا و قانونا." إلّا أنه نصّ على القانون الذّي يحكمه في إطار القانون الدّولي الخاصّ في المادّة 13 مكرّر1 من القانوني المدني و المشار لها سابقا، ملحقا إيّاه في هذا الصّدد بالكفالة من حيث القانون واجب التّطبيق عليه انعقادا و آثارا، ممّا يثير التّساؤل عن مدى تعارض هذه المسألة مع النّظام العامّ في الجزائر. [1]

و عليه فإنّ التبنّي وفقا للفقرة الثّانية من المادّة 13 مكرّر1 السّابقة يخضع بشأن صحّته أي انعقاده إلى قانون جنسيّة كلّ من المتبنّي (القائم بالتبنّي) و المتبنّى (الذّي تمّ التبنّي لصالحه) وقت إجراء التبنّي، ويخضع بشأن آثاره إلى قانون جنسيّة المتبنّي فقط، و العبرة في تحديد جنسيّة المتبنّي و المتبنّى هي دائما بوقت إجراء التبنّي، و عليه فلا اعتداد بأيّ تغيير لجنسيّة أحدهما يحدث بعد إجراء التبنّي. [2]

الفرع الثاني: النّفقة بين الأقارب

رفعا للالتباس بين النّفقة المقصودة هنا و النّفقة الزّوجية كأثر من آثار الزّواج أضاف المشرّع الجزائري عبارة (بين الأقارب) للدّلالة على النّفقة الواجبة بسبب القرابة المباشرة (الصّلة بين الأصول و الفروع)، أو قرابة الحواشي (الصّلة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر) أو حتّى قرابة المصاهرة، و تتباين التّشريعات بشأن درجة القرابة الموجبة للنّفقة، كما تتباين بشأن شروط وجوبها، بل تتباين حتّى بشأن إقرارها من عدمه، و مدى اعتبارها مجرّد التزام أخلاقي لا قانوني، مردّ هذا التباين على هذا النّحو خلفيات دينيّة و أخلاقيّة، إجتماعيّة و ثقافيّة، و حتّى اقتصادية تخصّ كلّ دولة.

و بالرّجوع إلى الشّريعة الإسلاميّة فإنّ النّفقة بين الأقارب ترتقي إلى درجة الالتزام القانوني، و قد حاول المشرّع الجزائري أن يعكس موقف الشّريعة الإسلاميّة هذا في الموادّ من 75 إلى 77 من قانون الأسرة، لكنّه اكتفى بالتّنصيص عليها دون ترتيب جزاءات عن عدم القيام بها. [3]

[1] محمّد حبار : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص136.

[2] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص191، 192.

[3] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ علما و عملا " مرجع سابق، ص20.

رغم ذلك فقد اقترب موقفه منها في القانون الدّاخلي من موقفه بشأنها في القانون الدّولي الخاصّ حين قرّر في المادّة 14 من القانون المدني أنّه: " يطبّق القانون الوطني على الالتزام بالنّفقة بين الأقارب للمدين بها."

و عليه فالقانون واجب التّطبيق على النّفقة بين الأقارب هو قانون جنسيّة الشّخص الذّي تجب عليه هذه النّفقة في إطاره، لا قانون من تقرّرت لصالحه أو قانون آخر، عمليّا لا يجد هذا النصّ مجالا للتّطبيق إلّا إذا كان القانون المعني ذاته يوجب تلك النّفقة أو يعترف بها.

الفرع الثالث: حماية عديمي الأهليّة و ناقصيها

عديم الأهليّة أو ناقصها بحاجة إلى حماية في نفسه و ماله، و تختلف هذه الحماية من تشريع إلى آخر مضمونا و نطاقا، ممّا يطرح إشكاليّة القانون واجب التّطبيق بشأن هذا الأخير.

و لمّا كان القاسم المشترك بين هذه التّشريعات هو حماية عديم الأهليّة أو ناقصها في حدّ ذاته، بإحلال من ينوبه في عجزه عن مباشرة مختلف التّصرّفات القانونيّة. [1]

و مراعاة في كلّ الأحوال لمصلحة هذا الأخير، لم يخضع المشرّع الجزائري حمايته لقانون من يتولّاها بل لقانون الشّخص المعني بالحماية(عديم الأهليّة أو ناقصها). [2]

حيث قرّر في المادّة 15 من القانون المدني المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور أنّه: " يسري على الشّروط الموضوعيّة الخاصّة بالولاية و الوصاية و القوامة و غيرها من النّظم المقرّرة لحماية القصّر وعديمي الأهليّة و الغائبين قانون الشّخص الذّي تجب حمايته."

يبدو أنّ مصطلح الولاية الوارد في هذا النصّ لا ينصرف إلّا إلى الولاية على المال دون الولاية على النّفس لاعتبارين:

الأوّل: أنّ الغرض من النّظم المقرّرة لحماية هؤلاء هو سدّ عجزهم عن مباشرة التّصرّفات القانونيّة وحسب، طالما أنّ الولاية على النّفس و لتعلّقها بالتّنظيم العائلي تخضع لقانون آخر غالبا ما يكون ذلك الذّي يحكم آثار الزّواج. [1]

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص154، 155.

[2] كمال عليوش قربوع : " القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص209.

الثّاني: أنّ نفس العبارة وردت في النصّ الفرنسي بمصطلح (Administration légale) أي الولاية الشّرعيّة و ليس بمصطلح (Puissance paternelle) الذّي يعني الولاية الشّاملة على النّفس و المال معا.

الفرع الرّابع: الميراث و الوصية، و الهبة و الوقف

نصّت المادّة 16 من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور على أنّه: " يسري على الميراث و الوصيّة و سائر التّصرّفات التّي تنفذ بعد الموت قانون جنسيّة الهالك أو الموصي وقت موته، و يسري على الهبة و الوقف قانون جنسيّة الواهب أو الواقف وقت إجرائهما."

انطلاقا من هذا النصّ سنعالج على حدة كلّا من الميراث، الوصيّة، الهبة و الوقف، و القانون واجب التّطبيق على كلّ مسألة منها.

أوّلا- الميراث

يعرّف الميراث فقها بأنّه: " خلافة الشّخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته ." و هو في حقيقته مسألة تتجاذبها الأحوال الشّخصيّة و الأحوال العينيّة في الوقت نفسه، لذلك كان مثارا لجدل فقهي حادّ حول القانون واجب التّطبيق عليه، و حول نطاقه. [2]

1/ القانون الذّي يحكم الميراث

تختلف التّشريعات في تعاملها مع الميراث، فمنها التّي تفرّق فيه بين العقّار و المنقول، فتخضع الأوّل لقانون و الثّاني لقانون آخر، فالميراث في المنقول يحكمه قانون موقعه و ذلك المجمع عليه في معظم تشريعات دول العالم، أمّا الميراث في المنقول فيحكمه قانون موطن المتوفّى و ذلك المعمول به في فرنسا و الولايات المتّحدة الامريكيّة و إنجلترا، أو يحكمه قانون جنسيّة المتوفّى و هو المعمول به في النّمسا والمجر و رومانيا. [3]

---

[1] سميحة حنان خوادجية : " تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر " مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصية المنعقد بكلية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة عبد الرّحمن ميرة- بجاية يومي 23، 24 أفريل 2014، ص220.

[2] العربي بلحاج : " أحكام التّركات و المواريث " ديوان المطبوعات الجامعيّة- الجزائر 2007، ص ص13-16.

[3] آمنة محمدي بوزينة : " إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصيّة " مرجع سابق، ص484.

لكنّ هذا التمييز كان محلّ انتقاد شديد فقها لكونه يفضي إلى ترتيب وضع شاذّ غير مقبول، فالعمل به مثلا يجعل الأرض الزّراعية خاضعة لقانون و الآلات أو المعدّات الموقوفة لخدمتها خاضعة لقانون آخر، و في ذلك ضرر واضح بحقوق كلّ من دائني التركة و الورثة على حدّ سواء. [1]

لذلك اتّجه عدد معتبر من التّشريعات إلى الأخذ بوحدة القانون المطبّق على الميراث بصرف النّظر عن كونه عقّارا أو منقولا على اختلافها في تحديد هذا القانون، فالتّشريعات التّي تعتبره وثيق الصّلة بنظام الأسرة تطبّق بشأنه قانون جنسيّة المتوفّى كالدّول العربيّة و الإسلاميّة، و بعض الدّول الأوربيّة على غرار اليونان و ألمانيا و إسبانيا، أمّا التّشريعات التّي تعتبره مرتبطا بنظام الأموال فتطبّق بشأنه قانون موقع التّركة كبعض دول أمريكا اللاتينيّة، و من التّشريعات من تذهب فيه مذهبا غريبا باعتباره محصّلة لواقعة قانونيّة مستقلّة هي الوفاة، و تخضعه تبعا لذلك لقانون موطن المتوفّى بحكم أنّه المكان الذّي حدثت فيه واقعة الوفاة. [2]

و لأنّ الجزائر من الدّول العربية و الإسلاميّة فإنّ المشرّع فيها و استنادا إلى نصّ المادّة 16 من القانون المدني المشار لها سابقا لم يميّز في الميراث بين العقّار و المنقول آخذا بوحدة القانون المطبّق عليه وهو قانون جنسيّة المتوفّى، و العبرة هي بوقت الوفاة أي ضرورة الاعتداد بالجنسيّة التّي مات عليها المورّث لا بالجنسيّة التّي كان يحملها قبل وفاته على فرض وجودها. [3]

2/ نطاق سريان القانون الذّي يحكم الميراث

هناك مسائل تدخل دون منازع في نطاق قانون جنسيّة المتوفّى وقت وفاته باعتباره القانون واجب التّطبيق على الميراث عملا بنصّ المادة 16 السّابقة، و هناك مسائل محلّ خلاف.

أ/ المسائل التي تدخل في نطاق قانون جنسيّة المتوفّى وقت وفاته

تشمل هذه المسائل اتّفاقا ما يلي:

-الأسباب الموجبة للإرث، كالقرابة و الزّوجية.

[1] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص79.

[2] نادية بونعّاس : " اختلاف جنسيّة و دين الزّوجين و تنازع القوانين في مادّة الإرث " مرجع سابق، ص ص31، 32.

[3] كمال عليوش قربوع كمال : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص251.

– الوقت الذّي يستحقّ فيه الإرث و ما إذا كان يتعيّن بموت المورّث حقيقة أو حكما.

– الشّروط الموجبة لاستحقاق الإرث: فهل يشترط أن يكون الوارث حيّا حقيقة أم حكما فقط؟ و ما مدى توريث الحمل؟ و ما هي شروط ذلك؟ و بالنّسبة لشرط حياة الوارث فمتى يعتبر المولود حيّا؟ و ما حكم التّوارث بين اثنين أو أكثر لم يعلم أيّهما هلك أوّلا؟

– موانع الإرث المعمول بها مثلا في الدّول الإسلاميّة التّي تجعل من القتل و الردّة و اللّعان موانع للإرث، فضلا عن شهادة الزّور في قانون الأسرة الجزائري. [1]

ب/ المسائل المختلف فيها

و تشمل التّركة الشّاغرة، و حقوق دائني التّركة.

-التّركة الشّاغرة

تثير التّركة الشّاغرة إشكاليّة القانون واجب التّطبيق عليها بين قانون جنسيّة المتوفّى من جهة و قانون الدّولة التّي توجد فيها التّركة من جهة أخرى. [2]

مع أنّ كلّا من الفقه في فرنسا و مصر يعتمد في حلّ هذه الإشكاليّة على تكييف التّركة في حدّ ذاتها، فإذا كيّفت على أنّها حقّ إرث و الدّولة وارثة من لا وارث له كان انتقال التّركة إلى الدّولة التّي يحمل الشّخص جنسيّتها لا تلك التّي توجد فيها التّركة ذاتها، و إذا كيّفت على أنّها حقّ مبني على السّيادة آلت إلى الدّولة التّي توجد فيها باعتبارها مالا لا مالك له، لا إلى الدّولة التّي ينتمي إليها المتوفّى بجنسيّته، وهذا الحكم هو الذّي استقرّ عليه جمهور فقهاء الشّريعة الإسلاميّة على اعتبار مثل هذه التّركة تمثّل مالا ضائعا. [3]

و يبدو أنّ المشرّع الجزائري قد اعتنق هذا الرّأي في قانون الأسرة المستمدّ في معظمه من أحكام الشّريعة الإسلاميّة حين نصّ في المادّة 180 منه على أنّه: " يؤخذ من التّركة حسب التّرتيب الآتي: 1/ مصاريف التّجهيز و الدّفن بالقدر المشروع. 2/ الدّيون الثّابتة في ذمّة المتوفّى. 3/ الوصيّة. فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التّركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجد آلت إلى الخزينة العامّة."

---

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ علما و عملا " مرجع سابق، ص ص20، 21.

[2] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال: " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص315.

[3] عزّ الدّين عبد الله : " القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدّوليين " مرجع سابق، ص350.

-حقوق دائني التّركة

يجمع الفقه الغالب على أنّ حقوق دائني التّركة تخرج من نطاق القانون الذّي يحكم الميراث لتعلّقها بنظام الأموال و سلامة المعاملات، و عليه فقانون موقع التّركة هو أنسب القوانين لحكمها استنادا إلى القاعدة الفقهيّة المتداولة (لا تركة إلّا بعد سداد الدّيون).

مع وجاهة هذا الرّأي إلّا أنّه انتقد بدعوى أنّه يؤدّي إلى تعدّد القوانين المطبّقة على التّركة بتعدّد الدّول التّي توجد فيها، و لا يخفى ما في ذلك من صعوبة عمليّة قد تحول دون إعمال هذا الحلّ في حد ذاته، لذلك يرى الاتّجاه المنتقد ضرورة الأخذ بوحدة التّركة و إخضاعها لقانون واحد هو قانون جنسيّة المتوفّى، و هذا الأمر مرفوض في الشّريعة الإسلاميّة بناء على القاعدة الفقهيّة السّابقة (لا تركة إلّا بعد سداد الدّيون)، و عليه فقانون جنسيّة المتوفّى لا يمكن تطبيقه عمليّا إلّا بعد فضّ مسألة الدّيون المتعلّقة بالتّركة، و لذلك لا مناصّ من الأخذ بالرّأي الأوّل محلّ إجماع الفقه الغالب. [1]

في الأخير لا ينبغي تجاهل تأثير النّظام العامّ أيضا على تطبيق قانون جنسيّة المتوفّى وقت الوفاة على الميراث، و من ثمّة فالقانون المعني إذا كان يورّث ولد الزّنا ينبغي استبعاده من القاضي الجزائري لتعارضه مع النّظام العامّ في الجزائر، و كذا القانون الذّي يورّث غير المسلم من المسلم. [2]

ثانيا- الوصيّة

الوصيّة كما عرّفها المشرّع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادّة 184 منه هي: " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع." و في إطار القانون الدّولي الخاصّ و قبل تعديل 2005 فرّق المشرّع في الوصيّة بين شروطها الموضوعيّة و شروطها الشكليّة، فألحقها من حيث شروطها الموضوعيّة بالميراث مطبّقا عليها قانون جنسيّة الموصي وقت وفاته، و أخضعها من حيث شروطها الشّكليّة لقانون جنسيّة الموصي و لكن وقت الإيصاء لا وقت الوفاة، أو لقانون البلد الذّي تمّت فيه الوصيّة. [3]

[1] كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، 267.

[2] هشام علي صادق، عكاشة محمّد عبد العال : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص322.

[3] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص ص85، 86.

و بما أنّه ليس هناك مقتضى منطقي و لا عملي لهذه التّفرقة بين شروط الوصيّة الموضوعيّة و الشّكلية، فقد تدارك المشرّع الأمر في المادّة 16 السّابقة المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور مخضعا إيّاها ككلّ موضوعا وشكلا لقانون واحد و هو قانون جنسيّة الموصي وقت وفاته.

و هكذا فإنّ هذا القانون يشمل بالضّرورة المسائل الآتية: النّصيب أو الحدّ الذّي تجوز عنده الوصيّة، الأشخاص المستثنون من الوصيّة، حدود حقّ الورثة في الاعتراض على الوصيّة، الأهليّة المتطلّبة لإجرائها، و أركانها الأخرى من رضاء و محلّ و سبب. [1]

تجدر الإشارة إلى أنّ نصّ المادّة 16 السّابق يمكن أن يتّسع بدلالة حرفيّته لبعض التّصرفات الأخرى التّي تنفذ بعد الموت من حيث إلحاقها حكما بكلّ من الميراث و الوصيّة و إخضاعها بالتّالي للقانون الذّي يحكمهما، مثل تصرّفات المريض مرض الموت و المقصود بها التبرّع (المادّة 776 من القانون المدني الجزائري)، و التّصرّف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بحيازة العين المتصرّف فيها (المادة 777 من القانون المدني الجزائري). [2]

ثالثا- الهبة و الوقف

قبل تعديل 2005 لم يتناول المشرّع الجزائري على مستوى قواعد التّنازع القانون واجب التّطبيق على كلّ من الهبة و الوقف، غير أنّه جمع بينهما في الفقرة الثّانية من المادّة 16 السّابقة المضافة بالقانون 05-10 المذكور مخضعا إيّاهما لقانون جنسيّة الواهب أو الواقف وقت إجرائهما.

1/ الهبة

عرّف المشرّع الجزائري الهبة في المادّة 202 من قانون الأسرة بأنّها: " تمليك بلا عوض." و أشار في المادّة 205 من نفس القانون إلى محلّها الذّي يمكن أن يشمل كلّ ممتلكات الواهب أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، و بما أنّ الهبة تصرّف ينفذ في حياة الواهب الذّي يمكنه الرّجوع فيه، فإنّ القانون واجب التّطبيق عليها هو قانون جنسيّة هذا الأخير وقت إجرائها، لا قانون جنسيّة الموهوب له.

[1] هشام علي صادق، عكاشة محمّد عبد العال : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص319.

[2] كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص270.

هكذا يشمل هذا القانون المسائل الآتية: الأهليّة المتطلّبة لإجراء الهبة، أركانها من رضاء و محلّ وسبب، شروطها الشّكلية إذا كان قانون جنسيّة الواهب يأخذ بها.

ينبغي التنويه في هذا المقام إلى أنّ الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة تأخذ حكم الوصيّة وتدخل في إطار التّصرفات النّافذة بعد الموت وفقا للمشرّع الجزائري من خلال المادّة 204 من قانون الأسرة.

2/ الوقف

الوقف كما عرّفه المشرّع الجزائري في المادّة 213 من قانون الأسرة هو: " حبس المال عن التملّك لأيّ شخص على وجه التأبيد و التّصدّق." و بهذا يمكن للوقف أن يكون عامّا و خاصّا، مع أنّ المشرّع الجزائري لم يقرّ صراحة هذه التّفرقة، غير أنّه ألحق الوقف استنادا إلى الفقرة الثّانية من المادّة 16 السّابقة بحكم الهبة من حيث خضوعه بدوره لقانون جنسيّة الواقف وقت إجرائه، اعتبارا لثقل هذا الأخير في العلاقة الوقفية مقارنة بالموقوف له. [1]

و بذلك تتدرج ضمن هذا القانون المسائل الآتية: الأهليّة المتطلّبة لإجراء الوقف، شروط صحّة هذا الإجراء بالنّسبة لكلّ من الواقف و الموقوف له، و بالنّسبة لمحلّ الوقف، و كيفيّة إثباته، و مدى إمكانيّة تعليق نفاذه على شرط، و حكم ما يطرأ على الوقف من تغيير.

المبحث الثاني: القانون واجب التّطبيق على الأموال

تشكّل الأموال مجالا حيويّا لتنازع القوانين بشأنها نظرا لتنوّعها من جهة، و سهولة نقلها بين مختلف الدّول إذا كانت منقولات من جهة أخرى نقودا كانت أو أوراقا تجاريّة أو أشياء ماديّة أو معنويّة، لذا تحتلّ مسألة تحديد القانون الذّي يحكمها في إطار القانون الدّولي الخاصّ أهمّية قصوى لما له من انعكاسات على سياسة الدول الاقتصاديّة و على مصالح الأفراد و الشّركات فيها.

و نظام الأموال أو الأحوال العينيّة يشمل كلّ ما يتعلّق بالقواعد القانونيّة المنظّمة للمال مادّيا كان بوصفه عقّارا أو منقولا، أو معنويّا كحقوق المؤلّف و براءات الاختراع.

و إذا كان ضابط الإسناد المعتمد في الأحوال الشّخصية يرتكز على أطراف العلاقة الدّولية الخاصّة أكثر من أيّ شيء آخر باعتبارهم العنصر المهيمن عليها، و إخضاعها على هذا الأساس لقانون الجنسيّة، فإنّ

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص206.

ضابط الإسناد المعتمد في الأحوال العينيّة أو الأموال يرتكز على موضوع العلاقة ذاتها و هو المال باعتباره العنصر الذّي يشكّل مركز الثّقل فيها، و على هذا الأساس استقرّت الممارسة القضائيّة منذ القدم على إخضاع الأموال لقانون موقعها. [1]

و لمّا كانت هذه الأموال بطبيعتها مادّية و معنويّة فإنّنا سنفرد كلّا منها بمطلب مستقلّ.

المطلب الأوّل: الأموال المادّيّة

نصّت المادة 2/17 من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور على ما يلي: " يسري على الحيازة و الملكيّة و الحقوق العينيّة الأخرى قانون موقع العقّار، و يسري على المنقول المادّي قانون الجهة التّي يوجد فيها وقت تحقّق السّبب الذّي ترتّب عليه كسب الحيازة أو الملكيّة أو الحقوق العينيّة الأخرى، أو فقدها."

يتبيّن من هذا النصّ أنّ المشرّع الجزائري قد أخضع بدوره الأموال المادّيّة لقانون موقعها، لذلك سنتناول مبرّرات خضوع الأموال (المادّيّة) لقانون موقعها (فرع أوّل)، و الصّعوبات التّي تعترض تطبيق هذا القانون (فرع ثان)، و أخير مجال تطبيقه (فرع ثالث).

الفرع الأول: مبرّرات خضوع الأموال (المادّيّة) لقانون موقعها

يمكن ردّ مبرّرات خضوع الأموال إلى قانون موقعها في الحقيقة إلى مبرّرات تاريخيّة (أوّلا) و أخرى عملية (ثانيا).

أوّلا- المبرّرات التّاريخيّة

تعدّ قاعدة خضوع الأموال لقانون موقعها من أقدم قواعد القانون الدّولي الخاصّ، فقد تبنّتها المدرسة الإيطاليّة القديمة من خلال الفقيه "بارتول" و الفقيه "دارجانتريه"، كما اعتبرها الفقيه "مانشيني" استثناء على مبدأ شخصيّة القوانين معتبرا القوانين المتّصلة بالملكيّة العقّاريّة تتعلّق بالنّظام العامّ، و تطبّق تطبيقا إقليميّا، و قد اعتمدها الفقيه الألماني "سافيني" من خلال نظريّته المؤسّسة على التّركيز المكاني للعلاقات

[1] جمال محمود الكردي : " تنازع القوانين " منشأة المعارف- الإسكندرية 2006، ص423.

القانونيّة معتبرا من جهته أنّ مقرّ العلاقات المرتبطة بالأشياء هو مكان وجود الأخيرة، و قد باتت هذه القاعدة عرفا سرعان ما وجد طريقه إلى التّقنين في معظم تشريعات الدّول. [1]

ثانيا- المبرّرات العمليّة

تتمثّل أهمّها في:

1/ بما أنّ الأموال لها مكان توجد فيه و هو الذّي تتركّز فيه العلاقات القانونيّة المتعلّقة بها فقانون موقعها هو أنسب القوانين لحكمها.

2/ قانون موقع الأموال هو القانون الذّي يفكّر فيه عادة أطراف العلاقة تلقائيّا، و هو الذّي يطبّقه غالبا قاضي النّزاع.

3/ قانون موقع الأموال يسهّل إجراءات التّقاضي و التّنفيذ على المحكمة و المتقاضين على حدّ سواء حيث يسهل الرّجوع إليه في إطار هذه الإجراءات.

4/ قانون موقع الأموال يضمن سلامة المعاملات و استقرارها، حيث يسهّل على كلّ من يهمّه الأمر الاطّلاع على وضعيّتها و التّصرّفات الواردة عليها أو الالتزامات المترتّبة عنها.

5/ تطبيق قانون مكان وجود المال يجد أساسه في تكريس سيادة الدّولة و بالتّالي ضرورة إعمال مبدأ الإقليميّة. (بوجود المال في إقليم الدّولة). [2]

الفرع الثاني: الصّعوبات التّي تعترض تطبيق قاعدة خضوع الأموال لقانون موقعها

يمكن الحديث في هذا السّياق عن صعوبات واقعيّة (أوّلا) و أخرى قانونيّة (ثانيا).

أوّلا- الصّعوبات الواقعيّة

لا تثور بشأن العقّار صعوبة تذكر باعتباره كما عرّفه المشرّع الجزائري في المادّة 683 من القانون المدني كلّ شيء مستقرّ بحيّزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف، لكن قد تطرح إشكاليّة وقوعه بين حدود

[1] هشام علي صادق، عكاشة محمّد عبد العال، حفيظة السيّد الحدّاد : " القانون الدّولي الخاص: تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدّولي- الجنسية " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 2006، ص467.

[2] هشام علي صادق، عكاشة محمّد عبد العال، حفيظة السيّد الحدّاد، المرجع نفسه، ص468.

دولتين، و قد تصدّى الفقه لهذه الإشكاليّة بمقترحين: الأوّل يقوم على تجزئة العقّار، و الثّاني و هو المعمول به واقعيّا يقوم على الاحتكام إلى معاهدة دولية، غالبا ما تكون ثنائيّة في هذا الصّدد تنظّم المسألة.

أمّا المنقولات المادّيّة فلا تثير بدورها صعوبة باستثناء تلك دائمة الحركة كالسّفن و الطّائرات و القطارات و المركّبات و البضائع المنقولة، مع ذلك يذهب الفقه الغالب في شأن السّفن و الطّائرات إلى عدم الاعتداد بمكان وجودها الفعلي على خلاف بقيّة المنقولات المادّية بل إخضاعها إلى قانون دولة العلم أي دولة التّسجيل، و تخضع البضائع المنقولة على متنها لنفس القانون. [1]

في حين تخضع البضائع المنقولة برّا على وسيلة لا تحمل علما حسب الفقه الرّاجح إلى قانون الدّولة المرسلة إليها باعتباره المكان الذّي ستستقرّ فيه.[2]

فيما يميل رأي مرجوح إلى تعدّد القوانين التّي تخضع لها هذه البضائع بتعدّد الأماكن التّي تتوقّف فيها الوسيلة المقلّة لها. [3]

ثانيا– الصّعوبات القانونيّة

باستثناء العقّارات تتمثّل الصّعوبات القانونيّة بشأن المنقولات في الحالة التّي يتمّ نقلها فيها من دولة إلى أخرى في إشكاليّة توزيع الاختصاص بين كلّ من قانوني موقعيها القديم و الجديد، و هو ما يصطلح عليه بالتّنازع المتحرّك.

و قد اختلف الفقه في معالجة هذه الإشكاليّة عن طريق وضع حلّين مختلفين و هما تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري من جهة، و تطبيق قانون الموقع القديم احتراما للحقّ المكتسب المترتّب عنها من جهة أخرى. [4]

---

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص191.

[2] هشام علي صادق، عكاشة محمّد عبد العال، حفيظة السيّد الحدّاد: " القانون الدّولي الخاصّ: تنازع القوانين– تنازع الاختصاص القضائي الدّولي– الجنسية " مرجع سابق، ص471.

[3] كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص287.

[4] علي علي سليمان: " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص99.

1/ تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري

في إطار هذا الحلّ ميّز الفقه بين مضمون الحقّ و وسائل اكتسابه، فأخضع مضمونه لقانون موقعه الجديد، فيما أبقى على وسائل كسبه خاضعة للقانون الحاكم لهذه الوسائل (القانون القديم). [1] و الأمثلة الآتية توضّح ذلك:

أ/ الدّائن المرتهن الذّي يسمح له قانون موقع المنقول بتملّكه عند عدم الوفاء، لا يمكنه ذلك إذا ما نقل إلى موقع جديد كفرنسا مثلا التّي لا يقرّ قانونها هذا الحقّ. [2]

ب/ المنقول الذّي لا يجوز التّعامل فيه وفقا لقانون موقعه القديم، يصبح جائزا التّعامل فيه إذا سمح قانون موقعه الجديد بذلك.

ج/ يمكن التمسّك بقاعدة الحيازة في المنقول كسند للملكيّة في ظلّ القانون القديم الذّي يقرّها، و يمكن التمسّك بها كذلك في ظلّ قانون الموقع الجديد حتّى لو كان لا يعترف بها، لأنّ الأمر هنا يتعلّق بوسيلة كسب الحقّ و قد تمّت في ظلّ قانون الموقع القديم. [3]

د/ العقود النّاقلة لملكيّة المنقول بالتّسليم في قانون الموقع القديم إذا لم يتمّ التّسليم و انتقل المنقول إلى موقع لا يشترط قانونه ذلك يبقى المشتري غير مالك لهذا المنقول، لأنّ الأمر هنا لا يتعلّق بمضمون الحقّ و إنّما بوسيلة كسبه، و هذه الأخيرة يطبّق عليها كما أسلفنا قانون الموقع الذّي استعملت فيه.[4]

2/ تطبيق قانون الموقع القديم احتراما للحق المكتسب في ظلّه

يشترط للأخذ بهذا الحلّ أن تكون كلّ عناصر نشوء الحقّ قد اكتملت في ظلّ القانون القديم، و ألّا ينشأ حقّ مضاد له في ظلّ القانون الجديد، و ألّا يخالف النّظام العامّ فيه.[5]

و الأمثلة الآتية توضح ذلك:

[1] جمال محمود الكردي : " تنازع القوانين " مرجع سابق، ص434.

[2] نسرين شريفي، السعيد بوعلي : " القانون الدّولي الخاص الجزائري " مرجع سابق، ص74.

[3] كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص289.

[4] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص100.

[5] جمال محمود الكردي : " تنازع القوانين " مرجع سابق، ص435.

أ/ صاحب المنقول الذي تملّكه في ظلّ قانون لا يشترط التسليم يبقى محتفظا بهذه الملكية حتّى لو انتقل المنقول إلى دولة يوجب قانونها التسليم كشرط للملكيّة. [1]

ب/ الحائز على منقول في دولة يقرّ قانونها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكيّة يبقى محتفظا بهذه الحيازة حتّى لو نقل المنقول إلى دولة لا يعترف قانونها بهذه القاعدة. [2]

ج/ شراء شخص لمنقول دون تسلّمه في دولة يشترط قانونها التسليم لانتقال الملكيّة لا يعد مالكا له حتّى لو نقل إلى دولة لا يشترط قانونها التسليم لانتقال الملكية، لأنّ الحقّ هنا لم يستوف كلّ العناصر المتطلّبة لنشوئه.

د/ لا يمكن لصاحب حقّ رهن على منقول التمسّك به إذا نقل إلى دولة لا يعترف قانونها بهذا الحقّ، لأنّ ذلك يتعارض مع النّظام العامّ فيه.

و يبدو أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بالحلّ الثّاني أي تطبيق قانون الموقع القديم احتراما للحقّ المكتسب في ظلّه، ذلك ما يتبيّن من حرفيّة الفقرة الثانية من المادة 17 السّابقة، حيث اعتمد المشرّع من خلالها على قانون الجهة التّي يوجد فيها المنقول وقت تحقّق السّبب الذّي ترتّب عليه كسب الحيازة أو الملكيّة أو الحقوق العينيّة الأخرى أو فقدها.

الفرع الثالث: مجال تطبيق قانون موقع الأموال

هناك مسائل تدخل في قانون الأموال (أوّلا)، و هناك مسائل أخرى تخرج من نطاقه (ثانيا).

أوّلا- المسائل التّي تدخل في نطاق قانون موقع الأموال

تدخل في نطاق قانون موقع الأموال المسائل الآتية:

أ/ تحديد الأموال التي يجوز التّعامل فيها قانونا.

ب/ توصيف المال أو تكييفه من حيث كونه عقّارا أو منقولا. [3]

---

[1] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص197.

[2] كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص290.

[3] نسرين شريفي، السعيد بوعلي : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص75.

ج/ تحديد الحقوق العينيّة التّي يمكن أن تترتّب على المال عقّارا كان أو منقولا، و أصليّة كانت تلك الحقوق أم تبعيّة.(الحقوق الأصلية: الملكيّة، الانتفاع، الاستعمال، السّكن، الارتفاق، في مصر الحكر، الحقوق التبعيّة: الرّهن الرّسمي، الرّهن الحيازي، الاختصاص، الامتياز). [1]

د/ تحديد السّلطات التّي يقرّرها الحقّ العيني المترتّب على المال لصاحبه، و القيود التّي تحدّ من استعماله.

هـ/ تقرير أسباب كسب الحقوق العينيّة و انتقالها و انقضائها سواء منها الخاصّة بالحقوق العينيّة فقط، أو تلك المشتركة بينها و بين الحقوق الشخصيّة، كأن يكون السبب الناقل للملكيّة مثلا هو العقد (المادة4/18 من القانون المدني الجزائري).

و/ تحديد وسائل الشّهر اللّازمة للاحتجاج بالحقّ في مواجهة الغير خاصّة إذا تعلّق الأمر بعقّار.

ثانيا- المسائل التّي تخرج من نطاق قانون موقع الأموال

تخرج من نطاق هذا القانون حكما أهليّة المتعاقدين التّي تخضع لقانون الجنسيّة وفق المادّة 10 من القانون المدني الجزائري، و الشّروط الموضوعيّة للعقد المتعلّق بمنقول التّي تخضع للضّوابط الواردة في المادّة 18 من القانون المدني الجزائري، كما يخرج من نطاقه شكل التّصرّفات القانونيّة، حيث تخضع للضّوابط الواردة في المادّة 19 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: الأموال غير المادّية (المعنوية)

إنّ الأموال غير المادية هي تلك التّي لا تقع تحت الحسّ و لا اللّمس، و لكن تصلح لأن تكون محلّا للحقوق. [2]

و لذلك سنحاول حصرها (فرع أوّل)، ثمّ تعيين القانون واجب التّطبيق بشأنها(فرع ثان).

[1] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص98.

[2] غالب علي الدّاودي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص211.

الفرع الأول: حصر الأموال غير المادّية (المعنوية)

يمكن تصنيف الحقوق التي ترد على الأموال غير المادّية في الحقيقية إلى مجموعتين: حقوق الملكيّة الفكرية، الصناعية و التجارية (أوّلا)، و الحقوق الشّخصية (الديون) (ثانيا).

أوّلا- حقوق الملكيّة الفكريّة، الصناعيّة و التّجاريّة

و تشتمل هذه المجموعة بدورها على طائفتين من الحقوق: حقوق الملكية الفكرية من جهة، و حقوق الملكية الصناعية و التجارية من جهة أخرى.

1/ حقوق الملكيّة الفكريّة

و تسمّى كذلك بالحقوق الذّهنيّة، و هي الحقوق المتعلّقة بكلّ إنتاج فكري مبتكر في مجالات العلم والأدب و الفنّ، و يصطلح عليها بحقوق المؤلّف. [1]

2/ حقوق الملكيّة الصّناعيّة و التّجارية

و هي الحقوق التّي تضمن للصّانع أو التّاجر حماية العناصر المعنويّة لإنتاجه الصّناعي أو محلّه و منها الحقّ في براءة الاختراع، الحقّ في الرّسوم الصّناعية، الحقّ في العلامة التّجاريّة، الحقّ في الاسم التّجاري، الحقّ في العملاء... [2]

ثانيا- الحقوق الشّخصية (الدّيون)

هي تلك الحقوق المترتّبة عن الدّيون سواء كانت ناشئة عن التزام تعاقدي أو غير تعاقدي، و يفرّق في هذا الصّدد بين الدّيون العاديّة، و الدّيون الثّابتة في أوراق قابلة للّتداول.

[1] محمّد الصّغير بعلي : " المدخل للعلوم القانونيّة- نظريّة القانون و نظريّة الحقّ " دار العلوم للنشر و التوزيع- عنّابة 2006، ص121.

[2] عامر محمّد الكسواني : " القانون الواجب التّطبيق على مسائل الملكيّة الفكريّة- دراسة مقارنة " ط1، دار وائل للنّشر، عمّان- الأردن 2011، ص155.

1/ الدّيون العاديّة

و هي تلك الدّيون التّي يمكن النّظر إليها على أنّها مال معنويّ يمثّل قيمة مادّية مترتّب في ذمّة شخص لصالح شخص آخر لم يتمّ إثباته في أيّة ورقة قابلة للتّداول. [1]

2/ الدّيون الثّابتة في أوراق قابلة للتّداول

هي تلك الدّيون التّي يمكن النّظر إليها على أنّها مال معنويّ يمكن التّصرّف فيه عن طريق حوّالة الحقّ بإثباته في أوراق للتّداول. [2]

الفرع الثاني: القانون الذّي يحكم الأموال غير المادّية (المعنويّة)

وفقا للتّصنيف السّابق يتعيّن التعرّض إلى القانون واجب التّطبيق على حقوق الملكيّة الفكريّة، الصّناعيّة والتّجارية من جهة (أوّلا)، و القانون واجب التّطبيق على الحقوق الشّخصيّة أو الدّيون من جهة أخرى (ثانيا).

أوّلا- القانون الذّي يحكم حقوق الملكيّة الفكريّة، الصّناعية و التّجاريّة

لا يوجد قانون واحد يخصّ كلّ الأموال المعنويّة، إذ أنّ لكلّ نوع منها محلّ تركيز افتراضي خاصّ مع أنّ المادّة 17 مكرّر المضافة بالقانون 05-10 المذكور أوردت قاعدة عامّة بنصّها على أن: " يسري على الأموال المعنويّة قانون محلّ وجودها وقت تحقّق السّبب الذّي ترتّب عليه كسب الحيازة أو الملكيّة أو الحقوق العينيّة الأخرى أو فقدها." و بيان ذلك على النّحو التّالي:

1/ حقوق المؤلّف

الفقه الغالب يفرّق بين فرضيّتين: نشر المؤلّف، و عدم نشره.

[1] نبيل إبراهيم سعد : "المدخل إلى القانون-نظريّة الحقّ " مرجع سابق، ص82.

[2] مصطفى كمال : " القانون التّجاري- الأوراق التّجارية، العقود التّجاريّة " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 1999، ص11.

أ/ نشر المؤلّف

يتّجه الفقه في هذه الفرضيّة إلى تطبيق قانون الدّولة التّي نشر فيها المؤلّف لأوّل مرّة تأسيسا على أنّ النّشر هو الذّي يعطي المنشور قيمته الفكريّة في إطار العلاقات الاجتماعيّة، و من تاريخ نشره يعتبر مالا يمكن الاستفادة منه بالنّسبة للمؤلّف و الغير على السّواء. [1]

إلى جانب هذا الرّأي هناك رأي ينحو إلى تطبيق قانون بلد النّشر الرّئيسي إذا كان المؤلّف قد نشر في أكثر من دولة. [2]

و بينهما اتّجهت كلّ من اتفاقيتي "بارن" و "جنيف" لحقوق المؤلّف إلى تطبيق قانون الدّولة الذّي يقرّر مدّة أقصر لحماية حقّ المؤلّف، و قد مال المشرّع الجزائري إلى الرّأي الأوّل حيث نصّ في المادّة 17 مكرّر/2 المضافة بالقانون 05-10 المذكور على أن:" يعدّ محلّ وجود الملكيّة الأدبيّة و الفنيّة مكان النّشر الأوّل للمصنّف أو إنجازه."

ب/ عدم نشر المؤلّف

يكرّس الفقه في هذه الفرضيّة القانون الشّخصي للمؤلّف على اعتبار أنّ المؤلّف وثيق الصّلة بصاحبه ولم يتعلّق به حقوق للغير جرّاء عدم نشره. [3]

2/ حقوق الملكيّة الصّناعيّة و التّجاريّة

يتعدد القانون واجب التّطبيق بتعدّد حقوق الملكيّة الصّناعيّة و التّجاريّة على النّحو التّالي:

أ/ براءة الاختراع

بما أنّ الدّولة هي التّي تمنح هذا الحقّ للمخترع فليس لهذه البراءة قيمة خارج الدّولة التّي منحتها، و على ذلك فإذا أراد صاحب البراءة حمايتها خارجها فعليه الحصول على براءة جديدة في كلّ دولة يريد حمايتها فيها. [4]

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التّنازع الدّولي للقوانين " مرجع سابق، ص1014.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه ، ص1020.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 1017.

[4] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص139.

و قد تبنّى المشرّع الجزائري هذا التأصيل الفقهي في الفقرة الثالثة من المادّة 17 مكرّر من القانون المدني حين نصّ على أن: " يعدّ محلّ براءة الاختراع البلد الذّي منحها." و منه فالقانون واجب التّطبيق على براءة الاختراع هو قانون الدّولة التي منحتها.

ب/ الرّسوم و النّماذج الصّناعيّة

إنّ الضّمانة القانونيّة لحماية الرّسوم و النّماذج الصّناعية هي تسجيلها، و عليه فالقانون واجب التّطبيق عليها هو قانون دولة التّسجيل. [1]

و هذا ما قرّره المشرّع الجزائري في الفقرة الرّابعة من المادّة 17 مكرّر من القانون المدني بنصّها على: "و يعدّ محلّ وجود الرّسم و النّموذج الصّناعي البلد الذّي سجّلا أو أودعا فيه."

ج/ العلامات و الأسماء التّجاريّة

بما أنّ العلامات و الأسماء التّجاريّة هي وسيلة قانونيّة في مواجهة المنافسة غير المشروعة للمنتوج التّجاري المحتكر، فإنّ الحقّ عليها حسب الفقه الغالب يتقرّر بالأسبقيّة في استعمالها. و قد تبنّى المشرّع الفرنسي هذا الحلّ قبل قانون 1964 الذّي طبّق على العلامات و الأسماء التّجارية قانون الدّولة التّي تمّ فيها تسجيلها لا قانون الدّولة التّي استعملت فيها لأوّل مرّة. [2]

أمّا المشرّع الجزائري فقد فرّق بين العلامة و الاسم التّجاريين، فأخضع الأولى لقانون دولة منشأة الاستغلال في الفقرة الخامسة من المادّة 17 مكرّر من القانون المدني بنصّها على: " و يعدّ محلّ وجود العلامة التّجارية منشأة الاستغلال." فيما أخضع الثّاني لقانون دولة المقرّ الرّئيسي للمحلّ التّجاري في الفقرة السّادسة من المادّة 17 مكرّر من القانون المدني بنصّها على: " و يعدّ محلّ وجود الاسم التّجاري بلد المقرّ الرّئيسي للمحلّ التجاري." و هذا أخذا بما استقرّ عليه أغلب الفقه تأسيسا على أنّه قانون الدّولة التّي توجد بها معظم عناصره خاصّة عنصر العملاء. [3]

[1] ممدوح عبد الكريم : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " دار الثقافة، عمّان- الأردن 2004، ص157.

[2] إدريس فاضلي : " الملكيّة الصّناعيّة في القانون الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعيّة- الجزائر 2013، ص162.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التّنازع الدّولي للقوانين " مرجع سابق، ص1047.

ثانيا– القانون الذّي يحكم الحقوق الشّخصية (الدّيون)

لم يخصّ المشرّع الجزائري هذه الطّائفة من الأموال المعنويّة بنصوص خاصّة كما فعل بشأن حقوق الملكيّة الفكريّة، الصّناعية و التّجارية، إلّا أنّه وضع مبدأ عامّا في الفقرة الأولى من المادّة 17 مكرّر يقضي بما يلي: " يسري على الأموال المعنويّة قانون محلّ وجودها وقت تحقّق السّبب الذّي ترتّب عليه كسب الحيازة أو الملكيّة أو الحقوق العينيّة الأخرى أو فقدها."

و عليه يتطلّب الأمر في ضوء هذا المبدأ البحث عن محلّ تركيز افتراضي لكلّ من الدّيون العاديّة من جهة، و الدّيون الثّابتة في أوراق قابلة للتّداول من جهة أخرى.

1/ الدّيون العادية

انطلاقا من المبدأ المقرّر في الفقرة الأولى من المادّة 17 مكرّر يرى الفقه الرّاجح إخضاع الدّيون العاديّة إلى قانون موقعها، و هو قانون موطن المدين باعتباره المكان الذّي يمكن فيه للغير الإحاطة بالدّين. وعليه لا يشمل هذا القانون مصدر الدّين في ذاته، أمّا علاقة الدّائن المحيل بالمحال له فيشملها قانون آخر هو قانون الإرادة باعتبار العلاقة منطوية على عقد مستقلّ عن مصدر الدّين. [1]

بينما يرفض فريق آخر من الفقه تجزئة القانون الذّي يحكم الدّين و يخضعونه لقانون واحد في الحالتين هو قانون موطن المدين. [2]

2/ الدّيون الثّابتة في أوراق قابلة للتّداول

يختلف القانون الذّي يحكم الدّين باختلاف الورقة الثّابت فيها الدّين نفسه من حيث كونها إسمية، أو لحاملها، أو إذنية.

أ/ فالدّين الثّابت في ورقة إسمية كالسّهم و السّند الرّسمي يخضع دون منازع إلى قانون الشّخص المعنوي الذّي أصدر السّهم و السّند، و العبرة بمركز إدارته الرّئيسي. [3]

[1] جمال محمود الكردي : " تنازع القوانين " مرجع سابق، ص474.

[2] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص201.

[3] مهنّد أحمد الصّانوري : " القانون الدّولي الخاصّ– دراسة مقارنة في تنازع القوانين " ط1، دار وائل للنّشر، عمّان– الأردن 2011، ص194.

ب/ أمّا الدّين الثّابت في ورقة لحاملها كالسّهم لحامله و السّند لحامله، فيخضع حسب الفقه الغالب لقانون موقع الورقة الثّابت فيها الدّين.

ج/ أمّا الدّين الثّابت في ورقة إذنيّة كالسّفتجة و السّند الإذني و الشّيك، فيخضع حسب الرّأي الرّاجح لقانون بلد الوفاء، باعتباره القانون الذّي تحقّق في ظلّه وجود الحقّ و الذّي تثور النزاعات المتعلقة به، وتتّخذ بشأنه الإجراءات التّحفّظيّة و التنفيذيّة. [1]

المبحث الثالث: القانون واجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقديّة

حتّى يكون الالتزام التعاقدي دوليّا لا بدّ أن يشتمل على عنصر أجنبيّ يظهر من خلال الإبرام، أو التنفيذ أو الموضوع، أو الأطراف، و نظرا لانتشار العقود الدّولية بشكل متزايد فإنّ تحديد القانون المطبّق عليها يعتبر مسألة في غاية الأهمّية.

لذلك سنعرض إلى القانون الذّي يحكم الالتزامات التعاقديّة (مطلب أوّل)، و نطاق سريانه أو تطبيقه (مطلب ثان).

المطلب الأوّل: تحديد القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقديّة

بيّنت المادّة 18 من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون 05-10 المذكور القانون المطبّق على الالتزامات التعاقديّة بنصّها على أن: " يسري على الالتزامات التّعاقديّة القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقيّة بالمتعاقدين أو بالعقد. و في حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون الموطن المشترك أو الجنسيّة المشتركة. و في حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون محلّ إبرام العقد. غير أنّه يسري على العقود المتعلّقة بالعقّار قانون موقعه."

من هذا النصّ نستنتج أنّ القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقدية يتعدد بتعدّد ضوابط الإسناد المعتمدة، ولأنّ العقود المتعلّقة بالعقّار تمّ الإشارة إليها سابقا، فإنّنا سنتطرّق إلى ضابط الإرادة كضابط إسناد أساسي (فرع أوّل)، ثمّ إلى بقيّة ضوابط الإسناد الأخرى (فرع ثان).

[1] ممدوح عبد الكريم : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص160.

الفرع الأوّل: قانون الإرادة كضابط إسناد أساسي

خضوع الالتزام التعاقدي لقانون الإرادة من المبادئ المستقرّة في القانون الدّولي الخاصّ، حيث تبنّته جلّ تشريعات العالم على اعتبار العقود عصب المبادلات التّجارية من جهة، و نظرا لاتّساع نطاق استعمال قانون الإرادة في هذا المجال من جهة أخرى، رغم الانتقادات التي وجّهت إليه و أبرزها أنّه يعطي للأطراف سلطة توازي سلطة المشرّع. [1]

و يثير تطبيق هذا المبدأ أو الضّابط ثلاثة إشكالات و هي: مدى ارتباط قانون الإرادة بالعقد أو المتعاقدين (أوّلا)، و مدى إمكانيّة تجزئته (ثانيا)، و أخيرا مدى الاعتداد بالإرادة الضّمنية بشأنه (ثالثا).

أوّلا- مدى ارتباط قانون الإرادة بالعقد أو المتعاقدين

في الحقيقة يمكن التمييز في هذا الشّأن بين المادّة 18 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها و بعده، حيث نصّت قبل التعديل على أن: " يسري على الالتزامات التّعاقدية قانون المكان الذّي ينبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر."

و هكذا جاء النصّ مطلقا بما يحمل على القول أنّه ترك للمتعاقدين كامل الحرّية لاختيار القانون الذّي يحكم عقدهما بصرف النّظر عن اتّصاله بالعقد أو المتعاقدين أم لا، و قد عكس هذا النصّ موقف المشرّع الجزائري آنذاك المنسجم مع مقتضيات التّجارة الدّولية عموما و حاجة الجزائر إلى الخبرة الأجنبية في تشييد وتسيير المؤسّسات الاقتصادية في العهد الاشتراكي بالخصوص.

أمّا بعد التّعديل و من خلال عبارة (إذا كان له صلة حقيقيّة بالعقد أو المتعاقدين) يتبيّن جليّا أنّ المشرّع الجزائري اتّجه إلى تقييد حرّية طرفي العقد، بأن يكون القانون المختار من طرفهما له علاقة بهما من حيث كونه قانون جنسية أحدهما أو قانون موطن أحدهما على الأقلّ، زيادة على ذلك أن تكون تلك العلاقة حقيقيّة أو فعليّة لا صوريّة أو مصطنعة و هذا مسايرة لأحدث الاتّجاهات الفقهيّة و القضائيّة في هذا الشّأن و التّي ترمي من خلال هذا الشّرط إلى محاربة الغشّ أو التّحايل. [2]

[1] محمّد بلاق : " قواعد التّنازع و القواعد المادّية في منازعات عقود التّجارة الدّوليّة " مرجع سابق، ص41.

[2] علي غالب الدّاودي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص218.

و نلاحظ أنّ هذا التقييد أعدم إرادة الأطراف لأنّ الضّوابط الأخرى الواردة في نصّ المادّة 18 ذاتها كفيلة بأن توفّر هذه الصّلة.

ثانيا- مدى إمكانيّة تجزئة قانون الإرادة

المقصود بذلك تجزئة العقد في حدّ ذاته بحيث يخضع كلّ جزء منه لقانون معيّن، و مصطلح الالتزامات التّعاقديّة الوارد في المادّة 18 من القانون المدني الجزائري، و حسب الأعمال التّحضيرية الممهّدة لاعتماد نصّ المادّة 19 من القانون المدني المصري المقابلة لها، تفيد بأنّه يشمل كلّ ما يتعلّق بالرّابطة التّعاقديّة تكوينا و آثارا.

كما أنّ المشرّع الجزائري استثنى في الفقرة الأخيرة العقود المتعلّقة بالعقّار، و كان قادرا أن يفعل ذلك بالنّسبة لآثار العقد، ممّا يفيد برغبته في عدم تجزئة العقد، كذلك فإنّ الفقه الرّاجح في فرنسا أكّد على وحدة القانون الذّي يحكم العقد الدّولي لتحقيق الانسجام بين الأحكام النّاظمة لمختلف أجزائه. كلّ هذه المعطيات تجعلنا نفسّر نصّ المادّة 18 كما جاء بأنّه لا يسمح بتجزئة العقد.

ثالثا- مدى إمكانية الاعتداد بالإرادة الضّمنيّة أو المفترضة

جلّ النّصوص المتعلّقة بالقانون الذّي يحكم العقد الدّولي في التّشريعات العربيّة اعتدّت بالإرادة الضّمنيّة، و منها القانون المدني السوري، المصري، العراقي (قبل الغزو الأمريكي)، الكويتي، الأردني، السّوداني، اليمني، على العموم من خلال عبارة (ما لم يتبيّن خلاف ذلك) باستثناء المشرّع الجزائري في المادّة 18 ممّا يفيد عدم اعتداده إلّا بالإرادة الصّريحة، و في هذا مراعاة لجسامة العقد الدّولي من جهة، و حماية لأطرافه من جهة أخرى. [1]

الفرع الثّاني: ضوابط الإسناد الاحتياطيّة

إنّ ضوابط الإسناد المنصوص عليها في المادّة 18 هي في حقيقتها ضوابط ترتيبيّة لا يتمّ إعمالها إلّا إذا تعذّر إعمال الآخر، و ذلك ما يستفاد بوضوح من خلال عبارتي (يسري) و (في حال عدم إمكان ذلك).

[1] عبد النّاصر بلميهوب : " دراسة تحليليّة ناقدة للمادّة 18 من التّقنين المدني الجزائري: عن المغالاة في تقييد حرّية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد الدّولي بعد تعديل المادّة 18 من التّقنين المدني الجزائري " مداخلة في الملتقى الوطني حول: تنظيم العلاقات الدّوليّة الخاصّة- واقع متطوّر " المنعقد بكلّية الحقوق و العلوم السّياسيّة، جامعة ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح- ورقلة 2010، ص ص54، 55.

فإذا لم يتّفق المتعاقدان على قانون معيّن يحكم عقدهما، أو اتّفقا على قانون ليست له صلة بهما و لا بالعقد عطّل قانون الإرادة، و تعيّن عندئذ إعمال بقية الضّوابط الاحتياطيّة وفق التّرتيب الذّي وردت عليه و هي:

أوّلا- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

و هو قانون الدّولة التّي يتّخذها المتعاقدان موطنا مشتركا لهما، و يعود تقرير اختصاص قانون الموطن المشترك في هذه الحالة لما له من علاقة أكيدة بالعقد، من حيث أنّ المتعاقدين عادة لا يتوطّنان في دولة ما إلّا من أجل مصلحة مشتركة قد تتمثّل في العقد ذاته، لكنّ تحديد هذا الموطن ليس متاحا دوما، خاصّة في حالة التعاقد الإلكتروني أين يفترض يكون كلّ طرف من طرفي العقد في مكانين مختلفين. [1]

ثانيا- قانون الجنسيّة المشتركة للمتعاقدين

مقتضى هذا الضّابط هو وجوب أن يحمل المتعاقدان معا جنسيّة واحدة، و يعود تقرير اختصاص قانون الجنسيّة المشتركة لطرفي العقد لما له من علاقة جدّ وثيقة بالمتعاقدين، تتمثّل في أنّه القانون الوطني المألوف بالنّسبة لهما، و الذّي يفترض أنّهما على إحاطة كافية بأحكامه في الغالب الأعمّ، مع ذلك قد تكون الصّلة بين العقد و قانون الجنسيّة المشتركة في بعض الأحيان ضعيفة، ممّا يقتضي التحقّق من هويّة طرفيه و تحديد مكان تواجدهما لحظة إبرامه. [2]

ثالثا- قانون مكان الإبرام

إذا استحال إعمال ضوابط الإسناد الثّلاثة (قانون الإرادة، قانون الموطن المشترك، قانون الجنسيّة المشتركة) فلا يبقى إلّا ضابط الإسناد المفروض واقعا و المتمثّل في قانون مكان الإبرام، فهذا الضّابط ممكن إعماله مطلقا لأنّه كفيل على الدّوام بتركيز العقد في مكان معيّن، فحتّى إذا كان التعاقد بين غائبين فإنّ المكان الذّي يعلم فيه الموجب بالقبول هو مكان إبرام العقد، كما ذهب إلى ذلك المشرّع الجزائري في

[1] سليمان أحمد فضل : " المنازعات النّاشئة عن عقود التّجارة الإلكترونية في إطار القانون الدّولي الخاصّ " دار النّهضة العربية- القاهرة 2011، ص204.

[2] سليمان أحمد فضل، المرجع نفسه، ص205.

المادّة 67 من القانون المدني الجزائري، مع أنّ قانون مكان إبرام العقد في الحقيقة لن يكون مختصّا دائما لأنّه قد يكون عرضيّا، و بالتّالي لا صلة له بالعقد. [1]

هكذا يتبيّن أنّ المشرّع الجزائري في مادّة الالتزامات التّعاقدية في إطار القانون الدّولي الخاصّ أعطى القاضي سلطة واسعة في فحص وقائع و حيثيات هذه الالتزامات، لاستخلاص ضابط الإسناد الحقيقي أو الصّحيح الذّي يحكمها، فرغم منحه طرفي التعاقد حرّية اختيار القانون الذّي يحكم عقدهما، إلّا أنّه قيّد هذه الإرادة من جهة، و أحلّ سلطته محلّها في حالة عدم وجودها أو وضوحها أو الاختلاف بشأنها من جهة أخرى، وذلك بإعمال الضّوابط الثّانوية الأخرى على نحو ترتيبي. [2]

المطلب الثّاني: نطاق سريان القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقديّة

هناك مسائل تدخل حكما في نطاق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقديّة على مستوى العقود الدّولية، وهناك بعض المسائل تخرج من نطاقه (فرع أوّل)، كما هناك التزامات تعاقديّة تشكّل استثناءات لا يشملها هذا القانون (فرع ثان).

الفرع الأوّل: المسائل التّي تدخل في نطاق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقدية و التّي تخرج من نطاقه

نعالج المسائل التّي تدخل في نطاق هذا القانون (أوّلا)، ثمّ تلك التّي تخرج من نطاقه (ثانيا).

أوّلا- المسائل التّي تدخل في نطاق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقديّة

هما في الحقيقة مسألتان: شروط العقد، و آثاره.

1/ شروط العقد

تتمثّل هذه الشّروط في التّعبير عن الإرادة (صحّة الرّضا) و عيوبها، و المحلّ من حيث وجوده و تعيينه و مشروعيّته، و كذا السّبب من حيث الوجود و المشروعيّة، بالإضافة إلى الجزاء المترتّب عن تخلّف أحد أركان العقد من حيث البطلان بنوعيه (نسبي و مطلق)، و من يجوز له التمسّك به، و مدى صحّة الإجازة بشأنه، و تقادم الدّعوى المقرّرة له و مدّته.

[1] علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " مرجع سابق، ص114.

[2] عبد النّاصر بلميهوب : " دراسة تحليليّة ناقدة للمادّة 18 من التّقنين المدني الجزائري " مرجع سابق، ص57.

2/ آثار العقد

تشمل هذه الآثار الأشخاص الذّين ينصرف إليهم أثر العقد، و الاشتراط لمصلحة الغير، و طرق تنفيذ العقد و أشكال التّنفيذ، كما تشمل التّعويض و كيفيّة تقديره، و مدى الإعفاء من المسؤوليّة و التّخفيف منها، و كذا الشّرط الجزائي، فضلا عن أسباب انقضاء العقد، و المقاصّة الاتّفاقيّة. [1]

ثانيا- المسائل التّي تخرج عن نطاق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقديّة

تتعلّق هذه المسائل بداهة بالأهليّة حيث تخضع لقانون الجنسيّة، و السّكوت كشكل من أشكال التّعبير عن الإرادة حيث يخضع لقانون مكان من وجّه إليه الإيجاب، و كذا الآثار المترتّبة عن تقرير البطلان كالالتزام بالرّدّ أو التّعويض، حيث تخضع لقانون محلّ الإبرام أو التّنفيذ، بالإضافة إلى المقاصّة القضائيّة التّي تخضع للقانون الذّي يحكم الدّينين معا. [2]

الفرع الثّاني: استثناءات تطبيق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقديّة

يتعلّق الأمر هنا بنوعين من هذه الالتزامات أو العقود، و هي الالتزامات التّعاقدية الواردة على عقّار(أوّلا)، وعقود العمل (ثانيا).

أوّلا- الالتزامات التّعاقدية الواردة على عقّار

استثنى المشرّع الجزائري صراحة في الفقرة الرّابعة و الأخيرة من المادّة 18 السّابقة العقود المتعلّقة بعقّار من الخضوع للقانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقدية عموما، مخضعا إيّاها لقانون آخر هو قانون موقعها، و الحكمة من ذلك ظاهرة على النّحو الذّي تمّ بيانه سلفا بشأن القانون واجب التّطبيق على الأموال (المادّة 1/17).

ثانيا- عقود العمل

لا تخضع الالتزامات التّعاقدية بشأن عقد العمل للقانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقديّة عموما، بل تخضع لقانون مكان وجود ربّ العمل إذا كان شخصا طبيعيّا، و إذا كان شخصا معنويّا فلقانون وجود إدارته

[1] علي غالب الدّاودي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص220.

[2] بلقاسم أعراب : " القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص319، 320.

الرّئيسية أو أحد فروعها، هذا الحلّ تمّ تبنّيه قضائيّا من خلال قرار محكمة النّقض المصرية الصّادر في أفريل 1976، كما تمّ تبنّيه تشريعيّا من خلال القانون الكويتي لعام 1961.

أمّا الفقه فله في ذات المسألة رأي آخر، مؤدّاه خضوع الالتزامات التّعاقديّة بشأن عقد العمل إلى قانون محلّ التنفيذ لتعلّقه بالجانب الأمني للعامل، و لأنّ العقد ذاته ينطوي على أحكام تنظيميّة هدفها حماية الأخير، و أحكام غير تنظيميّة هدفها حماية الحرّية العقدية.

و إذا تعدّدت أماكن تنفيذ العقد فلا مناصّ –حسب هذا الرّأي دائما– من الأخذ بقانون الإدارة الرّئيسيّة لربّ العمل أو أحد فروعها. [1]

المبحث الرّابع: القانون واجب التّطبيق على الالتزامات غير التّعاقديّة

الالتزامات غير التعاقديّة هي تلك النّاشئة عن الفعل الضّارّ، أو الفعل النّافع كالإثراء بلا سبب.

و سنتطرّق إلى تحديد القانون الذّي يحكمها (مطلب أوّل)، ثمّ إلى نطاق تطبيقه (مطلب ثان).

المطلب الأوّل: تحديد القانون الذّي يحكم الالتزامات غير التّعاقديّة

القاعدة العامّة في القانون الذّي يحكم الالتزامات غير التّعاقديّة و التّي تبنّتها جلّ تشريعات العالم تتمثّل في قانون مكان أو محلّ نشوئها أو وقوعها (فرع أوّل)، غير أنّ هناك مقترحات فقهيّة بتطبيق قوانين أخرى بشأنها (فرع ثان).

الفرع الأوّل: قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي

نصّت المادّة 20 من القانون المدني الجزائري على أن: " يسري على الالتزامات غير التّعاقديّة قانون البلد الذّي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنّه فيما يتعلّق بالالتزامات النّاشئة عن الفعل الضّارّ، لا تسري أحكام الفقرة السّابقة على الوقائع التّي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر و إن كانت تعدّ غير مشروعة في البلد الذّي وقعت فيه."

[1] علي غالب الدّاودي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص221.

بهذا يكون المشرّع الجزائري قد ساير المتداول و المعمول به فيما يخصّ القانون واجب التّطبيق على الالتزام غير التّعاقدي، بإخضاعه إلى قانون مكان وقوعه كمبدأ عامّ، لكنّه أدخل عليه استثناء بالنّسبة للفعل الضارّ الذّي يحدث في الخارج و يكون مشروعا في الجزائر. [1]

و عليه نتناول مبرّرات تكريس قانون موقع الفعل المنشئ للالتزام (أوّلا)، ثمّ الصّعوبات التّي تعترض تطبيقه (ثانيا)، و أخيرا الاستثناء الذّي يحدّ من إعماله (ثالثا).

أوّلا- مبرّرات تكريس قانون موقع الفعل المنشئ للالتزام غير التعاقدي

يتمثّل أهمّ هذه المبرّرات فيما يلي:

1/ الرّابطة الطّبيعية القائمة بين الفعل و مكان وقوعه كما ذهبت إلى ذلك المدرسة الإيطاليّة القديمة.

2/ القواعد التّي تحكم الأفعال الضّارّة خاصّة تندرج في إطار قواعد الأمن الهادفة إلى حماية الأشخاص و أموالهم، و هي لا تطبّق إلّا حيث يوجد هؤلاء الأشخاص و تلك الأموال. [2]

3/ تفعيل مبدأ الإقليميّة من حيث خضوع كلّ الأفعال الواقعة على إقليم الدّولة لقانونها، فهو المختصّ بإضفاء صفة عدم المشروعية على الفعل الواقع فيه و ليس قانونا غيره. [3]

4/ قانون موقع الفعل المنشئ للالتزام قانون محايد بين قانونين هما قانون الضحيّة، و قانون المتسبّب في الضّرر. [4]

ثانيا- الصّعوبات التّي تعترض تطبيق قانون موقع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي

في حقيقة الأمر هناك صعوبتان، تتعلّق الأولى بوقوع الفعل المنشئ للالتزام في مكان لا يخضع لسيادة أيّة دولة مع أنّها فرضية نادرة، فيما تتعلّق الثّانية في توزّع الواقعة المنشئة للالتزام على أقاليم أكثر من دولة.

[1] محند إسعاد : " القانون الدّولي الخاصّ " ج1، ديوان المطبوعات الجامعيّة- الجزائر (دون تاريخ نشر)، ص345.
[2] كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص376.
[3] عامر محمّد الكسواني : " موسوعة القانون الدّولي الخاصّ " ج1، ط1، دار الثّقافة، عمّان- الأردن 2010، ص222.
[4] عامر محمّد الكسواني، المرجع نفسه، ص222.

1/ وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي في مكان لا يخضع لسيادة أيّة دولة

مقتضى ذلك أن يقع الفعل في البحر العالي أو الفضاء الخارجي، فإن وقع على متن سفينة أو طائرة فقانون جنسيّة السّفينة أو الطّائرة هو المختصّ، و لكن إذا نتج عن تصادم سفينتين أو طائرتين فقد تعدّدت الحلول الفقهيّة على النّحو التّالي:

أ/ تطبيق قانون الجنسيّة المشتركة للسّفينتين أو الطّائرتين إذا كانتا تابعتين لدولة واحدة. [1]

ب/ تطبيق قانون قاضي النّزاع إذا اختلفت جنسيّة كلّ منهما لاستحالة تركيز الفعل، و يبدو أنّه الرّأي الأكثر عمليّة و منطقيّة مقارنة مع الآراء الأخرى.

ج/ تطبيق قانون السّفينة أو الطّائرة التّي لحقها الضّرر.

د/ تطبيق قانون السّفينة أو الطّائرة المتسبّبة في الضّرر.

هـ/ تطبيق القانونين الأخيرين تطبيقا جامعا.

و/ ترك المبادرة للمضرور في اختيار القانون المطبّق. [2]

2/ توزّع عناصر الواقعة المنشئة للالتزام غير التّعاقدي على أقاليم أكثر من دولة

الأمثلة المتداولة في هذا الصّدد هي حدوث الواقعة على الحدود بين دولتين، كأن يطلق عيار ناري من دولة و تحدث الإصابة في دولة أخرى، أو تداول منتوج محظور في عدّة دول، أو القذف عبر وسائط الإعلام المسموعة و المرئيّة و المكتوبة من دولة ليصل إلى دولة أخرى أو عدّة دول.

و قد قدّمت عدّة مقترحات فقهيّة بشأن القانون واجب التّطبيق في هذه الحالة و هي:

أ/ تطبيق قانون مكان وقوع الخطأ لأنّه المرتكز الحقيقي الذّي تقوم عليه المسؤوليّة، و الضّرر ليس إلّا نتيجة له (للخطأ).[3]

---

[1] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص162.

[2] غالب علي الدّاودي: " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص232.

[3] محمّد الرّوبي : " تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التّعاقديّة " دار النّهضة العربيّة– القاهرة 2005، ص57.

ب/ تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضارّ استنادا إلى أنّ المسؤوليّة لا تكتمل أركانها إلّا بتحقّق الضّرر، و مقدار التّعويض لا يتحدّد بجسامة الخطأ و لكن بحجم الضّرر. و قد اعتمد القضاء الفرنسي هذا الحلّ من خلال قرار محكمة النّقض الفرنسية الصّادر في 1983/02/05، كما ثبت في بعض اجتهادات قضاء الولايات المتّحدة الأمريكيّة، و يبدو أنّه الرّأي الرّاجح مقارنة مع الرّأي الأوّل. [1]

ثالثا- الاستثناء على تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي

بالعودة إلى الفقرة الثّانية من المادّة 20 المذكورة، نجد أنّ المشرّع الجزائري لم يجعل تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام مطلقا من أيّ قيد، بل اشترط أن يكون الفعل الضّارّ غير مشروع في الجزائر بصرف النّظر عن كونه مشروعا أو غير مشروع في الدّولة التّي وقع فيها، و عليه فإنّ العبرة بعدم المشروعيّة تكون وفقا للقانون الجزائري، و بمفهوم المخالفة فإنّ الفعل الضّارّ إذا كان مشروعا في الجزائر فلا دعوى و لا مسؤوليّة، و لا إسناد بشأنه أمام القاضي الجزائري.

و يجد هذا الاستثناء أساسه حسب تأصيل الفقه الرّاجح في تعلّقه بالنّظام العامّ، مع الإشارة إلى أنّه خاصّ بالفعل الضّارّ فقط دون الفعل النّافع الذّي يبقى خاضعا للقاعدة العامّة بشأن القانون المطبّق، و هو قانون مكان وقوعه. [2]

الفرع الثّاني: مقترحات فقهية بتطبيق قوانين أخرى على الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي

بالموازاة مع قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام كأصل عامّ، هناك مقترحات فقهيّة أخرى بشأن القانون الذّي يحكم الالتزامات غير التّعاقديّة -و إن كانت مستبعدة- أبرزها تلك التّي تنادي بتطبيق قانون القاضي من جهة (أوّلا)، و القانون الملائم من جهة أخرى (ثانيا).

أوّلا- خضوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي لقانون القاضي

أساس هذا الرّأي أنّ الالتزام غير التعاقدي يتعلّق بالنّظام العامّ، حيث ينشأ نتيجة الحكم الصّادر بتقريره لا نتيجة النصّ العقابي، فضلا عن سهولة تطبيقه من حيث تجنّب إشكاليّة محاولة تركيز مكان وقوعه.[3]

[1] غالب علي الدّاودي : " القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص ص232، 233.

[2] كمال عليوش قربوع: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص380.

[3] أميد صباح عثمان : " القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات غير التعاقدية " دار شتات- مصر 2001، ص102.

مع ذلك انتقد هذا الرّأي لكون النظام العامّ أداة لاستبعاد القانون الأجنبيّ المختصّ لا ضابط إسناد، ولأنّ التعويض يجد مصدره في النصّ المقرّر له لا الحكم الصّادر به. [1]

ثانيا- خضوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي للقانون الملائم

نظريّة القانون الملائم من ابتكار الفقه في الولايات المتّحدة الأمريكيّة، و مفادها أنّ القانون الملائم يتحدّد على ضوء جملة من المعطيات التّي تحدّد بدورها مركز الثّقل بالنّسبة للواقعة أو الفعل، كمكان حدوثه، وجنسيّة كلّ من المضرور و المتسبّب في الضّرر.

و قد كرّسها القضاء الأمريكي في القضيّة الشّهيرة "بابكوك" التّي تعود وقائعها إلى أنّ شخصا من ولاية "نيويورك" أقلّ معه صديقا من نفس الولاية في سيّارته المسجّلة بالولاية ذاتها في رحلة، و في طريق العودة و إثر حادث مرور وقع في مقاطعة كنديّة أصيبت السيّارة مادّيا و صديق هذا الشّخص جسمانيّا، فقضت محكمة "نيويورك" العليا بعدم تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضاّر (القانون الكندي) باعتباره قانونا عرضيّا ليست له رابطة قويّة بالفعل، بل تطبيق قانون ولاية "نيويورك" على أساس أنّه القانون الملائم انطلاقا من معطيات الحادث التّي ترجّحه أكثر من أيّ قانون آخر للتّطبيق. (جنسية السّائق و المتضرّر و موطنهما، مكان تسجيل السيّارة). [2]

المطلب الثّاني: نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي

بما أنّ الالتزامات غير التّعاقديّة التّي يشملها هذا القانون تتمثّل في الفعل الضّارّ (المسؤوليّة التقصيريّة)، و الفعل النّافع (الإثراء بلا سبب، دفع غير المستحقّ، الفضالة)، فإنّنا سنعرض إلى نطاق تطبيق هذا القانون بالنسبة إلى الفعل الضّارّ (الفرع الأوّل)، ثمّ نطاق تطبيقه بالنّسبة إلى الفعل النّافع (الفرع الثّاني)

الفرع الأوّل: نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضّارّ

يتحدّد نطاق تطبيق هذا القانون بالنّظر إلى قيام المسؤوليّة (أوّلا)، ثمّ آثارها (ثانيا).

أوّلا- قيام المسؤوليّة التّقصيرية

يتكفّل قانون مكان وقوع الفعل الضّار في هذا الخصوص ببيان ما يلي:

[1] حفيظة السيّد الحدّاد : " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ " مرجع سابق، ص404.

[2] بلقاسم أعراب: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص336، 337.

1/ شروط قيام المسؤوليّة التّقصيريّة عن الفعل الشّخصي أو فعل الغير أو الأشياء.

2/ أركان المسؤوليّة التّقصيريّة.

3/ أساس هذه المسؤوليّة، و ما إذا كان قيامها مستندا إلى خطأ أو ضرر.

4/ نوع الضّرر المستحقّ للتعويض مادّيا كان أو معنويّا.

5/ علاقة السّببيّة و حالات انتفاء المسؤوليّة التّقصيريّة. [1]

ثانيا– آثار المسؤوليّة التّقصيريّة

إنّ قانون مكان وقوع الفعل الضارّ هو الذّي يبيّن آثار المسؤوليّة التّقصيريّة من حيث الملتزم أو الملتزمين بالتّعويض، و مستحقّه أو مستحقّيه، و إمكانية الجمع بين تعويضين أو أكثر، و تقادم دعوى التّعويض ومدّته. [2]

الفرع الثّاني: نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل النافع:

يتحدّد نطاق تطبيق هذا القانون على مستوى الإثراء بلا سبب (أوّلا)، دفع غير المستحقّ (ثانيا)، الفضالة (ثالثا).

أوّلا – الإثراء بلا سبب

أشار المشرّع الجزائري إلى الإثراء بلا سبب من خلال المادّة 141 من القانون المدني التّي نصّت على ما يلي: " كلّ من نال عن حسن نيّة من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبرّرها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشّيء."

من هذا النصّ يمكن استنباط أنّ قانون المحلّ أو المكان الذّي وقع فيه الإثراء بلا سبب هو الذّي يتكفّل ببيان أركان الإثراء بلا سبب، و تحديد معناه و معنى الافتقار، و معنى انعدام السّبب القانوني، و مدى ضرورة استمرار الإثراء إلى وقت رفع الدّعوى المتعلّقة به أم لا، و كذا أحكامه، و التّعويض عنه من حيث كيفيّته و مقداره.

[1] بلقاسم أعراب: القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص337، 338.

[2] بلقاسم أعراب، المرجع نفسه ص ص338، 339.

ثانيا – دفع غير المستحقّ

أشار إليه المشرّع الجزائري في المادّة 143 من القانون المدني التّي نصّت على ما يأتي: " كلّ من تسلّم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقًا له وجب عليه ردّه. غير أنّه لا محلّ للردّ إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنّه غير ملزم بما دفعه، إلّا أن يكون ناقص الأهليّة، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء."

على ضوء هذا النصّ فقانون المكان الذّي وقع فيه دفع غير المستحقّ هو الذّي يحدّد المقصود بدفع غير المستحق، و تحديد أركانه و أحكامه، و حالات عدم الالتزام بالردّ و أساسها. [1]

ثالثا – الفضالة

على خلاف المصطلحين السّابقين عرّف المشرّع الجزائري صراحة الفضالة في المادّة 150 من القانون المدني التي نصّت على أنّ: " الفضالة هي أن يتولّى شخص عن قصد القيام بالشّأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك."

استرشادا بهذا النصّ فقانون المكان الذّي تمّت فيه الفضالة هو الذّي يتولّى تحديد المقصود بالفضالة وأركانها و أحكامها، و التزامات كلّ من الفضولي و ربّ العمل، و أثر موت أحدهما في التزامات الآخر.[2]

المبحث الخامس: القانون واجب التّطبيق على شكل التّصرّفات القانونيّة

لم يعرف فقه المدرسة الإيطاليّة القديمة التفرقة بين موضوع العقد و شكله، لذلك أخضعه ككلّ لقانون واحد هو قانون محلّ الإبرام، و استمرّ الوضع على هذا النّحو إلى غاية القرن السّادس عشر، حيث ميّز الفقيه الفرنسي "ديمولان" في العقد بين موضوعه و شكله، فأخضع الأوّل لقانون الإرادة في حين أخضع الثّاني لقانون محلّ الإبرام، و قد شاعت القاعدة الأخيرة لتترسّخ في جلّ تشريعات دول العالم.

من هذا المنطلق سنبيّن القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني (مطلب أوّل)، ثمّ نطاق تطبيقه (مطلب ثان).

---

[1] حسن الهدّاوي: " القانون الدّولي الخاصّ– تنازع القوانين " ص ص176، 177.

[2] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري– تنازع القوانين " مرجع سابق، ص339.

المطلب الأوّل: تحديد القانون الذّي يحكم شكل التّصرّف القانوني

قبل تعديل 2005 للقانون المدني، كان المشرّع الجزائري من خلال المادّة 19 منه يخضع شكل التّصرّف القانوني كقاعدة عامّة إلى قانون مكان إبرام التصرّف، مع إمكانيّة إخضاعه بالموازاة مع ذلك إلى قانون الجنسيّة المشتركة للمتعاقدين، و بمفهوم المخالفة يصبح تطبيق قانون مكان إبرام التصرّف إلزاميّا إذا اختلفت جنسيّة طرفيه. [1]

أمّا بعد 2005 فقد قرّرت المادّة 19 من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون 05-01 المذكور أن: "تخضع التّصرّفات القانونيّة في جانبها الشّكلي لقانون المكان الذّي تمّت فيه. و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما المشترك أو للقانون الذّي يسري على أحكامها الموضوعيّة."

و هكذا وضعتنا المادّة 19 أمام أربعة ضوابط إسناد اختيارية بدل ضابطين، يمكن تصنيفها إلى ضوابط مكانيّة (فرع أوّل)، و ضوابط قانونيّة (فرع ثان):

الفرع الأوّل: الضّوابط المكانيّة

تتمثّل في واقع الأمر في ضابطين و هما: قانون مكان إبرام التصرّف (أوّلا)، و قانون الموطن المشترك لطرفيه (ثانيا).

أوّلا- قانون مكان إبرام التّصرّف

الحكمة من تقرير اختصاص هذا القانون بشكل التصرّف القانوني تتمثّل في اعتبارات عمليّة أهمّها التيسير على المتعاقدين أو طرفي التصرّف، إذ يفترض أنّه القانون الذّي تمّ اختياره من قبلهما من جهة، ثمّ أنّه القانون الذي يرجّح أنّهما يعرفانه من جهة أخرى، و أنّه القانون الأقرب إلى عقدهما في كلّ الأحوال من جهة ثالثة، و من جهة رابعة فهو القانون الذّي يحفظ للعقد وحدته في الحالة التّي يصادف فيها قانون الموضوع قانون الشّكل. [2]

[1] حيث كانت صياغة المادّة 19 قبل التعديل كما يلي : " تخضع العقود ما بين الأحياء لقانون البلد الذّي تمّت فيه، و يجوز أيضا أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين."

[2] هشام علي صادق : " تنازع القوانين " مرجع سابق، ص375.

ثانيا– قانون الموطن المشترك لطرفي التّصرّف

الحكمة من تقرير اختصاص هذا القانون بالنّسبة للشّكل هي نفسها بالنّسبة للالتزامات التّعاقديّة، و تكمن في العلاقة الوثيقة بين هذا القانون و بين شكل التّصرّف، من حيث أنّ المتعاقدين لا يتوطّنان عادة في دولة ما إلّا لأجل مصلحة مشتركة، قد تتمثّل في التصرّف ذاته إبراما و تنفيذا بناء على فرضيّة معرفتهما لمضمون هذا القانون مسبقا.

الفرع الثّاني: الضّوابط القانونيّة

و تتمثّل بدورها في ضابطين و هما: قانون الجنسيّة المشتركة (أوّلا)، و القانون الذي يحكم موضوع العقد (ثانيا).

أوّلا– قانون الجنسيّة المشتركة لطرفي التصرّف

يعود تقرير اختصاص قانون الجنسيّة المشتركة لعلاقته الأكيدة بطرفي التّصرّف من حيث كونه القانون المألوف بالنسبة لهما في معظم الأحيان، إذ يستبعد أن يجهل مواطن قانون بلده، و قد أدرك المشرّع الجزائري هذه الحقيقة التي عبّر عنها بعبارة (قانونهما المشترك) و ليس بعبارة (قانون جنسيتهما المشتركة) على خلاف ما ورد في المادّة 18 المتعلّقة بالالتزامات التّعاقديّة، باعتبار العبارة الأولى أبلغ في تحديد الرّابطة القانونية و السّياسيّة التي تجمع المتعاقدين بقانونهما الوطني مقارنة مع العبارة الثّانية (قانون الجنسيّة)، حيث يمكن أن يكون مقصود المشرّع – حسب اعتقادنا– من العبارة الأولى قانون الجنسيّة الفعليّة أو الأصلية، و من العبارة الثّانية قانون الجنسيّة العارضة أو المكتسبة. [1]

ثانيا– القانون الذّي يحكم موضوع العقد

إنّ المبرّر من تقرير اختصاص هذا القانون بشكل التصرّف يتجلّى في عدم تجزئة العقد و إخضاعه لقانون واحد موضوعا و شكلا، و القانون الذّي يحكم موضوع العقد هنا يتحدّد تلقائيا بالضّوابط المذكورة سابقا في المادّة 18 المتعلّقة بالالتزامات التّعاقدية، فقد يكون قانون الإرادة، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسيّة المشتركة للمتعاقدين، كما قد يكون قانون محلّ إبرام العقد في حدّ ذاته، و عليه و باستثناء قانون

[1] و هنا يلاحظ جدّية المشرّع الجزائري و تشدّده فيما يتعلّق بضرورة وجود علاقة فعلية لا مصطنعة بالعقد و طرفيه، من خلال الجنسيّة المشتركة لهما بل و الأصلية أو الفعليّة حسب ما يفيد به ظاهر النصّ.

الإرادة نلاحظ أنّ تطبيق قانون موضوع العقد هنا يتضمّن بالضّرورة تكرارا للضّوابط المذكورة في المادّة 18 السّابقة، ممّا يقطع بوجود تداخل كبير بين المادّتين 18 و 19 رغم اختلاف سياقهما.

المطلب الثّاني: نطاق تطبيق القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني

ينطوي شكل التصرّف القانوني ككلّ في جوهره على أربعة أشكال، منها المشترطة لانعقاد التصرّف ذاته، و منها المتطلّبة لإثباته، و منها المتعلّقة بشهره، و منها المكمّلة للأهليّة، فما هو الشكل الذّي يدخل في نطاق القانون المعني من جملة الأشكال المذكورة؟ (فرع أوّل)، و ما هو الشّكل الذّي يخرج من نطاقه؟ (فرع ثان).[1]

الفرع الأوّل: المسائل التّي تدخل في نطاق القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني

إنّ الشّكل المقرّر لإثبات التصرّف يدخل دون منازع في نطاق هذا القانون (أوّلا)، أمّا الشّكل المشترط لانعقاده فمحلّ خلاف بين التّشريعات، و الرّاجح فقها أنّه في هذه الحالة يتحوّل إلى شرط موضوعي ما دام التصرّف ذاته لا ينعقد إلّا به، فيدخل بذلك في نطاق القانون الذّي يحكم موضوع التصرّف لا شكله (ثانيا).

أوّلا- الشّكل المقرّر لإثبات التصرّف القانوني

لم يكن هذا الشّرط محلّا لأيّ خلاف بين الفقه، فالمتّفق عليه أنّه يخضع منطقيّا إلى القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني، و عليه فهذا القانون هو الذّي يحدّد الكيفيّة التّي ينبغي أن يكون عليها شكل التصرّف، و تبعا لذلك مدى إلزاميّته في الإثبات من عدمه (كالأخذ مثلا بالكتابة العرفيّة، أو التّعويل على البيّنة، أو العمل بالقرائن...)

ثانيا- الشّكل المشترط لانعقاد التصرّف القانوني

يتمثّل هذا الشّرط غالبا في الكتابة الرّسميّة، و على هذا الأساس هناك من الفقه من يعتبره من الشّروط الموضوعيّة لا الشّكلية لصحّة التصرّف، فهدف المشرّع من فرضه واضح و هو حماية رضاء المتعاقدين، و مادام على هذا النّحو متعلّقا بجوهر التصرّف فهو يدخل في تكوينه، حيث لا يقوم التصرّف بدونه،

[1] حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص172، 173.

وبذلك فهو متّصل حتما بموضوع التصرّف، و عليه يخرج من نطاق القانون الذّي يحكم الشّكل ليخضع للقانون الذّي يحكم الموضوع. [1]

و قد بيّنت المذكّرة الإيضاحية للقانون المدني المصري هذا التوجّه حين أشارت إلى: " أنّ قانون الشّكل لا يتناول إلّا عناصر الشّكل الخارجية، أمّا الأوضاع الجوهريّة في الشّكل و التّي تعتبر ركنا في انعقاد التصرّف كالرّسمية في الرّهن الرّسمي، فلا يسري عليها إلّا القانون الذّي يرجع إليه الفصل في الموضوع."

على النقيض من ذلك هناك من الفقه من يذهب عكس هذا التوجّه لمّا يعتبر الشّكل المتطلّب لانعقاد التصرّف داخلا في مفهوم الشّكل، و عليه فقانون إبرام التصرّف هو الذّي يبيّن مدى لزوم هذا الشّكل من عدمه بالنسبة لصحّة التصرّف ذاته، و القول بغير ذلك ينافي فكرة التّيسير على المتعاقدين، و لمحكمة النّقض الفرنسيّة موقف مؤيّد لهذا الاتّجاه من خلال قرارها الصّادر بتاريخ 29 جوان 1922 الذّي أقرّت فيه بصحّة هبة تمّت عرفيّا في كندا بين فرنسيّين طبقا للقانون الكندي الذّي يجيز إجراءها وفق الشّكل العرفي، رغم أنّ القانون المدني الفرنسي آنذاك كان يتطلّب فيها الرّسمية حسب المادّة 931 منه.

و الأمر في نفس القانون متعلّق بالشّكل التّوثيقي أي ذلك الذّي يتمّ أمام موثّق، و المثال المادّة 2129 منه التي تفرض إجراء الرّهن الرّسمي على عقّار موجود في فرنسا أمام موثّق فرنسي، بمفهوم المخالفة فإنّ الفرنسيّين لا يمكنهم في الخارج إبرام عقد رسمي على عقّار موجود في فرنسا في الشّكل المحلّي و لو كان رسميّا. [2]

مع كلّ ذلك فالرّأي الأوّل هو الرّاجح حتّى هذه اللّحظة، و النّتيجة إذن هي خروج الشّكل المتطلّب لانعقاد التصرّف باعتباره ركنا فيه من نطاق القانون الذّي يحكم الشّكل، ليدخل بحكم اللّزوم المنطقيّ في القانون الذّي يحكم موضوع التصرّف.

الفرع الثّاني: المسائل التّي تخرج من نطاق القانون الذّي يحكم شكل التّصرّف القانوني

يتعلّق الأمر هنا بمسألتين: الشّكل الخاصّ بإشهار التّصرّف، و الشّكل المكمّل للأهليّة.

[1] هشام علي صادق: " تنازع القوانين " مرجع سابق، ص384.

[2] بلقاسم أعراب : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص ص325، 326.

أوّلا- الشّكل الخاصّ بإشهار التصرّف القانوني

لا خلاف في أنّ هذا الشّكل يخرج عن نطاق القانون الذّي يحكم شكل التّصرّف ليخضع لقانون موقع المال المراد إشهار التّصرّف الواقع عليه، على اعتبار الغاية من هذا الشّكل هنا هي الإعلام لحماية الغير، و الحفاظ على سلامة المعاملات و استقرار المراكز القانونيّة. [1]

ثانيا- الشّكل المكمّل للأهليّة

يتمثّل هذا الشّكل في الإجراء الواجب اتّخاذه لتمكين ناقص الأهليّة أو نائبه من القيام بتصرّف قانوني ما، كضرورة حصول ناقص الأهليّة على إذن لممارسة التّجارة (المادة 05 من القانون التّجاري الجزائري)، و في بعض التّشريعات كذلك ضرورة حصول الزّوجة على إذن زوجها لمزاولة التّجارة، و ضرورة حصول الوصيّ على إذن من المحكمة لإدارة أموال القاصر... [2]

يتبيّن من سياق الأمثلة المذكورة بشأن هذا الشّكل أنّه متّصل اتّصالا وثيقا بموضوع التّصرّف المزمع القيام به، و لذلك فهو يخرج من نطاق القانون الذّي يحكم شكل التّصرّف ليخضع للقانون الذّي يحكم موضوع التصرّف نفسه. [3]

تجدر الإشارة أخيرا إلى أنّ الشّكل المتعلّق بعمليّة التّقاضي من اختصاص و إجراءات في إطار دعوى عادية أو استعجالية يخضع بداهة إلى قانون القاضي، و ذلك ما أكّدته المادّة 21 مكرّر من القانون المدني الجزائري المضافة بالقانون 05-10 بنصّها على أنّه: " يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدّولة التّي ترفع فيها الدّعوى أو تباشر فيها الإجراءات." [4]

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم : " القانون الدولي الخاصّ: تنازع القوانين " مرجع سابق، ص234.

[2] عزّ الدّين عبد الله : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدّوليين " مرجع سابق، ص342.

[3] الطيّب زروتي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " مرجع سابق، ص214.

[4] أنظر في تفصيل ذلك سميّة كمال: " تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدّوليّة الخاصّة " أطروحة دكتوراه في القانون الخاصّ، كلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان 2016، ص08 و ما بعدها.

خاتمة

خاتمة:

لا يمكن للأفراد في بعض الأحيان أن يلبّوا حاجاتهم و يسيّروا معاملاتهم دون تنقّل من إقليم دولتهم إلى أقاليم دول أخرى، هذا التنقّل رافق حياة الإنسان منذ القدم و أسفر تدريجيا عن وجود قواعد قانونية تحكم علاقات خاصّة بين أجانب أو بين وطنيين و أجانب مكوّنة لما يعرف بالقانون الدّولي الخاصّ.

بذلك نجد أنّ لكلّ دولة قانونها الدّولي الخاصّ، و إن اختلفت المعالجة التشريعية له بين الدّول، فمنها من تفرد له مدوّنة خاصّة كألمانيا و تونس، و منها من توزّع قواعده على قوانينها الدّاخليّة، من بين تلك القواعد قواعد تنازع القوانين التّي ترد في معظم الأحوال ضمن القانون المدني لهذه الدّول.

و قد سار المشرّع الجزائري في المنحى الثّاني حيث أورد تلك القواعد في القانون المدني تحت عنوان: تنازع القوانين من حيث المكان، و ذلك في الموادّ من 09 إلى 24 منه.

أمّا بقيّة موضوعات القانون الدّولي الخاصّ كالجنسيّة و الموطن و الاختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام الأجنبيّة فقد خصّها بقوانين مستقلّة (الجنسيّة و مركز الأجانب)، أو نظّمها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (الاختصاص القضائي الدّولي و تنفيذ الأحكام الأجنبيّة.

و لأنّ القانون الدّولي الخاصّ في تطوّر مستمرّ مجاراة للتطوّر الذّي تشهده وسائط الاتّصال الحديثة والتكنولوجيا في كلّ مجالات الحياة، كان لزاما على المشرّع الجزائري مواكبة هذا التحوّل و ذلك بتعديل معظم قواعد القانون الدّولي الخاصّ أخذا بأحدث النظريات الفقهيّة و الاجتهادات القضائية، و توجّهات المعاهدات الدّوليّة ذات الصّلة بداية من سنة 2005.

بالرّغم من ذلك التّعديل الذّي أزال اللّبس عن كثير من موادّ القانون الدّولي الخاصّ الجزائري، إلّا أنّ هناك الكثير منها في حاجة إلى إعادة نظر تيسيرا لمهمّة القاضي الوطني من جهة، تكيّفا مع مستجدّات العصر و ثورة التكنولوجيا و وسائل الاتّصال من جهة أخرى.

يتعلّق الأمر مثلا بالتكييف، الإحالة، الالتزامات التعاقديّة، الالتزامات غير التعاقديّة.

و في هذا السّياق يمكننا إيراد المقترحات الآتية:

-ضرورة تحديد نطاق التكييف صراحة في المادّة 09 من القانون المدني، ببيان المسائل التّي يشملها والتّي تخرج عن قانون القاضي لتخضع إلى القانون المختصّ.

- وجوب إعادة النّظر في مضمون المادّة 23 مكرّر1 المتعلّقة بالإحالة، و ذلك بتحديد موقف المشرّع صراحة منها من حيث الأخذ بها أو رفضها، أو الأخذ بالإحالة من الدّرجة الأولى و حسب، وفق صياغة واضحة تحقّق هذا الغرض، فضلا عن تحديد نطاق الإحالة على نحو ما ذكر بالنّسبة للتّكييف.

-إعادة تفعيل ضوابط الإسناد المتعلّقة بالالتزامات التّعاقدية، أخذا في الحسبان التعاقد الإلكتروني و ما يطرحه من إشكالات في هذا الصّدد تمّت معالجة معظمها في إطار الاتفاقيات الدّولية ذات الصّلة.

-إعادة النّظرية في ضابط الإسناد المتعلّق بالالتزامات غير التعاقدية و المحصور في مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التعاقدي، و الذّي يمكن أن يكون عرضيّا بالقياس إلى ضوابط إسناد أخرى قد تكون أكثر ارتباطا به مثل القانون الملائم الذّي ابتدعه القضاء الأمريكي.

-إفراد الموطن كموضوع من موضوعات القانون الدّولي الخاصّ بأحكام و قواعد مستقلّة، تجعل التمييز بينه و بين الموطن في القانون الدّاخلي واضحا.

قائمة المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

أوّلا- باللّغة العربية:

1/ النّصوص القانونية:

- قانون رقم 81-10 مؤرّخ في 11 يوليو 1980، يتعلّق بشروط تشغيل العمّال الأجانب، ج ر، عدد 28، صادرة بتاريخ 14 يوليو 1980.

- قانون رقم 05-10 مؤرّخ في 20 يونيو 2005، يعدّل و يتمّم الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمّن القانون المدني المعدّل و المتمّم، ج ر، عدد 44، صادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

- قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر، عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

- قانون رقم 08-11 مؤرّخ في 25 يونيو 2008، يتعلّق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقّلهم فيها، ج ر، عدد 36، صادرة بتاريخ 02 يوليو 2008.

- قانون رقم 14-08 مؤرّخ في 09 غشت 2014، يعدّل و يتمّم الأمر 70-20 المؤرّخ في 19 فبراير 1970، و المتعلّق بالحالة المدنية، ج ر، عدد 49، صادرة بتاريخ 20 غشت 2014.

- قانون رقم 16-01 مؤرّخ في 06 مارس 2016، يتضمّن التّعديل الدّستوري، ج ر، عدد 14، صادرة في 07 مارس 2016.

- أمر رقم 66-211 مؤرّخ في 21 يوليو 1966، يتعلّق بوضعيّة الأجانب في الجزائر، ، ج ر، عدد 64، صادرة بتاريخ 29 يوليو 1966.

- أمر رقم 71-60 مؤرّخ في 05 غشت 1971، يتعلّق بشروط استخدام الأجانب، ج ر، عدد 67، صادرة بتاريخ 17 غشت 1971.

- أمر رقم 75-58 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج ر، عدد 78، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1975.

- أمر رقم 76-97 مؤرّخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمّن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الدّيمقراطيّة الشّعبيّة، ج ر، عدد 94، صادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

- أمر رقم 05-01 مؤرّخ في 27 فبراير 2005، يعدّل و يتمّم الأمر رقم 70-86 المؤرّخ في 15 ديسمبر 1970، و المتضمّن قانون الجنسيّة الجزائريّة، ج ر، عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

- مرسوم رقم 75-111 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتعلّق بالمهن التّجاريّة و الصّناعيّة و الحرفيّة والحرّة الممارسة من طرف الأجانب على التّراب الوطني، ج ر، عدد 82، صادرة بتاريخ 14 أكتوبر 1975.

- مرسوم رئاسي رقم 89-97 مؤرّخ في 28 فبراير 1989، يتعلّق بنشر نصّ تعديل الدّستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر، عدد 09، صادرة بتاريخ 01 مارس 1989.

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرّخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلّق بإصدار نصّ تعديل الدّستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر، عدد 76، صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

- مرسوم رئاسي رقم 02-304 مؤرّخ في 26 نوفمبر 2002، يحدّد صلاحيات وزارة الشّؤون الخارجيّة، ج ر، عدد 79، صادرة بتاريخ 01 ديسمبر 2002.

- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرّخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلّق بإصدار التّعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أوّل نوفمبر 2020، ج ر، عدد 82، صادرة في 30 ديسمبر 2020.

2/ الكتب:

- أبو العلاء النّمر: " المختصر في تنازع القوانين " دار النّهضة العربية- القاهرة 2006.

- أحمد بلقاسم : " القانون الدّولي العامّ: المفهوم و المصادر" ط4، دار هومة- الجزائر 2011.

- أحمد عبد الحميد عشوش : " تنازع مناهج تنازع القوانين " مؤسّسة الشّباب الجامعي- الإسكندرية 2005.

- أحمد عبد الكريم سلامة : " الأصول في التّنازع الدّولي للقوانين " دار النّهضة العربيّة- القاهرة 2008.

- آمنة محمدي بوزينة: " إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشّخصيّة مدعّم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا " ط1، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية 2019.

- أميد صباح عثمان : " القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات غير التعاقدية " دار شتات- مصر 2001.

- إبراهيم أحمد إبراهيم : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " دار الثقافة، عمّان- الأردن 2002.

- إدريس فاضلي : " الملكيّة الصّناعيّة في القانون الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعيّة- الجزائر 2013.

- بلقاسم أعراب: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " ج1، دار هومة للطّباعة و النّشر والتّوزيع- الجزائر 2005.

- جابر جادّ عبد الرّحمن: " تنازع القوانين " دار النهضة العربية- القاهرة 1970.

- جمال محمود الكردي : " تنازع القوانين " منشأة المعارف- الإسكندرية 2006.

- حسن الهدّاوي : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان- الأردن 1997.

- حسام الدّين فتحي ناصيف: " مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصّة الدّوليّة " ط1، دار النّهضة العربية- القاهرة 1994.

- حفيظة السيّد الحدّاد : " الموجز في القانون الدّولي الخاصّ: المبادئ العامة في تنازع القوانين- الكتاب الأوّل" منشورات الحلبي الحقوقيّة- بيروت 2013.

- رمزي محمد علي دارز : " فكرة تنازع القوانين " منشورات الحلبي الحقوقيّة- بيروت 2011.

- رمضان أبو السّعود: " النّظريّة العامّة للحقّ " دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية 2005.

- رمضان أبو السّعود، محمّد حسين منصور: " المدخل إلى القانون- نظرية الحق " الكتاب الثّاني، منشورات الحلبي الحقوقيّة- بيروت 2003.

- سامي بديع منصور و آخرون : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " ج1، ط1، مجد المؤسّسة الجامعيّة للدّراسات و النّشر والتّوزيع- بيروت 2009.

- سامي عبد الله : " الحلول الوضعيّة للعلاقات الخاصّة الدّولية " دار العلوم العربية- بيروت 1987.

- سعيد يوسف البستاني: " القانون الدّولي الخاصّ " ط1، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت 2004.

- سليمان أحمد فضل : " المنازعات النّاشئة عن عقود التّجارة الإلكترونية في إطار القانون الدّولي الخاصّ " دار النّهضة العربية- القاهرة 2011.

- صلاح الدّين جمال الدّين : " القانون الدّولي الخاصّ " ط1، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 2008.

- صوفي حسن أبو طالب: " الوجيز في القانون الدّولي الخاصّ في القانونين المصري و اللّبناني " ج1، دار النهضة العربية- القاهرة 1972.

- الطيّب زروتي: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " مطبعة الفسيلة- الجزائر 2008.

_____ : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري علما و عملا " ط1، مطبعة الكاهنة- الجزائر 2010.

- عامر محمود الكسواني : " موسوعة القانون الدّولي الخاصّ: تنازع القوانين " ج1، ط1، دار الثقافة، عمّان- الأردن 2010.

_____ : " القانون الواجب التّطبيق على مسائل الملكيّة الفكريّة- دراسة مقارنة " ط1، دار وائل للنّشر، عمّان- الأردن 2011.

- عبد الرّسول عبد الرضا الأسدي: " أحكام التّنازع الدّولي للقوانين " ط1، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت 2012.

- عبد القادر الفار: " المدخل لدراسة العلوم القانونية: مبادئ القانون- النظرية العامّة للحقّ " ط1، دار الثقافة، عمّان- الأردن 1999.

- عبد المجيد زعلاني: " المدخل لدراسة القانون- النظرية العامّة للحقّ " دار هومة- الجزائر 2010.

- عبد المنعم زمزم: " الوسيط في القانون الدّولي الخاصّ " دار الثقافة العربية- القاهرة 2015.

- عبده جميل غصوب: " دروس في القانون الدّولي الخاصّ " ط1، مجد المؤسّسة الجامعيّة للدّراسات والنّشر و التّوزيع- بيروت 2008.

_____: " محاضرات في القانون الدّولي الخاصّ " ط3، منشورات زين الحقوقيّة- بيروت 2011.

- العربي بلحاج: " أحكام التّركات و المواريث " ديوان المطبوعات الجامعيّة- الجزائر 2007.

- عزّ الدّين عبد الله: " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدّوليين " ج2، ط8، القاهرة 1977.

_____: " القانون الدّولي الخاصّ- الجنسيّة و الموطن و تمتّع الأجانب بالحقوق " ج1، ط11، الهيئة المصريّة للكتاب- القاهرة 1986.

- عكاشة محمد عبد العال: " تنازع القوانين " ط1، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية 2007.

- علي خليل إسماعيل الحديثي: " القانون الدّولي الخاصّ " دار النّهضة العربيّة- القاهرة 2013.

- علي علي سليمان : " مذكّرات في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " ط4، ديوان المطبوعات الجامعيّة- الجزائر 2006.

- عمر بلمامي : " دراسات في القانون الدّولي الخاصّ المعاصر " دار هومة- الجزائر 2008.

- غازي حسن صباريني : " الوجيز في مبادئ القانون الدّولي العامّ " ط1، دار الثقافة للنشر و التّوزيع، عمّان- الأردن 2007.

- غالب علي الدّاودي : " القانون الدّولي الخاص " ط2، دار الثقافة، عمّان- الأردن 2013.

- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد: " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " ج2، دار النهضة العربية- القاهرة 1974.

- كمال عليوش قربوع : " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري- تنازع القوانين " ج1، ط3، دار هومة- الجزائر 2011.

- مجد الدّين خربوط: " القانون الدّولي الخاصّ 2 " مديريّة الكتب و المطبوعات الجامعيّة- دمشق 2008.

- محمّد حبار: " القانون الدّولي الخاصّ " الرّؤى للنشر و التوزيع، الدّار البيضاء- الجزائر 2013.

- محمّد الرّوبي : " تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التّعاقديّة " دار النّهضة العربيّة- القاهرة 2005.

- محمّد الصّغير بعلي : " المدخل للعلوم القانونيّة- نظريّة القانون و نظريّة الحقّ " دار العلوم للنشر والتوزيع- عنّابة 2006.

- محمّد وليد المصري : " الوجيز في شرح القانون الدّولي الخاصّ: دراسة مقارنة للتشريعات العربيّة والقانون الفرنسي " دار الثقافة، عمّان- الأردن 2009.

- محند إسعاد : " القانون الدّولي الخاصّ " ج1، ديوان المطبوعات الجامعيّة- الجزائر (دون تاريخ نشر).

- مصطفى كمال : " القانون التّجاري- الأوراق التّجارية، العقود التّجاريّة " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 1999.

- ممدوح عبد الكريم : " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " دار الثقافة، عمّان- الأردن 2004.

_____ : " القانون الدّولي الخاص- تنازع القوانين " دار الثقافة، عمّان- الأردن 2005.

- منتصر سعيد حمّودة : " القانون الدّولي المعاصر " ط1، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 2008.

- مهنّد أحمد الصّانوري : " القانون الدّولي الخاصّ- دراسة مقارنة في تنازع القوانين " ط1، دار وائل للنّشر، عمّان- الأردن 2011.

- نادية فضيل: "تطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني " دار هومة- الجزائر 2004.

- نبيل إبراهيم سعد: " المدخل إلى القانون- نظريّة الحقّ " ط1، منشورات الحلبي الحقوقيّة- بيروت 2010.

- نسرين شريفي، السعيد بوعلي: " القانون الدّولي الخاصّ الجزائري " ط1، دار بلقيس- الجزائر 2013.

- هشام خالد : " المدخل للقانون الدّولي الخاصّ العربي " دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 2008.

- هشام علي صادق: " دروس في تنازع القوانين " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 2003.

_____: " تنازع القوانين " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 2007.

- هشام علي صادق، حفيظة السيّد الحدّاد: " القانون الدّولي الخاصّ- تنازع القوانين " الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 1999.

- هشام علي صادق، عكاشة محمّد عبد العال: " القانون الدّولي الخاصّ " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 2007.

- هشام علي صادق، عكاشة محمّد عبد العال، حفيظة السيّد الحدّاد : " القانون الدّولي الخاص: تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدّولي- الجنسية " دار المطبوعات الجامعيّة- الإسكندرية 2006.

3/ الأطروحات و المذكّرات:

أ/ الاطروحات:

- حمزة قتّال: " دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن " أطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011.

– سميّة كمال: " تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدّوليّة الخاصّة " أطروحة دكتوراه في القانون الخاصّ، كلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان 2016.

ب/ المذكّرات:

– أمل صوراني: " تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني " مذكرة ماجستير، كلّية الحقوق، جامعة حلب– سوريا 2013.

– أمين دربة: " قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج و انحلاله– دراسة مقارنة " مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان 2008.

– بختة زيدون : " التّطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدّوليّة الخاصّة " مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان 2011.

– عمر بلمامي: " الدّفع بالنّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ– دراسة مقارنة " مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق– جامعة الجزائر 1986.

– محمّد ملّاق: " قواعد التّنازع و القواعد المادّية في منازعات عقود التّجارة الدّوليّة " مذكّرة ماجستير في القانون الدّولي الخاصّ، كلّية الحقوق و العلوم السّياسية– جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان 2011.

4/ المقالات:

– أبو هاني علي : " مشكلة نفاذ المعاهدات الدّولية في القوانين الدّاخليّة " مجلّة البحوث و الدّراسات العلميّة، عدد 03– ديسمبر 2009.

– أحمد دغيش: " الغشّ نحو القانون في مجال القانون الدّولي الخاصّ " مجلّة المنار للبحوث و الدّراسات القانونيّة و السّياسية، عدد 02– سبتمبر 2017.

– آمنة مقدّس : " الإحالة في القانون الدّولي الخاصّ الجزائري: دراسة تحليلية مقارنة " مجلّة القانون العامّ الجزائري و المقارن، مجلّد 06، عدد 02– ديسمبر 2020.

– ريمة شيكر: " التحدّيات القانونيّة للحدّ من ظاهرة تعدّد الجنسيّات في القانون الدّولي الخاصّ " مجلّة المنار للبحوث و الدّراسات القانونية و السّياسيّة، عدد 05– جوان 2018.

– سعاد يوبي: " الصّعوبات التّي تعترض القانون الواجب التّطبيق في العلاقات الدّوليّة الخاصّة– الحضانة نموذجا " مجلّة القانون و العلوم السّياسية، عدد 04– جوان 2016.

- الطيّب زروتي : " قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدّولي في الجزائر بقانون 05-10 " مجلّة المحكمة العليا، عدد 01- سنة 2006.

- عمارة بلغيث: " الإحالة في القانون الجزائري " مجلّة العلوم الاجتماعيّة، جامعة قالمة، عدد 07- 2009.

- فؤاد خوالدية: " القواعد الآمرة في القانون الدّولي المعاصر" مجلّة البحوث و الدّراسات العلميّة، عدد 12-جوان 2018.

- كمال كيحل: " الأثر المخفّف للنّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ " حوليّات جامعة بشّار، عدد 05-2009.

- محمّد كمال فهمي: " رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدّولي للقوانين " مجلّة القانون و الاقتصاد، جامعة القاهرة، عدد 02- السنة 33- 1963.

- محمّد موسّخ: " حالات استبعاد القانون الأجنبي المختصّ أمام القضاء الجزائري " مجلّة البحوث والدّراسات العلمية، عدد 03- ديسمبر 2009.

5/ المداخلات:

- ذهبية آيت مولود: " إشكالات إثبات النّسب في الزّواج المختلط الباطل شرعا بين التّشريع و عوائق التّطبيق " مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصيّة المنعقد بكلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة عبد الرّحمن ميرة- بجاية يومي 23، 24 أفريل 2014.

- سميحة حنان خوادجية: " تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر " مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصيّة المنعقد بكلّية الحقوق و العلوم السّياسيّة، جامعة عبد الرّحمن ميرة- بجاية يومي 23، 24 أفريل 2014.

- عبد النّاصر بلميهوب : " دراسة تحليليّة ناقدة للمادّة 18 من التّقنين المدني الجزائري: عن المغالاة في تقييد حرّية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد الدّولي بعد تعديل المادّة 18 من التّقنين المدني الجزائري " مداخلة في الملتقى الوطني حول: تنظيم العلاقات الدّوليّة الخاصّة- واقع متطوّر " المنعقد بكلّية الحقوق و العلوم السّياسيّة، جامعة ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح- ورقلة 2010.

- فؤاد خوالدية : " الدّور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدّفع بالنّظام العامّ " مداخلة في الملتقى الوطني حول: تنظيم العلاقات الدّولية الخاصّة في الجزائر- واقع متطوّر " المنعقد يومي 21، 22 أفريل 2010 بكلّية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح- ورقلة 2010.

- كمال آيت منصور : " إشكاليّة القانون الواجب التّطبيق على الانفصال الجسماني و التبنّي " مداخلة في الملتقى الوطني حول: تنظيم العلاقات الدّوليّة الخاصّة في الجزائر- واقع متطوّر " المنعقد يومي 21، 22 أفريل 2010 بكلّية الحقوق، جامعة ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح- ورقلة 2010.

6/ المواقع الإلكترونية:

- فؤاد ديب: " القانون الدّولي الخاصّ1" منشورات الجامعة الافتراضية السّورية-2018، على الموقع:

https://pedia.svuonline.org

- القانون الدّولي الخاصّ- الموسوعة السّياسية، على الموقع:

https://political-encyclopedia.org/dictionary/

ثانيا- المراجع باللّغة الأجنبيّة:

1/Ouvrages :

-GUILLIEN (Raymond), VINCENT (Jean) : « Termes juridiques » 11ém éd, Dalloz, Paris 1998.

-MAYR (Prieur), HEUZ (Vincent) : « Droit international privé » 8ém éd, Montchrestien, Paris, 2004.

-MELIN (François) : « Droit international privé » Casbah édition- Alger 2004.

2/ Articles :

-BENAICHA (Nabil) : « La place du droit étranger dans la qualification » Revue Tunisienne de droit, 2000.

-FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte) : « Conflits de lois, Le juge français et le droit étrangère » Recueil de Dalloz, N°=08-24 février 2000.

الفهرس

الفهرس:

مقدّمة.....01

المبحث التمهيدي: الإطار المفاهيمي للقانون الدّولي الخاصّ.....04

المطلب الأوّل: مفهوم القانون الدّولي الخاصّ.....04

الفرع الأوّل: تعريف القانون الدّولي الخاصّ.....04

الفرع الثّاني: موضوعات القانون الدّولي الخاصّ.....05

المطلب الثّاني: طبيعة القانون الدّولي الخاصّ.....06

الفرع الأوّل: القانون الدّولي الخاصّ بين كونه قانونا داخليّا و قانونا دوليّا.....06

أوّلا– القانون الدّولي الخاصّ قانون داخليّ.....06

ثانيّا– القانون الدّولي الخاصّ قانون دوليّ.....07

الفرع الثّاني: القانون الدّولي الخاصّ بين كونه قانونا عامّا و قانونا خاصّا.....08

أوّلا– القانون الدّولي الخاصّ قانون عامّ.....08

ثانيّا– القانون الدّولي الخاصّ قانون خاصّ.....09

المطلب الثّالث: مصادر القانون الدّولي الخاصّ.....10

الفرع الأوّل: المصادر الدّاخلية للقانون الدّولي الخاصّ.....10

أوّلا– التّشريع.....10

ثانيّا– القضاء.....13

ثالثا– العرف.....15

الفرع الثّاني: المصادر الدّوليّة للقانون الدّولي الخاصّ.....15

أوّلا– المعاهدات الدّوليّة.....15

1/ تفسير المعاهدة الدّوليّة.....17

أ/ التفسير الدّولي.....17

– التفسير الدّبلوماسي.....17

– التفسير القضائي.....17

ب/ التفسير الدّاخلي.....17

– التفسير الدّبلوماسي أو الحكومي المنفرد.....18

– التفسير القضائي.....18

2/ تعارض المعاهدة الدّولية مع القانون الداخلي.....19

أ/ تعارض المعاهدة الدّوليّة اللّاحقة مع تشريع سابق.....19

ب/ تعارض المعاهدة الدّوليّة السّابقة مع تشريع لاحق.....20

3/ المشرّع الجزائري و مسألة تعارض المعاهدة الدّوليّة مع القانون الدّاخلي.....21

أ/ الدّساتير الاشتراكيّة.....21

ب/ الدّساتير اللّبيرالية.....22

ثانيّا– القضاء الدّولي.....22

ثالثا– الفقه الدّولي.....23

رابعا– المبادئ العامّة للقانون الدّولي الخاصّ.....24

الفصل الأوّل: النظريّة العامّة لتنازع القوانين.....25

المبحث الأوّل: ماهيّة تنازع القوانين.....25

المطلب الأوّل: مفهوم تنازع القوانين.....26

الفرع الأوّل: تعريف تنازع القوانين.....26

أوّلا– المنهج التنازعي.....26

ثانيّا– المنهج المادّي.....27

الفرع الثّاني: شروط التنازع.....27

أوّلا- أن يكون التنازع دوليّا.....28

1/ الاعتراف بالدّولة.....28

2/ الاعتراف بالحكومة.....28

ثانيّا- أن يكون التّنازع بين قوانين خاصّة.....29

ثالثا- أن يكون التّنازع بين قوانين مختلفة.....30

المطلب الثّاني: قاعدة التّنازع (قاعدة الإسناد).....31

الفرع الأوّل: مفهوم قاعدة الإسناد.....31

أوّلا- تعريف قاعدة الإسناد.....31

ثانيّا- عناصر قاعدة الإسناد.....31

1/ الفكرة المسندة.....32

2/ ضابط الإسناد.....32

3/ المسند إليه.....34

الفرع الثّاني: خصائص قاعدة الإسناد.....35

أوّلا- قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة.....35

ثانيّا- قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة.....36

ثالثا- قاعدة الإسناد قاعدة محايدة.....37

المطلب الثّالث: تفسير قاعدة الإسناد.....37

الفرع الأوّل: التكييف.....38

أوّلا- مفهوم التكييف.....38

1/ تعريف التكييف.....38

2/ الأساس التّاريخي للتكييف.....39

أ/ قضيّة ميراث المالطي.....39

ب/ وصيّة الهولندي.....40

ج/ زواج اليوناني الأرثوذكسي.....40

ثانيّا– القانون الذّي يتمّ وفقا له التكييف.....41

1/ خضوع التكييف للقانون المختصّ بحكم النّزاع.....41

2/ خضوع التكييف للقانون المقارن.....41

3/ خضوع التكييف لقانون القاضي.....42

ثالثا– نطاق التكييف.....43

1/ حدود التكييف بالنسبة لقانون القاضي.....43

أ/ خضوع التكييف الأوّلي لقانون القاضي و التكييف اللاحق للقانون الأجنبيّ المختصّ.....44

ب/ خضوع تكييف الأموال لقانون موقعها لا لقانون القاضي.....44

2/ حدود التكييف بالنّسبة للقانون الأجنبيّ المختصّ.....45

أ/ دور القانون الأجنبيّ المختصّ في عمليّة التكييف.....45

ب/ التوسّع في مفهوم الفئات المسندة وفقا للقانون الأجنبيّ المختصّ.....46

الفرع الثّاني: الإحالة.....47

أوّلا– مفهوم الإحالة.....47

1/ تعريف الإحالة.....47

أ/ التّنازع الإيجابي.....47

ب/ التّنازع السّلبي.....48

2/ أنواع أو درجات الإحالة.....49

أ/ الإحالة من الدّرجة الأولى.....49

ب/ الإحالة من الدّرجة الثّانية.....50

ثانيّا– الإحالة بين الفقه و التّشريع.....50

1/ الاتّجاهات الفقهية بشأن الإحالة.....50

أ/ الاتّجاه الفقهي المؤيّد للإحالة.....51

ب/ الاتّجاه الفقهي الرّافض للإحالة.....51

2/ الاتّجاهات التّشريعية بشأن الإحالة.....52

أ/ موقف التّشريعات المقارنة.....52

ب/ موقف المشرّع الجزائري.....52

- موقف المشرّع الجزائري من الإحالة قبل تعديل 2005.....53
- موقف المشرّع الجزائري من الإحالة بعد تعديل 2005.....53

ثالثا– أساس الإحالة.....53

1/ الإحالة تفويض.....54

2/ الإحالة حلّ احتياطي.....54

3/ الإحالة تبرير لفكرة أو مبدأ الإقليمية.....54

4/ الإحالة تنسيق بين قواعد الإسناد.....55

رابعا– نطاق الإحالة.....55

1/ استبعاد الإحالة بشأن الالتزامات التعاقدية.....55

2/ استبعاد الإحالة بشأن شكل التصرّفات القانونية.....55

المبحث الثّاني: تطبيق و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....56

المطلب الأوّل: تطبيق القانون الأجنبي.....56

الفرع الأوّل: أساس تطبيق القانون الأجنبي.....56

أوّلا– المدرسة الهولندية و نظريّة المجاملة الدّولية.....57

ثانيا– المدرسة الأنجلو أمريكية و نظرية الحقوق المكتسبة.....57

ثالثا– المدرسة الإيطالية و نظرية الاستقبال و الاستيعاب.....58

رابعا– المدرسة الألمانية و نظرية التفويض.....58

خامسا– المدرسة الفرنسية و نظرية القانون الأجنبي واقعة.....58

الفرع الثّاني: إثبات القانون الأجنبي.....59

أوّلا– عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي.....59

ثانيا– كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي.....61

ثالثا– تعذّر إثبات مضمون القانون الأجنبي.....61

الفرع الثّالث: تفسير القانون الأجنبي.....63

أوّلا– كيفية تفسير القانون الأجنبي.....63

ثانيا– مدى رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.....63

الفرع الرّابع: تطبيق القانون الأجنبي لدولة متعدّدة الشّرائع.....65

أوّلا– تعريف تعدّد الشّرائع.....66

1/ التعدّد الشّخصي.....66

2/ التعدّد الإقليمي.....66

ثانيا– الحلّ الفقهي و التّشريعي لمشكل تعدّد الشّرائع.....66

1/ الحلّ الفقهي.....67

2/ الحلّ التّشريعي.....67

ثالثا– فرضية خلوّ القانون الأجنبي لدولة متعدّدة الشّرائع من قواعد لفضّ التّنازع الدّاخلي.....68

1/ بالنّسبة للتعدّد الشّخصي.....68

2/ بالنّسبة للتعدّد الإقليمي.....68

3/ موقف المشرّع الجزائري.....68

المطلب الثّاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....69

الفرع الأوّل: الدّفع بالنّظام العامّ.....69

أوّلا- مفهوم النّظام العامّ.....70

1/ صعوبة ضبط فكرة النّظام العامّ و سلطة القاضي في تقديرها.....70

2/ محدّدات مفهوم النّظام العامّ.....71

3/ وقت التقيّد بالنّظام العامّ.....71

ثانيا- مجال النّظام العامّ.....72

1/ تحديد النّظام العامّ في القانون الدّولي الخاصّ.....72

أ/ جهل القانون الوطني للقانون الأجنبي.....72

ب/ مخالفة اعتبارات الملاءمة.....73

2/ التمييز بين النّظام العامّ في كلّ من القانون الدّولي الخاصّ و القانون الدّاخلي.....73

3/ التمييز بين النّظام العامّ في كلّ من القانون الدّولي الخاصّ و القانون الدّولي العامّ.....74

ثالثا- أثر الدّفع بالنّظام العامّ.....75

1/ الأثر السّلبي للدّفع بالنّظام العامّ.....75

2/ الأثر الإيجابي للدّفع بالنّظام العامّ.....76

3/ الأثر المخفّف للنّظام العامّ.....77

الفرع الثّاني: الدّفع بالغشّ نحو القانون.....78

أوّلا- مفهوم الغشّ نحو القانون.....78

1/ تعريف الغشّ نحو القانون.....79

أ/ الشّروط المتّفق عليها.....79

– التغيير الإرادي لضابط الإسناد.....79

– توافر نيّة الغشّ نحو القانون.....79

ب/ الشّروط المختلف عليها.....80

– أن يكون القانون الذّي يريد الشّخص التهرّب من أحكامه هو قانون القاضي.....80

– أن تكون أحكام القانون المختصّ التّي يريد الفرد الإفلات منها آمرة.....80

2/ الأساس التّاريخي و الفقهي للغشّ نحو القانون.....81

أ/ الأساس التّاريخي للدّفع بالغشّ نحو القانون.....81

ب/ الأساس الفقهي للدّفع بالغشّ نحو القانون.....81

– ردّ الغشّ نحو القانون إلى نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ.....82

–ردّ الغشّ نحو القانون إلى فكرة النّظام العامّ.....82

– ردّ الغشّ نحو القانون إلى نظريّة الصّورية في القانون المدني.....82

ثانيا– الأثر المترتّب عن الدّفع بالغشّ نحو القانون.....82

1/ جزاء الغشّ نحو القانون يشمل الغاية و الوسيلة معا.....83

2/ جزاء الغشّ نحو القانون يشمل الغاية دون الوسيلة.....83

الفصل الثّاني: الحلول الوضعية لتنازع القوانين.....84

المبحث الأوّل: القانون واجب التطبيق على الأحوال الشّخصية.....84

المطلب الأوّل: الإطار العامّ للأحوال الشّخصية.....84

الفرع الأوّل: ضابط الإسناد في الأحوال الشّخصية.....85

أوّلا– قانون الجنسية.....85

1/ مبرّرات تطبيق قانون الجنسية.....85

2/ الصّعوبات التّي تعترض تطبيق قانون الجنسية.....86

أ/ إشكالية تعدّد الجنسيات.....86

الفرضية الأولى: تعدّد الجنسيات التّي ليست بينها الجنسية الجزائرية.....86

الفرضية الثّانية: تعدّد الجنسيات التّي من بينها الجنسية الجزائرية.....87

ب/ إشكالية انعدام الجنسية.....87

ثانيا– قانون الموطن.....87

1/ مبرّرات تطبيق قانون الموطن.....87

2/ الانتقادات الموجّهة لقانون الموطن.....88

الفرع الثّاني: الحالة و الأهلية باعتبارهما أكثر ارتباطا بالشّخص.....89

أوّلا– الحالة.....89

1/ التمييز بين الحالة العامّة و الحالة الخاصّة أو المدنية.....89

أ/ الحالة العامّة.....89

ب/ الحالة الخاصّة أو المدنية.....90

2/ مشتملات الحالة الخاصّة (المدنية).....90

أ/ الاسم.....90

ب/ الموطن.....91

ثانيا– الأهلية.....91

1/ المبدأ العام: خضوع الأهلية لقانون الجنسية.....91

أ/ أهلية الوجوب.....92

ب/ أهلية الأداء.....92

- أهلية الأداء العامّة.....92

- أهلية الأداء الخاصّة.....92

2/ الاستثناء: عدم خضوع الأهلية لقانون الجنسية بل لقانون القاضي.....93

أ/ أساس الاستثناء.....93

-ردّ الاستثناء إلى فكرة النّظام العامّ.....94

-ردّ الاستثناء إلى فكرة الإثراء بلا سبب.....94

-ردّ الاستثناء إلى فكرة جواز العذر بجهل القانون.....94

-ردّ الاستثناء إلى ما سمّي بالمصلحة الوطنية.....94

ب/ شروط إعمال الاستثناء.....94

- أن يكون التصرّف محلّ الاستثناء ماليّا.....95

- أن يعقد التصرّف في الجزائر و ينتج آثاره فيها.....95

- أن يكون المتعاقد الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني و كاملها وفقا للقانون الجزائري.....95

-أن يكون نقص الأهلية راجعا لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطّرف الآخر تبيّنه.....95

3/ الأثر المترتّب عن إعمال الاستثناء المتمثّل في عدم الخضوع لقانون الجنسية بشأن الأهلية.....96

أ/ الأثر السّلبي.....96

ب/ الأثر الإيجابي.....96

المطلب الثّاني: الزّواج.....97

الفرع الأوّل: انعقاد الزّواج.....97

أوّلا- الشّروط الموضوعية.....98

1/ الصّعوبة العملية المعترضة تطبيق قانون الجنسية على الشّروط الموضوعية للزّواج.....98

2/ إعمال النّظام العامّ بشأن الشّروط الموضوعية للزّواج.....99

أ/ الشّروط المعروفة في القانون الفرنسي و المنظّمة فيه تنظيما مختلفا عن القانون الأجنبي.....100

ب/ الشّروط غير المعروفة في القانون الفرنسي.....100

ثانيا– الشّروط الشّكلية.....100

1/ القانون الذّي يحكم الشّروط الشّكلية للزّواج.....101

2/ نطاق تطبيق القانون الذّي يحكم الشّروط الشّكلية للزّواج.....101

الفرع الثّاني: آثار الزّواج.....102

أوّلا– القانون الذّي يحكم آثار الزّواج.....102

ثانيا– نطاق القانون الذّي يحكم آثار الزّواج.....103

1/ النّفقة الزوجيّة.....103

2/ حالة و أهلية المرأة بعد الزّواج.....104

أ/ تأثير الزّواج على حالة المرأة.....104

–الاسم.....104

–الموطن.....104

ب/ تأثير الزّواج على أهليّة المرأة.....105

الفرع الثّالث: انحلال الزّواج.....105

أوّلا– القانون الذّي يحكم انحلال الزّواج.....105

ثانيا– نطاق القانون الذّي يحكم انحلال الزّواج.....106

المطلب الثّالث: مسائل الأحوال الشّخصيّة الأخرى.....108

الفرع الأوّل: النّسب و الكفالة و التبنّي.....108

أوّلا– النّسب.....108

الاتّجاه الأوّل.....108

الاتّجاه الثّاني.....108

ثانيا– الكفالة و التبنّي.....110

1/ الكفالة.....110

أ/ انعقاد الكفالة.....110

ب/ آثار الكفالة.....110

2/ التبنّي.....111

الفرع الثّاني: النّفقة بين الأقارب.....111

الفرع الثّالث: حماية عديمي الأهلية و ناقصيها.....112

الفرع الرّابع: الميراث و الوصيّة و الهبة و الوقف.....113

أوّلا– الميراث.....113

1/ القانون الذّي يحكم الميراث.....113

2/ نطاق سريان القانون الذّي يحكم الميراث.....114

أ/ المسائل التّي تدخل في نطاق قانون جنسيّة المتوفّى وقت وفاته.....114

ب/ المسائل المختلف فيها.....115

–التّركة الشّاغرة.....115

–حقوق دائني التّركة.....116

ثانيا– الوصيّة.....116

ثالثا– الهبة و الوقف.....117

أ/ الهبة.....117

ب/ الوقف.....118

المبحث الثّاني: القانون واجب التّطبيق على الأموال.....118

المطلب الأوّل: الأموال المادّية.....119

الفرع الأوّل: مبرّرات خضوع الأموال المادّية لقانون موقعها.....119

أوّلا– المبرّرات التّاريخية.....119

ثانيا– المبرّرات العمليّة.....120

الفرع الثّاني: الصّعوبات التّي تعترض تطبيق قاعدة خضوع الأموال لقانون موقعها.....120

أوّلا– الصّعوبات الواقعيّة.....120

ثانيا– الصّعوبات القانونيّة.....121

1/ تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري.....122

2/ تطبيق قانون الموقع القديم احتراما للحقّ المكتسب في ظلّه.....122

الفرع الثّالث: مجال تطبيق قانون موقع الأموال.....123

أوّلا– المسائل التّي تدخل في نطاق قانون موقع الأموال.....123

ثانيا– المسائل التّي تخرج من نطاق قانون موقع الأموال.....124

المطلب الثّاني: الأموال غير المادّية (المعنويّة).....124

الفرع الأوّل: حصر الأموال غير المادّية (المعنوية).....125

أوّلا– حقوق الملكية الفكرية، الصّناعية و التّجارية.....125

1/ حقوق الملكيّة الفكرية.....125

2/ حقوق الملكية الصّناعية.....125

ثانيا– الحقوق الشّخصية (الدّيون).....125

1/ الدّيون العادية.....126

2/ الدّيون الثّابتة في أوراق قابلة للتّداول.....126

الفرع الثّاني: القانون الذّي يحكم الأموال غير المادّية (المعنوية).....126

أوّلا– القانون الذّي يحكم حقوق الملكية الفكرية، الصّناعية و التّجارية.....126

1/ حقوق المؤلّف.....126

أ/ نشر المؤلّف.....127

ب/ عدم نشر المؤلّف.....127

2/ حقوق الملكيّة الصّناعية و التّجارية.....127

أ/ براءة الاختراع.....127

ب/ الرّسوم و النّماذج الصّناعية.....128

ج/ العلامات و الأسماء التّجاريّة.....128

ثانيا– القانون الذّي يحكم الحقوق الشّخصية (الدّيون).....129

1/ الدّيون العادية.....129

2/ الدّيون الثّابتة في أوراق قابلة للتّداول.....129

المبحث الثّالث: القانون واجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية.....130

المطلب الأوّل: تحديد القانون الذّي يحكم الالتزامات التعاقدية.....130

الفرع الأوّل: قانون الإرادة كضابط إسناد أساسي.....131

أوّلا– مدى ارتباط قانون الإرادة بالعقد أو المتعاقدين.....131

ثانيا– مدى إمكانية تجزئة قانون الإرادة.....132

ثالثا– مدى الاعتداد بالإرادة الضّمنية أو المفترضة.....132

الفرع الثّاني: ضوابط الإسناد الاحتياطية.....132

أوّلا– قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.....133

ثانيا– قانون الجنسيّة المشتركة للمتعاقدين.....133

ثالثا– قانون مكان الإبرام.....133

المطلب الثّاني: نطاق سريان القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقدية.....134

الفرع الأوّل: المسائل التّي تدخل في نطاق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقدية و التّي تخرج عن نطاقه.....134

أوّلا- المسائل التّي تدخل في نطاق القانون الذّي يحكم الالتزامات التعاقدية.....134

1/ شروط العقد.....134

2/ آثار العقد.....135

ثانيا- المسائل التّي تخرج عن نطاق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقدية.....135

الفرع الثّاني: استثناءات تطبيق القانون الذّي يحكم الالتزامات التّعاقدية.....135

أوّلا- الالتزامات التّعاقدية الواردة على عقّار.....135

ثانيا- عقود العمل.....135

المبحث الرّابع: القانون واجب التّطبيق على الالتزامات غير التّعاقدية.....135

المطلب الأوّل: تحديد القانون الذّي يحكم الالتزامات غير التّعاقدية.....136

الفرع الأوّل: قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي.....136

أوّلا- مبرّرات تكريس قانون موقع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي.....137

ثانيا- الصّعوبات التّي تعترض تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي.....137

1/ وقوع الفعل المنشئ للالتزام في مكان لا يخضع لسيادة أيّة دولة.....138

2/ توزّع عناصر الواقعة المنشئة للالتزام غير التّعاقدي على أقاليم أكثر من دولة.....138

ثالثا- الاستثناء على تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي.....139

الفرع الثّاني: مقترحات فقهية بتطبيق قوانين أخرى على الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي.....139

أوّلا- خضوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي لقانون القاضي.....139

ثانيا- خضوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي للقانون الملائم.....140

المطلب الثّاني: نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التّعاقدي.....140

الفرع الأوّل: نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضّارّ.....140

أوّلا– قيام المسؤولية التّقصيرية.....140

ثانيا– آثار المسؤولية التّقصيرية.....141

الفرع الثّاني: نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل النّافع.....141

أوّلا– الإثراء بلا سبب.....141

ثانيا– دفع غير المستحقّ.....142

ثالثا– الفضالة.....142

المبحث الخامس: القانون واجب التّطبيق على شكل التّصرّفات القانونية.....142

المطلب الأوّل: تحديد القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني.....143

الفرع الأوّل: الضّوابط المكانية.....143

أوّلا– قانون مكان إبرام التصرّف.....143

ثانيا– قانون الموطن المشترك لطرفي التصرّف.....144

الفرع الثّاني: الضّوابط القانونية.....144

أوّلا– قانون الجنسية المشتركة لطرفي التصرّف.....144

ثانيا– القانون الذّي يحكم موضوع العقد.....144

المطلب الثّاني: نطاق تطبيق القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني.....145

الفرع الأوّل: المسائل التّي تدخل في نطاق القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني.....145

أوّلا– الشّكل المقرّر لإثبات التصرّف القانوني.....145

ثانيا– الشكل المقرّر لانعقاد التصرّف القانوني.....145

الفرع الثّاني: المسائل التّي تخرج عن نطاق تطبيق القانون الذّي يحكم شكل التصرّف القانوني.....146

أوّلا– الشّكل الخاصّ بإشهار التصرّف القانوني.....147

ثانيا– الشّكل المكمّل للأهلية.....147

خاتمة.....148

قائمة المصادر والمراجع.....150

الفهرس.....159