

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
كلية الشريعة والاقتصاد
قسم الشريعة والقانون

محاضرات القانون-ون الدولي الخ-اص

إعداد/ الدكتورة ليندة بومحراث

مطبوعة موجهة لطلبة السداسي الخامس (ل.م.د.)

تخصص : شريعة وقانون
المجموعتين 1 و2.

السنة الجامعية 2017/ 2018

المحاضرة الأولى

رابعاً: الوسائل الفنية لمعالجة قضايا تنازع

القوانين

1- تعريف قواعد الإسناد:

تعرف قاعدة الإسناد عموماً بأنها: «عبارة عن قاعدة قانونية يضعها
المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على

المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي»⁽¹⁾، فهي إذا قاعدة من وضع المشرع الوطني وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية، بما يحقق مصالحه الاقتصادية و السياسية والاجتماعية⁽²⁾.

2- عناصر قاعدة الإسناد:

إذا تناولنا أية قاعدة إسناد نجد أنها تتكون من ثلاثة عناصر: الفكرة أو الفئة المسندة، ضابط الإسناد، والقانون المسند إليه، وستتناول كل منها بشيء من التفصيل:

1- الفئة المسندة: انطلاقاً من أن المسائل القانونية غير محصورة العدد ومن ثم يتعدى صياغة قاعدة إسناد لكل مسألة قانونية بذاتها، عمد المشرع إلى تقسيم المسائل القانونية إلى مجموعات أو فئات تندرج كل منها تحت فكرة مشتركة هي التي يتخذها موضوعاً لقاعدة الإسناد، وعليه تعرف قاعدة الإسناد بأنها: «عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطاً خاصاً بها يمكن من إسنادها به إلى قانون معين»⁽³⁾.

ومثال ذلك فكرة المسندة بفكرة الميراث التي تشمل مختلف الأوضاع التي تتعلق بالخلافة على المال بسبب الوفاة، كشروط استحقاق الإرث وتحديد صفة الوارث، والأنصبة وكيفية توزيعها وأسباب الحجب والحرمان والقدر الجائز الإيصال به.... الخ⁽⁴⁾.

وفكرة الالتزامات التعاقدية التي أخضعها المشرع لقانون الإرادة، فهي تشكل فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ عن العقود.

2- ضابط الإسناد: وهو الأداة التي يربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه.

وقد يطرح التساؤل عن المعايير التي تدخل في تحديد هذا الضابط؟ ويجاب عنه بأن كل مشروع وهو بصدده وضع ضوابط إسناد يراعي ما يعرف بعنصر الثقل في العلاقة القانونية، بمعنى أن ضابط الإسناد لا يختار بطريقة عفوية وإنما باعتباره المركز الرئيسي ومركز الثقل في العلاقة القانونية.

فلو كان عنصر الثقل متمثلاً في الأطراف كعلاقة الزواج مثلاً راع المشرع هذا العنصر واعتمد ضابط إسناد يتماشى معه فيقرر ضابط

(1) - أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 69.

(2) - حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م، ص 25.

(3) - أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 70.

(4) - محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص الجنسية، الموطن، مركز الأبحاث، مادة التنازع، ط 2، د ب، د ن، د ت، ص 320.

الجنسية مثلا ً ؛ أما إذا كان عنصر الثقل في العلاقة يميل إلى الأموال اعتمد المشرع ضابط إسناد يتوافق مع ذلك، فيأخذ بقانون موقع تلك الأموال.

تجدر الإشارة أيضا إلى أن الأصل أن تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد غير أنه قد يعمد المشرع إلى وضع أكثر من ضابط إسناد لسببين رئيسيين:

السبب الأول: هو إعطاء أطراف العلاقة فرصة اختيار أكثر القوانين ملاءمة لحكم علاقتهم، هذا الحل اعتمده المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني الخاصة بشكل العقود الدولية إذ تضع هذه المادة أربعة ضوابط إسناد أي أربع قوانين للأطراف اختيار أي منها؛

السبب الثاني: هو الحرص ألا تبقى العلاقة القانونية دون قانون يحكمها، هنا وبخلاف الحالة الأولى حيث الضوابط الاختيارية نجد أن هناك ضابط أصلي وآخر احتياطي، فإذا ما استحال أعمال الأول تم الرجوع إلى الضابط الثاني وهو الاحتياطي؛

هذا الحل نجده مقررًا في المادة 18 من القانون المدني الخاصة بالعقود، إذ الأصل فيها أن تخضع لـ"قانون الإرادة" أي القانون المتفق عليه من قبل الأطراف (وإن كان ذلك مقيدًا بشروط)، فإذا لم يتوفر مثل هذا الاتفاق و لكي لا يبق العقد دون قانون يحكمه يتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، غير أنه قد لا تتحد جنسية الأطراف و لا موطنهم في هذه الحالة يتم اللجوء إلى قانون مكان إبرام العقد وهو أمر يستحيل تصور عدم توفره.

3- القانون المسند إليه: هو القانون الذي يحكم العلاقة القانونية.

3- خصائص قواعد الإسناد:

قواعد الإسناد قواعد قانونية بآتم معنى الكلمة ولذلك فإنها تتمتع بذات خصائص القاعدة القانونية ، فهي عامة و مجردة، ملزمة قواعد سلوك اجتماعي.

1- قواعد غير مباشرة: لقد سبق القول من خلال تحليل عناصر قواعد الإسناد بأن هذه القواعد لا تقدم حلا مباشرا لمشكلة تنازع القوانين وإنما هي تؤدي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي بخصوص العلاقة ذات العنصر الأجنبي، ولذلك فقواعد الإسناد هذه لا تعطي حلا مباشرا للتنازع بين قوانين الدول و إنما ترشد إلى القانون الملائم لتطبيق قواعده على القضية التي تتنازع القوانين بشأنها. بينما قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى قواعد مباشرة حيث تعطي الحل مباشرة للنزاع المعروض كقواعد الجنسية وقواعد مركز الأجانب وقواعد اختصاص القضائي.

2°- قواعد مزدوجة: تتميز قواعد الإسناد من حيث آثار تطبيقها بأنها قواعد مزدوجة حيث ستحدد متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي، وهذه الصفة في قواعد الإسناد قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية.

ومثال أن تكون صريحة إذا كان نص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري على الشكل الآتي وفقا للتعديل الأخير (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم).

ومثال أن تكون ضمنية نص المادة 1/10 بصياغته السابقة تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في الخارج.

فهذه الصياغة لقاعدة الإسناد تبدو وكأن هذه الأخيرة مقررّة وليست مزدوجة حيث تبين متى يطبق القانون الوطني فقط على حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولكن القضاء الفرنسي فسرها على أنها قاعدة مزدوجة حيث تعني هذه القاعدة - بمفهوم المخالفة- أن الأجانب المقيمين في فرنسا يخضعون لقانون جنسيتهم فيما يتعلق بالحالة والأهلية.

3°-قواعد محايدة: لأنّي القاضي لا يعلم مسبقا القانون الذي سيسند إليه العلاقة القانونية في القضية المطروحة أمامه، فهو يكون حياديا، حيث قد يكون ه\ القانون هو قانونه الوطني أو قانون أجنبي.

4- تفسير قاعدة الإسناد:

إن القاضي و هو بصدد تطبيق قواعد الإسناد مضطر إلى المرور بمرحلة أولية تتمثل في تفسير هذه القاعدة و الكشف عن موضوعها، وعليه فحتى يتمكن هذا القاضي من إيجاد القانون الواجب التطبيق عليه أن يمر بداية بمرحلة تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، فإذا انتهى من ذلك و ثبت الاختصاص لقانون أجنبي فقد يجد القاضي نفسه أمام مشكلة أخرى تتمثل في مدى إمكانية رجوع هذا الأخير إلى القواعد الموضوعية الموجودة في القانون الأجنبي فقط، أو يمكنه أن يرجع أيضا إلى قواعد الإسناد الموجودة ضمن هذا القانون الأجنبي و هذا ما يسمى بالإحالة،وهوما سنتطرق له في الحاضرة القادمة.

المحاضرة الثانية

التكييف والإحالة:

1- التكييف — ف⁽¹⁾:

يعرف التكييف بأنه تحديد طبيعة العلاقة التي تتنازعها القوانين من أجل إدراجها ضمن طائفة من النظم القانونية، من أجل إسناد حكمها لقانون معين.

و لقد ثار الجدل حول القانون الذي تتم على ضوءه عملية التكييف، و لقد كان لهذا الجدل الفقهي أثره على التشريعات الوطنية.

-النظريات الفقهية حول القانون الذي يخضع له التكييف.

هناك ثلاث نظريات حاولت تحديد القانون الذي يخضع له التكييف:

أ- إخضاع التكييف لقانون القاضي: صاحب هذه النظرية هو الفقيه (BARTIN)، الذي يرى أن التكييف يجب أن يكون وفقاً للمبادئ القانونية السائدة في دولة القاضي الذي ينظر في النزاع، و يبرر مثل هذا الموقف بثلاث حجج رئيسية و هي:

أولها تقوم على فكرة السيادة فعند هذا الفقيه تنازع القوانين ما هو في الحقيقة سوى تنازع للسيادات و سماح المشرع الوطني بتطبيق قوانين أجنبية، ما يعني في الحقيقة تنازله عن جزء من سيادته وبالتالي فيجب الرجوع إلى القانون الوطني لتبيان قدر هذا التنازل و حدوده، أما الحجة الثانية فقوامها أن التكييف ما هو في الحقيقة سوى تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية، وعليه يكون من المنطق أن يتم هذا التفسير وبالتالي التكييف وفق القانون الوطني للقاضي، وتبقى الحجة الثالثة التي تقضي بأن التكييف يكون في مرحلة سابقة للإسناد أي قبل إيجاد القانون الواجب التطبيق، و هذا يعني أنه في مرحلة التكييف لا نكون سوى أمام قانون واحد هو قانون القاضي و الذي ينبغي أن يكون هو المرجع.

هذا ويلاحظ أنه وإن كان (BARTIN) قد أخضع التكييف لقانون القاضي، فإنه بالمقابل وضع استثناءين لنظريته: الأول يتعلق بالترقية بين التكييف الأولي أو السابق و التكييف الثانوي أو اللاحق، والاستثناء الثاني يخص وصف المال.

-الترقية بين التكييف الأولي و الثانوي:

التكييف الأولي هو التكييف الذي نحن بصدد دراسته و هو الذي يكون قبل الإسناد و إيجاد القانون الواجب التطبيق، و هذا النوع من التكييف يكون على ضوء قانون القاضي، أما التكييف الثانوي فهو الذي يكون بعد مرحلة الإسناد وإيجاد القانون المطبق، وهذا النوع من التكييف يكون على

(1)-عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص68 وما بعدها.

ضوء القانون الأجنبي المختص؛

-تحديد وصف المال:

تحديد وصف المال كونه منقولاً أو عقاراً لا يخضع إلى قانون القاضي بل إلى قانون موقع ذلك المال، وتبريره لذلك ضمان استقرار المعاملات و سلامتها، وتظهر أهمية التفرقة بين العقار والمنقول في القانون الفرنسي في مسألة الميراث، إذ يفرق هذا القانون بين الميراث في العقار حيث يخضعه لقانون موقعه و بين الميراث في المنقول و هذا يخضع لآخر موطن للمتوفي.

ب- إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص

يرى بعض الفقهاء أن التكييف يجب أن يكون على ضوء القانون الأجنبي الذي قد يحكم النزاع، و يبرر مثل هذا الموقف بالقول أنه عندما تعطي قاعدة الإسناد الاختصاص لقانون أجنبي فإنه يجب تطبيق هذا القانون بشكل كامل، بحيث يشمل ذلك حتى التكييف أو الوصف القانوني الذي يعطيه للعلاقة محل النزاع.

غير أن هذه النظرية قوبلت بمعارضة شديدة إذ قيل عنها أنها تؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة وعبرة عن مصادرة على المطلوب، فالتكييف يسبق عملية الإسناد و إيجاد القانون الواجب التطبيق، في حين أن هذه النظرية تفترض أن القانون الأجنبي هو واجب التطبيق، وهذا غير صحيح فهذا القانون في الحقيقة هو محتمل التطبيق، تطبيقه يتوقف في الأصل على التكييف الذي يعطيه القاضي للنزاع، و بالتالي فكيف يمكن القول بإخضاع هذا التكييف لقانون أجنبي وهو قانون لم يتحدد بعد اختصاصه.

3- إخضاع التكييف للقانون المقارن

وفق أنصار هذه النظرية فإن القاضي وهو بصدد إجراء عملية التكييف لا يستند على قانون واحد فقط، بل عليه أن يقوم بدراسة مقارنة لمختلف الأنظمة القانونية ليستخلص منها النظام القانوني الأنسب والذي على ضوءه يقوم بعملية التكييف، غير أن هذه النظرية تم انتقادها لسببين أساسيين:

فمن جهة هي صعوبة التطبيق من الناحية العملية، إذ يستحيل على القاضي أن يلم بجميع القوانين الموجودة في العالم حتى يقوم بالمقارنة بينها،

ومن جهة أخرى فإنه حتى لو سلمنا بإمكانية قيام القاضي بالمقارنة بين الأنظمة القانونية لاستخلاص القانون الأنسب فإن هذا القاضي و بحكم تكوينه سينتهي في النهاية إلى إخضاع التكييف لقانونه الوطني بحجة أنه الأنسب.

موقف القضاء والتشريع من مسألة القانون الذي يخضع له

التكييف⁽¹⁾

(1)- محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، الأردن، دار الثقافة للنشر و

كان القضاء الفرنسي يكيف دائماً النزاعات المعروضة أمامه وفق مبادئ القانون الفرنسي متأثراً في غير أنه لم يشر إلى ذلك صراحة حتى في قضايا الشهيرة كقضية "حصه" (Bartin) ذلك بنظرية الزوج المحتاج "و المعروفة أيضاً بـ"ميراث المالطي"، و قضية "وصية الهولندي"، و كان يجب انتظار سنة 1955 لتعلن محكمة النقض صراحة في حيثيات قرار أصدرته أن "تحديد و تكييف ما إذا كانت الطقوس الدينية في الزواج تدخل ضمن الشروط الموضوعية أو الشكلية للزواج يجب أن تكون وفق المفاهيم و المبادئ السائدة في القانون الفرنسي"؛

أما في القانون الجزائري فيظهر جلياً في المادة 9 من القانون المدني التي تنص على ما يلي "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين، لمعرفة القانون الواجب التطبيق".

و يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري يخضع التكييف للقانون الجزائري، أي لقانون القاضي مع الإشارة إلى أن التكييف المقصود هنا هو التكييف الأولي و ليس الثانوي.

وبذلك يكون المشرع قد تأثر بدوره بنظرية (Bartin) تأثراً كاملاً

حيث شمل

حتى الاستثناء، إذ بعد أن قررت المادة 9 قانون مدني إخضاع التكييف لقانون القاضي، أدخلت المادة 17 من القانون المدني استثناء على هذه القاعدة مقررة إخضاع تكييف المال كونه عقاراً أو منقولاً لا إلى قانون القاضي و إنما لقانون الدولة التي يوجد فيها، و تظهر أهمية التفرقة بين المنقول و العقار في القانون الجزائري في مجال العقود حيث تخضع كأصل عام لقانون الإرادة بينما تخضع العقارات لقانون موقعها.

2- الإحالة:

كل دولة تنفرد وبمطلق الحرية بوضع قواعد إسناد لتنظيم مسألة تنازع القوانين ولها أيضاً مطلق الحرية في اعتماد أي ضابط إسناد تراه ملائماً لحكم العلاقة، فمثلاً في مجال الأحوال الشخصية من الدول من تسندها إلى قانون الجنسية ومنها من يسندها إلى قانون الموطن، هذا الاختلاف يؤدي إلى نشوء نوعين من التنازع، تنازع إيجابي و تنازع سلبي.

فأما التنازع الإيجابي فيكون عندما يقبل كل من القانون الوطني و القانون الأجنبي حكم العلاقة موضوع النزاع.

و مثال ذلك: جزائري متوطن بانجلترا قام بتصرف متعلق بأهليته، هنا كل من القانون الجزائري و الانجليزي سيكون مختصاً، إذ لو رفع نزاع أمام القضاء الجزائري فإن القانون الجزائري سيختص طبقاً للمادة 10 من القانون المدني التي تقضي بإخضاع الأشخاص في مجال الحالة و الأهلية لقانون

جنسيتهم، كما سيكون القانون الإنجليزي أيضاً مختصاً لو رفع النزاع أمام القضاء الإنجليزي كون أن قاعدة الإسناد هناك تقضي في مجال الحالة و الأهلية هلية بتطبيق قانون الموطن أي القانون الإنجليزي، على اعتبار أن الجزائري موطنه في إنجلترا و هذا هو التنازع الإيجابي.

أما التنازع السلبي فيكون في الحالة التي يرفض فيها كلا القانونين حكم العلاقة محل النزاع.

فمثلا : انجليزي متوطن بالجزائر رفع دعوى تتعلق بالحالة و الأهلية أمام القضاء الجزائري هنا تطبيقاً للمادة 10 من القانون المدني فالقاضي سيطبق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسيته، غير أنه عندما يرجع للقانون الإنجليزي يجد أن قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق قانون الموطن، وبما أن الإنجليزي متوطن بالجزائر فإن القانون الذي يكون واجب التطبيق هنا هو القانون الجزائري، و هذا ما يسمى عند فقهاء القانون الدولي الخاص بالإحالة، و التي تكون في حالة التنازع السلبي، ومنه يمكن القول أن الإحالة تتحقق عندما يرجع القاضي الوطني لقواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

و ترجع جذور الإحالة إلى قرارين شهيرين أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية في 24 جويلية 1878 و 22 فبراير 1882 في نفس القضية و التي تعرف بقضية (forgo).

أ-أنواع الإحالة⁽¹⁾:

هناك إحالة من الدرجة الأولى و إحالة من الدرجة الثانية، أما من الدرجة الأولى فتكون عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فتحيل قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي من جديد إلى قانون القاضي، و هذا يعني أن العلاقة يتنازعها قانونان فقط، يحيل كل منهما إلى الآخر؛

أما الإحالة من الدرجة الثانية فتكون عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فتحيل قاعدة الإسناد في هذا القانون لا إلى قانون القاضي بل إلى قانون آخر.

فمثلا : انجليزي متوطن بالمغرب رفع دعوى تتعلق بأهليته أمام القضاء الجزائري فالقاضي الجزائري سيطبق القانون الإنجليزي كونه انجليزي الجنسية، غير أنه عندما يرجع إلى قواعد الإسناد الإنجليزية فيجدها تحيل إلى القانون المغربي باعتباره قانون موطن ذلك الإنجليزي.

ب-تأصيل نظرية الإحالة⁽²⁾:

ظهرت عدة نظريات تحاول البحث في أساس سليم لتأصيل نظرية الإ

(1)-محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص92.

(2)-المرجع نفسه، ص93 وما بعدها، عبد الحميد عشوش: محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص276.

حالة، فالبعض قال بنظرية التفويض، والمقصود بذلك أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي فهي تفوض الاختصاص بهذا القانون بأكمله سواء الأحكام الموضوعية أو تلك الخاصة بقواعد الإسناد، البعض الآخر قال بفكرة قاعدة الإسناد الاحتياطية و تقوم هذه الفكرة على افتراض وجود قاعدة إسناد احتياطية تقضي بأنه متى أعطي الاختصاص لقانون أجنبي و رفض هذا الأخير حكم العلاقة موضوع النزاع، كان القاضي ملزماً بتطبيق قانونه الوطني، غير أن هذه النظرية تم انتقادها لسببين:

فهي من جهة تقوم على الافتراض فقط ولا تستند لأي نص قانوني، و من جهة أخرى هي تبرر الإحالة من الدرجة الأولى وتبقى عاجزة عن تأصيل الإحالة من الدرجة الثانية.

جانب آخر من الفقه استند إلى فكرة النظام العام كأساس للإحالة، حيث قالوا: أنه متى أعطت قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص لقانون أجنبي و رفض هذا الأخير اختصاصه و أحال إلى القانون الوطني، كان على القاضي قبول هذه الإحالة و تطبيق قانونه لأنه إن لم يفعل ذلك بقيت تلك العلاقة دون قانون يحكمها و هو أمر يتعارض مع النظام العام، و الحقيقة أنه لفهم الأساس الذي تقوم عليه

نظرية الإحالة و جب الرجوع إلى أصلها التاريخي، فالقضاء الفرنسي لم يأخذ بها في قضية (forgo) إلا لاعتبارين أساسيين: الأول هو المصلحة الوطنية إذ كان من مصلحة الدولة الفرنسية أن تحصل على تلك الأموال التي تركها.

أما الاعتبار الثاني فهو تسهيل عمل القضاة و إتاحة الفرصة لهم لتطبيق قوانينهم الوطنية، فقبول الإحالة و بالضبط تلك التي تكون من الدرجة الأولى يعني تطبيق القانون الوطني، و هو قانون يفترض علم القاضي به بخلاف القانون الأجنبي الذي قد يجهله تماماً هذا القاضي مما يعني صعوبة البحث عن مضمونه، ولا يخفى على أحد صعوبة ذلك بل استحالته في بعض الأحيان، و هي كلها أمور يمكن تجاوزها عن طريق قبول الإحالة.

ج- نطاق الأخذ بالإحالة⁽¹⁾:

إذا كان القضاء الفرنسي قد جرى على الأخذ بالإحالة و سايره في ذلك الكثير من القوانين في

العديد من المجالات، فإنه من المتفق عليه استبعاد الإحالة في حالتين: الأولى تخص المسائل الخاصة بقانون الإرادة، والثانية تخص شكل التصرفات القانونية.

-استبعاد الإحالة في المسائل التي تخضع لقانون الإرادة: المبدأ

(1)- عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 85.

المقرر في الكثير من القوانين هو إخضاع العقود لقانون الإرادة أي ذلك الذي اتفق الأفراد على تطبيقه، وعلى القضاة احترام هذه الإرادة و هو ما قد لا يتحقق لو تم الأخذ بالإحالة.

فلو اتفق شخصان على أن يخضع تعاملهما قانون 1 للقانون الجزائري ثم ثار نزاع بينهما أمام القضاء الفرنسي وجب على هذا الأخير تطبيق أحكام القانون الجزائري حتى ولو أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون لقانون آخر، إذ يجب هنا استبعاد الإحالة وتطبيق القانون الجزائري احتراماً لإرادة الأطراف.

وقد أخذت بعض المعاهدات الدولية بهذا الحل، فمعاهدة "لاهاي" 1955 الخاصة بالبيوع الدولية المتعلقة بالمنقولات المادية، نصت صراحة في مادتها 2 على استبعاد الإحالة، وكذلك فعلت معاهدة "روما" لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت المادة 5 منها على استبعاد الإحالة.

- وجوب استبعاد الإحالة في مجال شكل التصرفات: القاعدة المقررة
في الكثير من القوانين هي إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون مكان إبرام، وعليه فإذا أبرم شخصان عقداً في الجزائر اتبعا الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون الجزائري كان عقدهما صحيحاً و كان بالإمكان الاحتجاج به أياً كان، و لنفرض أنه رفعت دعوى بشأن هذا العقد أمام القضاء الفرنسي، فالقاضي هنا ملزم بالرجوع لأحكام القانون الجزائري ليتأكد من مدى احترام الأطراف للأحكام الواردة في هذا القانون، و عليه أن يمتنع عن الأخذ بالإحالة لسبب

بسيط وهو أن القانون الجزائري الذي أبرم العقد تحت سلطانه و كان هذا العقد صحيحاً من الناحية الشكلية قد يحيل إلى قانون آخر يعتبر ذلك العقد باطلاً ، أي أنه من شأن الأخذ بالإحالة أن يؤدي إلى بطلان التصرف، و هذا يتنافى مع "مبدأ احترام الحقوق المكتسبة".

-الإحالة بين التأييد والرفض وموقف المشرع الجزائري⁽¹⁾

إن القضاء الفرنسي وإن كان قد اعتمد الإحالة فإن ذلك لا يعني أن موقفه هذا يلقي التأييد التام من قبل الفقه، وهذا يعني أيضاً أنه ما تزال لحد الساعة الاختلافات قائمة بين الفقهاء حول قبول الإحالة أو رفضها، وكان لذلك تأثيره على قوانين الدول بين أخذ بالإحالة ورفض لها.

أ- الاتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة يستند أنصار هذا الاتجاه على عدة

حجج:

-إن الأخذ بالإحالة و بالضبط من الدرجة الأولى فيه تسهيل لمهمة القاضي إذ سيقوم بتطبيق قانونه الوطني، و هو قانون يعلمه جيداً بخلاف القانون الأجنبي الذي قد يجهله أو يسيء تفسيره فيطبقه بشكل خاطئ؛

(1)-أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص مرجع سابق.

-إن القاضي الوطني عندما يرجع إلى قانون أجنبي فعليه أن يطبق أحكام هذا القانون برمته و لا يقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد، و إلا قام بتجزئة هذا القانون دون مبرر،ون الدولي الخاص -إن رفض الإحالة و تطبيق قانون أجنبي يعني أن القاضي الوطني يطبق قانوناً هو أصلاً يرفض اختصاصه و يابى أن يطبق على النزاع؛
ب- الاتجاه الراض للأخذ بالإحالة: يستند هذا الاتجاه على الحجج التالية:

-من شأن الأخذ بالإحالة خاصة من الدرجة الثانية أن يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة؛
-في الأخذ بالإحالة مساس بسيادة الدولة و ذلك في الحالة التي تكون فيها قواعد الإسناد منصوصا عليها في الدستور؛
-في الأخذ بالإحالة مساس بتوقعات الأفراد خاصة في مجال الأحوال الشخصية، إذ قد تطبق عليهم قوانين لا تتماشى مع ديانتهم أو نظامهم القانوني، مما يؤدي إلى الإجحاف بحقوقهم.

ج- موقف المشرع الجزائري من الإحالة: لم تكن الإحالة محل تنظيم تشريعي ولم تتح للقضاء الجزائري فرصة التعرض لهذه المسألة، و كان الرأي لدى الكثير من الشراح في الجزائر هو وجوب استبعاد الإحالة، على الأقل في مجال الأحوال الشخصية على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري يجد مصدره في الشريعة الإسلامية، و هو ما يؤدي في حالة الأخذ بالإحالة إلى احتمال تطبيق الكثير من أحكام الشريعة على غير المسلمين، و في ذلك مساس بمعتقداتهم و خضوع لأحكام غريبة تماماً عنهم، لكن يبدو أن جميع هذه الاعتبارات لم تأخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع الجزائري أثناء تعديله للقانون المدني سنة 2005، حيث قرر صراحة في المادة 23 مكرر 1 فقرة 2 تطبيق القانون الجزائري متى أحالت إليه قواعد التنازع الأجنبية، وهذا يعني القبول بالإحالة من الدرجة الأولى، كما يفهم أيضاً من عبارات الفقرة 1 من نفس المادة 23 مكرر1 أنه يتم استبعاد الإحالة من الدرجة الثانية.

المحاضرة الثالثة:

التطبيقات العملية لنظرية تنازع القوانين من حيث المكان

أولاً: القانون واجب التطبيق في قضايا الأحوال الشخصية:

يقصد بالأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي يطبق عليها القانون الشخصي، وقد اختلفت الدول في تحديد هذا الأخير بين قائل بأن الأحوال الشخصية تخضع لقانون الجنسية وقائل بأنها تخضع لقانون الموطن ولكل حجج ومبررات على النحو الآتي بيانه:

1- التطور التاريخي للقانون الشخصي⁽¹⁾:

اختلفت الدول - كما تقدم - في ضابط الإسناد الذي على ضوءه يتحدد القانون الشخصي، فبعضها يعتبر القانون الشخصي هو قانون الجنسية وبعضها تعتبره قانون الموطن.

وإذا رجعنا إلى فقه المدرسة الإيطالية القديمة نجده أخضع حالة الشخص وأهليته والزواج والطلاق إلى قانون الموطن باعتباره القانون الشخصي.

كما أن المدرسة الفرنسية القديمة ذهبت مذهب المدرسة الإيطالية القديمة، حيث أشار ديمولان إلى أن قوانين الأحوال الشخصية تتصف بالامتداد؛ فتتبع الشخص أينما ارتحل وحل.

في حين اعتبر دارجنتريه أن القوانين إذا كانت شخصية من حيث موضوعها فهي أيضاً شخصية من حيث نطاق تطبيقها، أي ممتدة تتبع الأشخاص أينما تواجدوا، وأخضع حالة الأشخاص وأهليتهم إلى قانون الموطن.

وذاً المذهب ذهبت إليه المدرسة الهولندية التي قدست مبدأ إقليمية القوانين حيث أخضعت القضايا المتعلقة بالأشخاص لقانون الموطن.

وبانتقال فقه المدرسة الهولندية إلى إنجلترا ومنها إلى العالم الجديد طبق القانون الشخصي في هذه البلاد على أساس الموطن ولازال الأمر كذلك إلى يومنا.

(1) - محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 106.

وفي القرن التاسع عشر أخضع الفقيه الألماني سافيني الحالة والأهلية لقانون الموطن، ولكن مع مجيء الإيطالي مانثيني في منتصف القرن 19 بنظرية شخصية القوانين ومؤداها امتداد قوانين الدولة خارج حدود إقليمها لتحكم قضايا رعاياها أينما وجدوا تأسيساً على فكرة الجنسية والتي اعتبرها كأساس للقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، تغير ضابط القانون الشخصي حيث أصبح يطبق على أساس الجنسية، وقد أخذت بهذا التطبيق عدة دول كفرنسا وإيطاليا وألمانيا ومعظم البلاد العربية.

ولذلك فإن الدول حالياً تختلف في تحديد القانون الشخصي بين قانون الجنسية وقانون الموطن وقبل التعرض لمبررات الأخذ بكل منها لابد من معرفة مدلول الجنسية ومدلول الموطن.

أ- القانون الشخصي قانون الجنسية:

الجنسية رابطة قانونية وسياسية تربط الشخص بدولة معينة. و الجنسية تتحدد وفقاً لأحد أساسين :

- حق الدم: وعلى أساسه تمنح الدولة جنسيتها لكل مولود لأب أو أم يحمل جنسيتها بصرف النظر عن مكان ولادته.

- حق الإقليم: وعلى أساسه تمنح الدولة جنسيتها لكل مولود على إقليمها بغض النظر عن جنسية والديه.

والدول لا تأخذ بأحد الأساسين السابقين لمنح جنسيتها على وجه الإطلاق إنما قد تأخذ بأحدهما كقاعدة عامة وتأخذ بالثاني كاستثناء.

فالجزائر مثلاً تمنح جنسيتها على أساس حق الدم إلا أنها قد تمنح هذه الجنسية على أساس حق الإقليم⁽¹⁾.

وتترتب على اختلاف الدول في الأساس الذي تمنح على ضوءه جنسيتها مشكله تعدد الجنسيات وانعدامها وهذه القضية تؤدي بدورها إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق.

ولالأخذ بقانون الجنسية عدة مبررات منها أن:

- رابطة الجنسية أقوى رابطة بين الفرد ودولته.
- رابطة الجنسية دائمة لا تتغير إلا في حالات نادرة.
- رابطة الجنسية روحية وليست مادية فقط كالموطن.
- رابطة الجنسية تحدد أحد أهم أركان الدولة وهو الشعب.

ب- القانون الشخصي قانون الموطن:

(1)- وهو ما تضمنه نص المادة 7 المعدلة من الأمر 70-86 في 15/12/1970 المعدل و المتمم بالأمر 01/05 .

وفقا لنص المادة 36 مدني المعدلة فإن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن رئيسي، يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت.

الموطن هو المكان الذي يعتبره القانون مقرا للشخص و
الموطن نوعان :

- موطن عام أو أصلي(36): وهو المكان الذي يعتبره القانون مقرا للشخص يعتد به في علاقاته القانونية وشؤونه القضائية بصفة عامة.

- موطن خاص (37): وهو الذي يعتد به بالنسبة لنوع معين من العلاقات القانونية.

والموطن العام قد يكون اختياريا وقد يكون إلزاميا، والموطن العام الاختياري تحدده بعض القوانين بالمكان الذي يختاره الشخص بمحض إرادته ليقيم فيه إقامة عادية مستقرة وهذا مذهب القانون الألماني والمصري وهذا هو التحديد الواقعي للموطن، في حين تحدده بعض القوانين الأخرى بالمكان الذي يختاره الشخص كمركز رئيسي لأعماله ولو لم يقيم فيه بصفة عادية ومستقرة أو بمكان آخر كمكان ميلاده. وهذا هو التحديد الحكمي للموطن وقد أخذ بذلك القانون الانجليزي والفرنسي.

والشخص قد يكون له أكثر من موطن كما قد لا يكون له موطن قانوني ولا فعلي كالبدو الرحل.

أما الموطن العام الإلزامي فيتمثل في موطن الأشخاص المشمولين بالحماية.

وللأخذ بقانون الموطن أيضا جملة من المبررات تتمثل في أن:

- الموطن يوفر الرابطة المادية بين الشخص ومكان تواجده.

- تسهيل التعامل بين الوطنيين والجانب.

- إمكانية اندماج الأجانب في المجتمع الذي يعيشون فيه.

- تيسير عمل القضاء كدعوى مكان المدني ،

ج- موقف المشرع الجزائري:

بالنظر إلى القانون الجزائري، نجد المشرع قد اعتنق فكرة إخضاع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية واستعمل عدة مصطلحات للتعبير عن ذلك وهو ما يلحظ في نصوص المواد الآتية:

م 10- قانون جنسية الشخص.

م 11- القانون الوطني لكل من الزوجين.

م 12- قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج.

م 14- القانون الوطني للمدين بالنفقة (... للمطالب بالنفقة).

م 15- قانون الشخص.

م 16- قانون الهالك أو الموصي.

د-الصعوبات التي تعترض الأخذ بقانون الجنسية:

1°-تحديد القانون الشخصي في حالات تعدد الجنسيات وانعدامها⁽¹⁾:

-حالة تعدد الجنسيات: قد تثبت للشخص عدة جنسيات في وقت واحد، مما يطرح مشكلة تحديد الجنسية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تحديده للقانون الواجب التطبيق من بين تلك الجنسيات.

وقد تصدى المشرع الجزائري لهذه المشكلة بموجب المادة 22 والتي جاء فيها: « في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية (الفعلية).

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة»

حيث يتضح أنه في حالة تعدد الجنسيات نكون بصدد فرضيتين:

الأولى: وجوب تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص، وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها. ويظهر هذا الارتباط بها من ظروف الحال كروابط الشخص العائلية، أو الإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية، أو أنه اتخذ إقليمها موطنًا لممارسة جميع نشاطاته، أو أنه التحق بإحدى الوظائف العامة بها، أو رشح نفسه لإحدى الهيئات النيابية.

وهذا الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري هو الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، وأخذت به محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي بتاريخ 1912/6/3. كما أيده معظم الفقه، على أساس أن مسألة تعدد الجنسيات هي مسألة واقع وليست مسألة قانون، ومن ثم لا يرجح القاضي إحدى الجنسيات على غيرها على أساس قانوني، وإنما على أساس الواقع والا اعتبارات العملية.

أما الثانية: إذا كانت جنسية دولة القاضي (الجنسية الجزائرية) من

(1) -أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 190-191.

بين جنسيات الشخص المتعددة، ففي هذه الحالة يعتمد القاضي الجنسية الجزائرية وعلى ضوءها يطبق القانون الجزائري بغض النظر عن قوانين الدول الأخرى التي يحمل هذا الشخص أيضا جنسيتها.

وقد أخذت بهذا الحل جل القوانين العربية، كما أنه الحل الذي أخذت به المادة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية.

- حالة انعدام الجنسية:

اختلف الفقه في في القانون الواجب التطبيق على عديمي الجنسية فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية وفق ما يأتي:

- إخضاع عديمي الجنسية لقانون آخر جنسية كانوا يتمتعون بها قبل فقدهم لها.

- وهناك اتجاه فقهي يذهب إلى تطبيق قانون القاضي باعتبار أنه لا يوجد تنازع بين القوانين أصلا حيث لا يوجد وجه لإعمال قاعدة الإسناد مثلا في المادة 10 حيث لا جنسية للشخص وعلى هذا يطبق القاضي قانونه. ويرد على الرأي الأول أنه هناك حالات يكون الشخص فيها عديم الجنسية منذ ميلاده.

ويؤخذ على الرأي الثاني أنه لا يوجد هناك مبرر للرجوع إلى قانون القاضي.

ولعل الحل البديل والأكثر ملائمة هو إعمال معيار مقارب لمعيار الجنسية الفعلية، وهو تطبيق قانون الدولة التي يرتبط بها عديم الجنسية أكثر من غيرها.

وهذا الارتباط يتحدد على أساس الموطن وإن لم يكن هناك موطن قانوني أخذَ بالموطن الفعلي.

أما المشرع الجزائري فقد ترك مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية لتقدير القاضي وهو ما أشارت إليه الفقرة 3 من المادة 22 المشار إليها أعلاه، غير أنه بهذا يكون أهمل الإشارة إلى المعاهدات الدولية المبرمة في هذا المجال ونعني هنا معاهدة نيويورك لسنة 1954 بشأن عديمي الجنسية والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1964، والتي تنص في مادتها 12 على أن الاختصاص هنا يكون لقانون الموطن، وهذا على الرغم من أنه طبقا لنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري فإنه إذا كانت هناك معاهدة نافذة في الجزائر ففي هذه الحالة يتعطل تطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث المكان ومن بينها نص 3/22 السالف ذكره.

2°- تطبيق القانون الشخصي في حالة تعدد التشريعات:

نصت المادة 23 من القانون المدني الجزائري يعلى أنه: متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

إذ لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

23 مكرر/ يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه.

- التعدد الطائفي

- التعدد الإقليمي

تعدد الشرائع في الدول قد يكون إقليمياً كما هو الحال في الدول المركبة أو المتحدة فدرالياً مثل الكانطونات السويسرية وولايات " الولايات المتحدة الأمريكية".

كما قد يكون هذا التعدد طائفيًا تبعاً لتعدد النحل والملل والآداب في الدولة الواحدة مثل لبنان.

الرجوع إلى القانون الداخلي للدولة التي عقد الاختصاص بقانونها لمعرفة كيفية حل هذا النزاع الداخلي " الإحالة الضرورية " التفويض.

إن لم يكن في القانون الأجنبي هذا قواعد لفض هذا النزاع الداخلي وجب الأخذ بقانون المقاطعة أو الولاية التي ينتمي إليها الشخص.

وإن كانت هذه القاعدة لا تنطبق في حالة ما إذا كان التعدد طائفيًا، أي دين يطبق.

ولذلك هناك رأي فقهي جدير بالتأييد يذهب إلى حل هذه المشكلة عن طريق تطبيق قانون الموطن وهذه إحدى مبررات تفضيل قانون الموطن على قانون الجنسية.

2-تحديد نطاق الأحوال الشخصية⁽¹⁾:

بعد تحديد القانون الشخصي وفقاً لما سبق، وجب تحديد ما يعد من القضايا المتعلقة بالأشخاص، أي تحديد نطاق الأحوال الشخصية.

وبداية فإن ما يدخل وما لا يدخل في نطاق الأحوال الشخصية التي يحكمها القانون الشخصي مسألة تكييف ترجع إلى القاضي الذي عرض عليه النزاع في العنصر الأجنبي.

(1)-محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص107.

وقوانين الدول تختلف فيما تعتبره من الأحوال الشخصية، فدولة كفرنسا تضيق نطاق الحوال الشخصية وتقصره على الأهلية والحالة فقط. بينما دولة كإيطاليا تذهب أكثر من ذلك حيث تضيف إلى الحالة والأهلية قضايا الزواج والطلاق وكذا الميراث والوصية.

والقضايا المتعلقة بالأشخاص في التشريع الجزائري هي:

- الحالة والأهلية (م10).

- الزواج (الخطبة، أركان الزواج، إبرام عقد الزواج وإثباته، موانع الزواج، حقوق وواجبات الزوجين، ...) م11.

- آثار الزواج الشخصية والمالية (م1/12).

- انحلال الزواج (الطلاق وآثاره، العدة، الحضانة) م2/12.

- النسب والكفالة.

- النفقة بين الأقارب (م14).

- النيابة الشرعية (الولاية، الوصاية، التقديم، الكفالة) م 15.

- الميراث والتبرعات (الهبة، الوصية، الوقف) م16.

وستعرض فيما يأتي لهذه القضايا بشيء من التفصيل.

أ. القانون واجب التطبيق على الحالة والأهلية⁽¹⁾:

1° القانون الواجب التطبيق على الحالة:

قاعدة الإسناد: هنا هي المادة 10 من القانون المدني والتي تنص على

أنه:

«يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.

غير انه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري».

الفكرة المسندة هنا هي الحالة، والتي تشمل مجموعة الصفات المتعلقة بالتعريف بالشخص نفسه (الاسم، والموطن)، والمتعلقة كذلك بمركزه من أسرته كالزواج والطلاق والنفقة والميراث...وتشمل أيضا مركز الشخص بالنسبة للدولة، و عليه فالحالة سياسية و مدنية.

(1) - أنظر: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص233 وما بعدها، أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص193 وما بعدها

الحالة السياسية تخرج عن نطاق الفكرة المسندة في المادة 1/10، و نطاق الحالة هنا يتحدد بالحالة المدنية. أي مجموع الصفات و العلاقات للصيقة بالشخص والتي تميزه عن غيره في إطار الأسرة .

وتتمثل هذه الصفات في كون الشخص ذكر أو أنثى، أعزب، متزوج، أرمل أو مطلق، وهناك بعض الدول تضيف إلى حالة الشخص الدين الذي يعتنقه الشخص كما يدخل في الحالة اسم الشخص و الموطن و الحالة العائلية المتمثلة في القرابة.

أما ضابط الإسناد فهو الجنسية: فالقانون الشخصي (قانون الجنسية في الجزائر) هو الذي يطبق على هذه القضايا التي تتضمنها الحالة كفكرة مسندة منذ بداية الشخصية القانونية إلى نهايتها.

أما حالة الشخص المعنوي فهي ما نصت عليه المادة 2/10: «أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي.

غير انه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري».

2° القانون الواجب التطبيق على قانون الأهلية:

قاعدة الإسناد الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني: « يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر و تنتج أثارها فيها إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة».

مضمون الفكرة المسندة،

المقصود بالأهلية كفكرة مسندة هي أهلية الأداء*.

و أهلية الأداء هي تعبير عن قدرة الشخص على القيام بنفسه بإبرام التصرفات القانونية التي تكسبه الحقوق و تحمله الالتزامات.

و الشخص يمر بعدة مراحل حتى تكتمل لديه أهلية الأداء.

فالشخص قبل بلوغه سن التمييز يعتبر عديم الأهلية و بعد بلوغه سن التمييز و عدم بلوغه سن الرشد يعتبر ناقص أهلية.

و إن بلغ سن الرشد يعتبر كامل الأهلية و ذلك في حالة إن لم تطرأ على هذه الأهلية عوارض أو موانع تنقصها أو تعدمها .

وقانون الجنسية هو الذي يحكم القضايا السابقة التي تتضمنها فكرة أهلية، ويحكم التصرفات التي يقوم بها الشخص خلال مراحل تطور أهلية الأداء.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تحديد نطاق الأهلية التي قصدتها قاعدة الإسناد في المادة 1/10.

حيث تخرج من مضمونها صور الأهلية الأخرى و هي (1):

1- أهلية الوجوب، و هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات و تثبت للشخص بمجرد ميلاده.

و هذه الأهلية لا تخضع لقانون واحد، و يختلف قانونها باختلاف الحق المراد ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا ؟

فحق الشخص في الوصية يحكمه قانون الموصي وقت الوفاة و حقه في الميراث يخضع لقانون جنسية المورث، و الحق في الملكية يسري عليه قانون الموقع...

فأهلية الوجوب ليست فكرة مستقلة تخضع لقانون محدد.

2- الأهلية الخاصة: يطلق عليها أيضا موانع التصرف التي يقرها القانون في خصوص تصرفات معينة، مثل منع القضاة من شراء الأشياء المتنازع فيها، و منع الزوجة من كفالة زوجها (اليونان)، منع الطبيب من قبول تبرع من مريضه خلال مرض الموت، و الأهلية الخاصة تخضع للقانون الذي يحكم التصرف.

و موانع التصرف إذا نص عليها القانون الجزائري فإنه يأخذ بها بطبيعة الحال القاضي الجزائري و إن نص عليها القانون الأجنبي فلا تلزم القاضي الجزائري

الاستثناء.

م 2/10- و مع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر، و تنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية و كان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهلية و في صحة المعاملة.

هذا الاستثناء استقته بعض التشريعات و منها التشريع الجزائري من أحكام القضاء الفرنسي، حيث بتاريخ 16 جانفي 1861 أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما الشهير في قضية شهيرة تعرف بقضية "ليزاردى" (2).

(1)- راجع المواد 40- 43 من التقنين المدني الجزائري.

(2)- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 145.

وتلخص في أن ليزاردي هذا شاب مكسيكي الجنسية كان يبلغ من العمر 23 سنة و قام بشراء مجوهرات من تاجر فرنسي بباريس و حرر له سندات بالدين بقيمتها.

و عند استحقاقها دفع ليزاردي بإبطال هذه السندات لأنه ناقص أهلية في نظر القانون المكسيكي آنذاك (والذي يحدد سن الرشد 25 سنة)، لما قام بإبرام التصرف، رفض القضاء الفرنسي هذا الدفع و اعتبر أن السندات صحيحة و حكم على ليزاردي بالدفع. و علل القضاء حكمه بأنه لا يفترض في المواطن الفرنسي العلم بكافة قوانين العالم، و يكفي لصحة العقد أن يكون هذا الفرنسي قد تعاقد مع الأجنبي من غير رعونة و لا خفة و أن يكون حسن النية.

و خاصة إذا كان مظهر هذا الأجنبي لا يدع مجالاً للشك في انه كامل ا لأهلية.

و قد حاول الفقه الفرنسي تأسيس ما ذهب إليه القضاء على أساس المصلحة الوطنية و المتمثلة في عدم الإضرار بالوطنيين من جراء تطبيق القوانين الأجنبية.

و هنالك من أسس مثل هذا الحكم على قاعدة الإثراء بلا سبب.

شروط تطبيق الاستثناء

و لكي يعمل بهذا الاستثناء و المتمثل في عدم إخضاع الأهلية إلى قانون الجنسية يجب أن تتوفر جملة شروط منها:

1- يجب أن يكون موضوع التصرف معاملات مالية، أي أن هذا الاستثناء لا يؤخذ به إذا كان التصرف يتعلق بالأحوال الشخصية.

2- يجب أن يكون التصرف قد عقد في الجزائر، وذلك لأن الهدف من هذا الاستثناء هو حماية المعاملات التي تتم داخل إقليم الدولة.

3- يجب أن ينتج هذا التصرف المالي أثره في الجزائر.

4- يجب أن يكون نقص الأهلية بالنسبة للأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر (الجزائري) أن يتبينه، بحيث لو كانت هناك علامات ظاهرة تدل على أن الأجنبي ناقص أهلية كأن يكون غير مميز أو مجنون لا يطبق هذا الاستثناء.

5- يجب أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه كامل الأهلية وفقا للقانون الوطني الجزائري.

و الاستثناء يتمثل في عدم تطبيق قانون جنسية الأجنبي على الأجنبي الذي قام بالتصرف في الجزائر و إنما يطبق القانون الجزائري.

ب- القانون الواجب التطبيق على الزواج:

1°-القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج:

قاعدة الإسناد: هي المادة 11 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين».

مضمون الفكرة المسندة: يقصد بالشروط الموضوعية لصحة الزواج أركان الزواج وموانع الزواج وما إلى ذلك، وإذا كان الزواج هو عقد يتم بين ذكر وأنثى عندنا على الوجه الشرعي ويهدف إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب فإن هذا العقد عادة ما يمهده بالخطبة.

والخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين الحق في العدول عنها، و تعتبرها بعض القوانين بمثابة عقد قائم بذاته مثل الألماني والسويدي ولذلك يطرح السؤال حول القانون الذي يحكمها.

والخطبة تخضع لتكييف القاضي وهي بلا شك تدرج ضمن الشروط الموضوعية لصحة الزواج وتخضع تبعا لذلك للقانون الوطني للطرفين قياسا على الزواج.

-كيفية تطبيق القانون الوطني للزوجين: إن نص المادة 11 يفترض احتمالين،

الأول: اتحاد جنسية الزوجين وفي هذه الحالة يطبق القاضي قانون الجنسية المشتركة بين الزوجين.

الثاني: حالة اختلاف جنسية الزوجين في هذه الحالة يدق الأمر حول كيفية تطبيق القانون الوطني للزوجين. هل يطبق تطبيقا جامعا؟ أم يطبق تطبيقا موزعا؟

والتطبيق الجامع معناه توفر الشروط الموضوعية للزواج في الزوج طبقا لقانون جنسيته وطبقا لقانون جنسية الزوجة.

وكذلك توفر الشروط الموضوعية في الزوجة طبقا لقانون جنسيته و طبقا لقانون جنسية الزوج في آن واحد.

ويفيد التطبيق الموزع بوجود توافر الشروط الموضوعية للزواج في الزوج طبقا لقانون جنسيته فقط، وكذا وجود توافر هذه الشروط في الزوجة طبقا لقانون جنسيته فقط.

وقد ذهب فقه القانون الدولي الخاص قديما إلى التطبيق الجامع باعتبار أن هذه الشروط تهدف إلى حماية الرابطة الزوجية قبل أن تهدف إلى حماية أحد الزوجين.

ونظرا لصعوبة التطبيق الجامع على الشروط الموضوعية للزواج تبعا

لاختلاف القوانين في مضمون هذه الشروط فإن الرأي الراجح حديثا فقها وقضاء يحدد التطبيق الموزع للقانون الوطني للزوجين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج.

ولكن بعض الشروط الموضوعية للزواج كموانع الزواج يطبق عليها القانون الوطني للزوجين تطبيقا جامعا وذلك لخطورة هذه الموانع.

والشروط الموضوعية للزواج غالبا ما تعد من النظام العام لأنها تتعلق بالأسرة والأسرة هي الخلية الأولى التي يتكون منها المجتمع.

ولذلك كثيرا ما يستبعد تطبيق القانون الأجنبي بشأنها لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي.

وفي الدول الإسلامية مثلا لا يجوز لمسلمة أن تتزوج من غير مسلم وعلى هذا حكم القضاء المصري ببطان كثير من عقود الزواج.

فبتاريخ 1953/10/06 قضت محكمة القاهرة ببطان زواج سيدة تركية مسلمة من انجليزي مسيحي.

وذات الحكم نطق به القضاء المصري في قضية (صالحة هانم) وتتخلص وقائع هذه القضية في أن سيدة مصرية الجنسية تدعى صالحة مسلمة تزوجت من روسي بروتستنتي بعد أن كان أرثوذكسيا في إحدى كنائس مدينة سان بترسبورغ (لنبيين غراد) واكتسبت صالحة هانم الجنسية الروسية بالزواج، ولما عرضت القضية على القضاء حكم ببطان هذا الزواج لأن قانون جنسية الزوجة لا يجيزه واعتبر أن صالحة هانم لا تزال مصرية الجنسية لأن الزواج الباطل لا يرتب أي آثار.

وهذا على الرغم من أن هذا الزواج تم صحيحا وفقا لقانون مكان إبرامه قانون جنسية الزوج.

وتحديد الشروط الموضوعية لصحة الزواج مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي كقاعدة عامة

- الاستثناء

المادة 13/- يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج.

هذا النص يقرر أنه: في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن الشروط الموضوعية لصحة الزواج تخضع للقانون الجزائري فقط.

- وهذا الاستثناء لا ينطبق على الأهلية حيث سبق القول بأنها تخضع كقاعدة عامة لقانون الجنسية.

- والاستثناء الوارد عليها يتعلق بالمعاملات المالية التي تتم في الجزائر أو تنتج آثارها فيها ولا يمتد إلى الأحوال الشخصية.

- وهناك من يرى عدم جدوى هذا الاستثناء المقرر لحماية الوطنيين حيث يمكن الوصول إلى ذات الغاية بواسطة تطبيق فكرة النظام العام.

2°- القانون الواجب التطبيق على الشكل عقود في الزواج: فيما يتعلق بعقود الزواج فإن الأمر جد دقيق في التمييز بين الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية، ذلك انه فيما يعتبر في قانون دولة من الشروط الشكلية يعد في دولة أخرى من الشروط الموضوعية.

فالشكل الديني - المراسيم الدينية - يعد من الشروط الشكلية للزواج في اغلب البلدان الإسلامية إلا انه يعتبر من الشروط الموضوعية في دول أخرى كاليونان، بحيث يقع باطلا كل زواج لم يتم في الشكل الديني.

كما انه يصعب التمييز بين الشروط الشكلية والموضوعية حتى في القانون الواحد.

والقضية قضية تكييف تخضع لقانون القاضي والشكل هو الإطار الذي تتم فيه عملية إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي.

وفي موضوعنا تطرح عدة قضايا وهل تكييف على أنها من الشروط الشكلية أم لا ومنها:

- شهادة الشاهدين التي نصت عليها المادة (9) من قانون الأسرة تعتبر من الشكل لأنها تتعلق بإشهار الزواج ولا تكمل الرضا.

- ولي الزوجة في الغالب يدخل في الشروط الموضوعية باعتباره مكه لا للأهلية.

ولكن هذا الشرط قد يدخل ضمن الشروط الشكلية بالرجوع إلى المادة 12 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها.

ولكن هذه المادة ترجع في فقرتها الأخيرة لتنص على أنه، غير انه للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت.

- ضوابط الإسناد:

=نص المادة 19: ووفقا للمادة 18 من قانون الأسرة فإن عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة الشروط التي حددتها المادة التاسعة .

- المادة 97 من قانون الحالة المدنية: إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأ

ساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

3°- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

قاعدة الإسناد هنا هي: المادة 12 / 1 والتي تنص على أنه: « يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج».

الفكرة المسندة هي: الآثار الشخصية والمالية للزواج.

إن تحديد ما يندرج وما لا يندرج ضمن الآثار الشخصية والمالية للزواج قضية تكييف تخضع لقانون القاضي، والآثار الشخصية للزواج تتمثل أساسا في حقوق وواجبات الزوجين المتبادلة، كالمحافظة على الروابط الزوجية، التعاون على مصلحة الأسرة، و العدل في حالة التعدد، واجب النفقة⁽¹⁾.

أما الآثار المالية للزواج وفقا لبعض القوانين الغربية فتتمثل في حقوق وواجبات الزوجين التي ينص عليه القانون أو يتفق عليها الزوجان و المتعلقة بملكية أموالهما و إدارة هذه الأموال والانتفاع بها وتسوية حقوقهما بعد انقضاء الزواج.

والنظام المالي للزوجين له عدة صور منها، نظام الاشتراك المالي، نظام الانفصال المالي، نظام الدوطة أو البائية

ضابط الإسناد هو: جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، والحكمة من ذلك أن آثار الزواج لا يمكن أن يحكمها أكثر من قانون واحد، كما أن الزوج هو رب العائلة.

وقد انتقد تحديد ضابط الإسناد بهذه الكيفية حيث إن مبدأ المساواة بين طرفي الزواج يقتضي اعتماد ضابط إسناد محايد كالموطن المشترك مثلا. وهذا توجه محكمة النقض الفرنسية حديثا.

القانون واجب التطبيق: وفقا لقاعدة الإسناد فإن القانون الذي يطبق على آثار الزواج هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج سواء تعلق الأمر بالآثار الشخصية أو الآثار المالية للزواج.

أما بالنسبة للقوانين التي تقر النظام المالي للزواج فإن الآثار المالية قد تحكمها عدة قوانين ، فارتباط هذه الآثار بالأموال قد يجعلها تخضع لقانون الموقع، وارتباطها بالاتفاق بين الزوجين قد يجعلها تخضع لقانون العقد (ديمولان) كما أن ارتباطها بعقد الزواج قد يجعلها تخضع للقانون الشخصي.

(1)- راجع على وجه الخصوص المواد 36 - 39 من قانون الأسرة.

- الاستثناء، نص المادة 13.

4- القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج:

قاعدة الإسناد هنا هي المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على: «ويسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى».

مضمون الفكرة المسندة: انحلال الزواج يعني إنهاء الرابطة الزوجية وذلك بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني.

والطلاق يعني إنهاء الزوج للرابطة الزوجية بإرادته المنفردة أي أنه تصرف انفرادي.

والتطليق يعني انقضاء الرابطة الزوجية بحكم من القضاء بناء على طلب أحد الزوجين لأسباب محددة.

أما الانفصال الجسماني فيقصد به التفريق في المعيشة بين الزوجين وانفصال الحياة المشتركة بينهما من دون أن يترتب على ذلك انقضاء للرابطة الزوجية.

وهذا النظام غريب عن الشريعة ويوجد في ظل القوانين التي تعتبر الرابطة الزوجية أبدية وتحرم الطلاق كما هو الحال عليه في اسبانيا وبعض دول أمريكا اللاتينية وصور إنهاء الرابطة الزوجية قضية تكييف تخضع لقانون القاضي.

والمشرع الجزائري لم يفرق بين الطلاق والتطليق حيث أوجب أن يتم كل منهما بحكم من القضاء واعتبر أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة. كما أعطى للزوجة حق طلب التطليق لأسباب حددها قانون الأسرة.

ويدخل أيضا في مضمون انحلال الزواج آثار الطلاق كالعدة و الحضانة.

ضابط الإسناد والقانون المطبق: القانون الذي يحكم القضايا السابقة التي تتضمنها الفكرة المسندة هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كقاعدة عامة.

وضابط الإسناد هذا انتقد لأنه يؤدي إلى تطبيق قانون لم يكن في علم الزوجة وقت انعقاد الزواج، إضافة إلى أن هذا الضابط بهذه الكيفية يؤدي إلى تحايل الزوج على القانون عن طريق تغيير هذا الضابط حسب النتيجة التي يريد تحقيقها.

فقد يتزوج رجل في ظل قانون يحرم الطلاق وبعدها يلجأ إلى تغيير جنسيته بجنسية دولة يبيح له قانونها الطلاق لأنه يريد طلاق زوجته و

العكس.

وكذلك يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على أدلة إثبات أسباب الطلاق أو التطليق وهذه لا تدخل في الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية في دعوى الطلاق أو التطليق فإنها تخضع لقانون القاضي.

بقي أن نشير إلى أن جانبا فقها يذهب إلى إخراج آثار الطلاق كالعدة والحضانة من فكرة انحلال الزواج وعليه عدم إخضاعها إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وذلك باعتبار أن العدة تدخل في الشروط الموضوعية للزواج والتي يحكمها القانون الوطني للزوجين كما أن الحضانة تدخل في البنوة والولاية على النفس ويحكمها قانون المشمول بالحماية (الولاية).

الاستثناء:

إن القاعدة الواردة في نص المادة 2/12 أعلاه لا تطبق على إطلاقها حيث تخضع للاستثناء الذي جاءت به المادة 13 والمتمثل في أن القانون الجزائري هو الذي يسري على انحلال الزواج في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وهناك من ينتقد صياغة هذا الاستثناء بهذه الكيفية فالأولى القول بتطبيق القانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية وقت رفع الدعوى وهذا فيه حماية للمواطنين الجزائريين من أضرار تطبيق القانون الأجنبي.

ج- القانون الواجب التطبيق على النسب:

قاعدة الإسناد: هنا هي المادة 13 مكرر من القانون المدني: « يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

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

الفكرة المسندة هي: البنوة الشرعية، البنوة الطبيعية، تصحيح النسب

مضمون الفكرة المسندة: المسائل التي يطبق عليها قانون النسب وفقا لقاعدة الإسناد قضية تكييف تخضع لقانون القاضي المواد 40 - 46 من قانون الأسرة.

(1)- راجع المادة 53 من قانون الأسرة.

د-القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب⁽¹⁾:

قاعدة الإسناد هنا هي المادة 14 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: «يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها (المطالب بها)».

مضمون الفكرة المسندة: و مضمون الفكرة المسندة في المادة 14 يقتصر على النفقة بين الأقارب.

ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد. القرابة تكون مباشرة، هي الصلة بين الأصول و الفروع. قرابة حواشي، رابطة بين أشخاص لهم أصل واحد و ليس كل منهم فرع لأخر، كما أن القرابة تكون بالمصاهرة⁽²⁾. و قد حدد قانون الأسرة الجزائري الأشخاص الذين تستوجب لهم النفقة و الأشخاص المطالبين بها. فنفقة الأبناء تجب على الأب ثم على الأم. كما تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول و تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن.

ضابط الإسناد: الوطن الذي ينتمي إليه المدين بالنفقة أي المطالب بها. **القانون واجب التطبيق:** وتبعاً لذلك فإن القانون الوطني للمدين بـ النفقة هو الذي يحكم قضايا النفقة وفقاً للتفصيل السابق و هذا الضابط غير دقيق حيث كان يجب أن يكون القانون الوطني للمطالب بالنفقة و ليس للمدين بها.

لأن النص في صياغته التي هو عليها يفترض مسبقاً أن شخصاً معيناً ملتزم "مدين بالنفقة" في حين أن هذا الشخص لا يمكن معرفة ما إذا كان مديناً أو لا بالنفقة إلا بعد الرجوع إلى قانون جنسية المطالب بالنفقة.

ه-القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والهبة والوقف:

قاعدة الإسناد هنا هي المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: «يسري على الميراث والوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من مصدر منه التصرف وقت موته».

ويسري على الهبة و الوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما». المادة 16

(1)-أنظر: أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 241-242.

(2)-راجع المواد 32-35 من التقنين المدني الجزائري .

1°-الميراث:

الميراث في الشريعة من القضايا المرتبطة بالأسرة وعليه فهو يدخل في إطار الأحوال الشخصية التي يحكمها القانون الشخصي.

وقد صنف المشرع الجزائري الميراث ضمن قانون الأسرة.

وبعض القوانين تنظر إلى الميراث من جانبه المالي فقط وتصنفه ضمن الأحوال العينية (الأموال) وتخضعه تبعا لذلك لقانون الموقع (معظم دول أمريكا الجنوبية).

- وبعض القوانين تفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول وتخضع الأول لقانون الموقع والثاني لقانون موطن المتوفي وهذا يؤدي إلى تعدد القوانين التي تطبق على التركة إذا كانت الأموال المتروكة توجد في أكثر من دولة.

ضابط الإسناد والقانون المطبق: لقد أخضع المشرع الجزائري في المادة 16 أعلاه الميراث لقانون جنسية المورث (الهالك) وقت موته فهذا القانون هو الذي يحكم عملية انتقال أموال المتوفى إلى الأشخاص الذين تربطه بهم رابطة القرابة أو رابطة الزوجية أو إلى الدولة ولا فرق فيما إذا كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات.

ويبرر تطبيق قانون جنسية المورث عند وفاته على الميراث باعتباره القانون الذي له علاقة بالمتوفى.

كما أن تطبيق هذا القانون يؤدي إلى وحدة القانون المطبق على الميراث ولا يعطي أية أهمية لقوانين جنسية الورثة إذا كانت جنسياتهم متعددة.

مضمون الفكرة المسندة:

الميراث له جانب شخصي وجانب مالي يتمثل في انتقال الأموال و القضايا التي يحكمها قانون جنسية المورث وقت موته والتي تتضمنها فكرة الميراث هي :

- أسباب وشروط الميراث مثل النسب والزواج وموت المورث

- حياة الوارث بعد موت المورث وعدم وجود مانع من موانع الميراث

- الأشخاص المستحقون للميراث وكيفية تقسيم التركة بينهم⁽¹⁾.

وضعية التركة الشاغرة: أما فيما يتعلق بالتركة الشاغرة أي تلك الأموال التي توفي عنها صاحبها ولم يترك وارثا لها فإن المشرع الجزائري قد أشار إليها في نص المادة 773 من القانون المدني حيث ورد في هذه المادة

(1)-قضية تكييف تخضع لقانون القاضي، المواد 126 - 183 من قانون الأسرة.

أنه (تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم).

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي أن (بيت المال وارث لمن لا وارث له) وقد أكدت المادة 180 من قانون الأسرة أيلولة التركات الشاغرة إلى الخزينة العامة.

ولكن هل يكيف حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق ميراث؟

إن الميراث في الشريعة الإسلامية يقوم على أساس القرابة العائلية و لا شك أن الدولة لا قرابة عائلية لها مع المتوفى ولذلك لا يمكن القول بأن حق الدولة على التركة الشاغرة حق إرث.

كما أنه يطرح السؤال حول الدولة التي تترث من لا وارث له أي دولة القاضي أم دولة المورث (المتوفى) وقت وفاته.

لقد حكم القضاء المصري في قضية السيدة الايطالية التي توفيت في الإسكندرية (مصر) ولم تترك وارثا والتي طالب فيها القنصل الايطالي بحق الدولة الايطالية في هذه التركة لأن القانون المصري يخضع الميراث إلى قانون جنسية المتوفى وقت موته - وهو هنا القانون الايطالي و هذا الخير يقضي بأيلولة مثل هذه التركة إلى الدولة.

فقد رفض القضاء المصري هذا الطرح وحكم بحق دولة القاضي (مصر) في هذه التركة ومن آلت تركة السيدة الايطالية إلى الخزينة العامة المصرية.

ولكن القضاء في دول أخرى ذهب عكس ما ذهب إليه القضاء المصري. فقد حكم القضاء في بلجيكا بتاريخ 1952/03/28 باستحقاق دولة السويد لتركة متوف بلجيكا، ولم يكن له وارث، وذلك على أساس أن القانون السويدي وهو القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد البلجيكية يكيف حق الدولة في هذه الحالة على أساس انه ارث وفي تقديري إن الدولة تؤول إليها التركة الشاغرة باعتبار هذه التركة توجد على إقليمها وهي أحق بها من دولة المورث المتوفى لان هذه التركة تحققت بفضلها وبرعايتها⁽¹⁾.

(1)- هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق

المحاضرة الرابعة: (تابع للتطبيقات العملية لنظرية تنازع القوانين من حيث المكان)

ثانيا: القانون واجب التطبيق في قضايا الأموال:

1- القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية:

قاعدة الإسناد هنا هي المادة 17 من القانون المدني والتي تنص على أنه: «يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار.

ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها».

- التطور التاريخي لقانون الأموال: المدرسة الايطالية القديمة ذهبت إلى أن الحق على الشيء يخضع لقانون موقع هذا الشيء(قانون موقع المال)، وذلك إجابة عما إذا كان يحق لشخص أجنبي البناء على عقار يملكه. كما أن المدرسة الفرنسية القديمة ممثلة في الفقيه دارجنترية قد أخضعت بدورها العقار للقانون الإقليمي تطبيقا لمبدأ سيادة القانون الإقليمي.

وذات القاعدة(العقار يحكمه قانون الموقع) اعتمدها المدرسة

الهولندية تجسيدا لمبدأ الإقليمية الذي اعتنقته.

وفي القرن 19 اعتبر الايطالي مانثيني خضوع الأموال العقارية لقانون الموقع كاستثناء على نظرية شخصية القوانين التي طرحها لحل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث المكان.

كما ذهب الألماني سافيني إلى إخضاع الأموال العقارية لقانون موقعها تأسيسا على نظرية التركيز المكاني للعلاقة القانونية.

وقد حافظت قاعدة خضوع الأموال لقانون الموقع على نصها حيث تلقفتها معظم تشريعات الدول ودونها ضمن قواعد تنازع القوانين من حيث المكان، ومن بينها التشريع الجزائري.

- مبررات القاعدة:

- ضرورة سلامة المعاملات والاطمئنان حول خلو العقار من الرهون وهذا لا يتأتى إلا بخضوع العقار لقانون موقعه.

- الاختصاص القضائي عادة ما يعقد للمحكمة التي يوجد بدائرتها العقار.

- العقارات تعد من عناصر الثروة للدولة، وبمقتضى السيادة فإن دولة الموقع أولى من غيرها بتطبيق قانونها على العقار.

تحديد الفكرة المسندة: الأموال وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري(قانون القاضي) باعتبارها الأشياء التي ترد عليها الحقوق مادية وغير مادية، والأموال المادية هي الأشياء التي لها قيمة مالية وصالحة للتعامل سواء كانت ثابتة(عقارات) أو متحركة (منقولات) أو مشحونة كبضائع التجارة الدولية،

صعوبة تحديد موقع الأموال:

- الأموال الموجودة بالمناطق الحدودية،

- الأموال المتواجدة بمناطق غير تابعة لأية دولة،

- البضائع المشحونة من غير معرفة علم وسيلة النقل،

ووفقا لنص المادة 683 من القانون المدني الجزائري فإن:

«كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول.»

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص.»

التنازع بشأن انتقال المنقول (التنازع المتحرك):

ما مصير الحقوق التي اكتسبت في المنقول وفقا لقانون موقعه وقت تحقق أسباب كسبها في حالة انتقال المنقول إلى موقع آخر لا يعترف بمثل هذه الحقوق؟.

تباينت آراء فقهاء القانون الدولي الخاص حول هذه المسألة على النحو الآتي:

1- حل المشكلة بتطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان، وذلك بتطبيق قانون الموقع الجديد بأثر مباشر وفوري ومن غير أثر رجعي.

2- حل المشكلة بوجوب تطبيق مبدأ الحقوق المكتسبة: وفقا لهذا الرأي فإن الحق الذي اكتملت عناصره في ظل قانون ما يبقى نافذا على الرغم من انتقال المنقول إلى قانون جديد، حتى وإن لم تعد عناصر الحق مكتملة وفقا لقانون الموقع الجديد، وإن لم تكن عناصر الحق قد اكتملت في ظل الموقع القيم ولكنها أصبحت مكتملة في ظل الموقع الجديد فإنه لا يجوز الاعتراف بهذا الحق.

وهذا ما يعبر عنه بالنفاذ الدولي للحقوق احتراماً للحقوق المكتسبة، ويشترط لنفاذ الحق دولياً جملة من الشروط يمكن تلخيصها في الآتي⁽¹⁾:

- أن يكون المطلوب نفاذ الحق وليس إنشاء حق جديد،
- أن يكون الحق قد اكتمل صحيحاً في ظل القانون القديم،
- أن لا يكون قد نشأ حق مضاد له في القانون الجديد،
- أن لا يكون الحق مخالفاً للنظام العام في القانون الجديد،
- أن لا يكون تغيير المنقول قد تم غشا نحو القانون.

مدى نفاذ الحق في الدولة المتمسك به فيها: إن نفاذ الحق في الدولة التي يراد التمسك به فيها يكون في الحدود التي قررها القانون الذي نشأ فيه ليس أكثر. فإذا كان قانون الموقع الجديد يرتب على الحق أثراً أكثر أو أقل مما رتبته قانون الموقع القديم فلا يتأثر الحق بما يرتبه القانون الجديد .

ومثاله: إذا انتقل دائن إلى دولة يقضي قانونها بتقادم الدين بمضي 10 سنوات، بينما القانون الذي نشأ فيه هذا الدين يحدد مدة التقادم ب 05 سنوات فليس لهذا الدائن أن يطالب مدینه بهذا الدين بعد مضي 05 سنوات وعدم مضي 10 سنوات.

كما انه لا يؤثر القانون الجديد عما يرتبه من آثار على الحق في

(1)-علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، 98/1.

المنقول عما رتبته القانون القديم.

ومثاله: -لو انتقل الدائن إلى دولة يقضي قانونها بتقادم الدين بمضي 05 سنوات في حين أن القانون الذي نشأ فيه هذا الحق يحدد مدة التقادم ب10 سنوات،

فلو طلب الدائن مدينه بسداد الديون بعد مضي 07 سنوات فليس للمدين أن يدفع بان الدين قد سقط بالتقادم طبقا للقانون الجديد.
بقيت الإشارة إلى أن الحديث عن نفاذ الحق في دولة ما يجب أن يكون قانونها يعرف مثل هذا الحق.

2-القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية⁽¹⁾:

قاعدة الإسناد هنا هي المادة 17 مكرر من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه:« يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها.

يعد محل وجود الملكية الأدبية و الفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازهِ.

ويعد محل براءة الاختراع البلد الذي منحها.

ويعد محل وجود الرسم و النموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو أودعا فيه.

ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال.

ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري
الأموال المعنوية هي الأشياء غير المادية و التي تصلح لأن تكون محلا للحقوق العينية، و تتمثل في الحقوق الذهنية و الحقوق الشخصية "الديون"².

أ-القانون الواجب التطبيق على الحقوق الذهنية:

- هذه ترد على نتاج الفكر مثل المصنفات الأدبية و الفنية و المخترعات و تتضمن احتكارا بالاستغلال لصاحبها.

كما تتضمن هذه الحقوق ما يسمى بالحق الأدبي كحق المؤلف في الاعتراض على نسخ أو تغيير مصنفه من غير رضاه.

و تتمثل الحقوق الذهنية أساسا في حق المؤلف و حق المخترع و

(1)-عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص379-384، أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص265-272.

الحق في العلامة التجارية و الصناعية.....

وهنا يطرح تساؤل مفاده: إلى أي مدى يمكن اعتبار هذه الحقوق بمثابة منقولات وإخضاعها تبعا لذلك القانون الموقع؟

وفقا لنص المادة 17 مكرر فإن الحقوق المعنوية كما يأتي:

1°- حق المؤلف أو حق الملكية الأدبية و الفنية: حق المؤلف حق يملكه كل من وضع من وحي خاطره في ميادين العلوم و الفنون تأليفا متسما بطابع شخصيته سواء كان محررا نظما أو نثرا أو مرسوما أو مصورا أو كان ينطق به أو يفنى... الخ.

و هذا الحق يتيح لصاحبه أن يستغل مؤلفه ماليا وان يمنع غيره من تشويبه أو تقليده و من الاستفادة منه.

و قد عبر المشرع الجزائري عن هذا الحق في المادة الأولى من الأمر 73-14 في 73/04/3 المتعلق بحق المؤلف بأن:

«كل إنتاج فكري مهما كان نوعه و نمطه و صورة تعبيره، و مهما كانت قيمته و مقصده يخول لصاحبه حقا يسمى حق المؤلف».

و يذهب الرأي الفقهي الراجح إلى إخضاع حق المؤلف لقانون الدولة التي نشر فيها المؤلف أو المصنف لأول مرة.

2°- براءة الاختراع: براءة الاختراع هي الوثيقة التي تمنحها الدولة للمخترع فتخول له حق استغلال اختراعه ماليا و التمتع بالحماية القانونية المقررة لهذا الغرض و ذلك لمدة محددة و بشروط معينة وقد نظم المشرع الجزائري هذا الحق بمقتضى الأمر 54-66 في 66/03/03.

وقد حدد المشرع الجزائري مدة البراءة بعشرين سنة تحسب من تاريخ إيداع الطلب للحصول براءة الاختراع.

براءة الاختراع تعطي صاحبها حق صناعة و استعمال و تجارة و حيازة الناتج الذي تحميه البراءة. ومن ثم فبراءة الاختراع لا تكون إلا في الدولة المانحة لها.

3°- العلامات والأسماء التجارية: ذهب رأي فقهي إلى أن القانون الذي يطبق على العلامات التجارية هو قانون الدولة التي توجد بها الشركة التي تميزها العلامة التجارية،

في حين يقول اتجاه فقهي آخر بان العلامة التجارية تخضع لقانون الدولة التي تم بها تسجيل العلامة بغض النظر عن جنسية صاحب العلامة التجارية.

5°- الديون: الديون "الحقوق الشخصية"، يمكن النظر إليها من حيث مصدرها وفي هذه الحالة يكون قانون الالتزامات التعاقدية و قانون الا

لتزامات غير التعاقدية.

كما يمكن النظر إليها باعتبارها من الأموال المعنوية لكونها تكون محلا للتعامل حيث يمكن للدائن التصرف فيها من غير الرجوع إلى المدين كما هو الحال عليه في "حوالة الحق" مثلا.

وبعض القوانين أخضعت الديون بهذه الصفة الأخيرة - انتقال الدين - إلى القانون الذي يحكم مصدر هذا الدين (ألمانيا، سويسرا).

وقوانين أخرى أخضعت انتقال الدين إلى قانون محل إبرام التصرف الدين كما هو الحال عليه في المملكة المتحدة و.م.أ.

وقوانين أخرى أخضعت انتقال الدين لقانون موطن المدين باعتباره المكان الذي يسهل على الغير معرفة مركز المال موضوع الدين.

أما الديون الثابتة في أوراق مالية قابلة للتداول كالسندات لحاملها، السندات الإذنية والسندات الاسمية فإن القانون الذي يحكمها وفق الآراء الفقهية الراجحة هي:

-**بالنسبة للسند لحامله:** حكمه حكم المنقول المادي يخضع لقانون الموقع وقت تحقق السبب الذي أدى إلى حوالة الحق الثابت في السند.

-**السند الاسمي:** وهذه الورقة تتطلب التسجيل لدى الجهة (الشركة) المصدرة وتداولها يخضع لقانون الدولة التي تخضع لها تلك الشركة. وذلك باعتبار أن الموقع الحكمي هو البلد الذي يقع فيه مركز إدارة الجهة التي أصدرت السند الاسمي.

-**السندات الإذنية:** هناك رأي ذهب إلى إخضاعها لقانون الجهة التي أصدرتها .

وذهب رأي (الاتفاقيات الدولية) إلى إخضاع كل التزام في الصك لقانون البلد الذي تم فيه ففي السفتجة مثلا: يخضع التزام الساحب لقانون بلد الإصدار،

يخضع التزام المظهر لقانون بلد التظهير، يخضع التزام المسحوب عليه لقانون بلد القبول،

ولكن الرأي الراجح فقها وقضائيا يتمثل في إخضاع السندات الإذنية (الأوراق التجارية) لقانون بلد الوفاء باعتباره البلد الذي يتحقق فيه وجد الحق.

المحاضرة الخامسة: (تابع للتطبيقات العملية لنظرية تنازع القوانين من حيث المكان)

ثالثا: القانون الواجب التطبيق في قضايا الالتزامات التعاقدية

قاعدة الإسناد هنا هي المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة».

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه».

الفكرة المسندة هي: الالتزامات التعاقدية أي العقود الدولية.

النتائج المترتبة على دولية العقود،

هناك عدة نتائج تترتب على اعتبار العقد من العقود الدولية فقط.

و تحديد دولية العقد تترتب عنها عدة نتائج هامة منها:

- 1- استبعاد التطبيق التلقائي للقانون الوطني على العقد.
- 2- الرجوع إلى قواعد الإسناد أو إلى القواعد الموضوعية الدولية.
- 3- حرية أطراف العقد الدولي باختيار القانون الذي يحكم عقدهم.
- 4- حرية المتعاقدين في اختيار الجهة التي تفصل في المنازعات التي قد تطرأ حول تغير أو تنفيذ بنود العقد، و لا تخضع بالضرورة إلى المحاكم القضائية للدولة.

القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون الإدارة:

-يجب التمييز بين شكل العقود و موضوع العقود.

تاريخيا: المدرسة الإيطالية القديمة كانت تخضع العقد شكلا و موضوعا لقانون محل إبرامه باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت ضمن لا اختيار هذا القانون باختيارهما مكان إبرام العقد.

و جاء ديمولان في القرن 16 ففصل بين شكل العقد و بين موضعه فأخضع الشكل لقانون محل إبرام العقد و أخضع الموضوع لقانون الإرادة (قانون الموطن) و ذلك بمناسبة بحثه للمشارطات المالية التي تصحب عقد الزواج.

وبعدها رأينا كيف تعامل أصحاب النظريات الفقهية مع العقود.

لقد اعتمدت المادة 18 على عدة ضوابط إسناد هي:

- **إرادة المتعاقدين:** إن إرادة القاضي قد تحل محل إرادة المتعاقدين و ذلك في حالة سكوتها عند القانون المختار، حيث و الحالة هذه يلجأ القاضي إلى البحث عن القانون المختار من خلال الإرادة الضمنية، و قد يستخلص قانونا قد تكون إرادتهما بعيده عنه¹.

إذا كان اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

- **الموطن المشترك للمتعاقدين**

- **الوطن المشترك للمتعاقدين.**

- **محال إبرام العقد.**

رابعاً: القانون الواجب التطبيق في شكل التصرفات القانونية

قاعدة الإسناد هي المادة 19:

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

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونها الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية».

خامساً: القانون الواجب التطبيق في قضايا الالتزامات غير التعاقدية:

قاعدة الإسناد هي نص المادة: «يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

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

محمد المبروك الالافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب الوطنية ، بنغازي 1994 .¹

الفكرة المسندة: هذه القاعدة تتعلق بمصادر الالتزام غير الإرادية و هي الفعل الضار و الفعل النافع. و الفعل الضار أو العمل غير المشروع يتمثل في المسؤولية التقصيرية بمختلف صورها و العمل النافع يتمثل في الإثراء بلا سبب و تطبيقاته كالدفع غير المستحق و الفضالة.

ضابط الإسناد: (محل وقوع الفعل)،

والقانون الذي يحكم الالتزامات غير الإرادية أو غير التعاقدية هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام سواء كان فعلا ضارا أو نافعا. و يطلق على هذا القانون القانون المحلي.

مضمون الفكرة المسندة:

القاعدة السابقة تحكم الالتزامات غير التعاقدية و تطبق على كل القضايا التي تتضمنها فكرة الالتزامات غير التعاقدية هذه، و فيها:

1- أركان المسؤولية من خطأ و ضرر و علاقة السببية بينهما و شروط كل ركن.

2- صور المسؤولية التقصيرية، المسؤولية عن الفعل الشخصي و المسؤولية عن فعل الغير، و المسؤولية عن الأشياء،

3- التعويض كآثر للمسؤولية، طرقه و كيفية تحديده.

4- الإثراء بلا سبب و تطبيقاته.

و تخرج عن إطار الفكرة المسندة بعض صور المسؤولية مثل المسؤولية التي يكون مصدرها القانون كالتفقة بين الأقارب و لمسؤولية العقدية، يحكمها قانون العقد وفقا للتفصيل السابق.

المحاضرة السادسة

سادسا: كيفية تطبيق القانون الأجنبي

إذا تبين للقاضي أن قاعدة الإسناد في قانونه تنص على تطبيق قانون أجنبي معين، فهل يطبق هذا القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أم يجب لكي يطبقه أن يتمسك الخصوم بتطبيقه وإقامة الدليل على أحكامه؟

-الأسئلة السابقة تتعلق بالجدل الفقهي حول طبيعة القانون الأجنبي، هل هو قانون أم مجرد وقائع بالنسبة للقاضي الوطني؟.

اختلف فقه القانون الدولي الخاص في إجابته على هذه القضية إلى

اتجاهين:

أ. القانون الأجنبي واقعة: من خلال استقراء سلوك القضاء الفرنسي في تعامله مع القانون الأجنبي، ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الأجنبي لا يتمتع بصفة القانون ولا يعدو أن يكون سوى عنصرا من عناصر الواقع.

وينطلق هذا الفقه لتبرير وجهة نظره من أن القانون يتكون من عنصرين أحدهما يتعلق بمضمون القاعدة القانونية وكونها عامة و مجردة و الثاني يتعلق بالأمر والإلزام.

وهذا العنصر الأخير يتحدد بحدود الدولة التي تملك سلطة الأمر و النهي، وعليه فإذا خرجت هذه القاعدة من إقليم الدولة التي أصدرتها تفقد قوتها الإلزامية ومن ثم تفقد صفتها القانونية.

وتترتب على الصفة الواقعية للقانون الأجنبي جملة من النتائج منها:

- لا يجوز للقاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

- يتمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي.

- يقع على الخصوم واجب إثبات أحكام القانون الأجنبي.

- الخطأ في تفسير القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة محكمة النقض.

ب- القانون الأجنبي قانون: يذهب الفقه الراجح إلى اعتبار القانون ا

لأجنبي قانون ينظر إليه كقانون القاضي. و لكن هذا الفقه اختلف في الأساس الذي عليه يطبق القانون الأجنبي.

وعليه ظهرت عدة آراء حاولت وضع أساس لتطبيق القانون الأجنبي

كقانون يمكن تلخيصها في⁽¹⁾:

1°- النظرية الهولندية: و مؤداها أن القانون الأجنبي يطبق داخل الدولة على سبيل المجاملة الدولية، وذلك لتحقيق المصالح المشتركة بين الدول. و هذه النظرية تعطي للقاضي سلطة تطبيق أو عدم تطبيق القانون الأجنبي (النقد).

2°- نظرية الحقوق المكتسبة الانجلوساكسونية: مفاد هذه النظرية أن القانون الأجنبي يطبق داخل الدولة احتراماً للحقوق التي نشأت في ظلها و أصبحت حقوقاً مكتسبة واجبة التنفيذ.

ويرد على هذه النظرية أنها غير جامعة حيث تقتصر على القانون الأجنبي الذي تكون قد نشأت في ظلها حقوق أصبحت مكتسبة. بينما القانون الأجنبي قد يطلب تطبيقه لإنشاء الحق من جديد.

3- نظرية التفويض: إذا نصت قاعدة الإسناد في دولة القاضي على تطبيق قانون أجنبي فإن دولة القانون الأجنبي تفوض القاضي في تطبيق قانونها.

ويؤخذ على هذه النظرية بأن التفويض "الوكالة" لا تكون إلا لوكيل معين، فكيف نتصور أن دولة القانون الأجنبي وكلت وفوضت كل من يطبق قانونها من غير التعيين (التحديد).

4- نظرية الاستقبال و الاستيعاب أو التلقي (الايطالية): تصور هذه النظرية قاعدة الإسناد بأنها قاعدة بيضاء أو فارغة المضمون، تمتص و تستقبل القوانين الأجنبية التي تشير بتطبيقها. وقد اختلف فقهاء هذه النظرية في كيفية اندماج القانون الأجنبي في قاعدة الإسناد في قانون القاضي، هل هو اندماج مادي أم أنه اندماج شكلي.

- النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي قانون:

- 1- التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.
- 2- افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي، كعلمه بالقانون الوطني.
- 3- خضوع تطبيق القاضي للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض (قضاء النقض).

إثبات القانون الأجنبي: دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي: يتجه الفقه الحديث إلى القول بوجود قيام القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي ويمكن أن يتم ذلك بتعاون الخصوم. ويعتمد القاضي عدة

(1)- علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق، عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 523-527، أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 131-137.

وسائل للتوصل إلى القانون الأجنبي كحق اللجوء إلى كافة وسائل العلم بـ القانون الأجنبي من أجل الوصول إلى الحقيقة الموضوعية.

ولا يتقيد بالطرق التي حددها المشرع لإثبات الوقائع، مثل:

- عدم الاعتراض على اعتراف الخصم.

- وعدم الاعتماد على اليمين.

و فقط يمكن الاعتماد عليهم في تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها، كما يمكن اللجوء إلى الخبرة.

ويطرح السؤال حول ما إذا استحال على القاضي الوطني التوصل إلى تحديد القانون الأجنبي؟

وهنا تعدد الإجابات الفقهية حيث يمكن تلخيصها في:

1- الامتناع عن الفصل في النزاع.

2- تطبيق المبادئ العامة للقانون .

3- تطبيق قانون القاضي.

وبالنسبة للمشرع الجزائري نجده قد ذهب في التعديل الأخير، مادة 23 مكرر- إلى تطبيق القانون الجزائري عند تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه.

كيفية تفسير القانون الأجنبي:

هل يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي وفقا للنهج المتبع في دولة هذا القانون، أم يفسره بكيفية مماثلة لتفسير قانونه؟

يذهب الرأي الراجح فقها و قضاءً إلى القول بأن القاضي يجب أن يفسر القانون الأجنبي وفقا للتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها هذا القانون.

وفي حالة ما إذا قام القاضي بتفسير القانون الأجنبي و أخطأ فهل يخضع لرقابة محكمة النقض؟

إن الدول تختلف في التعامل مع هذه القضية:

فمثلا: محكمة النقض الفرنسية رفضت إجراء هذه الرقابة، وذلك ليس على اعتبار أن القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع و إنما على اعتبارات أخرى.

كأن تخطئ بدورها في عملية التفسير و بالتالي تفقد أحكامها المصادقية.

وهناك دول أخرى كإيطاليا تسمح بخضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض.

أما في الجزائر فإنه يمكن الطعن بالنقض في تطبيق القانون الأجنبي إذا كان هذا الأخير بالأحوال الشخصية (المادة 233 إجراءات مدنية)، وهذا يفيد بأن المشرع الجزائري يعتبر القانون الأجنبي قانون و ليس وقائع.

- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي:

من خلال دراستنا التطبيقية لنظرية تنازع القوانين من حيث المكان تبين لنا أن القانون الأجنبي قد يطبق في دولة القاضي في عدة حالات و هي:

1- يطبق القانون الأجنبي باعتباره القانون الشخصي على الأحوال الشخصية بصفته قانون الجنسية أو بصفته قانون الموطن.

2- يطبق القانون الأجنبي باعتباره قانون المحل على شكل التصرفات القانونية،

و على الالتزامات غير التعاقدية.

3- يطبق القانون الأجنبي باعتباره قانون الموقع على الأحوال العينية (الأموال).

4- يطبق القانون الأجنبي باعتباره قانون الإرادة على الالتزامات التعاقدية.

5- يطبق القانون الأجنبي نفاذا للحقوق المكتسبة.

و لكن المشرع لما سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليم دولته وفقا لما سبق، فإنه لم يمنح هذه القوانين توقيعا على بياض و إنما قيد تطبيقها بشروط، فالقانون الأجنبي قد يستبعد من التطبيق في حالتين أو لسببين وفقا لما يأتي:

أ- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام:

النص / المادة 24 من القانون المدني الجزائري: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

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

شروط الدفع بالنظام العام:

1- أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي.

2- أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتعارض مع الأسس الاقتصادية والاجتماعية و السياسية في دولة القاضي.

3- أن يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في دولة القاضي وقت رفع الدعوى.

أثر الدفع بالنظام العام:

- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في دولة القاضي (وهذا ما يطلق عليه بالأثر السلبي للنظام العام).

- إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي الذي أستبعد على أساس مخالفته للنظام العام (وهذا ما يطلق عليه بالأثر الايجابي للنظام العام).

و هذا القانون عادة ما يكون قانون القاضي.

آثار التمسك بالدفع بالنظام العام:

يترتب على هذا الدفع استبعاد تطبيق القانون الأجنبي و إحلال قانون القاضي محله.

و إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد قد يكون بطريقة سلبية كما قد يكون بطريقة إيجابية.

والأولى تكون إذا كانت قاعدة النظام العام ناهية، و الثانية تكون لما تكون قاعدة النظام العم أمره.

ب- الغش نحو القانون

النص/- المادة 24

لقد سبق معنا أنه من بين عناصر قواعد الإسناد ضابط الإسناد، و بعض هذه الضوابط إرادية حيث يمكن للشخص أن يغيرها مثل الجنسية و الموطن و تغيير المنقول، واختيار قانون محل إبرام العقد وكذا قانون العقد.

والغش نحو القانون يتحقق إذا كان الهدف من تغيير ضابط الإسناد هو الإفلات من قانون واجب التطبيق. فالغاية هي التحايل على تطبيق قانون واجب التطبيق أصلا.

شروط الدفع بالغش نحو القانون: يشترط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على أساس الغش نحو القانون شرطان، أحدهما مادي و يتمثل في

التغيير الإرادي لأحد ضوابط الإسناد. والثاني معنوي ويتمثل في تحقق نية الغش نحو القانون أو التحايل عليه.

1°- إحداث تغيير إرادي في ضابط الإسناد: هذا الشرط يعبر عنه بـ العنصر المادي في عملية الغش نحو القانون.

ويكون التغيير الإرادي لضابط الإسناد بتغيير الجنسية أو الموطن أو نقل المنقول إلى موقع جديد ، وهناك من يضيف عنصر تغيير الديانة. (سلوك القضاء المصري الاعتداد بتغيير الديانة أثناء سير الدعوى أما قبل إقامة الدعوى فلا يؤخذ بتغيير الديانة كغش نحو القانون. كما أنه إذا كان التغيير إلى الإسلام فلا أثر لهذا التغيير على تطبيق القانون الواجب التطبيق).

ويشترط في هذا الشرط عدة عناصر فيجب أن يكون فعليا، كما يجب أن يكون مشروعاً. وهذا العنصر يثير مشكلة فكيف يمكن ترتيب نتائج عكسية على أعمال مشروعة، والحقيقة هنا أن الشخص يستعمل وسيلة مشروعة لتحقيق نتائج غير مشروعة.

2°- نية الغش نحو القانون:

يجب أن يكون غرض الشخص من إقدامه على تغيير ضابط الإسناد بإرادته

هو الهروب من قانون كان يجب أن يطبق عليه. ويترتب على الغش نحو القانون ضرر بمصالح مشروعة للغير. وهناك جانب فقهي يعتبر تحقق هذه النتيجة شرط ثالث. فالغش نحو القانون يتحقق بتوافر نية الإفلات من تطبيق قانون واجب التطبيق.

وتقدير مدى توافر هذه النية مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي بـ الدرجة الأولى. وهذه المهمة ليست بالسهلة ولعل هذا ما جعل جانبا من الفقه يذهب إلى إنكار أثر الغش في مجال التنازع بين القوانين.

- مدى الدفع بالغش نحو القانون:

هل الدفع باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على أساس الغش نحو القانون يُعمل به إذا كان قانون القاضي هو القانون الذي كان واجب التطبيق فقط، أم يُعمل به بغض النظر عن القانون الذي كان يجب تطبيقه؟

الفقه الحديث يذهب إلى إعمال نظرية الغش نحو القانون سواء كان المقصود هو التهرب من أحكام قانون القاضي أو قانون أجنبي.

وهذه الفكرة تستند إلى مبدأ وجوب مطاردة الغش أينما كان.

وهناك من لا يجد فرقا بين الغش نحو قانون القاضي والغش نحو

قانون أجنبي محدد، لأن التحايل على حكم القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه يتضمن تحايلا على هذه القاعدة ذاتها وعليه يعد غشا نحو القانون الوطني ذاته.