

محاضرات في القانون الدولي الخاص

الفئة المستهدفة: طلبة السنة الثالثة ل.م.د تخصص القانون الخاص

من إعداد الأستاذة: كحلولة يمينة / أستاذة محاضرة ب، جامعة محمد بن أحمد وهران 2

مقدمة عامة

أولاً- تطور القانون الدولي الخاص

ارتبط تطور القانون الدولي الخاص أساساً بالتطور الذي لحق المركز القانوني للأجنبي الذي لم تكن تعترف له المجتمعات القديمة تعترف بالشخصية القانونية حيث أنه كان مساوياً للحيوان لدى الفلاسفة اليونان القدماء، وكان قانون مانو في الهند يجيز أكل الأجنبي كالحيوان تماماً، كما أن الرومان لم يفرقوا بين الرقيق والأجنبي، حيث أن كلاهما كان قابلاً للتملك وممنوعاً من اكتساب الحقوق<sup>1</sup>.

ونتيجة لاتصال المجتمعات ببعضها البعض ظهر نظامان هما نظام الضيافة ونظام المعاهدات، ومقتضى نظام الضيافة أن يتم وضع الأجنبي الذي يدخل إقليماً غير إقليمه تحت حماية أحد المواطنين باعتباره ضيفاً عليه، أما نظام المعاهدات فمقتضاه أن كل جماعة كانت تمنح لأفراد الجماعة المجاورة حقوقاً على سبيل المعاملة بالمثل<sup>2</sup>.

وبعد ازدهار الإمبراطورية الرومانية تم إنشاء قضاء يختص بالنظر في المنازعات التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة القانونية أو كلاهما أجنبياً، ولم يكن هذا القضاء يطبق القانون الروماني الذي تخضع له العلاقات التي تجمع الرومان ببعضهم البعض، وإنما كان يطبق قانوناً يطلق عليه مصطلح قانون الشعوب، وهو قانون يتضمن قواعد خاصة مستمدة من مبادئ العدالة، دون التقيد بالشكليات المنصوص عليها في القانون الروماني، ومن أمثلة ذلك أنه إذا اتفق روماني مع أجنبي على بيع منقول، فإن هذا الاتفاق يخضع لقانون الشعوب، دون أن يخضع للشكليات المنصوص عليها في القانون الروماني، والمتمثلة في وجوب حضور خمسة شهود<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2008، ص 16.

<sup>2</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>3</sup> دليلة فركوس، تاريخ النظم القانونية، ص 188.

ومع ذلك فإن نطاق قانون الشعوب كان مقتصرًا في البداية على المعاملات التجارية لسببين يتمثل أولهما في انتشار التجارة بين الرومان والأجانب، ويكمن الثاني في وجود عادات مستقرة في النظم القانونية الأجنبية مما يتيح التوصل إلى القاعدة الموضوعية التي تحل النزاع، غير أن مجال تطبيق هذا القانون قد اتسع تدريجياً ليشمل جميع العلاقات القانونية سواء تلك المتعلقة بالأشخاص أو الأموال<sup>4</sup>.

ومهما يكن من أمر فإن التنازع الحاصل بين القانون المدني الذي يشمل مجموع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية بين الرومانيين، وقانون الشعوب الذي يتضمن القواعد التي تحكم العلاقات التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة القانونية أو كلاهما أجنبياً، هو في حقيقته تنازع بين قانونين صادرين عن نفس الدولة<sup>5</sup>.

هذا ولم يتخذ البربر في مرحلة الغزوات البربرية عن قوانينهم وكانوا يطبقونها على كل من ينتمي إليهم دوناً عن القانون الروماني مما أدى إلى ظهور مبدأ شخصية القوانين فأصبح الشخص خاضعاً للقانون الذي يحكم الجماعة التي ينتمي إليها بقطع النظر عن الإقليم الذي يوجد فيه، مما أدى إلى ظهور مسألة تنازع القوانين من جديد قبل أن تزول باندماج البربر مع الرومان وتخليهم عن قوانينهم الأصلية لصالح القانون الروماني<sup>6</sup>.

وبظهور النظام الإقطاعي في القرن العاشر تم إعمال مبدأ الإقليمية فأصبح القانون يطبق في كل إقطاعية على جميع السكان مهما كان أصلهم أو دينهم مما أدى إلى عدم تطور القانون الدولي الخاص خلال هذه الفترة.

وبعد زوال الإقطاع تركزت السلطات في يد الملك وزالت التفرقة بين الرعايا والأجانب فأصبح الجميع متساوون في الحقوق فيما عدا انتقال التركة بطريق الميراث أو الوصية التي ضل الأجانب محرومون منها.

أما الشريعة الإسلامية فنقسم المعمورة إلى قسمين هما: دار الإسلام ودار الحرب، وتشمل دار الإسلام الجزء الخاضع لسلطان المسلمين، بينما تشمل دار الحرب الجزء المتبقي الخارج عن السيادة الإسلامية<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد/ الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 19.

<sup>5</sup> حبار محمد/ القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، 2013، ص 13.

<sup>6</sup> رضا فرج، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1976، ص 126 و127.

<sup>7</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 18.

هذا التقسيم الثنائي لم يكن ليمنع غير المسلم من لإقامة في دار الإسلام، لذل ظهر ما يسمى بالذمي والمستأمن، والذمي هو كل شخص من أهل الكتاب يدخل دار الإسلام ويقيم فيها بصفة أبدية بمقتضى عقد أبدي يسمى عقد الذمة، والمستأمن هو من يدخل دار الإسلام بناء على عقد يسمى عقد الأمانة يبرم لمدة سنة قابلة للتجديد.

أما ما يميز المستأمن على الذمي أنه إذا غادر دار الإسلام بعد المدة المقررة له يبقى من حقه أن ينقل معه أمواله التي اكتسبها في دار الإسلام، وإذا توفي في دار الإسلام انتقلت تركته إلى ورثته ولو كانوا مقيمين في دار الحرب، وفي حالة عدم وجود ورثة يرثه بيت مال المسلمين، إعمالاً بالمبدأ المستقر عليه حتى الآن من أن الدولة وارث من لا وارث له<sup>8</sup>.

### ثانياً- متى تعتبر العلاقة القانونية دولية خاصة؟

تعتبر العلاقة القانونية دولية خاصة بالنظر إلى أحد المعيارين التاليين:

#### 1- المعيار الموضوعي

مقتضاه أن العلاقة القانونية تنشأ دولية خاصة منذ بدايتها لتضمنها عنصراً أجنبياً على الأقل يجعلها مرتبطة بأكثر من نظام قانوني، مما يطرح تساؤلاً هاماً يتعلق بتحديد القانون الذي يحكمها والجهة القضائية المختصة بحكمها، ومثال ذلك أن يتعلق الأمر بعقد أبرم بين تونسي وجزائري في فرنسا<sup>9</sup>.

#### 2- المعيار الشخصي

مقتضاه أن العلاقة تنشأ في بدايتها علاقة داخلية، ولكنها تتحول إلى علاقة دولية خاصة بالنظر إلى الشخص الذي يعالجها من الخارج، ومثال ذلك أن يتعلق بعقد أبرم بين فرنسيين في فرنسا، حيث أن هذه العلاقة تعتبر بالنسبة للقاضي الفرنسي علاقة داخلية، ولكنها تتحول إلى علاقة دولية خاصة إذا تم عرضها أمام قاضي دولة أخرى<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 18.

<sup>9</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 7.

<sup>10</sup> نفس المرجع والصفحة.

### ثالثا- طبيعة القانون الدولي الخاص

تطرح إشكالية البحث في طبيعة القانون الدولي الخاص تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بقانون داخلي أو دولي، وتحديد ما إذا كان هذا القانون دولي أو داخلي.

#### 1- هل القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم دولي؟

انقسم الفقه القانوني في الإجابة عن هذا التساؤل إلى قسمين، اعتبر أولهما أن القانون الدولي الخاص داخلي على أساس أن الدول تضع قواعد دون وجود لسلطة عليا تقيدها، بينما ذهب جانب فقهي آخر إلى أن القانون الدولي الخاص يهدف إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة لمختلف الدول، كما أنه يتعلق بالمنازعات التي تتعدى حدود إقليم الدولة، مما يؤدي إلى أنه قانون دولي شأنه في ذلك شأن القانون الدولي العام<sup>11</sup>.

والواقع أن القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي بالنظر إلى أن أغلب مصادره داخلية، وهو دولي بالنظر إلى موضوعه لكونه يقوم بتنظيم العلاقات القانونية التي تتجاوز حدود إقليم الدولة<sup>12</sup>.

#### 2- هل القانون الدولي الخاص قانون عام أم خاص؟

انقسم الفقه أيضا بشأن تحديد ما إذا كان القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص أو العام، حيث ذهب البعض إلى أنه فرع من فروع القانون العام استنادا إلى ارتباط كل من موضوع الجنسية ومركز الأجانب والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية بسيادة الدولة، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص، مستنديين في ذلك إلى أن قواعد تنازع القوانين تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة، كما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تجد مصدرها في القانون الداخلي وهو قانون خاص، كما أن غالبية الحقوق التي ينظمها مركز الأجانب هي حقوق خاصة، إضافة إلى أن الجنسية هي أيضا ترتبط بالقانون

<sup>11</sup> للإطلاع على مزيد من التفاصيل يراجع حبار محمد، المرجع السابق، ص 39. وأعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء

الأول، دار هومة، 2003، ص 16

<sup>12</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 40.

الخاص استنادا إلى أن الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بها هي في الغالب جهة القضاء العادي<sup>13</sup>.

والواقع أن القانون الدولي الخاص هو مزيج بين القانون العام والخاص، حيث أن الجنسية ومركز الأجانب من الناحية الإدارية تعد مواضيع مرتبطة بالقانون العام مما يجعل القانون الدولي الخاص مرتبطا بمواضيع تتعلق بممارسة الدولة لسيادتها، ومع ذلك فإن هذا القانون يهتم بالعلاقات القانونية الناشئة بين الخواص مما يجعله وثيق الصلة أيضا بالقانون الخاص<sup>14</sup>.

### رابعاً- مواضيع القانون الدولي الخاص

استقر الرأي في فرنسا وفي الأنظمة القانونية للدول التي تأثرت بالقانون الفرنسي ومنها الجزائر على أن القانون الدولي الخاص يتضمن المواضيع التالية<sup>15</sup>:

#### 1- الموضوع الأول: يتعلق بتنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

ويقصد به تحديد ما إذا كان قاضي الدولة مختصا بالنظر في النزاع المعروض أمامه، ويقوم القاضي المعني بالأمر بالبحث عن اختصاصه من عدمه تطبيقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانونه الوطني دون سواه، على أساس أن الأمر يتعلق بسير مرفق عام يخضع لمبدأ الإقليمية ويتعلق بسيادة الدولة<sup>16</sup>.

#### 2- الموضوع الثاني: يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية

ويتعلق الأمر هنا بحكم صدر في الخارج يراد تنفيذه في حدود إقليم دولة القاضي الذي يجد نفسه مطالباً بتحديد ما إذا كان هذا الحكم متوافراً على شروط التنفيذ المنصوص عليها في قانونه الوطني دون سواه على أساس أن الأمر يتعلق بسير مرفق القضاء الخاضع لمبدأ الإقليمية والمتعلق بسيادة الدولة، مع وجوب التفرقة بين الحالة التي يكون فيها الحكم صادراً عن دولة أجنبية تربطها بدولة القاضي معاهدة دولية محددة لشروط تنفيذ الأحكام الأجنبية، وفي هذا الحالة يتعين تغليب المعاهدة على أحكام القانون

<sup>13</sup> للإطلاع على مزيد من التفاصيل يراجع حبار محمد، المرجع السابق، ص 39. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 17.

<sup>14</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 40.

<sup>15</sup> نفس المرجع، ص 8.

<sup>16</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 6.

الداخلي تطبيقاً لمبدأ سمو المعاهدة، والحالة التي يصدر فيها الحكم الأجنبي عن دولة لا تربطها في هذا المجال معاهدة بدولة القاضي، حيث يتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الداخلي<sup>17</sup>.

هذا ويلحق بتنفيذ الأحكام الأجنبية موضوع تنفيذ السندات الرسمية الأجنبية وقرارات التحكيم غير الوطنية<sup>18</sup>.

### 3- الموضوع الثالث: يتعلق بتنازع القوانين

تثور إشكالية تنازع القوانين بصدد جميع العلاقات الدولية الخاصة وتتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وبناء على ذلك فإن الأمر يتعلق بإشكالية لاحقة للإشكالية المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، كما أنه لا يخلوا من أحد احتمالين:

فإما أن يكون القاضي الوطني مختص بحكم العلاقة وهنا يحكم باختصاصه ثم ينتقل إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانونه الوطني، وإما أن يكون القاضي الوطني غير مختص بحكم العلاقة، وهنا يحكم بعدم اختصاصه دون الإشارة إلى الجهة القضائية الأجنبية المختصة لما في ذلك من مساس بسيادة الدولة الأجنبية<sup>19</sup>.

### 4- الموضوع الرابع: الجنسية

استقر الفقه على أن الجنسية رابطة قانونية وسياسية يكتسب بمقتضاها الشخص حقوقاً ويكتسب بالتزامات<sup>20</sup>، وهي رابطة تكتسي في القانون الجزائري أهمية قصوى حيث تنص المادة 221 من قانون الأسرة الجزائري على أن جميع الأشخاص الطبيعيين الحاملين للجنسية الجزائرية يخضعون للشرعية الإسلامية وحدها، كما أن المادة 222 من نفس القانون تقضي بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بشأن جميع المسائل التي يسكت عن تنظيمها قانون الأسرة أو تلك التي ينظمها بشكل يكتنفه النقص أو الغموض<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> نظم المشرع الجزائري موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة 605 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>18</sup> نفس المرجع، ص 9.

<sup>19</sup> علي سليمان، المرجع السابق، ص 6.

<sup>20</sup> في تطور النظرية العامة للجنسية يراجع علي سليمان، المرجع السابق، ص 167.

<sup>21</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 10.

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 221 من قانون الأسرة الجزائري على تطبيق هذا القانون على جميع المقيمين فوق التراب الجزائري، وهو بذلك يقصد فئتين من الأجانب هما عديمي الجنسية واللاجئين السياسيين الذين انعدمت كل صلة بينهم وبين دولتهم، على عكس ما قد يظهر من أنه قصد جميع المقيمين في التراب الجزائري<sup>22</sup>.

والواقع أن موقف المشرع الجزائري يتفق في هذا الخصوص مع مضمون كل من<sup>23</sup>:

- اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بتحديد المركز القانوني لعديم الجنسية التي انضمت إليها الجزائر بالمرسوم المؤرخ في 8 جوان 1964 التي تنص في المادة 12 على إخضاع عديمي الجنسية لقانون الدولة التي يوجد فيها موطنهم أو محل إقامتهم.

- اتفاقية جنيف المؤرخة في 28-7-1951 المتعلقة بتحديد المركز القانوني للاجئين السياسيين التي انضمت إليها الجزائر في 27-2-1963 والتي تم تحديد كيفية أعمالها في الجزائر بموجب المرسوم رقم 63-274 المؤرخ في 25-7-1963 المحدد لكيفية تطبيق أحكامها.

### 5 - الموضوع الخامس: الموطن

إذا كانت الدول المصدرة للسكان تعتمد ضابط الجنسية كضابط إسناد لا سيما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بغية إبقاء مواطنيها لقانونها، دون التفرقة بين الحالة التي يتواجدون فيها داخل حدود إقليمها والحالة التي يغادرون فيها هذا الإقليم للاستقرار خارجها، فإن الدول المستوردة للسكان تفضل اعتماد ضابط الموطن أو محل الإقامة وهدفها في ذلك هو تسهيل إدماج الأجانب في المجتمع من جهة وإخضاعهم لقانونها الوطني من جهة أخرى<sup>24</sup>.

### 6- الموضوع السادس: مركز الأجانب

يتعلق الأمر في هذا الصدد بمجموع النصوص القانونية المرتبطة بمركز الأجنبي سواء كانت متعلقة بوجوده في دولة غير تلك التي يحمل جنسيتها وإقامته فيها ومغادرته لها، أو كانت مرتبطة بشروط استخدامه أو دراسته أو ممارسته للمهن التجارية والصناعية والحرفية الحرة في حدود إقليم هذه الدولة، وهو ما يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لأنه لا يمكن أن نتصور البحث عن القانون الواجب

<sup>22</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>23</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>24</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 10.

التطبيق على النزاع المعروض إلا إذا تم البحث عما إذا كان الأجنبي متمتعاً بالحق موضوع النزاع، فإذا لم يكن متمتعاً به فإن مسألة تنازع القوانين لا تطرح على الإطلاق<sup>25</sup>.

### خامساً- مصادر القانون الدولي الخاص

تنقسم مصادر القانون الدولي الخاص إلى قسمين أساسيين هما: المصادر الداخلية والمصادر الدولية، وتتمثل المصادر الداخلية في التشريع والفقهاء والقضاء، وتتمثل المصادر الدولية في المعاهدات، القضاء الدولي، العرف الدولي وقرارات هيئات التحكيم الدولية.

#### 1 - المصادر الداخلية

##### أ- التشريع

##### في مجال تنازع القوانين

نظم المشرع الجزائري أحكام تنازع القوانين في المواد 9 إلى 24 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بموجب القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

هذه النصوص تجد مصدرها في القانون المدني المصري الصادر سنة 1948<sup>26</sup>، حيث أن المشرع الجزائري لم يتأثر في هذا الصدد كما هو معتاد بالقانون الفرنسي الذي لا يتضمن سوى مادة وحيدة بخصوص تنازع القوانين هي المادة الثالثة من القانون المدني التي تتضمن ثلاث فقرات، تقضي الأولى بإخضاع كل المقيمين في فرنسا لقواعد البوليس والأمن، وتقضي الثانية بإخضاع كل العقارات الموجودة في فرنسا للقانون الفرنسي لا فرق في ذلك بين ما إذا كانت مملوكة لمواطني أو أجانب، وتنص الثالثة على إخضاع جميع الفرنسيين بخصوص حالتهم وأهليتهم للقانون الفرنسي ولو كانوا مقيمين في الخارج<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 8.

<sup>26</sup> حيار محمد، المرجع السابق، ص 18.

<sup>27</sup> تنص المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

✓ في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي

قام المشرع الجزائري بتنظيم موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي ارتأى بمقتضاها الاحتفاظ بنصي المادتين 10 و 11 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وواقع الأمر أن هذه المواد جاءت مطابقة لنصي المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي.

وتواجه المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حالة وحيدة هي الحالة المتعلقة بالمنازعات العقدية التي يكون فيها أحد أطراف الخصومة جزائريا هو المدعي في المادة 41 والمدعى عليه في المادة 42، وبالتالي فإن تفسيرهما الحرفي يعني أن القاضي الجزائري لا يكون مختصا بالنظر في المنازعات غير العقدية مطلقا وأنه حتى بالنسبة للمنازعات العقدية فإنه لا يكون مختصا ما لم يكن أحد الأطراف جزائريا.

✓ في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية

جاء قانون الإجراءات المدنية القديم متضمنا لمادة وحيدة بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية هي المادة 325 التي يسمح استقراؤها بالتوصل إلى نتيجتين، أولهما أن المشرع الجزائري سمح بتنفيذ الأحكام الأجنبية بعد التأكد من توافرها على شروط تنفيذها في التراب الجزائري، وثانيهما أنه يتعين تغليب المعاهدات المتعلقة بالموضوع والتي تكون الجزائر طرفا فيها.

غير أنه كان يؤخذ على هذه المادة أنها لم تحدد شروط التنفيذ التي يتعين على القاضي الجزائري مراقبة توافرها للسماح بتنفيذ الحكم الأجنبي، وبقي الحال على ما هو عليه إلى أن صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008 ليعيد تنظيم موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية محتقظا بمبدأ سمو المعاهدة على القانون الداخلي وموضحا لشروط التنفيذ في المواد 605 إلى 608 منه.

✓ الجنسية

قام المشرع الجزائري بتنظيم موضوع الجنسية من خلال قانونين، صدر أولهما سنة 1963 بالقانون رقم 96/63 المؤرخ في 27 مارس 1963، أما قانون الجنسية الموالي فقد صدر سنة 1970 بالقانون رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 الصادر في 27 فبراير 2005.

### ✓ مركز الأجانب

أصدر المشرع الجزائري العديد من النصوص القانونية المرتبطة بمركز الأجنبي في الجزائري، سواء كانت متعلقة بوجودهم في الجزائر وإقامتهم فيها ومغادرتهم لها، أو كانت مرتبطة بشروط استخدامهم أو دراستهم أو ممارستهم للمهن التجارية والصناعية والحرفية الحرة على التراب الجزائري<sup>28</sup>.

### ب- القضاء

يلعب القضاء دورا مهما في سد النقص التشريعي الذي يعترى مختلف مواضيع القانون الدولي الخاص لا سيما تلك المتعلقة بموضوع تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، حيث نجد أن المشرع الفرنسي تدخل لوضع قواعد إسناد عديدة، كما أنه تدخل لسد النقص التشريعي المترتب عن التفسير الحرفي للنصوص المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وهي اجتهادات اعتمدها القضاء الجزائري لمعالجة النقص الذي تعاني منه قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية<sup>29</sup>.

### ج- الفقه

يلعب الفقه في مجال القانون الدولي الخاص دورا مزدوجا من حيث كونه يقترح حولا فقهية للمواضيع المتعلقة بالقانون الدولي الخاص مما يسمح للقضاء الوطني باستخلاص الحلول المناسبة لفض المنازعات المعروضة عليه، ومن جهة أخرى يقوم الفقه بطرح مبادئ عامة انطلاقا من الحلول المعتمدة قضاء في الفصل في المنازعات المطروحة أمامه، حيث يلاحظ مثلا أن المدرسة الإيطالية القديمة وضعت الكثير من قواعد الإسناد<sup>30</sup>.

### ثانيا- المصادر الدولية

نتناول في إطار المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص كل من المعاهدات الدولية وأحكام جهات القضاء الدولي وقرارات هيئات التحكيم الدولية.

<sup>28</sup> بالنسبة للأحكام التشريعية التي تحكم مركز الأجانب في الجزائر يراجع: حبار محمد، المرجع السابق، ص 19 وما يليها.

<sup>29</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 23. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 26.

<sup>30</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 23.

### أ- المعاهدات الدولية

تلعب المعاهدات دورا مهما من حيث تنظيمها لمختلف مواضيع القانون الدولي الخاص سواء تلك المتعلقة بمنهج التنازع أو المرتبطة بمنهج القواعد المادية. وتنقسم معاهدات القانون الدولي الخاص إلى معاهدات ثنائية الأطراف ومعاهدات متعددة الأطراف، كما تقسم أيضا إلى معاهدات موحدة لقواعد التنازع ومعاهدات موحدة للقواعد الموضوعية<sup>31</sup>. وتثير المعاهدات الدولية إشكاليتين تتعلق الأولى بالتناقض بين معاهدة دولية وقانون داخلي والثانية بتفسير المعاهدات الدولية.

#### أ-1 التناقض بين معاهدة وقانون داخلي

لو فرضنا أنه وبمناسبة الفصل في موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص تبين للقاضي الوطني أن الأمر يتعلق بنزاع تحكمه معاهدة دولية تتعارض مع قانونه الداخلي، فإن سؤالا مهما يطرح نفسه، أيهما يغلب؟ هل يقوم بالفصل في النزاع استنادا لقانونه الوطني أم أنه يلتزم بتغليب أحكام المعاهدة؟ يفرق الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل بين حالتين<sup>32</sup>:

**الحالة الأولى** هي التي ينص فيها القانون الداخلي على سمو المعاهدة على القانون الداخلي وفيها يتعين على القاضي تغليب المعاهدة على القانون الداخلي دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان هذا القانون سابقا للمعاهدة أو لاحقا لها ودون التفرقة بين ما إذا كان التعارض صريحا أو ضمنيا.

**الحالة الثانية** هي الحالة التي ينص فيها المشرع الوطني على سمو المعاهدة على القانون الداخلي والتي يفرق الفقه فيها بين ما إذا كانت المعاهدة تتعارض مع تشريع داخلي سابق أو لاحق لها.

فإذا تعارضت المعاهدة مع تشريع داخلي سابق لها يتم تطبيق المعاهدة على أساس أن التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق أو استنادا إلى أن المعاهدة أكثر قوة من القانون الداخلي لكونها تتمتع بالصفة الدولية من جهة، ولأن مخالفتها تترتب عنها المسؤولية الدولية من جهة أخرى.

<sup>31</sup> لمزيد من التفاصيل فيما يتعلق الأهم المواضيع التي تعالجها معاهدات القانون الدولي الخاص يراجع علي سليمان، المرجع السابق، ص 111.

وأعراب يلقاسم، المرجع السابق، ص 28 وما يليها.

<sup>32</sup> عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص

أما إذا تعارضت المعاهدة مع تشريع داخلي لاحق فإنه يتعين التفرقة بين التعارض الضمني والتعارض الصريح، فإذا كان التعارض ضمنياً بأن كان التشريع الداخلي يتعارض مع المعاهدة الدولية تعارضاً غير مقصود فإن القاضي يقوم باستثناء مجال تطبيق المعاهدة من المجال العام لتطبيق القانون الداخلي اللاحق لها، أما إذا كان التعارض صريحاً بأن نص القانون الداخلي على أنه يتعين تطبيق أحكامه ولو كانت متعارضة مع معاهدة سارية المفعول، فإنه يتعين على القاضي تطبيق القانون الداخلي شريطة عدم وجود نص دستوري ينص على وجوب تغليب المعاهدة.

### ✓ موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 154 من الدستور الجزائري على سمو المعاهدة على القانون الداخلي وعلى هذا الأساس فإن الرأي الراجح يتمثل في أنه إذا حصل تعارض بين المعاهدة ونصوص القانون الداخلي، فإنه يجب على القاضي الجزائري تغليب أحكام المعاهدة دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كانت النصوص الداخلية المتعارضة معها سابقة لها أو لاحقة، وبين ما إذا كان التعارض صريحاً أو ضمنياً.

### أ-2 تفسير معاهدات القانون الدولي الخاص

يمكن تفسير الغموض الذي يعترى نصوص المعاهدة باعتماد التفسير الحكومي، حيث تقوم الدول الأطراف بتفسير بنود المعاهدة الغامضة، أو التفسير القضائي الذي يمكن أن يكون دولياً بتقديم طلب تفسير لجهات القضاء الدولي، أو أن يكون داخلياً، بحيث يتولى القاضي الوطني تفسير بنود المعاهدة<sup>33</sup>.

وبخصوص التفسير القضائي لجهة قيام القاضي الجزائري بتفسير نصوص المعاهدات التي تكون الجزائر طرفاً فيها، يلاحظ أن الفقه الجزائري لا يمانع من منح هذه الصلاحية للقضاء الجزائري العادي والإداري على حد سواء، على أساس أنه ليس هناك في القانون الجزائري ما يمنعه من ذلك<sup>34</sup>.

### ب- القضاء الدولي

الواقع أن القضاء الدولي يعد مصدراً غير مباشر للقانون الدولي الخاص، كما أنه مصدر تفسيري يتم اللجوء إليه على سبيل الاستئناس، ولا يمكنه أن يكون أساساً للفصل في المنازعات الدولية الخاصة في غياب نص قانوني أو معاهدة دولية، ما لم يتفق الأطراف على ذلك تطبيقاً للمادة 4/38 من القانون

<sup>33</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 31.

<sup>34</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 30.

الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تعتبر أن القضاء الدولي مجرد وسيلة تساعد على تحديد قواعد القانون الدولي شأنها في ذلك شأن الاجتهادات الفقهية<sup>35</sup>.

هذا وقد تولت كل من محكمة العدل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية الفصل في بعض القضايا المتعلقة بالجنسية ومركز الأجانب، غير أن هذه الأحكام محدودة كما ونوعاً، لأن صلاحية عرض النزاع على هذه الهيئات تقتصر على الدول التي يجوز لها وحدها تحريك النظر في المنازعات المتعلقة بمواطنيها، باستعمال أسلوب الحماية الدبلوماسية وهي نادراً ما تلجأ إلى هذه الوسيلة<sup>36</sup>.

### ج- قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة

لعب العرف الدولي قديماً دوراً كبيراً في مجال تنازع القوانين حيث أنه قام بإرساء قاعدة الإسناد القائمة على إخضاع العقار لقانون موقعه، والفعل الضار لقانون الدولة التي وقع فيها، أما مواضيع القانون الدولي الخاص الأخرى كالجنسية ومركز الأجانب فلم يكن للعرف الدولي فيها أي دور لارتباطها بسيادة الدولة<sup>37</sup>.

أما في الوقت الراهن فإن العرف فقد دوره في مجال القانون الدولي الخاص دون التفرقة في ذلك بين ما إذا تعلق الأمر بمنهج التنازع أو بمنهج القواعد المادية<sup>38</sup>.

### د- قرارات هيئات التحكيم الدولية

إذا كان الفصل في المنازعات الدولية الخاصة يدخل في دائرة اختصاص القضاء الوطني فإن هذا القضاء قد تغلّبه في حالة اتفاق الأطراف على عرض المنازعات المتعلقة بهم على هيئة من هيئات التحكيم الدولي، ويكون عن ذلك إما عن طريق شرط تحكيمي وهو بند صريح يدرج في العقد يتفق بموجبه الأطراف على عرض نزاعاتهم المستقبلية المتعلقة بالعقد المبرم بينهم أمام هيئة تحكيمية، أو عن طريق اتفاق التحكيم وهو اتفاق لاحق لحصول النزاع.

<sup>35</sup> نفس المرجع، ص 34.

<sup>36</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 15.

<sup>37</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 52.

<sup>38</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 14. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 27، وحباب محمد، المرجع السابق، ص 14.

وتتمثل أسباب تفضيل أطراف النزاع للتحكيم في أنه يتميز بسرعة الفصل في النزاع، وتخصص المحكمين، وسرية التحكيم، إلى جانب لجوء المحكمين إلى أعمال ما يطلق عليه بقانون التجار المكون من عادات وأعراف التجارة الدولية<sup>39</sup>.

### المحور الأول: الأسس العامة لمنهج التنازع

#### تمهيد

لا تثور مشكلة تنازع القوانين في الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية داخلية، حيث أن الأمر إذا تعلق بنزاع حول عقد أبرم في الجزائر بين جزائريين وكان محله عقارا يقع في الجزائر فإن القاضي الجزائري سيقوم مباشرة بإخضاع العلاقة القانونية للقانون الجزائري.

غير أن العلاقة الدولية الخاصة تثير إشكالا يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، لا فرق في ذلك بين ما إذا كانت علاقة دولية خاصة بالنظر إلى المعيار الشخصي أو الموضوعي.

فإذا تعلق الأمر بدعوى رفعها مغربي على زوجته الفرنسية أمام القضاء الجزائري طالبا الحكم له بفك العلاقة الزوجية، نكون بصدد علاقة دولية خاصة مرتبطة بأكثر من نظام قانوني ويتعين على القاضي الجزائري أن يحدد أي هذه القوانين تحكم دعوى الطلاق.

كما أنه إذا تعلق الأمر بتنفيذ أحد الالتزامات العقدية المترتبة عن عقد بيع أبرم بين جزائريين محله مال موجود في تونس، فإن هذه العلاقة تعتبر أيضا دولية خاصة مرتبطة بأكثر من نظام قانوني والمطلوب من القاضي الجزائري المعروف أمامه النزاع تحديد أي هذه القوانين تخضع لها الدعوى.

وحل هذا الإشكال يتم بالرجوع إلى قواعد قانونية من وضع المشرع في دولة القاضي المطلوب منه الفصل في النزاع، ويسمى البعض بقواعد التنازع استنادا إلى أنها تحل التنازع الناشئ بين القوانين المرتبطة بالعلاقة القانونية، بينما يطلق عليها البعض الآخر مصطلح قواعد الإسناد استنادا إلى أنه لا يوجد قوانين تتنازع فيما بينها، وأن الأمر يتعلق فقط بإسناد حكم العلاقة القانونية لقانون من بين القوانين التي ترتبط بها.

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذه القواعد تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان وهي الواردة في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني، كما أن هناك قواعد إسناد منصوص عليها في قوانين متفرقة، غير أن هذا السداسي سيقصر حصرا على تحليل القواعد المنصوص عليها في القانون المدني.

<sup>39</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 35.

### أولاً- خصائص قواعد الإسناد

تتميز قواعد الإسناد بأنها قواعد غير مباشرة ومزدوجة حسب الأصل كما أنها قواعد محايدة.

#### 1- قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة

لأنها لا تنطبق على النزاع مباشرة وإنما تحدد فقط القانون الواجب التطبيق على النزاع المتضمن لعنصر أجنبي، ومثال ذلك أن المشرع الجزائري يقوم بإخضاع الميراث لقانون جنسية الهالك وقت الوفاة في المادة 16 من القانون المدني، وهي قاعدة قانونية لا تمدنا بالأحكام الموضوعية الكفيلة بحل النزاع وإنما تكتفي فقط بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية<sup>40</sup>.

إذن قاعدة الإسناد تقوم فقط بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وهو في الغالب القانون الأكثر صلة بالمركز القانوني المطروح من وجهة نظر المشرع الوطني بصرف النظر عن مضمون هذا القانون أو النتائج التي قد تترتب عن إعماله.

#### 2- قواعد الإسناد مزدوجة حسب الأصل

لأن تطبيقها قد يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع، كما قد يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي.

ومع ذلك فإن هناك قواعد إسناد أحادية يترتب على تطبيقها إخضاع العلاقة القانونية للقانون الوطني تحديداً<sup>41</sup>.

فمثلاً نجد أن المشرع الجزائري ينص في المادة 2/12 من القانون المدني على أن انحلال الزواج يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فهذه المادة هي قاعدة إسناد مزدوجة قد يؤدي تطبيقها إلى إخضاع انحلال الزواج لقانون أجنبي إذا كان الزوج أجنبياً وقت رفع الدعوى، كما قد يؤدي إلى إخضاعها للقانون الجزائري إذا كان الزوج جزائرياً وقت رفع الدعوى.

<sup>40</sup> عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، 2015، ص 79.

<sup>41</sup> حيار محمد، المرجع السابق، ص 62.

غير أن المادة 13 من نفس القانون تنص على أنه متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج، فإن دعوى انحلال الزواج تخضع للقانون الجزائري وحده، والأمر يتعلق هنا بقواعد إسناد أحادية يترتب على تطبيقها أعمال القانون الجزائري وحده.

### 3- قواعد الإسناد محايدة

يصف الفقه التقليدي قواعد الإسناد بكونها قواعد محايدة أو قواعد عمياء، يهدف المشرع الوطني من خلالها إلى تحقيق عدالة شكلية تتمثل في إسناد حكم العلاقة بطريقة آلية إلى أكثر القوانين ارتباطاً بها بالنظر إلى السياسة التشريعية دون أن يكون عالماً بمضمون هذا القانون<sup>42</sup>.

ومع ذلك فإن هناك قواعد إسناد تتخطى الطابع المحايد وفق ما ذهب إليه الفقه الحديث الذي يرى أن هناك قواعد تنازع تتعدد فيها ضوابط الإسناد بشكل يربط فيها المشرع حكم العلاقة القانونية بأكثر من قانون، وهو ما رآه الفقه المصري بمناسبة تحليل المادة 20 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 19 من القانون المدني الجزائري من أن شكل التصرفات القانونية تخضع لقانون محل الإبرام أو القانون الذي يحكم موضوع التصرف أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون جنسيتها المشتركة<sup>43</sup>.

لقد أخضع كلا من المشرع المصري والجزائري شكل العقود في هاتين المادتين لأي من القوانين المذكورة، وذهب الفقه المصري إلى أنه يكفي للحكم بصحة التصرف أن يكون التصرف صحيحاً وفقاً للأحكام الموضوعية المنصوص عليها في أي منها ولا يهم في ذلك أن يكون باطلاً تطبيقاً للقوانين الأخرى المذكورة في نص المادة<sup>44</sup>.

وبالتالي فإن أعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات القانونية تتطلب من القاضي الكشف عن مضمون كل القوانين التي تختص بحكمها قبل تطبيقها بهدف تحديد أي قانون منها يؤدي به إلى الحكم بصحة التصرف من الناحية الشكلية واستبعاد القوانين التي تؤدي إلى الحكم بالبطلان، مما يؤدي إلى تخطي هذه القاعدة صفة الحياد التي تتميز بها قواعد الإسناد.

<sup>42</sup> هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، 1999، ص 10.

<sup>43</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>44</sup> زمزم، المرجع السابق، ص 75.

ويسمي الفقه هذا النوع من قواعد الإسناد بقواعد الإسناد المادية لكونها غير حيادية كما هو الشأن بالنسبة لقواعد الإسناد التقليدية من حيث كونها لا تكفي بتحقيق العدالة الشكلية واختيار القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية وإنما تهدف إلى تحقيق العدالة المادية وفق تصور المشرع الوطني<sup>45</sup>.

### ثانيا- العناصر المكونة لقواعد الإسناد

تتكون قاعدة الإسناد من فكرة مسندة وضابط إسناد<sup>46</sup>.

#### 1- الفكرة المسندة

نعلم أن العلاقات القانونية لا متناهية وهي بذلك غير قابلة للحصر لذلك فإن قواعد الإسناد تقوم بجمع العلاقات القانونية المتشابهة في السبب أو النتيجة ضمن فكرة مسندة يضع لها المشرع قانونا يحكمها<sup>47</sup>.

ومثال ذلك أن المشرع الجزائري جمع جميع طرق فك الرابطة الزوجية من طلاق بالإرادة المنفردة للزوج وتطبيق للضرر وطلاق بالتراضي وخلع ضمن فكرة مسندة سماها انحلال الزواج وأخضعها جميعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بموجب المادة 2/12 من القانون المدني، كما أنه جمع جميع الالتزامات غير التعاقدية في فكرة واحدة وأخضعها لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام في المادة 20 من القانون المدني.

#### 2- ضابط الإسناد

هو المؤشر المحدد للقانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية موضوع النزاع أو نقطة الارتكاز التي يعتمد عليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>48</sup>.

ومثال ذلك أن المشرع الجزائري ينص على أن الميراث يخضع لقانون جنسية الهالك وقت الوفاة ومعنى ذلك أن ضابط الإسناد بالنسبة لمنازعات الميراث هو قانون جنسية المورث لحظة وفاته.

<sup>45</sup> هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 11.

<sup>46</sup> وهناك من يضيف على هذين العنصرين عنصر ثالث هو القانون الواجب التطبيق، يراجع في ذلك عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 165.

<sup>47</sup> حيار محمد، المرجع السابق، ص 49.

<sup>48</sup> هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص 5.

ثالثا- التطور التاريخي لتنازع القوانين

1- تنازع القوانين في العصور الوسطى

تمتد هذه الفترة من أواخر القرن الثالث عشر إلى القرن الثامن عشر، وقد ثارت خلالها مشكلة تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في مدن إيطاليا نظرا لازدهار التجارة فيها، حيث ظهر إشكال هام يتعلق بتحديد كيفية حل المنازعات القائمة بين أشخاص ينتمون إلى أكثر من مدينة، بحيث تمثل كل واحدة منها وحدة تشريعية مستقلة، بشكل لا يوجد فيه قواعد موضوعية مشتركة كذلك التي تضمنها قانون الشعوب الذي كان يحكم العلاقات التي يتخللها عنصر أجنبي على الأقل في ظل الإمبراطورية الرومانية<sup>49</sup>.

وخلال هذه الفترة ظهرت ثلاث مدارس أساسية هي المدرسة الإيطالية القديمة، والمدرسة الفرنسية القديمة، والمدرسة الهولندية، والتي نتطرق لها إتباعا فيما يلي:

أ- المدرسة الإيطالية القديمة

سميت هذه المدرسة بمدرسة الحواشي نسبة إلى طريقة فقهاءها في حل إشكالية تنازع القوانين بالتعليق على القانون الروماني بحواشي مختصرة<sup>50</sup>، وقد عرفت هذه المدرسة نوعين من الفقهاء مما أدى إلى ظهور مدرستين فقهيتين: هما مدرسة الفقهاء المحشين، ومدرسة الفقهاء المحشين اللاحقين.

1-أ مدرسة الفقهاء المحشين

يرجع التراث المكتوب لهؤلاء الفقهاء إلى أواخر القرن الثاني عشر وأوائل القرن الثالث عشر، وقد كان دورهم يقتصر على وضع حواشي على نصوص القانون الروماني لأجل إيجاد حل لتنازع القوانين، حيث تساءل أكورس مثلا في تعليقه على الشكل الواجب لصحة وصية شخص بولوني يقطن في مودان، هل أن هذه الوصية تخضع من الناحية الشكل للقانون البولوني أو لقانون مودان باعتباره قانون البلد الذي أبرمت فيه الوصية.

49 لمزيد من التفاصيل يراجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 12.

50 حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص 36.

وكان جوابه متمثلاً في إخضاع شكل الوصية لقانون محل إبرامها على أساس أن هذا القانون يمنح الأفراد اليقين بقدرتهم على إبرام تصرفات قانونية صحيحة في جميع البلدان، وبذلك يكون هؤلاء الفقهاء قد أخضعوا شكل التصرفات القانونية لقانون محل الإبرام<sup>51</sup>.

### أ-2 - مدرسة الفقهاء المحشين اللاحقين

لم يقتصر دور فقهاء هذه المدرسة على وضع حواشي على نصوص القانون الروماني ولكنهم أخذوا على عاتقهم شرح هذه النصوص مما أدى إلى وضع جملة من قواعد التنازع بين المدن الإيطالية، وقد كان Bartel من أبرز فقهاء هذه الفترة التي كانت من أبرز مراكز البحث العلمي<sup>52</sup>. هذا وتتمثل قواعد الإسناد التي تمت صياغتها في هذه الفترة فيما يلي:

#### ✓ التفرقة بين موضوع الدعوى وإجراءاتها

حيث يتم إخضاع موضوع الدعوى إما للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي تبعاً لما تتضمنه قاعدة الإسناد، وإخضاع إجراءات الدعوى لقانون الدولة التي رفع أمام قضائها النزاع.

#### ✓ إخضاع شكل العقد وموضوعه لقانون محل الإبرام عموماً

غير أنهم فرقوا بشأن موضوع العقد بين كل من إثبات العقد وأثاره وتنفيذه، حيث أنهم أخضعوا تنفيذ العقد لقانون محل التنفيذ أو قانون القاضي، بينما قسموا المسائل المتعلقة بإثبات العقد إلى ما كان مرتبطاً بقوة الدليل وأخضعوه لقانون محل إبرام العقد، وما كان متعلقاً بإجراءات تقديم الدليل التي جعلوها خاضعة لقانون القاضي، أما آثار العقد المتمثلة أساساً في تحديد حقوق المتعاقدين والتزاماتهم، فقد قسموها إلى آثار مباشرة وأخرى غير مباشرة، حيث أخضعوا الآثار المباشرة المترتبة عن العقد كالوفاء لقانون محل الإبرام، أما الآثار غير المباشرة المترتبة عن الإهمال أو على إعدار المدين لعدم الوفاء الناشئ عن الإهمال فقد أخضعوها لقانون القاضي المعروف أمامه النزاع<sup>53</sup>.

#### ✓ التفرقة بين الأحوال الشخصية والأموال

51 حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 37.

52 عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 20.

53 عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 25.

حيث أخضعوا الأحوال الشخصية لقانون الأصل أي لقانون المدينة التي ينتمي إليها الشخص، بينما أخضعوا الأموال لقانون موقعها<sup>54</sup>.

### ✓ التفرقة بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة

هم أول من فرقوا بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة حيث قرروا أن القاضي يطبق الأحوال المستحسنة ويمتنع عن تطبيق الأحوال المستهجنة، وهو ما يشكل نواة لفكرة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي في العصر الحديث<sup>55</sup>.

### ب- المدرسة الفرنسية القديمة

برز في القرن 16 كل من الفقيه دومولان ودارجونتريه

### ✓ دومولان

كان محاميا ببرلمان باريس وأستاذا للقانون وهو أول من تعرض لفكرة التكييف بمناسبة بحثه في المشاركات المالية المتعلقة بعقد الزواج، كما أنه أخذ بموقف المدرسة الإيطالية فيما يتعلق بإخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها، وفيما يتعلق بالتفرقة بين الأحوال المستحسنة والمستهجنة أيضا، إضافة إلى أنه صاحب الفضل في إسناد العقود لقانون الإرادة الذي ازدهر بعد ذلك<sup>56</sup>.

### ✓ دارجونتريه

كان مؤرخا ومشرعا وفقهيا وقاضيا في مقاطعة بريتانيا التي كانت مستقلة ثم انضمت إلى المملكة الفرنسية في عهد فرانسوا الأول دون رغبة من سكانها، ونظرا لكون دارجونتريه كان متحمسا لاستقلال موطنه فقد قام منهجه على مبدأ الإقليمية مناديا بضرورة تطبيقه وحده في إقليم مقاطعته، غير أن هذا المبدأ أخذ عنده مفهوم أوسع مقارنة بالمفهوم الذي كان معتمدا في العهد الإقطاعي الذي كان لا يسمح فيه بتطبيق أي عرف أو قانون أجنبي داخل الإقليم، حيث أنه كان يرى اعتماد مبدأ الإقليمية كأصل عام مع جواز قبول تطبيق القانون الأجنبي على سبيل الاستثناء<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 26. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 49.

<sup>55</sup> حبار محمد/ المرجع السابق، ص 53.

<sup>56</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 50.

<sup>57</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 29.

هذا وقد أبرز دارجرتريه تقسيم الأحوال إلى أحوال عينية وأحوال شخصية وجعل الأحوال الشخصية خاضعة لقانون الموطن دون قانون الجنسية لأنه كان متعصبا لمبدأ الإقليمية وقانون الموطن إقليمي بينما قانون الجنسية شخصي، ثم تبين له وجود أحوال لا يمكن اعتبارها لا شخصية ولا عينية، سماها أحوالا مختلطة وضرب لها مثلا يتعلق بالحالة التي تمنع فيها الزوجة بالإيضاء بالعقار لزوجها معتبرا أن هذه الحالة ترتبط بالأشخاص والأموال معا وبالتالي فهي حالة مختلطة، ألحقها لاحقا بالأحوال العينية وقام بإخضاعها لقانون موقع المال<sup>58</sup>.

### ج- المدرسة الهولندية

كان لها الفضل في التعرض لتنازع القوانين على المستوى الدولي حيث أنها أسست لتطبيق القانون الأجنبي بالقول أن قانون دولة معينة يمكن أن يطبق خارج حدود إقليمها على سبيل المجاملة، ومعنى ذلك القاضي الوطني لا يلزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، وإنه إن قام بذلك فإنه يقوم به على سبيل المجاملة الدولية<sup>59</sup>.

وقد تعرض منطق هذه المدرسة للنقد انطلاقا من كونها تجعل تطبيق القانون الأجنبي خاضعا لهوى القاضي، فقام أنصارها بشرح مفهوم المجاملة لديهم من حيث كونها لا تخضع لتطبيق القانون الأجنبي لإرادة القاضي الوطني وإنما لمقتضيات الملائمة والضرورة الواقعية<sup>60</sup>، حيث أن القاضي الوطني يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي متى كان متعلقا بمسألة تهم المجموعة الدولية<sup>61</sup>.

ومع ذلك فإن تحديد ما إذا كان الأمر متعلقا بمصلحة عامة تهم المجموعة الدولية أو بمصلحة خاصة ترتبط بشؤون دولة القاضي المعروض أمامه النزاع، سيبقى في النهاية خاضعا لسلطة القاضي التقديرية الذي قد يلجأ إلى تطبيق قانونه الوطني بدعوى عدم ارتباط الموضوع بالمصلحة الدولية خصوصا وأنه يكون في الغالب ملما بقانونه الوطني مقارنة بالقانون الأجنبي<sup>62</sup>.

58 هشام علي صادق وحفيظة السيد، المرجع السابق، ص 38 و39. و أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 52 و53.

59 أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 54.

60 عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 38.

61 حيار محمد، المرجع السابق، ص 56.

62 حيار محمد، المرجع السابق، ص 57.

2- تنازع القوانين في العصر الحديث

تمتد هذه الفترة من نهاية القرن 18 إلى وقتنا هذا وقد ظهر فيها عدة فقهاء يمكن اعتبارهم رواد العصر الحديث وتقسيمهم إلى ثلاث اتجاهات يقوم أولهما على تبني مبدأ العالمية بينما يناهز ثانيهما بضرورة تغليب المصالح الوطنية ويتخذ ثالثهما موقفا وسطا قائما على ضرورة التوفيق بين المصالح الوطنية والدولية.

أ- الاتجاه القائم على مبدأ العالمية

يتمثل أساس هذا الاتجاه في أن المطلوب من الدول عدم السعي إلى تحقيق المصالح الوطنية دون مراعاة المصالح الدولية عند وضعها لقواعد الإسناد، وقد نادى به العديد من الفقهاء أبرزهم الفقيهين: سافيني وماتشيني اللذين نتعرض لنظريتهما اتباعا.

أ-1 نظرية الفقيه سافيني

نشر آراءه في تنازع القوانين في الجزء الثامن من شرحه للقانون الروماني سنة 1849، ويقوم مذهبه على أن الدول الأوروبية مجموعة واحدة يربط بينهما كل من رابط المسيحية والقانون الروماني، مما يترتب عنه قابلية خضوعها لنفس القانون، بأن يكون القانون المطبق في أي منها قابلا للتطبيق في الدول الأخرى<sup>63</sup>.

ومن أهم ما توصل إليه أنه اعتمد تقسيمات القانون الروماني للأشخاص والأموال والعقود والوقائع، ذاهبا إلى أن قانون المقر هو أنسب القوانين لحكم الأشخاص والعلاقات القانونية والأموال على حد سواء<sup>64</sup>.

ومن أجل تحديد المقر ارتأى وجوب الاستناد على الاختصاص القضائي العادي حيث أنه إذا ثبت الاختصاص لمحكمة معينة فإن قانون هذه المحكمة يكون مختصا بحكم العلاقة القانونية، كما أنه ذهب إلى

<sup>63</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 32.

<sup>64</sup> نفس المرجع والصفحة.

وجوب تحديد مقر الشخص أو المال أو العلاقة القانونية بالنظر إلى رغبة ذوي الشأن وهو ما أطلق عليه مصطلح الخضوع الاختياري<sup>65</sup>.

وتطبيقا لذلك فإن إسناد حكم العلاقة لقانون المقر تمت ترجمته عمليا بإخضاع الأشخاص لقانون الموطن، وإخضاع الأموال لقانون الدولة التي توجد فيها، وكان مقر الأفعال الضارة والنافعة يتحدد بالمكان الذي وقعت فيه، أما الالتزامات العقدية فكانت تخضع لقانون محل تنفيذها على اعتبار وجود قرينة قانونية مفادها رغبة المتعاقدين في أن يكون مقر العقد المبرم بينهما متمثلا في محل تنفيذه<sup>66</sup>.

هذا وتتمثل أهم الانتقادات الموجهة للفقهاء سافيني في أن هناك صعوبة في تركيز العلاقات القانونية كما أن افتراضه بأن إرادة أطراف العلاقة القانونية قد اتجهت إلى تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد فيه قدر من التجاوز لأن هذه الإرادة قد تتجه إلى تطبيق قانون آخر<sup>67</sup>.

### أ-2- نظرية الفقيه مانثيني

زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة كان أستاذا بجامعة توريس استهل محاضراته فيها سنة 1851 بقوله إن الجنسية هي أساس القانون الدولي الخاص والعام، كان مذهبه متأثرا بالظروف السياسية التي كانت تمر بها إيطاليا التي كانت تسعى إلى تحقيق الوحدة والاستقلال عن الإمبراطورية النمساوية، وقد كان مقتنعا بأن القوانين توضع للأشخاص وليس للأقاليم مما أدى به إلى تبني مبدأ شخصية القوانين إلى حد المغالاة<sup>68</sup>.

هذا وتتمثل أهم الانتقادات الموجهة للفقهاء مانثيني في أنه وضع استثناءات عديدة لمبدأ الشخصية حتى قيل أن هذه الاستثناءات فاقت الأصل الذي لم يبق فيه سوى القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية، كما أنه جعل الدولة هي الأمة قائلا أن الرعايا هم الذين يكونون الدول ولم يعط أهمية للإقليم مع أن المسلم به في القانون الدولي العام هو أن الإقليم هو أهم ركن من أركان الدولة، وأن مصطلح الدولة يختلف عن مفهوم الأمة<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 49.

<sup>66</sup> هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 42 و 43.

<sup>67</sup> لمزيد من التفاصيل فيما يتعلق بتقدير فقه سافيني، يراجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 52. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 62.

<sup>68</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 53. و هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 24 و 25.

<sup>69</sup> لمزيد من التفاصيل في تقدير فقه مانثيني يراجع، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 55.

ب - الاتجاه القائم على النزعة الوطنية

يقوم هذا الاتجاه على أن مشرع كل دولة حر في وضع قواعد الإسناد التي يريدها وأن هدفه يجب أن يكون متمثلاً في تحقيق المصالح الوطنية لدولته دون غيرها، وقد تزعم هذا الاتجاه العديد من الفقهاء الفرنسيين على رأسهم كل من الفقيه نبواييه والفقيه بارتان.

ب-1- نظرية الفقيه نبواييه

يقوم فقه نبواييه على مبدأ الإقليمية حيث يرى أن قواعد الإسناد الفرنسية هدفها الأساس هو حماية المصالح الفرنسية، ومن ثم فقد ذهب إلى وجوب إخضاع جميع الأجانب المقيمين في فرنسا فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية لقانون الموطن وليس لقانون الجنسية على أساس أن إخضاعهم لقانون الجنسية من شأنه أن يؤدي إلى المد من مجال تطبيق القوانين الأجنبية على حساب القانون الفرنسي، في حين أن تطبيق قانون الموطن يرتب نتيجة عكسية كما أنه يسمح بإدماج الأجانب في المجتمع الفرنسي<sup>70</sup>.

ب-2- نظرية الفقيه بارتان

يعتمد بارتان في حله لمشكلة تنازع القوانين على القانون الداخلي على أساس أن القانون الدولي الخاص هو انعكاس للقانون الداخلي على الصعيد الدولي، وبناء على ذلك فإنه يجب إخضاع تحليل العلاقات القانونية للقانون الداخلي ضمن ما أطلق عليه نظرية بارتان في التكييف وهي نظرية سنتطرق لها بمناسبة التطرق للإشكاليات التي يثيرها تفسير قواعد الإسناد<sup>71</sup>.

ج - الاتجاه القائم على التوفيق بين المصالح الوطنية والدولية

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي Batiffol الذي نادى بضرورة التنسيق بين الأنظمة القانونية الوطنية والمعطيات الدولية، فهو يعترف بأن كل مشرع حر في وضع قواعد الإسناد التي يريدها، ولكنه يتمسك بأن هذه القواعد تهدف إلى تحديد القانون المختص بحكم المنازعات المرتبط بالعلاقات القانونية

<sup>70</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 64 و65.

<sup>71</sup> أعراب بلقاسم/ المرجع السابق، ص 65.

الخاصة التي تنشأ في المجال الدولي مما يعني ضرورة التنسيق بين الأنظمة القانونية السائدة في مختلف الدول قصد سن قواعد إسناد موحدة<sup>72</sup>.

### رابعاً- تفسير قاعدة الإسناد:

يثير تفسير قاعدة الإسناد عدة إشكالات قانونية هي:

#### الإشكالية الأولى: التكيف

#### الإشكالية الثانية: الإحالة

#### الإشكالية الثالثة: الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع

### مثال جامع للإشكاليات الثلاث

تنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري على أن الالتزامات غير التعاقدية تخضع لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام.

من أجل تطبيق هذه المادة يتعين على القاضي الجزائري تحديد مضمون الفكرة المسندة وهي الالتزامات غير التعاقدية، ومعنى ذلك بداهة أنه يقع على عاتقه البحث فيما إذا كان النزاع المطروح عيه يدخل ضمن الالتزامات غير التعاقدية، وتعد هذه العملية مسألة أولية يلزم القاضي بالقيام بها حتى يتمكن من معرفة القانون الواجب التطبيق، وتسمى قانوناً بالتكيف.

وبعد أن يقوم القاضي الوطني بتكييف العلاقة القانونية فإنه سيقوم بالتالي بإدراجها ضمن فكرة مسندة تؤدي به إلى تطبيق قانون معين قد يكون وطنياً أو أجنبياً، تبعاً لما إذا كانت قاعدة الإسناد أحادية أو مزدوجة، وتبعاً لما إذا كانت قاعدة الإسناد المزدوجة قد أشارت إلى تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي.

فلو فرضنا أن قاعدة الإسناد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي فإن سؤالاً آخر يطرح نفسه، يتمثل فيما إذا كان يتعين على القاضي الجزائري الاكتفاء بتطبيق القواعد الموضوعية المنصوص عليها في القانون الأجنبي أم أنه يتعين عليه مراعاة قواعد الإسناد الواردة به، والإجابة عن هذا السؤال يتطلب تحديد موقف دولة القاضي من نظرية الإحالة.

<sup>72</sup> حيار محمد، المرجع السابق، ص 61.

وأخيرا فإن قاعدة الإسناد قد تشير إلى تطبيق قانون دولة أجنبية بسيطة، وهنا لا يثور أي إشكال، أما إذا أشارت إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تتعدد فيها التشريعات، كما لو أشارت إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تعرف تعددا إقليميا أو طائفيا فإن الأمر يتطلب إسناد حكم العلاقة لأحد التشريعات المعمول بها في هذه الدول.

### 1- التكيف

#### أ- تعريف التكيف وأهميته

تثور إشكالية تكيف العلاقات القانونية في جميع فروع القانون، ففي القانون المدني يتعين على القاضي مثلا تكيف العلاقات التعاقدية بالبحث فيما إذا كان الأمر متعلقا بعقد هبة أو بيع أو عارية، وفي القانون الجنائي يتعين على القاضي الجزائي تكيف الواقعة باعتبارها سرقة أو اختلاس أو خيانة أمانة<sup>73</sup>.

هذه الإشكالية تثار أيضا في إطار القانون الدولي الخاص، ولكن هدفها هذه المرة يتمثل في إعطاء وصف للعلاقة القانونية من أجل إدراجها ضمن فكرة مسندة وإخضاعها لضابط إسناد معين، بشكل يؤدي إلى تحديد القانون الذي يحكمها<sup>74</sup>.

وبناء على ذلك فإن العلاقات الدولية الخاصة لا تثير فقط تنازعا بين قوانين الدول حول القانون الذي يتعين أن يخضع له موضوع النزاع، وإنما تثير أيضا تنازعا بين هذه القوانين حول القانون الذي يتعين أن يتحدد بمقتضاه الوصف القانوني لموضوع النزاع والذي يتم على أساسه إدراج العلاقة القانونية ضمن طائفة قانونية خصها المشرع بقاعدة إسناد<sup>75</sup>.

#### ب- التأصيل القضائي لنظرية التكيف في القانون الدولي الخاص

<sup>73</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، 2003، ص 46. وأعراب بلقاسم/ المرجع السابق، ص 75.

<sup>74</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 114. وحبار محمد، المرجع السابق، ص 69.

<sup>75</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، دار النهضة العربية، 1992، ص 97.

ظهرت نظرية التكييف بمناسبة قضيتين شهيرتين تم عرض وقائعهما على القضاء الفرنسي هما قضية حصة الزوج المحتاج<sup>76</sup> وقضية وصية الهولندي، وهما قضيتان يتبين من خلالهما أن الاختلاف في التكييف يؤدي إلى اختلاف في القانون الواجب التطبيق، ويؤدي بالتالي إلى اختلاف الحكم الصادر.

### ب-1 - قضية حصة الزوج المحتاج

تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين من أصل مالطي اتخذوا من مالطا أول موطن مشترك لهما بعد الزواج، وبعد ذلك انتقلا إلى الجزائر أين توفي الزوج بعد أن اكتسب عقارات بها.

وبعد وفاته رفعت أرملته دعوى أمام القضاء الجزائري تطلب تمتيعها بنظام حصة الزوج المحتاج المعمول به في إطار القانون الأنجلومالطي والتي مقتضاها يتعين إفادة الزوج الفقير بربع التركة العقارية للزوج المتوفى.

كان على القاضي الفرنسي تكييف موضوع طلب الزوجة وكان أمامه أحد احتمالين، فهو إما أنه يعتبر نظام حصة الزوج المحتاج بمثابة الميراث وإما أن يعتبره من قبيل النظام المالي.

فإذا تم تكييفه على أنه ميراث، نجد أن المشرع الفرنسي يفرق بين الميراث في المنقول والميراث في العقار، حيث أن الميراث في المنقول يخضع لقانون آخر موطن للمتوفى، بينما يخضع الميراث في العقار لقانون موقعه.

أما إذا اعتبره بمثابة نظام مالي، فإن القانون الفرنسي يفرق بين ما إذا كان الزوجان قد اتفقا على إخضاع نظامهما المالي لقانون معين وبين ما إذا كان لم يتفقا على ذلك، حيث أنه يتم إخضاع النظام المالي في الحالة الأولى للقانون الاتفاقي وفي الحالة الثانية لقانون أول موطن مشترك لهما بعد الزواج.

ومعنى ذلك أن القاضي الفرنسي كان بإمكانه الاختيار بين الحلين التاليين:

**الحل الأول** اعتبار حصة الزوج المحتاج بمثابة الميراث، وحينئذ يلجأ لتطبيق قانون موقع العقار، على أساس أن الزوج خلف عقارات، ومعنى ذلك تطبيق القانون الفرنسي لوجود العقارات بها، والنتيجة هي رفض طلب الزوجة لأن القانون الفرنسي لا يعترف بنظام حصة الزوج المحتاج<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Arrêt BARTHOLO, Cour d'Appel d'Alger, 24 Décembre 1889, Clunet 1889, p 1171.

<sup>77</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 70.

**الحل الثاني** اعتبار حصة الزوج المحتاج بمثابة النظام المالي، وحينئذ يلجأ لتطبيق قانون المالطي باعتباره قانون أول موطن مشترك للزوجين على أساس أنهما لم يتفقا على إخضاع نظامهما المالي لقانون معين، ومعنى ذلك الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في تمتيعها بحصة الزوج المحتاج<sup>78</sup>.

وقد انتهت محكمة استئناف الجزائر إلى تبني الحل الأول، حيث إنها كيفت طلب الزوجة وفق المفاهيم السائدة في القانون الفرنسي، فكانت النتيجة أن أدرجت هذا الطلب ضمن قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث في العقار، وأخضعت بالتالي لقانون موقع العقار الذي يتحدد في هذه القضية بالقانون الفرنسي، وطالما أن القانون الفرنسي يجهل نظام حصة الزوج المحتاج، فقد انتهت المحكمة إلى رفض طلب المدعية<sup>79</sup>.

### ب-2- قضية وصية الهولندي

أبرم هولندي وصية عرفية لمصلحة شخص معين في فرنسا تطبيقاً للقانون الفرنسي الذي يعترف بالوصية الخطية بالمخالفة مع القانون الهولندي الذي لا يعترف إلا بالوصية الموثقة.

بعد وفاة هذا الهولندي في فرنسا ثار نزاع بين الموصى له وورثة الموصي، حيث ذهب الموصى له إلى أن الأمر يتعلق بطريقة كتابة الوصية أي بشكلها، والشكل يخضع لقانون محل الإبرام الذي يتحدد بالقانون الفرنسي الذي لا يشترط توثيق الوصية ويؤدي بالتالي إلى الحكم بصحتها.

<sup>78</sup> يقول بارتان في هذا الصدد:

« Il est malheureusement fort loin d'en être ainsi. La loi Maltaise peut très bien rattacher cette prétention au régime des biens entre époux, tandis que la loi Française estime qu'elle se rattache au dévolution héréditaire du patrimoine du conjoint prédécédé. Dans ces conditions il faudrait d'abord choisir entre les questions différentes de ces deux lois. Quand ce choix sera fait, alors on pourra choisir entre les lois différentes auxquelles on peut songer pour reconnaître ou nier le bien fondé de cette prétention, en tout cas pour en fixer les limites et l'étendue. Ce n'est pas une seule question de conflit que nous avons à résoudre : il y'en a deux très différentes, et la solution de la seconde dépend de celle de la première. Quelle est donc la loi à laquelle nous devons nous rattacher pour donner à cette prétention du conjoint survivant la qualification qu'elle mérite ? Et pour réduire à la concision d'un formule abstraite la difficulté que je viens de dégager, quelle est en droit international privé, la loi qui fournit la qualification des droits ? »: Bartin, de l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *clunet*, 1897, page 228 et suite : [http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/Bartin-De\\_l%27impossibilite.pdf](http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/Bartin-De_l%27impossibilite.pdf), consulté le 14 Novembre 2020.

<sup>79</sup> Clunet 1889, p 1171.

وتمسك ورثة الموصي بأن القانون الهولندي عندما اشترط توثيق الوصية إنما فعل ذلك لأجل حماية الموصي بالتأكد من أن أهليته كاملة، أي أن الأمر يتعلق بالأهلية التي تخضع لقانون الجنسية الذي يتحدد في هذه القضية بالقانون الهولندي المؤدي تطبيقه إلى الحكم ببطلان الوصية<sup>80</sup>.

وكانت النتيجة أن حكم القضاء الفرنسي بصحة الوصية على أساس أن الإشكالية المطروحة أمامه تتعلق بشكل التصرف وفق المفاهيم السائدة في القانون الفرنسي، والشكل يخضع لقانون مكان الإبرام الذي يتحدد طبقاً للوقائع بالقانون الفرنسي، والقانون الفرنسي لا يشترط الرسمية لصحة الوصية<sup>81</sup>.

وبناء على ذلك يلاحظ أنه بالرغم من اشتراك كل ما القانون الفرنسي والقانون الهولندي بإخضاع شكل العقد لقانون محل إبرامه، وإخضاع موضوع التصرف لقانون جنسية أطرافه، فإن الاختلاف في التكيف من شأنه أن يؤدي في النهاية إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية<sup>82</sup>.

**والخلاصة أن اختلاف التكيف يؤدي إلى اختلاف في القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإنه قد يؤدي إلى الاختلاف في الحكم، وبناء على ذلك فإنه يجب تحديد القانون الذي يتم على ضوءه تكيف الطلب.**

### ج- النظريات الفقهية المتعلقة بالقانون الذي يحكم التكيف

نتطرق فيما يلي لمختلف النظريات التي قبلت بشأن تحديد القانون الذي يتم الاستناد عليه في تكيف العلاقات القانونية بدءاً بنظرية بارتان، مروراً بنظرية ديبارنييه، وانتهاءً بنظرية رابال.

#### ج-1 - نظرية بارتان في التكيف

نتطرق إتباعاً لمضمون هذه النظرية، ونطاق تطبيقها بتحديد الاستثناءات الواردة عليها، قبل الانتهاء إلى إبراز موقف الفقه الحديث منها.

<sup>80</sup> حيار محمد، المرجع السابق، ص 70.

<sup>81</sup> Bartin, de l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *clunet*, 1897, pages 228 et suite : [http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/Bartin-De\\_l%27impossibilite.pdf](http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/Bartin-De_l%27impossibilite.pdf) consulté le 14 Novembre 2020 à 15H 30.

<sup>82</sup> حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 53.

✓ مضمون نظرية بارتان في التكييف

تقوم هذه النظرية على أنه إذا ما اضطر القاضي الوطني إلى تكييف علاقة قانونية فإنه يقوم بذلك وفقا للمفاهيم السائدة في قانونه الوطني، مستندا في ذلك على أساس فكرة السيادة من حيث أن تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات، ولذلك فإنه يجب فض التنازع في التكييف بتطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، حيث إن مهمة قاعدة الإسناد تتمثل في تحديد الإطار التشريعي لقوانين الدولة، ولا يمكن أن تتولى القوانين الأجنبية مهمة رسم الحدود التشريعية للقوانين الوطنية<sup>83</sup>.

✓ نطاق نظرية بارتان

أورد بارتان استثناءين على نظريته القاضية بإخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع هما:

✓ الاستثناء الأول: التفرقة بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي

فرق بارتان في البداية بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي، حيث أخضع التكييف الأولي الذي يهدف إلى إدراج العلاقة القانونية ضمن فكرة مسندة لقانون القاضي المعروض أمامه، أما التكييف الثانوي فأخضعه للقانون الأجنبي التي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه باعتباره تكييفا لاحقا يثار بمناسبة تطبيق الأحكام الموضوعية في ظل القانون الأجنبي<sup>84</sup>.

ومثال ذلك أنه إذا تعلق الأمر بموضوع عقد دولي وأشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الإرادة وتبين أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق القانون المصري فإنه يتعين الرجوع للقانون المصري لتحديد وصف العقد بالبحث عما إذا كان عقد بيع أو هبة مثلا<sup>85</sup>.

وكذلك الأمر إذا تعلق الأمر بشكل التصرف وأشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون محل الإبرام الذي تحدد بقانون دولة أجنبية فإنه يتعين الرجوع لأحكام القانون الأجنبي من أجل تحديد شكل التصرف والبحث فيما إذا كان رسميا أو عرفيا<sup>86</sup>.

هذا وإذا كان بارتان قد اعتبر في بداية الأمر أن إخضاع التكييف الثانوي المثار في ظل القانون الأجنبي التي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية بمثابة استثناء عن المبدأ العام القاضي بإخضاع

<sup>83</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 119. وهشام علي الصادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 61.

<sup>84</sup> سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 1974، ص 65.

<sup>85</sup> هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 64. وعبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 101.

<sup>86</sup> هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 64

التكييف لقانون القاضي، فإنه عدل عن موقفه لاحقا واعتبر ذلك مسألة منطقية على أساس أن التكييف الأولي هو وحده المتصل بفكرة السيادة<sup>87</sup>.

### ✓ الاستثناء الثاني: وصف المال

ذهب بارتان إلى وجوب إخضاع وصف المال من حيث كونه منقولاً أو عقاراً لقانون موقعه وليس لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع مستندا إلى ما يحققه هذا القانون من طمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات<sup>88</sup>، استنادا إلى أن الأموال ترتبط بإقليم الدولة وبالتالي فإن تكييفها يجب أن يتم طبقا لقانون موقعها<sup>89</sup>.

### ✓ الانتقادات الموجهة لنظرية بارتان

وجدت نظرية بارتان رواجاً فقهيًا كبيراً لأن القول بإخضاع التكييف لغير دولة لقاضي المعروض أمامه النزاع من شأنه أن يؤدي إلى تحديد الطبيعة القانونية لموضوع النزاع وفقاً لقانون ما، ثم تطبيق قاعدة الإسناد الواردة في قانون آخر<sup>90</sup>.

ومع ذلك لم يعد الفقه القانوني الحديث يقبل بفكرة السيادة كأساس لإخضاع التكييف لقانون القاضي لأنه لا يرى في تنازع القوانين تنازعا بين السيادة، وهو ما ترتب عنه تأسيس إخضاع التكييف لقانون القاضي بعيدا عن فكرة السيادة، باعتبار أن ذلك يعد مسألة منطقية انطلاقاً من أن التكييف الأولي ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية<sup>91</sup>، حيث أن قواعد الإسناد تهدف في النهاية إلى تقرير العدالة التي تتم بمنح الاختصاص للقانون المناسب لحكم العلاقة القانونية المتضمنة لعنصر أجنبي بعيدا عن فكرة السيادة<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> نفس المرجع، ص 65.

<sup>88</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 60.

<sup>89</sup> فؤاد رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 66.

<sup>90</sup> عبد المنعم زمزم/ المرجع السابق، ص 98.

<sup>91</sup> هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد/ المرجع السابق، ص 66.

<sup>92</sup> جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث، ص 35.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن قاعدة الإسناد تحدد الإطار التشريعي للقوانين الأجنبية، ذلك أن هذه القاعدة قد تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني، كما قد يترتب على إعمالها تطبيق قانون أجنبي، مما يعني أن القاضي الوطني يطبق قانونه بشأن مسألتين هما التكييف وإعمال قاعدة الإسناد<sup>93</sup>.

ومهما يكن من أمر يرى الفقه الغالب أن التكييف الأولي من شأنه إسعاف القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإنه ليس منطقياً أن نطلب من القانون الأجنبي تكييف علاقة قانونية لا نعلم فيما إذا كان هو المختص بحكمها<sup>94</sup>.

### ✓ بالنسبة للاستثناءات التي وضعها بارتان على وجوب إخضاع التكييف لقانون القاضي

بالنسبة لما ذهب إليه بارتان من وجوب إخضاع التكييف الثانوي للقانون الأجنبي يرى الفقه الغالب أن التكييف الثانوي يثور في ظل القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه، ومن المنطقي أن يخضع لهذا القانون، لأنه في حقيقة الأمر تفسير لأحكامه<sup>95</sup>.

أما بالنسبة للاستثناء المتعلق بوصف المال فيلاحظ أن بارتان أصر عليه في كتاباته التي عالج فيها موضوع التكييف مشيراً إلى وجوب إخضاع تكييف المال لقانون موقعه وليس لقانون القاضي المعروف أمامه النزاع، مستنداً لما يحققه ذلك من طمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات.

غير أن الاستثناء المتعلق بوصف المال ليس استثناء في جميع الحالات، حيث أن الأمر لا يخلو من وجوب التفرقة بين حالتين تتمثل أولاهما في الحالة التي تثور فيها إشكالية وصف المال في مرحلة لاحقة على الإسناد أي في مرحلة تطبيق القانون الأجنبي، وتتمثل ثانيهما في الحالة التي تثور فيها هذه الإشكالية قبل تحديد القانون الواجب التطبيق.

وبناء على ذلك يرى الفقه الغالب أنه يتعين على القاضي الوطني تكييف المال في الحالة الأولى طبقاً للقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية، ومثال ذلك أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى أن الحقوق العينية تخضع لقانون موقع المال فإنه يتعين على القاضي تحديد ما إذا كان النزاع المعروف عليه يتعلق بحق من الحقوق العينية وفق المفاهيم السائدة في ظل قانونه الوطني على أساس أن المسألة تتعلق بتكييف أولي يخضع لقانون القاضي المعروف أمامه النزاع<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> "إن التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد التي يأمر بها مشرعه الوطني يتضمن في الوقت ذاته التزامه بتطبيق قواعد التكييف التي يأمر بها نفس المشرع، نظراً لأنها هي التي يتحدد بها الإطار الفعلي لتطبيق القوانين الأجنبية، أي الإطار الفعلي لسيادة الدولة التشريعية."، يراجع: فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، ص 101.

<sup>94</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 74.

<sup>95</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 121.

<sup>96</sup> هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 60.

فإذا فرضنا أن القانون الواجب التطبيق على النزاع تطبيقاً لقاعدة الإسناد الوطنية هو قانون دولة أجنبية يفرق بين الحقوق العينية المتعلقة بالمنقولات والحقوق العينية المتعلقة بال عقارات، ويضع لكل منها قاعدة إسناد مختلفة، فإن وصف المال موضوع النزاع يكون قد ثار بعد إسناد حكم العلاقة القانونية في ظل قانون دولة أجنبية ويعد تكييفاً ثانوياً يخضع للقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة<sup>97</sup>.

أما إذا ثارت الإشكالية المتعلقة بوصف المال قبل إسناد حكم العلاقة لقانون من بين القوانين المرتبطة بها كما لو تعلق الأمر بتحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث في القانون الفرنسي الذي يفرق بين الميراث في المنقول ويخضعه لقانون آخر موطن للمتوفى والميراث في العقار ويخضعه لقانون موقعه، فإن الفقه الغالب يرى وجوب إخضاع وصف المال لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، لأن المسألة تتعلق بتكييف أولي هدفه تفسير قاعدة الإسناد الوطنية<sup>98</sup>.

### ج-2- إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة القانونية

يرى أنصار هذه النظرية وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي ديبارنييه أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية وتبين أن هذا القانون يمنح العلاقة القانونية تكييفاً يختلف عن ذلك المعتمد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع، فإنه يجب على القاضي الوطني مراعاة التكييف الذي يمنحه القانون الأجنبي للعلاقة<sup>99</sup>، وإلا فإن النتيجة ستكون ممثلة في تطبيق القانون الأجنبي في غير الحدود التي وضع ليطبق بشأنها<sup>100</sup>.

ومثال ذلك أنه إذا تعلق بتطبيق قاعدة الإسناد التي تنص على أن شكل العقد يخضع لقانون محل إبرامه، فإن تحديد مفهوم الشكل يجب أن يتم وفق المفاهيم السائدة في ظل قانون محل الإبرام باعتباره القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق أحكامه<sup>101</sup>.

97 نفس المرجع والصفحة.

98 نفس المرجع، ص 61.

99 حبار محمد، المرجع السابق، ص 73.

100 عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 127.

101 هشام علي صادق، تنازع القوانين المرجع السابق، ص 69.

✓ النقد الموجه لنظرية ديبارنيه

يرى أغلب الفقه أن هذه النظرية تؤدي إلى المصادرة على المطلوب لأن التكيف يعد مسألة أولية تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، مما يعني أنه لا يمكن القول بإخضاع التكيف للقانون الذي يختص بحكم العلاقة القانونية في حين أن هذا التكيف هو الذي يسمح بتحديد القانون المختص<sup>102</sup>.

ج-3 - إخضاع التكيف للقانون المقارن

يتزعم هذه النظرية الفقه الألماني رابال الذي يرى أنه يتعين على القاضي الذي يريد تكيف علاقة قانونية أن يقوم بدراسة مختلف الأنظمة القانونية السائدة في العالم ويستخرج منها مفهوما مشتركا يقوم على أساسه بمنح وصف للعلاقة المطلوب بتكييفها<sup>103</sup>.

✓ النقد الموجه لهذه النظرية

أهم انتقاد نم توجيهه لهذه النظرية يتمثل في كونها مستحيلة التطبيق عمليا والدليل على ذلك أن فقهاء القانون المقارن عجزوا عن استخلاص مفاهيم مشتركة للأفكار المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في مختلف دول العالم<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 69 و70.

<sup>103</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 73.

G. BARILE, « La fonction historique du droit international privé », Rec. cours La Haye, vol. 116, 1965, p. 345, écrit que le sens des expressions employées par les règles de rattachement afin de déterminer leur objet ne doit pas être déduit d'une façon immédiate et automatique du droit matériel interne, mais, autant que possible, des caractères universels des différents instituts juridiques, de sorte que les expressions en question assumant par là même un sens indéterminé et générique, d'un côté tendent à correspondre à celles qu'adoptent les règles de rattachement d'ordres juridiques étrangers, et de l'autre, puissent être référées à des rapports et à des instituts, même partiellement différents, prévus par les droits matériels... » Cité par Monica-Elena V. BURUIANĂ, Thèse présentée pour obtenir le grade de docteur l'université de Bordeaux école doctorale, EA 4193 droit privé, L'application de la loi étrangère en droit international privé, Soutenue le 25 mai 2016.

<sup>104</sup> هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 80.

د- موقف المشرع الجزائري من إشكالية التكييف في القانون الدولي الخاص

تنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق." ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري أخضع التكييف الأولي تطبيقاً للمادة 9 من القانون المدني للقانون الجزائري، أي أنه أخضع التكييف الأولي الهادف لتحديد قاعدة الإسناد الواجبة للتطبيق للقانون القاضي المعروض أمامه النزاع متبنياً في ذلك نظرية بارتان في التكييف رغم صياغته للنص القانوني في صورة أحادية<sup>105</sup>.

أما التكييف الثانوي فلم يشمله نص المادة 9 من القانون المدني وهو ما لا يمنع القاضي الجزائري من إخضاع هذا النوع من التكييف للقانون الأجنبي الذي تشير إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الجزائرية لعدم ارتباطه بالاختصاص التشريعي من جهة<sup>106</sup>، ولتعلقه بتفسير القانون الأجنبي من جهة أخرى، حيث إن تفسير هذا القانون وفق المفاهيم السائدة في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع يؤدي إلى تطبيقه في غير الحدود التي وضع ليطبق بشأنها<sup>107</sup>.

وفيما يتعلق بوصف المال يلاحظ أن المشرع الجزائري قد انتهى بمناسبة تعديله للقانون المدني الجزائري إلى النص على وجوب تكييف المال من حيث كونه منقولاً أو عقاراً لقانون موقفه متبنياً في ذلك الاستثناء الذي اعتمده بارتان على نظريته التي تقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع<sup>108</sup>.

وتطبيق ذلك أن القاضي الجزائري يلزم بالبحث عن وصف المال في قانون الدولة التي يوجد فيها بمناسبة تطبيقه لنص المادة 18 من القانون المدني التي تفرق في تحديدها للقانون الذي يحكم موضوع العقد الدولي بين العقود التي يكون محلها منقولاً وتلك التي يكون موضوعها عقاراً حيث تخضع الأولى لقانون الإرادة أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو لقانون محل الإبرام، بينما تخضع الثانية لقانون موقع العقار.

105 حيار محمد، المرجع السابق، ص 76.

106 أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 94.

107 هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 66.

108 تنص المادة 17/1 التي استحدثها المشرع الجزائري سنة 2005 بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، جريدة رسمية عدد 44، ص 19 على ما يلي: " يخضع تكييف المال سواء عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها."

ومهما يكن من أمر فإن ما نص عليه المشرع الجزائري من وجوب إخضاع التكييف للقانون الجزائري ليس فيه ما يمنح القاضي الجزائري من الإطلاع على القانون الأجنبي بهدف فهم مكونات العلاقة القانونية المجهولة بالنسبة له<sup>109</sup>.

كما أن إخضاع التكييف للقانون الجزائري لا يمس بمبدأ سمو المعاهدة الذي يقتضي اعتماد التكييف الذي تعتمده المعاهدة الدولية النافذة في الجزائر في حالة تعارضها مع التكييف الناتج عن المفاهيم السائدة في ظل القانون الجزائري<sup>110</sup>.

### هـ موقف القضاء الفرنسي

أخذ القضاء الفرنسي بنظرية بارتان في التكييف بمناسبة الفصل في قضية كراسلانيس التي تتلخص وقائعها في أن زوجا يونانيا أبرم عقد زواجه بفرنسية أمام ضابط الحالة المدنية بفرنسا، وعلى إثر سوء تفاهم بينهما رفعت الزوجة دعوى أمام القضاء الفرنسي تطلب فيها الحكم بفك الرابطة الزوجية إلا أن الزوج تمسك ببطلان عقد الزواج على أساس أنه لم يستوف شرط تدخل السلطة الدينية المنصوص عليها في القانون اليوناني باعتباره ركنا من أركان عقد الزواج، أما الزوجة فقد تمسكت بصحة الزواج على أساس أن المسألة لا تعدوا أن تكون سوى مسألة شكلية طبقا للقانون الفرنسي وبالتالي فإنها تخضع للقانون الفرنسي باعتباره قانون محل الإبرام وهو قانون يعتبر الزواج المدني فيه صحيحا<sup>111</sup>.

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما ذاهبة إلى أن المسألة المتعلقة بتحديد الطبيعة القانونية المتعلقة بتدخل السلطة الدينية يعتبر مسألة تكييف، وأنه يتعين على القضاة الفرنسيين تحديدها على ضوء القانون الفرنسي وحده، وهو قانون يعتبر هذه المسألة مجرد مسألة شكلية تخضع لقانون محل الإبرام، مما يعني أنها اعتمدت نظرية بارتان في التكييف<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 78.

<sup>110</sup> تنص المادة 154 من الدستور الجزائري على ما يلي: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسموا على القانون."

<sup>111</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1955, *Caraslanis*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 27. Rev. crit. dr. internat. privé 1955, p. 723.

<sup>112</sup> LA COUR; -*Sur le moyen unique pris en ses deux branches*; - Attendu que l'arrêt attaqué, confirmatif, a prononcé le divorce entre Dimitri Caraslanis, sujet hellène, et Maria-Richarde Dumoulin, de nationalité française, dont le mariage, uniquement civil, avait été célébré le 12 septembre 1931, devant l'officier de l'état civil du 10<sup>ème</sup> arrondissement de Paris; qu'il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir rejeté les conclusions du mari dans lesquelles il soutenait que le mariage était inexistant, l'Eglise orthodoxe, à laquelle appartenait Caraslanis,

2- نظرية الإحالة

إذا قام القاضي الوطني بتكييف العلاقة القانونية تكييفاً أولياً وكانت النتيجة أن أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، فإن هناك تساؤلاً يطرح نفسه يتعلق بالبحث فيما إذا كان يتعين على القاضي أعمال الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في القانون الأجنبي مباشرة، أم أنه يلتزم بمراعاة قواعد الإسناد الواردة به والتي قد تحيله إلى تطبيق قانون آخر، قد يكون هو نفسه قانون القاضي المعروف عليه النزاع، كما قد يكون قانوناً أجنبياً.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف في حقيقة الأمر بين ما إذا كانت دولة القاضي تأخذ بنظرية الإحالة، وبين ما إذا كانت ترفض هذه النظرية، حيث يتعين على القاضي في الحالة الأولى مراعاة قاعدة الإسناد الواردة في الدولة الأجنبية، بينما يتعين عليه تطبيق الأحكام الموضوعية الواردة في القانون الأجنبي مباشرة في الحالة الثانية<sup>113</sup>.

غير أنه يلاحظ أن هذه الإشكالية لا تثور إلا في الحالة التي يوجد فيها تنازع سلبي بين القوانين المرتبطة بالعلاقة القانونية دون الحالات التي يكون فيها هذين القانونين متنازعين إيجاباً، لذلك فإن التنازع السلبي هو نقطة انطلاق نظرية الإحالة، ومعناه أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، بينما تشير قاعدة الإسناد الواردة في هذا القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون آخر، قد يتحدد بقانون القاضي المعروف أمامه النزاع أو بقانون دولة أجنبية أخرى.

ومثال التنازع السلبي أن يتعلق الأمر بتقدير أهلية إنجليزي متوطن في فرنسا أمام القضاء الفرنسي، حيث تشير قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيق قانون الجنسية الذي يتحدد بالقانون الإنجليزي، وبالرجوع

---

imposant comme condition indispensable à la constitution légale du mariage, la célébration par un prêtre orthodoxe, exigence de fond n'ayant pas été respectée en l'espèce ; - Mais attendu que la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme ; - Qu'en conséquence, le mariage civil contracté en France par les époux Carlsanis-Dumoulin était valable conformément à la règle *lotus regitactum* ; d'où il suit qu'abstraction faite du motif critiqué par le pourvoi, tiré de ce que le mari, en introduisant sa demande reconventionnelle en divorce, aurait reconnu la validité du mariage, et qu'on peut tenir pour surabondant, la cour d'appel a justifié sa décision.

<sup>113</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 78. وهشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص

إلى القانون الإنجليزي نجد أن قاعدة الإسناد الواردة به تنص على إخضاع الأهلية في هذه القضية للقانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن<sup>114</sup>.

فإذا التزم القاضي الفرنسي بمراعاة قاعدة الإسناد الإنجليزية فإنه يكون من مؤيدي نظرية الإحالة، بينما يكون من معارضيها إذا لجأ إلى تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الإنجليزي.

ومثال التنازع الإيجابي الذي لا تثور بشأنه نظرية الإحالة أن يتعلق الأمر بأهلية فرنسي متوطن في إنجلترا، حيث تشير قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية، وتشير قاعدة الإسناد الإنجليزية إلى تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون الموطن<sup>115</sup>.

### أ- صور الإحالة

قد تكون الإحالة من الدرجة الأولى، وقد تكون من الدرجة الثانية.

أما الإحالة من الدرجة الأولى فمعناها أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، بينما تعيد قاعدة الإسناد الواردة في قانون هذه الدولة حكم العلاقة لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع وتسمى هذه الحالة بحالة الرجوع لأن مقتضى الإحالة في هذه الحالة تعطيل قاعدة الإسناد في قانون القاضي ثم رد الاختصاص بحكم العلاقة لهذا القانون<sup>116</sup>.

وأما الإحالة من الدرجة الثانية فمقتضاها أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، بينما تشير قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون دولة ثالثة<sup>117</sup>، كما لو تعلق الأمر بنزاع متعلق بتركة منقولة توفي عنها فرنسي متوطن في إيطاليا، وكان النزاع معروضا أمام القضاء المصري، حيث تشير قاعدة الإسناد المصرية إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفي، وتشير قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيق القانون الإيطالي باعتباره قانون الموطن<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 46.

<sup>115</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>116</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 144.

<sup>117</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 79.

<sup>118</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 143.

### ب- كيف ظهرت نظرية الإحالة؟

أثيرت إشكالية الإحالة لأول مرة بمناسبة قضية فورقو<sup>119</sup> التي عرضت أمام القضاء محكمة النقض الفرنسية والتي تتلخص وقائعها فيما يلي: انتقل بافري يدعى فورقو إلى فرنسا واستقر بها دون أن يتخذ منها موطنًا قانونيًا وفقًا لنصوص القانون الفرنسي، حيث توفي في فرنسا مخلفًا ورثة غير مباشرين وتركة منقولة هامة استحوذت عليها إدارة الدومين الفرنسية تطبيقًا لقاعدة أن الدولة وارث من لا وارث له، بدعوى أن الميراث في المنقول يخضع لقانون آخر موطن للمتوفى الذي يتحدد بالقانون الفرنسي وهو قانون لا يسمح بتوريث الوراثة غير المباشرين.

ونتيجة لذلك نازع الوراثة غير المباشرين إدارة الدومين الفرنسية متمسكين بأن الميراث في المنقول يخضع في القانون الفرنسي لقانون آخر موطن للمتوفى وهو القانون البافاري على أساس أن مورثهم لم يتخذ من فرنسا موطنًا قانونيًا له، وأنه بتطبيق هذا القانون يتبين أنه الوراثة غير المباشرين لهم الحق في الميراث شأنهم في ذلك شأن الوراثة المباشرين.

غير أن إدارة الدومين الفرنسية تمسكت بتطبيق قاعدة الإسناد البافارية التي كانت تنص على إخضاع الميراث لقانون آخر موطن فعلي للمورث مما يؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي والحكم بحرمان الوراثة غير المباشرين من الميراث، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 24 يونيو 1878، ومنذ هذا التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى<sup>120</sup>.

### ج- موقف فقهاء القانون الدولي الخاص من نظرية الإحالة

تتأرجح نظرية الإحالة فقهيًا بين التأييد والرفض، وبناءً على ذلك يلاحظ أن الفقه قد انقسم بشأنها إلى فريقين يدعوا أولهما إلى اعتمادها بينما يعارضها ثانيهما.

<sup>119</sup> Sirey, 1878, I, 429 ; Les grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé, D.2001, page 62.

<sup>120</sup> « Une succession mobilière est régie par la loi française lorsque les dispositions de droit international privé de la loi étrangère désignée par la règle de conflit française, déclinent l'offre de compétence qui leur est faite et renvoient au droit interne français. »

ج-1 - حجج المؤيدين لنظرية الإحالة

يمكن إجمال أهم حجج مؤيدي نظرية الإحالة فيما يلي<sup>121</sup>:

- تحقق الإحالة وبخاصة الإحالة من الدرجة الأولى فائدة عملية بالنسبة للقاضي لأنها تؤدي به إلى تطبيق قانونه الوطني.

- إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية فالمفروض أن يطبق القاضي هذا القانون كاملاً بما في ذلك قواعد الإسناد الواردة به، أما وأن يقتصر على تطبيق الأحكام الموضوعية الواردة به دون مراعاة قواعد الإسناد الواردة به، فمعنى ذلك أنه سيطبق هذا القانون في غير الحدود التي وضع ليطبق بشأنها.

- يؤدي رفض الإحالة إلى تجريد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته العملية على أساس أن الدولة الأجنبية التي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانونها الوطني سترفض تنفيذ الحكم الصادر عن دولة القاضي المعروض أمامه النزاع لصدوره وفق قانون غير مختص بحكمها.

ج-2- حجج المعارضين لنظرية الإحالة

يمكن إجمال أهم حجج مؤيدي نظرية الإحالة فيما يلي<sup>122</sup>:

- قد تؤدي الإحالة إلى المساس بسيادة الدولة في الحالة التي تشير فيها قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية ينص المشرع فيها على قواعد الإسناد في الدستور كما هو الحال في البرازيل مثلاً، فلو أُلزِمنا القاضي الوطني بتطبيق قواعد الإسناد البرازيلية بشأن علاقة قانونية معروضة أمامه، فإن ذلك يعني أنه سيطبق قاعدة دستورية أجنبية، وفي ذلك مساس بسيادة دولته.

- قد تؤدي الإحالة إلى حلقة مفرغة في الحالات التي ترفض فيها جميع قواعد الإسناد حكم العلاقة القانونية وتقوم بإحالتها إلى قانون آخر غير قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، ضمن ما أسماه الفقه الإيطالي بلعبة التنس الدولية.

<sup>121</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50، وحبار محمد، المرجع السابق، ص 80. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 102. وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص 73.

<sup>122</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 51. وحبار محمد، المرجع السابق، ص 80. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 104. وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص 75.

### د- موقف القضاء الفرنسي من نظرية الإحالة

تبنى القضاء الفرنسي ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى كأصل عام، ومعنى ذلك أنه يراعي قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي في الحالات التي تعيد فيها حكم العلاقة للقانون الفرنسي، لما في ذلك من مد لمجال تطبيق القانون الفرنسي على حساب القانون الأجنبي وتسهيل لمهمة القاضي، ولما قد يكون فيه من تحقيق للمصلحة الوطنية كما كان عليه الحال في قضية فورقو<sup>123</sup>.

ومع ذلك فإن القاضي الفرنسي يلجأ إلى تطبيق الأحكام الموضوعية الواردة في القانون الأجنبي مباشرة في الحالة التي تنص فيها قاعدة الإسناد الفرنسي إلى تطبيق قانون الإرادة والحالة التي تنص فيها على تطبيق قانون محل الإبرام<sup>124</sup>، وهي الحالات التي تمسك جانب كبير من الفقه المؤيد لنظرية الإحالة بعدم قبول الإحالة فيها<sup>125</sup>.

### هـ - موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

سكت المشرع الجزائري طويلا عن توضيح موقفه من نظرية الإحالة إلى أن قام بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2015، حيث نص في المادة 23 مكرر 1 منه على ما يلي:

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

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحوال عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص."

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري استبعد الأخذ بنظرية الإحالة كمبدأ عام، ولكنه يقبل الإحالة من الدرجة الأولى<sup>126</sup>، وهو ما يترجم عمليا بإلزام القاضي الجزائري بمراعاة قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية في حالة وحيدة هي الحالة التي تعيد فيها حكم العلاقة للقانون الجزائري، مما يؤدي إلى التوسيع من مجال تطبيق القانون الجزائري على العلاقات الدولية

<sup>123</sup> هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 112.

<sup>124</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 81

<sup>125</sup> هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 116. و أعراب بلقاسم، المرجع السابق،

ص 119.

<sup>126</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 82.

الخاصة بمناسبة تطبيق قواعد التنازع، كما أنه يسهل مهمة القاضي الجزائري من حيث أنه يجنبه البحث عن القانون الأجنبي وإثباته وفهم أحكامه، لا سيما في الحالات التي يلتزم فيها بتطبيق القانون الأجنبي وجوبا على النحو الذي سيأتي بيانه بمناسبة التعرض لكيفية معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري.

### 3- الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع

يحدث عمليا أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تتعدد فيه الشرائع تعددا إقليميا أو طائفيًا، فيثور سؤالًا يتعلق بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع المعمول بها داخل الدولة المركبة التي تعرف تعددا إقليميا أو تلك التي تتعدد فيها الطوائف الدينية.

هذه الإشكالية لا شك في أنها تتعلق بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية أيضا شأنها في ذلك شأن التكيف والإحالة، حيث أنه يجب على القاضي أن يفسر ما المقصود بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان هذا القانون ساريا في دولة أجنبية متعددة الشرائع<sup>127</sup>.

وبصدد هذه الإشكالية نص المشرع الجزائري في المادة 23 من القانون المدني المعدلة بموجب الأمر الصادر سنة 2005 على ما يلي: "متى ورد من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر التشريع الواجب التطبيق.

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

ومعنى ذلك أنه في حالة ما إذا أشارت قاعدة الإسناد الجزائرية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية متعددة الشرائع فإن القاضي الجزائري يتولى البحث عن القانون الواجب التطبيق فيها وفق الأحكام القانونية السائدة فيها، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان التعدد طائفيًا وإقليميًا<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 115.

<sup>128</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 64 و65.

غاية ما في الأمر أنه في حالة سكوت الأحكام الداخلية في قانون الدولة الأجنبية عن تحديد القانون الواجب التطبيق فإن القاضي الجزائري يلتزم بتطبيق قانون عاصمة الدولة الاتحادية في حالة التعدد الإقليمي، والقانون الغالب في حالة التعدد الطائفي<sup>129</sup>.

### خامسا- تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني

قد يترتب على تكييف العلاقة القانونية إعمال قاعدة إسناد مزدوجة تؤدي بالقاضي إلى تطبيق قانون أجنبي مما يترتب عنه أن تطرح عدة إشكالات قانونية نقترح التطرق لها فيما يلي:

#### 1- المقصود بالقانون الأجنبي

يقصد بالقانون الأجنبي في إطار منهج التنازع مجموع القواعد القانونية السارية المفعول في الدولة الأجنبية باعتبارها الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانونها الداخلي، سواء كانت هذه القواعد صادرة عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ممثلة في المبادئ القانونية الموضوعية من السلطة السياسية العليا في الدولة أو كانت أعرافا أو سوابق قضائية في الحالات التي تأخذ فيه الدولة الأجنبية بهذه القواعد كمصادر للقانون فيها<sup>130</sup>.

#### 2- طبيعة القانون الأجنبي

اهتم الفقه التقليدي في بداية هذا القرن بالبحث في طبيعة القانون الأجنبي وكيفية معاملته في الحالات التي يتم فيها إعماله خارج حدود إقليم الدولة التي وضعته، وبناء على ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الأجنبي يعد عنصرا من عناصر الواقع، بينما تمسك جانب آخر أن القانون الأجنبي يبقى محتفظا بصفته كقانون سواء تم تطبيقه في حدود إقليم الدولة التي وضعته أو خارج حدود إقليم هذه الدولة<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> نفس المرجع والصفحات.

<sup>130</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 91.

<sup>131</sup> هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 147.

أ- الاتجاه القائل بأن القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع

ينكر بعض الفقه صفة القانون على القانون الأجنبي معتبرا إياه مجرد عنصر من عناصر الواقع وعلى رأس هؤلاء الفقيه الفرنسي باتيفول الذي انطلق من أن جميع القوانين الأجنبية تتكون من عنصرين هما:

**العنصر العقلي أو مضمون القاعدة القانونية** الذي يتمتع بصفتي العموم والتجريد و**عنصر الإلزام والأمر** الذي تستمد منه القاعدة القانونية القوة الملزمة لها، فإذا تم إعمال هذه القاعدة في حدود إقليم الدولة التي أصدرتها فإنها تطبق بعنصرها، أما إذا تم تطبيقها خارج حدود إقليم هذه الدولة فإنها تطبق بعنصره الأول دون الثاني، على أساس أن إعمال عنصر الإلزام والأمر يتحدد بحدود إقليم الدولة التي يمارس فيه المشرع سيادته، بشكل لا يبقى معه للقاعدة القانونية التي يتم تطبيقها في الخارج إلا مضمونها وتفقد بالتالي صفتها الإلزامية لتصبح واقعة قانونية وليس قاعدة قانونية<sup>132</sup>.

وتبعاً لذلك فإن هذا الاتجاه يرتب على كون القانون الأجنبي واقعة قانونية جملة من النتائج هي<sup>133</sup>:

- لا يجوز للقاضي تطبيق القانون الأجنبي و البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، وإنما على الأطراف التمسك بذلك، ويقع على عاتق الأطراف أيضاً إثبات القانون الأجنبي كما هو الحال عليه بالنسبة لإثبات الوقائع.

- لا يخضع الخطأ في تفسير القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض لأنه يعامل معاملة الواقعة والوقائع تخرج من دائرة اختصاص هذه المحكمة التي تعتبر محكمة قانون.

- لا يمكن للخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام المحكمة العليا، إذ يجب عليهم القيام بذلك أمام محكمة الدرجة الأولى أو على الأقل أمام محكمة الاستئناف.

ب- الاتجاه القائل بأن القانون الوطني قانون

يتمسك الفقه القانوني الراجح بأن القانون الأجنبي يبقى محتفظاً بصفته كقانون في جميع الأحوال، وفي تأسيس هذا الاتجاه انقسم المتمسكون به إلى فريقين، حيث ذهب الفريق الأول إلى أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية فإن أحكام هذا القانون تتداخل مع النظام القانوني

<sup>132</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>133</sup> علي سليمان، المرجع السابق، ص 136. هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص

148. وحيار محمد، المرجع السابق، ص 92.

الوطني وتعتبر جزء منه، ويقوم هذا الاندماج على أساس نظرية إيطالية تدعى نظرية الاستقبال المادي، ومضمونها أن قاعدة الإسناد تعد قاعدة فارغة المضمون، بحيث أنها تمتص وتستقبل مضمون القواعد الأجنبية التي تشير إلى تطبيقها، وترجمة ذلك عمليا أن هذه النظرية تجعل قاعدة الإسناد قاعدة مادية موضوعية كما هو الحال بالنسبة للقواعد الموضوعية الأخرى المنصوص عليها في القانون الداخلي<sup>134</sup>.

هذا ويؤكد جانب آخر من الفقه تمسكه بأن الاعتراف بكون القانون الأجنبي قانون لا يتطلب بالضرورة إنكار صفته الأجنبية، حيث أنه يبقى محتفظا بصفته القانونية والأجنبية في آن واحد، ذلك أن تطبيق القانون الأجنبي خارج حدود إقليم الدولة التي وضعته يؤدي إلى تجريدها من عنصر الإلزام فإن دور قاعدة الإسناد الوطنية يتمثل في أنها ترد لها هذا العنصر، مما يعني أن القانون الأجنبي يبقى محتفظا بصفته كقانون ولكنه لا يفقد صفته كقانون أجنبي<sup>135</sup>.

ويبرر أنصار هذا الفريق الأخير احتفاظ القانون الأجنبي بصفته الأجنبية وعدم تعارض ذلك مع صفته القانونية عن طريق تشبيهه بالعرف الذي يستمد قوته وصفته الإلزامية من توافر الشعور العام بكونه ملزما، شأنه في ذلك شأن القانون الأجنبي الذي يستمد قوته الإلزامية من أن المشرع الوطني قد أحال إليه بموجب قواعد الإسناد<sup>136</sup>.

ومهما يكن من أمر فإن اعتبار القانون الأجنبي قانون، تترتب عليه نتائج عملية هي عكس النتائج التي تمسك بها من اعتبروه واقعة، وتتمثل هذه النتائج في أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية فإن القاضي الوطني يلزم بالبحث عن مضمونه والقيام بتفسيره والفصل في النزاع بناء على أحكامه مع خضوعه في تطبيقه لرقابة محكمة النقض<sup>137</sup>.

### ج- موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مختلف أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، حيث خصت الفقرة الخامسة منها للخطأ في تطبيق القانون الوطني، بينما جاءت الفقرة السادسة متعلقة بالخطأ في تطبيق قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة.

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يفرق في المعاملة بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والقانون الأجنبي المتعلق بغير الأحوال الشخصية، حيث يمكن الطعن بالنقض أمام المحكمة

<sup>134</sup> هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 149.

<sup>135</sup> نفس المرجع، ص 151.

<sup>136</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>137</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 92.

العليا في حالة ما إذا أخطأ قاضي الموضوع في تطبيق قانون دولة أجنبية متعلق بمسائل الأسرة، بينما لا يمكن ذلك في الحالات التي يكون فيه الخطأ منصبا على قانون أجنبي غير متعلق بقانون الأسرة، ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي المرتبط بقانون الأحوال الشخصية كقانون، بينما يعامل القانون الأجنبي غير المتعلق بالأحوال الشخصية كواقعة<sup>138</sup>.

### سادسا- مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في التشريع الجزائري

نقوم في البداية بالتطرق لمركز القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع في التشريع الجزائري قبل الانتقال لتحديد مركز هذا القانون أمام المحكمة العليا.

#### 1- مركز القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع في التشريع الجزائري

سبقت الإشارة إلى أن القانون الجزائري يفرق في المعاملة بين القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية وتلك المرتبطة بغير الأحوال الشخصية، حيث يعامل الفئة الأولى معاملة القانون ويجعل الفئة الثانية في مركز الواقعة.

وبذلك فإنه إذا تعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية فإن القاضي الجزائري يلزم بالبحث عن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، كما يلزم بإثباته وتفسيره أيضا، وإذا أخطأ في تطبيق هذا القانون كان ذلك سببا من أسباب الطعن بالنقض.

أما إذا تعلق الأمر بنزاع من النزاعات غير المتعلقة بالأحوال الشخصية فإن القاضي الجزائري لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وإنما يقوم بذلك بناء على تمسك الخصوم بتطبيق قاعدة الإسناد، كما أنه لو فرضنا أن قاضي الموضوع أخطأ في تطبيق هذا القانون فإن ذلك لا يكون سببا للطعن بالنقض.

أما تحديد ما يدخل ضمن الأحوال الشخصية فهو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، مما يعني أن كل ما هو منصوص عليه بين طيات قانون الأسرة الجزائري يدخل في إطار قانون الأحوال الشخصية، في حين أن ما يخرج عن نصوص هذا القانون يدخل في غير مجال الأحوال الشخصية.

<sup>138</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 93.

وبناء على ذلك فإن هناك تساؤلات هامة تطرح بشأن إثبات القانون الأجنبي غير المتعلق بالأحوال الشخصية وهي أسئلة أجاب عنها المتعاملين مع القانون الأجنبي كواقعة، حين ذهبوا إلى أنه يتعين إثبات هذا القانون بجميع الوسائل المعتمدة بشأن إثبات الوقائع القانونية باستثناء الإقرار واليمين باعتبارهما وسيلتين معتمدين لإثبات وقائع خاصة بأطراف الخصومة<sup>139</sup>.

هذا وقد ذهب الفقه الفرنسي إلى أنه يتم إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها، كما أن القضاء الفرنسي، وهو الذي يعامل القانون الأجنبي كواقعة يقبل تقديم المؤلفات الفقهية أو الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي في الحالات التي تكشف فيها عن مضمون القانون الأجنبي<sup>140</sup>.

ويتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى اللجوء إلى الخبرة الشفوية أو المكتوبة باعتبارها وسيلة من وسائل الكشف عن القانون الأجنبي حيث يمكن تكليف أساتذة الجامعات والخبراء المتخصصين بكتابة تقارير عن مضمون القانون الأجنبي، باعتبارهم قادرين على الكشف عن مضمون هذا القانون من جهة وكونهم يتميزون بالحياد مقارنة بالخصوم<sup>141</sup>.

ومهما يكن من أمر فإنه أيا كانت الوسيلة المعتمدة في إثبات القانون الأجنبي فإنها تتمتع بنفس مرتبة الخبرة القضائية من حيث كونها غير ملزمة للقاضي<sup>142</sup>.

## 2- مركز القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا في القانون الجزائري

انطلاقاً من وجوب التفرقة بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والقانون الأجنبي المتعلق بغير الأحوال الشخصية في القانون الجزائري يلاحظ ما يلي:

- لا يجوز الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا نتيجة الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي أو الخطأ في تفسيره إلا إذا تعلق الأمر بقانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية لأن المشرع الجزائري يعامله معاملة القانون.

<sup>139</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 95.

<sup>140</sup> هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 173.

<sup>141</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>142</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 95.

- يؤدي التطبيق الحرفي للقانون الجزائري إلى عدم جواز الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في الحالات التي يخطئ فيها قاضي الموضوع في تفسير وتطبيق القانون الأجنبي غير المتعلق بالأحوال الشخصية التي يعاملها المشرع الجزائري معاملة الواقعة .

غير أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات وضعها القضاء الفرنسي الذي يعامل القانون الأجنبي كواقعة، وهي استثناءات تصب إجمالاً في كونها تمثل خطأ في تطبيق القانون الوطني، لذلك ذهب الفقه الجزائري إلى اعتمادها في ظل القانون الجزائري<sup>143</sup>، وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

### ✓ الخطأ في تكيف العلاقة القانونية

ومرد ذلك أن الخطأ في التكيف معناه خطأ في تطبيق القانون الوطني على أساس أن التكيف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

### ✓ الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد

ومثال ذلك أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون محل الإبرام غير أن القاضي الوطني يقوم بتطبيق قانون الإرادة، لأن الأمر يتعلق في النهاية بخطأ في تطبيق القانون الوطني

### ✓ مسخ أو تشويه القانون الأجنبي

هذه الحالة اعتمدها محكمة النقض الفرنسية بشأن إتاحة الطعن بالنقض عندما يقوم القاضي الوطني بمسخ أو تشويه القانون الأجنبي، ومقتضى هذه الحالة أنها مستمدة من مجال تفسير العقود، حيث أنه يتم التفرقة بين الحالات التي تكون فيها عبارات العقد واضحة وتلك التي تكون فيها عباراته غامضة، فإذا قام القاضي بتفسير العقد ومنحه معنى يختلف عن معناه الواضح كان ذلك سبباً من أسباب الطعن بالنقض على أساس أنه تشويه لإرادة المتعاقدين الواضحة، أما إذا كانت عبارات العقد غامضة وقام القاضي بتفسيرها فإن ذلك لا يكون بأي حال من الأحوال سبباً للطعن بالنقض.

وبناء على ذلك قامت محكمة النقض الفرنسية بقياس القانون الأجنبي بالعقد ذاهبة إلى أنه إذا قام القاضي الوطني بتفسير قانون أجنبي واضح المعنى على نحو يخالف معناه الواضح كان ذلك سبباً للطعن بالنقض أما إذا اجتهد في تفسير قانون غامض فإن تفسيره لا يمكن أن يكون سبباً للطعن بالنقض.

<sup>143</sup> نفس المرجع، ص 100.

### سابعاً- موانع تطبيق القانون الأجنبي

قد يحدث عملياً أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تصطدم بالمبادئ الأساسية في دولة القاضي مما يؤدي به إلى استبعاد هذا القانون على أساس أنه يخالف النظام العام. ومن جهة أخرى قد يتبين للقاضي الوطني من ظروف وملابسات القضية المعروضة أمامه أن الخصوم قد قاموا بتغيير عمدي لضابط الإسناد للتوصل إلى تطبيق قانون دولة معينة يقوم القاضي بالامتناع عن تطبيقه على أساس ارتكاب غش نحو القانون أدى إلى التحايل للتوصل إلى تطبيق قانون غير ذلك الذي كان يجب أن تخضع له العلاقة القانونية.

وعلى هذا الأساس فإن موانع تطبيق القانون الأجنبي تتمثل في:

#### 1- النظام العام

#### 2- الغش نحو القانون

وهو ما نتعرض له إتباعاً

### 1 - النظام العام

#### أ- مفهوم النظام العام

تستخدم فكرة النظام العام في القانون الداخلي لمنع خروج الإرادة عن الأحكام القانونية الأمر<sup>144</sup>، بينما تستخدم في القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، بهدف حماية السياسة التشريعية في دولة القاضي من جهة، وحماية أسس دولة القاضي الاجتماعية والاقتصادية والدينية من جهة أخرى<sup>145</sup>.

وإذا كانت هذه الوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي تثير عدة إشكالات قانونية تتعلق ابتداءً بتحديد مفهوم النظام العام الذي يتفق الفقهاء على أنه فكرة مرنة تختلف باختلاف الدول، وتختلف في حدود إقليم

<sup>144</sup> فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 183. و هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 197.

<sup>145</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 175.

نفس الدولة من فترة زمنية لأخرى<sup>146</sup>، فإنه يلاحظ أنها تبقى في الجزائر بشأن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية نظاما ثابتا ومستقرا لكون قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية بل وأنه ينص في المادة 222 منه على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشأن المسائل التي سكت عنها هذا القانون أو التي اكتنفها الغموض<sup>147</sup>.

وفي جميع الأحوال فإن تقدير ما إذا كان القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، يجب أن يتم وقت النظر في الدعوى، وليس وقت نشأة المركز القانوني<sup>148</sup>، حيث أن مخالفة النظام العام يجب أن تكون حالية عند رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام<sup>149</sup>.

ومن جهة أخرى فإن تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من طرف قضاة الموضوع يخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>150</sup>.

### ب- الأثر المترتب على تدخل النظام العام

يترتب على تدخل النظام العام أثر سلبي هو استبعاد القانون الأجنبي كليا أو جزئيا دون تعويضه بقانون آخر، وأثر إيجابي هو إسناد حكم العلاقة لقانون آخر لسد الفراغ التشريعي المترتب على استبعاد القانون الأجنبي.

#### ب-1 الأثر السلبي: الاستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الأجنبي

يترتب على تدخل فكرة النظام سلبا استبعاد القانون الأجنبي الذي تنص عليه قاعدة الإسناد، ويرى الفقه الغالب أن استبعاد هذا القانون يكون جزئيا بعدم إعمال الجزئية التي تتعارض مع النظام العام في

<sup>146</sup> فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 203. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص 149.

<sup>147</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 103.

<sup>148</sup> فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 203. و فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، دار النهضة العربية، 1992، ص 198. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 171.

<sup>149</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 153.

<sup>150</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 195.

دولة القاضي<sup>151</sup>، ومع ذلك فإن هناك من الفقهاء من يرى أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي وتطبيق بعضا من أحكامه غير المتعارضة مع فكرة النظام العام في دولة القاضي يتعارض مع حكمة قاعدة الإسناد لكونه يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه في غير الحدود التي وضع ليطبق بشأنها<sup>152</sup>.

ومهما يكن من أمر فإن هناك حالات تنص فيها قاعدة الإسناد على تطبيق قانون دولة أجنبية يتعارض جزئيا مع النظام العام في دولة القاضي، ومع ذلك يستحيل استبعاد الحكم المعارض للنظام العام وحده لارتباطه ارتباطا وثيقا مع نصوص قانونية أخرى، وفي هذه الحالة يتفق الفقه على وجوب استبعاد القانون الأجنبي كليا<sup>153</sup>.

### ب-2 الأثر الإيجابي للنظام العام - ثبوت الاختصاص لقانون القاضي

قد يكون تدخل النظام العام في دولة القاضي إيجابيا بأن يتم تحديد بديل القانون الأجنبي المستبعد، غير أنه وفيما يتعلق بكيفية تحديد هذا البديل ظهر اتجاهان يرى أولهما وجوب تعويض القانون الأجنبي بقانون القاضي المعروف أمامه النزاع، بينما يرى ثانيهما وجوب البحث عن البديل على ضوء القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام<sup>154</sup>، وقد اعتمدت هذا الحل محكمة النقض الألمانية في قضية تتلخص وقائعها في أن قاعدة الإسناد الألمانية أشارت إلى تطبيق القانون السويسري فيما يتعلق بعلاقة مديونية، ولما تبين للقاضي الألماني أن حقوق المديونية لا تتقدم في القانون السويسري مما يخالف النظام العام الألماني، لجأ إلى أعمال أطول مدة تقدم ينص عليها القانون السويسري، فكان حكمه محل نقد فقهي لما يتضمنه من تشويه للقانون الأجنبي<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه المصري في هذا الشأن أنه إذا تعلق الأمر بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب وكان القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة يجيز هذا الشرط، فإنه يتعين على القضاء المصري استبعاده لمخالفته للنظام العام المصري، مع إبقاء شروط العقد الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي، طالما أنه لا يتعارض بشأنها مع النظام العام في دولة القاضي: هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 201.

<sup>152</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 202.

<sup>153</sup> يذهب الفقه المصري في هذا الصدد إلى أنه إذا كان قانون الجنسية المشتركة لأجنيين يقيمان في فرنسا يمنع زواجهما نظرا لاختلافهما في الديانة، فإن هذا المنع لا يحول دون إبرامهما لعقد الزواج في فرنسا طبقا للقانون الفرنسي، ومن ثم فإذا ثار بينهما نزاع يتعلق بآثار الزواج أمام القضاء الفرنسي، فإن القاضي الفرنسي يستبعد تطبيق قانون الجنسية المشتركة استبعادا كليا، حيث إنه لا يعقل أن يطبق هذا القانون على آثار الزواج، في حين أن أحكامه تعتبر الزواج باطلا، حتى ولو لم تتعارض نصوص هذا القانون المتعلقة بآثار الزواج مع النظام العام الفرنسي، يراجع في ذلك: هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 202.

<sup>154</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، دار النهضة العربية، 1992، ص 200.

<sup>155</sup> فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 202.

أما المشرع الجزائري فقد سكت عن حكم هذه المسألة إلى أن نص في 2005 بمناسبة تعديل القانون المدني بموجب المادة 24 على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري".

وبناء على ذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتمد الأثر الإيجابي للنظام العام مبينا أنه يتعين على قضاة الموضوع استبدال القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بالقانون الجزائري<sup>156</sup>.

### ب-3 الأثر المخفف للنظام العام

أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن أثر النظام العام يختلف في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بحق نشأ في فرنسا عنه في الحالة التي ينشأ فيها الحق في الخارج ويراد الاعتراف بآثاره فيها، ومن تم اعترف القضاء والفقهاء بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة، حيث أن الحق الذي نشأ واكتسب في الخارج كالطلاق مثلا يعد واقعة لا يمكن إنكارها وتجاهلها على أساس أن دولة القاضي لا تعترف بالطلاق<sup>157</sup>.

وتبرير ذلك أن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر بالمراكز والعلاقات القانونية التي تنشأ في الخارج بنفس درجة تأثره بالمراكز والعلاقات القانونية التي تنشأ داخل حدود إقليم الدولة، حيث أنه لا يمكن أن يسمح في فرنسا بتعدد الزوجات لمساس التعدد بالأسس التي تقوم عليها الأسرة الفرنسية، في حين أنه إذا تم الزواج بأكثر من زوجة خارج فرنسا، فإن امتداد آثار هذه العلاقات إلى داخل الإقليم الفرنسي لا يחדش الشعور العام الفرنسي بنفس الدرجة<sup>158</sup>.

ومع ذلك فإن نفاذ الحق المكتسب في الخارج قد يتعارض مع معطيات النظام العام في دولة القاضي حتى في صورتها المخففة، لذلك حكم القضاء الفرنسي بعدم جواز التمسك بحق ملكية منقول اكتسب في الخارج وفقا لقانون الموقع باعتباره القانون الذي تشير قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيقه، لأن هذا القانون أجاز نزع الملكية دون تعويض، والاعتراف في فرنسا بحق الملكية المكتسب في الخارج على هذا الأساس يتعارض مع النظام العام الفرنسي حتى لو تعلق الأمر بصورته المخففة<sup>159</sup>.

<sup>156</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 105.

<sup>157</sup> هشام علي صادق وحفيظة سيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 218.

<sup>158</sup> فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 204.

<sup>159</sup> حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 193. هشام علي صادق وحفيظة سيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 218.

لذلك يذهب الفقه إلى أن الأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني الإنكار التام للنظام العام باعتباره حاميا للأسس الجوهرية في دولة القاضي<sup>160</sup>.

ومهما يكن من أمر فإنه لا يجوز في جميع الأحوال إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام في الجزائر بشأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالشريعة الإسلامية.

### 2- الغش نحو القانون

تتضمن جميع قواعد الإسناد فكرة مسندة وضابط إسناد على الأقل، غير أن هناك ضوابط إسناد قابلة للتغيير تبعا لإرادة أطراف العلاقة القانونية<sup>161</sup>، لذلك فقد يحدث عمليا أن يقوم أحد أطراف العلاقة القانونية بتغيير ضابط الإسناد قصد التوصل إلى تطبيق قانون معين، والتهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا<sup>162</sup>.

ومثال ذلك أن المادة 12 من القانون المدني الجزائري تنص على أن انحلال الزواج يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإذا كان الزوج تونسي الجنسية وقام بتغيير جنسيته قصد التهرب من تطبيق القانون التونسي الذي لا يتيح أحكامه الموضوعية فك الرابطة الزوجية، يكون قد ارتكب غشا نحو القانون.

هذا ويلاحظ أن الغش نحو القانون قد يكون حاصلًا نحو قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، أو نحو قانون أجنبي، غير أنه لا يمكن الحديث عن غش نحو القانون في جميع الأحوال ما لم يقم صاحب المصلحة بالتغيير في الاختصاص التشريعي باستخدام قواعد الإسناد، حيث أن التغيير يجب أن يكون بهدف تجنب الأحكام القانونية الواردة في القانون الواجب التطبيق<sup>163</sup>.

<sup>160</sup> هشام علي صادق وحفيظة سيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 218

<sup>161</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 216. وعز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص

557.

<sup>162</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 211.

<sup>163</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 562. وجبار محمد، المرجع السابق، ص 108.

### أ- نشأة نظرية الغش نحو القانون

ظهرت نظرية الغش نحو القانون بمناسبة قضية دي بوفرومون<sup>164</sup> التي تتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي دي بوفرومون واكتسبت الجنسية الفرنسية، ثم أرادت بعد ذلك الطلاق منه، واستحال عليها ذلك تطبيقاً لأحكام القانون الفرنسي الذي أشارت قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيقه نظراً لأن القانون الفرنسي لم يكن يسمح بالطلاق.

انتقلت السيدة دوبوفرومون إلى ألمانيا واكتسبت الجنسية الألمانية ثم تحصلت على الطلاق من زوجها الفرنسي وتزوجت بأمبر روماني يدعى بيبسكو وأقامت معه في فرنسا.

قام زوجها الأول برفع دعوى طلب فيها من القضاء الفرنسي الحكم ببطلان الزواج على أساس أن تجنس الزوجة كان بهدف التهرب من تطبيق القانون الفرنسي، وبالتالي فإن الطلاق لا يعد صحيحاً وبالتالي فإن الزواج الأول يظل قائماً.

قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول مستندة في ذلك إلى فكرة الغش نحو القانون، حيث أن الزوجة قامت بتغيير جنسيتها قصد التهرب من تطبيق القانون الفرنسي الذي يمنع الطلاق، وبالتالي فإن المحكمة قد توصلت إلى عدم نفاذ كل من الطلاق والزواج الثاني مع بقاء العلاقة الزوجية الأولى قائمة<sup>165</sup>.

<sup>164</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 1878, Princesse de Bauffremont, in Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, no 6, S. 1878. 1. 193, note Labbé ; JDI 1878. 505.

<sup>165</sup> جاءت إحدى حثيات القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية على النحو الآتي:

« Attendu que la demanderesse, Belge d'origine, est devenue française par son mariage avec le prince de Bauffremont, sujet français; que, séparée de corps et de biens, aux termes de l'arrêt du 1er août 1874, elle est néanmoins restée l'épouse du prince de Bauffremont et française, la séparation ayant pour effet seulement de relâcher le lien conjugal sans le dissoudre; qu'ainsi, elle était française et mariée en France, lors du mariage par elle contracté à Berlin avec le prince Bibesco, à la suite de la naturalisation par elle obtenue dans le duché de Saxe-Altenbourg; que l'arrêt attaqué n'a pas eu à statuer et n'a pas statué sur la régularité et la valeur juridique, en Allemagne et d'après la loi allemande, de ces actes, émanés de la seule volonté de la demanderesse; que, se plaçant uniquement au point de vue de la loi française, qui, en effet, domine le débat et s'impose aux parties, il a décidé que, même eût-elle été autorisée par son mari, la demanderesse ne pouvait être admise à invoquer la loi de l'Etat où elle aurait obtenu une nationalité nouvelle, à la faveur de laquelle, transformant sa condition de femme séparée en celle de femme divorcée, elle se soustrairait à la loi française, qui, seule, règle les effets du mariage de ses nationaux, et en déclare le lien indestructible qu'adoptant les motifs des premiers juges, il a, en outre, constaté en fait que, d'ailleurs, la demanderesse avait sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent, en établissant son

ب- شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط للدفع بالغش نحو القانون شرط مادي يتمثل في القيام بالتغيير الإرادي لضابط الإسناد وشرط معنوي يتمثل في ضرورة توفر نية التحايل أو الغش نحو القانون.

ب-1 - إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد

يشترط لإعمال الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي حصول تغيير إرادي في ضابط الإسناد، كما لو قام صاحب المصلحة بتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المال<sup>166</sup>.

حيث إن هذا التغيير لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن للإرادة أن تقوم بتغييرها، ويطلق الفقه على هذا الشرط مسمى العنصر المادي للغش، لأنه يقوم على إجراء ظاهر من قبل الأفراد، لا فرق في ذلك بين أن يكون هذا الإجراء ماديا كتغيير مكان إبرام العقد، أو إجراء قانونيا كتغيير الجنسية<sup>167</sup>.

هذا ويشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن تكون الوسيلة المستخدمة لتغيير ضابط الإسناد أو تغيير الظروف المحيطة بالعلاقة القانونية، وسيلة مشروعة لا تفسدها إلا النية أو الغرض الذي يريد صاحب المصلحة تحقيقه<sup>168</sup>.

أما إذا كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة، كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإن الجنسية الجديدة لا يتم الاعتراف بها نظرا لأنه تم الحصول عليها بطريق غير مشروع، ويبقى مرتكب الغش خاضعا لقانون جنسيته الأولى، ولا حاجة في مثل هذه الفرضية إلى اللجوء

---

*domicile dans l'Etat de Saxe-Altenbourg, mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage, et d'aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu'elle l'aurait acquise; qu'en décidant, dans ces circonstances, que des actes ainsi faits en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France n'étaient pas opposables au prince De Bauffremont, l'arrêt attaqué a statué conformément au principe de la loi française sur l'indissolubilité du mariage, et n'a violé aucune des dispositions de la loi invoquées par le pourvoi; Par ces motifs - Rejette. »*

<sup>166</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 562.

<sup>167</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، دار النهضة العربية، المرجع السابق، ص 218.

<sup>168</sup> نفس المرجع، ص 219.

لنظرية الغش نحو القانون، وإنما يكفي لعدم إفادة صاحب المصلحة من النتيجة التي أراد الحصول عليها، تقديم الدليل على أن الوسيلة المستخدمة لأجل ذلك هي في الحقيقة وسيلة غير مشروعة<sup>169</sup>.

### ب-2 - نية التحايل أو الغش نحو القانون

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد إرادياً، وإنما يجب أن يكون الهدف من هذا التغيير التهرب من أعمال القانون المختص بحكم العلاقة القانونية<sup>170</sup>، وهو ما يطلق عليه الفقه العنصر المعنوي في الغش نحو القانون<sup>171</sup>.

أما البحث في توفر نية الغش من عدمه فإنه يتعين على القاضي استخلاصه من ظروف الدعوى باعتباره مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا، وتطبيقاً لذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي استنتج سوء نية السيدة دوبرومون من كونها طلبت الطلاق في اليوم التالي لتجنسها بالجنسية الألمانية دون أن تتمكن من تبرير موقفها استناداً إلى سبب معقول<sup>172</sup>.

وبالتالي فإنه من بين القرائن التي تفيد قيام نية الغش حالة التلازم الزمني بين العنصر المادي ممثلاً في تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد<sup>173</sup>.

### ج- نطاق الغش نحو القانون

اتجه القضاء الفرنسي في البداية إلى أن مجال أعمال نظرية الغش يتحدد بالحالات التي يتم فيها التهرب من تطبيق القانون الفرنسي، وأسس الفقه الفرنسي لعدم أعمال هذه النظرية حين يتم التهرب من قانون أجنبي على أن ما يبرر اعتماد نظرية الغش نحو القانون يتمثل في أن التهرب من القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون القاضي هو الذي يؤدي إلى المساس بالمصالح العامة في دولة القاضي<sup>174</sup>.

<sup>169</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 214.

<sup>170</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 107.

<sup>171</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 215. و فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 220.

<sup>172</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 217.

<sup>173</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 222.

<sup>174</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 217.

وفي تحليل هذا الموقف ذهب بعض الفقه إلى أن اقتصار نظرية الغش نحو القانون على الحالات التي يتم فيها التهرب من القانون الوطني دون الحالات التي يتم فيها التهرب من تطبيق القانون الأجنبي يتماشى مع موقف القضاء الفرنسي الذي يعامل القانون الأجنبي معاملة الواقعة ويرفض رفعه إلى مرتبة القانون<sup>175</sup>.

واستند بعض الفقه في عدم اعتماد الغش نحو القانون حين يتم التهرب من تطبيق القانون الأجنبي، على أن وظيفة القاضي تتمثل في كفالة تطبيق القانون الوطني ومنع المتقاضين من مخالفته والتهرب من أحكامه، ولا يدخل في نطاق وظيفته العمل على منع التهرب من تطبيق القوانين الأجنبية والحرص على عدم مخالفتها<sup>176</sup>.

ومهما يكن من أمر فإن الفقه الحديث يرى أن الدفع بالغش نحو القانون يقوم على أساس اعتبارات خلقية، وبالتالي فإنه يتعين إعماله سواء كان التهرب حاصلًا نحو القانون الوطني أو القانون الأجنبي، كما أنه يلاحظ أن التحايل على القانون الأجنبي هو في حقيقة الأمر غش نحو القانون الوطني نفسه، لأن هدف الغش في النهاية يتمثل في الإفلات من تطبيق القانون المختص تطبيقًا لقاعدة الإسناد الوطنية التي قد تشير إلى تطبيق قانون وطني أو أجنبي<sup>177</sup>.

### د- أثر الغش نحو القانون

انقسم الفقه الفرنسي في تحديده لما إذا كان أثر الغش نحو القانون يقتصر على النتيجة أم أنه يتعداه ليشمل الوسيلة أيضًا إلى فريقين، يرى أولهما أن أثر الغش نحو القانون لا يقتصر على عدم نفاذ النتيجة التي كان يهدف الغاش إلى تحقيقها من خلال قيامه بتغيير ضابط الإسناد، وإنما يمتد ليشمل الوسيلة التي استعملها للتوصل إلى هذه النتيجة<sup>178</sup>.

وتطبيقًا لذلك فإنه في قضية دوبرومون لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته الأميرة إعمالًا للقانون الألماني، وإنما يجب أن يمتد أيضًا ليشمل عدم الاعتراف بالجنسية الألمانية نفسها باعتبارها الوسيلة المعتمدة للحصول على فك الرابطة الزوجية الأولى.

<sup>175</sup> حيار محمد، المرجع السابق، ص 108

<sup>176</sup> فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 224.

<sup>177</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 217.

<sup>178</sup> فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 226.

أما الفريق الثاني فيتمسك بأن أثر الدفع بالغش نحو القانون يقتصر على عدم نفاذ النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها بتغيير ضابط الإسناد دون أن يمتد ليشمل الوسيلة المعتمدة للوصول إلى هذه النتيجة<sup>179</sup>. وتطبيقا لذلك فإنه في قضية دوفرومون يقتصر أثر الغش نحو القانون على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني، ومعنى ذلك أنه يقتصر على عدم تحقق النتيجة التي أرادت الأميرة الحصول عليها عندما قامت بتغيير جنسيتها بغية التهرب من تطبيق القانون الفرنسي، أما التجنس بالجنسية الألمانية فيبقى منتجا لجميع آثاره في غير القضية المطروحة.

### هـ - موقف المشرع الجزائري من نظرية الغش نحو القانون

سكت المشرع الجزائري عن تنظيم الغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي إلى سنة 2005 تاريخ صدور القانون رقم 10-05 المؤرخ في 2005 والذي نص في المادة 24 منه على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي الذي يثبت له الاختصاص التشريعي بواسطة الغش نحو القانون.

ومعنى ذلك أن مشرعا أصبح يعتمد الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي، كما أنه أورد عبارة الغش نحو القانون مطلقة دون التفرقة بين القانون الوطني والأجنبي، ومعنى ذلك أن نظرية الغش نحو القانون لا تقتصر في القانون الجزائري على الغش نحو القانون الوطني، وإنما تمتد لتشمل الغش الحاصل نحو القانون الأجنبي أيضا<sup>180</sup>.

هذا ويتضح من نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري أن أثر الغش نحو القانون يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقا للضابط المفعل وإعادة حكم العلاقة للقانون الذي كان مختصا بحكمها والذي أراد الغاش التهرب من تطبيق أحكامه.

<sup>179</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 222.

<sup>180</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 108.

المحور الثاني: الحلول التطبيقية لقواعد التنازع

يمكن تصنيف الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري إلى ما يلي<sup>181</sup>:

الفئة الأولى: تشمل المسائل المتعلقة بالأشخاص

الفئة الثانية: الالتزامات العقدية

الفئة الثالثة: الالتزامات غير العقدية

الفئة الرابعة: تشمل المسائل المتعلقة بالأموال

أولاً- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للمسائل المتعلقة بالأشخاص

يقصد بالمسائل المتعلقة بالأشخاص جميع المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية، وهي مواضيع تختلف الدول في تحديدها للقانون الذي يحكمها، حيث يتحدد هذا القانون في بعض الدول بقانون الموطن كما هو الحال في القانون الانجليزي والقانون الأمريكي ، ويتحدد في دول أخرى بقانون الجنسية كما هو الحال في القانون الجزائري<sup>182</sup> وفي الكثير من الدول العربية وبعض الدول الأوروبية مثل فرنسا<sup>183</sup>.

لا يزال الفقه متنازعا فيما يتعلق بتحديد ما إذا كان يتعين إخضاع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لقانون الموطن أو لقانون الجنسية، ولكل فريق منه حججا نقترح التطرق لها فيما يلي بغية المفاضلة بين هذين الضابطين.

**1- حجج أنصار اعتماد ضابط الجنسية في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية**

- يرى أنصار ضابط الجنسية أن القانون الذي يتبعه الشخص بجنسيته هو الأولى بالتطبيق في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية على أساس أن هذا القانون من السهل تحديده، على خلاف الموطن الذي يسهل تغييره، وأنه نظرا لسهولة تغيير الموطن مقارنة بتغيير الجنسية، فإنه من الأفضل الاعتماد بضابط الجنسية باعتباره الضابط الأكثر استقرارا<sup>184</sup>.

<sup>181</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 201.

<sup>182</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 112.

<sup>183</sup> علي سليمان، المرجع السابق، ص 58.

<sup>184</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 247.

كما يرى أنصار تطبيق ضابط الجنسية أن رابطة الجنسية أكثر وضوحا من رابطة الموطن، حيث أنه يمكن الاهتداء إليها بسهولة، في حين أن الموطن يقوم على عناصر معنوية ليس من السهل التعرف عليها، صف إلى ذلك أن قانون الجنسية يعبر عن تقاليد المجتمع وتراثه ويعتبر انعكاسا لمزاجه وأخلاقه، كما أنه يعكس سيادة الدولة على إقليمها انطلاقا من أن سيادة الدولة ليست سيادة على الإقليم فقط، وإنما هي أيضا سيادة شخصية، وبالتالي فإن إقليم الدولة يجب أن يخضع للقوانين التي تصدرها، كما أن الأشخاص التابعين للدولة يخضعون هم أيضا وجوبا لقوانين هذه الدولة، وفي القول بإخضاعهم لقانون آخر مساس بالسيادة التشريعية لدولتهم<sup>185</sup>.

### 2- حجج أنصار اعتماد ضابط الموطن في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية

يرى أنصار ضابط الموطن أنه الضابط الأكثر ملائمة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية على أساس أن استقرار شخص ما في مكان معين يجعل ارتباطه بهذا المكان أكبر من ارتباطه بالدولة التي يحمل جنسيتها<sup>186</sup>، حيث أن تأثير الفرد بالمجتمع الذي يعيش فيه أقوى من تأثيره بمجتمع الدولة التي يحمل جنسيتها، بل وأكثر من ذلك فإن الشخص الذي يستقر في إقليم دولة ما ويجعل منه مركزا لنشاطه ومقرا لحياته الاجتماعية والعائلية، يرتبط بهذا الإقليم ويخضع للأفكار السائدة فيه، ويتطبع بطباعه، كما أنه ينفصل تدريجيا عن المجتمع الذي ينتمي إليه بجنسيته<sup>187</sup>.

ومن جهة أخرى يذهب أنصار ضابط الموطن إلى أنه لا يصح التسليم بأن تغيير الموطن يعد أمرا يسيرا، لأن هذا التغيير لا يخضع بالضرورة لإرادة الشخص وحدها، ولا يصح القول أيضا بأن تحديد موطن الشخص ليس أمرا يسيرا<sup>188</sup>.

ومن أهم الحجج التي يتمسك بها أنصار ضابط الموطن أيضا كونه يحقق وحدة النظام القانوني الذي يخضع له أفراد الأسرة باعتبار أن الأسرة تتوطن في الغالب في مكان واحد رغم اختلاف جنسية الزوجين<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 239.

<sup>186</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 59.

<sup>187</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 240.

<sup>188</sup> هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 258.

<sup>189</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58. و هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 258.

هذا ويحقق قانون الموطن المصالح العليا لدول الهجرة التي تسعى إلى إدماج المهاجرين في مجتمعاتها، كما أنه يتوافق مع قانون دولة القاضي لأن الشخص غالباً ما يرفع دعواه أمام قاضي الدولة التي يتوطن فيها<sup>190</sup>.

### 3- المفاضلة بين ضابط الموطن وضابط الجنسية

لا شك في أن هناك عدة اعتبارات تحكم الدول في اعتماد ضابط الموطن أو تفضيل ضابط الجنسية وفقاً لسياساتها التشريعية وما تريد تحقيقه من أهداف، حيث أن الدول المستوردة للسكان غالباً ما تعتمد ضابط الموطن لتوحيد القانون الواجب التطبيق على جميع المتوطنين في إقليمها، بينما تعتمد الدول المصدرة للسكان ضابط الجنسية ضماناً للمد من مجال تطبيق قوانينها المتعلقة بالأحوال الشخصية على مواطنيها أينما وجدوا<sup>191</sup>.

### 4- الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اعتمد ضابط الجنسية في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، غير أن أعمال هذا الضابط قد تعترضه صعوبات عملية، كما لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسية، وتبين أن الأمر يتعلق بشخص متعدد الجنسيات أو عديم الجنسية.

#### أ- القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات

تنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

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 الدولة.

ومعنى ذلك أنه يتعين التفرقة فيما يتعلق بالشخص متعدد الجنسية بين حالتين:

<sup>190</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 204.

<sup>191</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 60.

**الحالة الأولى** هي التي تكون فيها الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة وفيها يتم إخضاع الشخص للقانون الجزائري.

وبناء على ذلك فإنه إذا كان الشخص حاملا للجنسية الجزائرية، وجب على القاضي الجزائري إخضاعه للقانون الجزائري في كل ما يتصل به من نزاعات، طالما كانت قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون الجنسية، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان الشخص حاملا للجنسية الجزائرية وحدها، وبين ما إذا كان حاملا لهذه الجنسية رفقة جنسيات أخرى، إذ أن المادة 22 من القانون المدني الجزائري توجب تفضيل قانون الجنسية الجزائرية على غيره من القوانين.

**الحالة الثانية** هي التي لا تكون فيها الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة وفيها يتم إخضاع الشخص تطبيقا للمادة 22 من القانون المدني الجزائري لقانون الدولة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها من الجنسيات المتنازعة، وهو ما يطلق عليه الفقه الدولي مصطلح الجنسية الفعلية، وما سماه المشرع الجزائري بالجنسية الحقيقية، مما يدعونا إلى دعوته للتخلي على هذا المصطلح لأن جميع الجنسيات حقيقية<sup>192</sup>.

ويلاحظ أن ملامح فكرة الجنسية الفعلية بدأت في الظهور منذ أواخر القرن التاسع عشر وأكدها محكمة العدل الدولية في 9 أبريل 1955 موضحة أن الجنسية الفعلية هي الجنسية التي تتفق مع الواقع وتقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي يحمل جنسياتها<sup>193</sup>.

وتتمثل العناصر الواقعية التي يمكن الاعتماد عليها في تحديد الجنسية الفعلية في موطن الفرد ولغته ومقر عمله وروابطه العائلية واشتراكه في الحياة العامة، وهي أمور واقعية تخضع لسلطة قضاة الموضوع التقديرية<sup>194</sup>.

### ب- القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية

نقصد هنا الحالة التي تشير فيها قاعد الإسناد إلى تطبيق قانون جنسية شخص ما ويتبين أنه عديم الجنسية، وهي الحالة التي كان المشرع الجزائري قد تناولها في المادة 22 من القانون المدني القديم بالنص على منح القاضي الوطني سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الشخص، مما أدى إلى انتقاده

<sup>192</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 112.

<sup>193</sup> هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 260.

<sup>194</sup> نفس المرجع والصفحة.

فقها<sup>195</sup> على أساس أن موقفه فيه مخالفة لنص المادة 12 من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بعديمي الجنسية التي صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي مؤرخ في 8 جوان 1964، والتي تنص على إخضاع عديمي الجنسية لقانون الموطن أو محل الإقامة، وهو ما يتفق مع ما نصت عليه المادة 221 من قانون الأسرة التي تنص على تطبيق قانون الأسرة على الجزائريين وكذا على المقيمين في الجزائر.

ويبدو أن المشرع الجزائري تأثر بالموقف الفقهي فعدل عن موقفه القاضي بمنح القاضي الجزائري صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية، إلى النص بمناسبة تعديل القانون المدني سنة 2005 بالقانون رقم 10-05، على أنه إذا تعلق الأمر بعديم الجنسية فإن القاضي الجزائري يجب أن يخضعه لقانون محل إقامته.

### ثانيا- الحلول الوضعية في شأن المسائل المتعلقة بالأشخاص

#### 1- الحالة

تنص المادة 1/10<sup>1</sup> من القانون المدني الجزائري المعدلة عام 2005 على أنه يسري على الحالة المدنية للأشخاص قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، وهو ما يعني أن حالة الشخص تخضع لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها.

والمقصود هنا الحالة المدنية للشخص الطبيعي والتي تتعلق باسمه وموطنه ومركزه من أسرته باعتباره أبا أو زوجا أو أخا، ومن حيث كونه راشدا أو قاصرا، سليم العقل أو مصابا بعاهة عقلية، متزوجا أو أرمل أو أعزب<sup>196</sup>، كما أن الحالة المدنية للشخص تشمل أيضا صفته الدينية من حيث كونه مسلما أو مسيحيا أو يهوديا، لا سيما في الدول الإسلامية التي تمنح الدين أهمية خاصة، تؤدي إلى اختلاف الأحوال الشخصية فيها باختلاف الأديان<sup>197</sup>.

ومهما يكن من أمر فإنه يتعين استثناء الشخص المعنوي من مجال تطبيق المادة 1/10<sup>1</sup> من القانون المدني والذي يخضع فيما يتعلق بتنظيمه وإدارته والتصرفات التي تصدر منه لقانون الدولة التي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي والفعلي تطبيقا للفقرة الثالثة من نفس المادة، وإذا كان للشخص الاعتباري نشاط في

<sup>195</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 123.

<sup>196</sup> نفس المرجع، ص 115.

<sup>197</sup> علي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

الجزائر فإن التصرفات التي تصدر عنه تخضع تطبيقاً للمادة 4/10 من القانون المدني للقانون الجزائري وحده<sup>198</sup>.

## 2- الأهلية

تنص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم."

وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على ما يلي:

"ومع ذلك ففي التصرفات التي المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة."

وبناء على ذلك فإن المشرع الجزائري بصدد تحديده للقانون الواجب التطبيق على الأهلية نص على مبدأ عام تضمنته الفقرة الأولى للمادة 10 من القانون المدني، واستثناء جاء به في الفقرة الثانية من نفس المادة.

### أ- المبدأ العام الوارد في المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري

تنص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري على إخضاع أهلية الأشخاص الطبيعيين لقانون الجنسية، غير أن الأهلية أنواع فهي إما:

**أهلية أداء** ويقصد بها صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية التي تكسبه حقوقاً وتحمله بالتزامات، وتنقسم إلى أهلية أداء عامة وهي الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة بأن يكون المتصرف مميزاً وأهلية أداء خاصة تتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من القيام ببعض التصرفات القانونية رغم أنهم راشدون<sup>199</sup>، ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة 420 من القانون المدني الجزائري من أنه لا يجوز للقضاء ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين والموثقين وكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه في الحالات التي يكون فيها النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً، وما

<sup>198</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 64 و65. و جبار محمد، المرجع السابق، ص 115.

<sup>199</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 223.

نصت عليه أيضا المادة 408 من القانون المدني الجزائري من أن المريض مرض الموت إذا تصرف بالبيع فإن تصرفه لا يكون ناجزا إلا إذا أجازه باقي الورثة.

أو

**أهلية وجوب:** وهي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق والتحمل بالتزامات، والمقصود هنا صلاحية الشخص لأن يكون صاحب حق كأن يكون مالكا لعقار أو منتفعا به، أو أن يكون مكلفا بالتزام كأن يكون مدينا، وهي تثبت للشخص بمجرد الميلاد باعتبارها أحد مظاهر الشخصية القانونية<sup>200</sup>.

**فهل قصد المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المدني التي تخضع الأهلية لقانون الجنسية أهلية الأداء أم إنه قصد أهلية الوجوب؟ وإذا كان قد قصد أهلية الأداء فهل قصد أهلية الأداء العامة أم الخاصة؟**

يتفق الفقه الجزائري على أن أهلية الأداء العامة هي التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة للمادة 10 من القانون المدني الجزائري وهي التي تخضع بالتالي لقانون جنسية المتصرف<sup>201</sup>، والجنسية المقصودة هي الجنسية التي يحملها المعني بالأمر وقت إبرام التصرف<sup>202</sup>، مما يعني أنه إذا قام الشخص بتصرف ما يعتبره قانون جنسيته أهلا للقيام به، فإن هذا التصرف يظل صحيحا حتى ولو أقدم هذا الشخص على تغيير جنسيته في تاريخ لاحق، وكان قانون جنسيته الجديدة يعتبره غير ذي أهلية<sup>203</sup>.

أما أهلية الأداء الخاصة فإنها تخرج من مجال أعمال هذه المادة شأنها في ذلك شأن أهلية الوجوب، حيث أن أهلية الأداء الخاصة تخضع للقانون الذي يحكم التصرف نفسه<sup>204</sup>، ومثال ذلك أنه إذا قامت زوجة يونانية بكفالة زوجها كفالة عينية، بأن قدمت عقارا مملوكا لها في الجزائر لأجل كفالة دين الزوج مع أن القانون اليوناني يمنعها من ذلك، فإن هذا العقد يعتبر صحيحا وفقا للقانون الجزائري ولكنه باطل في القانون اليوناني، غير أنه يتعين على القاضي الجزائري الحكم بصحة العقد تطبيقا للقانون الجزائري، وسبب أعمال القانون الجزائري في تقدير صحة الكفالة العينية هو أن أهلية الأداء الخاصة تخضع لنفس

<sup>200</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 120.

<sup>201</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 116. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص 65.

<sup>202</sup> ذلك ما ذهب إليه الفقه المصري بمناسبة تحليله للمادة 11 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 10 من القانون المدني الجزائري على أساس أن الأهلية من شروط صحة التصرف، والمفروض أن يتم تقدير صحة التصرف عند انعقاده، يراجع في ذلك: وهشام علي الصادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 306.

<sup>203</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 308.

<sup>204</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 117.

القانون الذي يحكم التصرف وهو القانون الجزائري تطبيقاً للمادة 2/19 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن العقود التي يكون محلها عقار تخضع لقانون موقع العقار<sup>205</sup>.

وكما هو حال أهلية الأداء الخاصة فإن أهلية الوجوب لا تخضع لقانون واحد وإنما يختص بحكمها القانون الذي يحكم الحق الذي يراد تحديده ما إذا كان الشخص متمتعاً به، إذ أن حق الشخص في الميراث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وحق الزوج في الزواج من امرأة ثانية يخضع لنفس القانون الذي يحكم الزواج، وحق الشخص في التملك يخضع لقاعدة الإسناد المتعلقة بالتملك، على أن تطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في مثل هذه الحالات وغيرها مرهون بالبحث في القواعد القانونية المتعلقة بمركز الأجنبي من حيث جواز تمتعه بالحق من عدمه، مما يعني أنه إذا تبين للقاضي الجزائري مثلاً أن القواعد القانونية في الجزائر تمنع الأجنبي من التملك مثلاً، فإنه لا يعود هناك ما يبرر البحث عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية<sup>206</sup>.

### **ب- الاستثناء الوارد في المادة 2/10 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم**

#### **الأهلية**

بعد أن نص المشرع الجزائري في المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري على وجوب تقدير أهلية الأداء بالنظر إلى قانون جنسية المتصرف، عاد لينص في الفقرة الثانية من نفس المادة على استثناء يتعلق بالحالة التي يتعاقد فيها جزائري مع أجنبي، ثم يتبين أن هذا الأجنبي كامل الأهلية طبقاً للقانون الجزائري ولكنه ناقص الأهلية طبقاً للقانون الأجنبي.

والواقع أن نزاعاً مماثلاً كان قد عرض على محكمة النقض الفرنسية في قضية تعرف بقضية ليزاردي<sup>207</sup> التي صدر فيها حكم محكمة النقض في 16 جانفي 1861 والتي تتعلق وقائعها بشاب مكسيكي يبلغ من العمر 23 سنة قام بشراء مجوهرات من متجر فرنسي وقام بتحرير سندات عليه بالثمن، وعند مطالبته بالسداد احتج بنقص أهليته على أساس أن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة.

<sup>205</sup> هذا المثال ساقه الفقه المصري بمناسبة تحليله لما أطلق عليه مصطلح موانع التصرف قاصداً أهلية الأداء الخاصة باعتبارها من المسائل التي تخرج من مجال تطبيق المادة 11 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 10 من القانون المدني الجزائري، يراجع في ذلك: هشام علي الصادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 308.

<sup>206</sup> هذا المثال ساقه الفقه المصري بمناسبة تحليله لأهلية الوجوب باعتبارها من المسائل التي تخرج من مجال تطبيق المادة 11 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 10 من القانون المدني الجزائري، يراجع في ذلك: هشام علي الصادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 307.

<sup>207</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 232.

غير أن محكمة النقض الفرنسية أيدت قضاة الموضوع في حكمهم القاضي بصحة السندات وإلزام الشاب المكسيكي بالدفع، وجاء في حيثيات الحكم "إنه لا يجوز أن يفترض في الشخص الفرنسي العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد، وعلى ذلك يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفة، وبغير رعونة، وأن يكون حسن النية."

ذلك هو نفس ما اعتمده المشرع الجزائري بموجب المادة 2/10 من القانون المدني باعتبارها استثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بإخضاع الأهلية لقانون الجنسية، غير أن هذا الاستثناء لا يمكن تطبيقه إلا في حالة ما إذا توافرت جملة من الشروط هي<sup>208</sup>:

- أن يكون التصرف ماليا، أما التصرفات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية فإنها لا تدخل في هذا الاستثناء

- أن يكون التصرف مبرما في الجزائر ومرتباً لآثاره فيها.

- أن يكون أحد الأطراف جزائرياً كامل الأهلية طبقاً للقانون الجزائري وأن يكون الطرف الآخر أجنبياً

- أن يكون الأجنبي كامل الأهلية طبقاً للقانون الجزائري وناقصها طبقاً لقانون جنسيته

- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعاً إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، ومعنى ذلك أن يكون الطرف الجزائري حسن النية جاهلاً بنقص أهلية الأجنبي، أما إذا كان نقص أهلية الأجنبي ظاهراً لا خفاء فيه فلا مجال لإعمال الاستثناء الوارد في المادة 2/10 من القانون المدني الجزائري.

### 3- الزواج

نقوم فيما يلي بتحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، مع العلم ما أن تحديد ما يندرج ضمن الشروط الموضوعية والشكلية، يعتبر مسألة تكييف تخضع للقانون الجزائري تطبيقاً للمادة التاسعة من القانون المدني على النحو الذي سبق بيانه.

<sup>208</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66. وجبار محمد، المرجع السابق، ص 119 وأعراب بلقاسم، ص 221.

### أ- الشروط الموضوعية المتطلبية في عقد الزواج

لا ينشأ عقد الزواج صحيحا ما لم يكن مستوفيا لجملة من الشروط الموضوعية وتتمثل في القانون الجزائري في تراضي الزوجين وتوافرها على الأهلية إضافة إلى موافقة الولي وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

ويتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق لتقدير صحة عقود الزواج من الناحية الموضوعية أن نتناول بالتحليل نصين قانونيين هما المادة 11 من القانون المدني والمادة 13 من نفس القانون.

#### القاعدة العامة الواردة في المادة 11 من القانون المدني الجزائري

تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين."

ومعنى ذلك أن تقدير صحة عقد الزواج من الناحية الموضوعية يخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين<sup>209</sup>، فإذا تعلق الأمر بزوجين تونسيين مثلا فإن عقد الزواج يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إذا استوفى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون التونسي، وإذا تعلق الأمر بزوجين فرنسيين فإن عقد الزواج يكون صحيحا متى استوفى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الفرنسي.

وبناء على ذلك فإن تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين لتحديد صحة عقد الزواج موضوعا من عدمها لا يثير أي إشكال في حالة اتحاد جنسية الزوجان كما في المثالين السابقين، غير أن الأمور تختلف في الحالة التي تختلف في جنسية الزوج عن جنسية الزوجة كما لو كان أحدهما تركي الجنسية والآخر عراقي.

يثور في هذه الحالة إشكال يتعلق بتطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وهي حالة انقسم الفقه الدولي بشأنها إلى فرقتين ذهب أولهما إلى وجوب تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين تطبيقا جامعا، بينما تمسك ثانيهما بوجوب التطبيق الموزع للقانونين<sup>210</sup>.

<sup>209</sup> يشترك القانون الجزائري مع القانون المصري في كونه لم يحدد الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوجين، غير أنه من المفهوم بداهة أن العبرة بوقت انعقاد الزواج باعتباره الوقت الذي يتعين فيه توافر الشروط الموضوعية المطلوبة لصحة عقد الزواج، يراجع في ذلك: فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 254. و هشام علي الصادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 272.

<sup>210</sup> عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 265.

ومقتضى التطبيق الجامع أن القول بصحة عقد الزواج من الناحية الموضوعية يتطلب أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني إضافة إلى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون الزوج الآخر، أما التطبيق الموزع فمقتضاه أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط<sup>211</sup>.

هذا ويرى الفقه الجزائري أنه يتعين تطبيق قانون الجنسية المشتركة باعتباره قانونا يحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج تطبيقا موزعا باستثناء موانع الزواج التي يتعين تطبيقها تطبيقا جامعا، ومعنى ذلك أن صحة عقد الزواج تتطلب مسألتين تتمثل أولاهما في أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، وتتعلق ثانيهما بأن يكون كلا منهما خاليا من موانع الزواج المنصوص عليها في قانونه الوطني وموانع الزواج المنصوص عليها في قانون جنسية الزوج الآخر<sup>212</sup>.

### الاستثناء الوارد في المادة 11 من القانون المدني الجزائري

تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 والمادة 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج."

ومعنى ذلك أن الشروط الموضوعية لعقد الزواج تخضع للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، حيث أنه يتعين تقدير صحة عقد الزواج من الناحية الموضوعية في القانون الجزائري بالنظر للقانون الجزائري وحده متى تبين للقاضي الجزائري أن أحد الزوجين كان حاملا للجنسية الجزائرية وقت إبرام عقد الزواج حتى ولو فقدتها بعد ذلك<sup>213</sup>.

ومع ذلك فإن تقدير أهلية الطرفين تبقى خاضعة للقاعدة العامة والتي يتعين بمقتضاها تقدير ما إذا كان الزوجان يتمتعان بالأهلية تطبيقا لقانون جنسية كل منهما، ومقتضى ذلك أنه يجب أن يكون الزوج متمتعاً بالأهلية تطبيقاً لقانونه الوطني وأن تكون الزوجة متمتعة بالأهلية تطبيقاً لقانونها الوطني<sup>214</sup>.

<sup>211</sup> فؤاد رياض وسامية راشد/ مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولي، المرجع السابق، ص 254 و255.

<sup>212</sup> حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 122 و123.

<sup>213</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

<sup>214</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 123.

ب- الشروط الشكلية لعقد الزواج

يقصد بشكل الزواج المظهر الخارجي للإعلان عن الزواج، وهو يتضمن كل الإجراءات ومسائل الاختصاص المتطلبية للإعلان عن الزواج وإشهاره<sup>215</sup>.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري يلاحظ أن عقد الزواج قد يبرم إما أمام ضابط الحالة المدنية، أو أمام الموثق الذي يلزم باتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيل الزواج أمام مصلحة الحالة المدنية خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبرام العقد، كما أنه قد يتخذ شكلا دينيا ضمن ما يطلق عليه اسم الزواج بالفاتحة الذي يتم تثبيته عن طريق حكم قضائي<sup>216</sup>

ويتمثل الإطار التشريعي الذي يحكم شكل عقد الزواج في القانون الجزائري في جملة من النصوص القانونية يمكن حصرها فيما يلي<sup>217</sup>:

**- المادة 19 من القانون المدني الجزائري:**

وهي قاعدة إسناد تحدد ضوابط الإسناد التي تحكم شكل جميع العقود وتنص على ما يلي:

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

ويجوز أن تخضع أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية."

ومعنى ذلك أن عقد الزواج يكون صحيحا من الناحية الشكلية إذا جاء محترما للشكل المطلوب في قانون محل الإبرام، أو ذلك الذي يتطلبه قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للزوجين.

**- المادة 95 من قانون الحالة المدنية**

وهي قاعدة إسناد تحدد القانون الذي يحكم شكل جميع عقود الحالة المدنية المبرمة في الخارج بما في ذلك عقود الزواج بالنص على ما يلي:

" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حُرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد."

<sup>215</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70

<sup>216</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 124.

<sup>217</sup> نفس المرجع، ص 124 وما يليها، وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 238.

ومعنى ذلك أن عقد الزواج المبرم في الخارج، يعتبر صحيحا من الناحية الشكلية إذا استوفى الشروط المنصوص عليها في قانون محل الإبرام، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان أطرافه جزائريين أو أجنبيا.

### - المادة 1/97 من قانون الحالة المدنية

وهي قاعدة إسناد تولت تحديد القانون الواجب التطبيق في تقدير صحة عقود الزواج من الناحية الشكلية، ولكنها تتعلق بعقود الزواج المبرمة في الخارج بين جزائريين، أو تلك التي يكون فيها الزوج جزائريا، وقد نصت على ما يلي:

" إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد بشرط ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"

تتعلق هذه المادة بعقود الزواج المبرمة في الخارج بين جزائريين، وتلك المبرمة في الخارج والتي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية وتخضعها من حيث الشكل لقانون واحد هو قانون محل الإبرام، مع إلزام المتزوج بأجنبية بمراعاة الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج المنصوص عليها في القانون الجزائري.

أما الزواج المبرم في الخارج بين جزائرية وأجنبي فقد أقصاه المشرع الجزائري من نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، وقد ذهب الفقه إلى أن سبب ذلك يتمثل في كونه تخوف من إبرام الجزائريات لعقود زواج في الخارج بغير المسلمين، غير أن هذا التخوف ليس في محله على أساس أن إخضاع الزواج من الناحية الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة من شأنه أن يحول دون إمكانية الحكم بصحة زواج الجزائرية بغير المسلم في جميع الأحوال<sup>218</sup>.

### المادة 96 من قانون الحالة المدنية:

إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية."

ومعنى ذلك أن الزواج المبرم بين جزائريين في الخارج أمام ممثل دبلوماسي جزائري أو قنصل جزائري، يكون صحيحا متى استوفى الشروط الشكلية والموضوعية لصحة عقود الزواج في القانون الجزائري.

<sup>218</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 243.

**المادة 97/2<sup>3</sup> من قانون الحالة المدنية:**

ويجري مثل ذلك – أي أن الزواج يكون صحيحا- بالنسبة لزواج تم إبرامه في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية.

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي تتحدد بموجب مرسوم.

لقد تصدى المشرع الجزائري بموجب هذه المادة للحالة التي يبرم فيها عقد الزواج في الخارج بين جزائري وأجنبية، وفرق بشأنها بين حالتين تتعلق أولاهما بالحالة التي تكون فيها الزوجة الأجنبية حاملة لجنسية الدولة المضيفة، وهي الحالة التي يجوز فيها للأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر إبرام عقد الزواج طبقا للقوانين الجزائرية، خلافا للحالة التي يكون فيها الزوجة أجنبية عن الدولة التي يوجد الممثل الدبلوماسي الجزائري أو القنصل الجزائري على أراضيها، وهي الحالة التي يتطلب فيها المشرع الجزائري أن يكون الممثل الدبلوماسي أو القنصل الجزائري يمارسان لنشاطهما في إحدى الدول المحددة بموجب مرسوم لم يتم إصداره لحد الآن.

**ج - آثار عقد الزواج**

يتعلق الأمر هنا بتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج وهي إشكالية لا يمكن أن تثور إلا إذا كان عقد الزواج صحيحا من الناحية الشكلية والموضوعية معا.

**ج-1- الآثار الشخصية لعقد الزواج**

تنقسم آثار عقد الزواج الشخصية إلى آثار شخصية محضة مثل حق الزوجة في زيارة أهلها وواجب احترام الزوجة لأهل زوجها، وآثار شخصية ذات طابع مالي كالتزام الزوج بالإففاق على الزوجة، وهي جميعها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 12/1 من القانون المدني<sup>219</sup>.

غير أن المادة 13 من نفس القانون تنص وجوب تطبيق القانون الجزائري وحده في الحالة التي يكون فيها أحد أطراف العقد جزائريا وقت انعقاد الزواج، وهو استثناء يجد مجالا لإعماله في الحالة التي

<sup>219</sup> هشام علي الصادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 281.

تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبيا وقت إبرام عقد الزواج فقط، لأن الزوج إذا كان حاملا للجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج وجب إخضاع آثار عقد الزواج الشخصية للقانون الجزائري دون النظر في ذلك لما إذا كانت الزوجة جزائرية أو أجنبية<sup>220</sup>.

### ج-2- الآثار المالية لعقد الزواج

يقصد بالآثار المالية لعقد الزواج الآثار التي يترتبها الزواج على أموال الزوجين، والمعروف في الشريعة الإسلامية أن الذمة المالية للزوجة مستقلة عن الذمة المالية للزوج<sup>221</sup>، غير أن المشرع الجزائري ارتأى أن يخرج عن هذا المبدأ بمناسبة تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، حيث نص في المادة 37 من هذا القانون على أنه "يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما".

وتحقيقا للتناسق بين النصوص القانونية ألحق المشرع الجزائري الآثار المالية لعقد الزواج بالآثار الشخصية له بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2005 حيث نص على إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بمقتضى المادة 1/12 من هذا القانون مع وجوب مراعاة ما جاء في المادة 13 من وجوب تطبيق القانون الجزائري وحده في الحالة التي يكون فيه أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج، وهو الاستثناء الذي يجد مجالا لإعماله عندما تكون الزوجة جزائرية والزوج أجنبيا وقت إبرام عقد الزواج فقط، لأن الزوج إذا كان حاملا للجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج وجب إخضاع آثار عقد الزواج المالية للقانون الجزائري دون النظر في ذلك لما إذا كانت الزوجة جزائرية أو أجنبية<sup>222</sup>.

ومع ذلك يرى الفقه الجزائري أنه إذا اتفق الزوجين على كيفية إدارة أموالهما المشتركة بعد الزواج وتحديد حصة كل واحد لهما فيها، فإن الأمر سيصبح متعلقا بنظام مالي اتفاقي يتعين إخضاعه من الناحية الموضوعية لقانون الإرادة، ومن الناحية الشكلية لنفس ضوابط الإسناد المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني باعتبارها النص الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على شكل العقود عموما<sup>223</sup>.

<sup>220</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 128.

<sup>221</sup> حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 111.

<sup>222</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 130 و131.

<sup>223</sup> نفس المرجع، ص 131.

د- انقضاء الزواج

تتمثل طرق فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والطلاق بالتراضي والخلع<sup>224</sup>.

وبالرجوع إلى قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد جمع جميع هذه الطرق ضمن فكرة مسندة واحدة، أطلق عليها مصطلح انحلال الزواج وأخضعها لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

كان ذلك منذ سنة 1975 تاريخ صدور القانون المدني بموجب الأمر 57-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، حيث كانت المادة 2/12 من هذا القانون تنص على ما يلي: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."

غير أن المشرع الجزائري ارتأى إلحاق الانفصال الجثماني بطرق فك الرابطة الزوجية بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2005 بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 فقام بتعديل المادة 2/12 من القانون المدني التي أصبحت تنص على ما يلي: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجثماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."

ومقتضى الانفصال الجثماني أن يتم التفريق بين الزوجين في الفراش مع بقاء العلاقة القانونية قائمة، على أنه يلاحظ أن الدول الغربية التي تعتمد هذا النظام منقسمة بين دول لا تقبل تحويل الانفصال الجثماني إلى طلاق، ودول يتحول فيها الانفصال الجثماني إلى طلاق بمرور مدة زمنية معينة<sup>225</sup>.

هذا النظام يخالف في معناه أحكام الشريعة الإسلامية ولا يوجد لدينا أي تفسير فيما يتعلق بسبب إلحاق المشرع الجزائري له بطرق فك الرابطة الزوجية بمناسبة تعديله لقواعد الإسناد سنة 2005 .

ومهما يكن من أمر فإن جميع طرق فك الرابطة الزوجية تخضع في القانون الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، مع وجوب مراعاة الاستثناء المنصوص عليه في المادة 13 من القانون المدني باعتبارها قاعدة إسناد أراد المشرع الجزائري من خلالها إخضاع فك الرابطة الزوجية للقانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج.

<sup>224</sup> تراجع المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>225</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 131.

تنص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وإذا توفي الأب قبل ولادة الطفل فيطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته."

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يخضع النسب لقانون جنسية الأب باعتباره عنصر الثقل في العلاقة القانونية، غير أن جنسية الأب تعتبر عنصر ثقل في النسب الشرعي المتعلق بالابن المولود من أبوين يربطهما عقد زواج شرعي، وبذلك فإن المادة المذكورة تناولت في حقيقة الأمر تحديد ضابط الإسناد الذي يحكم النسب الشرعي، وسكنت عن تحديد الضابط المتعلق بالنسب الطبيعي، وهو نسب الطفل المولود خارج إطار عقد الزواج والذي يتقرر وفق أحكام الشريعة الإسلامية لجهة الأم، ويخضع بالتالي لقانون جنسية الأم باعتبارها عنصر الثقل في العلاقة القانونية دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان الأب معروفاً أو مجهولاً<sup>226</sup>.

هذا وينتج عن ثبوت النسب الشرعي في جميع الأحوال آثار قانونية كالميراث، وآثار أخرى تتعلق بالولاية على النفس والمال، مما يتطلب تحديد القانون الذي يحكم هذه الآثار.

فبالنسبة للميراث يتم تطبيق المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي تنص على إخضاع الميراث لقانون جنسية الهالك وقت الوفاة، أما الولاية على النفس فتخضع للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج والذي يتحدد تطبيقاً للمادة 1/12 بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج مع وجوب مراعاة الاستثناء الوارد في المادة 13 من نفس القانون والذي يتعلق بالحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائرياً وقت انحلال الزواج على النحو الذي سبق بيانه.

أما بالنسبة للولاية على مال الطفل فتخضع لقانون جنسيته تطبيقاً للمادة 15 من القانون المدني التي تنص على أن قانون الشخص المشمول بالحماية هو الذي يبين الأحكام الموضوعية المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم القانونية المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين<sup>227</sup>.

<sup>226</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 134.

<sup>227</sup> نفس المرجع، ص 137.

تنص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل."

ومعنى ذلك أن صحة عقد الكفالة من الناحية الموضوعية يقتضي احترام الشروط الموضوعية المنصوص عليها في كل من جنسية الكفيل والمكفول معاً، ويرى الفقه الغالب وجوب تطبيق هذين القانونين تطبيقاً موزعاً إلا فيما يتعلق بموانع الكفالة التي يتعين تطبيقها تطبيقاً جامعاً مما يعني وجوب خلو كل من الكفيل والمكفول من موانع الكفالة المنصوص عليها في قانونيهما معاً<sup>228</sup>.

أما صحة الكفالة من الناحية الشكلية فإنه يخضع لنفس ضوابط الإسناد التي تنص عليها المادة 19 من القانون المدني باعتبارها نصاً عما يتعين تطبيقه بشأن جميع التصرفات القانونية.

هذا ويلاحظ في الأخير أن المشرع الجزائري ألحق التبني بالكفالة بالنص على أنه يخضع لنفس أحكامها لجهة تحديد القانون الذي يحكمها مع أن التبني ممنوع شرعاً وقانوناً بصريح عبارات نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري التي ما زالت سارية والتي تصطدم بوضوح مع مقتضيات قاعدة الإسناد المحددة للقانون الواجب تطبيقه لتقدير صحة التبني من عدمه، بشكل يظهر تناقض التشريع الجزائري، من حيث كونه يمنع التبني في إطار العلاقات الداخلية بما يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية، ثم يورد قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على نفس هذه العلاقة القانونية في حالة حصول تنازع للقوانين بشأنها.

ذلك أن تطبيق المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري كفيل بأن يجعل القاضي الجزائري يستبعد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الجزائرية في الحالة التي يتبين له فيها أن هذا القانون يجيز التبني، على أساس أن هذا القانون فيه مخالفة للنظام العام الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية التي يتدخل فيها النظام العام بكل قوة باعتباره مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي، والتي لا يقبل بشأنها تطبيق الأثر المخفف للنظام العام.

## 6- النفقة بين الأقارب

تنص المادة 14 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها."

<sup>228</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 135.

والواقع أن نص هذه المادة يتعلق بالنفقة التي تتقرر بين الحواشي والأصهار<sup>229</sup> ، كما يلاحظ أن عبارة ما بين الأقارب الواردة به وردت أيضا في المادة 15 من القانون المدني المصري، وهي عبارة تمت إضافتها لدفع شبهة أن تكون هذه النفقة شاملة للنفقة الزوجية وفق ما يتبين من الأعمال التحضيرية للقانون المصري<sup>230</sup>.

و بناء على ذلك فإن مجال تطبيق المادة 14 من القانون المدني الجزائري لا يشمل النفقة المستحقة للزوجة في مواجهة زوجها ، حيث أن النفقة المقررة للزوجة تخضع لنفس القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج مع مراعاة الاستثناء المتعلق بالحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية وقت إبرام عقد الزواج.

و لا يشمل نص هذه المادة أيضا النفقة المقررة للولد في مواجهة أبيه والتي تخضع لقانون جنسية الأب لكونها أثر من آثار النسب مع مراعاة الاستثناء المتعلق بوجوب تغليب القانون الجزائري في الحالة التي تكون فيها الأم جزائرية والأب أجنبيا<sup>231</sup>.

### 7- حماية القصر

تنص المادة 15 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يبين قانون الشخص الذي تجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين."

ومعنى ذلك أن الولاية على النفس تخضع لقانون جنسية المشمول بالحماية في القانون الجزائري وليس قانون جنسية القائم بالحماية، وهو نفس ما ذهبت إليه أغلب الدول العربية.

### 8- الميراث

تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على إخضاع الميراث لقانون جنسية الهالك وقت الوفاة، دون التفرقة في ذلك بين الميراث في المنقول والميراث في العقار، خلافا لما استقر عليه القضاء

<sup>229</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 138.

<sup>230</sup> عز الدين عبد الله/ المرجع السابق، ص 335.

<sup>231</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 138.

الفرنسي الذي أخضع الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للمتوفى، وجعل الميراث في العقار خاضعا لقانون موقع العقار<sup>232</sup>.

حيث أن قانون جنسية المورث وقت الوفاة هو الذي يسعف القاضي الجزائري فيما يتعلق بتحديد الورثة ونصيب كل وارث في التركة ونصيب كل واحد منهم، إضافة إلى موانع الميراث وحالات الحجب وعلى العموم كل ما يتعلق بالأحكام الموضوعية للميراث<sup>233</sup>، باستثناء وجوب احترام إجراءات الشهر والتوثيق التي تخضع لقانون موقع العقار في الحالات التي يتعلق فيها الميراث بعقار، ووجوب تطبيق القانون الجزائري في الحالات التي تشير فيها قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة أجنبية مخالف لقواعد النظام العام في الجزائر<sup>234</sup>.

### 9- الوصية

الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت، ترتب آثارها بمجرد صدورها من الموصي، غير أن نفاذها يتوقف على وفاة الموصي وقبول الموصى له<sup>235</sup>.

وبصدد تحديد القانون الذي يحكم الوصية في إطار العلاقات الدولية الخاصة يتعين التفرقة بين القانون الذي يحكم موضوع الوصية والقانون الذي يحكم شكلها.

#### أ- القانون الذي يحكم موضوع الوصية

أخضع المشرع الجزائري موضوع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة ملحقا إياها بجميع التصرفات التي ترتب آثارها بعد الوفاة، حيث تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على الوصية وجميع التصرفات التي تنفذ بعد الموت لقانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة.

هذا وإذا كان إخضاع الوصية من الناحية الموضوعية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته مسألة منطقية من حيث أن الوصية لا ترتب آثارها إلا ابتداء من تاريخ وفاة الموصي، فإن أهلية الإيصاء تخضع

<sup>232</sup> عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 337.

<sup>233</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 270.

<sup>234</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 142.

<sup>235</sup> هشام علي الصادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 323.

لقانون جنسية الموصي وقت إجراء الوصية لأن الأمر يتعلق بتقييم أهلية الموصي في هذه اللحظة بالذات<sup>236</sup>.

ومع ذلك فإن تحليل المادة 16 من القانون المدني الجزائري يتطلب تحديد ما قصده المشرع بمصطلح التصرفات التي تنفذ بعد الموت التي ألحقها المشرع بالوصية وأخضعها لقانون جنسية المتصرف وقت الوفاة.

الواقع أن الأمر يتعلق هنا بتفسير قاعدة إسناد، ويجب أن يتم طبقاً للمفاهيم السائدة في ظل القانون الجزائري من منطلق أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي المعروف أمامه النزاع.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد بين طيات القانون المدني مادتين هما على التوالي المادة 1/776 المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت التي يكون المقصود بها التبرع والمادة 777 المتعلقة بالتصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بحياسة العين محل التصرف والانتفاع بها مدى الحياة .

حيث تنص المادة 1/776 على ما يلي: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف."

وتنص المادة 777 على ما يلي: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياسة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك."

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ألحق هذه التصرفات بالوصية وأخضعها لنفس القانون الذي يحكم موضوع الوصية ممثلاً في قانون جنسية من صدر منه التصرف وقت وفاته<sup>237</sup>.

### ب- القانون الذي يحكم شكل الوصية

اهتم المشرع الجزائري بتحديد القانون الذي يحكم شكل الوصية بموجب القانون المدني القديم ملحقاً إياها بجميع التصرفات التي تنفذ بعد الموت، وقد كانت ضوابط الإسناد في ظل هذا القانون ممثلة في قانون محل إبرام الوصية أو قانون جنسية الموصي وقت إجراء الوصية.

<sup>236</sup> ومع ذلك يراجع لمزيد من التفاصيل عز الدين عبد الله، المرجع السابق، 361 وما يليها.

<sup>237</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 143.

غير أن التعديل الذي لحق القانون المدني في سنة 2005 سكت عن حكم هذه المسألة حيث تم إلغاء النص المتعلق بالقانون الذي يتم على أساسه تقدير صحة الوصية والتصرفات الملحقة بها من الناحية الشكلية، بشكل يجعل القاضي الجزائري مضطرا لتفعيل نفس ضوابط الإسناد المنصوص عليه في المادة 19 من القانون المدني باعتباره نصا عاما يمكن تطبيقه بشأن الشكل المتعلق بسائر التصرفات القانونية بما فيها الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت<sup>238</sup>.

### 10- الهبة

تختلف الهبة عن الوصية في كونها تصرف قانوني يرتب آثاره في حياة الواهب، وهي تخضع من حيث الموضوع تطبيقا للمادة 2/16 من القانون المدني الجزائري لقانون جنسية الواهب وقت إبرام الهبة مع وجوب عدم تعارض هذا القانون مع النظام العام الجزائري ووجوب مراعاة إجراءات التوثيق والشهر في الحالات التي يكون فيها محل الهبة عقارا، أما من حيث الشكل فتخضع الهبة لنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري الذي تضمن أربعة ضوابط إسناد هي قانون محل الإبرام وقانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة والقانون الذي يحكم موضوع العقد المحدد في هذه الحالة بقانون جنسية الواهب وقت إجراء الهبة، مما يعني أن الهبة تكون صحيحة شكلا متى كانت محترمة للشكل المطلوب في أحد القوانين الأربعة السالفة الذكر<sup>239</sup>.

### 11- الوقف

تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على إخضاع موضوع الوقف لقانون جنسية الوقف وقت إجراء الوقف، غير أنه يجب أن يكون هذا القانون غير مخالف للنظام العام الجزائري في جميع الأحوال، كما أنه يتعين مراعاة إجراءات التوثيق والشهر في الحالات التي يكون فيها محل الوقف عقارا<sup>240</sup>.

<sup>238</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 145.

<sup>239</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>240</sup> نفس المرجع، ص 146.

ثانيا- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للالتزامات العقدية

نتناول فيما يلي تحديد القانون الذي يحكم كلا من موضوع العقد الدولي وشكل هذا العقد باعتباره عقدا متضمنا لعنصر أجنبي يجعله مرتبطا بأكثر من نظام قانوني ارتباطا يؤدي إلى البحث عن القانون الذي يحكمه باعتماد قاعدة الإسناد المناسبة.

1- القانون الذي يحكم موضوع العقد الدولي

أ- قانون الإرادة باعتباره ضابط إسناد أصلي

تتفق مختلف التشريعات على الاعتراف بالإرادة كضابط إسناد أصلي بالنسبة للعقود الدولية وهو ضابط قديم يجد نواته في فقه الأحوال الإيطالية القديم.

أ-1 التأصيل التاريخي لقانون الإرادة كضابط إسناد أصلي في مجال الالتزامات التعاقدية<sup>241</sup>

عرف فقه الأحوال الإيطالية القديم في القرنين الثاني عشر والثالث عشر قانون الإرادة كضابط إسناد أصلي بالنسبة للعقود الدولية، حيث كان العقد يخضع لقانون الإرادة سواء فيما يتعلق بشكله أو بموضوعه، واستمر الوضع على هذا الحال حتى نهاية القرن الخامس عشر عندما أكد الفقيه الإيطالي curtos على وجوب إخضاع العقد الدولي لقانون محل إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيقه.

وفي القرن السادس عشر أخضع الفقيه ديمولان العقد الدولي لقانون الإرادة بمناسبة فصله في قضية الزوجين دوقاري الذين طلبا منه أن يمدهما بطريقة من شأنها أن تؤدي إلى إفلاتهما من الخضوع للقواعد العرفية السائدة في مكان موقع أموالهما وإخضاع نظامهما المالي للقانون السائد في مدينة باريس باعتبارها أول موطن مشترك لهما بعد الزواج.

<sup>241</sup> في التأصيل التاريخي لقانون الإرادة يراجع كل من هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 339 وما يليها. وعز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 418 وما يليها.

واستجابة لطلبها ذهب الفقيه ديمولان إلى أنه يمكن إخضاع النظام المالي لهذين الزوجين لعرف مدينة باريس تأسيساً على أن النظام المالي للزوجين هو في حقيقة الأمر عقد ضمني يجوز إخضاعه لقانون إرادة الزوجين الذي يتحدد في قضية هذين الزوجين بعرف مدينة باريس انطلاقاً من أن إرادتهما قد اتجهت ضمناً إلى إخضاع نظامهما المالي لقانون أول موطن مشترك لهما بعد الزواج وهو في الوقت نفسه قانون محل الإبرام.

وفي القرن التاسع عشر أخضع الفقيه الألماني سافيني العقد الدولي لقانون مكان التنفيذ حيث أن هذا الفقيه كان يقوم بتحليل العلاقات القانونية بهدف تركيزها في مكان معين ممثلاً في المكان الذي تنتج فيه العلاقة القانونية أغلب آثارها ثم يقوم بإخضاع العلاقة القانونية لهذا القانون.

وبناء على ذلك قام الفقيه سافيني بتركيز العلاقة القانونية في مكان تنفيذ العقد مؤسساً موقفه على مبدأ الخضوع الاختياري انطلاقاً من أن المتعاقد يقبل الخضوع لقانون مركز العلاقة القانونية.

وفي نهاية القرن التاسع عشر لم يعد الفقه يبرر إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة باللجوء لمبدأ سلطان الإرادة كما فعل كل من الفقيه دارجونرييه الذي برر أعمال قانون أول موطن مشترك للزوجين باعتماد مبدأ سلطان الإرادة والفقيه سافيني الذي أسس إخضاع العقد لقانون محل التنفيذ على نفس المبدأ.

وبذلك أصبحت قاعدة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة قاعدة معتمدة تشريعياً وقضائياً في الكثير من الدول، حيث أصبح بإمكان الأطراف اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم ولو لم يكن هذا القانون ممثلاً في قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

غير أنه يلاحظ انقسام الفقه في تحديد ما إذا كان أطراف العقد يتمتعون بالحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم، مما أدى إلى ظهور ثلاث نظريات فقهية هي النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية، والنظرية الشخصية المعتدلة<sup>242</sup>.

**حيث يذهب أنصار النظرية الشخصية إلى إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، بل ويتمسك بعض أنصارها بمنح أطراف العقد الحق في الاتفاق على عدم إخضاع عقدهم لأي قانون، حيث يبقى العقد خاضعاً لما جاء فيه من نصوص تعاقدية أو للأعراف التجارية الدولية السائدة بين المتعاقدين ضمن ما يطلق عليه اسم العقد الدولي الطليق.**

<sup>242</sup> تطرق لهذه النظريات حبار محمد، المرجع السابق، ص 150 وما يليها. وعز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 440. وهشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 346 وما يليها.

و يرى أنصار النظرية الموضوعية أن إرادة أطراف العقد لا تقوم باختيار القانون الذي تريده بل إن دورها يقتصر فقط على تركيز العلاقة العقدية في مكان محدد بالنظر إلى ملابسات وظروف التعاقد، حيث يتم إخضاع العقد لهذا القانون باعتباره واقعا اجتماعيا ينتمي لنظام قانوني مرتبط بمركز الثقل في العلاقة القانونية.

وبناء على ذلك يتعين على القاضي الوطني استبعاد القانون المختار لمصلحة القانون الأكثر ارتباطا في العقد في جميع الحالات التي يتبين له فيها أن أطراف العقد قد اختاروا قانونا بعيدا عن مركز الثقل الفعلي في العلاقة العقدية.

هذا ويتمثل مقتضى النظرية الشخصية المعتدلة في تخويل أطراف العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي شريطة أن تكون لهذا القانون صلة بالعقد دون تقييد هذا الاختيار بالقانون السائد في مركز ثقل العلاقة القانونية، وبناء على ذلك يمكن للمتعاقدين اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه أو قانون محل تنفيذ العقد أو قانون موقع المال محل العقد، وهو ما يحول دون إهدار حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق من جهة ويؤدي إلى تحقيق التوازن بين حرية المتعاقدين في اختيار هذا القانون ووجوب كون القانون المختار مرتبط بالعقد، حيث تظهر دور إرادة الأطراف في تركيز العقد في مكان معين إعمالا لعناصر واقعية مرتبطة بالعقد.

أما إذا كان القانون المختار غير مرتبط بالعقد الدولي فإن القاضي الوطني يقوم بإغفال إرادة الأطراف والعمل على تركيز العقد وإسناده إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعقد ما لم يكن المشرع الوطني قد نص على ضوابط إسناد احتياطية.

## أ-2- موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة كضابط إسناد في مجال الالتزامات التعاقدية

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"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 بعقار قانون موقعه."

وبتحليل هذه المادة يتبين ما يلي:

- أخذ المشرع الجزائري بقانون الإرادة كضابط للإسناد فيما يتعلق بالالتزامات العقدية.
- أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الشخصية المعتدلة مانحا الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد شريطة أن يقوموا باختيار قانون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد المبرم بينهما.
- لم يبين المشرع الجزائري ما إذا كان يتعين إخضاع العقد لقانون الإرادة الصريحة فقط أم أنه يتعين على القاضي الجزائري البحث عن القانون التي اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيقه ضمنا في إطار ما يمكن تسميته بقانون الإرادة الضمنية الذي اعتمده المشرع المصري بموجب المادة 19 من القانون المدني كضابط إسناد في مجال العقود الدولية بالنص على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه."
- وفي الجواب عن هذا التساؤل انقسم الفقه إلى قسمين<sup>243</sup> ذهب أولهما إلى وجوب الاكتفاء بقانون الإرادة الصريحة على أساس أن المشرع الجزائري لو رغب في الاعتراف بقانون الإرادة الضمنية لنص على إسناد العقود الدولية لهذا القانون كما فعل المشرع المصري بموجب المادة 19 من القانون المدني المصري، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب الاعتراف بقانون الإرادة الضمنية على أساس أن المشرع الجزائري يرى أن التعبير عن الإرادة قد يكون صراحة أو ضمنا<sup>244</sup>.

### أ-3- نطاق إعمال قانون الإرادة

- لا يوجد خلاف فقهي على وجوب استبعاد أهلية التعاقد وشكل العقد من مجال فكرة الالتزامات العقدية الخاضعة لقانون الإرادة، حيث أن الأهلية لها قاعدة إسناد خاصة تخضعها لقانون الجنسية<sup>245</sup>، كما أن الشكل له أيضا ضوابط اختصاص خاصة سنتطرق لها في حينها<sup>246</sup>.
- ومن جهة أخرى يتعين استثناء بعض العقود من إعمال قانون الإرادة باعتباره ضابط إسناد أصلي يحكم موضوع العقود الدولية عموما، وتتمثل هذه العقود إتباعا فيما يلي<sup>247</sup>:

<sup>243</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 153 و 154.

<sup>244</sup> تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أن يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

<sup>245</sup> تطبيق المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

<sup>246</sup> تطبيق المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

<sup>247</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 118. وحبار محمد، المرجع السابق، ص 155.

✓ العقود المتعلقة بعقار

هذه العقود مستثناة من مجال أعمال قانون الإرادة بصريح عبارات المادة 2/18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن العقود التي يكون محلها عقار تخضع لقانون موقع العقار.

✓ عقود الأحوال الشخصية

تحدد عقود الأحوال الشخصية في القانون الجزائري بالعقود المدرجة في قانون الأسرة كالزواج والهبة ولكل منها قانون يحكمه من حيث الموضوع.

✓ عقود العمل

هي عقود ثار بشأنها جدل فقهي واسع، غير أن الفقه الراجح يتمسك بوجوب إخضاعها لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ عقد العمل على أراضيها.

✓ عقود الدولة

هي العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها ويتجه الفقه الغالب إلى إخضاعها لقانون الدولة الطرف في العقد.

وفيما عدا الاستثناءات المتقدمة يمتد قانون الإرادة ليشمل كل ما يتعلق بتكوين العقد الدولي، كما أنه يمتد ليحكم آثار العقد الدولي أيضا شأنه في ذلك شأن باقي ضوابط الإسناد التي تضمنتها المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري.

غير أن التطرق للمسائل التي تتعلق بتكوين العقد الدولي يحتاج إلى تناول كل من التراضي والمحل والسبب باعتبارها أركاناً للعقد، كما أن التطرق لآثار العقد الدولي يحتاج إلى تناول آثار هذا العقد بالنسبة للأشخاص وآثاره بالنسبة للموضوع.

✓ تكوين العقد

يقتضي البحث في المسائل المرتبطة بتكوين العقد الدولي التطرق لأركانه المتمثلة في التراضي والمحل والسبب.

✓ بالنسبة للتراضي يتفق الفقهاء على إخضاع تقدير وجود الإرادة من عدمه

لقانون الجنسية على أساس تعلق الأمر بأهلية المتعاقد، أما فيما عدا ذلك فيلاحظ أن الفقه منقسم بين فريقين على النحو الآتي بيانه<sup>248</sup>:

<sup>248</sup> يراجع في ذلك كل من هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 372. وعز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 469.

✓ الفريق الأول

يرى وجوب تطبيق قانون الإرادة على جميع المسائل المرتبطة بالتعبير عن الإرادة سواء فيما يتعلق بشكل هذا التعبير من حيث وجوب كونه صريحا أو ضمنيا، وبما إذا كان يجب الاعتداد بالإرادة الصريحة أو الضمنية، أو ما كان مرتبطا بحكم السكوت، وكيفية تحديد مكان وزمان إبرام العقد بين غائبين، وكل ما يتعلق بعيوب الإرادة.

✓ الفريق الثاني

يرى أن المسائل المتقدمة لا تخضع جميعها لقانون الإرادة، وبناء على ذلك نحاول اختصار هذه الآراء الفقهية وجمعها فيما يلي:

- هناك من يرى أن المسألة المتعلقة بتحديد ما إذا كان الأمر متعلقا بعقد مبرم بين غائبين تعد تكييفها أوليا، وبالتالي فإنها تخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، لأنها مسألة تتعلق بالبحث فيما إذا كان الأمر متعلقا بعلاقة تعاقدية أساسا، بينما يذهب جانب من الفقه إلى أن الأمر يتعلق بتكييف ثانوي يتعين إخضاعه لقانون الدولة التي أشارت إلى تطبيقها قاعدة الإسناد الوطنية، على أساس أن التراضي ركن من أركان العقد، ومعنى ذلك أنه يخضع بالضرورة للقانون الذي يحكم العقود، مما يترتب عنه أن تحديد مكان العقد وزمانه تعد تكييفا لاحقا لمرحلة الإسناد، وترجمة ذلك عمليا أن المسألة تتعلق في النهاية بتفسير القانون الواجب التطبيق.

- يرى بعض الفقه أن عيوب الإرادة لا تدخل ضمن الالتزامات التعاقدية الخاضعة لقانون الإرادة وأنها تخضع لقانون جنسية من كانت إرادته معيبة على أساس أن الأمر يتعلق بحماية هذا الشخص تحديدا، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن عيوب الإرادة أكثر تعلقا بظروف التعاقد ومن ثم فإنه يجب أن تخضع للقانون الذي يحكم العقد.

- يرى بعض الفقه أن القيمة القانونية للسكوت من حيث كونه تعبير عن القبول لا تخضع لقانون العقد وإنما لقانون محل إقامة من وجه له الإيجاب أو قانون مركز أعماله لتفادي المساس بتوقعات من تم توجيه الإيجاب له بتطبيق قانون جهله تماما.

### ✓ المحل والسبب<sup>249</sup>:

يتفق أغلب الفقه على إخضاع محل العقد للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، غير أنه يجب استثناء العقود التي يكون محلها عقارا والتي تخضع لقانون موقع العقار، والعقود التي يكون محلها عملا والتي تخضع لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العمل.

ويتفق الفقه أيضا على إخضاع سبب العقد للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية مع وجوب استبعاد هذا القانون في حالة مخالفته للنظام العام في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع.

### ✓ بالنسبة لآثار العقد<sup>250</sup>

تندرج آثار العقد ضمن الالتزامات التعاقدية عموما وهي تخضع بذلك لنفس القانون الذي يحكم العلاقات التعاقدية إجمالا غير أن هذه القاعدة تعرف استثناءات تنطبق لها فيما يلي بالتعرض لآثار العقد بالنسبة للأشخاص ثم لآثاره بالنسبة للموضوع.

### ✓ آثار العقد بالنسبة للأشخاص

يتمثل المبدأ العام في أن آثار العقد بالنسبة للأشخاص تخضع لنفس القانون الذي يحكم موضوع العقد الدولي سواء فيما يتعلق بتحديد الملزمين بالعقد والمستفيدين منه، غير أن انصراف آثار العقد إلى الخلف العام يدخل بإجماع الفقهاء ضمن الميراث ويخضع لنفس القانون الذي يحكمه، أما انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص فقد اختلف الفقه بشأنه بين من أخضعه لقانون موقع المال، ومن رأى أنه يدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية ويخضع لنفس القانون الذي يحكمها.

ولا يوجد خلاف بشأن إخضاع كل من التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة العقد لنفس القانون الذي يحكم موضوع العقد لكونها تدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية.

### ✓ آثار العقد بالنسبة للموضوع

تدخل آثار العقد بالنسبة للموضوع ضمن الفكرة المسندة المتعلقة بالالتزامات التعاقدية وتخضع لنفس القانون الذي يحكمها، وبالتالي فإن قانون العقد هو الذي يختص بتحديد الالتزامات المترتبة عن العقد كما أنه يختص بتفسير بنوده وبيان الأحكام المتعلقة بتنفيذه، والأحكام المرتبطة بأوصاف الالتزام، حيث أن

<sup>249</sup> لمزيد من التفاصيل يراجع هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 374 و عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 473.

<sup>250</sup> فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم آثار العقد بالنسبة للأشخاص أو الموضوع يراجع لمزيد من التفاصيل هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 376 وما يليها. و هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 475 وما يليها.

هذا القانون هو الذي يحدد ما إذا كان الشرط صحيحا، وما هو أثر تحقق الشرط أو تخلفه، وهو الذي يبين أثر الأجل وأسباب سقوطه، كما أنه يحكم تعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام فيما يتعلق بالتضامن وعدم القابلية للانقسام على حد سواء، بالإضافة إلى أنه يحكم طرق انتقال الالتزام وانقضائه.

### ب- ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تحكم موضوع العقد الدولي في القانون الجزائري

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"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 بعقار قانون موقعه."

وبذلك يلاحظ أن المشرع الجزائري تناول الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق بالنص على اعتماد التركيز الموضوعي للعقد استنادا على ضوابط إسناد احتياطية ممثلة في قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة وقانون محل الإبرام، وبالتالي فإنه يتعين على القاضي الجزائري إعمال أحد هذه الضوابط في الحالة التي يسكت فيه أطراف العقد عن تحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما وفي الحالة التي يختاران فيها قانونا لا علاقة له بالعقد المبرم بينهما.

### 2- القانون الذي يحكم شكل العقد الدولي

تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

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

و ترجمة ذلك عمليا أن العقود الدولية تخضع من حيث شكلها في القانون الجزائري إما لقانون محل الإبرام أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون الجنسية المشتركة أو لنفس القانون الذي يحكم موضوع العقد.

غير أنه يتعين استثناء الأشكال المكتملة للأهلية من مفهوم الشكل المرتبط بإعمال المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أساس أن الأشكال المكتملة للأهلية تخضع تطبيقاً لنص المادة 15 من نفس القانون لقانون جنسية المشمول بالحماية.

أما الأشكال التي تعتبر ركناً في التصرف فقد ذهب بعض الفقه بشأنها إلى أنها تدخل في مفهوم الشكل الخاضع لقانون محل الإبرام، غير أن الفقه الراجح يتمسك بأن الشكل المطلوب لانعقاد التصرف يعتبر من المسائل الموضوعية التي تهدف إلى حماية رضا المتعاقدين، مما يعني عدم تعلقها بشكل العقد ووجوب إخضاعها لنفس القانون الذي يحكم موضوع التصرف<sup>251</sup>.

### ثالثاً- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للالتزامات غير العقدية

نقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار وتلك الناتجة عن الفعل النافع، وهي تخضع وفق الاتجاه الفقهي والقضائي الغالب للقانون المحلي أي لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام.

وعلى هذا الأساس نتطرق في البداية للتأصيل التاريخي للقانون المحلي كضابط إسناد في مجال الالتزامات الغير تعاقدية، قبل الانتقال لموقف المشرع الجزائري منه، وتناول مختلف الإشكالات التي يثيرها عملياً.

### 1- التأصيل التاريخي للقانون المحلي كضابط الإسناد<sup>252</sup>

أخضع فقه الأحوال الشخصية الإيطالي القديم الالتزام الناشئة عن الجرائم الجنائية لقانون مكان وقوع الفعل الضار مؤسساً لمبدأ إخضاع الجريمة المدنية لقانون الدولة التي وقع فيها، وفي القرن السابع عشر أكد كل من الفقيه الفرنسي ديمولان وفقه المدرسة الهولندية هذا المبدأ لا فرق في ذلك بين ما إذا تعلق الأمر بفعل ضار أو نافع.

<sup>251</sup> ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من أنه يجب أن يراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية. أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه الفصل من حيث الموضوع: مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية، ج، أ، ص 296.

<sup>252</sup> في التأصيل التاريخي للقانون المحلي كضابط الإسناد يراجع: هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 405 وما يليها. وعز الدين عبد الله، المرجع السابق.

ورغم أن مانشيبي قد تمسك بمبدأ شخصية القوانين في القرن 19 إلا أنه أخضع الالتزامات غير العقدية للقانون الإقليمي، كما أن سافيني أكد على هذا المبدأ بدوره تطبيقاً لما ذهب إليه من وجوب التركيز المكاني للعلاقات القانونية، حيث أنه أخضع الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لقانون مكان وقوع الفعل الضار على أساس أن تركيز العلاقة القانونية لا يكون إلا في هذا المكان.

غير أنه يلاحظ أن سافيني أعطى المضرور الحق في التمسك بتطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع في الأحوال التي يكون فيها القانون أكثر تحقيقاً لمصلحة المضرور.

هذا ويستند الفقه الحديث في تأسيسه لتطبيق القانون المحلي في مجال الالتزامات غير العقدية على عدة اعتبارات تتمثل إجمالاً في تعلق القواعد التي تحكم الأفعال الضارة بقواعد الأمن والبوليس المعمول بها في الدولة التي يقع الفعل الضار في إقليمها، إضافة إلى أن تركيز الالتزامات غير العقدية المترتبة عن الفعل الضار والنافع لا يتحقق إلا في مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، كما أن القانون المحلي يتفق مع توقعات المدين المسؤول.

### 2- موقف المشرع الجزائري من القانون المحلي

نص المشرع الجزائري في المادة 1/20 من القانون المدني على إخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، أي أنه اعتمد القانون المحلي كضابط إسناد لحكم الالتزامات غير العقدية سواء كان الالتزام ناشئاً عن فعل ضار أو عن فعل نافع.

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة عاد المشرع الجزائري لتخصيص الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار بحكم خاص مفاده أن قانون مكان وقوع الفعل الضار لا يسري في الحالات التي يعتبر فيها الفعل مشروعاً في الجزائر، غير أن هذا الاستثناء يمكن الاستعاضة عنه بفكرة النظام العام، حيث أنه إذا كان القانون المحلي يعتبر الفعل الضار غير مشروع، وكان هذا الفعل مشروعاً في الجزائر فإن القاضي الجزائري يكفيه استبعاد القانون الأجنبي على أساس مخالفته للنظام العام الجزائري.

### 3- الإشكالات العملية التي يثيرها تطبيق القانون المحلي

عرض فقهاء القانون الدولي الخاص إشكالات عملية عدة تعترض تطبيق القانون المحلي سواء فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة أو النافعة، وتتمثل أهمها في الحالة التي تتعدد فيها العناصر

المكونة للفعل الضار والحالة التي يختلف فيها مكان وقوع الفعل الضار عن مكان تحقق الضرر، وهو ما نكتفي به في هذه المحاضرات على أساس ان المسؤولية التقصيرية هي الأكثر شيوعا من الناحية العملية.

### أ- إشكالية تعدد العناصر المكونة للفعل الضار

لو فرضنا أن شخصا اصطحب آخر من تونس إلى المغرب مرورا بالجزائر وكان يناوله بين الفترة والأخرى جرعة من السم القاتل إلى أن توفي عقب وصوله الى المغرب هذا المثال ساقها الفقه للدلالة على الحالة التي تتعدد العناصر المكونة للفعل الضار والتساؤل عن كيفية تحديد القانون المحلي باعتباره القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية.

والإجابة هي أن الفقه انقسم ما بين وجوب تطبيق قانون الدولة التي ارتكبت فيها آخر واقعة ملازمة لحدوث النتيجة أي القانون المغربي، ووجوب تطبيق قانون الدولة التي تحققت فيها الواقعة الرئيسية<sup>253</sup>.

### ب - إشكالية اختلاف مكان وقوع الفعل الضار عن مكان تحقق الضرر

يحدث عمليا أن يتم ارتكاب الفعل الضار في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى كأن يرسل شخص رسالة تتضمن سبا وقذفا إلى شخص آخر من دولة أ إلى الدولة ب، أو أن يتم تقليد علامة تجارية في دولة أ ويتم بيع البضاعة في دولة ب.

يثور في مثل هذه الحالات سؤال هام يتعلق بكيفية تحديد القانون المحلي فهل هو مكان وقع الخطأ أم مكان تحقق الضرر؟

الواقع أن فقهاء القانون الدولي الخاص انقسموا في الإجابة بين من يدعوا إلى إعمال قانون مكان وقوع الخطأ وبين من يتمسك بتطبيق قانون مكان تحقق الضرر، ومن يدعوا إلى تطبيق هذين القانونين معا، إما تطبيقا جامعا أو موزعا، ومن يرى تطبيق القانون المحقق لمصلحة المضرور، ومن يقيم رأيه على أساس التمييز بين المسؤولية الموضوعية التي تخضع لقانون مكان تحقق الضرر ، والمسؤولية الشخصية التي يرون إخضاعها لقانون مكان وقوع الخطأ<sup>254</sup>.

<sup>253</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 162.

<sup>254</sup> لمزيد من التفاصيل يراجع: هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 415 وما يليها.

رابعاً- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة لنظام الأموال

إذا كان المال المتنازع فيه مرتبطاً بعلاقة قانونية تتجاوز حدود إقليم الدولة فإنه يطرح ثلاث إشكاليات قانونية:

الإشكالية الأولى:

تتعلق بتحديد وصف المال من حيث كونه منقولاً أو عقاراً وهو يخضع لقانون موقع المال تطبيقاً للمادة 2/17 من القانون المدني الجزائري، وهو ما سبق التطرق له عند دراسة نظرية التكييف.

الإشكالية الثانية:

تتعلق بتحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية.

الإشكالية الثالثة:

تتعلق بمجال إعمال هذا القانون.

**1- القانون الذي يحكم المال العقار**

تنص المادة 2/17 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار..."

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخضع العقار لقانون موقعه، وهو حكم لا يثير إشكالات قانونية لأن العقار ثابت، حيث لا يمكن نقله من دولة لأخرى لكونه جزء من إقليم الدولة.

ويلاحظ أن قانون موقع العقار يمتد ليشمل كل الحقوق الشخصية والعينية التي ترد على العقارات، سواء كانت هذه الحقوق عينية أصلية أو تبعية<sup>255</sup>، غير أن هذا القانون لا يتم تطبيقه تلقائياً في جميع الأحوال، حيث أنه إذا كان سبب اكتساب العقار ميراثاً أو وصية فإن مجال تطبيق قانون موقع العقار يتعلق فقط بالأثر الناقل للحق المرتبط بالعقار، أما الميراث والوصية فلهما قواعد إسناد خاصة<sup>256</sup>.

كما يلاحظ أيضاً أن أهلية التعاقد ما تزال محل خلاف فيما يتعلق بتحديد القانون الذي يحكمها في الحالة التي يكون فيها محل العقد عقاراً، حيث يتجه بعض الفقه إلى وجوب إخضاعها لقانون موقع العقار،

<sup>255</sup> لمزيد من التفاصيل يراجع علي سليمان، المرجع السابق، ص 94. و هشام علي الصادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص،

المرجع السابق، ص 476 وما يليها. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 288 .

<sup>256</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 172.

بينما يتمسك بعضه بوجوب إخضاعها لقانون جنسية المتعاقد، وهو أكثر الآراء ترجيحاً نظراً لارتباط الأهلية بشخص المتعاقد<sup>257</sup>.

### 2- القانون الذي يحكم المنقول المادي

تنص المادة 2/17 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد بها المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

والجدير بالملاحظة أن قانون الموقع يحكم مبدئياً كل ما يتعلق بالمنقول المادي فيما يرتبط بطرق كسب الحقوق وطرق انقضاءها وآثارها<sup>258</sup>، غير أن إخضاع المنقول لقانون موقعه يثير صعوبات عملية في الحالة التي يتم فيها نقل المنقول من مكان لآخر ضمن ما اصطلاح على تسميته بالتنازع المتحرك، وهو ما نتعرض لموقف الفقه منه فيما يلي قبل البحث في موقف التشريع لجزائري من هذه الإشكالية.

#### أ- موقف الفقه من التنازع المتحرك أو المتغير

مقتضاه أن المال قد يكون موجوداً في دولة ما ويتقرر له فيها حقوقاً ثم ينتقل إلى دولة أخرى فيثور بشأنه، تساؤلاً هاماً يتعلق بتحديد ما إذا كان يتعين إخضاعه لقانون موقعه القديم أم الجديد.

وفي الإجابة عن هذا التساؤل ظهرت نظريتين تتمسك أولهما بإخضاع التنازع المتحرك لأحكام التنازع الزمني للقوانين، وتعتمد ثانيهما مبدأ النفاذ الدولي للحق<sup>259</sup>.

#### النظرية الأولى:

مقتضاها وجوب إخضاع التنازع المتحرك لنفس المبدأ القانوني الذي يتم إعماله في مجال التنازع الزمني للقوانين بتطبيق القاعدة التي مفادها أن اللاحق ينسخ السابق، ومعنى ذلك أنه إذا انتقل المنقول من

<sup>257</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>258</sup> لمزيد من التفاصيل يراجع علي سليمان، المرجع السابق، ص 98. وحبار محمد، المرجع السابق، ص 176.

<sup>259</sup> لمزيد من التفاصيل فيما يتعلق بهذه النظريات يراجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 396. وعلي علي سليمان، المرجع السابق،

ص 99. وحبار محمد، المرجع السابق، ص 177.

دولة لأخرى فإنه يجب إخضاعه لقانون الدولة التي انتقل إليها، دون النظر في ذلك إلى الحقوق التي تكون قد نشأت بشأنه في إطار قانون الدولة التي كان المنقول موجودا فيها ابتداء.

وترجمة ذلك عمليا أن تطبيق التنازع الزمني للقوانين معناه تطبيق قانون الموقع الجديد للمنقول إعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون.

ومثال ذلك أنه إذا اشترى شخص منقولا في ألمانيا ولم يتسلمه، ثم انتقل المنقول إلى فرنسا فإن هذا البيع يعد بيعا تاما طبقا للقانون الفرنسي الذي لا يشترط التسليم لنقل الملكية في المنقول، ولكنه بيع غير تام طبقا للقانون الألماني الذي لا تنتقل فيه ملكية المنقول إلا إذا تم تسليمه. فأى القوانين تطبق في هذا المثال؟ هل يجب إخضاع المنقول لقانون موقعه القديم الذي لا يرتب نقل الملكية إلا بتسليم المنقول، أم أنه يجب إخضاع هذا المنقول لقانون موقعه الجديد الذي لا يتطلب التسليم لنقل الملكية؟

يرى أنصار نظرية التنازع الزمني للقوانين وجوب تطبيق أحكام قانون الموقع الجديد، مما يترتب عنه تطبيق أحكام القانون الفرنسي في المثال المذكور والذي يتمكن بمقتضاه المشتري من التمسك بالملكية.

وتتمثل الانتقادات الموجهة لهذه النظرية فيما يلي:

- يفترض التنازع الزمني بين القوانين تنازعا بين قانونين صادرين في دولة واحدة أما التنازع المتحرك للقوانين فهو تنازع بين قانونين تابعين لدولتين مختلفتين.
- يؤدي التنازع بين القوانين إلى أن القانون اللاحق ينسخ القانون السابق أما في التنازع المتحرك فإن كلا القانونين يبقى ساريا في الدولة التي أصدرته.
- يمكن الأخذ بالأثر الرجعي للقانون الجديد في حالة التنازع الزمني للقوانين وهو ما لا يمكن إعماله في إطار التنازع المتحرك.

### النظرية الثانية: نظرية النفاذ الدولي للحق المكتسب على المنقول

مقتضاها أنه إذا نشأ حق في دولة ما ورتب آثاره فيها، ثم انتقل إلى دولة أخرى فإنه يجب أن يتم الاعتراف له في الدولة الثانية بالآثار التي تقررت له في الدولة الأولى.

ويتطلب أنصار هذه النظرية لإعمالها أربعة شروط هي:

- أن يتعلق الأمر بحق نشأ فعلا في بلد الإنشاء
- أن يتعلق الأمر بنفاذ حق وليس بنشأته من جديد
- ألا ينشأ لهذا الحق حقا مضادا له في بلد النفاذ

- عدم مساس هذا الحق بالنظام العام لبلد النفاذ
- ألا يكون هذا الحق قد نشأ نتيجة غش نحو القانون الوطني أو الأجنبي
- فإذا توافرت هذه الشروط ترتبت عنها جملة من النتائج هي:
  - يظل الحق متمتعاً بالأثار القانونية التي ثبتت له طبقاً لقانون بلد الإنشاء حتى ولو كان قانون بلد النفاذ لا يعترف له بهذه الأثار.
  - لا يترتب للحق آثار أخرى غير تلك التي يستفيد منها في قانون بلد الإنشاء حتى لو كان قانون بلد النفاذ يعترف له بمثل هذه الحقوق
  - لا يمكن التمسك بنفاذ حق في دولة لا يعترف نظامها القانوني به.
- فإذا كسب شخص حقاً على منقول طبقاً لقانون موقعه القديم ثم انتقل المنقول إلى دولة أخرى، فإنه يجب أن تحترم الحقوق الناشئة في قانون الموقع القديم ما لم ينشأ في ظل القانون الجديد حق مضاد له.
- ومثال ذلك أنه إذا اشترى شخص منقول في ألمانيا ولم يتسلمه مما يعني أن الملكية لم تنتقل طبقاً للقانون الألماني الذي يتطلب التسليم لنقل الملكية، ثم انتقل هذا المنقول إلى فرنسا فإن المشتري لا يعتبر مالكا له طبقاً للقانون القديم وبالتالي فلا ملكية له في فرنسا.
- أما إذا تم الشراء في فرنسا ولم يتم تسليم المنقول للمشتري ثم انتقل المنقول إلى ألمانيا، فإن المشتري يعتبر مالكا طبقاً لمبدأ الحق المكتسب ولا يمكن أن يباع المنقول ثانية في ألمانيا التي تشترط التسليم لنقل الملكية احتراماً لمبدأ الحق المكتسب في هذا المنقول.

### ب- موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك أو المتغير

يتبين من استقراء المادة 17 من القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري اعتمد نظرية النفاذ الدولي للحق بالنص على قانون الدولة الساري المفعول وقت تحقق السبب هو الذي يحكم دعاوى الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، وترجمة ذلك عملياً أنه إذا اشترى شخص منقولاً في ألمانيا دون أن يتسلمه ثم انتقل هذا المنقول إلى الجزائر فإنه لا يمكن للمشتري التمسك بملكية المنقول طبقاً للقانون الجزائري رغم أن نقل الملكية في المنقول لا تتطلب التسليم<sup>260</sup>.

<sup>260</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 179 و180.

### 3- القانون الذي يحكم المنقول المعنوي

يشمل مصطلح المنقول المعنوي جميع الأموال غير المادية مثل حق المؤلف وحق المخترع وحق الملكية الفنية والأدبية والصناعية والحقوق الشخصية عندما يتم النظر إليها بصفقتها مالا معنويا يتصرف فيه صاحبه بنقله أو رهنه عن طريق الحوالة<sup>261</sup>.

وقد اهتم المشرع الجزائري بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2005 بتحديد القانون الذي يحكم المنقول المعنوي تفصيلا بموجب المادة 17 مكرر التي أوردت في فقرتها الأولى قاعدة عامة بالنص على أن الأموال المعنوية تخضع لقانون الدولة التي توجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عنه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة قام المشرع الجزائري بتحديد القانون الذي تخضع له عديد الأموال المعنوية بالنص على ما يلي:

يعد مكان وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازها،

ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها،

ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو أودعا فيه،

ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال،

ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري."

لقد انفرد المشرع الجزائري بتفصيل الأموال المعنوية على هذا النحو بالمقارنة مع أغلب التشريعات العربية كالتشريع المصري الذي اكتفى بتحديد القانون الذي يحكم الأموال المادية فقط بالنص على إخضاعها لقانون موقع المال.

وبذلك فإن القانون الجزائري ينص على أن الأموال المعنوية تخضع لقانون موقعها شأنها في ذلك شأن الأموال المادية وهو ما يثير نفس الإشكالات التي تم التطرق لها بمناسبة تحديد القانون الذي يحكم الأموال المنقولة المنفردة.

غير أن المشرع الجزائري لجأ إلى تحديد هذا الموقع بالنسبة للكثير من الأموال المعنوية، لأن المال المعنوي ليس محسوسا، وقد تعددت هذه المواقع لعدم وجود حل يمكن أن يشمل جميع الأموال المعنوية نظرا لتمتع كل مال بمحل تركيز افتراضي خاص.

<sup>261</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 293.

### أ- النسبة للملكية الأدبية والفنية

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخضعها لقانون الدولة التي صدر فيها أول نشر وهو ما يطلق عليه قانون بلد الأصل، غير أنه لم يتناول الحالة التي يكون فيها المصنف قد نشر في أكثر من دولة والحالة التي لا يكون فيها المؤلف قد نشر بعد.

ويلاحظ في هذا الصدد اتجاه الفقه إلى تطبيق القانون الشخصي للمؤلف في الحالات التي يثور فيها النزاع حول تحديد القانون الواجب التطبيق على المؤلف قبل نشره على أساس تعلق الأمر بحق شخصي، أما بالنسبة للمصنف الذي تم نشره في أكثر من دولة فقد نصت كل من اتفاقية برن وجنيف على إخضاعها لقانون الدولة التي ينص قانونها على أقصر مدة لحماية المؤلف، وهو موقف تعرض للانتقاد على أساس أنه ليس منطقيًا تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس مضمونه، وهو ما ذهب ببعض الفقه إلى القول بوجود تطبيق قانون موقع النشر الرئيسي، وإذا تبين أن المصنف قد تم نشره في نفس الوقت في أكثر من دولة وجب تطبيق قانون الدولة التي كان النشر فيها أكثر أهمية استنادًا إلى عدد النسخ التي تم بيعها ومدى تقبل القراء للمصنف<sup>262</sup>.

### ب- بالنسبة لبراءة الاختراع

أخضعها المشرع الجزائري لقانون الدولة المانحة لبراءة الاختراع عملاً بما هو مستقر عليه دولياً على أساس أن السلطة في الدولة هي التي تمنح براءة الاختراع وأنه لا وجود لأي حماية لهذه البراءة خارج حدود إقليم الدولة التي منحتها له، وإذا أراد صاحب الاختراع حماية اختراعه خارج هذه الحدود وجب عليه الحصول على براءة اختراع من الدولة التي يؤيد حماية اختراعه في حدود إقليمها<sup>263</sup>.

### ج- بالنسبة للملكية الصناعية

أخضع المشرع الجزائري الملكية الصناعية لقانون الدولة التي تم التسجيل فيها وهو أكثر القوانين ملائمة على أساس أن التسجيل هو الذي يحدد الوسط الذي يتم فيه ممارسة الحق<sup>264</sup>.

<sup>262</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 182. وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 294.

<sup>263</sup> أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 296.

<sup>264</sup> نفس المرجع، ص 297.

د- بالنسبة للعلامة التجارية

أخضعها المشرع الجزائري لقانون الدولة التي توجد فيها منشأة الاستغلال ولعل سبب ذلك هو أن العلامة التجارية هي وسيلة تحول دون المنافسة غير المشروعة وبالتالي فإن الحق فيها يتقرر باستعمالها<sup>265</sup>.

هـ - بالنسبة للاسم التجاري

أخضعه المشرع الجزائري لقانون الدولة التي يوجد فيها المقر الرئيسي للمحل التجاري وهو قانون يطبق على كل ما كان مرتبطا باكتساب الاسم التجاري وتحديد الآثار المترتبة على اكتسابه ومدة استغلاله وكيفية حمايته<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> نفس المرجع والصفحة.

<sup>266</sup> حبار محمد، المرجع السابق، ص 183.

الفهرس

- 1..... محاضرات في القانون الدولي الخاص
- 1..... مقدمة عامة
- 1..... أولا- تطور القانون الدولي الخاص
- 3..... ثانيا- متى تعتبر العلاقة القانونية دولية خاصة؟
- 3..... 1- المعيار الموضوعي
- 3..... 2- المعيار الشخصي
- 4..... ثالثا- طبيعة القانون الدولي الخاص
- 4..... 1- هل القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم دولي؟
- 4..... 2- هل القانون الدولي الخاص قانون عام أم خاص؟
- 5..... رابعا- مواضيع القانون الدولي الخاص
- 5..... 1- الموضوع الأول: يتعلق بتنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية
- 5..... 2- الموضوع الثاني: يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية
- 6..... 3- الموضوع الثالث: يتعلق بتنازع القوانين
- 6..... 4- الموضوع الرابع: الجنسية
- 7..... 5 - الموضوع الخامس: الموطن
- 7..... 6- الموضوع السادس: مركز الأجنب
- 8..... خامسا- مصادر القانون الدولي الخاص

- 1 - المصادر الداخلية..... 8
- أ- التشريع..... 8
- ب- القضاء..... 10
- ج- الفقه..... 10
- ثانيا- المصادر الدولية..... 10
- أ- المعاهدات الدولية..... 11
- أ-1 التناقض بين معاهدة وقانون داخلي..... 11
- أ-2 تفسير معاهدات القانون الدولي الخاص..... 12
- ب- القضاء الدولي..... 12
- ج- قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة..... 13
- د- قرارات هيئات التحكيم الدولية..... 13
- المحور الأول: الأسس العامة لمنهج التنازع..... 14
- تمهيد..... 14
- أولا- خصائص قواعد الإسناد..... 15
- 1- قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة..... 15
- 2- قواعد الإسناد مزدوجة حسب الأصل..... 15
- 3- قواعد الإسناد محايدة..... 16
- ثانيا- العناصر المكونة لقواعد الإسناد..... 17
- 1- الفكرة المسندة..... 17

- 2- ضابط الإسناد ..... 17
- ثالثا- التطور التاريخي لتنازع القوانين ..... 18
- 1- تنازع القوانين في العصور الوسطى ..... 18
- أ- المدرسة الإيطالية القديمة ..... 18
- أ-1 مدرسة الفقهاء المحشيين ..... 18
- أ-2 - مدرسة الفقهاء المحشيين اللاحقين ..... 19
- ب- المدرسة الفرنسية القديمة ..... 20
- ج- المدرسة الهولندية ..... 21
- 2- تنازع القوانين في العصر الحديث ..... 22
- أ- الاتجاه القائم على مبدأ العالمية ..... 22
- أ-1 نظرية الفقيه سافيني ..... 22
- أ-2- نظرية الفقيه مانشيوني ..... 23
- ب - الاتجاه القائم على النزعة الوطنية ..... 24
- ب-1- نظرية الفقيه نبوييه ..... 24
- ب-2- نظرية الفقيه بارتان ..... 24
- ج - الاتجاه القائم على التوفيق بين المصالح الوطنية والدولية ..... 24
- رابعاً- تفسير قاعدة الإسناد ..... 25
- 1- التكيف ..... 26
- أ- تعريف التكيف وأهميته ..... 26

- ب- التأسيس القضائي لنظرية التكييف في القانون الدولي الخاص ..... 26
- ب-1 - قضية حصة الزوج المحتاج ..... 27
- ب-2- قضية وصية الهولندي ..... 28
- ج- النظريات الفقهية المتعلقة بالقانون الذي يحكم التكييف ..... 29
- ج-1 - نظرية بارتان في التكييف ..... 29
- ج-2- إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة القانونية ..... 33
- ج-3 - إخضاع التكييف للقانون المقارن ..... 34
- د- موقف المشرع الجزائري من إشكالية التكييف في القانون الدولي الخاص ..... 35
- هـ- موقف القضاء الفرنسي ..... 36
- 2- نظرية الإحالة ..... 37
- أ- صور الإحالة ..... 38
- ب- كيف ظهرت نظرية الإحالة؟ ..... 39
- ج- موقف فقهاء القانون الدولي الخاص من نظرية الإحالة ..... 39
- ج-1 - حجج المؤيدين لنظرية الإحالة ..... 40
- ج-2- حجج المعارضين لنظرية الإحالة ..... 40
- د- موقف القضاء الفرنسي من نظرية الإحالة ..... 41
- هـ - موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة ..... 41
- 3- الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع ..... 42
- خامسا- تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ..... 43

- 1- المقصود بالقانون الأجنبي ..... 43
- 2- طبيعة القانون الأجنبي..... 43
- أ- الاتجاه القائل بأن القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع ..... 44
- ب- الاتجاه القائل بأن القانون الوطني قانون ..... 44
- ج- موقف المشرع الجزائري..... 45
- سادسا- مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في التشريع الجزائري..... 46
- 1- مركز القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع في التشريع الجزائري..... 46
- 2- مركز القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا في القانون الجزائري..... 47
- سابعا- موانع تطبيق القانون الأجنبي ..... 49
- 1 - النظام العام..... 49
- أ- مفهوم النظام العام..... 49
- ب- الأثر المترتب على تدخل النظام العام..... 50
- ب-1 الأثر السلبي: الاستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الأجنبي ..... 50
- ب-2 الأثر الإيجابي للنظام العام - ثبوت الاختصاص لقانون القاضي..... 51
- ب-3 الأثر المخفف للنظام العام..... 52
- 2- الغش نحو القانون..... 53
- أ- نشأة نظرية الغش نحو القانون ..... 54
- ب- شروط الدفع بالغش نحو القانون ..... 55
- ب-1 - إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد ..... 55

- ب-2 - نية التحايل أو الغش نحو القانون.....56
- ج- نطاق الغش نحو القانون .....56
- د- أثر الغش نحو القانون.....57
- هـ - موقف المشرع الجزائري من نظرية الغش نحو القانون.....58
- المحور الثاني: الحلول التطبيقية لقواعد التنازع .....59
- أولاً- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للمسائل المتعلقة بالأشخاص .....59
- 1- حجج أنصار اعتماد ضابط الجنسية في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية .....59
- 2- حجج أنصار اعتماد ضابط الموطن في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية .....60
- 3- المفاضلة بين ضابط الموطن وضابط الجنسية.....61
- 4- الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية.....61
- أ- القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات .....61
- ب- القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية.....62
- ثانيا- الحلول الوضعية في شأن المسائل المتعلقة بالأشخاص .....63
- 1- الحالة.....63
- 2- الأهلية.....64
- 3- الزواج.....67
- أ- الشروط الموضوعية المتطلبة في عقد الزواج.....68
- ب- الشروط الشكلية لعقد الزواج.....70
- ج - آثار عقد الزواج.....72

- ج-1- الآثار الشخصية لعقد الزواج.....72
- ج-2- الآثار المالية لعقد الزواج.....73
- د- انقضاء الزواج.....74
- 4- النسب.....75
- 5- الكفالة.....76
- 6- النفقة بين الأقارب.....76
- 7- حماية القصر.....77
- 8- الميراث.....77
- 9- الوصية.....78
- أ- القانون الذي يحكم موضوع الوصية.....78
- ب- القانون الذي يحكم شكل الوصية.....79
- 10- الهيئة.....80
- 11- الوقف.....80
- ثانيا- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للالتزامات العقدية.....81
- 1- القانون الذي يحكم موضوع العقد الدولي.....81
- أ- قانون الإرادة باعتباره ضابط إسناد أصلي.....81
- أ-1- التأصيل التاريخي لقانون الإرادة كضابط إسناد أصلي في مجال الالتزامات التعاقدية.....81
- أ-2- موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة كضابط إسناد في مجال الالتزامات التعاقدية.....83
- أ-3- نطاق إعمال قانون الإرادة.....84

- ب- ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تحكم موضوع العقد الدولي في القانون الجزائري.....88
- 2- القانون الذي يحكم شكل العقد الدولي.....88
- ثالثا- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة للالتزامات غير العقدية.....89
- 1- التأصيل التاريخي للقانون المحلي كضابط الإسناد.....89
- 2- موقف المشرع الجزائري من القانون المحلي.....90
- 3- الإشكالات العملية التي يثيرها تطبيق القانون المحلي.....90
- أ- إشكالية تعدد العناصر المكونة للفعل الضار.....91
- ب - إشكالية اختلاف مكان وقوع الفعل الضار عن مكان تحقق الضرر.....91
- رابعا- تحديد القانون الذي يحكم الفئة الشاملة لنظام الأموال.....92
- 1- القانون الذي يحكم المال العقار.....92
- 2- القانون الذي يحكم المنقول المادي.....93
- أ- موقف الفقه من التنازع المتحرك أو المتغير.....93
- ب- موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك أو المتغير.....95
- 3- القانون الذي يحكم المنقول المعنوي.....96
- أ- النسبة للملكية الأدبية والفنية.....97
- ب- بالنسبة لبراءة الاختراع.....97
- ج- بالنسبة للملكية الصناعية.....97
- د- بالنسبة للعلامة التجارية.....98
- هـ - بالنسبة للاسم التجاري.....98

