

جامعة الشهيد حمه لحضر بالوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في القانون الدولي الخاص

أقيت على طلبة السنة الثالثة ل. م. د قانون خاص

المبادئ العامة لتنازع القوانين

الأستاذ: ديدي إبراهيم

السنة الدراسية 2021/ 2022

مقدمة

التشريع معد لتنظيم مراكز قانونية في مجالات مختلفة وبذلك فإن قواعده غير مؤبده فهي قابلة للتغيير بما يتناسب ويناسب تطور المجتمع، ويتدخل المشرع بين الحين والآخر لتحسين القواعد القانونية فيلغي السارية ويستحدث جديدة يناط بها تنظيم العلاقات القانونية.

إذا تعاقب قانونان صادران في دولة واحدة على تنظيم مركز قانوني معين فإن التعارض الحاصل بينهما يحل حسب قواعد القانون الإنتقالي أي القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان وهي المواد: (6 - 7 - 8 من القانون المدني الجزائري وما يقابلها في القوانين الأخرى)⁽¹⁾.

أما بالنسبة لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية فإن حلها لا يتم بنفس الطريقة المعروفة في النظم القانونية الداخلية، لأن تلك العلاقات يتنازع حكمها قوانين صادرة من دول مختلفة ويكون بذلك التنازع إما تنازعا إيجابيا أو تنازعا سلبا، وهي روابط وعلاقات قانونية تتصف بالأجنبية في أطرافها أو موضوعها أوفي سببها وتستدعي تحريك قواعد خاصة لفض التنازع.

فلنفرض أن جزائريا إنتقل إلى بريطانيا للعمل أو الدراسة وهناك إستأجر شقة أقام فيها ثم تزوج بإيطالية وأنجبت منه أبناء. يثور التساؤل عن وضعه القانوني في هذه الدولة بصفته أجنبي

(1) النصوص القانونية التي تحل التنازع بين القوانين من حيث الزمان:

1 - المادة 6 : (القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005) تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص

الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها .

وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة .

2 - المادة 7 : (القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005) تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا.

غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم وإنقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص .

إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بإنقضاء هذا الباقي.

3 - المادة 8 : (القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005) تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول

بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده .

فما هي حقوقه وواجباته، وما هو القانون الذي تخضع له علاقة عمله في جانبها التنظيمي والتعاقدية وما هو القانون الذي يسري على إيجار الشقة التي يقيم فيها، وما هو القانون الذي ينظم علاقة زواجه من الإيطالية في شقه الشكلي والموضوعي، وأخيرا ما هي جنسية أبنائه الذين ولدوا في بريطانيا؟.

كما يثير العديد من الإشكالات القانونية الأولية التي تطرح بالنسبة لميراث جزائري في الخارج أو قيام جزائري بالتعاقد في دولة أخرى للقيام بأنشطة استثمارية إلى غير ذلك من الروابط القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي ويدخل تنظيمها ضمن مجال قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص.

يتعين في الأمثلة التي سبق ذكرها وبالنظر إلى تراحم عدة قوانين خاصة صادرة من دول مختلفة من أجل حكم العلاقة القانونية كلها أو جزء منها أن تحل هذه المشكلة حسب القواعد المقررة في القانون الدولي الخاص، قبل إعمال النص القانوني الموضوعي لفض النزاع ويكون الحل باستخدام الآلية القانونية المقررة في قانون القاضي لتنازع القوانين، وهو ما يقتضي أن يفسح المشرع الوطني المجال لإمتداد القانون أي التوفيق بين مبدأي شخصية القوانين وعينتها ومبدأي أقلية القوانين وإمتدادها أو اللجوء إلى تطبيق القواعد القانونية الموضوعية في القانون الدولي الخاص مباشرة كما هو الشأن في مسائل الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية والقرارات والعقود الرسمية الأجنبية⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري وعلى غرار الدول الأخرى تولى تنظيم مجالات القانون الدولي الخاص وذلك من خلال إصداره لعدة قوانين، كان أولها قانون الجنسية الجزائرية الصادر سنة 1963⁽³⁾ الملغى بالقانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل

(2) تنقسم القواعد التي يشملها القانون الدولي الخاص إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: يتعلق بتنظيم التمتع بالحقوق *la jouissance de droit*، ويندرج تحتها القواعد المنظمة للجنسية ومركز الأجانب.
النوع الثاني: ويشمل القواعد الحاكمة لممارسة الحقوق *l'exercice des droits* ويختص بهذا الأمر نظرية تنازع القوانين أما النوع الثالث: فهو القواعد المنظمة للحماية القضائية للحقوق على المستوى الدولي *la sanction des droits* وتشمل هذه الأخيرة موضوعي الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية والإعتراف بها. أنظر ذلك في: *حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص*، الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت لبنان طبعة 2009، ص 6 .

(3) أول قانون أصدره المشرع الجزائري بخصوص الجنسية هو القانون رقم 63-96 المؤرخ في 27/03/1963 المتضمن قانون

الجنسية الجزائرية المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 02/04/1963 .

والمتمم بالأمر رقم 05 - 01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2015. ثم تلاه الأمر رقم 66 - 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والملغى بموجب القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول حاليا. ثم الأمر رقم 66 - 211 المنظم لمركز الأجانب المعدل والمتمم بالقانون رقم 08 - 11 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتضمن دخول الأجانب وحركاتهم وشروط إستخدامهم، ثم الأحكام الواردة في القانون المدني وذلك بموجب الأمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني المتمم والمعدل بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وفيه خصص المشرع الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول لتنازع القوانين من حيث المكان المواد من (09 إلى 24) بالإضافة إلى مجموعة من النصوص القانونية تضمنتها أحكاما منظمة للعلاقات القانونية الخاصة الدولية. كما إنظمت الجزائر إلى الإتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف ذات الصلة بمجالات القانون الدولي الخاص.

والملاحظة التي ينبغي الإشارة إليها هي أن الحلول المعتمدة في نظام قانوني معين في المسائل التي لها صلة بمجالات القانون الدولي الخاص قد تكون مشابهة أو مطابقة أو متعارضة لمثيلاتها في أنظمة قانونية أخرى، ومع ذلك فهي حلول وطنية ذاتية قابلة للملائمة مع المحيط وتطور المجتمع. ومن ثم فهي تشكل إنعكاسا للقانون الداخلي على الصعيد الدولي ومن هنا أيضا يبرز دور القضاء الجزائري في أن يتكفل بهذه المهمة المعقدة والمتشعبة التي تتمثل في سد النقص المحتمل في النصوص التشريعية مراعيًا عند تطبيقه لها المصلحة الوطنية والإعتبرات الدولية والإلتزامات التي قبلت بها الدولة الجزائرية بإعتبارها عضو في المجموعة الدولية، وعلى الرغم من قلة الحكام القضائية والإجتهادات القضائية وغياب التقاليد القضائية الراسخة وعدم وجود أعمال تحضيرية للقوانين التي تتم الإستعانة بها في تفسير النصوص الغامضة والكشف عن إرادة المشرع في المرحلة السابقة التي كان فيها النهج السياسي المتبع ذا أثر بارز في توجيه القضاء.

غير أن إنتقال الجزائر إلى نظام إقتصاد السوق وتفتحها على الإستثمارات الأجنبية وسعيها في إجتذات رؤوس الأموال الخارجية وفتح المجال أمامها لتسهم في التنمية الإقتصادية عوامل تستوجب على قواعد القانون الدولي الخاص أن تقوم بالدور المنوط بها، وأن تكون أحكامه بمثابة القاطرة التي تجر العجلة الإقتصادية في شتى المجالات .

إن النهج السياسي والإقتصادي الذي إنتهجه الجزائر مؤخرا تطلب إعادة النظر في أحكام المنظومة التشريعية الجزائرية لتواكب الواقع ويصبح القانون مطاوعا لمقتضيات النظام الجديد للمجتمع.

أهم حدث حصل في هذا الشأن هو تعديل أحكام تنازع القوانين وكان ذلك بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 والذي مس تقريبا معظم النصوص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان الواردة في القانون المدني لسنة 1975. وفي هذا التعديل أضاف المشرع الوطني أحكاما جديدة جعلت أحكام تنازع القوانين في الجزائر في مصاف القوانين الحديثة. وبموجب ذلك التعديل أيضا أصبحت أحكام تنازع القوانين في الجزائر أكثر تفصيلا وإيضاحا وشمولا .

الفصل التمهيدي

الأساسيات العامة للقانون الدولي الخاص

المبحث الأول

أسباب ودوافع وجود القانون الدولي الخاص

المطلب الأول

الضرورة العملية لوجود القانون الدولي الخاص

الإنسان مدني بحكم طبعه، كما يقول علماء علم الاجتماع وبهذه الصفة يدخل مع غيره في علاقات متعددة ومتنوعة سواء مع مواطني دولته أو مع أشخاص ينتمون إلى دول ومجتمعات أخرى قبل وجود الدولة بالكيفية التي هي عليها الآن، وهذا ما يجعلنا نبحث عن القانون الذي يحكم هذه العلاقات القانونية .

ومن أهم دوافع وجود القانون الدولي الخاص أن العصر الحديث يتميز بتطور وسائل الإتصال بين الدول وأفراد مختلف المجتمعات. وأصبح التنقل بين أقاليم الدول والإتصال بالأشخاص المقيمين في شتى أصقاع الأرض أمر في غاية السهولة واليسر بالرغم من تباعد المسافات وتراميتها. كل ذلك جعل علاقات الأفراد تتنامى أكثر من ذي قبل وبالتالي تحتاج إلى قانون يحكمها بالنظر إلى طبيعة هذه العلاقات وما تتميز به من خصوصيات .

ومن أسباب وجود القانون الدولي الخاص وجود إختلاف بين القواعد القانونية التي تضبط سلوك الأفراد داخل كل مجتمع عن قواعد المجتمع الآخر وذلك راجع لإختلاف عادات وتقاليد كل مجتمع عن الآخر مما جعل مهمة البحث عن قانون يحكم هذه العلاقات الخاصة بين الأشخاص عندما ينتمي كل طرف من أطراف العلاقة إلى دولة معينة تختلف في أعرافها وعاداتها وتقاليدها وفي المرجعيات الأساسية التي يقوم عليها المجتمع عن الدولة الأخرى .

فالقانون الدولي الخاص هو بيئة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، العلاقات التي تتجاوز الحدود والأقاليم. فكما أن القانون الداخلي هو بيئة العلاقات الداخلية، والقانون الدولي العام هو بيئة العلاقات بين أشخاص ذلك القانون، دول ومنظمات دولية، كذلك فإن للعلاقات الخاصة الدولية

التي تبرم بين الأفراد المنتمين إلى دول مختلفة أو العلاقات الخاصة التي تبرم بين دول وأفراد
بيئة

قانونية خاصة وخصوصيات هذه العلاقات تأتي من طبيعتها أما دوليتها فهي تأتي من
عناصرها⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن من أهم دوافع وأسباب وجود القانون الدولي الخاص أن التقسيم الرئيسي
للقانون إلى قانون دولي عام ينظم علاقات الدول فيما بينها وهناك القانون العام الذي ينظم علاقات
الدولة باعتبارها صاحبة سيادة ويسمى القانون العام الداخلي.

فإلى جانب القانون العام بشقيه (الدولي والداخلي) فإنه يوجد القانون الخاص الذي ينظم علاقات
الأشخاص داخل المجتمع كما هي في الحالات بالنسبة للعلاقات التي يقوم بها الأفراد في
مجال القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون الأسرة .

غير أن العلاقات القانونية ليست قاصرة على علاقات الدول ولا على علاقات الأفراد داخل
الدولة الواحدة، بل قد تكون بين شخصين تابعين لدولتين أو يكون محل العلاقة أو سببها يقع
في دولة أخرى .

ففي هذه الحالات وغيرها تكون العلاقة القانونية التي نشأت بين شخصين كل منهما ينتمي
إلى دولة معينة تكون هذه العلاقة ذات عنصر أجنبي.

ويترتب على ذلك حتمية البحث عن القانون الذي يحكمها وهو القانون الدولي الخاص، لأنه لا
يمكن إخضاعها إلى القانون الدولي العام لأنه مختص بحكم العلاقات بين الدول فقط، ولا يمكن
أيضا إدراجها ضمن علاقات القانون العام الداخلي لأنه مختص فقط بحكم العلاقات التي تكون
الدولة فيها صاحبة سيادة.

وفي المقابل لا يمكن لفروع القانون الخاص التقليدية أن تحكم علاقات الأفراد ذات العنصر
الأجنبي لأنها وجدت أصلا من أجل تنظيم علاقات الأفراد الوطنية، كأن تكون هذه العلاقة
مثلا علاقة بيع بين جزائيين ومحل البيع موجود في الجزائر وتم إبرام العقد في الجزائر.

فالعلاقة القانونية تتكون من ثلاثة عناصر:

⁽⁴⁾ سامي بديع منصور- أسامة العجوز: القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان 2009 ص5

أولها: أطراف العلاقة القانونية أي أشخاصها ومثال ذلك البائع والمشتري، المؤجر والمستأجر المتسبب في الضرر والمتضرر.

ثانيهما: موضوع العلاقة القانونية وغالبا ما يكون إما عملا أو إمتناع عن عمل أو الشيء المادي

الذي تنصب عليه العلاقة كالمال المباع، أو العقار محل الإيجار.

ثالثهما: سبب العلاقة القانونية وهو الفعل أو التصرف الذي ينشئ العلاقة مثل العقد أو الفعل

الضار أو التصرف بالإرادة المنفردة.

فإذا توافرت الصفة الأجنبية في عنصر من هذه العناصر يترتب على ذلك حتمية البحث عن القانون الذي يحكم هذا النوع من العلاقات (العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي) وهذا القانون هو القانون الدولي الخاص. ونتيجة ذلك أنه لا يمكن إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام بإعتباره مختص بحكم العلاقات بين الدول فقط (أي بين أشخاص المجتمع الدولي) ولا يمكن أن يحكمها القانون الداخلي سواء العام أو الخاص لأنه مختص بحكم العلاقات التي تكون الدولة طرف فيها وصاحبة سيادة أو أن العلاقة بين مواطني الدولة في شأن يخضع لقواعد القانون الداخلي.

كما أنه لا يمكن لفروع القانون الخاص التقليدية أن تحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي لأنها وجدت أصلا لحكم وتنظيم علاقات الأفراد الوطنية، كأن تكون هذه العلاقة علاقة بيع بين جزائريين ومحل البيع في الجزائر وتم إبرام العقد في الجزائر ومن ثم فهي علاقة وطنية محضة لا يوجد فيها العنصر الأجنبي.

والنتيجة أن الدوافع والأسباب السالفة الذكر وهي واردة على سبيل المثال أدت ومنذ زمن طويل إلى البحث عن فرع من فروع القانون يسمى بالقانون الدولي الخاص وتناط بقواعده مهمة حكم وضبط جميع العلاقات القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي

فقواعد القانون الدولي الخاص تعنى بتنظيم الحياة الخاصة الدولية وذلك بتحديدتها للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على الأفراد بشأن العلاقات القانونية الدولية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني

تعريف القانون الدولي الخاص وسبب تسميته بهذا الاسم

الفرع الأول : تعريف القانون الدولي الخاص

إختلف الفقهاء في وضع تعريف شامل للقانون الدولي الخاص ومرد ذلك هو إختلاف نظرتهم لهذا الفرع من القانون من حيث طبيعته القانونية ونطاقه ومصادره، وبحسب الفلسفة القانونية التي تسود المدارس الفقهية أو التي يؤمن بها ذلك الفقيه . فالفقه التقليدي يركز عموماً على الطابع الوطني لهذا القانون وحصر نطاقه في تنازع القوانين عندما يعرف هذا القانون⁽⁶⁾.

فعرفه الفقيه نيبوييه NEBOYEE بأنه ذلك الفرع من القانون العام الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد توزيعاً دولياً على أساس الجنسية أوالموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها أو فقدها طبقاً للقوانين المختصة بمساعدة السلطات والجهات القضائية المختصة⁽⁷⁾.

وعرفه الفقيه ليروبيجونيري LERBOURS - PIGEONIERE بأنه فرع قائم بذاته من القانون الداخلي يضم قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص المتعلقة بالجنسية ومركز الأجانب وفض تنازع القوانين .

أما الفقيه باتيفول BATIFFOL فقد عرفه بأنه يتضمن مجموعة القواعد الواجبة التطبيق على أشخاص القانون الخاص في علاقات الجماعة الدولية⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ قريب من هذا المعنى ما ذكره كل من:

- Batifol et Lagarde: Droit international privé, L.G.D.J, 7^{éd}, T, 1, p, 3 .
- Loussouarn et Bourel: Droit international privé , Dalloze , 2[°] ed , p , 2 .
- Gutman: Droit international privé , Dalloze , 1999 , p , 1 .

⁽⁶⁾ راجع أهم التعاريف التي أوردها عبد الحميد أبو هيف: القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة السعادة 1927 ص 14 وما بعدها

⁽⁷⁾ راجع كتابه (دروس في القانون الدولي الخاص) طبعة 1974 ، فقرة 45 .

⁽⁸⁾ راجع مؤلفه مع لاجارد: القانون الدولي الخاص، ج 1، الطبعة الخامسة، 1970، فقرة 2 .

أما بالنسبة للفقهاء العرب فقد عرفه الفقيه عز الدين عبد الله هذا القانون بأنه ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص التابعين للدولة والمواطن ومركز الأجانب فيها ويبين الحلول الواجبة الإلتباع في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين.

في حين عرفه بعض الفقهاء من زاوية نطاقه بأنه مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية والشخصية إذا إقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الإختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والمواطن وتبين كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية والأوامر الأجنبية⁽⁹⁾. ويعرفه الأستاذ/الطيب زروتي بأنه مجموعة القواعد الفنية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية من حيث تحديد أصحاب الحقوق وإستعمالها ونفاذها⁽¹⁰⁾.

والواقع أن القانون الدولي الخاص لا يزال في طور التطور والتأصيل ومن ثم ينبغي على قواعده أن تستوعب مستجدات المعاملات الدولية الخاصة الحديثة، ولذلك فإنه يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة عندما تشمل على عنصر أجنبي من حيث تحديد أصحاب الحقوق وإستعمالها ونفاذها وبيان القانون الواجب التطبيق عليها.

من خلال التعاريف السالفة الذكر يتضح أن القانون الدولي الخاص تنصب قواعده في مجملها على معالجة التصرفات والعلاقات القانونية الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي. والحقيقة أن هناك عاملان مؤثران في تعريف القانون الدولي الخاص وضبط دوره، أولهما أنه قانون لا يزال في طور التطور والتأصيل مقارنة بالقانون الدولي العام التقليدي الذي ترسخت قواعده، وعلى ذلك يجب أن تستوعب قواعد القانون الدولي الخاص مستجدات العلاقات الخاصة الدولية الحديثة وتجاربها وتتطور بتطورها، والعامل الثاني أن إضفاء الصفة الدولية عليه يتعين حتما أن يتأثر بمفاهيم جديدة سائدة في العلاقات الدولية كالعولمة والنظام القانوني الجديد وحقوق الإنسان وإستعمال التكنولوجيا الحديثة بل وكونه أصبح موضوعا للقانون الدولي العام مباشرة في بعض مجالاته⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني: سبب تسمية هذا القانون بالقانون الدولي الخاص.

(9) علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1991 بند 4 ص 5.
(10) أنظر في مختلف التعاريف التي أوردها الأستاذ/الطيب زروتي: في كتابه القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010، ص 7 وما يليها.
(11) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 10 .

القانون الدولي الخاص هو الإصطلاح الشائع بين فقهاء القانون الدولي الخاص، وسمي بهذا الإسم بالنظر إلى العلاقة القانونية التي وجد من أجل تنظيمها وحكمها والتي تشتمل في جميع الحالات عنصرا أجنبيا.

فمن جهة أن العلاقة القانونية التي ينظمها القانون الدولي الخاص علاقة تتعدى إقليم الدولة الواحدة أو أكثر بأحد عناصرها الثلاثة أو مجتمعة (الأطراف - المحل - السبب) ولذلك سمي بالدولي ومن جهة أخرى فهذه العلاقة قائمة بين شخصين⁽¹²⁾ ليست الدولة طرف فيها بصفتها صاحبة سيادة ومن ثم سمي هذا الجانب في شقه الثاني بالخاص.

والحقيقة التي لا يمكن تجاهلها أنه لفترة طويلة من الزمن أطلق على القانون الدولي الخاص إصطلاح قواعد تنازع القوانين. وفي عام 1834 أصدر الأستاذ "ستوري" أستاذ في جامعة هارفارد والقاضي بالمحكمة العليا آنذاك مؤلفا قيما أسماه "تعليقات في تنازع القوانين" وفي هذا الأخير ورد إصطلاح القانون الدولي الخاص العديد من المرات، وفي فرنسا قام الأستاذ "قوليه" بإستعمال الإصطلاح المتقدم كعنوان لمؤلفه القيم الصادر عام 1843 .

وهكذا تم تداول المسمى السابق على نحو واسع في القارة الأوروبية ولاشك أن إصطلاح "تنازع القوانين" لا يعبر عن حقيقة المراد على نحو دقيق - بإعتراف أصحاب التسميات السابقة - لا ينطوي على أي تنازع حقيقي، وإنما هو في حقيقته إختيار لأفضل القوانين المتنافسة. فإذا أضفنا إلى المبحث المعني بالجنسية وتنازع الإختصاص القضائي ومركز الأجانب، فلم يعد مصطلح تنازع القوانين قادرا على وجه الإطلاق على التعبير عن المادة محل البحث بعد هذا التوسع في مفرداتها.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول التي تستعمل إصطلاح القانون الدولي الخاص إنما تقصد به: تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ليس غير، في حين أن البعض الآخر منها والذي يستعمل ذات الإصطلاح السابق إنما يقصد به الجنسية، الموطن، مركز الأجانب تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي⁽¹³⁾.

(12) نعني بالشخص الشخص الطبيعي (personne physique) وأيضا الشخص المعنوي أو الإعتباري كالشركة (personne

moral) وتدخل في حكم ذلك بعض الأشياء ذات القيمة المالية المعتبرة كالسفن والطائرات التي تحمل علم دولة ما .

(13) هشام خالد: المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 405 .

وننوه إلى أن بعض الفقهاء يطلقون عليه إصطلاح القانون الخاص الدولي وهذا في الحقيقة لا يغير من الأمر شيء غاية ما هناك أنه يغلب جانب العلاقة الخاصة عن جانب تجاوزها حدود إقليم الدولة الواحدة⁽¹⁴⁾. فيما أن هناك جانب آخر يطلق عليه تسمية تنازع القوانين بإعتبار أن فكرة التنازع كانت السبب الجوهرية في وجوده، وأنها المشكلة التي تغطي على جميع المواضيع التي ينظمها القانون الدولي الخاص.

ومهما يكن الإختلاف في التسميات أو في الإصطلاحات فالمضمون يبقى واحدا وهو أن هذا الفرع من القانون يعالج بإيجاده للحلول للمشاكل التي تثار ضمن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي في جميع مجالاتها المختلفة.

المبحث الثاني

نطاق القانون الدولي الخاص

إختلف الفقه إختلافا شديدا حول تحديد موضوعات أو مباحث القانون الدولي الخاص إذ نجد ثلاثة إتجاهات في هذا الصدد، رأي موسع لنطاق القانون الدولي الخاص ويؤمن به الفقه الفرنسي⁽¹⁵⁾ ورأي مضيق لموضوعات القانون الدولي الخاص ويتبناه الفقه الأنجلوسكسوني⁽¹⁶⁾. وهناك رأي وسط بينهما.

المطلب الأول

تنازع القوانين

(14) ينبغي الإشارة إلى أن الفقه الحديث يجعل إصطلاح القانون الخاص الدولي قاصرا على القواعد الموضوعية التي تحكم التجارة الدولية. راجع تفاصيل ذلك في: أبو العلا النمر: مقدمة في القانون الدولي الخاص بدون سنة ولا مكان نشر، ص 05 وما يليها.

(15) المفهوم الواسع للقانون الدولي الخاص تتبناه المدرسة الفرنسية، أنظر ذلك: =

= هولوفواييه، دي لابرديل: القانون الدولي الخاص، طبعة ماسون، 1987، ص 10 .

= بيير مايير: القانون الدولي الخاص الطبعة 6 مونتشرينتين، 1998، ص 8 .

= سامي بديع منصور: القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، 1997 ص 16 .

(16) هشام خالد: مرجع سابق، ص 37-38. وأنظر أيضا: سامي بديع منصور وأسامة العجوز: مرجع سابق، ص 14 .

يشكل موضوع تنازع القوانين بإجماع الفقه الدولي صميم القانون الدولي الخاص، بل أنه المحور الرئيسي الذي إنطلق منه الفقه منذ القرون الوسطى لمعالجة العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي⁽¹⁷⁾.

ويرى أنصار الإتجاه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص أن تنازع القوانين هو المبحث الوحيد للقانون الدولي الخاص وأساس هذا النظر السابق أن باقي الموضوعات خلافا لتنازع القوانين إنما تتعلق بفروع أخرى من القانون.

وبيان ذلك لدى أصحاب الإتجاه السابق إن الإختصاص القضائي الدولي إنما يدخل ضمن مباحث قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما هو الحال في النظام القانوني الجزائري والجنسية تعتبر من القانون العام - الداخلي - حيث أنها تحدد ركن الشعب في الدولة وبالتالي فهي غريبة عن القانون الدولي الخاص.

ويرى أنصار الإتجاه السابق أن علم تنازع القوانين له طابعه الخاص وذاتيته المتميزة على النحو الذي يجب معه أن يقتصر القانون الدولي الخاص عليه ولا يشتمل سواه.

وإذا كانت العلاقات القانونية التي تشتمل على العنصر الأجنبي هي المحور الأساسي لتقنية تنازع القوانين، فقد يقال لماذا لا تعامل هذه العلاقات معاملة العلاقات الوطنية وبالتالي يطبق عليها القانون الوطني. ذلك أن هذا الحل البسيط غير معقول لأنه يؤدي إلى فوضى قانونية وعدم إستقرار للمراكز القانونية.

فالتصور أن جزائريا متزوج بإمرأتين وإنقل بهما إلى بلد غربي يحضر التعدد وتمسك هناك بحقه المكتسب، فلاشك أن قضاء هذه الدولة في حالة تطبيقه لقانونه الوطني فقط سوف يقضي برفض هذا التعدد طالما أن قانونه الداخلي لا يسمح به. بينما في حالة إستعمال التقنية المقررة في تنازع القوانين فإنه سوف يسمح بترتيب آثار التعدد ما دام أنه نشأ صحيح وفق قانون أجنبي مختص.

وبالمثل لنفترض أن جزائرية متوفي عنها زوجها أرادت أن تعيد الزواج في إسبانيا حيث يمنع القانون الإسباني الزواج مرة أخرى على المرأة المتوفي عنها زوجها. وعلى ذلك فتطبيق القانون الداخلي مباشرة على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي تترتب عنه أضرار بليغة وبالنتيجة يؤدي إلى عدم إستقرار المراكز القانونية، لذلك تحتم إستعمال وسائل خاصة لمعالجة هذه العلاقات

(17) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 21 .

عن طرق قواعد الإسناد التي لا تعطي حلا مباشرا للنزاع بل يقتصر دورها على الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق الذي تقع عليه مهمة إعطاء الحل⁽¹⁸⁾.

وأنصار الإتجاه المضيق للقانون الدولي الخاص وحصره في تنازع القوانين مستنديين في ذلك إلى حجتين:

أولهما: مستخلصة من طبيعة قواعد تنازع القوانين بإعتبارها قواعد مزدوجة وشكلية لا

تفصل في موضوع النزاع وإنما تدل على القانون المختص من بين القوانين المتنازعة⁽¹⁹⁾

غير أنه وردا على هذه الحجة بأن قواعد التنازع قد تكون أيضا منفردة أو مفردة ومع ذلك تؤدي إلى نفس النتيجة، فعلى سبيل المثال أن المادة (10) من القانون المدني قبل تعديلها بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 تنص على أن حالة الجزائريين وأهليتهم يحكمها القانون الجزائري ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، وبمفهوم المخالفة يفهم من هذه المادة أن قانون دولة جنسية الأجنبي هو الواجب التطبيق على حالته وأهليته عندما يكون مقيم في الجزائر وتعلق الأمر بشأن يخص أهليته أو حالته المدنية.

ثانيهما: أن ذاتية تنازع القوانين تبرز في منهجها كقواعد إسناد إلى طوائف من النظم القانونية المعنية بعد إجراء عملية التكييف. وذلك عن طريق تجميع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في مجموعة طوائف يطلق على كل واحدة منها إسم معين، فيوجد نظام خاص بطائفة الأحوال الشخصية⁽²⁰⁾. وآخر خاص بالعقود والمعاملات المالية وآخر بحكم الشكل في التصرفات القانونية وبالتالي يختص قانون معين بحكم كل فكرة مسندة في طائفة معينة وهذا الوضع غير مألوف في الفروع الأخرى للقانون⁽²¹⁾.

(18) محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2009، ص 21 .

(19) تكون قاعدة التنازع مزدوجة عندما تشير إلى إمكانية تطبيق قانون القاضي وإمكانية تطبيق القانون الأجنبي ومثالها المادة

(10) من القانون المدني الجزائري.

أما صفة الشكلية فهي أن قاعدة التنازع لا تفصل في موضوع النزاع وإنما تدل على القانون المختص من بين القوانين المتنازعة لإستخلاص الحل الموضوعي.

(20) فمثلا في النظام القانوني الجزائري تضم طائفة الأحوال الشخصية من المادة(10 إلى المادة 16) من القانون المدني والمادة (17) تخص

تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولاً. والمادة (18) تخص الإلتزامات التعاقدية والمادة (19) تخص شكل التصرفات القانونية.....

(21) هشام خالد: مرجع سابق، ص 37.

وطبقا لقواعد الإسناد الجزائرية تخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، والعقود لقانون الإرادة والأموال لقانون مكان وجودها، والشكل لقانون محل إبرام التصرف⁽²²⁾ ويقوم تكييف العلاقة القانونية الذي يتم طبقا لقانون القاضي بدور هام وحاسم في تحديد الوصف القانوني المناسب بغرض القيام بإسناد العلاقة القانونية إلى إحدى النظم السالفة الذكر ومن ثم فتحديد النظم المختلفة وإجراء التكييف يتم طبقا لقواعد منهجية خاصة بتنازع القوانين.

بينما في المسائل الأخرى كالجنسية وتنازع الإختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب والمواطن لا يتم العمل بهذه الطريقة والمنهجية الخاصة. ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يستند إلى الطبيعة الشكلية لقواعد التنازع ويتجاهل وظيفتها التكاملية مع المسائل الأخرى في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

المطلب الثاني

المجالات الأخرى للقانون الدولي الخاص.

إذا كان تنازع القوانين يأخذ نصيب الأسد في قواعد القانون الدولي الخاص ويعتبره جانب كبير الفقهاء أنه يشكل المحور الأساسي لهذا القانون فإن هناك موضوعات أخرى تنظمها قواعد القانون الدولي الخاص لا تقل أهمية عن تنازع القوانين وهي على النحو التالي:
الفرع الأول: تنازع الإختصاص القضائي .

قواعد الإختصاص القضائي الدولي تمثل الجانب الإجرائي لمشكلة تنازع القوانين، فإذا كانت قواعد تنازع القوانين تعنى ببيان وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، فإن قواعد الإختصاص القضائي الدولي تحدد المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وتلك مسألة هامة بإعتبار أن الحقوق التي تثبت للأفراد بمقتضى القانون تظل عديمة الجدوى إذا لم يستطع هؤلاء حمايتها عن طريق القضاء⁽²³⁾.

(22) في قواعد الإسناد الجزائرية المادة (10) من القانون المدني تخص الأهلية والحالة المدنية، المادة (11) تخص الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، المادة (12) المتعلقة بآثار الزواج وإنحلاله والإنفصال الجسماني، المادة (13) مكرر ومكرر1) تخص النسب والكفالة المادة (14) التي تعالج مسألة الإلتزام بالنفقة بين الأقارب، المادة (15) والتي تخص الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة بينما المادة (16) فهي تعالج الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تتفد بعد الموت.

(23) رمزي محمد علي درار: فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 201، بيروت، لبنان ص32.

ومن ثم دراسة قواعد الإختصاص القضائي بجانب تلك المتعلقة بالإختصاص التشريعي أمر مبرر، حيث أن القانون الدولي الخاص في سعيه لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي يواجه مشكلتين أساسيتين: أولهما تحديد المحكمة المختصة دولياً بالنظر في النزاعات ذات العنصر الأجنبي. وثانيهما: تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العلاقات⁽²⁴⁾.

وبالرغم من الترابط الوثيق بين الإختصاص التشريعي (تتازع القوانين) والإختصاص القضائي فإن البعض من الفقه ينادي بإستبعاد الإختصاص القضائي من نطاق القانون الدولي الخاص بحجة أن القاضي عندما تعرض عليه مسألة مشتملة على عنصر أجنبي يقضي بإختصاصه طبقاً لقانونه الوطني، وبالتالي لا وجود لتتازع الإختصاص القضائي في الواقع، إلا أن غالبية الفقه ترى بإدخال هذا الموضوع ضمن مشتملات هذا الفرع، فلكي يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه ينبغي عليه أولاً الفصل فيما إذا كان مختصاً بالنظر في النزاع أم غير ذلك، ثم ينتقل بعد ذلك إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على ضوء ضوابط قواعد الإسناد في قانونه⁽²⁵⁾.

المشروع الوطني هو الذي يحدد إختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية⁽²⁶⁾ هو الذي يبين متى تكون المحاكم الجزائرية مختصة، وهل يجوز مقاضاة أجنبي في الجزائر أو متابعة وطني فيها قام بالتصرف في الخارج، وهل يجوز للأجنبي أن يلجأ إلى القضاء الوطني لحماية حق من الحقوق التي يتمتع بها⁽²⁷⁾؟.

(24) حفيظة السيد الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، بدون مكان نشر طبعة 1992، ص 10
(25) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 23 وقريب من هذا المعنى أنظر: أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص، طبعة 1954 ص 13
وأيضاً: إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي الخاص، والآثار الدولية للأحكام، الكتاب الأول
نشر سيد عبد الله وهبة، سنة 1991، ص 3.

(26) الصادر بموجب القانون رقم: 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 28 فبراير 2008 .

(27) راجع في هذا الشأن المادتان (41 - 42) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008. وفي بعض الأحيان يلجأ المشروع إلى وضع قواعد إسناد خاصة بتتازع الإختصاص القضائي الدولي. =

فالقاضي الوطني المعروض أمامه النزاع لا يتطرق إلى إختصاص المحاكم الأجنبية وبالتالي يستطيع إخضاع النزاع إلى طائفة من النظم القانونية ثم يسند العلاقة إلى قانونه أو إلى قانون أجنبي، ويأتي هذا الحل عن طريق التكييف وقواعد الإسناد الإحتياطية (الإحالة إلى قانون القاضي في الدولة التي تأخذ بنظام الإحالة، إختصاص القانون الوطني في حالة الدفع بالغش نحو القانون وحالة المخالفة للنظام العام). ومن هنا تبدو العلاقة وطيدة بين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وهو الموقف الذي يتبناه الاتجاه المعتدل الذي يرى وجوب إدخال تنازع الاختصاص القضائي ضمن موضوعات قواعد القانون الدولي الخاص⁽²⁸⁾.

الفرع الثاني: مركز الأجانب.

المقصود بدراسة مركز الأجانب في نطاق القانون الدولي الخاص هو الوقوف على مجموعة القواعد القانونية التي تبين الحقوق التي يتمتع بها المعنيون، وكذا الإلتزامات التي يتحملون بها أثناء تواجدهم في الدولة.

وبهذه المسلمة تسبق هذه الدراسة البحث في أي مظهر للنشاط القانوني الذي يباشره الأجنبي في الدولة، فقبل أن يرتبط الأجنبي بتعاقد أو يكتسب ملكية مال من الموال بأي سبب من أسباب الملكية، وبعبارة أعم قبل أن تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على وضع قانوني معين يجب أن يكون الحق الذي يريد الإستئثار بمزاياه من الحقوق التي يجوز للأجانب التمتع بها وفقا لتشريع الدولة التي يباشر فيها نشاطه القانوني⁽²⁹⁾.

دراسة المركز القانوني للأجانب ضرورية في إطار القانون الدولي الخاص بإعتباره مسألة أولية في تنازع القوانين⁽³⁰⁾، وتنازع الإختصاص القضائي، لأنه إذا كنا في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي نبحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بصدد المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، فإنه يتعين أولا أن نبين هل الأجنبي يملك هذا الحق أي له صلاحية إكتسابه والتمتع به. فإذا لم يكن للأجنبي هذا الحق فلا مجال إذن لبحث مسألة

= ومن ذلك على سبيل المثال ما تنص عليه المادة (21) مكرر من القانون المدني الجزائري المضافة بقانون 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من أنه "يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

(28) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 24 .

(29) هشام خالد: مرجع سابق، ص 173 .

(30) أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 14 .

كيفية إستعماله وحمايته، لذلك كان عدم الإعراف للأجنبي بالشخصية القانونية سببا من أسباب تأخر ظهور علم القانون الدولي الخاص، فمن المنطق ألا نبحث في كيفية تعاقد الأجنبي وإكتسابه ملكية مال معين إلا إذا ثبت له التعاقد والتملك أولا، وكذلك لا يمكن أن نبحث في صحة الزواج من حيث الشكل أو الموضوع بالنسبة للأجنبي إذا لم يكن له الحق في الزواج⁽³¹⁾. ونادى بإدخال هذا الموضوع في نطاق القانون الدولي الخاص فقهاء الرأي المعتدل على إعتبار أن الأشخاص الطبيعية والمعنوية موزعة توزيعا دوليا حسب ضابطي الجنسية والموطن. وبالتالي فالفرد إما أن يكون متمتعا بجنسية الدولة وهذا هو الوطني، وإما أن يكون غير متمتع بها وهذا هو الأجنبي المتوطن أي المقيم في إقليم الدولة.

لذلك كانت مسألة الأجانب هامة وجديرة أن تدرج ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص بإعتبارها هي التي تبين الأحكام المتعلقة بإقامة الأجانب على إقليم الدولة ومدى إعراف الدولة بشخصيته القانونية وأهليته للمجتمع بالحقوق الخاصة في الدولة التي يقيم بها وهي مسائل لا غنى عنها لتنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي، وعليه فإن دراسة مركز الأجانب تعد مقدمة ضرورية لدراسة تنازع القوانين⁽³²⁾.

تبقى الإشارة إلى أن موقف الدول يختلف بشأن نطاق الحقوق التي يتمتع بها الأجانب على إقليمها، وهي مواقف ناتجة من السياسية المنتهجة نحو الأجانب من حيث تشجيع الهجرة وفتح فرص العمل وإندماجهم بسكانها، فالدول ذات الكثافة السكانية الكبيرة المصدرة لرعاياها للخارج تضيق كثيرا من نطاق الحقوق المسموح بممارستها للأجانب، بينما الدول القليلة السكان أو تلك التي تفتقر إلى اليد العاملة الفنية تتخذ سياسة سخية تجاه الأجانب، وكذا الدول التي تسعى لإجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة تقدم كل التسهيلات والحوافز المختلفة لإستثمار هذه الأموال بما يحقق نموا إقتصاديا يعود بالفائدة على الدول وعلى الأجانب.

الفرع الثالث: الموطن والجنسية.

دراسة الجنسية بإعتبارها من موضوعات القانون الدولي الخاص فهي من ناحية تبين من هو الأجنبي الذي يعد أحد المحاور الهامة في العلاقات الخاصة الدولية والتي يعنى بها القانون

(31) ماهر إبراهيم السداوي: مبادئ القانون الدولي الخاص - الجنسية- طبعة سنة 1980، ص 11 .

(32) رمزي محمد علي درار: مرجع سابق، ص 34 .

الدولي الخاص، فالجنسية معيار التمييز بين الوطني والأجنبي بما لهذا التمييز من آثار قانونية هامة إذ يختلف المركز القانوني للوطني عنه بالنسبة للأجنبي على الصعيدين الداخلي والدولي⁽³³⁾. وتبدو أهمية دراسة الجنسية من هذه الناحية باعتبارها نقطة البداية في دراسة مركز الأجنبي، إذ ينبغي تحديد من هو الأجنبي قبل التساؤل عن مركزه، والسبيل إلى ذلك لاشك هي قواعد الجنسية وهي بذلك تعد مسألة أولية في مركز الأجنبي وتتنازع القوانين⁽³⁴⁾. كما أن الجنسية تلعب دورا هاما في مجال تنازع القوانين، وتتنازع الإختصاص القضائي الدولي.

ففي مجال تنازع القوانين وفي سعي المشرع للبحث عن القانون الواجب التطبيق على علاقة ذات عنصر أجنبي، إعتد المشرع بالجنسية كضابط إسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه، فقد دأبت كثير من التشريعات ومنها المشرع الجزائري على الإعتداد بالجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية⁽³⁵⁾.

من ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (10) من القانون المدني على أن "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وكذلك ما نص عليه في المادة (16) من نفس القانون "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

فالمشرع هنا اخضع الأهلية والحالة المدنية للأشخاص والميراث لقانون الجنسية، وهكذا تبدو أهمية الجنسية في مجال تنازع القوانين تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق في كثير من النزاعات ذات الطابع الدولي.

أما في مجال الإختصاص القضائي الدولي فنجد المشرع يعنى بالجنسية كضابط لإختصاص المحاكم الوطنية في كثير من النزاعات ذات العنصر الأجنبي. فقد نص المشرع الجزائري في المادة (42) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي" ففي هذه الحالة ينعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية إذا كان المدعى عليه جزائريا.

(33) فؤاد رياض - سامية راشد: الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة

1987، ص 27 .

(34) إبراهيم أحمد إبراهيم: تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي، الجزء الأول، نشر سيد عبد الله وهبة سنة 1982، ص 27.

(35) رمزي محمد علي درار: مرجع سابق، ص 35 .

كما أن توزيع الأشخاص دولياً يتم على أساس أحد العاملين الجنسية أو الموطن، فأساس الجنسية باعتبارها رابطة قانونية وسياسية وروحية بين الفرد والدولة، فالجنسية ترتبط بالسيادة وتعتبر عن تواجد الدولة كما ترسم حقوق والتزامات أفرادها، فالمبدأ الأساسي الذي يطبع مختلف القواعد في مادة الجنسية هو حرية كل دولة في وضع تنظيم خاص لجنسيتها كنتيجة لازمة لمبدأ السيادة⁽³⁶⁾.

ويستند جانب معتبر من الفقه في إدراج الجنسية ضمن مشتملات القانون الدولي الخاص إلى الحجج التالية:

- 1- أن الفصل في مسألة الجنسية سابق وضروري للفصل في تنازع القوانين ويتعين على القاضي المعروض عليه النزاع أن يحدد أولاً جنسية الشخص لكي يتحدد القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية.
 - 2- أن تمسك الأجنبي بحق معين يستدعي البحث أولاً ما إذا كان هذا الشخص أجنبياً أو لا وهذه المسألة مرتبطة بتحديد جنسيته.
 - 3- بالنسبة للدول التي تسند حالة الشخص وأهليته إلى قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية مثل بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية تظهر أهمية الجنسية في التمييز بين موطن الوطني وموطن الأجنبي⁽³⁷⁾.
 - 4- ينعقد الإختصاص القضائي في المنازعات المشتمة على عنصر أجنبي طبقاً لبعض القوانين لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعي وفي دول أخرى يسند الإختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه وفي كلتا الحالتين يتوقف الإختصاص القضائي على تحديد جنسية الخصوم⁽³⁸⁾.
- وبالرغم من وجهة الحجج التي سبق ذكرها فإن هناك فئة قليلة من الفقهاء من يستبعد الجنسية من نطاق القانون الدولي الخاص على اعتبار أنها مسألة داخلية متعلقة بسيادة الدولة ويستقل كل مشروع بوضع أسس تحديدها.

(36) سامي بديع منصور - أسامة العجوز: مرجع سابق، ص 537.

(37) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 25.

(38) تنص المادة (37) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

ومن هنا تبدو أهمية الجنسية في مجال تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي الأمر الذي يجعل إدراجها ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص أمرا منطقيا ومقبولا⁽³⁹⁾.

أما بالنسبة للموطن فإنه يحتل مكانة لا يستهان بها في مجال تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي، ذلك أن قانون الدولة التي يكون الشخص متوطنا فيها يقوم مقام قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته في حل تنازع القوانين في بعض الأحوال، فالعلاقات القانونية التي تستند عادة إلى قانون الجنسية في بعض الدول تستند إلى قانون الموطن في البعض الآخر فهناك من النظم ما يتبنى قانون دولة الموطن ليسري على مسائل الحالة والأهلية بدلا من قانون الجنسية كالقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي وغيرها⁽⁴⁰⁾.

وما قيل عن أهمية جنسية الشخص الطبيعي وموطنه وعلاقتها بالقانون الدولي الخاص يصدق ذلك أيضا على الشخص المعنوي، لذلك يبحث الفقهاء في طبيعة الرابطة بين الشخص المعنوي والدولة تحت عنوان "جنسية الشخص الاعتباري" والعلاقة بينه وبين مركز إدارته الرئيسي أو مكان مباشرة أعماله تحت عنوان موطن الشخص الاعتباري، ونظرا لما يتميز به الشخص الاعتباري من نشاط إقتصادي واسع وقوة إنتشار فإن لتحديد جنسيته وموطنه آثار هامة في القانون الدولي الخاص⁽⁴¹⁾.

وفي مجال تحديد الإختصاص القضائي الدولي نجد أن الموطن قد يكون له دور هام في تحديد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة بشأن نظر المنازعات ذات الطابع الدولي مثلما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة (37) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبهذه المثابة فإن الموطن يكون لازما لتنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي لزوم الجنسية تماما الأمر الذي يبرر إدراجه ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص⁽⁴²⁾.

(39) حفيفة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية، الكتاب الثاني القانون القضائي الخاص الدولي دار

=

= الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 7 .

(40) أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والإختصاصيين الشرائع أصولا ومنهجيا، مكتبة الجلاء، القاهرة، الطبعة الأولى 1996 ص650.

(41) تنص المادة (10) من القانون المدني على أن: "...أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الإجتماعي الرئيسي والفعلي غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

(42) إبراهيم أحمد إبراهيم: تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 28 .

الفرع الرابع : آثار الأحكام الأجنبية.

لكي يكون الحكم قابلا للتنفيذ في بلد الإستقبال لابد أن يتصف بالصفة الأجنبية من جهة وأن يكون صادرا في منازعات القانون الخاص من جهة أخرى.

يقصد بالحكم الأجنبي بصدد الإعتراف به وتنفيذه القطعي أي الذي يحسم موضوع النزاع كله أو بعضا منه، والعبرة من إشتراط كون الحكم قطعيا هو أن الأحكام القطعية وحدها هي التي تحوز حجية الأمر المقضي به، والمرجع في تحديد كون الحكم الأجنبي متمتعا بهذه الحجية من عدمه هو قانون الجهة القضائية الذي أصدرته. كذلك فإن قرارات المحكمين وعلى الرغم من الفوارق المعروفة بين الحكم القضائي وقرارات التحكيم فإنها تخضع لنفس القواعد الخاصة بالحكم الأجنبي⁽⁴³⁾.

والسؤال الذي ينبغي طرحه هو متى يعد الحكم أجنبيا؟.

يعد الحكم كذلك متى كان صادرا بإسم سيادة دولة أجنبية⁽⁴⁴⁾، بغض النظر عن جنسية القضاة الذين يفصلون في الخصومة، ودون الإهتمام بالمكان الذي صدر فيه، ونصت المادة (1039) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل"، كما أن الأحكام الصادرة من الهيئات الدولية التي لها سلطة القضاء كمحكمة العدل الدولية والمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى C.I.R.D.I أحكاما أجنبية⁽⁴⁵⁾.

وتعتبر من قبيل الأحكام الأجنبية قرارات التحكيم التي تصدر في الخارج دون الإهتمام بجنسية الخصوم أو جنسية المحكمين أو المكان الذي عقدت فيه المحكمة.

ويرى جانب كبير من الفقه أن حجية آثار الحكم الأجنبي تتمثل في جوازية الإحتجاج بالحالة القانونية الناشئة عنه، بمعزل عن أي مسألة مرتبطة بالقوة الإلزامية (مسألة القوة التنفيذية) وعن أية

(43) في الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها في الجزائر راجع القسم الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بداية من المواد 1051 إلى غاية المادة 1054 .

(44) بسبب فقدان هذا الوصف للحكم الأجنبي قضى القضاء الفرنسي بعدم شمول الحكم الروسي الصادر عن المحكمة القنصلية الروسية التي أسسها المهاجرون الروس في قسطنطينية بعد قيام الثورة الروسية لأن مثل هذا الحكم لم يصدر بإسم سيادة دولة أجنبية. أنظر: حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007 هامش الصفحة 317 .

(45) Andrea Giardina: L'exécution des sentences de centre international pour les règlements des différends relatifs aux investissements. Rev. Crit, 1983 , p 273.

مسألة ذات طابع غير مناقش فيه (وهي مسألة مرتبطة بقوة القضية المحكمة) يحتج بالحكم الأجنبي عندما يتمكن المستفيد منه من التذرع بالحالة القانونية الناشئة عنه بمعزل عن أي مسألة تنفيذية ومع احتمال أي منازعة مستقبلية، على ذلك فإننا لسنا بصدد إعتبار مجرد واقعة، بل نحن بصدد الأخذ بالإعتبار الواقعة الناشئة عن الحكم الأجنبي (46).

والواقع أن موضوع دراسة الأحكام الأجنبية والآثار المترتبة عليها أدخلت ضمن نطاق القانون الدولي الخاص لعلاقته بإستعمال الحق وبتنازع الإختصاص القضائي، إذ أن الحق إذا نشأ صحيحا طبقا لقانون مختص يجوز التمسك به في الدول الأخرى تأسيسا على فكرة النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، وبما أن الأحكام القضائية تكون منشئة أو كاشفة للحقوق فقد أدخل تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في نطاق القانون الدولي الخاص، ومثال ذلك يستصدر صاحب مصلحة حكما من محكمة أو هيئة تحكيم أجنبية ويريد التمسك بآثار هذا الحكم في بلد آخر ففي هذه الحالة هناك قواعد قانونية خاصة في هذا الموضوع تلتحق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية تتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية وتتخلص في ضرورة عرض الحكم الأجنبي أمام جهة قضائية وطنية لمنحة الصيغة التنفيذية عندما يستنفذ كافة طرق الطعن العادية ويكون غير مخالف للنظام العام حسب قانون القاضي الأمر بالتنفيذ لكي يصبح الحكم الأجنبي حينئذ قابلا للتنفيذ في هذا البلد (47).

والخلاصة فقد إتضح لنا من خلال هذا العرض الموجز لإختلاف الفقهاء حول تحديد موضوعات القانون الدولي الخاص أن الإتجاه الموسع الذي يرى أنصاره إشتمال القانون الدولي الخاص على موضوعات الجنسية ومركز الأجانب والموطن وتنازع الإختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية بالإضافة إلى تنازع القوانين، وإن كانت مستقلة عن بعضها البعض نسبيا فيما تعالجه بصفة خاصة، إلا أنها تتكامل مع بعضها وتلتقي عند هدف واحد وهو تنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيما دوليا، وكذا الأرتباط الوثيق بين هذه الموضوعات وإعتبارها حلقة متصلة لا غنى عنها لدراسة العلاقات ذات الطابع الدولي، ولذلك تصلح لتكون موضوعات لفرع مستقل من القانون الدولي الخاص.

(46) عبده جميل غصوب: دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى

2008 بيروت، لبنان، ص 564.

(47) راجع المادتين (605 - 606) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المطلب الثالث

علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى

لقواعد القانون الدولي الخاص علاقة تتسم أحيانا بالضييق وأحيانا بالإتساع ببعض فروع القانون الأخرى من حيث الجوانب القانونية وذلك على النحو التالي:
الفرع الأول: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام

قواعد القانون الدولي العام هي القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول (أي بين أشخاص المجتمع الدولي) وترد في مصدر للقانون الدولي العام وتقر أمرا معينا، وعلى ذلك فلكي تعتبر القاعدة من قواعد القانون الدولي العام فإنه ينبغي:

- أن ترد هذه القاعدة في أحد مصادر القانون الدولي العام (معاهدة - عرف مبادئ عامة للقانون- قرارات المنظمات الدولية).

- أن تعمل القاعدة على تقرير أمر معين، أي أن القاعدة هي وسيلة لتحقيق غرض ما من خلال قيامها بوظيفة معينة.

يلتقي القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام بالنظر إلى العلاقة التي ينظمها كل منهما ففي كلا القانونين هي علاقة تتعدى حدود الدولة الواحدة، كما أن المعاهدة الدولية تعتبر مصدرا رسميا لكل منهما، بالإضافة إلى ذلك أن العرف الدولي وأحكام القضاء الدولي والإجتهاادات الفقهية الدولية ومبادئ القانون العامة تعتبر قاسما مشتركا بين القانونين .

إلا أن هذا الإلتقاء لا يعتبر مطلقا بل أن هناك عديد الإختلافات بينهما ومنها أن القانون الدولي العام يخاطب الدول والمنظمات الدولية بإعتبارها أشخاص للمجتمع الدولي في حين تخاطب قواعد القانون الدولي الخاص الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية.

كما أن قواعد القانون الدولي العام لا تصدر عن سلطة مختصة (سلطة فوق الدول) في حين أن قواعد القانون الدولي الخاص تصدرها السلطة التشريعية المختصة في كل دولة، بالإضافة إلى ذلك أن قواعد القانون الدولي العام ينقصها الجزاء بمفهومه الدقيق على عكس ذلك بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص⁽⁴⁸⁾.

(48) تنص المادة (21) من القانون المدني على أن المواد السابقة (المواد من 9 إلى 20) لا تسري أحكامها إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر.

تتصف قواعد القانون الدولي بالطبيعة غير المركزة بالنسبة للتشريع الدولي فلا توجد سلطة تشريعية مركزية تصدر منها قواعد القانون الدولي، فالمعاهدة الدولية يتم إقرارها في مجموعة من الظروف التاريخية والوظيفية والإقليمية المنفصلة عن بعضها، ولذلك فإن هذه المعاهدات لا توضع في سياق واحد، بينما قواعد القانون الدولي الخاص يسنها المشرع الوطني لغرض معين وهو تنظيم طائفة محددة من العلاقات الخاصة. إضافة إلى ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص توجد ضمن تدرج هرمي في إطار النظام القانوني للدولة، ومن ثم لا يمكن أن تخالف قاعدة قانونية أعلى منها كالقواعد الدستورية، الأمر الذي يستوجب أن يكون تفسيرها موحدا سواء من طرف القاضي الوطني أو من القضاء الأجنبي عند تطبيقها⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثاني: علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون الداخلي

الأصل أن قواعد القانون الداخلي (الوطني) وجدت من أجل حكم سلوك الأشخاص وتنظيم معاملاتهم المالية والشخصية فيما بينهم، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الدولي الخاص الذي وجد أصلا من أجل تنظيم علاقات الأشخاص وليس الدول وبالتالي فهما يلتقيان في هذا الجانب، أما بالنسبة لقواعد القانون العام الداخلي فهي تنظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد الهيئات العامة ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

ومع ذلك فإن هناك بعض المسائل التي يلتقي فيها القانون الدولي الخاص مع القانون العام بل أن بعض هذه المسائل كالجنسية وحالة الأجانب تعتبر من صميم القانون الدولي الخاص غير أن هناك نقاط إختلاف عديدة بين القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي خاصة أو عاما.

فالقانون الدولي الخاص يختلف عن بقية فروع القانون الأخرى من حيث أطراف العلاقة التي ينظمها ويحكمها والتي تستوجب أن يكون أحد أطرافها في جميع الحالات عنصرا أجنبيا، في حين أن العلاقات القانونية في القانون الخاص تكون وطنية في جميع الأحوال ولا تتضمن عنصرا أجنبيا.

1 - صلة القانون الدولي الخاص بالقانون الإداري.

(49) وائل أحمد علام: تنازع القواعد في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 9 .

الأصل هو تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، وبالتالي ليس هناك تنازع بين قوانين القانون الإداري بين الدول، لأن كل دولة تتفرد بتطبيق قانونها الإداري فوق إقليمها وعلى جميع التصرفات القانونية التي تخضع في تنظيمها لهذا القانون.

ورغم ذلك فإن للقانون الدولي الخاص صلة بالقوانين الإدارية في بعض الحالات منها على سبيل المثال في الجزائر قانون الجنسية، القانون الذي ينظم حالة الأجانب في الجزائر ومنها أيضا في مجال الحالة المدنية.

فالمادة (95) من الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية للجزائريين التي تقضي بأن التصرفات التي تجري في الخارج وفقا لقوانين هذا البلد الأجنبي الذي أجريت فيه تعتبر صحيحة في الجزائر.

كما أن المادة (97) من ذات الأمر والتي تعتبر الزواج الذي تم في الخارج بين الجزائريين أو جزائري وأجنبية صحيحة إذا تم وفقا للإجراءات المألوفة في هذا البلد.

وعلى ذلك فإنه إذا وقع احتجاج على إختصاص الموظف الذي قام بتحرير عقد الزواج وجب على القاضي المعروض عليه النزاع الرجوع إلى القانون الإداري لهذا البلد للتأكد ما إذا كان هذا الموظف مختصا أو غير مختص بإبرام عقد الزواج محل النظر.

وعليه يمكن القول أن للقانون الدولي الخاص علاقة بالقانون الإداري من هذا الجانب⁽⁵⁰⁾.

2 - صلة القانون الدولي الخاص بالقانون الجزائري.

المبدأ العام أن القانون الجزائري يطبق على الجزائريين وعلى غير الجزائريين داخل التراب الوطني وهي الحالة التي نصت عليها المادة (03) من قانون العقوبات الجزائري⁽⁵¹⁾. غير أن القانون الجزائري يطبق في بعض الأحيان خارج حدود إقليم الدولة الجزائرية فطبقا لنص المادة (583) من قانون الإجراءات الجزائرية يسمح بملاحقة الجزائري الذي ارتكب عملا موصوفا بأنه جنحة في نظر المشرع الجزائري أو الأجنبي.

(50) راجع في شأن ذلك بالنسبة للجزائر. محمد إسعد: القانون الدولي الخاص الجزء الأول قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، الجزائر، ص 34 - 35.

(51) تنص المادة (03) من قانون العقوبات على "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في إختصاص المحاكم الجزائرية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائرية".

وبالتالي على القاضي الجزائري الرجوع إلى القانون الأجنبي لمعرفة ما إذا كان هذا الفعل يكيف على أنه جنحة أم أنه لا يعتبر كذلك، ومن هذه الزاوية تبرز صلة القانون الدولي الخاص بالقانون الجزائري.

3 - صلة القانون الدولي الخاص بقانون الإجراءات المدنية والإدارية

هناك صلة بين قانون المرافعات لكل دولة (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) والقانون الدولي الخاص لأن كل منهما يختص بمسألة تنازع الإختصاص القضائي وتنظيم القواعد القانونية التي تحكم ما يتعلق بهذا الميدان.

غير أن هذا التشابه والإتصال بين القانونين لا ينفى وجود إختلاف جوهري بينهما، حيث تقتصر قواعد القانون الدولي الخاص في معالجة إختصاص تنازع الإختصاص القضائي الذي يثور بين المحاكم الوطنية لدولة القاضي المطروح أمامه النزاع وبين المحاكم الأجنبية التابعة لدول أخرى في حين أن تنازع الإختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقتصر على المحاكم الوطنية في الدولة الواحدة.

ففي الجزائر على سبيل المثال قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الذي يبين من حيث الموضوع إختصاص القضاء بنظر الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب⁽⁵²⁾. كما أن ذات القانون هو الذي يعالج مسألة تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية في الجزائر، وهذه المسائل تعتبر من قبيل القانون الدولي الخاص⁽⁵³⁾.

والخلاصة هي أنه مهما كان التأثير موجودا بين القانون الدولي الخاص وفروع القانون الداخلي العام أو الخاص فهو تأثير غير مباشر ويتعلق بمسائل أولية وتكيفية ضرورية لا أكثر لأن مجال كل منهما مشتمل عن الآخر خاصة وأن قواعد القانون الدولي الخاص تناط بها وظيفة محددة

(52) تنص المادة (41) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر

أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائريين" وتنص المادة (42) من نفس القانون على "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي حتى لو كان مع أجنبي".

(53) عالج المادتان (605 - 606) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة تنفيذ السندات الأجنبية في الجزائر .

ودقيقة تتمثل في تنظيم مصالح فردية وتحديد القانون المختص الواجب التطبيق على النزاع وكيفية إستعمال الحقوق وطرق حمايتها وتعيين الجهات القضائية المختصة⁽⁵⁴⁾.

المبحث الثالث

طبيعة القانون الدولي الخاص

المقصود بطبيعة القانون الدولي الخاص هو تصنيف هذا القانون ضمن أي فرع من فروع القانون ينتمي، فهل هو قانون دولي أو قانون داخلي؟ وإذا كان قانون داخلي فهل هو من فروع القانون العام أم من فروع القانون الخاص؟.

المتعارف عليه أن كل مجتمع منظم داخليا في شكل دولة لها قوانينها الخاصة التي تنظم نوعين من العلاقات، علاقات الأفراد فيما بينهم ويحكمها القانون الخاص ومثالها البيع والزواج والإيجار... وعلاقة الأفراد بالدولة أو إحدى هيئاتها بوصفها صاحبة سلطة عامة ممثلة في الأشخاص الاعتبارية العامة (القانون العام).

وهذا التنظيم الداخلي يفترض تطبيق مبدأ الإقليمية للقوانين بشكل مطلق، إلا أن هذا التصور بعيد عن الواقع، لأن العلاقات المتبادلة بين المجتمعات أصبحت واقعا مستقرا فرض نفسه، وتقتضيه طبيعة الأشياء، ويحكم هذه العلاقات الدولية الخاصة القانون الدولي الخاص. وعلى الرغم من ذلك فإن إلحاق صفة الدولية بالقانون الدولي الخاص كانت مثار جدل ونقاش حادين بين الفقهاء.

المطلب الأول

صفة الدولية للقانون الدولي الخاص

ذهب جانب كبير من الفقه من ذوي النزعة العالمية أو الدولية إلى القول بأن مسائل القانون الدولي الخاص تتعلق بالجماعة الدولية من حيث طبيعتها وحلولها، ولذلك حسب وجهة نظرهم فإن هذا القانون دولي ولو كانت قواعده متأتية من مصادر وطنية في أغلبها، إلا أن هذا الإتجاه أنتقد بالحجج التالية:

(54) الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة الدويرة، الجزائر الطبعة

الأولى 2008، ص 13 .

1 - على أساس أن أشخاص القانون الدولي الخاص ليسوا موضعاً للقانون الدولي العام، كما أن قواعد وأحكام هذا الأخير لا تخاطب الأفراد وإنما تخاطب الدول وأشخاص المجتمع الدولي.

2 - في حالة تعارض القواعد الدولية مع القواعد الوطنية يتعذر تحديد أيهما يؤخذ به أولاً. مع العلم أن هذه المسألة قد يتم حسمها إما بواسطة إبرام إتفاقية دولية بين الدول الأعضاء التي يتحدد فيها أولوية النص الموجود في المعاهدة على بقية النصوص الداخلية، وإما أن يتم حسم هذه المسألة بإرادة الدولة المنفردة في النصوص الداخلية لها⁽⁵⁵⁾.

وعليه فإن القاضي الجزائري المطروح أمامه النزاع إذا تبين له وجود نص في معاهدة دولية نافذة مع نص في القانون الداخلي طبق النص الموجود في المعاهدة الدولية.

أما أنصار النزعة الوطنية فيرون أن القانون الدولي الخاص هو قانون وطني من حيث مصادره وطبيعة العلاقات التي ينظمها والأنظمة القانونية السائدة فيه وحججهم في ذلك.

1 - أن القانون يكون دولياً إذا كان مصدره دولياً وهو ما يقتضي وجود نظام دولي يتولى سن وإصدار القواعد القانونية على المستوى الدولي شبيهة بالأجهزة والهيئات التشريعية التي تعرفها النظم القانونية الوطنية، والظاهر من ذلك أن معظم مصادر القانون الدولي الخاص هي مصادر وطنية.

2 - يكون القانون دولياً إذا كان يحكم علاقات دولية، والحال أن العلاقات المنظمة في القانون الدولي الخاص هي علاقات خاصة تتصف بالأجنبية، وأن المشرع الوطني هو الذي ينظمها والقضاء الوطني هو الذي يفصل في منازعاتها، ولو كانت قواعد التنازع التشريعي والتنازع القضائي دولية لكان مكانها هو القانون الدولي العام.

3 - أن المنهجية المتبعة في القانون الدولي الخاص مأخوذة من القانون الداخلي ولو كانت الحلول المقررة مغايرة لها، ومن ذلك على سبيل المثال خضوع التكييف لقانون القاضي⁽⁵⁶⁾ وتحديد طوائف النظم القانونية طبقاً لقانون القاضي، ومن ثم يبقى القانون الدولي الخاص هو إنعكاس للقانون الداخلي على المستوى الدولي.

(55) أنظر على سبيل المثال موقف المشرع الدستوري الجزائري عندما حسم هذه المسألة في نص المادة (150) من دستور 2016 بنصها "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

(56) تنص المادة (09) من القانون المدني الجزائري على "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

وبالرجوع إلى الواقع نجد أن مسائل القانون الدولي الخاص تعتبرها أغلب الدول وطنية ومثالها وضع قواعد الإسناد في التشريع الوطني⁽⁵⁷⁾، تنظيم الجنسية بقانون خاص، سن تشريع خاص بحالة الأجانب.....

والخلاصة في ذلك أن هذا النوع من القانون لا يزال في حالة تطور مما يقتضي إيراد التحفظات التالية بشأنه:

أ - أن المشرع الوطني وهو يسن قواعد هذا القانون يأخذ في الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية الخاص، وإلا كانت الحلول المقررة محل خلاف بين الدول.

ب - وجود تشابه على المستوى العالمي في الأسس العامة لقواعد القانون الدولي الخاص ومنها على سبيل المثال إقامة الجنسية الأصلية على أساس رابطة الدم أو رابطة الإقليم⁽⁵⁸⁾، خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها، إسناد المال لقانون مكان وجوده، إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية أو إلى قانون الموطن⁽⁵⁹⁾.

ج - ساعد وساهم نمو المعاملات الدولية الخاصة حاليا على توحيد قواعد القانون الدولي الخاص عالميا وتفسيرها تفسيراً موحداً مع وجود بعض الاختلافات التي تؤثر في عالمية هذه القواعد .

المطلب الثاني

الصفة العامة أو الخاصة للقانون الدولي الخاص.

إذا كنا قد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن القانون الدولي الخاص يغلب عليه الطابع الوطني في مصادره فإنه يطرح تساؤل آخر وهو مكان هذا الفرع ضمن القانون الداخلي، فهل هو يدخل ضمن فروع القانون العام الداخلي، أو من فروع القانون الخاص؟.

(57) أورد المشرع الجزائري قواعد الإسناد (قواعد التنازع) في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول تحت عنوان (تتازع القوانين من حيث المكان وإحتوى هذا الفصل على 22 مادة ومن ذلك عالجت المادة (10) الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم. والمادة (11) نظمت الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج. المادة (12) أشارت إلى القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية للزواج، وكذلك إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني وحددت المادة (13) مكرراً القانون الذي يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره. في حين يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب والمدين بها طبقاً لنص المادة (14). وعالجت المادة (16) من نفس القانون الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت. في حين ذكرت المادة (17) أن التصرف القانوني في جانبه الشكلي يخضع لقانون المكان الذي تمت فيه. وهكذا إلى غاية المادة (24) التي حصرت تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين للقاضي الوطني مخالفته للنظام العام.

(58) راجع بخصوص بناء الجنسية الأصلية بالنسبة للمشرع الجزائري المادة (6 - 7) من قانون الجنسية المعدل. والمتمم .

(59) بالنسبة لطائفة الأحوال الشخصية التي أسندها المشرع الجزائري لقانون الجنسية هي من المادة (10 - إلى المادة 16) من القانون

المتعارف عليه حسب التقسيم التقليدي لفروع القانون الداخلي وجود معياران للتصنيف أحدهما مستمد من صفة أطراف العلاقة القانونية، والثاني من طبيعة العلاقة القانونية ذاتها. فالقانون يكون عاما إذا تضمن مجموعة من القواعد التي تحكم علاقات يكون أحد أطرافها قد مارسها بصفته صاحب سلطة عامة وحينئذ فإن هذه العلاقة القانونية تخضع لأحكام القانون العام ويكون القانون خاصا إذا كانت قواعده تنظم علاقات أطراف خاصة، أو كان أحدهما سلطة عامة ولكن لا يظهر بهذه الصفة.

ولكن يعاب على المعيار الأول عدم كفايته بالنظر إلى تزايد نشاط الدولة ومؤسساتها العامة في مجال العلاقات الدولية الخاصة طبقا لتقنيات القانون الخاص دوليا أو داخليا. وبهذه المثابة يقرر بعض الفقهاء أن مكان القانون الدولي الخاص هو القانون العام الداخل فالجنسية مثلا: هي نظام قانوني *instilution* ورابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، وهي بالتالي رابطة قانون عام، كما أن تحديد المواطن ومركز الأجنبي يخضع بدوره لإعتبارات سياسية وتدير شؤون الأجنبي مصالح إدارية عامة وأن المهم بالنسبة للحقوق المسموح لهم ممارستها هي الحريات العامة والحقوق السياسية.

ويدخل تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ضمن سيادة الدولة، لأن تنازع القوانين يقصد به تحديد إختصاص السلطة التشريعية الوطنية في مقابل السلطات التشريعية الأجنبية ويعني الإختصاص القضائي بيان حدود إختصاص القضاء الوطني.

إلا أن هناك جانب آخر من الفقه يرى بأن القانون الدولي الخاص هو قانون خاص، لأن طبيعة العلاقة التي يتناولها تخضع في الأصل لأحكام القانون الخاص.

ويميز الفقه في هذا الصدد بين كون الدولة موضوعا للقانون *objet de droit* ويبرز هنا القانون الدستوري، أو أنها شخص من أشخاص القانون *sujet de droit* ويظهر في هذه الحالة القانون الإداري، وبين كون الدولة مصدرا للقانون *source de droit*.

والقانون الدولي الخاص في أهم جانب منه (تنازع القوانين) هو قانون خاص لأنه يطبق من طرف الدولة ولكن ليس عليها، وفيما عدا هذا الموضوع يغلب الفقه طابع القانون العام بالنسبة للجنسية وحالة الأجنبي والإختصاص القضائي.

فيما ذهبت طائفة ثالثة من الفقهاء إلى القول بأن القانون الدولي الخاص يخرج عن التصنيف التقليدي إما عام أو خاص، وإنما تمثل قواعده فرعا مستقلا قائما بذاته ويضم جملة من القواعد

المختلفة بعضها من القانون العام وبعضها من القانون الخاص، كما أن تطبيقه في مجال العلاقات الدولية الخاصة يتسم بالمرونة والواقعية، فالدولة تقبل أن يطبق على منازعاتها مع أشخاص أجنبية قانون آخر غير قانونها، وتفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها جهات تحكيمية أجنبية أو دولية، كما أن ضرورات العلاقات الدولية الحديثة أعطت لقواعد القانون الدولي الخاص نوعا من الإستقلالية التي لا نعدها في فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص.

الفصل الأول

مصادر القانون الدولي الخاص

تنقسم مصادر القانون الدولي الخاص إلى قسمين، المصادر الرسمية وهي المعاهدات الدولية والتشريع والعرف الدولي، ومصادر غير رسمية أو إحتياطية وهي أحكام القضاء وأراء الفقهاء.

المبحث الأول

المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص

من أهم المصادر الرسمية لقواعد القانون الدولي الخاص هي المعاهدة الدولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الأعضاء، والتشريع الداخلي وكذا العرف، ونتناولها تباعا.

المطلب الأول

المعاهدات الدولية.

الفرع الأول: مفهوم المعاهدات الدولية وأهميتها القانونية .

المعاهدة إتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة تتعلق بالقانون الدولي العام⁽⁶⁰⁾ والمعاهدة إما أن تكون ثنائية وإما أن تكون جماعية أو متعددة الأطراف .

أبرمت العديد من المعاهدات لغرض تنظيم بعض مسائل القانون الدولي الخاص منها المسائل المتعلقة بالجنسية ومثالها إتفاقية نيويورك الخاصة بعديمي الجنسية المبرمة في 28 سبتمبر 1954⁽⁶¹⁾ وإتفاقية نيويورك المبرمة في 20 جوان 1956 الخاصة بتحصيل مبالغ النفقة⁽⁶²⁾، وهناك إتفاقيات هامة خاصة بالتحكيم التجاري الدولي أهمها إتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بإعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية⁽⁶³⁾.

وكذلك إتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير لسنة 1965 الخاصة بفض المنازعات الدولية الناجمة عن الإستثمارات الخاصة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة⁽⁶⁴⁾. والجزائر كغيرها من الدول فقد قامت بإبرام العديد من المعاهدات الثنائية والتي نظمت من خلالها عديد المسائل المتعلقة بالجنسية أو بمركز الأجانب أو تنازع القوانين أو تنازع الإختصاص القضائي.

ومن أمثلت الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر إتفاقيات التعاون القضائي في المواد الجزائية والمدنية والتجارية التي تم إبرامها مع بعض الدول كالإتفاقية الجزائرية المغربية المبرمة في 25 مارس 1963⁽⁶⁵⁾، والإتفاقية الجزائرية التونسية المبرمة في 28 جويلية 1963⁽⁶⁶⁾، والإتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة بتاريخ 28 ديسمبر 1968⁽⁶⁷⁾ .

(60) المادة (1/2 - أ) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 التي تنص "يراد بتعبير - المعاهدة - إتفاق دولي معقود (مبرم) بين دول بصورة خطية وخاضع للقانون الدولي سواء أثبت في وثيقة وحيدة أو أكثر من الوثائق المرتبطة وأيا كانت تسميته الخاصة". للإشارة إنضمت الجزائر إلى هذه الإتفاقية بموجب المرسوم رقم 87 - 222 المؤرخ في 13 أكتوبر 1987، الجريدة الرسمية عدد 42 بتاريخ 14 أكتوبر 1987 .

(61) إنضمت الجزائر إلى هذه الإتفاقية بموجب مرسوم رقم 64 - 173 المؤرخ في 8 جوان 1964 الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 1964 .

(62) إنضمت الجزائر إليها بموجب الأمر رقم 69 - 29 المؤرخ في 22 ماي 1969 الجريدة الرسمية عدد 5 لسنة 1969 .

(63) إنضمت الجزائر إلى هذه الإتفاقية وبتحفظ بموجب المرسوم رقم 88 - 233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1988 .

(64) صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 - 364 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 الجريدة الرسمية عدد 66 لسنة 1995 .

(65) مرسوم رقم 63 - 116 المؤرخ في 17 أبريل 1963 الجريدة الرسمية عدد 31 لسنة 1963 .

(66) مرسوم رقم 63 - 450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 الجريدة الرسمية عدد 87 لسنة 1963 .

(67) مرسوم رقم 69 - 03 المؤرخ في 30 جانفي 1969 الجريدة الرسمية عدد 17 لسنة 1969 .

وتقضي معظم هذه المعاهدات بتطبيق القانون الداخلي للبلد طالب التنفيذ أو قانون البلد المطلوب التنفيذ فيه ومنح الإختصاص القضائي للمحكمة التي أصدرت الحكم طبقا لقواعد الإختصاص في القانون الداخلي وتمنح لرعايا الدولتين معاملة بالمثل فيما يخص الإقامة والتوطين وممارسة النشاط المهني والنشاط المأجور وحق التملك⁽⁶⁸⁾.

وتكتسي المعاهدات الدولية أهمية كبيرة كونها تهدف إلى إيجاد حلول لمسائل القانون الدولي. أما في مجال تنازع القوانين فإن المعاهدات الدولية تلعب دورا في غاية الأهمية للقضاء على الصعوبات التي تثور في مسائل تنازع القوانين بين الدول ومثالها أن يتم إبرام معاهدة دولية تتضمن أحكاما بوضع قاعدة إسناد موحدة بين جميع أطراف المعاهدة، كأن تكون هذه القاعدة تتمثل في خضوع الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية أو إلى قانون الموطن وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المحدد والمشار إليه في المعاهدة وفي هذه الحالة لا يطبق القاضي قاعدة الإسناد الوطنية وإنما يطبق أحكام المعاهدة الدولية⁽⁶⁹⁾.

كما أن للمعاهدة أهمية كبيرة في مجال تنازع الإختصاص القضائي، إذ بإمكان الدول الأطراف الإتفاق على تعيين محكمة يعود إليها الإختصاص في حالة التنازع بين الدول أو وضع قواعد معينة أو إجراءات يتم إتباعها في جميع هذه الدول الأعضاء في المعاهدة الدولية. وتبرز هذه الأهمية بصفة خاصة في المسائل المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ غالبا ما توضع مثل هذه المعاهدات للتخفيف من الشروط القاسية والجامدة التي تفرضها الدول لتنفيذ الحكم الأجنبي فوق إقليمها.

الفرع الثاني: المشاكل التي تعترض تطبيق المعاهدات الدولية .

في هذا الصدد نذكر بعض المشاكل التي تعترض تطبيق المعاهدة الدولية التي تبرم في مجال القانون الدولي الخاص، وخاصة ما يتعلق منها بتفسير المعاهدة وكذا حالة تعارضها مع القانون الداخلي.

(68) للمزيد من التفاصيل والإتفاقيات الأخرى التي أبرمتها الجزائر راجع: الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 34 - 35 .

(69) راجع أهم الإتفاقيات الدولية التي أبرمت بإشراف مؤتمر لاهاي للقانون الدولي لسنة 1895 في مقال للدكتور جابر جاد عبد الرحمان: بعنوان: نحو قانون دولي خاص عربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 لسنة 1965 ص 7 .

أولاً: تفسير المعاهدة الدولية: من أهم المسائل التي يثيرها تفسير المعاهدة الدولية الجهة التي تتولى التفسير، فهل هي الجهة القضائية التي يعرض عليها تطبيق أحكام المعاهدة، أم هي الجهات السياسية التي يعود إليها الأمر في حالة إنشائها والمصادقة عليها. في فرنسا إمتنع القضاء الإداري عن تفسير المعاهدات على أساس أن هذا العمل يعتبر عمل دبلوماسي صادر عن السلطة صاحبة السيادة *Acte diplomatique de puissance souveraine*. أما بالنسبة لموقف القضاء المدني من هذه المسألة فإنه يميز بين النزاعات التي تتعلق بالمصالح الخاصة وحينها يفسر المعاهدة، أما النزاعات التي تثير مسألة النظام العام فكان يمتنع عن التفسير .

أما القضاء الإداري في مصر فإنه سار على منهج القضاء الإداري الفرنسي حيث رفض إعطاء، حق تفسير المعاهدات الدولية لنفسه⁽⁷⁰⁾.

أما إذا عهدت الدول الموقعة على المعاهدة بالتفسير للقضاء الدولي فإن تفسيره يكون في هذه الحالة ملزماً لكل الأعضاء طبقاً لنص المادة (36) من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تعطي الإختصاص في التفسير لهذه المحكمة⁽⁷¹⁾.

كما قد تتولى عملية التفسير الدول الموقعة على المعاهدة ويكون ذلك في شكل رسائل أو خطابات متبادلة فيما بينها وبالتالي يكون هذا التفسير ملزماً لجميع الدول الأطراف، كما أن الدولة الطرف يمكنها القيام بتفسير المعاهدة داخل حدود إقليمها وفي هذه الحالة لا يلزم بقية الموقعين عليها وإنما يلزم القضاء الوطني بالأخذ بهذا التفسير.

ثانياً: تعارض المعاهدة الدولية مع القانون الجزائري: يعتبر تعارض معاهدة دولية عند تطبيقها مع قاعدة قانونية داخلية معارضة أو مناقضة لحكم أو نص وارد بها من أبرز المشاكل وأوعصها يستوي في ذلك أن يكون القانون الداخلي سابقاً على المعاهدة أو لاحقاً عليها، وفي هذا الصدد

(70) عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 78.

(71) المادة (2/36-أ) للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح في أي وقت بأنها بدأت تصريحها هذا وبدون حاجة إلى إتفاق خاص "تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دول تقبل الإلتزام نفسه. متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية:

1 - تفسير معاهدة من المعاهدات .

2 - أية مسألة من مسائل القانون الدولي.

3 - تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقاً للإلتزام دولي....."

نجد المادة (150) من دستور الجزائر لسنة 2016 التي تغلب المعاهدة على القانون العادي⁽⁷²⁾ ومن ثم ينبغي الرجوع إلى نص المادة (21) من القانون المدني التي تنص صراحة بعدم سريان أحكام النصوص المتعلقة بتنازع القوانين السابقة إذا تعارضت مع أحكام معاهدة نافذة في الجزائر⁽⁷³⁾.

وطبقا للقانون المدني الجزائري وخاصة منه المواد من 9 إلى 21 فإن المعاهدة هي التي يتم الأخذ بها في حالة تعارضها مع أحكام القانون الداخلي سواء كان هذا الأخير سابقا أو كان لاحقا على إبرامها والمصادقة عليها⁽⁷⁴⁾.

المطلب الثاني

التشريع

يقصد بالتشريع القوانين التي تصدرها السلطة المختصة (ومثالها السلطة التشريعية في الجزائر) وتصدر هذه القوانين في وثيقة مكتوبة (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) ومكتوبة يرجع إليها رجال القضاء للفصل فيما يعرض عليهم من نزاعات في شتى المجالات الخاصة بتنازع القوانين.

وعليه فإن التشريع يعد المصدر الرئيسي الأول للقانون الدولي الخاص وإن لم يجد القاضي الحل في نصوصه وأحكامه إنتقل إلى المصدر الذي يليه بحثا عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق⁽⁷⁵⁾

وإذا كان التشريع بهذا المعنى لم يكن له دورا مهما في الأنظمة القانونية القديمة لأن حركة التقنين حديثة نسبيا بالمقارنة مع الحلول الفقهية وإجتهد القضاء خلال القرون الوسطى وعصر

(72) تنص المادة (150) من دستور الجزائر لسنة 2016 على "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

(73) تنص المادة (21) من القانون المدني على أن "لا تسري أحكام المواد السابقة (المواد 9 - إلى 20) إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

(74) قارن في هذا المجال ما ذهب إليه كل من: أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول ص 32 وما يليها. و زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الأولى، الجزء الأول، تنازع القوانين، ص 35 وما بعدها.

(75) تنص المادة (1) من القانون المدني على "....وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ تشريعية الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

النهضة، كما أن التشريع لا يحظى بأهمية بالغة في البلاد التي تتبنى السابقة القضائية فإن للتشريع اليوم دورا هاما في مجال القانون الدولي الخاص، وتختلف أهميته باختلاف مجالات تطبيقه وبإختلاف مواضيعه المتنوعة والمتعددة .

إذا كان تنازع القوانين يعتبر صميم القانون الدولي الخاص فإن أهمية التشريع تظهر من خلال هذا المجال أكثر تجليا ووضوحا، وبالرغم من أن التشريع لم يكن أول من بحث في مسألة تنازع القوانين، وإنما كان السبق لرجال الفقه فإن الأنظمة القانونية المعاصرة من خلال التشريع أصبحت تهتم بتنازع القوانين وخصت هذا الجانب بنصوص قانونية خاصة ومنها المشرع الجزائري الذي نظم أحكام تنازع القوانين في المواد من المادة (09 إلى المادة 24) من القانون المدني الجزائري. بالإضافة إلى الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية الذي تضمن بدوره نصوص تشريعية، وكذا صدور القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني.

وبهذه الكيفية يكون المشرع الجزائري قد وضع مجموعة من النصوص والأحكام القانونية التي ينبغي على رجال القضاء الأخذ بها عند الفصل في المنازعات المعروضة عليهم.

ويظهر دور التشريع في مجال تنازع القوانين في إقدام المشرع بين الحينة والأخرى على تعديل بعض الأحكام في القانون المدني ومثالها التعديل الحاصل بالقانون رقم 05 - 10 الذي عدل بموجبه أغلب النصوص السابقة بضبط الصياغة الفنية لتوضيح أكثر للمعنى، أو إضافة أحكام جديدة ولاسيما ضوابط إسناد أخرى للطوائف المدرجة في المواد السابقة أو إضافة قواعد إسناد جديدة لم تكن واردة سابقا، وكذلك إدراج قواعد خاصة بكيفية تطبيق الإسناد المذكورة في أحكام تنازع القوانين من حيث المكان⁽⁷⁶⁾.

كما تظهر أهمية التشريع في مجال الجنسية التي أولاها المشرع الجزائري أهمية بالغة بأن خصها

فبنص في الدستور⁽⁷⁷⁾ وبالجنسية يتم تحديد أحد أركان الدولة ولذلك إستوجب تنظيم الجنسية بمقتضى قواعد قانونية مكتوبة وواضحة تتولى إصدارها السلطة المختصة.

(76) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 44 .

(77) المادة (33) من دستور 2016 التي تنص "الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون. شروط إكتساب الجنسية الجزائرية والإحتفاظ بها أو فقدانها أو إسقاطها محددة بالقانون".

نظم المشرع الجزائري الجنسية بعد الإستقلال مباشرة وكان ذلك بموجب قانون الجنسية لسنة 1963 ثم ألغي هذا القانون وجاء بقانون 1970 الذي عدل وتم بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 فيفري 2005 .

وعليه فإن التشريع له دور في غاية الأهمية يلعبه في شأن إكتساب الجنسية أو فقدها أو التجريد منها أو في المسائل التي تخص إثبتها.

لم تقتصر أهمية التشريع في مجال القانون الدولي الخاص على تنازع القوانين والجنسية فحسب وإنما ظهرت أيضا في مجال مركز الأجانب بإعتبار أن الأجنبي في العصر الحديث ينظر إليه نظرة تختلف عما كان عليه من قبل، وتغيير مركزه القانوني وأصبح يتمتع بجملة من الحقوق التي يقع على الدولة المقيم فيها تحديدها وتبيانها وحمايتها من الإعتداء ومنها على سبيل المثال التشريعات الخاصة بالإقامة والتشريعات الخاصة بتملك الأراضي وحق الأجانب في تملك العقارات وحقهم في العمل والتنقل وتولي بعض المناصب ومزاولة بعض المهن الحرة.

وعليه لم يكن المشرع الجزائري ليشد عن بقية المشرعين وقام بتنظيم وضعية الأجانب بتشريعات خاصة بهم، إذ صدر في هذا الشأن الأمر المؤرخ في 21 جويلية لسنة 1966 والمرسوم التطبيقي له الذي عدل بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 05 أوت 1971.

أما فيما يتعلق بشروط إستخدام الأجانب في الجزائر فقد نظمها الأمر الصادر في 05 أوت 1971 متبوعا بالمرسوم التطبيقي المؤرخ في 21 يناير 1972 يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري قد نظم المهن التجارية والصناعية الحرة التي يمارسها الأجانب في الجزائر بالمرسوم المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. كما أن النصوص القانونية المنظمة للأنشطة الاقتصادية يمكن للأجانب مزاومتها تضمنتها أحكام مختلفة في القانون التجاري وقوانين الإستثمار⁽⁷⁸⁾، مما يدل أن المشرع الجزائري أولى عناية للأجانب بنصوص تشريعية.

(78) أنظر على سبيل المثال في القوانين المتعلقة بالأنشطة الإستثمارية ومنها:

- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 4 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار. الجريدة الرسمية عدد 64 لسنة 1993.
- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 3 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار. الجريدة الرسمية، عدد 47 لسنة 2001.
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار. الجريدة الرسمية، عدد 46 لسنة 2016.

أما بالنسبة لنتازع الإختصاص القضائي وآثار تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية فإنه قد تنظمه إتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف وقد تدمج أحكامها ضمن القانون المدني⁽⁷⁹⁾ أو ينص على أحكامهما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁸⁰⁾.

وخلص ما سبق أن التشريع يختلف دوره من موضوع إلى آخر في المسائل التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، ومع ذلك يعد المصدر الرسمي لهذا الفرع من القانون وهو مصدر وطني تنفذ من خلاله التيارات الوطنية إلى العلاقات الدولية الخاصة ومن ثم يمثل إنعكاسا للنظام القانوني الوطني على الحياة الدولية.

المطلب الثالث

العرف

يعتبر العرف من المصادر الرسمية الهامة للقانون الدولي الخاص ينزل منزلة التشريع الداخلي أو المعاهدات عندما يغيب أحدهما أو كلاهما.

يقصد بالعرف مجموعة القواعد القانونية الناتجة عن سلوك الأفراد المطرد في مسألة معينة وشعورهم بالإعتقاد بأن هذا السلوك يتمتع بصفة الإلزام⁽⁸¹⁾.

وعليه فحتى نكون أمام قاعدة عرفية لا بد أن يتوافر فيها ركنان هما: الركن المادي المتمثل في إعتياد الناس على إتيان سلوك معين مدة زمنية معينة تفيد القدم والعموم، بالإضافة إلى الركن المعنوي الذي يفيد الإعتقاد بأن هذا السلوك قد أصبح ملزما ولا ينبغي مخالفته.

تظهر أهمية العرف عندما لا يجد القاضي المطروح أمامه النزاع الحل في النصوص القانونية المكتوبة فيلجأ إلى العرف بإعتباره مصدر للقانون الدولي الخاص، وكانت معظم قواعد هذا القانون مصدرها العرف ومثالها قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، وقاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل "Locus Regit Actum" وكذلك قاعدة خضوع إجراءات المرافعات إلى قانون دولة القاضي، وقاعدة قانون الإرادة، ولكن صياغة المشرع لهذه القواعد ذات الأصل الدولي في الدول

(79) أنظر في هذا الصدد ما تنص عليه المادة (21 مكرر) من القانون المدني "يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". وأنظر أيضا نص المادة (22) من القانون المدني التي تنص "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق.....".

(80) وأنظر في تنظيم هذه المسألة المواد 41 - 42 المتعلقة بالمدعى المرفوعة ضد أو من الأجانب. والمواد 605 - 606 - 607 - 608 المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(81) هشام خالد: المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 350 وما يليها .

التي سنتها وتدخل القضاء الوطني لصقل الأعراف الدولية وضبطها أضفى عليها طابعا وطنيا وجعل منها مصدرا داخليا بعد أن كانت مصدرا دوليا، وهكذا يصبح القول أن الأعراف الدولية تم توطينها بعد أن تبناها المشرع والقضاء الوطني⁽⁸²⁾.

ويمكن القول بصفة عامة سواء في مجال تنازع القوانين، أو مجال مركز الأجانب أو الجنسية فإن معظم قواعد مصدرها العرف مما يدل على أهميته البالغة في ذلك إن كان عرفا داخليا أو عرفا دوليا، مع العلم إن إنتشار موجة التشريع وتقنين القواعد القانونية في العصر الحديث قلل من أهمية العرف ومن نطاقه⁽⁸³⁾.

المبحث الثاني

المصادر غير الرسمية

تتمثل المصادر غير الرسمية لقواعد القانون الدولي الخاص في مصدرين هما القضاء والفقهاء.

المطلب الأول

القضاء

المقصود بالقضاء بإعتباره من المصادر غير الرسمية للقانون الدولي الخاص مجموعة الأحكام والقرارات التي تم بها الفصل في النزاعات المعروضة على القضاء والتي إستقرت عليها المحاكم وأصبحت تمثل إتجاها واضحا ومستقرا في العديد من المسائل التي تثيرها قواعد القانون الدولي الخاص سواء كانت صادرة من القضاء الوطني أو من القضاء الدولي.

الفرع الأول: القضاء الوطني .

بالنسبة للقضاء الوطني فإن دوره يختلف بحسب إختلاف الدول وإختلاف الأنظمة القانونية التي تنتهجها، فإذا كانت هذه الدول تعتمد ما يعرف بالنظام الأنجلوسكسوني والتي يساهم فيها القضاء بدور كبير في تكوين القاعدة القانونية فيعتبر مصدرا هاما بل رسميا ويسمى فيها القانون القضائي "CASS LAW" ومن ثم فإن هذه الدول تأخذ بمبدأ حجية السوابق القضائية والذي يفيد تمتع السوابق القضائية بقوة الإلزام، ويترتب على ذلك أن القاضي المعروض عليه النزاع يتوجب

(82) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص 45 .

(83) قارن في هذا المجال ما ذهب إليه: الدكتور زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص 42 وما ذهب إليه: الدكتور جمال محمود الكوردي: دروس في القانون الدولي الخاص الجزء الأول تنازع القوانين، ص 42 .

عليه أن يبحث عن الحلول في الأحكام القضائية التي صدرت من قبل في المنازعات المماثلة والمشبهة لها، فإن وجد فيها حلا وجب عليه إتباعها وعدم مخالفته في الأحكام التي سوف يصدرها.

أما في الدول التي تنتهج النظام اللاتيني ومنها الجزائر وفرنسا ومصر فالقضاء في هذه الأنظمة لا يخلق القاعدة القانونية، وإنما ينحصر دوره في تطبيقها وتفسيرها وبالتالي فإنه يقوم بدور تفسيري للقاعدة القانونية.

وعليه فإن الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم والجهات القضائية الأخرى ليست مصدرا رسميا للقاضي في هذه الدول وإنما يتم الإستئناس بها فقط، وبالتالي لا يتقيد القاضي بالأحكام التي تكون قد صدرت في منازعات مماثلة كالتالي بين يديه والتي يبحث لها عن حلول قانونية.

والجدير بالذكر أن القاضي الوطني يستطيع أن يرجع إلى الأحكام الصادرة عن المحاكم والجهات القضائية الأجنبية والدولية لكي يسترشد بها ويستقي منها حولا مناسبة للقانون الدولي الخاص . والواقع أن القضاء الوطني في بعض الدول ساهم بقسط وافرم المبادئ القانونية التي تعد جزءا لا يتجزأ من قواعد القانون الدولي الخاص ويمثل إجتهد القضاء الفرنسي والقضاء الأمريكي أمثلة حية لهذا الإتجاه⁽⁸⁴⁾.

الفرع الثاني: القضاء الدولي.

يعتبر القضاء الدولي مصدرا هاما للقانون الدولي الخاص على الرغم من قلة الأحكام في هذا الصدد مصدرا وذلك لكون إهتمام هذا الفرع من القانون هو منازعات الأفراد التي تنشأ في علاقاتهم الخاصة وليس المنازعات بين الدول.

ولما كان الفرد لا يمكنه اللجوء إلى المحاكم الدولية مباشرة لأنه لا يتمتع بالشخصية الدولية فإن الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته لها الحق أن ترفع دعواه نيابة عنه إلى المحاكم الدولية عن طريق الحماية الدبلوماسية وهو ما تتحشاه الدول غالبا مفضلة اللجوء للحلول الودية⁽⁸⁵⁾.

(84) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص للجزائر، طبعة 2010، مرجع سابق، ص 45 .

(85) جعلت المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أحكام القضاء الدولي مصدرا من مصادر القانون الدولي ولكن القيد الخاص بأشخاص القانون الدولي الذين لهم صفة التقاضي أمام هذه المحكمة (طبقا للمادة 34 من النظام نفسه) وهي الدول وحدها قلل من حجم منازعات القانون الدولي الخاص التي فصلت فيها هذه المحكمة، فلكي تتمكن محكمة العدل

وبالرغم من ذلك فقد وضعت محكمة العدل الدولية ومن قبلها المحكمة الدائمة للعدل الدولي مبادئ قضائية هامة تتعلق بالجنسية ومعاملة الأجانب وتنازع القوانين.

من بين هذه المبادئ المبدأ الشهير وهو مبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية الذي قرره المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1923 على إثر نزاع بين فرنسا وبريطانيا بالنسبة لمراسيم الجنسية التي أصدرتها فرنسا في تونس والمغرب، وكذلك بإعتبار أن التجنس ليس حجة على الدول الأخرى ما لم توجد صلة واقعية بين الدولة والفرد المتجنس بجنسيتها، وقد أقرت هذا المبدأ محكمة العدل الدولية في قضية نوتبوهم سنة 1955 على إثر نزاع بين دولة جواتيمالا ودولة ليخنشتاين ومبدأ آخر خاص بمعاملة الأجانب في قضية كروزو سنة 1926 مؤداه أن نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل يتعارض مع القانون الدولي، كما وضعت المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1929 في قضية القروض (البرازيلية الصربية) بالنسبة للعقود الدولية المبدأ التالي "كل عقد مبرم بين الدول بإعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد مصدره في قانون وطني وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية التنازع وقواعد هذا القانون جزءا من القانون الداخلي".

إضافة إلى مساهمات محكمة العدل الدولية وقبلها المحكمة الدائمة للعدل الدولي في إقرار العديد من المبادئ القانونية في نطاق القانون الدولي الخاص، توجد أيضا محاكم التحكيم الدولي التي ساهمت بقسط وافر من المبادئ القضائية المقررة في علاقات التجارة الدولية. ومن هذه المحاكم ما هي ذات طابع دولي كمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ومقرها في باريس، ومنها ما هي ذات طابع جهوي مثل جمعية التحكيم الأمريكية، ومنها ما هي ذات طابع وطني ولكن نشاطها دولي مثل محكمة التحكيم التابعة لجمعية لندن لتجارة الخشب وغرفة التحكيم التابعة لجمعية ليفربول لتجارة القطن، وغرفة التحكيم التابعة لموزعي المنتجات الغذائية في نيويورك وغيرها.

المطلب الثاني

أراء الفقهاء وإجتهااداتهم

الفرع الأول: مفهوم أراء الفقهاء وإجتهااداتهم

الدولية من الفصل في قضية تتعلق بالقانون الدولي الخاص يجب على الدولة التي يحمل الشخص المعني جنسيتها أن تتبنى قضيته وتطرحها أمام المحكمة عن طريق الحماية الدبلوماسية.

نعني بأراء الفقهاء وإجتهاداتهم مجموعة الأفكار والآراء والشروحات والتفاسير التي يدلي بها رجال وفقهاء القانون خلال مناقشاتهم وتحليلهم وتفسيرهم ونقدم للمبادئ والنصوص والقواعد القانونية في جميع فروع القانون.

وعلى الرغم من الأهمية والقيمة القانونية لأراء وإجتهادات الفقهاء فهي لا تشارك بصفة مباشرة في خلق القواعد القانونية ولا تتمتع بالقوة الإلزامية كما هو الحال بالنسبة إلى القواعد التي مصدرها التشريع أو الإتفاقيات الدولية أو العرف، ومن ثم فإن دور الفقه يقتصر على العمل التفسيري التكميلي ولا يتعدى ذلك .

غير أن الإجتهادات الفقهية قد تكون لها أحيانا المشاركة في إنشاء القواعد القانونية ولكن بصفة غير مباشرة، حيث يلجأ إليها المشرع ويسترشد بها عند وضعه للتشريع بل أن البعض منها يتم تقنينها في النصوص التشريعية وبالتالي فإن مصدرها غير المباشر هو العمل الفقهي.

لم يرد في القانون الجزائري نص يفيد إعتبار الإجتهادات الفقهية من ضمن المصادر غير الرسمية للقانون الدولي الخاص، ولكن بموجب تعديل 20 جوان 2005 أضيفت المادة (23) مكرر 2 للقانون المدني⁽⁸⁶⁾ وعلى ذلك أن المشرع الجزائري جعل مبادئ القانون الدولي الخاص مصدرا يلجأ إليها القضاء فيما لم يرد بشأنه نص خاص في مسائل تتنازع القوانين وتطبق هذه المبادئ بالأولوية على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المذكورة في المادة الأولى من القانون المدني نظرا لكونها خاصة بالقانون الدولي الخاص ولكن لا يلجأ إليها إلا بعد إستنفاد المصادر الرسمية الأولى عليها وهي الإتفاقيات الدولية والتشريع والقواعد العرفية⁽⁸⁷⁾.

وينصرف معنى مبادئ القانون الدولي الخاص إلى المبادئ الأكثر شيوعا ليس في القانون الجزائري فحسب وإنما المعترف بها أيضا في النظم القانونية الأخرى، لاسيما أن أحكام القانون الدولي الخاص في الجزائر لم تتطور وتتكامل لدرجة يمكن الإستغناء عن المبادئ الأكثر شيوعا في العالم⁽⁸⁸⁾.

(86) تنص المادة (23) مكرر 2 من القانون المدني على: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

(87) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص 47 .

(88) ومن أهم النظم العالمية أن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية جعل المبادئ القانونية العامة المعترف بها من طرف الأمم المتعدية وآراء الفقه، الدولي ضمن مصادره طبقا لما أورده نص المادة (38) من هذا النظام.

ويترتب على ذلك أنه باسم تلك المبادئ يتم الرجوع إلى القانون المشترك للأمم، القواعد والعادات الدولية، الأحكام عبر الدولية للقانون التجاري الدولي، ومن أمثلة تلك المبادئ قاعدة ضرورة تنفيذ العقد الدولي بحسن نية وقرينة ضمان تبديل العملة في العقود الدولية ومبدأ تضييق اللجوء إلى الفسخ وعدم التفسخ وعدم التعسف في استعماله، وقد أصبحت هذه المبادئ وغيرها تشكل في قانون التجارة الدولية نظاماً عالمياً أقره المتعاملون الدوليون⁽⁸⁹⁾.

الفرع الثاني: دور الفقه في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص.

بالرغم من أن بعض الأفكار الخاصة بتنازع القوانين ظهرت منذ العصور القديمة، إلا أن الجهود الفقهية التي لا يزال بعضها إلى الآن معمولاً به في القانون الدولي الخاص وبرزت في مدارس فقهية معروفة على المستوى الدولي وهي:

أولاً: المدرسة الإيطالية:

ساهمت المدرسة الإيطالية بفقائها ورجالها في إيضاح بعض الأفكار القانونية في القانون الدولي الخاص، وحلوا مواضيع مختلفة وخاصة ما يتصل منها بتنازع القوانين وذلك منذ ظهور كتاب - أكورس - ACCUERS والذي علق على نص في مدونة جوستينيان تحت عنوان الثالث الأعظم ووضع في شرحه قاعدة خضوع الشخص إلى قانونه الشخصي رغم وجوده في مكان غير مكانه الأصلي.

وقد تبعه بعد ذلك رجال القانون الذين أتوا بعده وقاموا بتطوير أعماله ومنهم الفقيه باترول BARTOL (1341 - 1357) الذي يعد زعيم المدرسة الإيطالية القديمة دون منازع الذي يرجع إليه الفضل في التعمق في دراسة تنازع الأحوال وتقسيمها ووضع الحل المناسب لكل مسألة على حدة، ثم جاء من بعده تلميذه بالد BALDE (1327 - 1400) الذي أثر نظام التنازع بإضافة قواعد جديدة .

وعلى الرغم من العمل الضخم الذي قام به الفقه في هذه الفترة الزمنية حيث إمتاز وبحق عن جدارة بإستنباط ضوابط قانونية لازالت محفوظة في التشريعات الحديثة والتي يمكن ذكر البعض منها على سبيل المثال:

(89) بخصوص إعتبار آراء الفقه والمبادئ العامة للقانون مصدر للقانون الدولي الخاص، مايير MAYER القانون الدولي

الخاص، الطبعة الخامسة، سنة 1996، ص 23 .

1 - التمييز بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية التي يعود فيها الفضل إلى الفقيه (بارتول) الذي كرس التمييز بين القواعد الموضوعية والإجرائية وجعل القاضي يطبق قانونه بالنسبة للإجراءات الواجبة الإتباع عند عرض النزاع ويطبق قواعد المحل على القواعد الموضوعية.

2 - ظهور قاعدة لوكيس - LOCUS - التي أنشأها الفقه الإيطالي ومضمونها خضوع العقد (التصرف) إلى قانون المكان الذي أبرم فيه وكان الإيطاليون قبل ذلك لا يفرقون بين شكل التصرف وموضوعه ثم أصبح فيما بعد يخضع من حيث الشكل إلى قاعدة لوكيس - LOCUS - التي تعني قانون محل الإبرام ومن حيث الموضوع يخضع العقد إلى قانون الإرادة⁽⁹⁰⁾.

3 - قام الفقه الإيطالي بإحداث قاعدة قانونية في مجال الجرائم وهذه القاعدة تقضي بأن الجرائم تخضع إلى قانون البلد الذي وقعت فيه وقد أخذت جل التشريعات الحديثة بهذه القاعدة ومنها المشرع الجزائري في المادة (20) من القانون المدني⁽⁹¹⁾.

4 - ظهرت بصفة غير مباشرة على يد الفقه الإيطالي فكرة مبدأ سلطان الإرادة في العقود وقالوا بأن تطبيق قانون المحل على العقد يعني أن إرادة المتعاقدين قد إتجهت إلى ذلك المكان غير أن هذه الفكرة لم تتضح جليا إلا فيما بعد على يد فقهاء آخرين في عهد لاحق.

5 - برزت فكرة النظام العام أيضا على يد الفقهاء الإيطاليين وذلك بالتفرقة بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة أو المستهجنة بحيث يجوز عدم تطبيق القانون الأجنبي عليها وهو ما يعرف في التشريعات الحديثة بالنظام العام.

والخلاصة هي أن جهود المدرسة الإيطالية القديمة كانت بمثابة البذرة الأولى لقواعد التنازع وقد مهدت الطريق للنظريات الحديثة مع أنها لم تكن شاملة لكافة مسائل التنازع ولم تتناول بالبحث مسألة التكيف التي يتوقف عليها تحديد طوائف النظم وتعيين قواعد الإسناد والتي من خلالها يتحدد القانون الواجب التطبيق .

وبالرغم من ذلك فإن فقه المدرسة الإيطالية يعد فقه واقعي يطبق الحل الملائم لطبيعة كل مسألة دون وضع مبادئ عامة مجردة تكون منطلقا للتطبيق على كل الأحوال⁽⁹²⁾، كما أنه فقه

(90) تنص المادة (18) من القانون المدني "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد....".

(91) تنص المادة (20) من القانون المدني "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام....".

(92) راجع عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 21 .

تحليلي وفقه جزئيات لأنه يعالج مختلف فروض التنازع من غير ربط بينها، وأنه بذلك يعتبر فقه عالمي حوله مبنية على هدي العقل وقواعد العدالة والقانون الطبيعي وهي صالحة لحل التنازع بين أحوال المدن والتنازع بين مختلف الأقاليم (الدول) وقد أقرت هذه المدرسة أهم قواعد الإسناد المعروفة اليوم.

ثانيا: المدرسة الفرنسية:

لا يمكن الإستهانة بالدور الكبير الذي قام به الفقه الفرنسي في مجال تطوير قواعد القانون الدولي الخ وأهم المبادئ التي وضعها الفقه الفرنسي هي على النحو التالي:

1 - مبدأ إقليمية القوانين.

ينسب هذا المبدأ إلى الفقيه الفرنسي برتراند دارجنتره (1519 - 1596) ويفيد هذا المبدأ تقسيم القوانين إلى عينية وشخصية وليس العلاقات كما كان سائدا من قبل، وبالتالي فإن كل الأموال الموجودة فوق الإقليم يطبق عليها قانون هذه الدولة، أما القوانين الشخصية فإنها تطبق على الأشخاص ولو كانوا مقيمين في دولة أخرى عندما يتعلق الأمر بحالتهم الشخصية وأهليتهم وهو ما أخذت به معظم التشريعات الحديثة ومنها المشرع الجزائري في المادة (10) من القانون المدني (93).

2 - مبدأ عينية الأموال وشخصية الأحوال.

ينسب هذا المبدأ إلى الفقيه الفرنسي ديمولان DUMOULIN (1500 - 1566) الذي كان أستاذا للقانون ومحاميا لدى برلمان باريس فقد تأثر بالمدرسة الإيطالية القديمة، واعتق آراءها والتزم طريقها في البحث. اشتهر بأبحاثه في التكيف وتأسيس تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية ويرجع للفقيه ديمولان الفضل في الكشف عن مبدأ سلطان الإرادة في العقود وصياغة قاعدة قانون الإرادة وذلك حينما كيف المشاركات المالية التي تصحب عقد الزواج بأنها عقود ومن الجائز أن يطبق عليها قانون محل إبرامها أو قانون آخر، وأن إختيار المتعاقدين لمكان إبرام العقد لا يفترض معه إنصراف إدراتهما ضمنا إلى إختيار قانونه. الفقيه ديمولان هو من أخرج التصرفات القانونية من

(93) تنص المادة (10) من القانون المدني "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها

بجنسيتهم...".

نطاق القانون الإقليمي الأمر⁽⁹⁴⁾ كما جعل لإرادة المتعاقدين دور بارز في حل التنازع بين القوانين وقصر نطاق قاعدة لوكيس على شكل التصرف دون موضوعه.
ثالثا المدرسة الهولندية.

تبنّت المدرسة الهولندية فقه دارجنترية المعبر من الناحية السياسية عن النزعة الإستقلالية ومن الناحية القانونية عن السيادة الإقليمية المطلقة للقانون وقد عني الفقهاء الهولنديون بدراسته والتعمق فيه وكان من أشهرهم الفقيه برجاندوس BURGUNDUS (1556 - 1649) الذي رأى أن المال هو الذي يجر الإنسان (مبدأ العينية المطلق) والفقيه بول فويت BOUL VOET (1649 - 1777) ثم جاء من بعده ابنه جان فويت GEAN VOET (1674 - 1714) والفقيه أولديك هوبر ULRICUS HOBER . هؤلاء الفقهاء إعتنوا ببحث التنازع المحلي أي التنازع بين قوانين المقاطعات وتنازع القوانين الدولي أي تنازع القوانين في العلاقات الدولية، وينسب إلى هوبر إستعمال إصطلاح تنازع القوانين لأول مرة بعد أن كان التعبير الجاري هو تنازع الأحوال. وقد أخذ الفقه الهولندي بتقسيم الأحوال إلى شخصية وعينية، فالأحوال العينية عند هذا الفقه هي الأحوال التي يكون موضوعها هو المال ولو تعلقت بالأشخاص، والأحوال الشخصية هي التي يكون موضوعها الرئيسي هو الشخص ولو كان لها صلة بالمال. وقد وضع الفقيه هوبر ثلاث قواعد إعتبرها بديهيات في تنازع القوانين وهي تعبر عن طبيعة فقهية⁽⁹⁵⁾ وهي:

- 1 - أن قوانين كل حكومة لها سلطان عام داخل إقليم الحكومة وتسري على كل رعاياها، ولكن لا سلطان لها خارج الإقليم .
- 2 - أن جميع الأشخاص الذين يوجدون داخل إقليم حكومة سواء كانوا مقيمين فيه أو عابري سبيل يعتبرون من رعاياها .

⁽⁹⁴⁾ قال ديمولان بهذه القاعدة بمناسبة قضية الزوجين "دوجاني DE GANEY عندما كان محاميا في باريس عام 1525 حيث قدم إستشارة حول مدى إستبعاد تطبيق القوانين "الأعراف" السارية في موقع الأموال الداخلة في النظام المالي للزوجين، إذا لم يكن هناك إتفاق صريح بين الزوجين بشأنه، وكانت تلك الأموال موزعة بين أكثر من موقع له أعرافه الخاصة، وتطبيق قانون واحد وقرران مجموع النظام المالي للزوجين يخضع لقانون موطن الزوجية وقت الزواج، لأنه عبارة عن عقد ضمنى وقد إتجهت إرادة الزوجين الضمنية إلى إخضاعه لذلك القانون. أنظر ذلك في: أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، 2008، هامش الصفحة 203.

⁽⁹⁵⁾ راجع في فقه هذه المدرسة: عبد الحميد أبو هيف: القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة السعادة، 1927 بند

3- إن حاكم كل دولة يسمح من باب المجاملة لقوانين البلاد الأجنبية التي صار تطبيقا في إقليم تلك البلاد تستمر محافظة لأثارها في كل جهة بشرط ألا يضر ذلك بسلطة الحكومات الأخرى ولا بحقوق رعاياها.

ومن هذه المبادئ يستخلص أن المدرسة الهولندية:

أ - تبنت مبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق.

ب - نقلت تنازع القوانين من الصعيد المحلي إلى الصعيد الوطني.

ج - أن القانون الأجنبي المختص قد يعطل تطبيقه إذا ما تعارض مع النظام العام، أو كان ضارا بحقوق رعايا الدولة المراد التمسك به فيها.

د - أن أساس تطبيق القانون الأجنبي هو المجاملة الدولية LA COURTOISE INTERNATIONALE وليس إعتبارات العدالة والضرورة⁽⁹⁶⁾.

إلى جانب هذه المدارس الفقهية الشهيرة التي لعبت دورا كبيرا في تطور القانون الدولي الخاص بصفة عامة وبعض قواعده بصفة خاصة هناك بعض الفقهاء الآخرين لا يستهان بالمبادئ والقواعد التي قدموها في ميدان تنازع القوانين على وجه الخصوص والقانون الدولي الخاص على وجه العموم وهؤلاء هم الذين تنسب إليهم فقه النظريات الحديثة.

الفرع الثالث: فقه النظريات الحديثة.

إلى غاية منتصف القرن التاسع عشر كان مبدأ إقليمية القوانين هو السائد، وبعد ذلك ظهر تياران أحدهما يتسم بطابع عالمي يتزعمه في ألمانيا سافيني وفي فرنسا بيبه، ويقوم على فكرة الإشتراك القانوني عند الأول والإحترام الدولي للحقوق المكتسبة عند الثاني، وتيار شخصي يتزعمه الفقيه الإيطالي مانشيني الذي يقوم فقهه على أساس مبدأ الجنسيات. وفي أواخر القرن التاسع عشر ظهرت تيار ثالث ذو طابع وطني عند البعض ومن مؤيده دايسي في إنجلترا وبارتان ونيبواييه وديفاري سومير في فرنسا واتجاه توفيق بين إعتبارات المعاملات الدولية وما تقتضيه المصلحة الوطنية ومن مناصريه الفقيهين بيجونبير وباتيفول في فرنسا وبناء على ذلك نشير إلى فقه هؤلاء الفقهاء ومميزاته:

أولا: مذهب الفقيه سافيني (1779 - 1861)

(96) لمزيد التفاصيل حول فقه المدرسة الهولندية والمبادئ التي أرسنها، راجع زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري طبعة 2010، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

يعتبر الفقيه سافيني زعيم المدرسة التاريخية في القانون بإجماع الفقه وصاحب طريقة جديدة في بحث تنازع القوانين، وكان لآرائه وأبحاثه التي نشرها سنة 1849 تأثير عظيم في إثراء علم القانون الدولي الخاص.

ويقوم مذهب الفقيه سافيني على فكرة الإشتراك القانوني أي وحدة الثقافة والفكر القانونيين ومؤداها أن الدول الأوروبية تسودها ثقافة وحضارة ومدنية واحدة قوامها التطور التاريخي المشترك والديانة المسيحية والقانون الروماني الذي يشكل الشريعة العامة فيها وبالتالي تكون الحلول القانونية المقررة فيها مماثلة ومن الجائز تطبيق قوانين دولة يضمها الإشتراك القانوني في باقي دول المجموعة من غير التعصب إلى القانون الوطني.

أما المعيار الذي إعتد عليه الفقيه سافيني لحل التنازع بين القوانين فهو ليس الإنطلاق من مبدأ معين أو الخضوع لفكرة مسبقة من تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية أوتبني فكرة السيادة السياسية للقول بإقليمية القانون أو إمتداده كما درجت على ذلك المدارس التقليدية وإنما إعتد على تحليل الرابطة القانونية وتحديد مقرها ثم البحث عن القانون الملائم لحكمها هو قانون مقر العلاقة القانونية.

وكان للفقيه سافيني الفضل في إبراز فكرة الروابط القانونية وما يترتب على تحليلها من تحديد المركز القانوني والذي جعل هذه العلاقة تخضع إلى قانون المكان الذي تم فيه تحديد مركزها.

ويترتب على إعمال قاعدة التركيز المكاني للعلاقة القانونية وفقا لمذهب سافيني فإن معايير الإسناد تكون كالتالي:

1 - حالة الشخص وأهليته تخضع لقانون الموطن على أساس أما مركز العلاقة القانونية هو إختيار الشخص لهذا الموطن.

2 - أن الأموال والأشياء دون تمييز بين المنقول والعقار يختص بحكمها قانون الموقع على أساس الخضوع الإختياري.

3 - الإلتزامات التعاقدية فإن شكلها يخضع لقانون محل إبرامها، أما جوهر الإلتزام والشروط اللازمة لصحته من حيث مشروعيته وأثاره فإنه يطبق عليه قانون محل تنفيذه على أساس الخضوع الإرادي ما لم يثبت إنصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون آخر أو يتبين ذلك من الظروف .

4 - أما بالنسبة للأفعال الضارة فإن مقرها هو محل وقوعها وأسندها إلى قانون القاضي معللا رأيه بأن القوانين التي تحكم الأفعال الضارة مؤكدة الإلتزام يطبق فيها القاضي قانونه دون مراعاة للقانون الأجنبي.

وبالرغم من وجهة فقه سافيني فإن الفقه أخذ عليه جملة من الإنتقادات وهي كالتالي:

أ - أن فكرة الإشتراك القانوني التي هي منطلق هذا المذهب غير صحيحة في كل الأحوال إذ أن هناك أنظمة وطنية في القانون الدولي الخاص يجمعها إشتراك قانوني ومع ذلك مختلفة فيما بينها رغم أنها تنتمي إلى نظام قانوني عالمي واحد، وهناك أنظمة أخرى لا يوحدتها إشتراك قانوني ومع ذلك فإن الحلول المقررة فيها في مسائل تنازع القوانين متشابهة.

ب - أن معيار تركيز العلاقات القانونية معيار عام يستعصي تحديده فهو يتوقف على تكييف العلاقات القانونية، والمعروف أن التشريعات القانونية تختلف في تحديد طوائف النظم حسب التكييف وينعكس هذا الإختلاف بالضرورة على تركيز العلاقات القانونية.

ج - أن الفقيه سافيني لم يضع قاعدة عامة تسمح بتعيين القانون الواجب التطبيق عند التنازع وإعمال نظريته تؤدي إلى التجزئة والشتات وإن كانت مبنية على أفكار علمية فهي ينقصها المعيار الموضوعي ومن الصعب الإستناد إلى القرائن للكشف عن الإرادة الحقيقية حتى لا ينسب إلى الأطراف قانون مع أن إرادتهم إنصرفت إلى غيره.

ومهما كانت صحة هذا النقد فالثابت أن فقه سافيني حرر تنازع القوانين من السيادة واتجه بها إتجاهها عالميا وترك فقهه أثرا بارزا على حلفائه في ألمانيا وخارجها وتقبل القضاء نظرياته وطبقها⁽⁹⁷⁾.

ثانيا: مذهب الفقيه مانشيني .

يسمى هذا المذهب بالمدرسة الإيطالية الحديثة وقوام هذا المذهب هو مبدأ الجنسيات كأساس للقانون الدولي عاما أو خاصا، وفي هذا المبدأ إعتنق مبدأ شخصية القوانين بمعنى إمتدادها لأن القانون في رأيه يوضع للأشخاص وليس للإقليم ويتبعهم أينما حلوا ومهما كان موضوع العلاقة القانونية، كما ينسب إليه قوله أن القوانين كالثياب المخاطة بالتمام على أصحابها⁽⁹⁸⁾.

(97) راجع باتيفول: القانون الدولي الخاص، طبعة 1967، بند 237 - 556 .

(98) لمزيد التفاصيل حول فقه المدرسة الهولندية والمبادئ التي أرسنها، راجع زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري طبعة

2010 ص 59 وما بعدها .

وعد مذهب الفقيه مانشيني على أنه يمثل المغالاة في إعتناق مبدأ شخصية القوانين في العصر الحديث، ومع ذلك أخذ الفقيه مانشيني بمبدأ إقليمية القوانين على سبيل الإستثناء في بعض المسائل ومنها:

1- قواعد النظام العام وتشمل القانون العام للدولة كالقانون الدستوري وسيادة الدولة وتنظيم مرفقي الإدارة والقضاء والقوانين الخاصة بحقوق المواطنة والقوانين المتعلقة بالأراضي والقوانين ذات الطابع الجزائي والقوانين المتعلقة بالنظام العام وحسن الآداب فكل هذه القوانين إقليمية عند مانشيني.

2- إخضاع شكل التصرفات لقانون محل إجرائه مع الإحتفاظ للقانون الشخصي بتحديد ما يعتبر من الشكل الخارجي وما هو من الشكل الموضوعي.

3- الأخذ بقانون الإرادة بالنسبة للتصرفات الإرادية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة. غير أن التوسع في الإستثناءات السابقة على حساب المبدأ العام عند هذا الفقيه وهو شخصية القوانين قلل من أهمية ومجال تطبيقه بحيث إنحصر نطاق القاعدة الأصلية في الأحوال الشخصية. والملاحظ على فقه مانشيني هو تأصيلي يرد العلاقات القانونية إلى مبدأ عام وهو مبدأ شخصية القوانين لتعميم تطبيق قانون الجنسية .

غير أن فقه مانشيني تعرض للنقد اللاذع وأخذ عليه ما يلي:

أ - قيام نظريته على أساس خاطيء من الناحية السياسية وهو الخلط بين الدولة وبين الجنسية والقومية، ومن ثم فإن سلطان القانون إقليمياً كقاعدة عامة ثم شخصياً أي ممتداً كإستثناء وليس العكس، لأن تباشر سيادتها على الإقليم ثم على الأشخاص المقيمين فيه.

ب - غموض صياغة النظرية، إذ لا تحدد بدقة مجال تطبيق القانون الوطني والقانون المحلي وصياغتها في شكل قاعدة وإستثناءات عليها، وإعمال الإستثناءات الوارد على القاعدة يفوق الأصل.

ج - صعوبة تطبيق نظرية مانشيني ذلك أن القول بإسناد كل العلاقات القانونية إلى قانون جنسية الشخص إلا ما أستثني من هذه القاعدة من الصعب إعماله إذا كان أطراف العلاقة القانونية ينتمون إلى جنسيات متعددة أو لا جنسية لهم، فضلاً عن ذلك فإن الأخذ بقانون الجنسية فيه عسر ومشقة على القضاة الذين يجهلون عادة القوانين الأجنبية.

وبالرغم من الإنتقادات التي وجهت لفقه مانشيني فقد تأثر كثير من الفقهاء بمذهبه، كما تأثرت به بعض التشريعات بإسنادها الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية بدلاً من قانون الموطن

وكذلك بعض الإتفاقيات الدولية ومنها إتفاقيات لاهاي لسنوات 1896 - 1902 - 1905. وكذلك تأثرت به القوانين العربية ومنها القانون المدني الجزائري⁽⁹⁹⁾.

ثالثا: الفقيه بيبه (1857 - 1926) .

تأثر الفقيه بيبه بمذهب مانشيني في إعتناقه مبدأ الجنسيات وتأثر أيضا بفقه سافيني ذي الإتجاه العالمي وبآراء المدرسة الإيطالية القديمة، وعالج بيبه مسائل تنازع القوانين في كتابه مبادئ القانون الدولي الخاص (1903) من منظر القانون الدولي العام، وإستخلص أن من مظاهر سيادة الدولة هو سيادة قانونها في العلاقات الداخلية وعلاقات الأفراد الدولية وبالتالي يكون التنازع بين القوانين بمثابة تنازع بين السیادات ويجب وضع الحدود الفاصلة حيث تنتهي سيادة الدولة وتبدأ سيادة الدول الأخرى، وبما أن القانون الدولي العام لا يتضمن قواعد واضحة في هذا الشأن ينبغي

على الدول أن توفر الإحترام الأقصى للدول الأخرى وسيادتها بإحترام قوانينها.

ولاحظ الفقيه بيبه أن كل قانون له خاصيتان، خاصية الديمومة أو الإستمرار *permanence* وخاصية العمومية *Généralité*، فمعنى الخاصية الأولى هو إمتداد سلطان القانون وإستمراره وثباته فيما يخص الأشخاص والأموال التي تخضع له وقت صدوره إلى حين إلغائه ومعنى الخاصية الثانية هو تطبيق القانون على الأشخاص والأموال بالإقليم من غير تمييز بين الوطنيين والأجانب.

إذن التمسك بهاتين الخاصيتين في العلاقات الدولية يستوجب أن يكون القانون ممتدا وإقليميا في الوقت نفسه، وهو ما يؤدي حتما إلى تعذر حل مشكل تنازع القوانين، وبالتالي نرجع إلى مبدأ الإقليمية المطلق مادام سلطان القانون الوطني يتوقف عند حدود سيادة الدولة. ولكن حاجة المعاملات الدولية تقتضي حل هذه المعضلة لأن تطبيق القانون الأجنبي أمر لازم لا مفر منه في بعض الأحيان ويكمن الحل في التضحية بإحدى الخاصيتين السابقتين والإحتفاظ بالأخرى عن طريق تقسيم القوانين إلى مجموعتين، مجموعة تضم القوانين المحافظة على ديمومتها وتسري على المواطنين ولو كانوا في الخارج، وهي تفقد عموميتها بحيث لا تطبق على الأجانب في إقليمها، وهذه هي طائفة القوانين الممتدة كالقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمجموعة الثانية تضم القوانين التي تحافظ على عموميتها وبالتالي تطبق على كل العلاقات التي تقع في إقليمها لو

(99) أسند المشرع الجزائري مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية ضمن المواد من (10 - 16) من القانون المدني الجزائري.

إشتملت على عنصر أجنبي، ولكن في المقابل تفقد ديمومتها بحيث لا تتبع وطني الدولة إلى الخارج وهذه هي القوانين الإقليمية كالقوانين المتعلقة بالأموال.

يتبين مما سبق أن فقه بيبه يتفق مع فقه سافيني في اعتماد الطريقة التحليلية لمعالجة تنازع القوانين، وفي نزعه العالمية الرامية لإيجاد حلول دولية لها، ونظرية بيبه في إحترام الحقوق المكتسبة تمثل نموذجا لهذه النزعة، ومؤدي هذه النظرية أن الحق إذا اكتسب في دولة إكتسابا صحيحا يجب الإقرار بوجوده وإحترامه دوليا، وأن الحق المكتسب إما أن ينشأ ابتداء في دولة خاليا من العنصر الأجنبي ويراد التمسك به في دولة أخرى وحينئذ يكفي أن ينشأ صحيحا مستوفيا للشروط القانونية التي يتطلبها قانون الدولة التي نشأ فيها، ومثال ذلك أن يتمسك جزائري بزواجه المبرم في الجزائر مع جزائرية أمام محكمة أجنبية، وأما أن ينشأ الحق المكتسب مشتلا على عنصر أجنبي وفقا للقانون المختص عند إنشائه ويراد التمسك بآثاره في دولة أخرى، وحينئذ يجب أن تنطبق عليه قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يراد التمسك به فيها، ويصرف النظر عن قواعد التنازع في الدولة الأولى ولكن لا يمنع من الإحتجاج بذات الحق في دولة ثالثة إذا نشأ موافقا لقواعد التنازع فيها، ومثال ذلك أن يتمسك إسباني متوطن بإنجلترا أمام المحاكم الإنجليزية بالحق الناشئ عن حكم يقضي ببطلان الحجر عليه للسفاهة طبقا للقانون الإنجليزي، أو يتمسك بذلك أمام المحاكم الأمريكية لأن قاعدة الإسناد الأمريكية والإنجليزية واحدة في إسناد الأحوال الشخصية لقانون الموطن، بينما لا يستطيع التمسك ببطلان الحجر عليه أمام المحاكم الفرنسية أو الجزائرية لأن كلا القانونين الفرنسي والجزائري يسند الأهلية لقانون الجنسية وليس لقانون الموطن. غير أن قاعدة إحترام الحق المكتسب دوليا قيدها الفقيه بيبه بقيدتين، الأولى أنه لا يمكن الإحتجاج بحق مكتسب في إقليم دولة لا يعرف قانونها مثل هذا الحق. والثاني هو عدم جواز الإحتجاج به إذا كان مخالفا للنظام العام في الدولة التي يراد التمسك به فيها، ومثال ذلك عدم جواز الإحتجاج في بلد إسلامي بزواج تم في بلد غير إسلامي بين مسلمة وغير مسلم.

تعرضت نظرية الفقيه بيبه للنقد وأهم الإنتقادات تتمثل في:

أ - أن إضفاء صفتي العمومية والإستمراية على القانون الداخلي قياسا على القانون الدولي هو قياس مع فارق وإستنتاج غير صحيح لأن القانون الداخلي لا يمكن أن يتصف بالإمتداد ولا بالإقليمية، فالمفروض أن القانون الداخلي يعمل به من يوم نشره إلى يوم إلغائه وينطبق على

الكافة دون تمييز خلافا لما هو مقرر في الحياة القانونية الدولية التي تقتضي توزيع الإختصاص التشريعي بين الدول وتحديد مجال سريان قانون كل دولة.

ب - غموض الوسيلة الفنية المستعملة لتحديد القانون المختص فالوصول لتحديد القانون الذي له أكبر مصلحة في التطبيق على أساس الهدف الإجتماعي له مسألة غامضة ومن الصعب القبول بأن قانونا ما يهدف إلى حماية الأفراد وغيره إلى حماية المصلحة العامة للقول بأنه ممتد أو إقليمي إذ أن القوانين كلها عرضها هو حماية نظام الجماعة ولو تعلقت بصفة مباشرة بمصالح الأفراد وعلى ذلك فإن نظرية الفقيه بيبه لم تتوصل إلى حل المسائل المطروحة للمعالجة وإنما إقتصر على عرضها في شكل جديد.

رابعاً: الفقيه إتيان بارتان ETIEN BARTIN.

محور فقه بارتان في تنازع القوانين يتمثل في تحليل العلاقة القانونية وفق ما تقتضيه روح النظام القانوني الوطني ووسيلته في ذلك هو تكييف العلاقات القانونية وردها إلى إحدى الطوائف القانونية في قانون القاضي لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

يرى الفقيه بارتان أن التكييف هو عملية ضرورية أولية سابقة على إسناد العلاقة القانونية إلى القانون المختص، وحسب وجهة نظره ينبغي أن يتم دائما طبقا لقانون القاضي.

تأثر بارتان بفقه سافيني في مسألتين أولهما هي إعماده على المنهج التحليلي للعلاقة القانونية وإن خالفه في نتيجة إعتداده هذا المنهج من حيث أن الفقيه سافيني يهدف من وراء تحليل العلاقة القانونية إلى تركيزها مكانيا لمنح الإختصاص لقانون مكان التركيز، بينما يقوم بارتان بهذا التحليل وفقا للقانون الداخلي (قانون القاضي) لمعرفة طبيعة النظام القانوني الذي تدخل فيه العلاقة محل النزاع ثم يقوم بإسنادها على هذا الأساس إلى القانون المختص.

وأما المسألة الثانية التي تأثر فيها بارتان بفقه سافيني هي تبنيه لفكرة الإشتراك القانوني التي تؤدي إلى وحدة المفاهيم القانونية في الدول التي يضمها الإشتراك .

إذا كان الفقيه بارتان كان له فضل السبق في بلورة نظرية التكييف وإخضاعه لقانون القاضي كحل حاسم تتحدد بموجبه طوائف النظم القانونية حسب القانون الوطني وحده، ومن ثم جعل القانون الدولي الخاص قانونا وطنيا وقواعد الإسناد قواعد وطنية، مع أن التنازع بين القوانين هو تنازع بين الإختصاصات التشريعية (بين السيادة) ويترتب على ذلك ينبغي الفصل فيه بمنظور دولي وليس وطني، لذلك يؤخذ على فقه بارتان تجاهله لواقع المعاملات الدولية

وإزدهارها بين أنظمة قانونية لا يجمعها إشتراك قانوني، وتؤخذ على نظريته خلوها من الدور التوفيقى الذي كان يجب على قواعد التنازع أن تضطلع به لإستقرار الأوضاع القانونية وتسهيل العلاقات الدولية ومن ثم ضمان حماية الحقوق في نطاق القانون الدولي الخاص في عالم يعج بالحركة والعلاقات الدولية الخاصة التي تتجاوز الحدود الإقليمية للدول⁽¹⁰⁰⁾.

خامسا: فقه نبوييه NEBOYET .

حسب فقه نبوييه أن تنازع القوانين يجب أن يخضع دائما لإعتبار سياسي يتمثل في مصلحة الدولة، ويجب أن تفيض قواعده من فكرة وطنية تتخير الحلول المناسبة للدولة بحيث يؤخذ من قواعد التنازع ما يتفق ومصلحتها وأن تصاغ قواعد التنازع بطريقة تأصيلية إنطلاقا من القاعدة العامة وهي مبدأ إقليمية القوانين.

وحجة الفقيه نبوييه هو أن مبدأ إقليمية القوانين هو الأساس الضروري للقانون الدولي الخاص وينبغي ربط النظم القانونية بإقليم معين والقانون الإقليمي هو الأنسب في هذا الشأن ويترتب على ذلك أن يطبق القانون الإقليمي بالأولوية عن غيره من القوانين الأخرى على كافة الوقائع داخل مجال سيادة الدولة، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا حالة الشخص وأهليته التي يجب إسنادهما إلى القانون الشخصي الذي هو ممتد تأسيسا على إعتبرات تاريخية وواقعية. وبذلك يكون الفقيه نبوييه أسند مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية وجعل الآخذ بل والرجوع إلى مبدأ الإقليمية بطريقة تأصلية متجها بذلك لإيجاد حلول عالمية لتنازع القوانين⁽¹⁰¹⁾.

ومرد تأثر الفقيه نبوييه بمبدأ إقليمية القوانين لإعتبرات سياسية تخص حالة فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى، عندما أصبحت دولة مستوردة للسكان فكثرت هجرة الأجانب إليها فبدى له أن أفضل وسيلة لإندماجهم في المجتمع الفرنسي هي تطبيق القوانين الفرنسية عليهم تأسيسا على مبدأ الإقليمية وعليه فإن نبوييه غلب المصلحة الوطنية على الإعتبرات الدولية في حلول تنازع القوانين⁽¹⁰²⁾.

الخلاصة:

⁽¹⁰⁰⁾ أنظر جملة الإنتقادات الموجهة للفقيه بارتان التي قال بها كل من الفقيه بيجونيير: القانون الدولي الخاص، طبعة 1962 بند

2228، والتي قال بها الفقيه باتيفول: مرجع سابق، بند 241.

⁽¹⁰¹⁾ زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص 72 .

⁽¹⁰²⁾ راجع في ذلك: عز الدين عبد الله: مرجع سابق، ص 64. وأيضا باتيفول: مرجع سابق، طبعة 1967، بند 236 .

تلك هي التيارات الفقهية السائدة في تنازع القوانين خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، ويمثل في العصر الحالي تطور قواعد التنازع تيار الوطنية الذي تغلب على النزعة العالمية وتجسدت معالمه في مختلف الحلول المقررة في الأنظمة القانونية الكبرى في العالم، حيث أصبحت قواعد التنازع تدرس دراسة وطنية بعد إنتشار حركة التقنين ووسيلة لتخريج الحلول المناسبة للمصالح الوطنية .

كما أن الفقه والقضاء يميلان إلى التضييق من مجالات إمتداد القوانين وإحلال ضابط الموطن في الأحوال الشخصية محل ضابط الجنسية ولكن إلى جانب هذا التيار الغالب هناك من الفقهاء المعاصرين من تجاوزت أبحاثهم النظرة الإقليمية الضيقة ورأوا أن تنازع القوانين يهم أيضا النظام الدولي والمصالح الدولية وأن توسيع مجال سيادة الدولة في الإختصاص التشريعي يمس الإختصاص التشريعي للدول الأخرى، لذلك يجب الأخذ في الإعتبار مصلحة العلاقات الدولية الخاصة والتوفيق بينها وبين مصلحة الدولة وإجراء توزيع الإختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا عن طريق تركيز العلاقات القانونية تركيزا مكانيا⁽¹⁰³⁾.

الفصل الثاني

النظرية العامة لتنازع القوانين

المبحث الأول

(103) راجع في ذلك: العميد هنري باتيفول: مؤلف القانون الدولي الخاص، طبعة 1967، مرجع سابق، بند 264 وما يليه وكذلك مؤلفه تنازع القوانين في العقود، طبعة 1938 وأيضاً مؤلف الفقيه ليرويور بيجونيير: القانون الدولي الخاص، طبعة 1962 بند 299.

المقصود بتنازع القوانين

يعرف تنازع القوانين بمعناه الإصطلاحي في القانون الدولي الخاص بأنه "تزام قانونين متعارضتين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي"، وعليه وطبقا لهذا التعريف لابد من توافر الشروط التالية لوجود تنازع بين القوانين⁽¹⁰⁴⁾.

والمقصود بالعلاقة القانونية التي يقوم بشأنها التنازع هي العلاقة التي أحد عناصرها أجنبيا كأن يكون أحد أطرافها غير جزائري أو أن يكون محلها موجود في الخارج أو أن يكون سببها وقع في دولة أخرى وشرط تنازع القوانين هي:

- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.
- أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي.
- تزام قانونين أو أكثر أجنبيين متعارضين لحكم هذه العلاقة.

المطلب الأول

وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.

يقصد بالعلاقة القانونية أي رابطة بين شخصين أو أكثر محكومة بقاعدة قانونية، ويقصد بالعنصر الأجنبي أشخاص العلاقة أو موضوعها أو سببها، فأشخاص العلاقة هم أطرافها صاحب الحق أو الملتزم بهذا الحق الدائن والمدين، والتضرر أو المتضرر و المتسبب في إحداث الضرر،.... وقد يكون أطراف العلاقة متحدين في الجنسية أو متحدين موطنا، كما قد يكونوا مختلفين وموضوع العلاقة هو المحل الذي ينصب عليه التصرف أو تقع عليه الواقعة، كأن يكون المحل عبارة عن عقار موجود في دولة ثانية، وسبب العلاقة هو السبب المنشئ لها، كالواقعة الطبيعية (الولادة أو الوفاة) أو العلاقة القانونية (الأعمال المادية المشروعة وغير المشروعة كالإثراء بلا سبب والعمل الضار) أو التصرفات القانونية (كالعقد أو التصرف بالإرادة المنفردة) أو القانون (كالولاية).

ولذلك ينبغي تحديد العناصر السابقة من حيث الزمان والمكان لمعرفة القانون الواجب التطبيق إذ يجب تحديد أشخاص العلاقة القانونية زمانا ومكانا بتعيين موطنهم أو جنسيتهم واللذان يتوقف

(104) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة سنة 2010، ص 50 مقارنا ما ذهب إليه أعرب بلقاسم: مرجع سابق

ص 45، وأيضا: جمال الكردي: مرجع سابق، ص 130 وما بعدها، وأنظر كذلك: Laurence Coroline Henry: L'essentiel du droit international Privé. Edition Gualino éditeur Paris. 2005. P21.

عليهما تحديد قانونهم الشخصي، إذ يحتمل أن يغير الشخص جنسيته أو موطنه في الفترة ما بين نشو العلاقة القانونية وبين رفع الدعوى القضائية لسببها، كما يجب تركيز موضوع العلاقة زمانا ومكانا، كأن يكون الموضوع أداء مبلغ من النقود أو نقل مال منقول، فيجب أن يتحدد المبلغ الواجب الدفع في زمن معين ولا بد من أن يتعين مكان وجود المنقول في زمن معين كي يخضع لقانون الجهة الموجود بها، فمن المحتمل أن ينقل المنقول إلى مكان آخر في الفترة بين نشو العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها، ويتعين أيضا التركيز على سبب العلاقة القانونية في مكان معين ومكان معلوم لمعرفة القانون المختص بحكمها مثلا القانون الذي يحكم الميراث (الوفاة) أو مكان إبرام العقد وزمانه للتمييز بين القانون الخاص بشكل التصرف والقانون الخاص بموضوعه.

المطلب الثاني

أن يفسح المشرع المجال لتطبيق القانون الأجنبي.

المتعارف عليه أن سلطان القانون محدد بحدود سيادية (سيادة الدولة) وفي المقابل لا يمكن أن ينفذ القانون الأجنبي داخل إقليم الدولة إلا بإذن المشرع الوطني، وعلى ذلك فإن تنازع القوانين يكون في الحقيقة هو عبارة عن مفاضلة يجريها المشرع بين القانون الوطني والقانون الأجنبي بواسطة معايير محددة لإختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية، ومراعاة للعلاقات الدولية الخاصة التي تستوجب توزيع الإختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا يفسح بموجبه المشرع الذي يعرض النزاع أمام محاكمه المجال لتطبيق القانون الأجنبي بعد عملية تحديد الوصف القانوني الملائم للعلاقة محل النزاع ومن ثم يجب التمييز بين: (105)

- 1 - مبدأ إقليمية القوانين: *La territorialité des lois* والذي مؤداه سريان القوانين المحلية على كل الأشخاص والأشياء والوقائع التي تحدث في إقليم دولة دون أن تمتد أحكامها إلى الخارج .
- 2 - مبدأ إمتداد القوانين: *Extraterritorialité des lois* ومعناه إمتداد تطبيق القانون على الأشخاص والأموال والوقائع القانونية خارج إقليم الدولة.
- 3 - مبدأ شخصية القوانين: *La personnalité des lois* ومفاده أن القانون يسري على الشخص أي العبرة في تطبيق القانون هو الشخص ذاته.

(105) راجع علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص، طبعة 1984، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص26.

4 - مبدأ عينية القوانين: La réalité des lois أي أن القانون يتعلق بالأموال ويتبعها.

وأساس التمييز بين إقليمية القوانين وإمتدادها على إعتبار مجال تطبيقها من حيث المكان في حين أن التمييز بين شخصية القوانين وعينيتها يقوم على أساس موضوع القانون .
وإذا كان التقسيم إلى إقليمي وممتد هو تقسيم شامل فإن التقسيم إلى شخصي وعيني غير دقيق فليس كل قانون عيني إقليمي، وليس كل قانون شخصي ممتد، فهناك من القوانين ما ليس موضوعه الأشخاص ومع ذلك فهو ممتد ومثال ذلك القوانين التي تحكم الإلتزامات التعاقدية ومن القوانين ما ليس موضوعه الأموال ومع ذلك فهو إقليمي كالقانون الذي يحكم الميراث في الدول التي تسنده لقانون موقع المال إذا كان واردا على عقار.
ويقتضي تطبيق مبدأ الإقليمية إعمال مبدأ النسبية وهو ما يسمح بتطبيق القانون الوطني مع فسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي في بعض الأحوال.

المطلب الثالث

تزام قوانين متعارضة لحكم العلاقة القانونية.

حتى نكون بصدد التنازع بين القوانين ينبغي أن يتزام لحكم العلاقة القانونية المتنازع بشأنها قانونان أو أكثر بمعنى أنه إذا كانت العلاقة القانونية وطنية في جميع عناصرها كأن يتزوج جزائري جزائرية في الجزائر في هذه الحالة يطبق على الزواج القانون الجزائري شكلا وموضوعا.
يحدث التنازع إذا كانت العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي بين القوانين المحتملة التطبيق فلنفرض أن مغربيا تزوج بإيطالية في تونس وتوطن الزوجان في الجزائر وتملك فيها عقارا ثم ثار خلاف حول النظام المالي لهما وعرض النزاع على القضاء الإسباني فهل تطبق المحكمة قانون جنسية الزوج (القانون المغربي) أو قانون جنسية الزوجة (القانون الإيطالي) أو قانون موطن الزوجية (القانون الجزائري) أو قانون محل إبرام عقد الزواج (القانون التونسي) أو قانون القاضي وهو القانون الإسباني أو أن المحكمة التي طرح أمامها النزاع تطبق على كل المسألة من هذه العلاقة القانونية (الزواج) قانونا معنيا.

في هذا المثال يتبين أن القوانين المذكورة أعلاه كلها محتملة التطبيق ولكل منها سنده الخاص فيحصل التزام والتنازع بينهما، وعندئذ تتدخل قواعد الإسناد في قانون القاضي لتعيين القانون المختص الواجب التطبيق من ضمن القوانين المتراحمة، ولكن لإعمال قواعد الإسناد يجب أن تتوافر في القوانين المتنازعة الشروط التالية:

- 1- أن تكون القوانين المتنازعة مختلفة في أحكامها الموضوعية، إذ لو كانت أحكامها متفقة لما كانت هناك ضرورة لقيام التنازع بينها من حيث الموضوع.
 - 2- ضرورة تزام قانونين متعارضين أو أكثر .
 - 3- أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة دولية، ومن ثم لا يعد من قبيل التنازع الحاصل بين قوانين الولايات أو الولايات الداخلية في الإتحاد الفيدرالي، وكذا تنازع القوانين الناتج عن ضم الإقليم أو جزء منه مع إبقاء قوانين الإقليم المضموم سارية المفعول كما حدث في فرنسا سنة 1918 بعد ضم إقليم الألزاس واللورين إليها واستتقت القوانين الألمانية سارية فيهما. ولا يعتد أيضا بالتنازع الحاصل بين قوانين الدول المستعمرة وقوانين الدولة المستعمرة.
- تلك هي الشروط التي يجب توافرها لقيام التنازع بين القوانين وهي تفترض قيام علاقات ودية بين الدول والإعتراف لكل منها بتشريعيها وسيادتها، وانتقال الأشخاص والأموال من إقليم دولة لأخرى، كما يفترض أن يجري توزيع الإختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا يختار لكل طائفة من النظم القانونية القانون الملئم لحكمها حسب طبيعتها، ويتولى المشرع في كل دولة وضع قواعد بهذا الإختيار تسمى قواعد الإسناد (أو قواعد التنازع)⁽¹⁰⁶⁾ وهي تقتضي تارة إسناد طائفة النظم القانونية إلى قانون الجنسية أو قانون الموطن وتارة تسندها إلى قانون المحل وثالثة إلى قانون الموقع وغيرها.

المبحث الثاني

مناهج تنازع القوانين

الدارس للقانون الدولي الخاص يكتشف وجود نزعتين فقهييتين لحل تنازع القوانين هما النزعة الشخصية والنزعة الإقليمية، وبعد تقنين أحكام التنازع إشتد الجدل بين الفقهاء أنصار العالمية ومنهم سافيني وبييه ومانشني الذين سعوا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظما عالميا موضوعيا بوصفها علاقات مشتركة بين الدول وتنظيمها يهم الجماعة الدولية بأسرها ومؤيدي النزعة الوطنية من أمثال فقهاء المدرسة الهولندية والفقهاء دي فاري سومير ونيواييه في فرنسا

⁽¹⁰⁶⁾ راجع في منهج الإسناد وخصائصه ومقارنته بالمناهج الأخرى في التنازع مقال ل: زروتي الطيب: بعنوان تنازع القوانين في العقود الدولية، منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية لسنة 1997، العدد رقم 01 ص 64.

الذين يعتقدون أن قواعد التنازع تفيض من السيادة الوطنية ويتخير المشرع بواسطتها الحلول المتفقة مع المصلحة الوطنية دون إعتبار دولي، ثم برز إتجاه توفيقي بين النزعتين نادى بتركيز العلاقات القانونية تركيزا موضوعيا دون التقييد المسبق بمبدأ العالمية أو مبدأ الوطنية ومهما تعددت النتائج فالوسيلة المقترحة واحدة هي إعتقاد نظام الإسناد إلى مختلف الطوائف لفض التنازع . وعليه فإن المناهج المقترحة لحل إشكالية تنازع القوانين هي: (107)

- 1 - المنهج التقليدي القائم على منهج الإسناد .
- 2 - منهج القواعد الموضوعية والقانون الإتفاقي .
- 3 - منهج المدرسة الواقعية الأمريكية.

المطلب الأول

المنهج التقليدي القائم على الإسناد.

ساد هذا المنهج منذ القرون الوسطى، وهو المنهج المعتمد في غالبية الأنظمة القانونية الوطنية ويتم حل تنازع القوانين بموجبه حسب آلية الإسناد المقررة في قانون القاضي التي تعين (تحدد) القانون الواجب التطبيق، وهو نظام يتميز بخصائص معينة وتعرض لجملة من الإنتقادات .

أولا: خصائص منهج الإسناد التقليدي

يتميز هذا المنهج بجملة من الخصائص تتمثل في الآتي:

- 1 - طغيان الطابع الوطني على حل مشاكل التنازع الدولي ولو أن المنازعات المطروحة تنصف بالأجنبية وتتجاوز مجال القانون الداخلي.
- 2 - أن قانون القاضي في هذا المنهج هو المرجع والحكم في نفس الوقت في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المتنازع فيها⁽¹⁰⁸⁾ وهو الحكم في تعيين ضابط الإسناد.
- 3 - الأساس الذي يقوم عليه حل التنازع في هذا المنهج مصدره إختيار المشرع قاعدة إسناد الأنسب والأكثر ملاءمة في ضوء السياسة والمصلحة الوطنية، وتطبيق القاعدة المعتمدة مهما كانت صياغتها سواء مزدوجة وحينئذ فهي متعدية بطبيعتها، أو قاصرة تطبق أيضا بمفهوم المخافة.

(107) لأكثر تفاصيل في هذا الموضوع راجع مقال للدكتور زروتي الطيب: بعنوان تنازع القوانين في العقود الدولية، منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 01، لسنة 1997، ص 64 وسنة 1998 العدد رقم 03.

(108) أحمد عشوش: تنازع القوانين، طبعة 1988، وراجع في هذا الموضوع: العميد باتيفول: تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص دروس أكاديمية لاهاي 1973 ج 2 ، ص 85 .

4 - أن مناط تطبيق القانون المختص متوقف على حالة موافقته أو معارضته للنظام العام في قانون القاضي، ويترتب على ذلك أن القانون الأجنبي المختص يطبق في حالة توافقه للنظام العام لدولة القاضي ويستبعد في حالة تعارضه مع النظام العام.

5 - منهج الإسناد هو المنهج التقليدي المعمول به قبل تقنين قواعد التنازع، فحلولة مؤصلة تشريعا وغنية فقها وقضاء وتطور نظام التنازع في شكل نظرية جامعة ومتكاملة.
ثانيا: نقد منهج الإسناد.

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها نظام الإسناد التقليدي إلا أنه تعرض للانتقاد من قبل معارضيه محاولين من خلال إثارتها زعزته عن صدارة نظام التنازع أو إقصائه أو تضيق مجال تطبيقه، ونوجز أهم هذه الانتقادات فيما يلي:

1 - يوصف معارضو منهج الإسناد بأنه يتسم بالشدّة والتعقيد ويقوم على نظريات فقهية مبهمّة كنظرية المسألة الأولى، ونظرية صراع النظم ونظرية تجزئة العقد⁽¹⁰⁹⁾.

2 - منهج الإسناد التقليدي منهج يفتقر إلى توقع الأحكام والأمان القانوني في أهم مجالاته وهي المعاملات التجارية الدولية، بحيث يشوب تطبيق ضابط قانون الإرادة الغموض وإحلال القاضي آراءه الشخصية تحت غطاء الإرادة الضمنية والإرادة المفترضة وتركيز العقد.

3 - أن نظام الإسناد التقليدي مفرط في الدولية أحيانا ولو تعلق الأمر بمعاملات يومية بسيطة لا تستدعي تحريك النظام الدولي، في مقابل ذلك يفتقر إلى الدولية في مرات أخرى لأن القانون المطبق هو قانون داخلي وضع أصلا لحكم العلاقات الداخلية.

4 - مما أضعف موقف الفقهاء أنصار الإسناد إختلافهم في طريقة صياغة قواعده وتطبيقها في حالة التنازع، وكذلك طبيعة القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الوطني، وهي مسائل جوهرية تشكل ثغرات في البناء الهرمي لنظام الإسناد.

على الرغم من قسوة الانتقادات الموجهة إلى منهج الإسناد التقليدي فإنها مازالت حتى الآن هي الوسيلة التقليدية لحل تنازع القوانين، وسيشهد على ذلك أن جميع التقنيات الحديثة بشأن

(109) تعتبر المسائل الأولى في القانون الدولي الخاص وتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها، وهل هي قواعد الإسناد في قانون القاضي، أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، من أصعب المشاكل الفنية في النظرية العامة لتنازع القوانين أن لم تكن أصعبها على الإطلاق. راجع في ذلك: الدكتورة حفيفة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 239 وما يليها.

القانون الدولي الخاص في العديد من الدول الأكثر إهتماما بهذا القانون كألمانيا وسويسرا لم تتح قاعدة الإسناد جانبا بل إستعانت بها على نحو شبه كامل⁽¹¹⁰⁾.

المطلب الثاني

منهج القواعد الموضوعية.

مؤدى هذا المنهج هو إعمال قواعد موضوعية لحكم العلاقات الخاصة الدولية، وهذه القواعد الموضوعية هي قواعد إما ذات أصل - مصدر - داخلي مصدرها تشريعي أو قضائي وطني ومعدة أساسا لحكم علاقات خاصة دولية أو أن هذه القواعد الموضوعية ذات أصل دولي مصدرها القانون الإتفاقي أو القانون التلقائي أو أرساها القضاء ونوضح ذلك فيما يلي:

أولا: القواعد الموضوعية ذات الأصل - المصدر- الوطني .

تنقسم هذه القواعد إلى قواعد موضوعية تشريعية وقواعد موضوعية أرساها القضاء الوطني

1 - القواعد الموضوعية التشريعية.

وهي قواعد معدة أصلا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، راعى المشرع الوطني عند سنها خصوصية المعاملات التجارية الدولية، فقد روعي في سن هذه الأحكام كلها المتطلبات الحديثة للتبادل التجاري الدولي وتطبق إذا ثبت الإختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها حسب نظام الإسناد عملا بمبدأ الإرادة وتركيز العقد⁽¹¹¹⁾.

2 - القواعد الموضوعية ذات المنشأ القضائي الداخلي.

رسخ الإجتهد القضائي في بعض الدول قواعد خاصة تطبق مباشرة في مجالات التجارة الدولية، من ذلك ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية جلايس⁽¹¹²⁾ من إستبعاد تطبيق المادتين 83 - و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الخاصتين بحظر اللجوء إلى التحكيم الدولي، وما إنتهت إليه المحكمة نفسها بتاريخ 02 ماي 1963⁽¹¹³⁾. من أن شرط التحكيم يشكل إستقلالية قانونية كاملة.

(110) Von Overbeck: " les question générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents" Rev des Cours la Haye 1982, p9.

(111) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص82.

(112) أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية المؤرخ في 2 ماي 1966 المنشور في المجلة الإنتقادية لسنة 1967 ص553.

(113) حكم منشور بالمجلة الإنتقادية لسنة 1963، ص115 تعليق الفقيه موتولسكي.

ثانيا: القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي .

1 - القواعد الإتفاقية.

تعتمد الدول في بعض الأحيان إلى توحيد بعض النظم القانونية بشأن تنظيم مراكز دولية كالإتفاقيات الضريبية وأنظمة التصدير والإستيراد وأحكام الأوراق التجارية والمعاهدات الخاصة بالملكية الأدبية والصناعية والفنية وإتفاقيات البيوع الدولية، فتصبح القواعد الإتفاقية ذات أصل دولي ولكن بعضها يبقى محتفظا بطابعها الدولي الموضوعي فتصبح منها مستقلا عن نظم الإسناد، والبعض الآخر تفقد طابعها الدولي إذا تبنت الدول المتعاقدة التشريع الموحد المتفق عليه كجزء من قانونها الداخلي فيطبق على العلاقات الداخلية والدولية معا⁽¹¹⁴⁾

في حين أن بعض الإتفاقيات الدولية تعتمد إلى عدم ربط المركز القانوني المنظم بأي نظام قانوني كما هو الحال في المشروعات المشتركة في النظام الأنجلوسكسوني *JOINT VENTURE* فتخضع للقانون المنشئ لها كما قد يخضع المركز القانوني المنظم لأكثر من نظام قانوني وطني في الوقت ذاته مثل العقد المنشئ للشركة الفرنسية الألمانية سارو - لورين، والعقد المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة البترول الإيرانية الوطنية من جهة، وثمانية شركات غربية من جهة أخرى⁽¹¹⁵⁾، كما قد يسند المركز القانوني للمبادئ العامة المعترف بها في الدول المتحضرة.

2 - قواعد القانون التفائي.

تعود نشأة البعض من هذه القواعد الموضوعية إلى المنظمات المهنية كجمعية لندن لتجارة القمح لسنة 1877، والجمعية الأمريكية لتجارة الحديد لسنة 1873، وإتحاد تجارة الأخشاب في الدول الإسكندنافية وتتمثل منجزاتها فيما يسمى بالعقود النموذجية والصيغ العامة، والبعض من هذه القواعد الموضوعية أقرتها منظمات إقليمية مثل صيغ التعامل في المنتجات الصناعية والزراعية والطبيعية التي إعتمدها اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة والبعض من تلك القواعد قررتها هيئات علمية متخصصة دولية أو إقليمية مثل لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة للتجارة والتنمية الذي أعد مشروع إتفاقية السلوك الدولي لتحويل

(114) من أمثلة ذلك إتفاقية جينيف لسنتي 1930 - 1931 بشأن الشيك والسندات الأذنية.

(115) للمزيد من التوسع في نظام الإسناد راجع رسالة الدكتوراه للإستاذ الطيب زروتي: مرجع سابق، ج1، ص 207 وكذلك مقال بعنوان "الإتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية للأستاذ: أحمد صادق القشيري منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد رقم 21 لسنة 1965، ص 81 .

التكنولوجيا وكذلك إنجازات المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، والجمعية البحرية الدولية وغرفة التجارة الدولية التي أقرت مدونة المصطلحات التجارية (الأنكوترمز).

كما أيد فقهاء قانون التجارة الدولية هذا المسعى المتحرر عن تطبيق القانون الداخلي مدافعين عن تدويل معاملات التجارة الدولية شكلا ومضمونا بالإستناد إلى مبادئ قانونية نظرية كمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي ومبدأ إحتياطية قانون العقد ومبدأ إندماج القانون في العقد الدولي .

3- القواعد التي أقرها الإجتهد القضائي الدولي.

ساهم القضاء الدولي النظامي أو الإتفاقي في ترسيخ مبادئ قانونية خاصة بالمعاملات التجارية على المستوى الدولي، كالمبدأ الذي قرره المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1929 في قضية القروض الصربية البرازيلية من أن كل عقد مبرم بين الدول بإعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد مصدره في قانون وطني، وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية التنازع⁽¹¹⁶⁾.

كما عمد قضاء التحكيم التجاري الدولي بوصفه قضاء خاصا نظاميا أو إتفاقيا إلى إقرار قواعد معيارية تشكل أساس التدويل ومثالها مبدأ إستقلالية شرط التحكيم والتمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي وتدويل إجراءات منازعات التجارة الدولية، وتدويل القانون المطبق على موضوع العقد.

وعلى الرغم من ذلك وإن كانت هذه الهيئات المتخصصة ساهمت في إقرار قواعد خاصة بالمبادلات التي تدخل في نطاق التجارة الدولية إلا أنها لم تستغني عن نظام الإستناد التقليدي.

المطلب الثالث

منهج الملازمة الأمريكي.

يمكن إطلاق وصف المدرسة الأمريكية على فكرة الفقهاء الأمريكيين المعاصرين الذين إتفقوا على دراسة تنازع القوانين دراسة واقعية إنطلاقا من مبدأ الملازمة، ملازمة القانون وملائمة المحكمة⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁶⁾ هذا الحكم منشور في مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية الدائمة لسنة 1929 رقم 20 وفي مجلة كلينيه 1929، ص 977

مشار إلى ذلك في: زروتي الطيب: مرجع سابق، هامش الصفحة 84 .

⁽¹¹⁷⁾ في هذه المسألة يمكن الرجوع بأكثر تفاصيل زروتي الطيب: مرجع سابق، ص 87.

غير أن الفقهاء المعاصرين الذين إتسم فقههم بالنفعية حاولوا إستخلاص حلول التنازع بطريقة تجريبية وإستنتاجية وليس تأصيلية مجردة واصفين فقه من سبقهم بأنه فقه عقيم يؤدي إلى تحقيق عدالة عمياء بوسائل آلية لا تكترث بالحلول الموضوعية التي تتسم بالواقعية والمنطقية. ومن بين هؤلاء الفقهاء المعاصرين نختار إثنان منهم وهما: الفقيه دافيد كيفرز والفقيه برنار كيري (118).

أولاً: منهج الفقيه دافيد كيفرز في البحث عن العدالة.

حلل هذا الفقيه الأمريكي مذهبه سنة 1933 في مقال نشره بعنوان *the choice of Law process* ومؤداه أن تلافي قصور قاعدة التنازع يتأتى بإختيار القانون الواجب التطبيق بالإعتداد بالحلول الموضوعية المقررة في القوانين المتنازعة وتفضيل أكثرها ملاءمة للنزاع وتحقيقاً للعدالة بعد القيام بدراسة متأنية ودقيقة للوقائع أولاً ثم إجراء المقارنة بين الحلول المترتبة عن تطبيق القوانين المتنازعة، ثانياً ثم أخيراً مراعاة فكرة العدالة الواجب تحقيقها للأفراد في ضوء الأهداف السياسية والإجتماعية المتوخاة من تلك القواعد الموضوعية.

إلا أن هذا المذهب وبالرغم من واقعيته الملموسة عند إصدار الأحكام القضائية فإنه يسجل عليه جملة من الإنتقادات التي إعتبرت نقصاً فيه وهي:

1- أن طريقة إستخلاص القانون المختص تؤدي إلى إنعدام اليقين القانوني، مع أن هذا الشيء أساسي في القانون.

2 - محاولة تطبيق نتائج المنهج التجريبي في مجال العلوم الإنسانية والإجتماعية شيء غير مقبول بإجماع الفقه المعاصر.

3- يترتب على أعمال هذا المنهج إحلال القاضي أراءه ومعتقداته في العدالة محل ذلك المفهوم النسبي المتعارف عليه في ظل نظام قانوني معين.

4- يميل القاضي في ظل نظام هذا المنهج بحكم تكوينه وعواطفه ومعرفته الجيدة لقانونه إلى تفضيل قانونه عن غيره مما يعطي له حظوظاً أوفر في التطبيق على حساب القانون الأجنبي الذي قد يكون أكثر ملاءمة من قانون القاضي.

(118) راجع تحليل موسع لهذا الإتجاه الفقهي. أحمد عبد الحميد عشوش: مرجع سابق، ص 113 وما بعدها.

5 - يكمن غموض هذا المنهج في الإستخفاف بالمراحل التي تسبق تحديد القانون المختص بتصنيف العلاقة القانونية ضمن إحدى الطوائف القانونية وطريقة إسنادها وكيفية إختيار ضابط الإسناد، وهي المسائل الضرورية لحل التنازع قبل التطرق لقواعد القانون الموضوعي المختص. ثانيا: فقه برنار كيري في تنازع المصالح .

فحوى فقه كيري في أن الهدف من أي قاعدة قانونية هو تحقيق سياسة ما، وتطبيق قانون معين يعني وجود مصلحة للدولة التي أصدرته في تطبيقه ومن ثم يصبح تنازع القوانين هو تنازع بين المصالح الحكومية .

ويرى كيري أن كل قاعدة قانونية موضوعية تحدد بنفسها مجال تطبيقها مكانيا في شكل قاعدة تنازع قاصرة مستقرة يتعين البحث عنها، ويميز كيري بين ثلاثة فروض لحل تنازع القوانين:

- 1 - إذا كان لدولة واحدة مصلحة في تطبيق قانونها فيطبق هذا القانون سواء كان قانون القاضي أو قانونا أجنبيا.
 - 2 - في حالة وجود مصلحة في التطبيق لقانون القاضي، ولقانون أو عدة قوانين أجنبية فيطبق قانون القاضي ويستبعد غيره.
 - 3 - إذا كان لقوانين أجنبية مصلحة في حكم النزاع فيطبق قانون القاضي ما لم يثبت شخص آخر وجود فكرة أفضل تقتضي تطبيق أحد القوانين الأجنبية الأخرى.
- غير أن منهج الفقيه كيري تعرض للنقد وكان أهم إنتقاد وجه له يتمثل في:
- 1 - غموض فكرة المصلحة الحكومية وصعوبة تحديدها بوصفها تعبر عن سياسة تشريعية ومن الخطأ إتخاذها كأساس منهجي في التنازع.
 - 2 - يفتقد هذا الضابط لأي طابع موضوعي، فهو ذو طبيعة سياسية متطرفة الغرض منه تغليب أنانية الدول أو فرض مصالحها دون الدول الأخرى.
 - 3 - عجز هذا الفقيه عن تبرير أساس تطبيق قانون القاضي في الفرض الثالث أعلاه مع أنه ليس له مصلحة في التطبيق.

4- أن تكليف القاضي بالبحث عن نية المشرع الأجنبي المستقرة في وجود مصلحة لتطبيق ذلك القانون عمل مرهق يفوق قدرات القاضي بالنظر لما يتطلبه من فهم جيد ومتعمق لذلك القانون وهو ما يخالف ما إستقر عليه الرأي الغالب في طبيعة القانون الأجنبي وطرق إثباته⁽¹¹⁹⁾.

والخلاصة العامة التي يمكن الإنتهاء إليها بشأن المناهج المذكورة سابقا، يتضح من خلالها أن فقهاء كل منهج حاولوا إثبات إستقلالية منهجهم وملاءمته لحكم العلاقات الدولية الخاصة إلا أن كل المناهج المذكورة تتكامل في حلولها لتلك العلاقات بالإستناد إلى بعضها البعض، ومع ذلك لا يزال منهج الإسناد التقليدي الذي رسخته التجربة الإنسانية عبر الزمن وتأسلت قواعده في القانون الوضعي وحاز قبول تطبيقه من طرف القضاء الداخلي والدولي يتربع على حل مشاكل تنازع القوانين ويقف في صدارة مختلف المناهج .

الفصل الثالث

طريقة أعمال قواعد الإسناد

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديددها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات⁽¹²⁰⁾.
عندما يريد القاضي أن يطبق قواعد الإسناد في قانونه تعترضه جملة من الصعوبات مرجعها وجود مسائل أولية من الضروري الحسم فيها بمنظور قانوني معين قبل التطرق إلى التقنية القانونية المعمول بها للفصل في النزاع من ناحية الموضوع، ومرجع هذه الصعوبات هو إختلاف النظم القانونية من بلد لآخر، فقواعد الإسناد وإن كانت تتضمن جملة من طوائف النظم القانونية تتمثل في الأشخاص والأموال والوقائع والتصرفات القانونية، ولكن الحلول المقررة تتوقف على مضمون قاعدة الإسناد وطريقة الإسناد وزمان ومكان تحديدها وهي المسائل المختلف فيها بين النظم القانونية .

⁽¹¹⁹⁾ في جملة الإنتقادات التي وجهت لمنهج الفقيه كيري، راجع ،أحمد عبد الحميد عشوش: مرجع سابق، ص171 وما يليها.

⁽¹²⁰⁾ راجع أحمد عبد الكريم سلامة: الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، جامعة الملك سعود، سنة 1418 هـ ص526.

وراجع في تحليل قواعد التنازع مؤلفه نظام العقد الدولي، مرجع سابق، ص288 .

بالنسبة لمضمون قاعدة الإسناد تثار مشكلة التكييف، مثلا الميراث في البلدان الإسلامية يدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية ويخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، بينما يعتبر في النظم الغربية من الأحوال العينية ويخضع لقانون موقعه إذا كان عقارا، ولقانون موطن المالك إن كان منقولا في بعض الأنظمة أو لقانون موقع تواجده في أنظمة أخرى، كما أن نظام الوقف (الحبس) في الشريعة الإسلامية وغير المعروف في الأنظمة الغربية والعكس بالنسبة لنظام الانفصال الجسماني المقرر في النظم الغربية⁽¹²¹⁾ وغير موجود في الشريعة الإسلامية. إذن في مثل هذه الأمثلة يجب على القاضي أن يحدد طبيعة المسألة محل النزاع ويضعها في طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانونه بصفة أولية قبل إسنادها إلى القانون المختص.

أما بالنسبة لطريقة الإسناد تثار مشكلة الإحالة لأن ضوابط الإسناد ليست دائما واحدة، فالأحوال الشخصية مثلا يتنازع حكمها قانونان، قانون الجنسية وقانون الموطن، ومثالها إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فطبقا لقاعدة التنازع الجزائرية يطبق على النزاع القانون الإنجليزي الذي هو قانون جنسية الشخص، بينما قانون جنسيته يقضي بتطبيق قانون الموطن أي القانون الفرنسي، فهل القاضي الجزائري يأتمر فقط بالحل الذي يقرره القانون الجزائري فيطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، أم يطبق ما تقضي به قاعدة التنازع الإنجليزية بإعتبار القانون الإنجليزي المختص كل لا يتجزأ.

بالإضافة إلى ذلك قد تخضع العلاقات القانونية محل النزاع لنظامين قانونيين مختلفين في وقت واحد، أو بتأثير عنصري الزمان والمكان عليها في وقت نشوئها ووقت المنازعة فيها ومثالها أن شخصا تملك منقولا طبقا لقانون بلد يجيز ذلك، ثم إنتقل هذا المنقول لبلد آخر يشترط قانونه الحيابة في تملك المنقول، في هذا المثال يوجد تنازع مكاني بين القوانين لحكم هذه العلاقة لإشتمالها على عنصر أجنبي عند إنشائها وتنازع زمني بسبب تعاقب قانونين لحكمها في الوقت الذي مر بين إنشائها والتمسك بها أو المنازعة فيها، فهل القاضي الجزائري

(121) أدخل المشرع الجزائري نظام الانفصال الجسماني وخصه بقاعدة إسناد وذلك بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، إذ تنص المادة (2/12) من القانون المدني "..... ويسري على إنحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

عندما يفسر المادة (17) من القانون المدني يأخذ في الإعتبار تعاقب عنصرى الزمان والمكان على هذه العلاقة القانونية؟.

يبدو أن الحلول مختلفة من نظام قانونى لآخر، وهى تتوقف على كيفية تفسير قاعدة التنازع الوطنية من حيث مضمونها وطريقة إسنادها مع الأخذ بالحلول المقررة فى النظم القانونية الأخرى والتنسيق بينها للوصول إلى حلول متكاملة ومرضية وتلافي الحلول التحكيمية التى يغلب عليها الطابع الإرتجالي.

وعلى هذا الأساس يلاحظ أن طريقة إعمال قواعد الإسناد تثير ثلاث مسائل منهجية أولية هى التكيف والإحالة والتنازع المتحرك، والحسم فيها خاضع لطريقة التفسير المعتمدة فى قانون القاضى المطروح أمامه النزاع ومن قبل هذا القاضى.

المبحث الأول

التكيف La Qualification

المطلب الأول

تعريف التكيف وأهميته

هناك تعاريف متعددة ومتنوعة للتكيف ليست واردة على سبيل الحصر يمكن ذكر البعض منها على النحو الآتى:

التكيف هو قيام القاضى بتحديد طبيعة المنازعة المشتملة على عنصر أجنبى وإعطائها الوصف القانونى الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق.

التكيف هو تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر (الفكرة) المسندة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين.

كما يمكن تعريف التكيف بأنه تحديد طبيعة المسألة التى تتنازعها القوانين لوضعها فى طائفة من النظم القانونية لكى يسند حكمها إلى قانون معين .

وعلى ذلك يمكن القول أن التكييف هي مهمة يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع تتمثل في تحديد النص القانوني الموضوعي الواجب التطبيق، ومثالها أن قاضي التحقيق يحدد ما إذا كان سلب مال الغير هو من قبيل السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة، والقاضي المدني يفصل أولاً فيما إذا كان إتفاق الأطراف موضوعه وعد بالبيع أو بيع متوقف على شرط، وهكذا يجب تحديد الطبيعة القانونية لمحل النزاع قبل تطبيق القانون عليه، ويمارس القاضي هذه المهمة بتكييف الوقائع ضمن تفسير أحكام القانون وبالتالي فالتكييف عملية أولية معروفة في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص⁽¹²²⁾.

أما التكييف في القانون الدولي الخاص فهو وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص الذي تشير به قاعدة الإسناد في قانونه. أما أهمية التكييف فإن هذه العملية المتمثلة في التكييف القانوني ليست قاصرة على مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، بل أن عملية تحديد طبيعة النزاع موجودة أيضا في فروع القانون الداخلي .

فأهمية التكييف في القانون الجزائي أو الدعاوى التي تخضع للقانون الجزائي (الإجراءات الجزائية - قانون العقوبات) فلا يستطيع القاضي الذي يسند له التحقيق في قضية ما ألا يقوم بعملية التكييف في الدعاوى التي تحال أمامه للتحقيق فيها رغم وجود تكييفات أخرى للقضية من أطراف أخرى كالمدعي مثلا أو النيابة العامة.

فقاضي التحقيق هو الذي يعطي الوصف القانوني النهائي للنزاع المعروض عليه فيما إذا كان العمل المرتكب تتوافر فيه عناصر العمل المجرم أو غير ذلك، أو أن تكييف هذا الجرم يعد جنحة أو جناية أو مخالفة.

كما أن للتكييف أهمية كبرى في مجال تطبيق قواعد القانون المدني، فالقاضي المعروض أمامه النزاع في العلاقة القانونية المدنية مطالب بإجراء عملية تكييف العلاقة محل النزاع فهو الذي يقرر ما إذا كان الأمر تعلق بعقد بيع أو عقد إيجار أو هبة .

وعلى هذا الأساس تبرز أهمية التكييف في مجال القانون المدني إذ أن إعطاء الوصف القانوني الحقيقي للأمر المعروض على القاضي يعني تحديد النصوص القانونية الواجبة التطبيق، فمثلا إذا

(122) قارن هذا المجال علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص42 وما بعدها .

كان العقد محل النزاع من العقود المدنية وفقا للوصف الذي أعطاه له القاضي فإن ذلك يعني أن القانون المدني هو الذي يحكمها.

غير أن أهمية التكييف تكون أكثر أهمية في مجال القانون الدولي الخاص بالنظر إلى طبيعة قواعد هذا القانون، لأن القاضي المعروض عليه النزاع في مجال تنازع القوانين لا يستطيع أن يسند العلاقة المتنازع بشأنها وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إلى القانون المختص قبل تحديد طبيعتها القانونية بصفة نهائية، لكي يعرف القاضي ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أو الموضوع أو يتعلق بحالة الشخص أو أهليته أو أن الأمر يتعلق بالأحوال العينية، لأن ما يعتبره قانون القاضي مثلا يدخل في الشكل قد يعتبره القانون الآخر يدخل ضمن الموضوع إلى غير ذلك من الاختلافات في تحديد طبيعة النزاع من قانون لآخر، وهو ما يجعل التكييف في القانون الدولي الخاص يبلغ درجة من الأهمية القصوى لا يستطيع القاضي أن يتخطاها إلى مرحلة أخرى موائية لها قبل الإنتهاء من عملية التكييف.

وإختلف فقهاء القانون الدولي الخاص فيما ينصب عليه التكييف في إتجاهين وبالتالي يرى البعض أن التكييف يتعلق بالنظم القانونية، في حين يرى آخرون أنه يتعلق بالعلاقات القانونية وذهب فريق ثالث للقول أن التكييف يتعلق بالوقائع القانونية، وحسب هذه الأراء يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد لطبيعة النظام القانوني، أو تحديد لطبيعة العلاقة القانونية أو تحديد طبيعة القاعدة الموضوعية⁽¹²³⁾.

أما الإتجاه الثاني يرى أن التكييف يتعلق بالوقائع وبالتالي فهو إعطاء الواقعة الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من طوائف النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد . والواقع أن التكييف لا يتقيد بعنصر دون سواه بل يعتمد عليها معا، ومن ثم فإن التكييف ينصب على موضوع النزاع وعليه فهو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإعطائها الوصف القانوني الملائم لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد معينة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين⁽¹²⁴⁾.

(123) راجع في عرض لهذه الأراء كل من: بارتان: المبادئ، ج1، ص233. وعزالدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء

الثاني، دار النهضة العربية 1974، بند 56 .

(124) جابر جاد عبد الرحمن: القانون الدولي الخاص العربي: الجزء الثالث، مجلد1، بند 51 وراجع أيضا: بلمامي عمر: نظرية

التكييف في القانون الدولي الخاص (رسالة دكتوراه) ص 108 .

المطلب الثاني نشأة نظرية التكييف.

ظهرت فكرة التكييف لأول مرة في الفقه الألماني على يد الفقيه كاهن KAHN في القرن التاسع عشر وذلك من خلال مناقشته لبعض الأفكار القانونية نشرت عام 1891، فهذا الفقيه هو أول من ناقش فكرة التكييف الكامن والتنازع المستتر وكان ذلك بمناسبة بحثه عن طبيعة الروابط القانونية. ثم جاء بعده الفقيه الفرنسي إيتان بارتان BARTIN الذي يعود له الفضل في إبراز فكرة التكييف وطورها إلى أن أصبحت نظرية محددة المعالم وذلك عام 1897 عندما ناقش الفكرة تحت عنوان الوصول إلى الحل النهائي لتنازع القوانين ثم أطلق إصطلاح التكييف LA QUALIFICATION على هذه المشكلة.

فالفقيه بارتان هو من لاحظ بأن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة ضمنية دون أن يصرح بها. ومن ضمن القضايا التي إعتدها خلال دراسته وتحليله وإستخلاصه لفكرة التكييف قضية وصية الهولندي، وقضية ميراث المالطي، وقضية زواج أجدن.

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من التكييف .

نتعرض إلى بعض القضايا التقليدية المعروفة في القانون الدولي الخاص التي فصل فيها القضاء الفرنسي لإستجلاء الصعوبات التي تواجه القاضي في التكييف وما هو موقفه من حلها؟. أولاً: قضية وصية الهولندي.

ووقائعها أن هولنديا مقيما بفرنسا كان قد حرر فيها وصية بخط يده طبقا لأحكام المادة (999) من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان في الخارج أن يبرم وصية موقعا عليها بخط يده، وبمفهوم المخالفة يجيز القضاء والفقه الفرنسيان للأجانب الموجودين في فرنسا إجراء وصاياهم في ذات الشكل. ولما توفي الموصي الهولندي طعن الورثة في صحة الوصية بالبطلان تأسيسا على المادة (992) من القانون المدني الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا مقيمين في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل العرفي، وتعتبر إجراء الوصية في الشكل الرسمي مسألة مكملة للأهلية تتعلق بحماية الموصي.

ولما عرض النزاع أمام محكمة أورليان⁽¹²⁵⁾ وجدت نفسها أمام مشكلة متعلقة بالتكييف تدور حول طبيعة النزاع، هل هو خاص بالشكل الخارجي فتخضعه لقاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية ومن ثم إسناده لقانون محل إبرامه (القانون الفرنسي) وتقضي بصحة الوصي أو هو متعلق بالشكل المكمل للأهلية الذي يلحق بحكم الأهلية وعندها يسري عليه قانون جنسية الموصي (القانون الهولندي) طبقا لقاعدة التنازع في القانون الفرنسي التي تسند مثل هذه القضية لقانون الجنسية مما يؤدي إلى الحكم ببطلان الوصية طبقا للمادة (992) مدني هولندي، إذن الإشكال المطروح يتعلق بتحديد القانون الذي يخضع له التكييف، إذا طبقت المحكمة القانون الفرنسي بإعتباره قانون القاضي فهو يعتبر المسألة متعلقة بالشكل الخارجي وأن كتابة الوصية عملا بالمادة (999) مدني فرنسي القصد منه هو مجرد تيسير إثباتها فقط أما إذا أخذت بتكييف القانون الهولندي فسوف تنتهي إلى أن موضوع النزاع يتعلق (بالشكل المطلوب لتحريير الوصية) أي يتعلق بالشكل المكمل للأهلية لأن حظر إجراء الوصية في الشكل العرفي يقصد به القانون الهولندي حماية الوطنيين حتى لا ينقادوا بسهولة تحت تأثير بعض الظروف العارضة للتبرع بأموالهم من غير تبصر.

ولكن المحكمة إنتهت في الأخير إلى ترجيح وجهة النظر الأولى وكيفت النزاع على ضوء أحكام القانون الفرنسي فقضت بصحة الوصية، ولو فرضنا أن النزاع عرض على قاضي بلد آخر يتفق قانونه مع القانون الهولندي لقضى بغير ما إنتهى إليه القاضي الفرنسي⁽¹²⁶⁾.
ثانيا: قضية ميراث المالطي .

وقد فصلت في هذه القضية محكمة إستئناف الجزائر بتاريخ 24 سبتمبر 1889 وتتلخص وقائعها في أن زواجا تم بمالطا بين مالطين طبقا للقانون المالطي، ثم هجر الزوجان إلى الجزائر وأقاما فيها، وتملك الزوج عقارا بها. بعد وفاته في الجزائر طالبت زوجته بحقها فيما تركه زوجها الذي خوله لها القانون المالطي، هذا الحق يعرف بإسم الزوج الفقير أو البائس LA QUARTE DU CONJOINT PAUVRE وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي كان في ذلك الوقت لا يعطي للزوجة إلا الحق في قسمة الأموال المشتركة وحقها في إسترداد أموالها الخاصة، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي والقانون الفرنسي

(125) محكمة أورليان في 04 أوت 1857، مجلة سيريه، 1860، 2، 32 .

(126) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص 102 - 103 .

فالمسألة تتعلق بتحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، هل يكيف هذا الحق على أنه جزء من الميراث فيطبق عليه القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد فيه (قانون موقع العقار) ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق المطالب به، أم يكيف على أنه حق لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة الزوج وبعد منفعة زوجية فضلا عن الميراث وعلى ذلك يدخل هذا النصيب في النظام المالي للزوجين الذي يخضع للقانون المالي بإعتباره القانون الخاص بنظام أموال الزوجين، وفي الأخير المحكمة كيفت الحق المطالب به طبقا للقانون الفرنسي (قانون القاضي) على أنه جزء من الميراث ورفضت بذلك طلب الزوجة على أساس أن القانون الفرنسي لا يعترف للزوجة بهذا الحق وبالتالي رفض دعوى الزوجة⁽¹²⁷⁾.

ثالثا: قضية أجدن .

وقائع هذه القضية أن فرنسا قاصرا تزوج بأنجليزية في إنجلترا دون حصوله على إذن من والديه، ولما عاد إلى فرنسا طالب أمام القضاء الفرنسي بإبطال الزواج للسبب المذكور فأبطله القضاء الفرنسي، ثم تزوج ثانية كما تزوجت زوجته الإنجليزية (السابقة) من زوج إنجليزي وعندما علم هذا الأخير سبق زواجها بالفرنسي طالب أمام المحاكم الإنجليزية ببطان الزواج الثاني منها لتعدد الأزواج، فقضت محكمة الإستئناف الإنجليزي سنة 1908 ببطلانه وإعتبار زواج الإنجليزية من الفرنسي صحيحا. إذن أصبحنا أمام حكمين متعارضين والسبب راجع إلى التكيف وإختلاف مفهومه في القانون الفرنسي عنه في القانون الإنجليزي، ففي القانون الفرنسي يعتبر رضا الأولياء من الأشكال المحكمة للأهلية وبالتالي يخضع لقانون الجنسية وهو القانون الفرنسي، بينما يعتبر في القانون الإنجليزي من الأشكال الخارجية ويخضع لقاعدة لو كيس (قانون محل الإبرام) وهو القانون الإنجليزي، وعلى ذلك عندما عرضت القضية أمام المحاكم الفرنسية كيفت النزاع بأنه يتعلق بالأهلية وطبقت عليه القانون الفرنسي (قانون الجنسية) ولكن لو كيفته طبقا للقانون الإنجليزي وإعتبرت رضا الأولياء من الأشكال الخارجية وطبقت قاعدة لو كيس لأعتبرت الزواج صحيحا، والعكس بالعكس بالنسبة لموقف القضاء الإنجليزي.

الفرع الثاني: موقف الفقه من التكيف .

إختلف الفقهاء في تعيين القانون الذي يخضع له التكيف، فالبعض يرى أن التكيف يخضع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وذهب الرأي الغالب إلى إسناده لقانون القاضي، في حين

(127) راجع تفاصيل هذه القضية في مجلة كلينيه Clunet، 1891، ص 171 .

إقترح فريق ثالث الجمع بين القانونيين وقال فريق رابع بإخضاع التكييف للمبادئ العامة في القانون المقارن.

أولاً: إخضاع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع .

نادى بهذا الرأي كل من الفقيه ديبيانیه DESPAGNET في فرنسا وأيده باكسيوني PACCIONI في إيطاليا وولف WOLF في ألمانيا، وحجة هذا الفريق في ذلك أنه إذا أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى تطبيق قانون معين على علاقة قانونية وجب تطبيق هذا القانون، لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة به وفي حالة عدم الأخذ بوجهة نظره فسوف تشوه العلاقة موضوع النزاع، ويخلع عليها طبيعة تخالف ما هو مقرر لها وتكون النتيجة هي إما تطبيق القانون الأجنبي على علاقة هو غير مختص بحكمها، وإما أن يعطل عن التطبيق حيث كان يجب أن يطبق.

ففي وصية الهولندي لو كيف القاضي إجراء الوصية في الشكل العرفي بأنه يتعلق بالأهلية وحماية الموصي لطبق القانون الهولندي ولقضى ببطانها، أما أنه إكتفى بإعتبار كتابة الوصية شرطاً لإثباتها ولا تمس الموضوع وهذا طبقاً للقانون الفرنسي لذلك أجازها على أساس أن شكل التصرفات يخضع لقانون بلد إبرامه.

غير أن هذا الرأي أنتقد لما يشتمل عليه من فساد ومصادرة على المطلوب حينما إفترض مسبقاً إختصاص قانون معين لحكم النزاع مع أن إختصاصه قبل إجراء التكييف إحتمالي فقط ما دام أن القانون المختص تتوقف معرفته على نتيجة التكييف، وبما أن التكييف لم يحصل بعد لذلك يبقى تعيين القانون المختص غير مؤكد بعد.

كما أن أعمال هذه النظرية يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة مثلاً في وصية الهولندي النزاع منصب حول مسألة مختلف في طبيعتها، ما هي الحكمة من منع إجراء الوصية في الشكل العرفي؟. هل المسألة خاصة بالأهلية أو بالشكل؟ أي قانون يكيف هذا المنع هل هو قانون الأهلية أي قانون الجنسية أو قانون الشكل في القانون المحلي؟. إذا تم تفضيل أحد القوانين على الآخر أمكن التساؤل لما لم نأخذ بالقانون الآخر.

وهناك إنتقاد آخر مستمد من طبيعة قواعد التنازع فهذه القواعد هي قواعد وطنية بحتة ولا يعقل تنازل المشرع الوطني لفائدة القانون الأجنبي لتحديد مجال تطبيقها. فعندما ينص المشرع أن الميراث يخضع لقانون جنسية المورث أو أن الشكل يحكمه قانون محل الإبرام فهو يقصد

بالميراث أو الشكل مفهومهما طبقا للقانون الوطني وحسب التصور الذي يعطيه لهما لا كما يحدده قانون جنسية المورث في الحالة الأولى أو قانون محل الإبرام في الحالة الثانية. ويرى أيضا بعض الفقهاء⁽¹²⁸⁾ أن هذا الرأي لا يستقيم معه مقتضى المنطق القانوني حين تتوزع نقاط تركيز العلاقة القانونية بين عدة قوانين فتركيز العقد خاضع لنقاط إرتكاز مادية متنوعة قد تكون موزعة بين عدة أقاليم إذ يتطلب الأمر تحديد نقاط التركيز الرئيسية، وفي هذه الحالة ليس هناك أي قانون مختص مسبقا مما يستوجب تدخل قانون القاضي لإعطاء التوجيهات عن طريق التكييف.

ثانيا: إخضاع التكييف لقانون القاضي.

تبنى هذا الرأي جل الفقهاء في القانون المقارن وعلى رأسهم الفقيهان بارتان وكاهن وأوردوا جملة من الحجج تتمثل في الآتي:

حجة الأستاذ بارتان الذي يرى أن التنازع بين القوانين هو تنازع بين السیادات، ولا يتصور أن يتنازل المشرع عن التكييف لصالح قانون أجنبي، فبيان طبيعة المسألة التي تحكمها قاعدة الإسناد هو بيان لهذه القاعدة ذاتها، ومادامت القاعدة من صنع المشرع فإن بيان تفسيرها يخضع لقانون القاضي، ومن ثم يجب أن يخضع التكييف إلى قانون القاضي كقاعدة عامة، وعلى ذلك فإن التكييف هو تفسير لقواعد الإسناد لا غير وعلى القاضي أن يفسر قواعد الإسناد في قانونه وطبقا لهذا القانون أيضا، وبهذه المثابة فإنه العدالة تقتضي أن يكون القانون الخاص بالتكييف قانونا واحدا وهذا لن يتأتى إلا بالأخذ بقانون القاضي لإعتبار هام وهو أنه في حالة تنازع عدة قوانين ليس من ضمنها قانون القاضي فيجب الإحتكام لهذا القانون طالما أن النزاع رفع أمام محكمة.

وإذا خلصنا إلى هذه الحقيقة تعين علينا أن نشير إلى أن إختصاص قانون القاضي يرد عليه تحفظ هام وجملة من الإستثناءات.

فالتحفظ هو أن إختصاص قانون القاضي يتوقف على التكييف الضروري لتحديد قاعدة الإسناد ويسمى بتكييف الإختصاص، أما التكييفات اللاحقة أو المكملة فينفرد بها القانون المختص فعلى سبيل المثال يتوقف دور قانون القاضي عند تكييف النزاع بأنه يتعلق بالأهلية، أما التكييفات اللاحقة الخاصة بسن الرشد والتميز بين أهلية التصرف وأهلية الأداء، ومن هو القاصر والبالغ؟.

(128) راجع محند إسعد: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 185 .

وما هي عوارض الأهلية فيحدددها القانون الأجنبي أي قانون جنسية أو موطن الشخص المعني الطرف في النزاع.

وأما الإستثناءات فتتمثل في:

1 - بالنسبة لتكييف المال وتحديد صفته من حيث كونه عقارا أو منقولا، وتحديد طبيعة الحقوق التي يمكن أن تترتب عليه فيخضع لقانون موقعه إن كان عقارا ولقانون مكان تواجده وقت تحقق السبب إن كان منقولا وليس لقانون القاضي (129).

2 - أن تكييف الفعل الضار هل هو مشروع أو غير مشروع، وإذا كان غير مشروع فهل يترتب المسؤولية المدنية أو المسؤولية الجزائية يخضع لقانون المكان الذي وقع الفعل الضار في إقليميه، لأن إختصاص هذا القانون من النظام العام (130).

3 - إذا تعلق محل النزاع بنظام قانوني غير معروف في قانون القاضي كنظام الانفصال الجسماني وهو نظام غير معروف في القوانين العربية وجب أن يخضع التكييف للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام وإلا شوهدت الطبيعة القانونية لمحل النزاع.

4 - عند وجود معاهدة دولية تقضي بإخضاع التكييف لقانون أجنبي وجب العمل بهذا القانون إحتراما للمعاهدة الدولية (131).

ثالثا: إخضاع التكييف لقانون القاضي والقانون الأجنبي معا.

ويتم التوصل إلى هذا الحل في رأي بعض الفقهاء بإجراء تكييفين متلاحقين، تكييف يتم طبقا لقانون القاضي، وبموجبه يتحدد التعريف العام للمجرد للعلاقة القانونية كي تتبين قاعدة الإسناد التي تحكمها وتكييف يوصف بالثانوي يجري وفقا للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع في قانون القاضي.

وفي رأي البعض الآخر من الفقهاء يجري تكييفان وإسنادان على وجه التعاقب، تكييف وإسناد مؤقتان طبقا لقانون القاضي وتكييف طبقا للقانون الأجنبي المختص يلحق به إسناد نهائي طبقا

(129) المادة (17) من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يخضع تكييف المال سواء (الأصح ما إذا كان) عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

(130) تنص المادة (20) من القانون المدني الجزائري على "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام.....".

(131) تنص المادة (150) من الدستور الجزائري لسنة 2016 على: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون". وتنص المادة (21) من القانون المدني الجزائري: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

لقانون القاضي، ولو أن هذا الرأي حاول تلافي الإنتقادات الموجهة للرأيين الأول والثاني، إلا أن تطبيقه ينطوي على جملة من الصعوبات وبشويه الغموض ومع ذلك لا يمكن تجاهل الأفكار المهمة التي يقوم عليها، إذا كان التكييف مبدئياً يتم طبقاً لقانون القاضي، ولكن للقانون الأجنبي دوره في تنازع التكييفات لاسيما بالنسبة للنظم التي لا يعرفها قانون القاضي.

أن التكييف يمر بمرحلتين، مرحلة تحضيرية يحصل فيها تحديد وصف المسألة طبقاً للقانون الأجنبي ولو أن نتيجته تبقى من حيث التصنيف مستبعدة، ومرحلة الفصل في طبيعة المسألة وتتم حسب المفاهيم القانونية المقررة في قانون القاضي، والمعروف أن من مهام القانون الدولي الخاص التنسيق وتوزيع الأدوار بين الأنظمة القانونية المختلفة.

رابعاً: إجراء التكييف وفقاً للقانون المقارن.

نادى بهذا الرأي الفقيه الألماني رابل RABEL ويستند في تبريره إلى أن قواعد الإسناد تهم العلاقات الدولية، وأن تحديد الأوصاف القانونية التي تضمها يجب توحيدها بإعتماد الأفكار العالمية المجردة السائدة في القانون المقارن، لذا ينبغي أن يكون الوصف القانون الذي تتضمنه الفكرة المسندة هو الفكرة المجردة لذلك النظام القانوني المعمول به عالمياً بمقارنة قوانين الدول المختلفة وليس هو النظام المقرر في هذا القانون أو ذلك.

وإن كان هذا الرأي يهدف إلى تحقيق مثل عليا توحيداً للمفاهيم القانونية الأساسية التي تعد أسساً للعلاقات الدولية الخاصة ومن شأنه القضاء على مشكل تنازع التكييفات بتوحيد المفاهيم القانونية للقياسات المسندة، إلا أنه رأي بعيد المنال والتحقق من الناحية العملية في الوقت الراهن حيث أصبحت دراسة مسائل القانون الدولي الخاص دراسة وطنية أكثر منها دراسة عالمية.

الفرع الثالث: موقف التشريع من التكييف.

إذا كانت قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي مستقرة فقها وقضاء وتشريعاً وتبينتها أغلب الدول الأوروبية والأنجلوسكسونية ونصت عليها بعض المعاهدات الدولية في القانون الدولي الخاص إلا أن هناك بعض الدول كالإيونان وألمانيا وإيطاليا أغفلت النص عليها معتبرة التكييف من قبيل التفسير الذي يتولاه القاضي الوطني .

أما بالنسبة للدول العربية فقد نصت على التكييف وأخضعت له لقانون القاضي⁽¹³²⁾ فجاء في المادة (09) من القانون المدني الجزائري ما يلي: "أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق".

إلا أنه يمكن أن نسجل بعض الملاحظات في هذا المجال:

أولاً: المراد بقانون القاضي الذي يخضع له التكييف هو النظام القانوني في دولة القاضي برمته ومفاهيمه الأساسية لأنواع العلاقات القانونية كالأحوال الشخصية والأموال والشكل والإلتزامات التعاقدية، وغير التعاقدية ومن ثم لا ينبغي التقيد بالشروط التفصيلية والجزئيات المقررة في قانون الموضوع.

ثانياً: النص على أن الشريعة الإسلامية مصدر للقانون في الدول العربية مع الإختلاف في ترتيبها عامل مهم في توحيد التكييف في القوانين العربية، ولا يقتصر الأمر على الأحوال الشخصية بإعتبارها الشريعة العامة والمصدر الأساسي وإنما جميع أنواع العلاقات المالية الأخرى.

ثالثاً: المراد بالتكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو التكييف الأول الضروري لتعيين قاعدة الإسناد المطبقة في قانون القاضي وعندما يتعين القانون المختص فإذا كان هو قانون القاضي فيرجع إلى النصوص الموضوعية ومن ثم يرجع إليه في كل ما يخص التكييفات الثلاثة .

رابعاً: بالنسبة للقانون الجزائري لم يتضح من خلال المادة (09) من القانون المدني والنصوص المماثلة لها في القوانين العربية، ما إذا كانت القوانين العربية أخذت بنظرية بارتان بكالمها مضمونا وإستثناءات أم أن الإستثناءات التي أوردتها بارتان مستبعدة.

خامساً: إن كان قانون القاضي هو المرجع في التكييف ولكن بالنسبة للعلاقات القانونية غير المعروفة في قانون القاضي المفروض أن يرجع فيها للقانون الأجنبي المختص حتى لا تشوه طبيعة موضوع النزاع، هذا التحفظ غير وارد بالرغم من أهميته ومثالها نظام الإنفصال الجسماني قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 .

(132) راجع في ذلك: المادة (10) مدني مصري، المادة (10) مدني ليبي، المادة (11) مدني سوري، المادة (17) فقرة 1 مدني عراقي، المادة

(11) مدني أردني، المادة (10) من القانون رقم 5 لسنة 1985 بدولة الإمارات العربية المتحدة المادة (31) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، المادة (23) من القانون المدني اليمني، كما تبني هذا الرأي جل الفقهاء العرب،

مشار إلى ذلك في: الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 110 - 111 .

المبحث الثاني

الإحالة

المطلب الأول

تعريف الإحالة

الإحالة هي قبول تطبيق القانون الذي يشير وبديل عليه القانون المختص في قواعد إسناده من طرف القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقات ذات العنصر الأجنبي. إذ أن خصوصية قواعد الإسناد باعتبارها تمثل أنظمة وطنية لتنازع القوانين، والتنازع حاصل مهما كان نوع قاعدة الإسناد فردية أو مزدوجة، فقاعدة الإسناد الفردية هي التي تعين إختصاص القانون الوطني ومثالها التعيين الذي جاءت به المادة (10) من القانون المدني الجزائري التي تنص بأن القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم تسري على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، وبموجب التعديل الذي جاء به القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 الذي يعدل ويتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني فإن نص المادة (10) الجديد تقضي بأنه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.....".

وفي هذه الحالة فإن النص القديم للمادة (10) من القانون المدني الجزائري كان نصا خاص يقضي بخضوع الجزائريين فيما يخص أهليتهم وحالتهم المدنية ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية للقانون الجزائري، ولم يبين نص المادة (10) من القانون الواجب التطبيق على الأجانب وهذا هو الموقف الذي أراد المشرع من خلال التعديل السالف الذكر أن يتداركه بصيغة النص الجديد صياغة عامة وشاملة دون تحديد للقانون الذي تخضع له أهلية الأشخاص وحالتهم المدنية بما فيهم الجزائريين، وإكتفى بأن القانون المختص هو قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

أما قاعدة الإسناد المزدوجة فهي تضع ضابطا متعديا يحدد بموجبه متى يطبق القانون الوطني؟ ومتى يطبق القانون الأجنبي؟ ومثالها نص المادة (11) مدني التي تنص على أن الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين بمعنى أن الشروط الموضوعية الخاصة بالزواج يطبق عليها قانون جنسية كل من الزوجين إذا اختلفا جنسية، أي أن الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج بالنسبة للزوج يطبق عليها قانون

جنسيته عند إبرام عقد الزواج، والشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج بالنسبة للزوجة يطبق عليها قانون جنسيتها، وبديهي أنه في حالة إتحاد جنسية الزوجين عند إبرام العقد فإن الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج تخضع لقانون الجنسية المشتركة.

وكذلك نفس الشيء بالنسبة للمادة (16) مدني التي تسند حكم الميراث وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع إلى قانون جنسية الهالك أو الموصي وقت وفاته، مع الإشارة أن نص المادة (16) المعدل بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 حدد القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات في شقها الموضوعي دون الشكل، في حين أن النص القديم أخضع الجانب الموضوعي في هذا التصرف إلى قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، وأخضع شكل الوصية إلى قانون جنسية الموصي وقت الإصاء وقانون البلد الذي تمت فيه الوصية (قاعدة لوكيس) وعمم هذا الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

ويفهم من نص المادة (16) الجديد أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته دون الإشارة إلى القانون الذي يخضع له في جانبه الشكلي ويفهم من ذلك تطبيق القاعدة العامة بخصوص إسناد شكل التصرف لقانون البلد الذي تم فيه التصرف.

هاتان المادتان (11 - 16) من القانون المدني تقضيان بأن الجزائريين يسري عليهم القانون الجزائري فيما يخص الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج وكذلك فيما يخص وصاياهم وميراثهم ونفس الشيء بالنسبة للأجانب يخضعون لقانون جنسيتهم ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية .

وتتازع القوانين يأخذ إحدى الصورتين: إما تتازع إيجابي وإما تتازع سلبي.
فالتتازع الإيجابي يحصل عندما تتمسك كل من قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة باختصاصها، ومثالها أن يتصرف جزائري مقيم بإنجلترا في شأن يتعلق بأهليته أو ميراثه عدا العقار منها، فالقانون الإنجليزي يتمسك باختصاصه طبقا لقواعد التنازع الإنجليزية التي تنيط حكم الأهلية والميراث لقانون الموطن، والقانون الجزائري مختص أيضا طبقا للمادة (10) من القانون المدني بإعتباره قانون جنسية الشخص المعني وهي صورة من الصور التي تجسد التنازع الإيجابي.

ومثالها أيضا التنازع بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي في شأن ميراث منقول تعود ملكيته لجزائري متوطن ومتوفي بفرنسا، فالقانون الجزائري يتمسك بإختصاصه طبقا للمادة (16) من القانون المدني بإعتباره قانون جنسية المورث حتى وإن كان الجزائري متوطن بفرنسا و بها توفي، والقانون الفرنسي مختص أيضا طبقا لقواعد التنازع في القانون الفرنسي التي تطبق على الميراث المنقول قانون آخر موطن للهالك أي القانون الفرنسي بإعتبار أن الهالك كان آخر موطن له هو فرنسا، وعليه فالأمر يتوقف على الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع التي تتمسك بتطبيق قانونها الوطني.

أما التنازع السلبي فيحصل عندما يعلن كل من القانونين، قانون القاضي المعروض أمامه النزاع والقانون الأجنبي المختص طبقا لقواعد التنازع في قانون القاضي عدم إختصاصه ومثال ذلك أن النزاع منصب حول تصرف إنجليزي متوطن في الجزائر في شأن يتعلق بحالته أو أهليته فنجد أن قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي تقضي بإخضاع أهلية الشخص لقانون الموطن الذي يقيم به وفي هذا المثال القانون الجزائري، ومن ثم القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي، في حين تقضي قواعد التنازع الجزائرية بإسناد الأهلية لقانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي، وعليه فإن كلا القانونين يتخلى عن الإختصاص التشريعي وعلى ذلك نستنتج أن الإحالة تكون في حالة التنازع السلبي دون التنازع الإيجابي.

المطلب الثاني

صور الإحالة

أثارت الإحالة جدلا في القانون الدولي الخاص، فشغلت بال الفقهاء وأحدثت إنقسامًا في الإجتهد القضائي والأنظمة التشريعية.

للإحالة صورتان، إحالة من الدرجة الأولى وإحالة من الدرجة الثانية، فصورة الإحالة من الدرجة الأولى هي حينما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى قانون أجنبي فيحيل هذا الأخير برد الإختصاص لقانون القاضي مرة أخرى، ومثال ذلك إحالة القانون الفرنسي على القانون الجزائري الإختصاص في شأن ميراث منقول لفرنسي متوطن بالجزائر فبعد أن ثبت إختصاص القانون الفرنسي في أول الأمر عندما عرض النزاع على القاضي الجزائري عملا بما تقضي به قاعدة التنازع الجزائرية في شأن الميراث أحال القانون الأجنبي

المختص طبقا لقاعدة التنازع الجزائرية(وهو القانون الفرنسي بإعتباره قانون الجنسية) الإختصاص من جديد إلى القانون الجزائري، ويسمى الفقه هذه الصورة من الإحالة بالإحالة الضرورية، أو الإحالة من الدرجة الأولى.

أما صورة الإحالة من الدرجة الثانية ويسمىها البعض الإحالة المطلقة ومضمونها أن يحيل القانون المختص طبقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون آخر أي قانون ثالث ليس قانون القاضي ومثالها أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية أمريكي متوطن بإنجلترا فقاعدة التنازع الجزائرية تسند العلاقة القانونية إلى القانون الأمريكي بإعتباره قانون الجنسية والقانون الأمريكي يرفض الإختصاص ويسنده للقانون الإنجليزي طبقا لقاعدة التنازع في القانون الأمريكي التي تسند الأهلية لقانون الموطن والموطن هو إنجلترا والتي يقبل قانونها الإختصاص بإعتبار أن القانون الإنجليزي يخضع مسائل الأهلية لقانون الموطن.

ومثال ثاني أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول ميراث يتمثل في أموال توفي عنها إنجليزي متوطن في إيطاليا، فتقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتعيين القانون الإنجليزي بإعتباره قانون الجنسية الذي يحيل بدوره الإختصاص إلى القانون الإيطالي لكونه قانون الموطن طبقا لقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي، والقانون الإيطالي يعتمد الجنسية كضابط إسناد في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها الميراث، ومن ثم يسند الإختصاص إلى القانون الإنجليزي، ومن جديد تبقى الواقعة القانونية تدور في حلقة مفرغة، ومنه نسأل عن الحل خاصة في ظل عدم معالجة مثل هذه الحالات في قواعد التنازع الداخلية، يصبح الأمر ضروري معالجته بموجب إتفاقية دولية تحدد القانون المختص إن أمكن فالقانون الواجب التطبيق على الإحالة من الدرجة الثانية التي يمكن وصفها بالإحالة السلبية .

المطلب الثالث

موقف القضاء من الإحالة.

ظهرت الإحالة أول مرة قضائيا في قضية فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 1878/06 والتي عرفت بقضية (فورجو FORGO)⁽¹³³⁾، وتتمثل وقائعها في أن فورجو ولد غير شرعي (طبيعي) ولد بإقليم بفاريا في ألمانيا ودخلت به أمه إلى فرنسا وهو لا يزال صغير دون

(133) راجع تفاصيل هذه القضية في: محند إسعاد: مرجع سابق، ص 195 .

بلوغ سن الرشد وأقامت به هناك إقامة فعلية دون أن تحصل على الترخيص الإداري الذي كان يشترطه القانون الفرنسي للتوطن القانوني وهما لم يتحصلا عليه⁽¹³⁴⁾، تزوج فورجو من فرنسية ثرية توفيت وتركت له ثروة من أموال منقولة هامة، بعدها توفي فورجو بفرنسا دون أن يترك ورثة مباشرين وكان القانون الفرنسي في ذلك الوقت لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه وأولاده وإخوانه فقط⁽¹³⁵⁾.

إستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثروة بإعتبارها ثروة بدون وارث، وبلغ مسامح حواشي فورجو من عائلة أمه بالثروة التي إستولت عليها مصلحة أملاك الدولة الفرنسية فطالبوا بالميراث مستندين في ذلك إلى قواعد القانون البفاري الداخلية (دون قواعد التنازع) التي تسوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير شرعي بالنسبة لمن لهم الحق في ميراثه فقضت محكمة إستئناف (بو PEAU) برفض طلبهم في 1874/03/11 على أساس أن فورجو متوطن بفرنسا وبالتالي يسري على ميراث أمواله المنقولة القانون الفرنسي بإعتبار أن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع حكم الميراث المنقول إلى قانون آخر موطن للهالك وبالتالي إختصاص القانون الفرنسي الذي يقضي بحرمانهم من الميراث، فطعن الحواشي في الحكم أمام محكمة النقض التي نقضت الحكم على أساس أن فورجو لم يكن متوطنا بفرنسا وإن الحكم أخطأ في التقدير ما دام أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن القانوني، ومن ثم يكون موطنه القانوني هو بفاريا ويطبق عليه القانون البفاري، وأحالة القضية إلى محكمة إستئناف بورجو التي حكمت لصالح الحواشي طبقا لقواعد القانون البفاري الداخلية، فطعن مصلحة أملاك الدولة في هذا الحكم مدعية أن القانون البفاري يسوي في الميراث بين الموطن القانوني والموطن الفعلي فنقضته محكمة النقض مرة أخرى في 1878/06/24 لأن الحكم طبق مباشرة القواعد الداخلية في القانون البفاري دون الرجوع إلى قواعد التنازع فيه التي تحيل بالنسبة للميراث المنقول إلى قانون موطن الهالك الفعلي وهو القانون الفرنسي، وأحالة القضية مرة أخرى إلى محكمة إستئناف تولوز التي قضت في 1880/05/22 بما أشارت به محكمة النقض، فطعن الورثة مرة أخرى بالنقض في هذا الحكم لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البفاري دون قواعده الداخلية، إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن في

(134) المادة (13) من القانون المدني الفرنسي وقد ألغيت بقانون 10 أوت 1927 .

(135) لقد تم إلغاء هذا التمييز بين الولد الشرعي والولد غير شرعي وكان ذلك بموجب قانون 03 جانفي 1972 الذي عدل المادتين

757 - 758 من قانون المدني الفرنسي.

1887/02/22 دون التصريح بالإحالة وقبلت إحالة القانون البفاري على القانون الفرنسي وطبقت القانون الفرنسي.

ولكن يلاحظ على حلول القضاء الفرنسي في الإحالة أنه يجعل منها مطية لحلول سياسة مراعية في ذلك المصلحة الوطنية الفرنسية على حساب القواعد القانونية.

المطلب الرابع

موقف الفقه من الإحالة.

أثارت نظرية الإحالة جدلاً فقهيًا أحدث إنقسامًا بين الفقهاء، بين مؤيدين لها على إطلاقها ومؤيدين إذا كانت في صورة رجوع لقانون القاضي (إحالة على قانون القاضي) وبين معارضين لها مقترحين بدائل عنها تؤدي إلى نفس نتائجها وتنتزق لكل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: أنصار الإحالة .

يذهب الفقه التقليدي المناصر للإحالة إلى القول بأنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانونا أجنبيا ليحكم النزاع المطروح على القاضي الوطني فإنه يتعين على هذا الأخير أن يبدأ بإستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ليكشف عما إذا كانت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تعترف بالإختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختار ليطبق على موضوع النزاع، أم أنها ترفض منحه الإختصاص وتشير إلى قانون أجنبي آخر ليحكم المسألة المعروضة على القاضي.

ويستند الفقه المناصر للإحالة على الحجج التالية:

1- ينبغي الأخذ بفكرة الإسناد الإجمالي، ويعني ذلك أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون ككل لا يتجزأ ولا مبرر للتمييز بين قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه وإنما الأخذ بقواعده الموضوعية وقواعد الإسناد في القانون وذلك بموجب إحترام البناء القانوني في هذا القانون.

وإحتراما لفكرة الإسناد الإجمالي يتعين على القاضي المطروح أمامه النزاع إذا ما أشارت قاعدة إسناده بإختصاص قانون أجنبي أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون، فإذا ما

أشارت هذه القواعد بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي طبقه وإلا إمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي، والقول بغير ذلك أي بإعمال القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي حتى لو لم تشير قواعد الإسناد الأجنبية بتطبيق هذا القانون، يعني تطبيق هذا القانون في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالإختصاص لنفسه وهو ما يتضمن إهدار لإرادة المشرع الأجنبي.

2 - تركز الإحالة على فكرة تناسق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية، فإعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي من شأن ذلك أن يؤدي إلى أن يفصل في النزاع بذات الطريقة التي كان سيفصل بها القاضي الأجنبي لو أن الدعوى رفعت أمامه وهو ما يؤدي إلى وحدة الحلول بين الدول المتصلة بالعلاقة إذ سيظل الحل واحدا أيا كانت المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى سواء كانت المحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية.

والتناسق في الحلول يؤدي إلى نتيجة بالغة الأهمية على صعيد تنفيذ الأحكام الأجنبية إذ تشترط بعض الدول من أجل الإعراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه أن يكون هذا الحكم قد طبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المعمول بها في قانون القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي، وهذا الشرط سيكون متحققا في واقعة الحال إذا تم إعمال الإحالة، أي إذا قام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالقاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم.

3 - أن قبول الإحالة يتماشى مع المبادئ العامة السائدة في إطار القانون الدولي الخاص التي تغلب النزعة الوطنية بشأن حل تنازع القوانين، فقبول الإحالة من الدرجة الأولى (الإحالة الدائرية) ما هو إلا مجرد تعبير عن النزعة الوطنية وتأكيد لها حيث يقوم القاضي بإعمال قواعد قانون القاضي الذي يعرفه أكثر من غيره.

وعلى الرغم من وجهة هذه الحجج التي تمسك بها أنصار الإحالة فإن الفقه الرافض للإحالة تصدى لها مبينا العديد من أوجه القصور فيها.

الفرع الثاني: معارضوا الإحالة.

ينطلق الفقه الرافض للإحالة من مقدمة أساسية تتمثل في أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي (قاعدة الإسناد الوطنية) إلى تطبيق قانون أجنبي فإن هذه الإشارة تخص القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وحدها دون الأخذ بعين الإعتبار بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

وفي سبيل تدعيم موقفه الراض للإحالة إستعان هذا الفريق بمجموعة من الحجج من ناحية وتصدي إلى الرد على الحجج التي نادى بها أنصار الإحالة والتي أشرنا إليها أنفا من ناحية أخرى، وسنعالج كل من الأمرين تباعا.

أولا: حجج رافضي الإحالة (الحجج ذات الطابع الإيجابي) .

أ - ذهب هذا الإتجاه إلى القول بأن قواعد الإسناد لها وظيفة سياسية تتمثل في الفصل بين السیادات التشريعية للدول التي هي على صلة بالمسألة محل النزاع، ولما كان الحال كذلك فإن القاضي الوطني لا يملك أن يتنازل عن قواعد الإسناد الوطنية التي تقوم بهذه المهمة لصالح قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وألا يكون قد أهدر إرادة مشرعه.

ب - أن المشرع الوطني إذا قضى بإختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع فهذا لا يعني أنه قبل التخلي عن المهمة التي عرض لها هو إبتداء وهي حل النزاع، فقاعدة الإسناد إذا فصلت في مشكلة النزاع وحددت بذلك القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل البحث لم يعد من المقبول بعد ذلك أن يرجع إلى قواعد النزاع الأجنبية لإستشارتها حول مشكلة سبق للمشرع الوطني أن فصل فيها على ضوء سياسته التشريعية، من جهة أخرى وأن المشرع الوطني عند وضعه قاعدة الإسناد كأنه يؤكد أن المقصود من القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة هو القواعد الموضوعية بخلاف ذلك (أي بقبول الإحالة) يؤدي إلى نتائج شاذة إذ يلزم القاضي الوطني بحل النزاع مرتين، وقد يكون القانون الواجب التطبيق مختلف عنه في المرة الثانية عن المرة الأولى.

فضلا عن ذلك أنه يدفع بالقاضي الوطني إلى إحترام قاعدة الإسناد الأجنبية على حساب قاعدة الإسناد الوطنية، في حين تكون الأولى تبحث عن تحقيق إعتبارات تختلف عن تلك التي يهدف المشرع الوطني إلى تحقيقها من خلال قاعدة إسناده الوطنية، وهو ما يشكل في حالة إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية من قبل القاضي الوطني إهدارا لأمر مشرعه الوطني.

ج - أنه لا سبيل لتبرير الأخذ بالإحالة إلا من خلال فكرة المجاملة الدولية التي مفادها أنه من غير الملائم حفاظا على توطيد التعاون بين الدول تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص دون إستشارت قواعد النزاع فيه، وإستبعادا لهذا المنطق يرى الفقه الراض للإحالة أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة ولا يهدف إلى إحترام

إرادة المشرع الأجنبي بقدر ما يسعى إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي يراها أكثر ملاءمة لطبيعة النزاع ومن ثم تحقيق العدالة من وجهة نظره.

د - أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لافكاك منها، فلو إتبع القاضي الوطني منطق الإحالة ورجع إلى قواعد الإسناد الأجنبية فإن إحالته مرة أخرى إلى قانونه يتعين بالمثل أن يرجع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون - قانون القاضي- وهي تشير كما سبق بإختصاص القانون الأجنبي، وهكذا يؤدي منطق الإحالة إلى حلقة مفرغة، فإذا كان هذا هو شأن الإحالة من الدرجة الأولى فإن مفاد الإحالة من الدرجة الثانية أن تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى قانون دولة ثالثة، وقد تشير قواعد الإسناد في قانون هذه الدولة الثالثة بإختصاص قانون دولة رابعة وهكذا إلى قانون دولة أخرى دون أن يستطيع القاضي أن يتوقف عند حد معين بل أن الإختصاص قد يؤول في النهاية إلى قانون القاضي نفسه (الإحالة الدائرية) أو إلى قانون آخر سبق إستشارة قواعد الإسناد فيه وهو ما يؤدي إلى البدء في تسلسل الإحالة اللانهائي مرة أخرى.

ثانيا: رد رافضي الإحالة على حجج أنصارها.

ذهب الفقه الرافض للإحالة إلى القول بأن الزعم أن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ من أجل أعمال قواعد الإسناد فيه تطبيقا لفكرة الإسناد الإجمالي يتعارض مع الوظيفة الأساسية لقاعدة التنازع الوطنية في قانون القاضي، فقاعدة الإسناد في قانون القاضي تنحصر وظيفتها في إختيار أكثر القوانين المناسبة والملائمة للفصل في المسألة المعروضة على القاضي ويتوقف دورها عند هذا فلا شأن لها بمسألة إختيار قواعد التنازع الملائمة، كما أن القول أن قواعد الإسناد الأجنبية ترتبط إرتباطا وثيقا بالقواعد الموضوعية على نحو لا يمكن معه أعمال الثانية (القواعد الموضوعية) دون إستشارة الأولى (قواعد الإسناد) وإلا ترتب على ذلك المساس بإرادة المشرع الأجنبي قول لا يسقيم مع الصياغة الحالية للغالبية العظمى من قواعد الإسناد التي تعد قواعد مزدوجة الجانب، فهذه القواعد وعلى خلاف القواعد المفردة الجانب قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، وقد تشير إلى الأعمال بقانون أجنبي، فإذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بإختصاص قانون أجنبي فإنه يتعين أعمال القواعد المادية في هذا القانون، ولا شأن للقاضي الوطني بإحترام حالات التطبيق للقانون الأجنبي التي تحددها قواعد الإسناد فيه لأن

القاضي عند حله للتنازع لا يخضع إلا لإرادة مشرعه الوطني وليس لإرادة أي مشرع أجنبي حتى لو كان القاضي الوطني يتولى مهمة البحث في القانون الأجنبي.

كذلك فإن القول أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية قول يفترض أن الحكم سوف يتم تنفيذه في دولة محددة ومعروفة سلفا هي الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونها وهو أمر قد لا يتحقق في الكثير من الفروض صحيح أن هذا الحكم قد يتم تنفيذه فيها، ولكن يمكن تنفيذه في غيرها من الدول بل وقد يتم تنفيذه في دولة القاضي نفسه الذي أصدر الحكم فهناك فروض عديدة لا يمكن التنبؤ فيها مسبقا بمكان وزمان تنفيذ الحكم القضائي.

وأخيرا حتى إذا كان الحكم سوف ينفذ في الدولة التي رفضت الإحالة فيها، فلماذا نفترض مقدما أن قضاء هذه الدولة يعلق تنفيذ الأحكام الأجنبية على شرط أن تكون هذه الأحكام قد طبقت القانون المختص وفقا لما تقضي به قواعد الإسناد فيها (أي في دولة التنفيذ).

صحيح أن القضاء الفرنسي بصفة خاصة يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في فرنسا قد طبق على النزاع القانون المختص وفقا لما تشير به قواعد الإسناد الفرنسية، إلا أن هذا الحل غير متبع في الكثير من دول العالم بل أن جانب من الفقه الحديث في فرنسا لم يتردد في توجيه نقده الجارح إلى موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن.

كذلك فإن القول بان قبول الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية (الإحالة الدائرية) من شأنه توسيع حالات تطبيق القانون الوطني بما يستجيب للمبادئ العامة السائدة في تنازع القوانين قول منتقد، فالقانون الدولي الخاص لا يهدف إلى توسيع حالات إنطباق القانون الوطني بقدر ما يسعى إلى تعيين القانون الأكثر ملائمة لحل التنازع ويستوي في ذلك أن يكون هذا القانون قانونا أجنبيا أو وطنيا.

المبحث الثالث

موقف المشرع الجزائري من الإحالة

لوقوف على موقف التشريع الجزائري من الإحالة فإنه يستوجب علينا دراسته من الإحالة قبل التعديل أي في ظل النصوص القانونية قبل تعديلها، ودراسة النصوص القانونية بعد تعديلها الذي وقع بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 .

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل.

قواعد الإسناد أو قواعد التنازع بصفة عامة في أي نظام قانوني هي التي يظهر فيها موقف هذا القانون من الإحالة .

وجاءت في القانون المدني الجزائري قبل التعديل الذي جاء به قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 خالية من أية إشارة إلى الإحالة، فلم تشر إلى الأخذ بها أو رفضها كما فعلت بعض قوانين الدول، بل سكت المشرع عن ذلك مما يؤدي بنا إلى التساؤل عن حكم هذا السكوت هل يعتبر قبولاً للأخذ بالإحالة أم رفضاً لها؟.

الأقرب إلى المنطق أن سكوت القانون الجزائري يعد رفضاً للإحالة ولا يعتبر قبولاً وذلك لعدة إعتبارات نذكر منها الآتي:

1- لن يصدر حتى الآن عن القضاء الجزائري إلا قراراً وحيداً عن المحكمة العليا⁽¹³⁶⁾ وهذا الحكم لا يدل على الأخذ بالإحالة، وتفسير عدم وجود أحكام قضائية قبلت الإحالة من القانون الأجنبي المختص بأن ذلك يعتبر رفضاً لها.

2 - عملاً بالقواعد العامة في قانون كل دولة ومنها القانون الجزائري فإن الأصل العام هو عدم الأخذ بالإحالة لحدائتها، لذا أنها لم تبرز إلى الوجود إلا في العصر الحديث وكان ذلك بمناسبة قضية (فورجو) لعام 1874 أمام القضاء الفرنسي، وبالتالي فعدم النص على الأخذ بها يعد عدم القبول بها ضمناً.

3 - القوانين التي أخذت بنظرية الإحالة السالفة الذكر نصت عليها صراحة، وهذا دليل على أن الأخذ بها لا يكون من خلال الإستنتاج من فحوى ومضمون النصوص القانونية في حالة السكوت عنها كما فعل المشرع الجزائري بل يعتبر ذلك رفضاً لها⁽¹³⁷⁾.

4 - يمكن إعتبار سكوت المشرع الجزائري عن الإحالة رفضاً لها وذلك بالرجوع إلى بعض القوانين التي أخذ عنها المشرع الجزائري في معظم قواعده في مجال تنازع القوانين، ومن خلال موقف هذه القوانين من الإحالة نحدد موقف المشرع الجزائري منها، فالقانون المصري أخذ عنه

⁽¹³⁶⁾ قرار المحكمة العليا في 1994/04/27، منشور في المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثالث، ص 33 .

⁽¹³⁷⁾ المادة 27 من القانون المدني المصري التي تنص: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

المشعر الجزائري عدة أحكام قانونية، وبما أن القانون المصري رفض الإحالة في المادة (27) صراحة فلا يعقل أن يعتبر سكوت المشعر الجزائري قبولاً لها بل المنطق السليم هو أن يفسر سكوته رفضاً لها.

5- بعض النصوص القانونية كما هو الحال في المادة (15) والمادة (2/20) من القانون المدني الجزائري يستفاد منها تطبيق القانون الأجنبي في قواعد الموضوعية، وليس قواعد إسناده مما يدل على رفض القانون الجزائري لفكرة الإحالة عندما سكت عنها.

6- نظم المشعر الجزائري في المادة (23) من القانون المدني الإحالة الداخلية، وهي الإحالة التي تكون نحو الدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية أو الدول البسيطة التي تتعدد فيها الأنظمة القانونية أو الطوائف الدينية مثل مصر أو لبنان.

ففي هذه الدول إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأحد رعاياها فإنه وطبقاً للمادة (23) من القانون المدني على القاضي أن يرجع إلى القانون العام لتلك الدولة، وهذا الأخير هو الذي يحدد له القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة داخلياً، وهذه هي الإحالة الداخلية التي لا تكون من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى بل تكون من القانون العام لدولة إلى قانون داخلي لنفس الدولة .

ولما كانت الإحالة الداخلية ليست هي الإحالة الدولية على النحو السابق فإن تنظيم المشعر الجزائري للإحالة الداخلية وسكوته عن الأخرى يعد رفضاً لها.

المطلب الثاني

موقف المشعر الجزائري من الإحالة بعد التعديل.

عكس ما كان عليه المشعر الجزائري سابقاً فإن تعديل القانون المدني الحاصل بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 وسواء بالنسبة إلى الإحالة الداخلية أو الدولية فإن المشعر الجزائري لم يسكت هذه المرة عن نظرية الحالة وخاصة الإحالة الدولية.

ولما كان التعديل الجديد مس الإحالة بنوعها بدرجات متفاوتة فإن دراستها تكون على النحو

الآتي:

الفرع الأول: بالنسبة للإحالة الداخلية.

المادة (23) من القانون المدني المنظمة للإحالة الداخلية كانت صياغتها تتضمن فقرة واحدة وأصبحت بعد التعديل تتكون من فقرتين تتضمن كل واحدة أحكاما خاصة تختلف عن أحكام الفقرة الأخرى وذلك على النحو التالي:

أولاً: أحكام الفقرة الأولى من المادة (23) مدني.

أكد المشرع الجزائري في التعديل الجديد القواعد والأحكام التي تحكم الإحالة الداخلية التي كانت معمولا بها قبل التعديل عندما يعرض نزاع على القاضي الجزائري لرعايا دول تتعدد فيها النظم القانونية أو الطوائف الدينية.

غير أن التعديل الجديد مس صياغة المادة (23) فقرة أولى وجاء بصياغة جديدة حذفت عبارات وعوضت فيها عبارات وعوضت بأخرى في غاية الدقة والوضوح، إذ كانت تنص قبل التعديل بأنه (متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فالقانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه).

أما بعد التعديل فأصبحت الصياغة كما يلي (متى ظهر.....تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه).

ثانياً: أحكام الفقرة الثانية من المادة 23 مدني .

يلاحظ بأن هذه الفقرة جديدة ولم تكن موجود قبل التعديل وجاءت صياغتها على النحو التالي (إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي).

ويستفاد من مضمون هذه الفقرة أن المشرع الجزائري إعتد في التعديل الجديد معياران أو ضابطان في حالة عدم وجود نص في القانون الأجنبي يمكن بواسطة أحدهما تطبيق قانون معين على النزاع المطروح أمام القاضي الجزائري.

1 - معيار القانون الغالب في دولة تتعدد فيها الطوائف.

هناك حالات محددة يرجع فيها القاضي الجزائري إلى القانون الأجنبي المختص طبقا لقواعد الإسناد الجزائرية وعلى وجه التحديد طبقا للفقرة الثانية من المادة (23) إذا تبين أنه لا يوجد في هذا القانون الأجنبي المختص نصا تشريعيًا خاصا بهذا النزاع المطروح أمامه .

ففي هذه الحالات خول القاضي الجزائري تطبيق القانون الغالب في هذا البلد إذا تعددت فيه الطوائف الدينية.

وعليه فإن المعيار الذي يعتمد عليه القاضي الجزائري في حالة خلو القانون الأجنبي المختص من النص التشريعي هو القانون الغالب في هذا البلد شريطة أن يكون هذا الأخير متعدد الطوائف كما هو الحال في لبنان ومصر .

2 - معيار التشريع المطبق في عاصمة الدولة.

عند رجوع القاضي الجزائري إلى القانون أجنبي مختص تتعدد فيه النظم (الإقليمية) كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية أو الهند، ولا يوجد في القانون الأجنبي المختص نصا تشريعا خاصا بالنزاع المطروح أمامه فإنه مخول قانونا بالأخذ بنصوص القانون المعمول به في عاصمة تلك الدولة دون العمل بالنصوص القانونية المعمول بها في النظم الإقليمية، وعليه فإن التعديل الوارد في هذه الفقرة جاء بأحكام لم تكن موجودة من قبل لأنها حددت معيارين يمكن الإعتماد عليهما من طرف القاضي الجزائري خلال رجوعه إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص في الدول التي تتعدد فيها الطوائف الدينية والدول التي تتعدد فيها الأنظمة الإقليمية وخلوها من نص خاص يحكم النزاع المطروح عليه، ومن ثم فإن التعديل الجديد كان في محله لأنه قلل من عناء القاضي في هذا المجال مقارنة مع حكم هذه المادة قبل تعديلها .

الفرع الثاني: بالنسبة إلى الإحالة الدولية .

بداية ينبغي التنبيه بأن قواعد الإحالة الدولية تختلف عن قواعد وأحكام الإحالة الداخلية، والمشرع نظم هذه الأخيرة قبل التعديل الجديد وبعده على النحو المشار إليه سابقا، إلا أنه سكت عن الإحالة الدولية في القانون القديم ونظمها عند التعديل بقواعد وردت في المادة (23) مكرر 1 حيث تتكون من فقرتين لكل واحدة حكم يختلف عن حكم الفقرة الأخرى وتبين ذلك يكون على النحو التالي:

أولا : حكم الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر مدني من الإحالة .

يستخلص من مضمون الفقرة الأولى من المادة (23) مكرر 1 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قرر كقاعدة عامة الأخذ بالإحالة في حالة الرجوع إلى القانون الأجنبي المختص الذي تشير على تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية، حيث تنص هذه الفقرة "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.....".

مما يدل صراحة ودون لبس أو غموض أو تأويل بأن القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص هي التي يرجع إليها القاضي المعروض عليه النزاع ويطبّقها على النزاع المطروح أمامه، وبالتالي فهو يرفض الأخذ بالإحالة الدولية مادامت هذه القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص تقدم له الحل الذي يبحث عنه .

ثانيا: حكم الفقرة الثانية من المادة (23) مكرر 1 مدني من الإحالة.

يستفاد من نص هذه الفقرة صراحة بأنه يأخذ بالإحالة ويطبّق القانون الجزائري بدلا من القانون الأجنبي في الحالات التي يرجع فيها القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع إلى القانون الأجنبي المختص ويتبين له أن قواعد التنازع فيه تتخلى عن الإختصاص لصالح القانون الجزائري وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية (غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص) .

يستخلص من ذلك أن قاعدة رفض الإحالة الواردة في الفقرة الأولى قد ورد عليه إستثناء في الفقرة الثانية يقضي بالأخذ بالإحالة الدولية ولم يرفضها المشرع الجزائري في التعديل الجديد رفضا مطلقا بل أجازها من الدرجة الأولى لأن في ذلك ما يبرر التوسيع من دائرة تطبيق القانون الجزائري بالنظر إلى الأشخاص المقيمين في الجزائر وينتمون إلى الدول الأنجلوسكسونية التي تعتمد قانون الموطن كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، بالإضافة إلى أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يسهل من مهمة القضاة على النحو الذي كانوا يعانون منه قبل التعديل الجديد لما كان يفسر سكوت المشرع عن الإحالة بأنه رفض لها وبالتالي على القاضي الرجوع إلى النظم القانونية المختلفة عندما يتعلق الأمر بالعلاقات التي تشمل على عنصر أجنبي.

