

جامعة الشهيد حمه لحضر بالوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في القانون الدولي الخاص

أقيمت على طلبه السنة الثالثة ل. م. د قانون خاص

المبادئ العامة لتنازع القوانين

الأستاذ: ديدي إبراهيم

السنة الدراسية 2022/ 2023

مقدمة

التشريع معد لتنظيم مراكز قانونية في مجالات مختلفة وبذلك فإن قواعده غير مؤبدة 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 الانتقالي 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 إيجابا أو تنازعا سلبا، وهي روابط وعلاقات قانونية تتصف بالأجنبية في أطرافها أو موضوعها أوفي سببها وتستدعي تحريك قواعد خاصة لفض التنازع.

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

(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 .

كما يثير العديد من الإشكالات القانونية الأولية التي تطرح بالنسبة لميراث جزائري في الخارج أو قيام جزائري بالتعاقد في دولة أخرى للقيام بأنشطة إستثمارية إلى غير ذلك من الروابط القانونية التي تشمل 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 لامتداد القانون أي التوفيق بين مبدأي شخصية القوانين وعينتها ومبدأي إقليمية القوانين وامتدادها 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 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 حالياً. ثم الأمر رقم 66-211 المنظم لمركز الأجانب المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتضمن دخول الأجانب وحركاتهم وشروط استخدامهم، 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 أحكاماً 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

(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 بيروت 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 .

قانونية أخرى، ومع ذلك فهي حلول وطنية ذاتية قابلة للملائمة مع المحيط وتطور المجتمع. ومن ثم فهي تشكل انعكاسا 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 والاعتبارات الدولية والالتزامات التي قبلت بها الدولة الجزائرية باعتبارها عضوًا في المجموعة الدولية، وعلى الرغم من قلة الحكام القضائية والاجتهادات القضائية وغياب التقاليد القضائية الراسخة وعدم وجود أعمال تحضيرية للقوانين التي تتم الاستعانة 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 انتقال الجزائر إلى نظام إقتصاد السوق وفتحها على الإستثمارات الأجنبية وسعيها في إجتذبات 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 مؤخرًا تطلب إعادة النظر في أحكام المنظومة التشريعية الجزائرية لتواكب الواقع ويصبح القانون مطاوعًا 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 تقريبًا معظم النصوص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان الواردة في القانون المدني لسنة 1975. وفي هذا التعديل أضاف المشرع الوطني أحكامًا 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 تنتمي 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 وتقاليده 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⁾.

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

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 جزائريين ومحل البيع موجود في الجزائر وتم إبرام العقد في الجزائر .

فالعلاقة القانونية تتكون من ثلاثة عناصر:

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 باعتباره 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 وتتاط بقواعده مهمة حكم وضبط جميع العلاقات القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي فقواعد القانون الدولي الخاص تعنى بتنظيم الحياة الخاصة الدولية وذلك بتحديد لها 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 عموما 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 توزيعا دوليا على أساس الجنسية أوالموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها أو فقدها طبقا للقوانين المختصة بمساعدة السلطات والجهات القضائية المختصة⁽⁷⁾.

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

⁽⁵⁾ قريب من هذا المعنى ما ذكره كل من:

- Batifol et Lagarde: Droit international privé, L.G.D.J, 7éd ,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 ص14 وما بعدها

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

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

أما بالنسبة للفقه العربي فقد عرفه الفقيه عز الدين عبد الله هذا القانون بأنه ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص التابعين للدولة والموطن ومركز الأجانب فيها ويبين الحلول الواجبة الإتباع في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص 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 الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن 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 الدولية الحديثة وتجاربيها 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.

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 تشمل في جميع الحالات عنصرا أجنبيا.

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

(9) علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1991 بند 4 ص5.

(10) أنظر في مختلف التعاريف التي أوردها الأستاذ/الطيب زروتي: في كتابه القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 7 وما يليها.

(11) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 10 .

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 مؤلفاً قيماً أسماه "تعليقات في تنازع القوانين" وفي هذا الأخير ورد إصطلاح القانون الدولي الخاص العديد من المرات، وفي فرنسا قام الأستاذ "فوليه" 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 الاختصاص القضائي ومركز الأجانب، فلم يعد مصطلح تنازع القوانين قادراً 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 الاختصاص القضائي ليس غير، في حين أن البعض الآخر منها والذي يستعمل ذات الإصطلاح السابق إنما يقصد به الجنسية، الموطن، مركز الأجانب تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي⁽¹³⁾.

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 باعتبار أن فكرة التنازع كانت السبب الجوهرية في وجوده، وأنها المشكلة التي تطغى على جميع المواضيع التي ينظمها القانون الدولي الخاص. ومهما يكن الإختلاف في التسميات أو في الإصطلاحات فالمضمون يبقى واحداً 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

(12) نعني بالشخص الشخص الطبيعي (personne physique) وأيضاً 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 .

(14) ينبغي الإشارة إلى أن الفقه الحديث يجعل إصطلاح القانون الخاص الدولي قاصراً 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.

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

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 الاختصاص 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 يشمل سواه.

وإذا كانت العلاقات القانونية التي تشمل 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.

فالنتصور أن جزائريا متزوج بإمرأتين وإنتقل 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.

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

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

- بيير مايير: القانون الدولي الخاص الطبعة 6 موننتشرينتين، 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 .

(17) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 21 .

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 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⁾.

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

أولهما: مستخلصة من طبيعة قواعد تنازع القوانين باعتبارها 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 التكيف. 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⁾.

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

(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.

(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

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 التكيف يتم طبقا لقواعد منهجية خاصة بتنازع القوانين.

بينما في المسائل الأخرى كالجنسية وتنازع الاختصاص 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 الاختصاص القضائي .

قواعد الاختصاص 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 الاختصاص القضائي الدولي تحدد المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وتلك مسألة هامة باعتبار أن الحقوق التي تثبت للأفراد بمقتضى القانون تظل عديمة الجدوى إذا لم يستطع هؤلاء حمايتها عن طريق القضاء⁽²³⁾.

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

وبالرغم من الترابط الوثيق بين الاختصاص التشريعي (تنازع القوانين) والاختصاص القضائي فإن البعض من الفقه يناهز بإستبعاد الاختصاص القضائي من نطاق القانون الدولي الخاص بحجة أن القاضي عندما تعرض عليه مسألة مشتملة على عنصر أجنبي يقضي باختصاصه طبقا لقانونه الوطني، وبالتالي لا وجود لتنازع الاختصاص 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 أولا الفصل

الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة بينما المادة (16) فهي تعالج الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

(23) رمزي محمد علي درار: فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 201، بيروت، لبنان ص 32.

(24) حفيظة السيد الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، بدون مكان نشر طبعة 1992، ص 10

فيما إذا كان مختصا 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 اختصاص 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⁾؟. فالقاضي الوطني المعروض أمامه النزاع لا يتطرق إلى اختصاص 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 التكيف وقواعد الإسناد الإحتياطية (الإحالة إلى قانون القاضي في الدولة التي تأخذ بنظام الإحالة، اختصاص 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 أم قبل أن تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على وضع قانوني معين يجب أن يكون الحق الذي يريد

(25) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 23 وقريب من هذا المعنى أنظر: أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص، طبعة 1954 ص 13 وأيضا: 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 المشرع إلى وضع قواعد إسناد خاصة بتنازع الإختصاص القضائي الدولي. =

= 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 .

الإستثمار 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 باعتباره مسألة أولية في تنازع القوانين⁽³⁰⁾، وتنازع الاختصاص القضائي، لأنه إذا كنا في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي نبحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بصدد المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، فإنه يتعين أولاً أن نبين هل الأجنبي يملك هذا الحق أي له صلاحية إكتسابه والتمتع به. فإذا لم يكن للأجنبي هذا الحق فلا مجال إذن لبحث مسألة كيفية إستعماله وحمايته، لذلك كان عدم الإعتراف 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 أولاً، 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 اعتبار أن الأشخاص الطبيعية والمعنوية موزعة توزيعاً دولياً حسب ضابطي الجنسية والموطن. وبالتالي فالفرد إما أن يكون متمتعاً 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 باعتبارها هي التي تبين الأحكام المتعلقة بإقامة الأجانب على إقليم الدولة ومدى إعتراف الدولة بشخصيته القانونية وأهليته للمجتمع بالحقوق الخاصة في الدولة التي يقيم بها

وهي مسائل لا غنى عنها لتنازع القوانين والاختصاص 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 واندماجهم بسكانها، فالدول ذات الكثافة السكانية الكبيرة المصدرة لرعاياها للخارج تضيق كثيراً 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 لاجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة تقدم كل التسهيلات والحوافز المختلفة لاستثمار هذه الأموال بما يحقق نمواً اقتصادياً يعود بالفائدة على الدول وعلى الأجانب.

(29) هشام خالد: مرجع سابق، ص 173.

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

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

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

الفرع الثالث: الموطن والجنسية.

دراسة الجنسية باعتبارها 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 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 الاختصاص 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 الاختصاص القضائي الدولي فنجد المشرع يعقد بالجنسية كضابط لاختصاص 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 إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي" ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية إذا كان المدعى عليه جزائريا.

كما أن توزيع الأشخاص دوليا يتم على أساس أحد العاملين الجنسية أو الموطن، فأساس الجنسية باعتبارها رابطة قانونية وسياسية وروحية بين الفرد والدولة، فالجنسية ترتبط بالسيادة وتعبّر عن تواجد الدولة

(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 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 الاختصاص القضائي في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي طبقاً لبعض القوانين لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعي وفي دول أخرى يسند الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه وفي كلتا الحالتين يتوقف الاختصاص 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.

ومن هنا تبدو أهمية الجنسية في مجال تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي الأمر الذي يجعل إدراجها ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص أمراً منطقياً ومقبولاً⁽³⁹⁾.

أما بالنسبة للموطن فإنه يحتل مكانة لا يستهان بها في مجال تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ذلك أن قانون الدولة التي يكون الشخص متوطناً فيها يقوم مقام قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته في حل تنازع القوانين في بعض الأحوال، فالعلاقات القانونية التي تستند عادة إلى قانون الجنسية

(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".

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

= الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 7.

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 الاختصاص القضائي الدولي نجد أن الموطن قد يكون له دور هام في تحديد الاختصاص 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 والاختصاص القضائي الدولي لزوم الجنسية تماما الأمر الذي يبرر إدراجه ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص⁽⁴²⁾.

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، والعبارة 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

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

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

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

(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

الإجراءات المدنية والإدارية على "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية 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 أحكاماً 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 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 اعتبار مجرد واقعة، بل نحن بصدد الأخذ بالاعتبار 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 الاختصاص القضائي، إذ أن الحق إذا نشأ صحيحاً طبقاً لقانون مختص يجوز التمسك به في الدول الأخرى تأسيساً 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 حكماً من محكمة أو هيئة تحكيم أجنبية ويريد التمسك بآثار هذا الحكم في بلد آخر ففي هذه الحالة هناك قواعد قانونية خاصة في هذا الموضوع تلحق 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 قابلاً 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 إشمال القانون الدولي الخاص على موضوعات الجنسية ومركز الأجانب والموطن وتنازع الاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية بالإضافة إلى تنازع القوانين، وإن كانت مستقلة عن بعضها البعض نسبياً فيما تعالجه بصفة خاصة، إلا أنها تتكامل مع بعضها

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.

(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 .

وتلتقي عند هدف واحد وهو تنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيمًا دوليًا، وكذا الارتباط الوثيق بين هذه الموضوعات واعتبارها حلقة متصلة لا غنى عنها لدراسة العلاقات ذات الطابع الدولي، ولذلك تصلح لتكون موضوعات لفرع مستقل من القانون الدولي الخاص.

المطلب الثالث

علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى

لقواعد القانون الدولي الخاص علاقة تتسم أحيانًا بالضييق وأحيانًا 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 أمرًا معينًا، 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 مصدرًا رسميًا لكل منهما، بالإضافة إلى ذلك أن العرف الدولي وأحكام القضاء الدولي والإجتهادات الفقهية الدولية ومبادئ القانون العامة تعتبر قاسمًا مشتركًا بين القانونين .

إلا أن هذا الالتقاء لا يعتبر مطلقًا بل أن هناك عديد الاختلافات بينهما ومنها أن القانون الدولي العام يخاطب الدول والمنظمات الدولية باعتبارها أشخاصًا 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⁾.

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

(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 .

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 موحدًا 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 أصلاً 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 طرفاً 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 خاصاً أو عاماً.

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 عنصراً أجنبياً، في حين أن العلاقات القانونية في القانون الخاص تكون وطنية في جميع الأحوال ولا تتضمن عنصراً أجنبياً.

1 - صلة القانون الدولي الخاص بالقانون الإداري.

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 أيضاً 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 وفقاً 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 وفقاً للإجراءات المألوفة في هذا البلد.

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

وعلى ذلك فإنه إذا وقع إحتجاج على اختصاص الموظف الذي قام بتحرير عقد الزواج وجب على القاضي المعروف عليه النزاع الرجوع إلى القانون الإداري لهذا البلد للتأكد ما إذا كان هذا الموظف مختصاً 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 قانون إقليمي 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 طبقاً لنص المادة (583) من قانون الإجراءات الجزائرية يسمح بملاحقة الجزائري الذي ارتكب عملاً موصوفاً بأنه جنحة في نظر المشرع الجزائري أو الأجنبي.

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 الاختصاص القضائي وتنظيم القواعد القانونية التي تحكم ما يتعلق بهذا الميدان.

غير أن هذا التشابه والإتصال بين القانونين لا ينفي وجود إختلاف جوهري بينهما، حيث تقتصر قواعد القانون الدولي الخاص في معالجة اختصاص تنازع الاختصاص القضائي الذي يثور بين المحاكم الوطنية لدولة القاضي المطروح أمامه النزاع وبين المحاكم الأجنبية التابعة لدول أخرى في حين أن تنازع الاختصاص 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 اختصاص 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⁾.

(50) راجع في شأن ذلك بالنسبة للجزائر. محند 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 طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائرية".

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

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

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" وتتص 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 .

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

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 اتفاقية 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 شبيه 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.

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 الأجنبي.....

(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".

(57) أورد المشرع الجزائري قواعد الإسناد (قواعد التنازع) في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول تحت عنوان (تنازع 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 مكرر) القانون الذي يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره. في حين

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؟.

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 عاماً 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 خاصاً 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 طبقاً لتقنيات القانون الخاص دولياً أو داخلياً.

وبهذه المثابة يقرر بعض الفقهاء أن مكان القانون الدولي الخاص هو القانون العام الداخل فالجنسية مثلاً: هي نظام قانوني **instilution** ورابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، وهي بالتالي رابطة قانون عام، كما أن تحديد الموطن ومركز الأجنبي يخضع بدوره لاعتبارات سياسية وتدير شؤون الأجنبي

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 تكررت 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 أسندتها المشرع الجزائري لقانون الجنسية هي من المادة (10 - إلى المادة 16) من القانون

مصالح إدارية عامة وأن المهم بالنسبة للحقوق المسموح لهم ممارستها هي الحريات العامة والحقوق السياسية.

ويدخل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ضمن سيادة الدولة، لأن تنازع القوانين يقصد به تحديد اختصاص السلطة التشريعية الوطنية في مقابل السلطات التشريعية الأجنبية ويعني الاختصاص القضائي بيان حدود اختصاص 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 موضوعاً 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 مصدراً 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 الأجانب والاختصاص القضائي.

فيما ذهبت طائفة ثالثة من الفقهاء إلى القول بأن القانون الدولي الخاص يخرج عن التصنيف التقليدي إما عام أو خاص، وإنما تمثل قواعده فرعاً مستقلاً قائماً 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، وتقتصر في المنازعات التي تكون طرفاً فيها جهات تحكيمية أجنبية أو دولية، كما أن ضرورات العلاقات الدولية الحديثة أعطت لقواعد القانون الدولي الخاص نوعاً 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، وتتناولها تباعاً.

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 اتفاقية نيويورك الخاصة بعديمي الجنسية المبرمة في 28 سبتمبر 1954⁽⁶¹⁾ واتفاقية نيويورك المبرمة في 20 جوان 1956 الخاصة بتحصيل مبالغ النفقة⁽⁶²⁾، وهناك إتفاقيات هامة خاصة بالتحكيم التجاري الدولي أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بإعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية⁽⁶³⁾.

وكذلك اتفاقية 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 الاختصاص القضائي. ومن أمثلت الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر إتفاقيات التعاون القضائي في المواد الجزائية والمدنية والتجارية التي تم إبرامها مع بعض الدول كالاتفاقية الجزائرية المغربية المبرمة في 25 مارس 1963⁽⁶⁵⁾، والاتفاقية الجزائرية التونسية المبرمة في 28 جويلية 1963⁽⁶⁶⁾، والاتفاقية 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 أثبتت 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 وتحفظ 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 أفريل 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 .

وتقتضي معظم هذه المعاهدات بتطبيق القانون الداخلي للبلاد طالب التنفيذ أو قانون البلاد المطلوب التنفيذ فيه ومنح الاختصاص القضائي للمحكمة التي أصدرت الحكم طبقا لقواعد الاختصاص 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 تثار 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 الاختصاص القضائي، إذ بإمكان الدول الأطراف الإتفاق على تعيين محكمة يعود إليها الاختصاص 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. **أولا: 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 .

(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 .

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 ملزما لكل الأعضاء طبقا لنص المادة (36) من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تعطي الاختصاص 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 ملزما 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.

ثانيا: 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 سابقا على المعاهدة أو لاحقا عليها، وفي هذا الصدد 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⁾.

(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 بذات 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 خرقا لإلتزام دولي..".

(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 1، ص 32 وما يليها. و زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة 1، الجزء الأول، تنازع القوانين، ص 35 وما بعدها.

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 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⁾.

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

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

كما تظهر أهمية التشريع في مجال الجنسية التي أولاها المشرع الجزائري أهمية بالغة بأن خصها ، بنص في الدستور⁽⁷⁷⁾ وبالجنسية يتم تحديد أحد أركان الدولة ولذلك استوجب تنظيم الجنسية بمقتضى قواعد قانونية مكتوبة وواضحة تتولى إصدارها السلطة المختصة.

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 باعتبار 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 الإقتصادية يمكن للأجانب مزاولتها تضمنتها أحكام مختلفة في القانون التجاري وقوانين الإستثمار⁽⁷⁸⁾، مما يدل أن المشرع الجزائري أولى عناية للأجانب بنصوص تشريعية.

أما بالنسبة لتنازع الاختصاص 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⁾.

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

(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.

(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.....".

وخلاصة 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 تقيد 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 باعتباره 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 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⁾.

(80) وأنظر في تنظيم هذه المسألة المواد 41 - 42 المتعلقتان بالدعاوى 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 .

(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 .

المبحث الثاني المصادر غير الرسمية

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

المطلب الأول القضاء

المقصود بالقضاء باعتباره 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 عليه أن يبحث عن الحل في الأحكام القضائية التي صدرت من قبل في المنازعات المماثلة والمشابهة 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 وافر من المبادئ القانونية التي تعد جزءا لا يتجزأ من قواعد القانون الدولي الخاص ويمثل إجتهد القضاء الفرنسي والقضاء الأمريكي أمثلة حية لهذا الإتجاه⁽⁸⁴⁾.

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

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⁾.

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 باعتبار 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 باعتبارها 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.

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

المطلب الثاني أراء الفقهاء واجتهاداتهم

الفرع الأول: مفهوم أراء الفقهاء واجتهاداتهم

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

وعلى الرغم من الأهمية والقيمة القانونية لأراء واجتهادات 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 الإجتهدات 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 اعتبار الإجتهدات 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 تنازع 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⁾.

ويترتب على ذلك أنه بإسم 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

(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 المتمدينة وآراء الفقه، الدولي ضمن مصادره طبقا لما أورده نص المادة (38) من هذا النظام.

وعدم التعسف في إستعماله، وقد أصبحت هذه المبادئ وغيرها تشكل في قانون التجارة الدولية نظاما عالميا 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 المجهودات الفقهية التي لا يزال بعضها إلى الآن معمولا به في القانون الدولي الخاص وبرزت في مدارس فقهية معروفة على المستوى الدولي وهي:

أولا: المدرسة الإيطالية: ساهمت المدرسة الإيطالية بفقهاءها 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 الأعمى 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:

- 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 الإلتباع 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⁾.

(89) بخصوص إعتبار آراء الفقه والمبادئ العامة للقانون مصدر للقانون الدولي الخاص، مايبير **MAYER** القانون الدولي الخاص، الطبعة الخامسة، سنة 1996، ص 23 .

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

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 تنتج جليا إلا فيما بعد على يد فقهاء آخرين في عهد لاحق.

5 - برزت فكرة النظام العام أيضا على يد الفقهاء الإيطاليين وذلك بالترقية 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 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 الخاص سواء 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

(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 .

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، وإعتق آراءها والتزم طريقتها في البحث. إشتهر بأبحاثه في التكيف وتأصيل 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 نطاق القانون الإقليمي الأمر⁽⁹⁴⁾ كما جعل لإرادة المتعاقدين دور بارز في حل التنازع بين القوانين وقصر نطاق قاعدة لو كيس على شكل التصرف دون موضوعه.

ثالثا المدرسة الهولندية.

تبنت 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 HOBBER**. 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

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

(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 ضمني 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.

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 .

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 اعتبارات 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 والاحترام 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 دابسي في إنجلترا وبارتان ونيبواييه وديفاري سومير في فرنسا وإتجاه توفيقي بين اعتبارات

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

.231

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

2010 ، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

المعاملات الدولية وما تقتضيه المصلحة الوطنية ومن مناصريه الفقيهين بيجونير وباتيفول في فرنسا وبناءا على ذلك نشير إلى فقه هؤلاء الفقهاء ومميزاته:

أولاً: مذهب الفقيه سافيني (1779 – 1861)

يعتبر الفقيه سافيني زعيم المدرسة التاريخية في القانون بإجماع الفقه وصاحب طريقة جديدة في بحث تنازع القوانين، وكان لأرائه 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 الجائر 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 وجاهة 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

تتنمي 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 الاختلاف 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 الجسديات 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 كالتياب المخاطة بالتمام على أصحابها⁽⁹⁸⁾.

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 طبقا لمبدأ سلطان الإرادة.

غير أن التوسع في الإستثناءات السابقة على حساب المبدأ العام عند هذا الفقيه وهو شخصية القوانين قلل من أهمية مجال 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 .

(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

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 إقليمي كقاعدة عامة ثم شخصيا أي ممتدا 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، فضلا 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 بدلا 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 وبأراء 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 السيادة 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 الاحترام الأقصى للدول الأخرى وسيادتها باحترام 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 إغائه 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

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

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 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 إعتداد الطريقة التحليلية لمعالجة تنازع القوانين، وفي نزعه العالمية الرامية لإيجاد حلول دولية لها، ونظرية بيبه في احترام الحقوق المكتسبة تمثل نموذجا لهذه النزعة، ومؤدي هذه النظرية أن الحق إذا أكتسب في دولة إكتسابا صحيحا يجب الإقرار بوجوده واحترامه دوليا، وأن الحق المكتسب إما أن ينشأ إبتداء 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 مشتملا على عنصر أجنبي وفقا للقانون المختص عند إنشائه ويراد التمسك بآثاره في دولة أخرى، وحينئذ يجب أن تتطابق 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 لفسفه 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 احترام 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 والإستمرارية 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 كافة دون تمييز خلافا لما هو مقرر في الحياة القانونية الدولية التي تقتضي توزيع الاختصاص 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 إقتصرت على عرضها في شكل جديد.

رابعا: 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 إعماد هذا المنهج من حيث أن الفقيه سافيني يهدف من وراء تحليل العلاقة القانونية إلى تركيزها مكانيا لمنح الاختصاص 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 سبق 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 الاختصاصات 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 التوفيقية 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⁾.

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

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

خامسا: فقه نبوييه NEBOYET .

حسب فقه نبوييه أن تنازع القوانين يجب أن يخضع دائما لاعتبار سياسي يتمثل في مصلحة الدولة، ويجب أن تفيض قواعده من فكرة وطنية تتخير الحلول المناسبة للدولة بحيث يؤخذ من قواعد التنازع ما يتفق ومصالحها 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 يستثني من هذا الأصل إلا حالة الشخص وأهليته التي يجب إسنادهما إلى القانون الشخصي الذي هو ممتد تأسيسا على اعتبارات 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 تأصيلية متجها بذلك لإيجاد حلول عالمية لتنازع القوانين⁽¹⁰¹⁾.

ومرد تأثر الفقيه نبوييه بمبدأ إقليمية القوانين لاعتبارات 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 الاعتبارات الدولية في حلول تنازع القوانين.

الخلاصة:

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 الاختصاص التشريعي يمس الاختصاص التشريعي للدول الأخرى، لذلك يجب الآخذ في الاعتبار مصلحة العلاقات الدولية الخاصة والتوفيق بينها وبين مصلحة الدولة وإجراء توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا عن طريق تركيز العلاقات القانونية تركيزا مكانيا⁽¹⁰²⁾.

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

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

الفصل الثاني

النظرية العامة لتنازع القوانين

المبحث الأول

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⁽¹⁰³⁾.

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 أجبيين 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 موطنًا، 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 زمانًا ومكانًا بتعيين موطنهم أو جنسيتهم واللذان يتوقف عليهما تحديد قانونهم الشخصي، إذ يحتمل أن يغير الشخص جنسيته أو موطنه في الفترة ما بين نشؤ العلاقة القانونية

(103) زوتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة سنة 2010، ص 50 مقارنا ما ذهب إليه أعرب بلقاسم: مرجع سابق ص 45، وأيضًا: جمال الكريدي: مرجع سابق، ص 130 وما بعدها، وأنظر كذلك:

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 نشوء 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 الاختصاص 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: (104)

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.

4 - مبدأ عينية القوانين: **La réalité des lois** أي أن القانون يتعلق بالأموال ويتبعها. وأساس التمييز بين إقليمية القوانين وإمتدادها على اعتبار مجال تطبيقها من حيث المكان في حين أن التمييز بين شخصية القوانين وعينييتها 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 .

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

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 يتزامن 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 التزاحم 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 قوانين متعارضين أو أكثر .

3 - أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة دولية، ومن ثم لا يعد من قبيل التنازع الحاصل بين قوانين الدويلات أو الولايات الداخلية في الإتحاد الفيدرالي، وكذا تنازع القوانين الناتج عن ضم إقليم أو جزء منه مع إبقاء قوانين الإقليم المضموم سارية المفعول كما حدث في فرنسا سنة 1918 بعد ضم إقليم الألبان والورين إليها وإستبقت 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 بتشريعاتها وسيادتها، وإنتقال الأشخاص والأموال من إقليم دولة لأخرى، كما يفترض أن يجري توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا يختار لكل طائفة من النظم القانونية القانون الملائم لحكمها حسب طبيعتها، ويتولى المشرع في كل دولة وضع قواعد بهذا الإختيار

تسمى قواعد الإسناد (أو قواعد التنازع)⁽¹⁰⁵⁾ 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 فقهيتين لحل تنازع القوانين هما النزعة الشخصية والنزعة الإقليمية، وبعد تقنين أحكام التنازع إشتد الجدل بين الفقهاء أنصار العالمية ومنهم سافيني وببيه 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 ونبواييه في فرنسا الذين يعتقدون أن قواعد التنازع تفيض من السيادة الوطنية ويتخير المشرع بواسطتها الحلول المتفقة مع المصلحة الوطنية دون اعتبار دولي، ثم برز إتجاه توفيق بين النزعتين نادى بتركيز العلاقات القانونية تركيزا موضوعيا دون التقيد المسبق بمبدأ العالمية أو مبدأ الوطنية ومهما تعددت النتائج فالوسيلة المقترحة واحدة هي اعتماد نظام الإسناد إلى مختلف الطوائف لفض التنازع . وعليه فإن المناهج المقترحة لحل إشكالية تنازع القوانين هي:

- 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 تتصف 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⁽¹⁰⁶⁾ وهو الحكم في تعيين ضابط الإسناد.
- 3 - الأساس الذي يقوم عليه حل التنازع في هذا المنهج مصدره إختيار المشرع قاعدة إسناد

(105) 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.

(106) 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 .

الأنسب والأكثر ملاءمة في ضوء السياسة والمصلحة الوطنية، وتطبق القاعدة المعتمدة مهما كانت صياغتها سواء مزدوجة وحينئذ فهي متعدية بطبيعتها، أو قاصرة تطبق أيضا بمفهوم المخافة.

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 الإنتقادات فيما يلي:

1 - يوصف معارضو منهج الإسناد بأنه يتسم بالشدّة والتعقيد ويقوم على نظريات فقهية مبهمّة كنظرية المسألة الأولية، ونظرية صراع النظم ونظرية تجزئة العقد⁽¹⁰⁷⁾.

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 الإنتقادات الموجهة إلى منهج الإسناد التقليدي فإنها مازالت حتى الآن هي الوسيلة التقليدية لحل تنازع القوانين، وسيشهد على ذلك أن جميع التقنيات الحديثة بشأن 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⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ تعتبر المسائل الأولية 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.

⁽¹⁰⁸⁾ Von Overbeck: " les question générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents" Rev des Cours la Haye 1982, p9.

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:

أولاً: القواعد الموضوعية ذات الأصل - المصدر- الوطني .

تتقسم 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 الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها حسب نظام الإسناد عملا بمبدأ الإرادة وتركيز العقد⁽¹⁰⁹⁾.

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⁽¹¹⁰⁾ من إستبعاد تطبيق المادتين 83 - و1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الخاصتين بحظر اللجوء إلى التحكيم الدولي، وما إنتهت إليه المحكمة نفسها بتاريخ 02 ماي 1963م، من أن شرط التحكيم يشكل إستقلالية قانونية كاملة.

ثانياً: القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي .

1 - القواعد الاتفاقية.

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 الاتفاقية ذات أصل دولي ولكن بعضها يبقى محتفظا بطابعها الدولي الموضوعي فتصبح منهجا 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⁽¹¹¹⁾.

في حين أن بعض الإتفاقيات الدولية تعمد 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

⁽¹⁰⁹⁾ زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص 82.

⁽¹¹⁰⁾ أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية المؤرخ في 2 ماي 1966 المنشور في المجلة الإنتقادية لسنة 1967 ص 553.

⁽¹¹¹⁾ من أمثلة ذلك إتفاقية جينيف لسنتي 1930 - 1931 بشأن الشيك والسندات الأذنية.

العقد المنشئ للشركة الفرنسية الألمانية سارو - لورين، والعقد المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة البترول الإيرانية الوطنية من جهة، وثمانية شركات غربية من جهة أخرى⁽¹¹²⁾، كما قد يسند المركز القانوني للمبادئ العامة المعترف بها في الدول المتحضرة.

2 - قواعد القانون التلقائي.

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 إعتدتها اللجنة الإقتصادية 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 اتفاقية السلوك الدولي لتحويل 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 باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد مصدره في قانون وطني، وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية التنازع⁽¹¹³⁾. 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.

(112) 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 .

(113) 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 .

المطلب الثالث

منهج الملاءمة الأمريكي.

يمكن إطلاق وصف المدرسة الأمريكية على فكرة الفقهاء الأمريكيين المعاصرين الذين إتقوا على دراسة تنازع القوانين دراسة واقعية إنطلاقاً من مبدأ الملاءمة، ملاءمة القانون وملائمة المحكمة⁽¹¹⁴⁾.
غير أن الفقهاء المعاصرين الذين إسم فقهم بالنعفة 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 تكثرث بالحلول الموضوعية التي تتسم بالواقعية والمنطقية.
ومن بين هؤلاء الفقهاء المعاصرين نختار إثنان منهم وهما: الفقيه دافيد كيفرز والفقيه برنار كيري⁽¹¹⁵⁾.

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 تلافياً 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 إعمال 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.

⁽¹¹⁴⁾ في هذه المسألة يمكن الرجوع بأكثر تفاصيل زروتي الطيب: مرجع سابق، ص 87.

⁽¹¹⁵⁾ 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 كتصنيف 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 من سياسة تشريعية ومن الخطأ إتخاذها كأساس منهجي في التنازع.

2 - يفتقد هذا الضابط لأي طابع موضوعي، فهو ذو طبيعة سياسية متطرفة الغرض منه تغليب أجنبية 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⁽¹¹⁶⁾.

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

(116) في جملة الإنتقادات التي وجهت لمنهج الفقيه كيري، راجع، أحمد عبد الحميد عشوش: مرجع سابق، ص 171 وما يليها.

التقليدي الذي رسخته التجربة الإنسانية عبر الزمن وتأصلت قواعده في القانون الوضعي وحاز قبول تطبيقه من طرف القضاء الداخلي والدولي يترجع على حل مشاكل تنازع القوانين ويقف في صدارة مختلف المناهج .

الفصل الثالث

طريقة إعمال قواعد الإسناد

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديدتها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات .

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 اختلاف 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 .

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 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 باعتبار 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 نشؤها ووقت المنازعة فيها ومثالها أن شخصا تملك منقولا طبقا لقانون بلد يجيز ذلك، ثم انتقل هذا المنقول لبلد آخر يشترط قانونه الحيازة في تملك المنقول، في هذا المثال يوجد تنازع مكاني بين القوانين لحكم هذه العلاقة لاشتمالها على عنصر أجنبي عند إنشائها

وتتأخر زمني بسبب تعاقب قانونين لحكمها في الوقت الذي مر بين إنشائها والتمسك بها أو المنازعة فيها، فهل القاضي الجزائري عندما يفسر المادة (17) من القانون المدني يأخذ في الاعتبار تعاقب عنصرى الزمان والمكان على هذه العلاقة القانونية؟.

يبدو أن الحلول مختلفة من نظام قانوني لآخر، وهي تتوقف على كيفية تفسير قاعدة التنازع الوطنية من حيث مضمونها وطريقة إسنادها مع الأخذ بالحلول المقررة في النظم القانونية الأخرى والتنسيق بينها للوصول إلى حلول متكاملة ومرضية وتلافي الحلول التحكيمية التي يغلب عليها الطابع الارتجالي. وعلى هذا الأساس يلاحظ أن طريقة إعمال قواعد الإسناد تثير ثلاث مسائل منهجية أولية هي التكيف والإحالة والتنازع المتحرك، والحسم فيها خاضع لطريقة التفسير المعتمدة في قانون القاضي المطروح أمامه النزاع ومن قبل هذا القاضي.

المبحث الأول:

مفهوم قاعدة الإسناد

تعتبر قواعد الإسناد أو ما يسمى بقواعد "تنازع القوانين" الوسيلة الفنية الغالبة والمألوفة في العصر الحديث لحل مشكلة تنازع القوانين. فهي القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية المشتتة على العنصر الأجنبي.

وعلى هذا النحو تعتبر قواعد الإسناد الوسيلة الفضلى التي يضعها المشرع الوطني لإختيار أكثر القوانين المتراحمة لملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية وأكثرها تحقيقاً للعدالة.

قواعد الإسناد تؤسس منهاجاً هو منهاج الإسناد وتنظم جزءاً هاماً من مجالات القانون الدولي الخاص، وتتمثل في نظرية التنازع الدولي للقوانين، وهذه الطائفة من القواعد القانونية تمتاز بكونها خاصة بحل التنازع الدولي بطريقة فنية معينة مما أصبغ عليها خصائص ذاتية مقارنة بقواعد القانون الداخلي الموضوعية.

المطلب الأول: تعريف قاعدة الإسناد

بما أن قاعدة الإسناد تضطلع بالدور الأساسي العام لحل مشكل تنازع القوانين فهي تقوم بتحديد القانون الأنسب والأجدر بحكم العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي والتي يتزاحم على حكمها قانونين أو أكثر، ولهذا فإن فقهاء القانون الدولي الخاص يعرفون قاعدة الإسناد بتعريفات متشابهة.

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات الدولية الخاصة عند إشمالها لعنصر أجنبي وذلك بتحديد لها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات الدولية.

وتعرف قاعدة التنازع بأنها القاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، أي أنها قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيها.

ويعرف بعض الفقه قاعدة التنازع بأنها قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني، تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو السياسية.

ويعرفها آخرون بأن قواعد الإسناد هي قواعد قانونية بحتة يضعها المشرع في دولة معينة بما له من سلطة التشريع للتعريف بواسطتها على الأحكام الموضوعية التي ستطبق من حيث النهاية على القضية ذات العنصر الأجنبي.

هذه هي معظم التعريفات الفقهية لقواعد الإسناد التي تبرز الخائص الفنية لقاعدة الإسناد ووظيفتها التنظيمية للعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، وتلك القاعدة وإن اتفقت معها قواعد القانون الأخرى فإنها تتمتع بصفات وخصائصها من حيث كونها عامة ومجردة وتهدف لتنظيم مراكز قانونية معينة وصادرة عن سلطة عامة، ومع ذلك فقد اختلف الفقه في طبيعتها القانونية بسبب وظيفتها الإرشادية والتوجيهية لحل التنازع دون إيجاد الحل الموضوعي له وكذا طريقة إعمالها.

والملاحظ على التعريفات السابقة أنها لم تكن تعريفات شاملة وجامعة أي تتضمن جميع العناصر المهمة لهذه القواعد. وعليه يمكن إعطاء تعريف قانوني يبرز العناصر المهمة في هذه القواعد "قواعد الإسناد هي القواعد القانونية الوطنية المصدر أو الدولية أحيانا التي من خلال إعمالها يسترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة ويختار أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية الخاصة الدولية المشتملة على عنصر أجنبي بما يحقق مصالح الدولة الإقتصادية والسياسية والإجتماعية".

وبالرجوع إلى النظم القانونية المختلفة نجد أن هناك قواعد خاصة بالإسناد قد تكون مكتوبة أو قد تكون عرفية، أو قد تكون تضمنتها قوانينها المدنية أو غيرها من القوانين ذات الصلة. وقد تكون قواعد الإسناد صادرة بشكل تقنين أو قانون مستقل أو قد تكون تتضمنها اتفاقية دولية وتسمى حينئذ بالقواعد الاتفاقية.

المطلب الثاني: أهمية قاعدة الإسناد

تستمد قواعد الإسناد أهميتها البالغة نتيجة إرتباطها بعلم قواعد تنازع القوانين إرتباطا وثيقا ويستعملان كمصطلحان مترادفان، إذ أن فقه القانون الدولي الخاص يستعمل تنازع القوانين للدلالة على قواعد الإسناد تجد تبريرها في الطبيعة الخاصة للمنازعات في العلاقات القانونية التي يشملها القانون الدولي الخاص وإتصالها بأكثر من نظام قانوني مما يتطلب الأمر البحث عن القانون الأنسب والأكثر ملاءمة من بين القوانين المتنازعة.

أولاً: أن قواعد الإسناد تتولى توطين المنازعات ذات الطابع الدولي في نظام قانوني معين وبالتالي تخضع المنازعة لقانونه باعتباره أقوى صلة بالعلاقة من بقية القوانين الأخرى، وهذا هو الدور الرئيسي الذي تقوم به قواعد الإسناد في مجال العلاقات التقليدية للقانون الدولي الخاص.

ثانياً: تبدو أهمية قاعدة الإسناد في مجال العلاقات المستحدثة في نطاق القانون الدولي الخاص حيث يتعامل اليوم ملايين البشر والأشخاص عبر العالم من خلال خدمة الأنترنت وبالتالي هناك إمكانية كبيرة لنشؤ المنازعات بين المتعاملين في هذا العالم الافتراضي الذي هو عبارة عن "بيئة جديدة إنسانية وتكنولوجية أنشئت من قبل أشخاص ينتمون لدول مختلفة الثقافات واللغات".

وفي ظل هذا التشابك والتعقيد فإن كل دولة ترغب في تطبيق قانونها لذا أصبح من الضروري البحث عن بديل توفيقى يرفع المصالح المتعارضة للأطراف ويتمثل هذا البديل في الاعتماد على ضوابط موضوعية بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثم ظهر نسج تنازع القوانين الذي يحدد القانون بالاعتماد على توظيف أسس - معايير - موضوعية تعمل على إسناد العلاقة القانونية إلى النظام القانوني المناسب بما يحقق التنسيق بين قوانين الدول المتصلة بالعلاقة القانونية.

ثالثاً: إيجاد قواعد إسناد متطورة تساعد على التنمية الاقتصادية للدول المتعاقدة بمساعدة رأس المال والتكنولوجيا المتقدمة أو المواد الأولية التي يملكها الأجنبي، الذي يكون دائماً حريصاً على ضمان مستقبل استثماره بالإتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية التي تكفل له أكبر قدر من المزايا والخصائص، وإن ذلك يتم بإيجاد نظام قانوني ما عن طريق قواعد إسناد تلتقى القبول من الدول والمستثمر الأجنبي باعتبار القواعد الملائمة والعادلة للفصل في المنازعات التي قد تنشأ من الأطراف المتعاقدة.

رابعاً: أهمية قواعد الإسناد الدولية المصدر حيث أن الثابت في الفن القانوني أن الإتفاقيات الدولية تعد أداة مهمة وفعالة في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول الأطراف فيها، وهي بذلك تحد -تقلل- من ظاهرة تنازع القوانين، والقواعد الموضوعية الاتفاقية كثيرة في الواقع العملي ومنها على سبيل المثال، اتفاقية فيينا المبرمة 11 أبريل 1980 حول البيع الدولي للبضائع واتفاقية مجلس أوروبا لسنة 1980 حول حماية الأشخاص في المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي. وإلى القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة لسنة 1996 الخاص بالتجارة الإلكترونية وغيرها من الاتفاقيات التي تعالج العلاقات الدولية الخاصة عند اشتغالها على العنصر الأجنبي.

وخلاصة أهمية قاعدة الإسناد تبدو من ناحيتين: الأولى أن قاعدة الإسناد تتميز عن سائر قواعد العلاقات الخاصة الدولية، أو القانون الدولي الخاص، حيث يظهر الطابع الفني لمضمونها المتمثل في أنها أداة **instrumente** للاختيار بين القوانين المتزاحمة، أي لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع. بل ترشد القاضي إلى القانون الذي يلتمس فيه الحل، الناحية الثانية، أن تعريف قاعدة الإسناد على أنها شكلية وإرشادية ولا

تقدم الحل الموضوعي يجعلها كمنهج لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، يميزها عن قواعد المناهج الأخرى التي ظهرت على ساحة ذلك التنظيم.

المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

لا تختلف قاعدة الإسناد من زاوية تحليلها الهيكلي عن أية قاعدة قانونية أخرى مستخدمة في نطاق القانون عموماً وقواعد القانون الدولي الخاص خصوصاً، والثابت أن أية قاعدة قانونية تتحلل إلى ركنين أساسيين هما: ركن الافتراض وركن الأثر القانوني المترتب على تحقيق هذا الافتراض من جهة ثانية. وقاعدة الإسناد لا تشذ على هذه المسلمة وتتحلل بدورها إلى ركنين، فالركن الخاص بالافتراض القانوني يتجزأ من أجل تحقيق الأثر المترتب عليه وهو تعيين القانون المختص الواجب التطبيق إلى عنصرين: ضابط الإسناد من جهة، والفكرة المسندة من جهة أخرى.

إذا كان ما سبق يتعلق بالسمات العامة لتحليل أو تركيبية قاعدة الإسناد، فإن هناك عناصر تتميز بها هذه القواعد تختلف من حيث الطبيعة والتركيبية على سائر القواعد القانونية مما يدعونا إلى أن نتعرض لدراسة أركان أو عناصر قاعدة التنازع بما يبرز السمات الرئيسية لتركيبية هذه القواعد، حيث أنها تشير إلى قانون معين ليحكم موضوعاً معيناً وذلك بناء على ضابط الإسناد.

تنقسم قاعدة الإسناد إلى ثلاثة أركان أو عناصر أساسية، الركن الأول يتعلق بالفكرة المسندة، أما الركن الثاني فهو يتعلق بضابط الإسناد، في حين الركن الثالث يخص القانون الواجب التطبيق.

أولاً: الفكرة المسندة "موضوع قاعدة الإسناد". La nation rattachée.

لما كانت العلاقات والمراكز القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً لا يمكن حصرها وتحديدتها فقد تكفلت قواعد الإسناد بتصنيف هذه العلاقات والمراكز القانونية إلى فئات مختلفة تسمى كل منها بالفكرة المسندة. وتتضمن كل فئة أو فكرة مسندة المراكز أو العلاقات المتقاربة أو المتشابهة، ويضع المشرع لكل فكرة أو فئة من المراكز المتجانسة ضابطاً خاصاً يسندها إلى قانون معين.

قد تنظم الفكرة المسندة مسألة -موضوع- قانونية واحدة ومثالها إخضاع العقار لقانون موقعه، أو أكثر من مسألة قانونية لها قاعدة إسناد واحدة مثل إخضاع الحالة والأهلية لقانون الجنسية.

فإذا طرح أمام القضاء نزاع معين يتعلق بمركز معين يتضمن عنصراً أجنبياً، فعلى القاضي أن يقوم بوصف هذا المركز وتحديد طبيعته تمهيداً لإدراجه في الفكرة المسندة الملائمة وهو ما يتم عن طريق ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن العلاقة القانونية موضوع النزاع أي المسألة المتنازع عليها.

ثانيا: ضابط الإسناد "أداة أو عنصر الإشارة".

ضابط الإسناد هو العنصر الثاني من عناصر قاعدة الإسناد، فهو المرشد أو المعيار المختار الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني، فهو يمثل نقطة الارتكاز التي تسهل الطريق إلى تحديد القانون الذي ينطبق على العلاقات القانونية، ويستمد ضابط الإسناد من عناصر العلاقة القانونية (كطرفيها أو أحد أطرافها، أو محلها أو سببها) مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العلاقة القانونية ذاتها. بينما يعرفه جانب من الفقه بأنه المعيار الذي يختاره المشرع الوطني للربط بين الفكرة المسندة والقانون الواجب التطبيق.

ويمكن تعريف ضابط الإسناد بأنه "المعيار المختار من قبل المشرع الوطني والذي يعتبر مركز الثقل في العلاقات القانونية يهتدي من خلاله إلى تحديد تقريبي للقانون المختص وهو نقطة الارتكاز التي تربط بين العلاقة وبين أكثر النظم القانونية اتصالا بها".

تتعدد ضوابط الإسناد في النظرية العامة لتنازع القوانين إرتباطا بتعدد المسائل والحالات القانونية التي تنظمها، وتزداد صور هذا التعدد وطبيعة معاييره بالاستناد إلى الصياغات التشريعية في القوانين الوضعية وما تحمله من خصوصية وتحديث مضاف على الضوابط الجامدة.

فقد يكون ضابط الإسناد ضابطا بسيطا، وفيه تتضمن قاعدة الإسناد ضابطا إسناد واحد ومثال ذلك ما ورد في المادة (1/10) من القانون المدني من أن الحالة المدنية والأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أو المادة (1/12) التي تنص: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج...".

ضابط الإسناد ليس دائما على صورة واحدة، فقد يكون مركبا وفيه يضمن المشرع قاعدة الإسناد أكثر من ضابط وغرض المشرع من هذا التعدد هو التسهيل على أطراف **العلاقة** القانونية فرصة لاختيار القانون الملائم ويكون تطبيق إحدى هذه القوانين تطبيقا اختياريا ويأخذ ضابط الإسناد المركب الصور الآتية:

أ - الإسناد الموزع: أحيانا تتضمن قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد، أن هذا الضابط يشير إلى اختصاص أكثر من قانون، والمثال على ذلك ما نصت عليه المادة (11) من القانون المدني بخصوص الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج والتي يسري عليها قانون جنسية كل من الزوجين.

فعلى الرغم من أن هذه القاعدة تتضمن ضابط إسناد واحد وهو ضابط الجنسية بالنسبة لكل من الزوجين، إلا أنه في ذات الوقت ضابط مركب حيث أن أعمال هذا الضابط قد يؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين في حالة اختلاف جنسية الزوج عن الزوجة.

ب - الإسناد التخييري: أحيانا يقوم المشرع بصياغة ضابط الإسناد بشكل خاص تتعدد فيه ضوابط الإسناد بطريقة تؤدي إلى صحة العلاقة أو المركز القانوني الوارد في الفكرة المسندة إذا تمت هذه العلاقة وفقا لأي ضابط من ضوابط الإسناد الواردة في قاعدة التنازع وقواعد الإسناد التي تتضمن ضوابط أسناد تخييرية كثيرة ومثالها الإسناد الوارد في المادة (19) من القانون المدني والخاصة بصحة التصرفات القانونية من حيث الشكل. إذ تنص "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

إذ كانت ضوابط الإسناد التخييرية تتسم بالمساواة فيما بينها فإنه في حالات أخرى تتم صياغة ضوابط الإسناد التخييرية بشكل تدرجي بحيث يطبق أولا ضابط الإسناد الرئيسي فإذا لم يتحقق هذا الضابط تم اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية الواردة بذات قاعدة التنازع.

وأبرز قواعد الإسناد التي أشارت إلى هذا المعنى ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (18) من القانون المدني بنصها "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد". ففي هذه الحالة يعد ضابط الإرادة والقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين ضابط رئيسي ينبغي مراعاته أولا. وفي حالة **عدم إمكانية إعمال** هذا الضابط الرئيسي يتم اللجوء إلى بقية الضوابط الاحتياطية بصورة تدرجية وهي ضابط قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، تم ضابط محل إبرام العقد.

ثالثا: القانون المسند إليه: وهو العنصر الثالث من عناصر قاعدة الإسناد، والقانون المسند إليه أو القانون الواجب التطبيق هو الذي تسند إليه قاعدة الإسناد حكم النزاع. وهذا القانون قد يكون قانونا أجنبيا وقد يكون قانونا وطنيا أي قانون القاضي، والحقيقة أنه لا فرق بين الحالتين فقاعدة الإسناد تنطبق سواء أدت إلى إخضاع النزاع للقانون الوطني أو لقانون أجنبي وهو ما يؤدي إليه الطابع المزدوج الجانب الذي تتسم به قاعدة التنازع.

إلا أن الفقه يرى أن النزعة الإقليمية وتدخل السياسة والمصالح العليا للدولة تحاول التأثير على المشرع الوطني بوضع قاعدة إسناد احتياطية تسلب الاختصاص من القانون الأجنبي حظوظ توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (13) من القانون المدني "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11-12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

يثير تحديد القانون الواجب التطبيق أي القانون المسند إليه عدة تساؤلات أهمها هل المقصود من القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد قواعده الموضوعية فحسب أم يشمل أيضا قواعد الإسناد في هذا

القانون؟ ومثال ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد في القانون الجزائري على تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام، وكان على سبيل المثال القانون الفرنسي فهل تطبق الحلول الموضوعية التي يكرسها هذا القانون على النزاع مباشرة، أم تطبق أيضا قواعد الإسناد فيه؟.

بالإضافة إلى ذلك فقد تعترض القاضي المطروح أمامه النزاع صعوبات جمة في تحديد القانون المسند إليه حسب طبيعة قاعدة التنازع، ويتجاوزها حسب الحلول المقررة في قانونه الوطني. فالمادة (22) مدني تحل مشكل القانون الشخصي لمتعدد الجنسية أو عديمها، في أن المادة (23) مكرر 2 تبين الحل في حالة رفض القانون المسند إليه الاختصاص. كما أنه إذا تعذر تركيز موضوع العلاقة القانونية ضمن فئة الربط الخاص بالأموال كأن يكون موجود في إقليم غير خاضع لأية سيادة كمنطقة أعالي البحار، فيطبق في هذه الحالة قانون القاضي يوصف أن هذا القانون له الولاية العامة عملا بمبدأ إقليمية القوانين حتى لا تبقى العلاقة القانونية بدون حل.

المبحث الثاني: خصائص قاعدة الإسناد

تعتبر قاعدة الإسناد الوسيلة البارزة والغالبة لتنظيم وحل النزاعات الخاصة الدولية، ويقدم مصطلح هذه القاعدة في معناه وطبيعة الدور المناط بها لتحديد القانون الواجب التطبيق مفاهيم جديدة غير مألوفة في علم القانون.

قاعدة التنازع تقوم بدور استثنائي في العلاقات ذات العنصر الأجنبي أنت في صلب وصميم نظام خاص فريد أعطى لها خصوصيتها وتمايزها عن باقي القواعد القانونية المعروفة خارج القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول: قواعد الإسناد قواعد وطنية

القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي من صنع المشرع الوطني كقاعدة عامة، وتتسم قاعدة الإسناد بوصفها الأداة التقليدية والوسيلة الأساسية التي يستخدمها القانون الدولي الخاص للكشف عن القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي بذات الصفة.

وبهذه المثابة تعتبر قواعد الإسناد داخلة ضمن المصادر الوطنية للقانون التي يتولى المشرع الوطني برسم السياسة التي يراها مفيدة وصائبة إتجاه القانون، وتبعاً لذلك فإن لكل دولة قواعد الإسناد الخاصة بها والتي تختلف من دولة لأخرى بما يتوافق والمنهج المتبع في الدولة لحماية مختلف المصالح الخاصة والعامة.

فقد أعتبر الفقهاء قديما وحديثا أن التنظيم المثالي لتلك الطائفة من الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي يكون بإخضاعها لقواعد دولية موحدة أي تلتزم جميع الدول بتطبيقها وهو ما قام البعض بصياغتها عبر حلول نظرية عامة تتبعها كافة الدول.

غير أن القانون الوضعي قد إتجه دائما إتجاها عكسيا بحيث إستقل كل مشروع بتنظيمها وفق ما يترأ له في الدفاع عن مصلحته الوطنية. وهذه المصلحة هي التي إقتضت مراعاة الجانب الدولي في تنظيمها. وعليه يمكن استخلاص نتيجة غاية في الأهمية من أن ولادت قواعد الإسناد أتت في منتصف الطريق بين الإبقاء على الإقليمية المطلقة وبين التنظيم الدولي الموحد لحكم العلاقات الدولية الخاصة. إذا كانت قواعد الإسناد تعبر عن فكرة وطنية خاصة بدولة معينة لكنها مع ذلك لا تستطيع مجافاة مؤثرات الواقع الدولي وتشابكاته مع المصلحة الوطنية من جهة، وطبيعة النزاع وسيادة الدولة على إقليمها، وحاجة التعامل الدولي والمصلحة المشتركة للدول من جهة أخرى.

وعليه إذا كانت قواعد الإسناد في منطلقاتها ومصدرها تعتبر وطنية لكنها في نفس الوقت تعتبر في توجهاتها دولية، وهذا ما يظهر مبدأ التعامل بالمثل بين الدول في مجال العلاقات الخاصة الدولية. ومع ذلك فإنه يتعين الإشارة إلى أن العديد من قواعد الإسناد تستمد وجودها من المعاهدات الدولية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص والتي توقع عليها الدولة أو تنظم إليها.

فعلى سبيل المثال هناك العديد من قواعد الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق موجودة في العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مما حرى ببعض الفقهاء إلى الاعتقاد بوجود عرف دولي ملزم أو إلتزام طبيعي ينبغي مراعاته من كافة الدول.

وعليه يمكن التوصل إلى هذا الإلتزام في بعض الاتفاقيات الدولية الصادرة برعاية هيئة الأمم المتحدة، ومثال ذلك اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية المعقودة بين دول الجامعة العربية لعام 1952 وعام 1982. واتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها والتي إشتطت ضرورة مراعاة قواعد التنازع من قبل الدول إعتبرت هذه المراعاة شرطا لتنفيذ الأحكام أو لتكوين العقود الدولية. بالإضافة إلى اتفاقية روما لعام 1980 التي تعد المصدر الرئيسي لقواعد الإسناد في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في العديد من الدول الأوروبية كإيطاليا وألمانيا.

ويترتب على الطابع الوطني الذي تتمتع به قاعدة الإسناد، كقاعدة عامة وفي الحدود التي أشرنا إليها نتيجة هامة، وهي ضرورة تمشي هذه القاعدة مع المبادئ الدستورية في الدولة التي وضعتها.

هناك إجماع على الصعيد الفقهي والقضائي والتشريعي في العديد من الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة على ضرورة احترام قاعدة الإسناد للمبادئ الدستورية السائدة في القانون الوطني. فإن هناك أثر

يترتب على الطابع الوطني لقاعدة الإسناد لا يتمتع بذات الإجماع السابق، وهذا الأثر يتعلق بالتزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه دون أن يتمسك الخصوم بهذا الإعمال.

المسلم به أن قاعدة الإسناد قاعدة قانونية من وضع المشرع الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم بإعمالها، وذلك نزولاً على الطابع القانوني الملزم للقواعد القانونية بصفة عامة بما في ذلك القواعد القانونية غير المتعلقة بالنظام العام.

اختلفت الأنظمة القانونية ومواقف الفقه في هذا الشأن في اتجاهين:

الاتجاه الأول: ومؤداه عدم إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه طالما أن قاعدة التنازع لا تقدم حلاً للنزاع ولا تتعلق بالنظام العام وإنما تشكل رخصة متروكة للقاضي صلاحية تقدير استعمالها أو عدم التمسك بها.

الاتجاه الثاني: ويمثل الرأي الراجح فقها والذي يرى أن قاعدة التنازع ملزمة بغض النظر عن مصدرها بوصفها تعبر عن ممارسة أحد مظاهر السيادة والتالي فهي أداة توثيقية بين مقتضيات المصلحة الوطنية والاعتبارات الدولية غرضها تحقيق الاستقرار القانوني للروابط الخاصة الدولية.

إلى جانب هذين الاتجاهين المتعارضين تبنى النظام القانوني الفرنسي اتجاهاً خاصاً بشأن مدى التزام القاضي الفرنسي بإعمال قاعدة الإسناد الفرنسية، وبدوره إنقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين، إتجاه مناهض لقيام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه. واتجاه مؤيد لقيام القاضي الوطني بإعمال قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، ولكل من الاتجاهين حجته التي يدعم بها موقفه.

أما بالنسبة لمجمع القانون الدولي فإنه تبنى في دورته المنعقدة في عام 1989 الاتجاه المناهض لقيام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.

المطلب الثاني: قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة "قاعدة مرشدة"

تتصف قاعدة الإسناد ومن حيث مضمونها بكونها قواعد غير مباشرة إذ أنها لا تنطبق مباشرة على موضوع النزاع، إنما يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة التي لها قابلية حكم العلاقة القانونية، بمعنى أن قواعد الإسناد لا تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع، وإنما هي قواعد تقوم بالإشارة إلى القانون الذي تتكفل قواعده بإعطاء الحل النهائي للنزاع المتضمن عنصراً أجنبياً.

فقاعدة الإسناد تخاطب بصورة مباشرة القاضي الذي يكون عليه أن يطبقها لتحقيق الغاية منها. وبهذا المعنى تكون للقاعدة صفة الإلتزام كما يتوجه خطاب القاعدة بطريقة غير مباشرة إلى أطراف المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي. أي كان الأمر فإن قاعدة الإسناد لا تتكفل بحسم المسألة المطروحة وإعطائها الحل النهائي.

إن علة وجود قواعد الإسناد تتمثل في اختيار معين من بين مجموعة القوانين المتزاخمة. وبالتالي فهي قاعدة انتقاء للقانون الذي ينطبق على النزاع وليست قاعدة حل مباشرة كما هو الحال في النزاعات الداخلية أو القواعد القانونية ذات التطبيق الفوري والمباشر في العلاقات المشتمة على عنصر أجنبي.

وهذا كله تدل عليه لفظة "الإسناد **Rattachement**" في مصطلح هذه القاعدة، وعلى ذلك فإن هذه الصفة تعطي قاعدة الإسناد الطابع الذي يميزها على القواعد المألوفة والمعروفة في باقي فروع القانون وتضفي على نظرية التنازع ومنهجية الحل فيها الطابع الخاص والمميز والمستقل، ليس فقط عن قواعد القانون الداخلي بل أيضا عن القواعد الناظمة للموضوعات الأخرى التي تدخل في النطاق الواسع للقانون الدولي الخاص كالجنسية ومركز الأجانب والاختصاص القضائي.

وعليه فإن قاعدة الإسناد لا تتضمن أحكاما مادية مباشرة في موضوع النزاع. فقاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين السن التي يكون فيها الشخص كامل الأهلية للالتزام مثلا، بل تعين القانون الذي يتولى بنفسه بيان هذه السن، كما أن قاعدة الإسناد الخاصة بشروط انعقاد الزواج لا تحدد شروط صحة الزواج ولا تبين فيها إذا كان الزواج صحيحا أم باطلا بل تدل وتشير إلى قانون دولة معينة يكون واجب التطبيق على هذا الزواج وتترك لأحكامه الموضوعية بيان مثل هذه المسائل.

وقد دعت هذه الصفة جانبا من الفقه الفرنسي إلى تشبيه قواعد الإسناد -تشيبيها- طريفا-بمكتب الاستعلامات في محطة السكة الحديدية، فكما تقتصر مهمة هذا المكتب على إشارة إلى رصيف القطار الذي يرغب المسافر في استقلاله، فكذلك تنحصر وظيفة هذه القواعد في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

فخاصية قواعد الإسناد الفنية الجوهرية التي تقتصر إليها قواعد القانون الأخرى بحيث هذه الآلية يتم توظيف المركز القانوني الذي تحتويه وتركيزه في دولة معينة فيصبح قانون تلك الدولة هو الملائم في نظر المشرع. ومعيار التركيز النسبي ومبني على اعتبارات الملاءمة لتحقيق أهداف سياسية تشريعية معينة حسبما تقتضيه المصلحة الوطنية لكل دولة، وبما أن ضوابط الإسناد معدة لكل طائفة من النظم إلا أن المشرع يختار من بينها ما يناسبه.

ولابد من الإشارة أنه إذا كانت قواعد الإسناد غير مباشرة وإرشادية كقاعدة عامة، فإن هناك بعض قواعد الإسناد تعد قواعد مباشر وبالتالي تتضمن الحل الموضوعي للنزاع وتسلب الاختصاص لأي قانون أجنبي. ومثالها القواعد المنظمة لمسائل الجنسية التي تتكفل بصفة مباشرة ببيان مفاهيم رعايا الدولة ولا تقوم بالإشارة إلى القانون الذي يتولى هذه المهمة.

كما أن قواعد الإسناد المتعلقة بمركز الأجانب هي التي تبين وتحدد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب الوافدين داخل إقليم الدولة، ولا تكفي بالإشارة إلى القانون الذي تتحدد هذه الحقوق بمقتضاه، بالإضافة إلى ذلك القواعد القانونية التي تنظم مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن المحاكم الأجنبية داخل إقليم الدولة المراد التنفيذ فيها.

المطلب الثالث: قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة

تتميز قواعد الإسناد من حيث آثارها بأنها قواعد مزدوجة الجنب أي أنها قد تشير باختصاص القانون الوطني للقاضي المعروض أمامه النزاع وقد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، ففي ذهن واضع القاعدة أن القانون المختص هو أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة دون اعتبار ما إذا كان هذا القانون وطنيا أم أجنبيا، ومن الثابت في مجال تنازع القوانين عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق. واستنادا لذلك استقرت آراء الفقهاء على اعتبار قواعد الإسناد مزدوجة التطبيق أي تصاغ في القانون الوضعي (وفي النظرية العامة) صياغة مزدوجة ويترتب على ذلك إذا كان القاضي الجزائري مختصا بالفصل في النزاع فلا يعني ذلك بالضرورة أن يطبق قانونه الوطني، ففي ذلك إلغاء للتزاحم بين القوانين لمصلحة قانون القاضي.

فهذه الصياغة هي أهم ما يميز قواعد الإسناد من حيث آثارها عن باقي القواعد القانونية التي تحصر اختصاصها بتحديد القانون الوطني. فقواعد الإسناد التي تعين القانون المختص في كل الأحوال سواء كان القانون الوطني أو قانونا أجنبيا توصف بأنها ذات شقين أو أنها قاعدة مزدوجة وهذه الطريقة في صياغة قواعد الإسناد هي التي تبنتها جل التشريعات المعاصرة في كافة الدول، مع وجود بعض التشريعات المتأثرة بالاتجاه الفقهي المناصر للقواعد المفردة الجنب التي اعتمدت بعض قواعد الإسناد المفردة.

فإذا كانت المسألة المتنازع فيها تتضمن عنصرا وطنيا وعنصرا أجنبيا فقد تقتضي عملية انتقاء القانون الأنسب إلى تطبيق القانون الوطني. وعلى العكس إذا كانت المسألة في أهم عناصرها أجنبية فلا مكان لتطبيق القانون الوطني وكل ذلك يتم سندا لاعتبارات الملاءمة والمصلحة ومقتضيات العدالة.

والحق أن هذا المضمون المزدوج لقاعدة الإسناد تقتضيه -كقاعدة- وظيفة قاعدة الإسناد باعتبارها وسيلة فض تنازع القوانين عندما يتعلق الأمر بمنازعة ذات طبيعة دولية مطروحة أمام القضاء الوطني.

فقاعدة الإسناد لا تكون قد أدت وظيفتها كاملة وهي تمكين القاضي الوطني من فض المنازعات ذات الطابع الدولي إذا هي اقتصرت على إيجاد حل للنزاع في الحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق.

وقد نادى بعض الفقهاء قديما وحديثا وخاصة في فرنسا وألمانيا وإيطاليا المتأثرين بمبدأ إقليمية القوانين بضرورة أن تكون قاعدة الإسناد مفردة الجنب يقتصر دورها على بيان الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص

لقانون دولة القاضي. وجوهر هذا الفكر مفاده أن ليس للدولة -أي دولة- أن تحدد اختصاص قانون دولة أخرى أجنبية لا يكون فيها لهذا القانون الأخير إرادة الانطباق. ومن ثم فإنه يقف دور كل دولة عند حد بيان الحالات التي ينطبق فيها قانونها. وعند هذا الحد يتعين أن يقف دور قاعدة الإسناد، وبحيث يكون على مشرع كل دولة أن يحترم خارج إطار هذه الحدود إرادة الدولة الأخرى فيما يتعلق بتحديد النطاق الذي تنطبق فيه قوانينها.

وتعد المادة (310) من القانون المدني الفرنسي الصادر في 11 جويلية 1975 من قواعد الإسناد المفردة الجانب التي تبين فقط تحديد نطاق تطبيق القانون الفرنسي في المسائل المتعلقة بالطلاق، غير أن القضاء الفرنسي درج منذ زمن طويل على تفسير المادة السالفة الذكر تفسيراً يجعل من هذه القاعدة ثنائية الجانب رغم سياق النص.

وعلى كل حال فإن غالبية قواعد الإسناد تصاغ صياغة مزدوجة وهي بذلك تحقق هدفان:

الأول: يتمثل في فسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي إذا تبين للقاضي الناظر في النزاع عدم اختصاص قانونه، وخلص إلى نتيجة مؤكدة لديه أن العلاقة القانونية ترتبط بنظام قانوني أجنبي.

الثاني: تحاشي حصول نزاع قانوني في الحالة التي يكون فيها قانون القاضي غير مختص وهذا من خلال تبني الإسناد المزدوج وبالتالي يتحدد القانون الأجنبي المختص حسب معيار التركيز الذي اعتمده المشرع.

أما بخصوص قواعد الإسناد الواردة في القانون الجزائري فأغلبها جاءت في صياغة مزدوجة باستثناء نص المادة (09) الخاصة بالتنكيف والتي صيغت في شكل منفرد وكذا المادة (13). علماً أن المادة (1/10) الخاصة بالحالة والأهلية كانت مصاغة في شكل مفرد، لكن بموجب تعديل 20 جوان 2005 عمد المشرع إلى استعمال الصياغة المزدوجة التي تمكن قاعدة الإسناد من أداء وظيفتها الجوهرية والأساسية وهي فتح المجال أمام تطبيق القوانين الأجنبية كمحور وركن أساسي تقوم عليه نظرية تنازع القوانين.

المطلب الرابع: قواعد الإسناد محايدة ومجردة

الأصل أن كل قواعد القانون بما فيها قواعد الإسناد هي عامة ومجردة ، والأصل أيضاً أن المبدأ الذي يحكم فلسفة التشريع استناداً لمبدأ الإقليمية هو التحيز للقانون الوطني أي عدم الحياد. لكن الاستثناء البارز عن هذا المبدأ هو السماح بتطبيق قانون أجنبي من طرف القضاء الوطني عبر أداة استثنائية محايدة ومجردة هي قاعدة الإسناد.

وعليه وبصورة مبدئية تلتقي قواعد الإسناد مع باقي القواعد القانونية بكونها قواعد عامة ومجردة ومحايدة، ومع ذلك فإنها حتى مع هذه الصفات تأخذ أوجه خصوصيتها.

فقاعدة الإسناد تتميز بوصفها قواعد حيادية ومجردة وباعتبارها غير مباشرة تتسم بطابع شكلي حيث يقتصر دورها على تحديد القانون الأوثق صلة بالمركز القانوني من وجهة نظر المشرع الوطني بغض النظر عن مضمون هذا القانون أو الآثار المترتبة على تطبيقه وبهذه المثابة تكتفي بتحقيق عدالة شكلية. وبتميز قواعد الإسناد بهذه الصفة فهي قواعد آلية تكتفي بتحقيق عدالة شكلية تتمثل في إسناد العلاقة محل المنازعة بطريقة تلقائية إلى أكثر القوانين ارتباطا بها وفقا للسياسة التشريعية لدولة القاضي وذلك بغض النظر عن النتائج المادية التي يمكن أن يترتب عليها هذا التطبيق. فقواعد الإسناد وظيفتها الأساسية هي تحقيق ما يعرف بعدالة القانون الدولي الخاص وحل تنازع القوانين في المسائل المعروضة وليس للعدالة المادية كما لو كان الأمر يتعلق بتطبيق قاعدة قانونية داخلية على موضوع كل عناصره وطنية.

وهذا يعني أن قاعدة الإسناد لا تعين قانون دولة مسماة ولا تبين جنسية الدولة التي ينتمي إليها القانون مسبقا، بل تحدد القانون الواجب التطبيق بالاستناد إلى معايير مجردة تبينها ضوابط الإسناد كالجنسية والمواطن ومكان وجود الأموال... مثل إخضاع العقار لقانون موقعه والعقد لقانون الإرادة، والأهلية لقانون الجنسية، فالتجريد يكمن في أن قاعدة الإسناد تحدد بنفس الطريقة واستنادا إلى نفس المعيار نطاق تطبيق القانون الأجنبي على قدم المساواة مع نطاق تطبيق القانون الوطني. وبالتالي فإن قاعدة الإسناد لا تسمح بالمفاضلة بعد صياغتها.

فالقاعدة التي تخضع للالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة أو التي تخضع شكل التصرفات لقانون مكان الإبرام لا تسمى قانون دولة معينة لأن ضابط الإسناد هو معيار مجرد لا يسمح مسبقا بهذا التعيين. إذ لا يمكن عمليا معرفة هذه الدولة إلا بعد قيام نزاع معين وبعد عرضه على القضاء. وإذا كان هذا هو الأصل في قاعدة الإسناد. فإنها قد تهدف في بعض الفروض إلى تحقيق هدف مادي معين، وفرضها أن يضع المشرع قاعدة إسناد تمييزية ترصد أكثر من قانون لحكم المسألة بحيث تصح العلاقة إذا صادفت الأوضاع المعمول بها في أي من هذه القوانين. ويسمى الفقه مثل هذه القاعدة بقواعد الإسناد ذات الصبغة المادية.

المبحث الثاني

التكليف La Qualification

المطلب الأول

تعريف التكليف وأهميته

هناك تعاريف متعددة ومتنوعة للتكليف ليست واردة على سبيل الحصر يمكن ذكر البعض منها

على النحو الآتي:

التكييف هو قيام القاضي بتحديد طبيعة المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق.

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

كما يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في طائفة من النظم القانونية لكي 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 أولا فيما إذا كان اتفاق 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.

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 كالدعي 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 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 مواتية لها قبل الانتهاء من عملية التكييف.

وإختلف فقهاء القانون الدولي الخاص فيما ينصب عليه التكييف في اتجاهين 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⁽¹¹⁷⁾.

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⁽¹¹⁸⁾.

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 المستمر وكان ذلك بمناسبة بحثه عن طبيعة الروابط القانونية.

ثم جاء بعده الفقيه الفرنسي (إيتيان **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 اصطلاح التكييف **LA QUALIFICATION** على هذه المشكلة.

(117) راجع في عرض لهذه الآراء كل من: بارتان: المبادئ، ج1، ص233. وعزالدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية 1974، بند 56 .

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

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

فالفقيه بارتان هو من لاحظ بأن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة ضمنية دون أن يصرح بها. ومن ضمن القضايا التي اعتمدها خلال دراسته وتحليله واستخلاصه 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 لاستجلاء 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⁽¹¹⁹⁾ 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 باعتباره 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 لتحرير 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⁽¹²⁰⁾.

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

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

ثانيا: قضية ميراث المالطي .

وقد فصلت في هذه القضية محكمة استئناف الجزائر بتاريخ 24 سبتمبر 1889 وتتلخص وقائعها في أن زواجا تم بمالطا بين مالطيين 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 فالمسألة تتعلق بتحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، هل وكيف 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 وكيف على أنه حق لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة الزوج ويعد منفعة زوجية فضلا عن الميراث وعلى ذلك يدخل هذا النصيب في النظام المالي للزوجين الذي يخضع للقانون المالطي باعتباره 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⁽¹²¹⁾.

ثالثا: قضية أجدن .

وقائع هذه القضية أن فرنسيا 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 زواجا بالفرنسي طالب أمام المحاكم الإنجليزية ببطلان الزواج الثاني منها لتعدد الأزواج، فقضت محكمة الاستئناف الإنجليزي سنة 1908 ببطلانه واعتبار 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.

(121) راجع تفاصيل هذه القضية في مجلة كلينييه Clunet، 1891، ص 171 .

الفرع الثاني: موقف الفقه من التكييف .

اختلف الفقهاء في تعيين القانون الذي يخضع له التكييف، فالبعض يرى أن التكييف يخضع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وذهب الرأي الغالب إلى إسناده لقانون القاضي، في حين 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 ديبانييه **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، ويخلغ 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 ببطلائها، أما أنه إكتفى باعتبار 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 اختصاص قانون معين لحكم النزاع مع أن اختصاصه 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 طبقاً 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⁽¹²²⁾ 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 التكيف.

ثانيا: إخضاع التكيف 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 السادات، ولا يتصور أن يتنازل المشرع عن التكيف 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 التكيف إلى قانون القاضي كقاعدة عامة، وعلى ذلك فإن التكيف 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 بالتكيف قانونا واحدا وهذا لن يتأتى إلا بالأخذ بقانون القاضي لاعتبار 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 اختصاص قانون القاضي يرد عليه تحفظ هام وجملة من الإستثناءات.

فالتحفظ هو أن اختصاص قانون القاضي يتوقف على التكيف الضروري لتحديد قاعدة الإسناد ويسمى بتكليف الاختصاص، 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 والتمييز بين أهلية التصرف وأهلية الأداء، ومن هو القاصر والبالغ؟.

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

وأما الاستثناءات 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⁽¹²³⁾.

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

(123) 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".

2 - أن تكييف الفعل الضار هل هو مشروع أو غير مشروع، وإذا كان غير مشروع فهل يرتب المسؤولية المدنية أو المسؤولية الجزائية يخضع لقانون المكان الذي وقع الفعل الضار في إقليميه، لأن اختصاص هذا القانون من النظام العام⁽¹²⁴⁾.

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 احتراماً للمعاهدة الدولية⁽¹²⁵⁾.

ثالثاً: إخضاع التكييف لقانون القاضي والقانون الأجنبي معاً.

ويتم التوصل إلى هذا الحل في رأي بعض الفقهاء بإجراء تكييفين متلاحقين، تكييف يتم طبقاً لقانون القاضي، وبموجبه يتحدد التعريف العام للمجرد للعلاقة القانونية كي تتبين قاعدة الإسناد التي تحكمها وتكييف يوصف بالتأنيبي يجري وفقاً 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 طبقاً لقانون القاضي وتكييف طبقاً للقانون الأجنبي المختص يلحق به إسناد نهائي طبقاً لقانون القاضي، ولو أن هذا الرأي حاول تلافي الانتقادات الموجهة للرأيين الأول والثاني، إلا أن تطبيقه ينطوي على جملة من الصعوبات ويشوبه 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 القانوني الذي تتضمنه الفكرة المسندة هو الفكرة

⁽¹²⁴⁾ تنص المادة (20) من القانون المدني الجزائري على "يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام.....".

⁽¹²⁵⁾ 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".

المجردة لذلك النظام القانوني المعمول به عالميا بمقارنة قوانين الدول المختلفة وليس هو النظام المقرر في هذا القانون أو ذلك.

وإن كان هذا الرأي يهدف إلى تحقيق مثل عليا توحيدا للمفاهيم القانونية الأساسية التي تعد أسسا للعلاقات الدولية الخاصة ومن شأنه القضاء على مشكل تنازع التكييفات بتوحيد المفاهيم القانونية لفئات 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 وتشريعا وتبنتها أغلب الدول الأوروبية والأنجلوسكسونية ونصت عليها بعض المعاهدات الدولية في القانون الدولي الخاص إلا أن هناك بعض الدول كاليونان وألمانيا وإيطاليا أغفلت النص عليها معتبرة التكييف من قبيل التفسير الذي يتولاه القاضي الوطني .

أما بالنسبة للدول العربية فقد نصت على التكييف وأخضعته لقانون القاضي⁽¹²⁶⁾ 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 برتمته ومفاهيمه الأساسية لأنواع العلاقات القانونية كالأحوال الشخصية والأموال والشكل والالتزامات 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 الاختلاف في ترتيبها عامل مهم في توحيد التكييف في القوانين العربية، ولا يقتصر الأمر على الأحوال الشخصية باعتبارها الشريعة العامة والمصدر الأساسي وإنما الجميع 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 اللائقة .

ربعاً: 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 الاستثناءات التي أوردتها بارتان مستبعدة.

(126) 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 تبنى هذا الرأي جل الفقهاء العرب، مشار إلى ذلك في: الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 110 - 111 .

خامسا: 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 الانفصال الجسماني قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005.

المبحث الثاني

الإحالة

المطلب الأول

تعريف الإحالة

الإحالة هي قبول تطبيق القانون الذي يشير ويدل 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 اختصاص 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 . وتتنازع القوانين يأخذ إحدى الصورتين: إما تنازع إيجابي وإما تنازع سلبي.

فالتنازع 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 باعتباره 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 باختصاصه طبقا للمادة (16) من القانون المدني باعتباره 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 باعتبار 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 اختصاصه

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 الاختصاص 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 فقهاء وأحدثت إنقساماً في الإجتihad 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 بحد الاختصاص لقانون القاضي مرة أخرى، ومثال ذلك إحالة القانون الفرنسي على القانون الجزائري الاختصاص في شأن ميراث منقول لفرنسي متوطن بالجزائر فبعد أن ثبت اختصاص القانون الفرنسي في أول الأمر عندما عرض النزاع على القاضي الجزائري عملاً بما تقتضي به قاعدة التنازع الجزائرية في شأن الميراث أحال القانون الأجنبي المختص طبقاً لقاعدة التنازع الجزائرية (وهو القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية) الاختصاص من جديد إلى القانون الجزائري، ويسمى الفقه هذه الصورة من الإحالة بالإحالة الضرورية، أو الإحالة من الدرجة الأولى.

أما صورة الإحالة من الدرجة الثانية ويسمى البعض الإحالة المطلقة ومضمونها أن يحيل القانون المختص طبقاً 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 باعتباره قانون الجنسية والقانون الأمريكي يرفض الاختصاص ويسنده للقانون الإنجليزي طبقاً لقاعدة التنازع في القانون الأمريكي التي تسند الأهلية لقانون الموطن والموطن هو إنجلترا والتي يقبل قانونها الاختصاص باعتبار أن القانون الإنجليزي يخضع مسائل الأهلية لقانون الموطن.

ومثال ثان أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول ميراث يتمثل في أموال توفي عنها إنجليزي متوطن في إيطاليا، فتقتضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتعيين القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية الذي يحيل بدوره الاختصاص إلى القانون الإيطالي لكونه قانون الموطن طبقاً لقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي، والقانون الإيطالي يعتمد الجنسية كضابط إسناد في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها الميراث، ومن ثم يسند الاختصاص 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 اتفاقية 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 قضائياً في قضية فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24/06/1878 والتي عرفت بقضية (فورجو **FORGO**)⁽¹²⁷⁾، وتتمثل وقائعها في أن فورجو ولد غير شرعي (طبيعي) ولد بإقليم **بفاري** في ألمانيا ودخلت به أمه إلى فرنسا وهو لا يزال صغير دون 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⁽¹²⁸⁾، 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⁽¹²⁹⁾.

استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثروة باعتبارها ثروة بدون وارث، وبلغ مسامح حواشي فورجو من عائلة أمه بالثروة التي استولت عليها مصلحة أملاك الدولة الفرنسية فطالبوا بالميراث مستنديين 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 استئناف (**بوجو** **PEAU**) برفض طلبهم في 11/03/1874 على أساس أن فورجو متوطن بفرنسا وبالتالي يسري على ميراث أمواله المنقولة القانون الفرنسي باعتبار أن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع حكم الميراث المنقول إلى قانون آخر موطن للهالك وبالتالي اختصاص القانون الفرنسي الذي يقضي بحرمانهم من الميراث، فطعن الحواشي في الحكم أمام محكمة النقض التي نقضت الحكم على أساس أن فورجو لم يكن متوطناً بفرنسا وإن الحكم أخطأ في التقدير ما دام أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن القانوني، ومن ثم يكون موطنه القانوني هو **بفاري** ويطبق عليه القانون **البفاري**، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف بوردو التي حكمت لصالح الحواشي طبقاً 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 24/06/1878 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، وأحالت القضية مرة أخرى إلى محكمة استئناف تولوز التي قضت في 22/05/1880 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 22/02/1887 دون التصريح بالإحالة وقبلت إحالة القانون **البفاري** على القانون الفرنسي وطبقت القانون الفرنسي.

(127) راجع تفاصيل هذه القضية في: **محدد إسعاد**: مرجع سابق، ص 195 .

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

(129) 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.

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 انقسامًا 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 وتنتظر 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 باستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ليكشف عما إذا كانت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تعترف بالاختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختار ليطبق على موضوع النزاع، أم أنها ترفض منحه الاختصاص 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 احترام البناء القانوني في هذا القانون.

واحتراما لفكرة الإسناد الإجمالي يتعين على القاضي المطروح أمامه النزاع إذا ما أشارت قاعدة إسناده باختصاص قانون أجنبي أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون، فإذا ما أشارت هذه القواعد بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي طبقه وإلا امتنع 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 بالاختصاص 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 الاعتراف 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 وجاهة 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 الاعتبار بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي. وفي سبيل تدعيم موقفه الرافض 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 الاتجاه إلى القول بأن قواعد الإسناد لها وظيفة سياسية تتمثل في الفصل بين السيادة 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 باختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع فهذا لا يعني أنه قبل التخلي عن المهمة التي عرض لها هو إبتداء وهي حل التنازع، فقاعدة الإسناد إذا فصلت في مشكلة التنازع وحددت بذلك القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل البحث لم يعد من المقبول بعد ذلك أن يرجع إلى قواعد التنازع 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 التنازع مرتين، وقد يكون القانون الواجب التطبيق مختلف عنه في المرة الثانية عن المرة الأولى.

فضلا عن ذلك أنه يدفع بالقاضي الوطني إلى احترام قاعدة الإسناد الأجنبية على حساب قاعدة الإسناد الوطنية، في حين تكون الأولى تبحث عن تحقيق اعتبارات 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 لأوامر 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 استشارات قواعد التنازع فيه، واستبعادا لهذا المنطق يرى الفقه الرافض للإحالة أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة ولا يهدف إلى احترام 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 لا فكاك منها، فلو اتبع 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 باختصاص 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 باختصاص قانون دولة رابعة وهكذا إلى قانون دولة أخرى دون أن يستطيع القاضي أن يتوقف عند حد معين بل أن الاختصاص قد يؤول في النهاية إلى قانون القاضي نفسه (الإحالة الدائرية) أو إلى قانون آخر سبق استشارة 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 إعمال 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 اختيار أكثر القوانين المناسبة والملائمة للفصل في المسألة المعروضة على القاضي ويتوقف دورها عند هذا فلا شأن لها بمسألة اختيار قواعد التنازع الملائمة، كما أن القول أن قواعد الإسناد الأجنبية ترتبط ارتباطا وثيقا بالقواعد الموضوعية على نحو لا يمكن معه إعمال الثانية (القواعد الموضوعية) دون استشارة الأولى (قواعد الإسناد) وإلا ترتب على ذلك المساس بإرادة المشرع الأجنبي قول لا يستقيم 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 الإعمال بقانون أجنبي، فإذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص قانون أجنبي فإنه يتعين إعمال القواعد المادية في هذا القانون، ولا شأن للقاضي الوطني باحترام 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

للقوف 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 قبولا للأخذ بالإحالة أم رفضا لها؟.

الأقرب إلى المنطق أن سكوت القانون الجزائري يعد رفضا للإحالة ولا يعتبر قبولا وذلك لعدة اعتبارات نذكر منها الآتي:

1 - لن يصدر حتى الآن عن القضاء الجزائري إلا قرارا وحيدا عن المحكمة العليا⁽¹³⁰⁾ وهذا الحكم لا يدل على الأخذ بالإحالة، وتفسير عدم وجود أحكام قضائية قبلت بالإحالة من القانون الأجنبي المختص بأن ذلك يعتبر رفضا لها.

2 - عملا بالقواعد العامة في قانون كل دولة ومنها القانون الجزائري فإن الأصل العام هو عدم الأخذ بالإحالة لحداتها، 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 ضمنا.

3 - القوانين التي أخذت بنظرية الإحالة السالفة الذكر نصت عليها صراحة، وهذا دليل على أن الأخذ بها لا يكون من خلال الاستنتاج من فحوى ومضمون النصوص القانونية في حالة السكوت عنها كما فعل المشرع الجزائري بل يعتبر ذلك رفضا لها⁽¹³¹⁾.

4 - يمكن اعتبار سكوت المشرع الجزائري عن الإحالة رفضا 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 المشرع الجزائري عدة أحكام قانونية، وبما أن القانون المصري رفض الإحالة في المادة (27) صراحة فلا يعقل أن يعتبر سكوت المشرع الجزائري قبولا لها بل المنطق السليم هو أن يفسر سكوته رفضا لها.

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

6 - نظم المشرع 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 وطبقا 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 داخليا، 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 المشرع الجزائري للإحالة الداخلية وسكوته عن الأخرى يعد رفضا لها.

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

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

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل.

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

ولما كان التعديل الجديد مس الإحالة بنوعيتها 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:

أولا: 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...تتعد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه).

ثانيا: 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 الاعتماد 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 انه 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 وتبيان 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 ويطبقتها 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 ويطبق 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 الاختصاص 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.

المبحث الثالث :

التنازع المتحرك

المطلب الأول :

مفهوم التنازع المتحرك

موضوع التنازع المتحرك **les Conflits mobiles** موضوع يكتسي أهمية عملية بالغة ، ويشير إشكالات عديدة وهو موضوع حديث النشأة وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح بالرغم من مجهودات الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتفه ، وذلك أن تنظيم العلاقات القانونية التي تشمل على عنصر أجنبي يخضع لاعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت مما يقتضي تحديد وقت نشوء العلاقة القانونية ومكانها ، وتكمن أهمية تحديد عنصر الزمان في تعيين القانون الواجب التطبيق حسب قواعد القانون الانتقالي **droit transitoire** أو تنازع القوانين من حيث الزمان ، كما تكمن أهمية عنصر المكان في تعيين القانون المختص حسب قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

فالتنازع المتحرك يحدث عند نشوء العلاقة القانونية أي حينما يكون التنازع ثابتا ، ولكن قد يحدث التنازع بعد نشوء العلاقة القانونية لتدخل عامل المكان مما يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد من وقت نشوءها إلى وقت المنازعة فيها .

ومن أمثلة التنازع الثابت :

1- أن يصدر المشروع في دولة ما قانون يرفع سن أهلية الزواج بالنسبة للفتاة من 17 سنة إلى 19 سنة ، أو العكس ، فالتنازع هنا زمني بين مجال القانون الجديد والقانون القديم ، ويحل التنازع حسب قواعد القانون الانتقالي وذلك عندما يحدد المشرع التاريخ الذي يدخل فيه القانون الجديد حيز النفاذ إما بناء على القواعد العامة المتعلقة بالنفاذ الفوري للقانون ، وإما بنص خاص يورده المشرع في باب أحكام مختلفة في القانون الجديد .

2- يتزوج تونسي بجزائرية فما هو القانون الواجب التطبيق على هذا الزواج ؟ التنازع في هذا المثال مكاني ثابت ويحل حسب قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص .

3- جزائري مقيم بإنجلترا يقوم بتصرف يخص أهليته ، فما هو القانون الواجب التطبيق ؟ النزاع مكاني والحل يكون بحسب ما تنص عليه قواعد التنازع في قانون القاضي الذي عرض أمانة النزاع .

ولكن عندما يقترن عنصر الزمان بعنصر المكان ويكون ذلك بين تاريخ نشوء العلاقة القانونية وتاريخ المنازعة فيها ينتج عن ذلك تنازع متحرك ومثال ذلك :

1 - أن يمتلك شخص منقولا دون حيازته (تسلمه) طبقا لقانون دولة يميز ذلك (كما هو الحال في القانون الفرنسي القديم) ثم ينتقل هذا المنقول لدولة أخرى يتطلب قانونها لصحة البيع ضرورة التسليم ، فهل يجوز لهذا الشخص أن يتمسك بملكه للمنقول طبقا للقانون القديم أمام قضاء القانون الجديد ؟.

2- أن يتزوج شخصا في ظل قانون يحضر حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق، ثم يتجنس الزوجان أو أحدهما بجنسية دولة يسمح قانونها بفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق ، فهل يجوز للزوج المحقق بالجنسية السابقة أن يدفع بتطبيق القانون القديم في مواجهة القانون الجديد ؟ وهل يجوز للطرف الثاني المطالبة بتطبيق القانون الجديد بدلا من القانون القديم ؟

3- طلق برازيلي زوجته في إنجلترا طبقا للقانون الإنجليزي (قانون المواطن) فهل يمكن التمسك بأثار هذا الطلاق في الجزائر التي يسند قانونها انحلال الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت فع الدعوى؟. هذه الأمثلة تبين أن سبب التنازع ناشئ من تغيير ضابط الإسناد بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها ، ولو أن المشرع أخضعها إلى ظروف إسناد مستقرة -ثابتة- نسبيا (الجنسية أو المواطن أو قانون مكان تواجد المال المنقول) إلا أن طريقة إعمال قاعدة الإسناد مختلف فيها من نظام قانوني لآخر مما يؤدي إلى نشوء التنازع المتحرك .

المطلب الثاني : حل مشكل التنازع المتحرك

حل مشكل التنازع المتحرك هناك مذهبان يقترحان حل مشكلة التنازع المتحرك ، المذهب الأول ويقوم على فكرة احترام الحقوق المكتسبة ، بينما المذهب الثاني يقوم على قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني ويقترح إعمال الأثر الفوري للقانون الجديد .

الفرع الأول : المذهب الذي يقوم على فكرة الحقوق المكتسبة .

ينبني الحل الذي يقوم على فكرة الأخذ بالحقوق المكتسبة كل من الفقيه دابسي في إنجلترا وبيل في أمريكا والفقيه بيه في فرنسا ، وقوام هذا الحل لمشكلة التنازع المتحرك أنه ينبني على التمييز بين الاعتراف بأثار الحق المكتسب في الخارج وبين تطبيق القانون الأجنبي الذي أكتسب الحق في ظله . ويرى أنصار هذا المذهب أنه إذا أكتسب الحق اكتسابا صحيحا طبقا للقانون المختص ينبغي أن تكون له قوة نفاذ دولية حتى يتمتع بالحصانة والأمان في الخارج ، وإلا ظل هذا الحق مهددا بالزوال بمجرد تجاوز الحدود السياسية لإقليم الدولة التي نشأ فيها ، ويتأسس هذا الاعتبار على حاجة المعاملات الدولية للاستقرار ، ويستند هذا الرأي على مبدأ المجاملة الدولية ، ومبادئ القانون الدولي العام التي تفرض على الدولة أن تحترم سيادة الدول الأخرى . ومن مظاهر ذلك احترام الحقوق المكتسبة التي نشأت تحت ظل سلطان هذه السيادة.

وقد انتهى أنصار هذا المذهب إلى وضع القيود التالية للتمسك باحترام الحق المكتسب في مواجهة أي نظام قانوني ، ومن بين هذه القيود :

1- يجب أن ينشأ الحق صحيحا طبقا لأحكام القانون المختص الذي تشير قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى تطبيقه .

2- أن يكون المطلوب هو نفاذ الحق وليس إنشاؤه من جديد ، بمعنى أن يكون الحق قد نشأ كاملا في ظل نظام قانوني معين .

3- ألا ينشأ حق مضاد له في الدولة التي يراد التمسك فيها بنفاذه .

4- ألا يكون الحق المطالب بنفاذه قد اكتسب بطريق الغش نحو القانون ، لأن الغش يبطل ما تأسس عليه .

5- ألا يكون الحق المراد التمسك به مخالفا للنظام العام في الدولة التي يراد التمسك بآثاره فيها.

وموضع النقد في مذهب الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة وخاصة رأي (بييه) يكمن في جعل قانون القاضي هو الحكم دائما في تعيين القانون المختص ، وهو ما يؤدي في حقيقة الأمر إلى البحث دائما ومن جديد عن نشأة الحق وليس نفاذه ، وكل ما في الأمر أن التنازع في مرحلة نشأة الحق يعرض مقدما في حين أنه في مرحلة نفاذ الحق يعرض بصفة لاحقة بعد تكوين الحق، لذلك فإن إضفاء شرط صحة نشأة الحق حسبما تحدده قواعد التنازع في قانون القاضي يفضي إلى نتيجة مناقضة للمعنى الحقيقي للحق المكتسب ، وعلّة ذلك أن اختلاف ضوابط الإسناد من نظام قانوني إلى آخر (من دولة إلى أخرى) هو الذي يؤدي إلى طرح فكرة الحقوق المكتسبة ، ذلك لأن حق يعتبر قائما في قانون معين وفي ذات الوقت منعدما في نظر قانون آخر ، مع أنه لو توحدت قواعد الإسناد عالميا لما كان هناك حاجة لوجود تنازع متحرك والبحث في مسألة احترام الحقوق المكتسبة مطلقا ، فطبقا لأنصار نظرية الأخذ بالحقوق المكتسبة وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي بييه ينبغي أن يكون الحق قد تكون وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي نشأ فيه وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه ، ومثال ذلك إذا عرض على القاضي الفرنسي نزاع يتعلق بنفاذ طلاق وقعه إسباني طبقا للقانون الانجليزي وهو قانون موطنه ، فليس للقاضي الفرنسي أن يجيبه إلى طلبه لأن قاعدة التنازع في القانون الفرنسي تسند حكم الطلاق إلى قانون الجنسية، ومادام قانون جنسيته الإسبانية يحضر الطلاق (قبل سنة 1982) وبالتالي فإن الإسباني لا يجوز له التمسك بحقه المكتسب المتمثل في الطلاق طبقا للقانون الإنجليزي أمام القضاء الفرنسي .

وبالمثل لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بصحة زواج حاصل بين ألماني وإيطالية في الولايات المتحدة الأمريكية مادامت قاعدة التنازع الفرنسية تسند الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون جنسية الزوجين ، ومن باب أولى أنه لا يجوز التمسك بنفاذ حق في فرنسا نشأ في الخارج وكان القانون الفرنسي هو القانون المختص عند إنشائه أصلا . ومثال ذلك أن يتمسك فرنسي أمام القضاء الفرنسي بزواجه بزوجة ثانية طبقا لأحكام قانون يجيز التعدد ، وتبرير ذلك بأن قواعد التنازع الوطنية مزوجة وتطبق بالأولوية إذ تبين متى يكون القانون الوطني مختصا ومتى يكون القانون الأجنبي مختصا أيضا . ففي المثال الأول والثاني ولو أن قانون القاضي غير مختص إلا أن القانون الأجنبي الذي نشأ في ظلّه الحق غير مختص أيضا طبقا لأحكام

التنازع في قانون القاضي ، أما في المثال الثالث فقانون القاضي هو المختص أصلاً بنشأة الحق ، وفي تطور لاحق لموقف أنصار الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة وتلافياً للانتقاد السابق رأى أن قاعدة التنازع يجب أن تكون فردية وليس مزدوجة وبنى على ذلك وجوب التمييز بين أن يكون قانون القاضي مختصاً طبقاً لقواعد إسناده أو غير مختص .

وبناء على ذلك فإن أنصار مذهب الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة قرروا ما يلي :

في الحالة الأولى : ألا يكون الحق نافذاً إلا إذا كان قد نشأ صحيحاً وتوافرت فيه جميع الشروط التي يتطلبها قانون القاضي .

في الحالة الثانية : وهي حالة عدم اختصاص قانون القاضي فإنه يستوي في نظر القاضي الوطني أن يكون الحق قد نشأ صحيحاً وفق قواعد التنازع في البلد الذي نشأ فيه حتى ينفذ في أي بلد آخر ، وصورة هذه الحالة أنه إذا عرض نزاع أمام القاضي الفرنسي يخص صحة زواج فرنسي أبرم في الخارج فإن هذا الزواج لا يجوز التمسك به ولا يترتب آثاره في فرنسا إلا إذا توفرت الشروط المطلوبة في القانون الفرنسي لأنه مختص أصلاً ، أما إذا كان الزوجان من جنسية جزائرية أبرما زواجهما في إنجلترا باعتبارها موطناً لهما فيكفي التمسك بنفاذ الزواج في فرنسا أن تراعى فيه الشروط التي يتطلبها القانون الإنجليزي طالما أن القانون الفرنسي غير مختص ، غير أنه لو عرض هذا الزواج على القاضي الجزائري فسوف يحكم بعدم نفاذ الحق في الزواج الذي نشأ طبقاً للقانون الإنجليزي لأن القانون الجزائري مختص أصلاً بحكم الموضوع (المادة 11 من القانون المدني الجزائري) .

وإذا كان أنصار الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة قد وفقوا في تحديد المقصود بالنفاذ الدولي للحقوق وحققت نظريتهم الغاية في ذلك إذا كان قانون القاضي غير مختص ، أما إذا كان مختص فلا مناصبة من تحول البحث في نفاذ الحق إلى البحث في التنازع أثناء نشأته ما دامت قواعد الإسناد ذات طابع وطني وتطبق بالأولوية ومن واجب القاضي أن يحمي اختصاص قانونه .

إلا أن مذهب أنصار الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة تعرض لانتقادات قوية نتيجة عجزه عن تفسير بعض المراكز القانونية التي تتعلق بمدى سلطان القانون الجديد على الآثار المترتبة على الحق .

وقد أثرت هذه القضية بالنسبة للمراكز القانونية المستمرة في أربع مسائل وهي :

1- مدى قابلية الزواج للانحلال بالتطبيق أو الطلاق .

2- الأهلية المتعلقة بسن الرشد .

3- إمكان إثبات البنوة الطبيعية .

4 - مضمون الحقوق التي ترد على المنقول في حالة نقله من دولة إلى أخرى .

المسألة الأولى : مدى قابلية الزواج للانحلال ، لنفرض أن القانون القديم يحضر حل الرابطة الزوجية بالتطبيق أو الطلاق بينما القانون الجديد بعد تغيير الجنسية يجيز ذلك أو العكس ، فهل يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بالحقوق التي يترتبها القانون الذي يكون في صالحه ؟

المسألة الثانية : الأهلية المرتبطة بسن الرشد ، فهل يجوز لشخص أن يتمسك بحقه في البلوغ إذا غير جنسيته من قانون يحدد سن الرشد ب: 19 سنة إلى قانون يحددها ب: 23 سنة وهو لم يبلغ بعد هذه السن الأخيرة مع أنه تجاوز سن 19 سنة قبل تجنيسه.

المسألة الثالثة : إثبات البنوة الطبيعية إذا كان قانون الجنسية السابقة يسمح بإثبات البنوة الطبيعية عن طريق التقاضي (استصدار حكم قضائي) فهل يجوز لشخص يحمل هذه الجنسية أن يتمسك بهذا القانون إذا غير جنسيته وكان قانون جنسيته الجديد يمنع إثبات النسب بهذه الطريقة ؟ .

المسألة الرابعة : وتتعلق بمضمون الحقوق الواردة على المنقول إذا سلمنا طبقاً للمادة (17) من القانون المدني فإن المنقول يسري عليه قانون مكان تواجده وقت تحقق السبب ، وبالتالي كل حق سبق اكتسابه على منقول يجب أن يحترم ولو غير موقعه ، ولكن ما هو مدى سلطان القانون الجديد بالنسبة للحالة القانونية للمنقول في المستقبل ؟

إن أنصار نظرية الحقوق المكتسبة منهم من يجيب على هذه المسائل بالنفي ، ومنهم من يجيب عليها بالإيجاب وكلهم يستندون في ذلك إلى فكرة الحقوق المكتسبة، وهذا التناقض في التعليل ينبئ على الأقل عن غموض فكرة الحقوق المكتسبة وعدم قابليتها للتحديد الدقيق .

الفرع الثاني : قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني

سعيًا لحل التنازع المتحرك يذهب رأي قوي في الفقه المعاصر إلى قياسه على التنازع الزمني رغم أوجه الاختلاف بينهما والتي تتمثل في :

1- في التنازع الزمني القانونان يصدران عن مشرع واحد وسيادة واحدة بينما في التنازع المتحرك يصدر كل من القانونين عن مشرع مستقل .

2- في التنازع الزمني القانون الجديد يلغي القانون القديم كمبدأ عام ويحل محله بينما في التنازع المتحرك يظل القانونان ساري المفعول .

3- في التنازع الزمني يستطيع المشرع أن يجعل للقانون الجديد أثراً رجعياً أو يجعل للقانون القديم أثراً ممتداً.

في حين لا يتصور ذلك في التنازع المتحرك لاستقلال مصدري القانونين .

4- أن حدوث التنازع الزمني لا دخل لإرادة الشخص (الطرف في العلاقة القانونية) فيه بينما في التنازع المتحرك يخضع الحق للقانون الجديد بإرادة الشخص .

ومع هذا الاختلاف الظاهر بين التنازعين فإن أنصار هذا الرأي يحلون مشكلة التنازع المتحرك بالقياس على حل التنازع بين القوانين من حيث الزمان بإستعمال قواعد القانون الانتقالي في القانون الداخلي ، ومقتضى هذا الحل أن يكون للقانون الجديد أثراً فورياً ولا تقرر له الرجعية إلا بنص صريح ، كما أن القانون القديم لا يمتد تطبيقه إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد إلا على سبيل الإستثناء بالنسبة لنظام العقود التي يتعين أن تخضع بالنسبة لشروط إنعقادها وصحتها وأثارها وإنقضاءها إلى القانون المعمول به وقت إبرامها .

لذلك قاس فقهاء نظرية حل التنازع المتحرك بالاعتماد على آلية حل التنازع الزمني واستنتجوا أن التنازع المتحرك هو تنازع من حيث الزمان فيما بين دولتين أو أكثر لأن كلا من هذه القوانين ثبت له الاختصاص في وقتين مختلفين أحدهما يحكم المركز القانوني عند إنشائه والآخر يحكمه وقت نفاذه ، إذن مادام قد تعاقب على المركز القانوني الواحد قانونان يجب البحث عن نطاق كل منهما مهما كانت الفروق بين التنازعين .

وقد تبني هذا الرأي الفقيه الفرنسي -باتيفول- واعتبره أفضل رأي لحل مشكلة التنازع المتحرك بالرغم من الفروق العديدة الموجودة بين هذا الأخير والتنازع بين القوانين من حيث الزمان . وعلى ذلك يحل أنصار هذا الرأي مختلف فروض التنازع المتحرك على النحو التالي:

يخضع وجود الحق للقانون السابق أي قانون الدولة التي نشأ الحق تحت سلطانها ، كما تخضع له أيضا الآثار التي نشأت طبقا لهذا القانون مباشرة ، أما مضمون الحق وأثاره مستقيلا فيسري عليه القانون اللاحق أي قانون الدولة الثانية التي وضع المركز القانوني تحت سلطانها .

وتطبيقا للمبدأ السابق فإنه في حالة تغيير القانون الشخصي فإنه يجب أن يخضع للأثر الفوري للقانون اللاحق (أثار الزواج وانحلاله وأثار النسب والأهلية) وفي حالة تغير موقع المال المنقول تخضع وسائل كسب الحقوق العينية للقانون السابق، أما مضمون الحق مستقيلا فيقع تحت سلطان القانون الجديد . وأستشهد أنصار هذا الرأي بما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، في قضية السيدة - فيراري- .

إلا أن هذا المذهب أنتقد لخلطه بين العلاقات القانونية الوطنية المنظمة تنظيميا داخليا والعلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تخضع لقواعد التنازع ، كما عيب على هذا المذهب أن من شأن العمل به يؤدي أحيانا إلى حلول غريبة وغير معقولة منطقيا ، ومثال ذلك أن يحوز شخص منقولاً من غير تملكه في بلد لا يعترف قانونه بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، وينتقل به إلى بلد آخر يقر قانونه هذه القاعدة فيصبح مالكا في ظل القانون الجديد مع أنه لم يكن كذلك في ظل القانون القديم .

ففي هذا المثل يجوز الاحتجاج بالملكية طبقا للقانون الجديد إعمالا لمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد مع أن صفة المالك لم تتحقق في الحائر .

وفي ظل قصور فكرة الأخذ بالحقوق المكتسبة وفكرة قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني ، اقترح بعض الفقهاء حل التنازع المتحرك بين القوانين على أساس فكرة المفاضلة والملائمة بين القوانين المتنازعة ، وهذا الحل قد تبناه المشرع بالنسبة لحالات التنازع الثابت حين وضع قواعد إسناد محددة (حالة تفضيل قانون الجنسية على قانون الموطن أو العكس بالنسبة للأحوال الشخصية ، وتفضيل قانون محل إبرام العقد بالنسبة لشكله ، وقانون الإدارة بالنسبة للموضوع ...) وقد لجأ المشرع أحيانا في التنازع المتحرك إلى إجراء مفاضلة بين القانونين المتعاقبين .

ومثال ذلك تفضيل قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج بالنسبة لآثاره وقانون جنسيته وقت رفع الدعوى بالنسبة لانحلاله. وتفضيل قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب أو فقد الحيابة أو الملكية .

وفيما عدا هذه الحالات يلاحظ أن المشرع لم يجعل ظرف الإسناد الزمني ركنا في القاعدة خلافا لظرف الإسناد المكاني، وحينئذ تصبح المفاضلة والملائمة بين القوانين مسألة تقع في نطاق تفسير قاعدة الإسناد وعلى القاضي حسمها بمقتضى سلطته التقديرية بناء على السياسة التي يتبناها مشرعه فيعين القانون الواجب التطبيق نهائيا على ضوءها.

ومن نتائج هذا التمييز أن يباشر القانون الجديد سلطاته بدرجات متفاوتة بالنسبة لمختلف العناصر التي يحكمها كل قانون، ففي الأحوال الشخصية يسري القانون القديم على المراكز القانونية التي تمت صحيحة طبقا له، وتخضع الآثار المستقبلية لهذه العلاقات للقانون الجديد، فبالنسبة للأهلية مثلا : يسري القانون الجديد لتحديد سن الرشد ولا يمكن التنازع بالقانون القديم مع الاحتفاظ بصحة التصرفات التي وقعت في ظله، وبالنسبة لصحة الزواج يسري القانون القديم ولو لم تتوافر الشروط المطلوبة في القانون الجديد وأنه يعتبر العلاقة علاقة غير شرعية، أما آثار الزواج مستقبلا تخضع للقانون الجديد ، والحقوق الواردة على المنقول يؤخذ بالقانون القديم في الاعتبار بالنسبة للحقوق التي تقررت فعلا في ظله، أما الحقوق التي تترتب مستقبلا على المنقول فإن تغير موقع المنقول يؤثر على حالته القانونية وبالتالي في صحة ما يرد عليه من حقوق مستقبلا وفي مضمون واستمرار الحقوق التي وردت عليه سابقا.

ننتهي إلى القول بأنه في غير الحالات التي قرر المشرع بشأنها حلول للتنازع المتحرك لا توجد قاعدة إسناد خاصة بحله وإنما يقع الحسم في المسألة عن طريق تفسير قاعدة الإسناد الأصلية بشأن العلاقة موضع النظر وأن حل هذه المسألة تشكل علاقة ضرورية لإعمال قواعد الإسناد ويتحدد بواسطتها طريقة إعمالها شأنها في ذلك شأن التكييف والإحالة وتقع في نطاق تفسير هذه القواعد.