



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي



جامعة عين تموشنت

كلية الحقوق

مطبوعة في مقياس :

القانون الدولي الخاص (1)

أعمال موجهة لطلبة السنة الثالثة - قانون خاص - حقوق

من اعداد: د. مقدس أمينة

السنة الجامعية : 2024-2025

مقدمة

يُعدّ القانون الدولي الخاص من بين أهم المقررات التي تُدرّس في السنة الثالثة "قانون خاص"، لما له من طابع مزدوج يجمع بين البُعد النظري والتطبيقي، ولامتداده إلى جوهر العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. ويكتسب هذا المقياس أهمية متزايدة في ظل اتساع نطاق التبادل التجاري، وتنامي ظاهرة الهجرة، وتعدد حالات الزواج المختلط، وتزايد العلاقات القانونية العابرة للحدود، مما يجعل الإلمام بقواعده أمرًا لا غنى عنه لكل ممارس للقانون في عصر العولمة.

يتناول هذا الفرع من فروع القانون مجموعة من القواعد التي تُعنى بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الدولية الخاصة، وكذا الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، إضافة إلى تنظيم مركز الأجانب من حيث الحقوق والواجبات. ومن هذا المنطلق، يُعتبر القانون الدولي الخاص حلقة وصل بين القانون الداخلي والقانون الدولي العام، كما يُعدّ أداة قانونية لضمان استقرار المعاملات الدولية وحماية مصالح الأفراد عند تقاطع الأنظمة القانونية المختلفة.

وتهدف دراسة مقياس القانون الدولي الخاص إلى تمكين الطالب من فهم الإشكالات المعقدة المرتبطة بتنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، مع إكسابه القدرة على تحليل الوضعيات ذات البُعد الدولي، واقتراح الحلول الملائمة لها وفق القواعد المقررة في هذا المجال.

من هنا، فإن الإلمام الجيد بهذا المقياس يُعدّ ضرورة لا مجرد اختيار، بالنظر إلى عمقه النظري وراهنيته التطبيقية، خاصةً في ضوء ازدياد عدد القضايا التي تتطلب فهمًا دقيقًا لتداخل القوانين وتضارب الاختصاصات.

الأهداف العامة للمقياس:

- تمكين الطالب من الإحاطة بمفاهيم ومبادئ القانون الدولي الخاص.
- تدريب الطالب على معالجة النزاعات ذات العنصر الأجنبي قانونيًا ومنهجيًا.
- إعداد الطالب لفهم إشكالات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

المكتسبات القبلية :

1. الإلمام بأساسيات القانون المدني:

- فهم عام لمبادئ الالتزام، الأهلية، الحالة الشخصية، والروابط الأسرية.
- القدرة على التمييز بين الفئات القانونية (أشخاص، أموال، علاقات...).

2. استيعاب المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام:

- ك فهم مفهوم السيادة، الشخصية القانونية الدولية، المعاهدات الدولية، ومبدأ التعاون الدولي.

3. القدرة على التحليل القانوني المنهجي:

- صياغة الإشكالية القانونية.
- تحليل الوقائع وربطها بالنصوص القانونية المناسبة.
- استعمال المنهج المقارن عند الضرورة.

4. الاطلاع على مصادر القانون.

أهداف الأعمال الموجهة (TD) في مقياس القانون الدولي الخاص:

1. اكتساب القدرة على تحليل النصوص القانونية ذات الطابع الدولي: تدريب الطالب على قراءة المواد

القانونية التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا وتحليلها بدقة.

2. تحديد الفئة المسندة: (**la catégorie de rattachement**): تمكين الطالب من التمييز بين

الفئات القانونية المختلفة (مثل: الأهلية، الحالة الشخصية، العقود، المواريث...) وربط كل حالة بالفئة المناسبة وفق التكييف القانوني.

3. تمييز نوع قاعدة الإسناد: تأهيل الطالب لتحديد ما إذا كانت قاعدة الإسناد أحادية تشير إلى قانون

الدولة المعنية فقط، أو مزدوجة تُراعي احتمال تطبيق قانون أجنبي أو وطني تبعًا لضابط الإسناد.

4. تنمية مهارات التكيف: (Qualification): توجيه الطلبة إلى كيفية تكيف الوقائع أو العلاقة القانونية وفقاً للنظام القانوني الوطني، من أجل تحديد القاعدة القانونية المناسبة.

5. تدريب عملي على تطبيق قواعد الإسناد في الحالات الواقعية: عرض وضعيات قانونية واقعية أو مفترضة تحتوي على عنصر أجنبي، وتكليف الطالب بتحديد:

○ الفئة المسندة؛

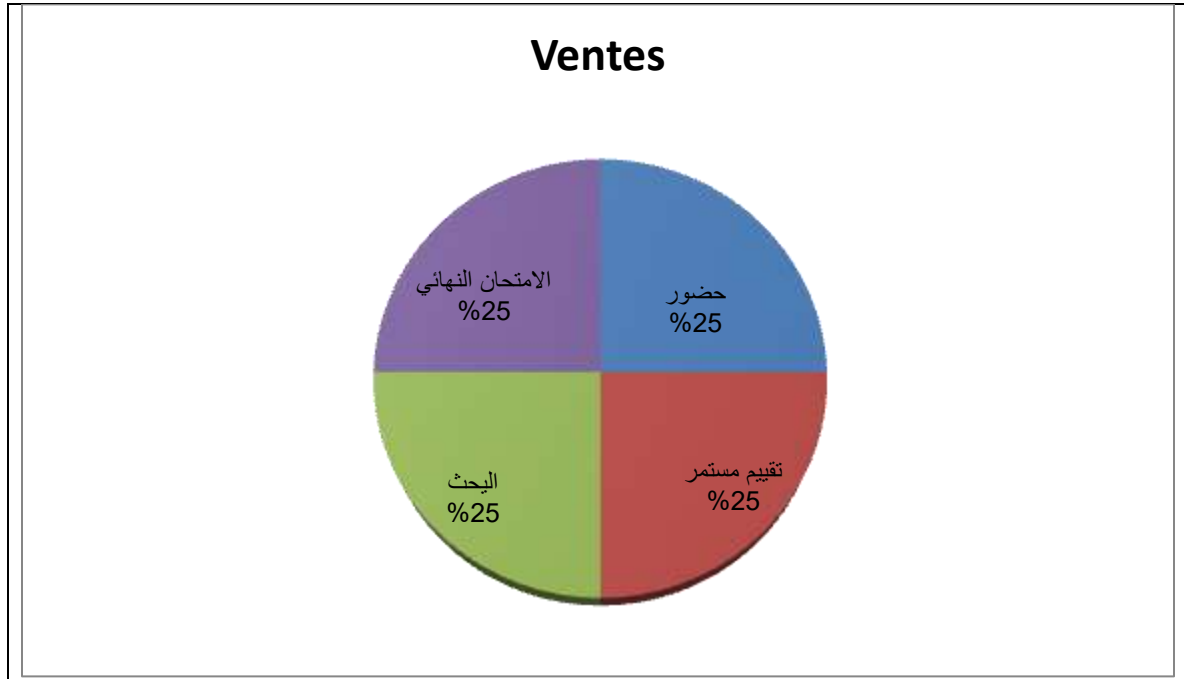
○ قاعدة الإسناد المناسبة؛

○ نوعها (أحادية أو مزدوجة)؛

○ القانون الواجب التطبيق.

6. الربط بين القاعدة العامة والاستثناءات: تدريب الطلبة على التمييز بين تطبيق القاعدة العامة وقواعد الاستثناء (مثل النظام العام الدولي، الغش نحو القانون، أو الإحالة...).

أساليب التقييم في الأعمال الموجهة:



نقطة الأعمال الموجهة تعتمد على المعايير الاربعة -حضور، تقييم مستمر، اعداد و تقديم لبحث، الامتحان النهائي- لكل منها خمسة نقاط- .

المراجع الأساسية للطالب :

-أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، الجزء الاول، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013،

- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول :المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2005

-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين الجزء الأول، مطبعة الكاهنة الجزائر،2000.

- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي-دراسة مقارنة-دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2007.

-عبد جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ،الطبعة الاولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان،2008.

-محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي،الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن ،2009.

-نسرين شريقي ،سعيد بو علي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ،الطبعة الأولى ،دار بلقيس للنشر، الجزائر ، 2013.

برنامج المقياس:



الفصل التمهيدي: الاطار المفاهيمي و النظري للقانون الدولي الخاص

يُعد القانون الدولي الخاص من الفروع الأساسية للقانون، كونه ينظّم العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، والتي يظهر فيها طرف أجنبي أو عنصر أجنبي يجعل النزاع عابراً للحدود الوطنية. ونظراً لما تطرحه هذه العلاقات من إشكاليات قانونية معقدة - سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق أو تحديد الجهة القضائية المختصة - فإن فهم طبيعة هذا القانون ومصادره وموضوعاته يُعدّ أمراً ضرورياً لأي طالب في القانون.

من خلال هذا الفصل التمهيدي سنبحث في مفهوم هذا القانون (المبحث الأول)، ثم نتطرق للبحث في مصادره و موضوعاته (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص

يُعد القانون الدولي الخاص فرعاً من فروع القانون يعنى بتنظيم العلاقات القانونية الخاصة ذات الطابع الدولي، والتي يتضمنها عنصر أجنبي. ويتمثل دوره في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على هذه العلاقات، وضبط الاختصاص القضائي في المنازعات ذات الصبغة الدولية الخاصة.

من خلال المبحث سنتطرق الى تعريف القانون الدولي الخاص، نشأته و طبيعته القانونية وذلك في المطلب الأول ، ثم سنتطرق من خلال المطلب الثاني لتمييزه عن القانون الدولي العام وسيتم تقديم المطلب الثاني في شكل تمرين موجه للطلب لترسيخ الفرق بين القانونين.

المطلب الأول: تعريف القانون الدولي ونشأته و طبيعته

من خلال هذا المطلب، سنتناول أولاً تحديد تعريف القانون الدولي الخاص باعتباره فرعاً من فروع القانون الذي يعالج العلاقات ذات الطابع الدولي بين الأفراد، ثم نتطرق بإيجاز إلى نشأته التاريخية وتطور قواعده عبر العصور، لننتقل بعد ذلك إلى بيان طبيعته القانونية وخصائصه المميزة عن غيره من فروع القانون.

الفرع الأول: تعريف القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون يختص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، أي تلك التي تتصل بأكثر من نظام قانوني وطني. ويُعنى هذا القانون بتحديد القواعد التي تُبين القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة، وكيفية الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها¹.

وقد اختلف الفقه في تعريفه، لكن التعريف الغالب يُحدده بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تُبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، وتُحدّد الاختصاص القضائي الدولي، وتنظّم مركز الأجانب وتنازع الجنسيات"².

و رغم أن مصطلح "الدولي" يرد ضمن تسمية هذا القانون، إلا أن طبيعته الحقيقية تجعله جزءًا من النظام القانوني الداخلي لكل دولة، وليس فرعًا من فروع القانون الدولي العام. فالصفة الدولية هنا لا تعني وجود مصدر دولي ملزم مشترك، بل تعكس فقط الطابع الأجنبي للعلاقات التي يُنظمها، أي تلك التي تتجاوز النطاق الوطني وتتصل بأطراف أو عناصر قانونية أجنبية³.

و بالنظر إلى أن المجتمع الدولي يتكون من دول ذات سيادة، فإن كل دولة تحتفظ بحقها في سن القواعد الوطنية التي تُنظم العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، بما ينسجم مع مصالحها السياسية والاجتماعية والثقافية والدينية. ونظرًا لغياب سلطة دولية عليا موحدة تتولى تنظيم هذه العلاقات الخاصة على الصعيد الدولي، فإن القانون الدولي الخاص يُعد في جوهره قانونًا وطنيًا.

من هنا، يتضح أن لكل دولة قانونها الدولي الخاص المستقل، مثل القانون الدولي الخاص الجزائري، أو السعودي، أو اللبناني، وغيره، حيث تختلف الحلول القانونية من دولة إلى أخرى بحسب توجهاتها التشريعية والسيادية.

¹ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي-دراسة مقارنة-دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 409.

² المرجع نفسه، ص 409.

³ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط1، منشورات

الكلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص5.

الفرع الثاني: نشأة القانون الدولي الخاص

في المجتمعات القديمة، كانت نظرة المجتمع نحو الأجنبي تنتم بالعدائية والرفض، ويُعد ذلك جلياً فيما كان سائداً في المدن اليونانية القديمة والمجتمع الروماني. فقد كان الأجنبي يُعتبر عديم الشخصية القانونية، بل كان من حق أي مواطن أن يسترقه أو يقتله دون مساءلة.

غير أن الفكر الإنساني بدأ يتطور تدريجياً، لاسيما بعد الاعتراف بمبدأ تماثل البشر في الطبيعة، ومع تنامي العلاقات بين الكيانات السياسية المتجاورة، بدأت النظرة إلى الأجنبي تتحول نحو شيء من القبول والانفتاح.

وقد ساهم في تحسين مركز الأجنبي بشكل ملحوظ تطور حركة التبادل التجاري بين الدول، وما رافقها من حاجة متبادلة للسلع والخدمات التي يوفّرها الأجنبي. ومع اتساع رقعة الإمبراطورية الرومانية كوحدة سياسية، تخلّت الدولة عن نظام "الضيافة" الذي لم يعد كافياً لتلبية احتياجات العدد المتزايد من الأجنبي، فأصبح بإمكانهم التمتع ببعض الحقوق مباشرة دون وساطة أحد.

لكن رغم هذا التطور، بقيت الحقوق المخوّلة للأجنبي محدودة نوعاً ما، إذ أن القانون الروماني الأصلي كان مقتصرًا على المواطنين الرومان فقط¹.

ويجدر التذكير أن مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجنبي لم تكن تخضع لقانون روما، بل كانت تُحكم وفقاً لقانونهم الشخصي، وتشمل هذه المسائل الزواج، الطلاق، البنوة، والميراث.

أما في العصور الوسطى، وبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية بفعل هجمات القبائل الجرمانية، فقد تبنّى الغزاة مبدأ "شخصية القوانين"، حيث يخضع الجرمان للقانون الجرمانى العرفي، بينما يخضع سكان البلاد الأصليين للقانون الروماني.

ومع تطوّر العلاقات بين الجرمانيين والسكان الأصليين، بدأت تظهر إشكاليات قانونية تتعلق بالنزاعات بينهم. ورغم غياب توثيق دقيق لكيفية حسم هذه النزاعات، فإن الرأي الراجح يفيد بأن قانون المدعى عليه هو الذي كان يُطبّق، بما يعني أن المحكمة المختصة هي محكمة المدعى عليه، وأن القانون الواجب التطبيق هو قانونه الشخصي.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 15.

فإذا قام أحد السكان الأصليين بمخاصمة أحد الغزاة، انعقد الاختصاص لمحكمة هذا الأخير، ويُطبّق القانون الجرمانى العرفى، والعكس صحيح.

وفى العصر الإقطاعى، اتخذ مركز الأجنبى شكلاً خاصاً؛ إذ إن المواطن الفرنسى الذى يدخل إقطاعية أخرى كان يُعتبر بمثابة أجنبى فيها. ولم يكن ماله أو دمه مصوناً من قبل سكان الإقطاعية الجديدة، إلا إذا أقسم يمين الولاء لسيد الإقطاعية خلال سنة ويوم من تاريخ دخوله. وبمجرد أداء هذا القسم، يتحول إلى "مواطن" عادى داخل الإقطاعية ويتمتع بكافة الحقوق. وفى حال وفاته قبل القسم، كانت أمواله تؤول إلى السيد الإقطاعى، إذ لم يكن يحق له التوصية بها لأحد.

لكن مع استعادة الملك الفرنسى لسلطته تدريجياً، بدأت أوضاع المواطنين الفرنسيين فى التحسّن، حيث أصبحوا يُعاملون معاملة كريمة فى جميع أنحاء المملكة، فى حين كان الأجانب وحدهم يُعاملون كغرباء. وفى تلك المرحلة، بدأت حركة توحيد النظم القانونية داخل فرنسا، وأصبح لكل إقليم نظام قانونى خاص به، على خلاف السابق حين كان لكل إقطاعى نظامه الخاص، مما أدى إلى ضرورة وضع قواعد لحل تنازع القوانين بين الأقاليم المختلفة¹.

وفى المجتمعات الحديثة، وبالخصوص خلال القرن الثامن عشر، ظهر فى فرنسا عدد من فقهاء القانون الذين اهتموا بالقانون الدولى الخاص، من أبرزهم: **فرولان، بولانوا، وبوييه**، حيث ساهموا فى دراسة مختلف الإشكاليات المتعلقة بنظرية تنازع القوانين. وقد شهد هذا الفرع من القانون تطوراً كبيراً خلال هذا القرن، ويُعزى ذلك لى البعض إلى الثورة الصناعية فى إنجلترا من جهة، والثورة الفرنسية من جهة أخرى، حيث ساهمت كلتاها فى تعزيز الانفتاح القانونى والتشريعى على المسائل ذات البعد الدولى².

¹أعراب بلقاسم، القانون الدولى الخاص الجزائري-تنازع القوانين-، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 48.

²هشام خالد، المرجع السابق، ص 15..34.

الفرع الثالث: طبيعة القانون الدولي الخاص

رغم أن اسم "القانون الدولي الخاص" يوحي بأنه يجمع بين الصفتين: "الدولي" من حيث ارتباطه بعلاقات تتجاوز حدود الدولة، و"الخاص" من حيث تنظيمه لعلاقات بين أشخاص القانون الخاص، إلا أن الفقهاء اختلفوا حول تحديد طبيعته القانونية. وقد نتج عن هذا الخلاف ثلاث اتجاهات رئيسية سيتم عرضها فيما يلي.

أولاً-الاتجاه الأول: القانون الدولي الخاص من فروع القانون العام

يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الدولي الخاص يعد فرعاً من فروع القانون العام. ويستند هذا الرأي إلى أن بعض موضوعاته، مثل الجنسية، تمثل رابطة قانونية من روابط القانون العام تربط الفرد بدولة معينة. وينطبق الأمر ذاته على الموطن، الذي يُعتبر، شأنه شأن الجنسية، من المسائل ذات الطابع العام المرتبطة بسيادة الدولة وتنظيمها الداخلي¹.

ثانياً-الاتجاه الثاني : القانون الدولي الخاص من فروع القانون الخاص

بحسب هذا الاتجاه فإن القانون الدولي الخاص من فروع القانون الخاص، حيث يحكم لعلاقات الخاصة و أساس هذا الاتجاه اننا نكون بصدد القانون العام اذا كانت الدولة طرفا في النزاع². وفي هذا الفرع لا تكون الدولة طرفا انما افراد العلاقات الدولية الخاصة.

و بما أن المشرع الجزائري أدرج قواعد القانون الدولي الخاص ضمن القانون المدني، فهذا يعكس تبنيه موقفاً عملياً واضحاً من حيث التصنيف، إذ يعتبره فرعاً من فروع القانون الخاص، لأن قواعده وموضوعاته تعالج في الغالب علاقات قانونية ذات طابع فردي أو أسري أو تجاري، حتى وإن كانت هذه العلاقات تتضمن عنصراً أجنبياً يربطها بمجال دولي.

¹ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين-، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 19.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 396.

ثانياً-الاتجاه الثالث: القانون الدولي الخاص فرع مختلط

يُنظر إلى القانون الدولي الخاص على أنه فرع مختلط يقع عند نقطة التقاء بين القانون العام والقانون الخاص. فهو يستمد قواعده من مصادر وطنية، وهي الغالبة، ومن مصادر دولية مثل المعاهدات. وموضوعه يتمثل في تنظيم العلاقات الخاصة التي تنشأ في المجال الدولي، أي تلك التي تتجاوز حدود إقليم دولة واحدة. ولهذا السبب يُعد القانون الدولي الخاص داخلياً من حيث غلبة مصادره الوطنية، ودولياً من حيث طبيعة موضوعه¹.

رابعا-الاتجاه الرابع: القانون الدولي الخاص فرع قانوني قائم بذاته

هناك اتجاه فقهي يرى أن القانون الدولي الخاص يُعد فرعاً قانونياً مستقلاً بذاته، لا ينتمي بشكل كامل إلى القانون العام ولا إلى القانون الخاص، وذلك لخصوصية مجاله وأهدافه. فهو، من جهة، يراعي المصلحة الوطنية ويستند إلى السيادة الداخلية للدولة، ومن جهة أخرى، يلتزم بما يفرضه النظام القانوني الدولي من قواعد ومبادئ لضبط العلاقات ذات الطابع الدولي².

المطلب الثاني: تمييز القانون الدولي الخاص عن القانون الدولي العام

يخلط العديد من الطلبة في بداية دراستهم بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، بسبب اشتراكهما في لفظ "الدولي"، غير أن كلاً منهما يتميز بموضوعه، وأطرافه، ووظيفته القانونية، ومصادره. سيقدم المطلب في شكل تمرين تطبيقي للطلبة بهدف ترسيخ الفرق بين القانونين.

نص التمرين:

"بينما ينظم القانون الدولي العام العلاقات الرسمية بين الدول، يُعنى القانون الدولي الخاص بتنظيم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، ويُعدّ هذا الأخير أقرب إلى فروع القانون الداخلي منه إلى القانون الدولي بمفهومه التقليدي".

¹ حبار محمد ، المرجع السابق، ص40.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 22.

المطلوب: بناءً على ما درست، وبالرجوع إلى السند أعلاه، قارن بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص.

تعليمات إضافية:

- يجب أن تكون المقارنة بأسلوب قانوني دقيق.
- حدد ما إذا كان القانون الدولي الخاص يُعدّ فرعاً من فروع القانون الداخلي أو الدولي.

الهدف البيداغوجي من التمرين:

تمكين الطالب من التمييز بين فرعين قانونيين متقاربين في التسمية، ومتباينين في الطبيعة، مع تطوير مهارات المقارنة والتحليل القانوني.

مثال عن الحل:

اليات حل النزاع	من حيث اليات سن القواعد	من حيث المخاطب بالقانون	
-القضاء الداخلي - كأصل عام - التحكيم	قواعد وطنية يتم وضعها من السلطة التشريعية لكل دولة	يطبق على اشخاص القانون الخاص	القانون الدولي الخاص
-اللجوء لمحكمة العدل الدولية - اليات سلمية وأخرى غير سلمية - التحكيم	الاتفاقيات أو عبر المنظمات الدولية	لا يطبق على الأشخاص الخاصة أو الأشخاص المعنوية الخاصة انما يطبق فقط على أشخاص المجتمع الدولي	القانون الدولي العام

المبحث الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص وموضوعاته

يتميز القانون الدولي الخاص عن غيره من فروع القانون بخصوصية مصادره وتعدّدها، إذ لا يقتصر في تنظيم قواعده على التشريع الوطني، بل يستمد أحكامه أيضًا من الأعراف الدولية، والاجتهادات القضائية والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف.

وتكمن أهمية هذه المصادر في أنها تعكس تفاعل الأنظمة القانونية الوطنية مع متطلبات الحياة الدولية، وتسهم في إيجاد حلول متوازنة للنزاعات التي تتجاوز الحدود الإقليمية للدولة.

ومن جهة أخرى، يُعدّ القانون الدولي الخاص من أكثر الفروع القانونية تنوعًا من حيث الموضوعات، فهو يشمل عدة ميادين متكاملة، أبرزها: تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، والجنسية، ومركز الأجانب، وغيرها من المواضيع التي تهدف إلى ضبط العلاقة بين القوانين الوطنية المختلفة، وتحديد القانون أو القضاء المختص عند قيام نزاع ذي عنصر أجنبي.

وانطلاقًا من هذه الرؤية، سنقوم في هذا المبحث باستعراض أهم مصادر القانون الدولي الخاص، ثم نعرّج لموضوعاته التي تُشكل هيكله الأساسي.

المطلب الأول: مصادر القانون الدولي الخاص

ينقسم القانون الدولي الخاص، من حيث مصادره، إلى مصادر داخلية ومصادر دولية، ويعود هذا التنوع إلى الطبيعة المتميزة للعلاقات القانونية التي ينظمها هذا الفرع، حيث تتداخل فيه عناصر ذات طابع وطني مع أخرى ذات بعد دولي.

وقبل الشروع في تناول هذه المصادر بالشرح، تم إعداد مخطط بياني يوضح أنواع مصادر القانون الدولي

الخاص، ليساعد الطالب على فهمها وتذكرها بسهولة.

مصادر القانون الدولي الخاص



الفرع الاول: المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص

المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص هي القواعد التي يصدرها المشرع داخل الدولة لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. وتُستمد هذه القواعد من النظام القانوني الداخلي، سواء من التشريع أو الاجتهاد القضائي أو العرف. وفيما يلي تفصيل لأهم المصادر الداخلية.

أولاً: التشريع

يُعد التشريع المصدر الوطني الأساسي للقانون الدولي الخاص، إذ تصدر قواعده عن السلطة التشريعية للدولة، ولا يمكن اعتباره مصدرًا دوليًا، لغياب سلطة تشريعية تعلو على الدول تملك صلاحية سنّ التشريعات. ويختلف دور التشريع بحسب موضوعات القانون الدولي الخاص، فكلما كانت المسألة ذات صلة وثيقة بسيادة الدولة، ازداد تدخل المشرع في وضع القواعد التي تحكمها، مثل الجنسية والإقامة. أما إذا كانت المسألة أقل

ارتباطاً بالسيادة، كما في الأحوال الشخصية ذات العنصر الأجنبي، فقد يتراجع الدور التشريعي لصالح قواعد أخرى¹.

ثانياً: القضاء

يقصد بالقضاء، كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص، الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية التي تتجه نحو اعتماد حلول معينة في غياب نصوص تشريعية صريحة. ويؤدي القضاء دوراً مكملاً للتشريع، لا سيما في المسائل التي لم يتدخل فيها المشرع بوضع حلول تفصيلية. وقد ساهم القضاء الفرنسي بشكل بارز في تطوير هذا المجال من خلال اجتهاداته ونظرياته، خصوصاً في فترات غياب النصوص القانونية. وفي الجزائر، لعبت الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الوطنية دوراً مهماً، حيث استند القضاء الجزائري، في العديد من الحالات، إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي، وذلك إلى غاية صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975، بل واصل التأثير به حتى بعد صدوره².

ثالثاً: العرف

يُعد العرف من أقدم مصادر القواعد القانونية، ويُقصد به مجموعة القواعد التي تنشأ نتيجة اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين مع شعورهم بالزاميته. ويكتسي العرف أهمية خاصة في مجال القانون الدولي الخاص، إذ ساهم في نشأة عدد من القواعد المستقرة، من بينها: قاعدة خضوع شكل العقد لقانون مكان إبرامه، وقاعدة خضوع الميراث لقانون موطن المورث. وقد تدخل المشرع الجزائري لاحقاً لتقنين بعض هذه القواعد العرفية ضمن التشريع الوطني³.

الفرع الثاني: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص

تتمثل المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص في الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تبرمها الدول لتنظيم المسائل ذات البعد الدولي، مثل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. وتُعد هذه المصادر ذات أهمية متزايدة في ظل توسع العلاقات الدولية وتعقيدها.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 24.

² حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص 23.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 27.

وعليه سنخرج للحديث عن هذا المصدر الدولي للقانون الدولي الخاص، ثم نتحدث تفسيرها ثم الى بيان حكم الحالة التي تتعارض فيها احكام المعاهدة مع التشريع الداخلي.

أولاً : المعاهدات الدولية

المعاهدة: هي اتفاق مكتوب يتم بين دولتين أو أكثر، يهدف إلى تنظيم موضوع أو مسألة محددة، وتلتزم الدول الأطراف بتنفيذ ما ورد فيه وفقاً للقانون الدولي.

وقد وُضع للترقية بين أنواع معاهدات القانون الدولي الخاص معياران أساسيان **:المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي.**

• **المعيار الشكلي:** يعتمد هذا المعيار على عدد الدول الأطراف في المعاهدة، وبناءً عليه تُقسم المعاهدات إلى:

○ معاهدات ثنائية الأطراف: تُبرم بين دولتين فقط.

○ معاهدات متعددة الأطراف: تضم ثلاث دول أو أكثر.

• **المعيار الموضوعي:** يركز على طبيعة الموضوع الذي تتناوله المعاهدة، وبمقتضاه يمكن التمييز بين:

○ معاهدات موحّدة لقواعد الإسناد: وهي التي يقتصر دورها على توحيد قواعد الإسناد المتعلقة بموضوع معين أو مسألة محددة، مثل المعاهدات التي توحد القواعد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج، ومن أمثلة المعاهدات التي ترمي لتوحيد قواعد الاسناد: اتفاقية لاهاي لعام 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع.

○ معاهدات موحّدة للقواعد الموضوعية: وهي التي تعمل على توحيد القواعد التي تحكم موضوع النزاع نفسه مباشرة¹، ومن أمثلة المعاهدات التي وضعت قواعد موضوعية تطبق

¹حبار محمد، المرجع السابق، ص24.

مباشرة على النزاع: اتفاقية لاهاي لعام 1993 بشأن حماية الأطفال والتعاون في مجال
التبني على الصعيد الدولي - التي تضع أحكاماً موضوعية لتنظيم التبني الدولي.

ثانياً: التفسير القضائي للمعاهدات الدولية

قد تتضمن المعاهدات الدولية نصوصاً غامضة تستدعي التفسير، الأمر الذي يثير التساؤل حول الجهة التي
تملك صلاحية ذلك التفسير.

1- التفسير الدولي للمعاهدات

لا شك أن الدول الأطراف في المعاهدة تملك صلاحية تفسيرها، ويتم ذلك عادةً عن طريق المراسلات
والمذكرات المتبادلة بين حكوماتها. كما يختص القضاء الدولي بالتفسير، إذ تمنح المادة 36 من النظام
الأساسي لمحكمة العدل الدولية لهذه المحكمة صلاحية تفسير المعاهدات الدولية، ويُعد هذا التفسير تفسيراً
دولياً ملزماً¹.

2- التفسير الوطني للمعاهدات

قد يجد القاضي الوطني، عند نظره في نزاع ذي عنصر أجنبي، نفسه أمام نصوص معاهدة غامضة، مما
ي طرح التساؤل: هل يملك القاضي الوطني سلطة تفسير المعاهدة؟
استقر العمل على التفرقة بين حالتين:

أ- إذا طُلب التفسير أمام جهة قضائية دولية:

هنا لا إشكال، إذ يظل القضاء الدولي هو المختص الأصيل بتفسير المعاهدات باعتبارها من أهم
مصادر القانون الدولي العام والخاص.

ب- التفسير القضائي الداخلي للمعاهدة:

تختلف الأنظمة القانونية في هذه المسألة:

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص31.

- **مجلس الدولة الفرنسي** إذا أثير أمامه نص غامض في معاهدة، يقوم بإرجاء الفصل في النزاع إلى حين الحصول على تفسير رسمي من الحكومة.
- **محكمة النقض الفرنسية**: على خلاف مجلس الدولة، منحت لنفسها سلطة تفسير البنود الغامضة في المعاهدات، باستثناء الحالات التي تتعلق بمسائل سيادية، معتبرة أنه ما دام القضاء يملك سلطة تفسير النصوص القانونية، فلا يوجد ما يمنعه من تفسير نصوص المعاهدات.

3. موقف القضاء الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على آلية حسم هذه المسألة. ومع ذلك، تبنى المجلس الأعلى سابقاً، المسمى حالياً المحكمة العليا، موقفاً قريباً من محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر سنة 1999. وتتلخص و قائع القضية في أن مالك مغربي يمتلك سكناً بالجزائر، واستعمل حق الاسترجاع ضد مستأجر جزائري. وعند عرض النزاع أمام المجلس الأعلى، أثير تساؤل حول ما إذا كانت اتفاقية إفران المبرمة سنة 1969 بين الجزائر والمغرب ملزمة للجزائر، خاصة وأن المغرب لم يصادق عليها. رغم عدم وجود تفسير رسمي من الحكومة، قضى المجلس بأن تصديق الجزائر على الاتفاقية وحده يكفي لجعلها ملزمة داخلياً، حتى وإن لم تصادق عليها المملكة المغربية. وبهذا تبنى المجلس موقفاً يمنح القاضي الوطني سلطة تفسير المعاهدة عند الضرورة، على غرار ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية¹.

ثالثاً : التعارض بين المعاهدة و التشريع

يُثير تعايش المعاهدات الدولية مع التشريعات الوطنية مسألة دقيقة تتعلق بمدى انسجام القواعد القانونية وتكاملها، خصوصاً في ميدان القانون الدولي الخاص حيث تتقاطع القواعد الداخلية مع التزامات الدولة على الصعيد الخارجي. وقد يحدث أن تتعارض نصوص المعاهدات الدولية مع أحكام التشريع الداخلي، الأمر الذي يفرض تحديد القاعدة ذات الأولوية في التطبيق، مع مراعاة ما تفرضه مبادئ السيادة الوطنية من جهة، وما تستلزمه قواعد القانون الدولي من احترام للالتزامات الدولية من جهة أخرى.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص30.

1. التشريع الداخلي السابق على المعاهدة

لا يثير هذا الفرض خلافًا فقهيًا كبيرًا، إذ تتقدم المعاهدة على التشريع السابق لها، وذلك إما:

- استنادًا إلى قاعدة أن التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق فيما تعارض معه.
- أو على أساس أن المعاهدة تسمو على التشريع الداخلي.

وقد كرّس القضاء الفرنسي قبل صدور دستور 1946 هذا المبدأ، حيث قدّم أحكام المعاهدة المصادق عليها على القانون الداخلي. وينسجم هذا أيضًا مع ما تبناه الدستور الجزائري لسنة 1996 والمعدل سنة 2020، الذي نص صراحة على سمو المعاهدة على القانون الداخلي متى صادق عليها رئيس الجمهورية¹.

2. التشريع الداخلي اللاحق على المعاهدة

هنا يميّز الفقه بين فرضين:

الفرض الأول: التعارض غير المقصود

إذا كان التشريع الداخلي اللاحق يتعارض مع المعاهدة السابقة تعارضًا غير مباشر، يُعتبر مجال تطبيق المعاهدة مستثنى من نطاق القانون الداخلي اللاحق، استنادًا لقاعدة أن الخاص يقيد العام. مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بخصوص قانون 30 جوان 1926 المتعلق بالملكية الصناعية، إذ استثنت الأجنبي المستفيد من معاهدة تعفيه من بعض الشروط المنصوص عليها في القانون.

الفرض الثاني: التعارض الصريح والمقصود

إذا نص التشريع الداخلي اللاحق صراحة على مخالفته لمعاهدة سابقة، فإن الموقف يختلف باختلاف النظام الدستوري:

- قبل دستور 1946 في فرنسا، كان القضاء ملزمًا بتطبيق التشريع الداخلي ولو خالف المعاهدة.
- أما بعد دستور 1958، فقد استقر القضاء الفرنسي على إلزامية تطبيق المعاهدة متى صادقت عليها

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص33.

الدولة، باعتبارها تسمو على التشريع الداخلي¹.

وبالنسبة للجزائر، فإن المادة 154 من دستور 2020 تحسم المسألة لصالح سمو المعاهدة على التشريع الداخلي، متى صادق عليها رئيس الجمهورية، حتى ولو كان هذا التشريع لاحقاً له².

المطلب الثاني: موضوعات القانون الدولي الخاص

اختلف الفقهاء حول تحديد الموضوعات التي يشملها القانون الدولي الخاص، مما أدى إلى ظهور اتجاهات متعددة في هذا الشأن. وفيما يلي عرض لأبرز هذه الاتجاهات:

الفرع الأول: الاتجاه الأول-الاتجاه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص-

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تتنازع القوانين هو الموضوع الوحيد الذي يندرج ضمن إطار القانون الدولي الخاص، ويُعد هذا الرأي من أضيق الاتجاهات من حيث النطاق. ويُعتبر الفقه الألماني من أبرز الممثلين لهذا الاتجاه.

ويستند أنصاره إلى أن باقي الموضوعات، مثل الاختصاص القضائي الدولي، تدخل ضمن مجال قانون المرافعات، أما الجنسية فترتبط، في نظرهم، بالقانون العام لارتباطها بتحديد عنصر "الشعب" ضمن مكونات الدولة. ويرى هؤلاء أيضاً أن الموطن لا يشكّل ضابط إسناد حقيقي في العلاقات ذات الطابع الدولي، مما يفقده الأهمية اللازمة ليُدرج ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص، كما استبعدوا أيضاً مركز الأجنبي من نطاقه³.

الفرع الثاني: الاتجاه الثاني-الاتجاه الثنائي-

يرى هذا الاتجاه أن موضوعات القانون الدولي الخاص هي:

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 28.

² راجع المادة 154 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، العدد 82، ص 4.

³ هشام خالد، المرجع السابق، ص 35.

1. تنازع القوانين،

2. تنازع الاختصاص القضائي الدولي،

ويبرز أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بوجود تشابه كبير بين قواعد الإسناد التي تُحدد القانون الواجب التطبيق، وقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تُحدد المحكمة المختصة. كما يرون أن الاختصاص القضائي يؤثر في الاختصاص التشريعي والعكس، مما يُبرر دراسة الموضوعين معاً. أما إدراج الموطن، فمرده كونه ضابطاً أساسياً في تحديد الاختصاصين التشريعي والقضائي على حد سواء¹.

الفرع الثالث: الاتجاه الثالث - الاتجاه الثلاثي -

يُوسّع هذا الاتجاه من نطاق القانون الدولي الخاص، فيدرج ضمنه الموضوعات التالية:

1. تنازع القوانين،

2. الاختصاص القضائي الدولي،

3. مركز الأجانب.

ويقوم هذا الاتجاه على أساس الترابط الوثيق بين مركز الأجانب وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، حيث إن معاملة الأجانب القانونية تؤثر في نطاق تطبيق القوانين الوطنية أو الأجنبية وفي اختصاص القضاء الوطني. وقد تبنت هذا الاتجاه عدة دول، من بينها إسبانيا وبعض دول أمريكا اللاتينية².

الفرع الرابع: الاتجاه الرابع -الاتجاه الموسّع -

يعتمد هذا الاتجاه نظرة شاملة و واسعة لموضوعات القانون الدولي الخاص، ويُدرج ضمنه ما يلي:

1. تنازع القوانين،

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص12.

²المرجع نفسه، ص12.

2. الاختصاص القضائي الدولي،

3. الجنسية،

4. مركز الأجانب.

ويُبرّر هذا الاتجاه موقفه بوجود ترابط موضوعي ووظيفي بين هذه المسائل، إذ تتداخل فيما بينها وتُشكل في مجموعها الإطار الكامل لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي¹.

ملاحظة: يُدرج الفقه الحديث تنفيذ الأحكام الأجنبية ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص، لما له من صلة مباشرة بالاختصاص القضائي الدولي وأثاره.

ويقصد بتنفيذ الحكم الأجنبي أن تُباشر دولة غير تلك التي صدر فيها الحكم إجراءات تنفيذ ذلك الحكم داخل إقليمها، شريطة استيفائه الشروط القانونية المنصوص عليها في قانون دولة التنفيذ، أو تلك المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية أو الثنائية التي تربط دولة التنفيذ بدولة إصدار الحكم².

ويُعد هذا الموضوع ذا أهمية كبيرة، إذ يُجسّد التعاون القضائي الدولي، ويُسهم في تحقيق الأمن القانوني وضمان استقرار المعاملات ذات الطابع الدولي، شرط ألا يمسّ ذلك بالسيادة الوطنية للدولة المطلوب منها التنفيذ.

¹ حبار مجد، المرجع السابق، ص45.

² ستدرسون هذا الموضوع ضمن برنامج السداسي السادس -مقياس القانون الدولي الخاص-.

الفصل الأول: قواعد الإسناد

يُعدّ القانون الدولي الخاص فرعًا من فروع القانون الذي يُعنى بتنظيم العلاقات القانونية التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا، والتي تثير إشكالية التنازع بين القوانين الوطنية. ومن بين أهم الوسائل القانونية التي وُضعت لمعالجة هذا التنازع، برزت قواعد الإسناد كألية رئيسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمام القاضي الوطني.

فمنظرًا لتعدد النظم القانونية وتنوع المصالح التي تحكم كل دولة، كان من الضروري وضع قواعد قانونية تُرشد القاضي إلى القانون الأصلح لحكم العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي، وهو ما تقوم به قواعد الإسناد من خلال ربط نوع معين من العلاقات (كالأحوال الشخصية، أو العقود، أو المسؤولية التقصيرية) بضابط معين (مثل الجنسية، أو مكان الإبرام، أو محل التنفيذ)، يُعين القانون الواجب التطبيق.

وتكمن أهمية قواعد الإسناد¹ في كونها لا تفصل في النزاع مباشرة، بل تؤدي وظيفة غير مباشرة تتمثل في تحديد القانون المختص بالحكم في موضوع النزاع، وهو ما يميزها عن القواعد الموضوعية. كما أنها قواعد ذات طابع وطني، تصدر عن المشرع الوطني، وإن كانت في بعض الحالات تستمد أساسها من اتفاقيات دولية.

وبالنظر إلى هذا الدور المحوري لقواعد الإسناد، وارتباطها الوثيق بإشكاليات التنازع بين القوانين، سنتناول في هذا الفصل الإطار المفاهيمي لها في المبحث الأول، ثم ننقل إلى بيان كيفية عمل هذه القواعد وآلياتها في المبحث الثاني، قبل أن نختم بدراسة موانع تطبيق القانون الأجنبي الذي قد تسند إليه القاعدة، وذلك في المبحث الثالث، مع دعم هذا العرض النظري بمجموعة من التمارين التطبيقية لترسيخ المفاهيم وتيسير فهمها من قبل الطالب.

وتجدر الإشارة إلى أنه يُعد كل من التكييف والإحالة من المسائل التي تُدرج ضمن تفسير وتفعيل قواعد الإسناد، نظرًا لارتباطهما الوثيق بكيفية تطبيق هذه القواعد في الحالات العملية. غير أنه، وباعتبار أن

¹تناول المشرع الجزائري قواعد الإسناد المتعلقة بتنازع القوانين ضمن المواد 9 إلى 24 من القانون المدني.

البرنامج البيداغوجي الخاص بمقياس القانون الدولي الخاص قد خصص لكل من التكيف والإحالة فصلاً مستقلاً، فإننا لن نتناول الحديث عنهما في هذا الفصل.

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لقاعدة الإسناد

يُعدّ تحديد الإطار المفاهيمي لقاعدة الإسناد خطوة أساسية لفهم موقعها ضمن منظومة القانون الدولي الخاص، ودورها في معالجة النزاعات القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً. فقاعدة الإسناد لا تُنظّم العلاقة القانونية بذاتها، وإنما تُوجّه القاضي إلى القانون الواجب التطبيق عليها، وفقاً لمعيار محدد يُعرف بـ "ضابط الإسناد".

وتتطلب دراسة هذا المبحث الإحاطة بعدّة جوانب متداخلة، تشمل التعريف الدقيق بقاعدة الإسناد، وتحديد خصائصها، وتمييزها عن القواعد الموضوعية والقواعد المادية، مع بيان وظيفتها ضمن النظام القانوني.

ومن خلال هذا المبحث، سيتم الوقوف على مختلف الجوانب النظرية التي تشكّل البنية المفاهيمية لقاعدة الإسناد، بما يوفّر أساساً لفهم تطبيقاتها العملية في تسوية النزاعات الخاصة الدولية.

المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد

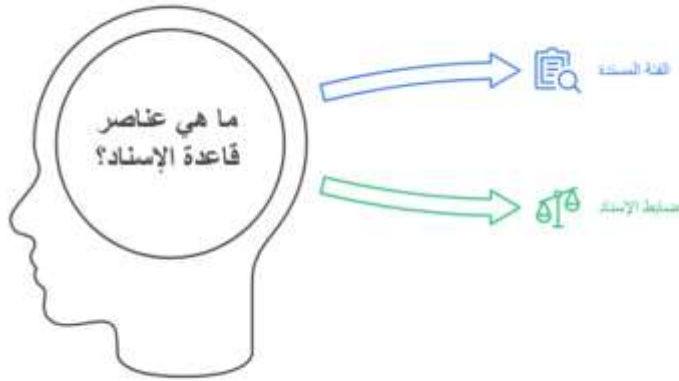
قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني ضمن قواعد القانون الدولي الخاص، وتهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية ذات طابع دولي، أي علاقة تشمل على عنصر أجنبي، وذلك من خلال إرشاد القاضي إلى النظام القانوني المختص بحكم هذه العلاقة¹.

مثال توضيحي: إذا كان النزاع متعلقاً بعقد مبرم بين جزائري وفرنسي وتم تنفيذه في تركيا، فإن القاضي الجزائري يستخدم قواعد الإسناد لتحديد ما إذا كان يجب تطبيق القانون الجزائري أو الفرنسي أو التركي على النزاع.

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

فقواعد الإسناد الواردة القانون المدني من المادة 09 إلى 24 تُعد قواعد وطنية، صيغت لتوجيه القاضي الجزائري نحو تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقات قانونية تحتوي على عنصر أجنبي، وهي لا تمنح في حد ذاتها حلاً مباشراً للنزاع، بل توجه القاضي إلى القانون الذي يحتوي على الحل الموضوعي.

وتتكون قاعدة الاسناد من عنصرين وهما : الفئة المسندة و ضابط الاسناد.



وهو ما سنقوم بالتطرق اليه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : الفئة المسندة

نظراً لتعدد وتنوع المسائل القانونية ذات الطابع الدولي، واستحالة قيام المشرع بوضع قاعدة إسناد مستقلة لكل مسألة على حدة، عمد المشرع الجزائري - كما هو الشأن في معظم التشريعات - إلى تصنيف هذه المسائل في مجموعات أو فئات متقاربة من حيث طبيعتها القانونية، تُعرف بـ الفئات المسندة¹.

وتُشكّل الفئة المسندة مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي تشترك في خصائص معينة، فيتم إخضاعها لضابط إسناد موحد، يُحدّد القانون الواجب التطبيق عليها².

وبذلك، فإن ضابط الإسناد هو الوسيلة التي من خلالها يُربط نوع معين من العلاقات أو الفئات القانونية بقانون وطني معين، يُرى أنه الأجدر بحكمها، كأن تُربط مسائل الأحوال الشخصية بقانون جنسية الشخص،

¹المرجع نفسه، ص 67.

²حبار محمد، المرجع السابق، ص 49.

أو مسائل العقود بمكان إبرام العقد أو تنفيذه.

وتُسهم هذه التقنية - أي تصنيف المسائل ضمن فئات مسندة - في تبسيط عملية الإسناد وتوحيد المعايير، بما يضمن انسجامًا في تطبيق القانون الأجنبي المختص".

فعلى سبيل المثال، فإن الأهلية تُعدّ من الفئات المسندة التي أخضعها المشرع الجزائري لقانون جنسية الشخص، وذلك وفقًا لما نصّت عليه المادة 10 من القانون المدني. وتشمل هذه الفئة مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة، مثل أهلية التعاقد، وأهلية التقاضي، وأهلية التصرف.

أما فيما يخص الالتزامات التعاقدية، فقد أسندها المشرع الجزائري إلى قانون الإرادة، وفقًا لما تقرّره المادة 18 من القانون المدني، وهي فئة تتضمن أنواعًا مختلفة من العقود، كعقد البيع، وعقد الإيجار، وعقد الوديعة، وغيرها من التصرفات ذات الطابع التعاقدية، ما دامت تحتوي على عنصر أجنبي.

وبالنسبة إلى شكل التصرفات القانونية، فقد ربطها المشرع بقانون بلد الإبرام، كما ورد في المادة 17 من القانون المدني، وهو ما يجعلها أيضًا فئة مسندة تشمل جميع التصرفات القانونية من حيث شكلها الخارجي، سواء كانت عقودًا أو تصرفات بإرادة منفردة.

وبناءً على ما سبق، فإن القاضي، عندما تُعرض عليه مسألة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي، أول ما يقوم به هو تحديد الفئة المسندة التي تندرج تحتها هذه المسألة، ثم ينتقل بعد ذلك إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال ضابط الإسناد الذي يربط تلك الفئة بقانون معين، وذلك في إطار احترام قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون المدني¹.

الفرع الثاني: ضابط الإسناد

عندما صنّف المشرع الجزائري المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ضمن فئات مسندة، قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين، وذلك بواسطة أداة قانونية تُعرف بـ *ضابط الإسناد*.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 68.

ويُقصد بضابط الإسناد ذلك المؤشر أو المعيار الذي حدده المشرع، والذي من شأنه أن يُرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على الفئة المسندة. فهو الأداة القانونية التي تربط بين المسألة ذات الطابع الدولي وبين النظام القانوني الأنسب لحكمها، كالجنسية، أو موطن الشخص، أو مكان إبرام التصرف، أو موقع المال، وغيرها من الضوابط المعتمدة في إطار تنازع القوانين¹.
وبعبارة أخرى يُعد ضابط الإسناد الوسيلة التي يعتمد عليها المشرع لربط الفئة المسندة بالقانون الواجب التطبيق عليها، في إطار قواعد تنازع القوانين.

ويلاحظ أن ضابط الاسناد المرتبط بالأحوال الشخصية يكون غالباً محصوراً بين جنسية أحد الأطراف أو كليهما أو الموطن أو الإقامة المعتادة².
فعلى سبيل المثال، تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أن الشروط الموضوعية للزواج تُخضع لقانون جنسية كل من الزوجين، وهو ما يجعل الجنسية ضابط الإسناد في هذه الحالة.

كما نصت المادة 18 من القانون المدني على أن الشكل القانوني للتصرفات يُخضع لقانون البلد الذي تم فيه

```
graph TD; A[الشكل القانوني للتصرفات] --> B[الفئة المسندة]; C[لقانون البلد الذي تم فيه] --> D[ضابط الإسناد];
```

الإبرام، مما يجعل مكان الإبرام هو ضابط الإسناد المعتمد لهذه الفئة من المسائل.

قد يكون ضابط الإسناد ضابطاً بسيطاً، ويُقصد به الحالة التي تتضمن فيها قاعدة الإسناد إسناداً واحداً فقط³. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بأن "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل". فهنا نجد أن قاعدة الإسناد تعتمد على ضابط وحيد، وهو جنسية الأب.

وفي المقابل، قد يكون ضابط الإسناد مركباً، وتتخذ قواعد الإسناد ذات الضابط المركب عدة صور، من بينها:

¹ حيار محمد، المرجع السابق، ص 50.

² حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 27.

³ المرجع نفسه، ص 27.

أولاً: الإسناد الموزع

ويقصد به أن تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً ظاهرياً، لكنه يؤدي إلى إعمال أكثر من قانون. ويتجلى هذا النوع في نص المادة 11 من القانون المدني، المتعلقة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، إذ نصت على أن تخضع هذه الشروط لقانون جنسية كل من الزوجين¹.

وعلى الرغم من أن ضابط الإسناد في هذه الحالة يبدو واحداً - وهو ضابط جنسية الطرفين - إلا أنه في الواقع ضابط مركب. وذلك لأن تطبيقه في حال اختلاف جنسية الزوجين قد يؤدي إلى إعمال قانونين مختلفين، مما يجعله توزيعاً للإسناد بين نظامين قانونيين.

ثانياً: الإسناد التخييري

حرصاً من المشرع الجزائري - شأنه في ذلك شأن العديد من التشريعات المقارنة - على التيسير على الأطراف في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، فقد عمد في كثير من الأحيان إلى صياغة ضوابط إسناد متعددة داخل القاعدة الواحدة، على نحو يجعل العلاقة أو المركز القانوني موضوع التنازع صحيحاً متى استوفى الشروط المنصوص عليها في أيّ من تلك الضوابط.

وتُعرف هذه القواعد في الفقه بقواعد الإسناد المرنة، والتي تتيح تعدد القوانين المحتملة التي يمكن أن تخضع لها العلاقة محل النزاع. ويُعد من أبرز الأمثلة على ذلك القاعدة المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، والمتعلقة بالشكل في التصرفات القانونية، حيث ورد فيها:

"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون البلد الذي تمت فيه،

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

نلاحظ أن المشرع منح الأطراف عدة خيارات، مما يؤدي إلى توسيع دائرة صحة التصرفات الشكلية ويقلّل من حالات البطلان الناتج عن التقيّد بضابط واحد.

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 28.

كذلك، نصت المادة 18 من القانون المدني على قواعد إسناد متعددة فيما يخص الالتزامات التعاقدية، حيث أورد المشرع ضوابط مختلفة مثل: قانون الإرادة، وقانون الموطن المشترك، وقانون الجنسية المشتركة، وقانون مكان إبرام العقد. غير أن المشرع ميّز بين العقود التي يكون محلّها منقولاً، والعقود المتعلقة بعقار، حيث جعل قانون موقع العقار هو الضابط الوحيد الواجب التطبيق في الحالة الأخيرة.

ويلاحظ من خلال صياغة المادة 18 أن المشرع الجزائري، وإن كان قد أقرّ تعددًا في ضوابط الإسناد، إلا أنه منح الأولوية لقانون إرادة المتعاقدين، باعتباره الضابط الرئيسي. فإذا تعذر تحديد هذا القانون، أجاز الانتقال إلى الضوابط الاحتياطية¹، وهو ما يُفهم من استخدامه لعبارة: "وفي حالة عدم إمكان ذلك..."

قمتُ بإعداد رسم توضيحي يبيّن الفروق الجوهرية بين ضابط الإسناد الموزع وضابط الإسناد التخييري، وذلك بهدف تسهيل فهم الطلبة لهذين النموذجين من ضوابط الإسناد المركبة.

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص69.

الفرق بين ضابط الاسناد الموزع و التخييري

ما هو الإسناد الموزع؟

هو أن تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً ظاهرياً، لكنه يؤدي إلى أعمال أكثر من قاتون.

مثال: نص المادة 11 ق.م وضعت ضابط الإسناد قاتون جنسية كل من الزوجين فإذا كانا من جنسيتين مختلفتين فهذا يعني تطبيق قانونين مختلفين.

ما هو الإسناد التخييري؟

هو أن تتضمن قاعدة الإسناد ضوابط إسناد متعددة داخل القاعدة الواحدة، على نحو يجعل العلاقة أو المركز القانوني موضوع النزاع صحيحاً متى استوفى الشروط المنصوص عليها في أي من تلك الضوابط.

مثال: المادة 18، 19 ق.م التي حددت ضوابط اسناد متعددة اولها ضابط أصلي و الباقي اختياريّة.



الفرع الثالث: تمثيل بياني للفئات المسندة وضوابط الإسناد في قواعد الإسناد الوطنية

استنادًا إلى المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري، التي تُشكّل الإطار العام لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، سيتم في الجدول الآتي عرض مختلف الفئات المسندة، مع بيان ضوابط الإسناد الخاصة بكل فئة، وذلك بهدف تبسيط وتوضيح هذه القواعد للطالب، وتيسير فهم كيفية توجيه القاضي نحو القانون الواجب التطبيق في المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي.

ضابط الاسناد	الفئة المسندة
قانون الجنسية	الحالة المدنية للأشخاص و الاهلية
قانون دولة المقر الاجتماعي الرئيسي و الفعلي	التصرفات المالية للشركات و الجمعيات
قانون جنسية الزوجين	الشروط الموضوعية لصحة الزواج
قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج	الاثار الشخصية و المالية للزواج
قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى	انحلال الزواج و الانفصال الجسماني
قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الاب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الاب وقت الوفاة	النسب و الاعتراف به وانكاره
قانون جنسية الكفيل و المكفول وقت اجرائها	صحة الكفالة
قانون جنسية الكفيل	اثار الكفالة

م 1 « ق.م إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق الق الجزائري ، الا فيما بخص، اهلية

تطبق نفس الاحكام على التبني رغم انه ممنوع شرعا وقانونا م 13مكرر 1

قانون جنسية المدين بالنفقة	الالتزام بالنفقة بين الأقارب
قانون جنسية الشخص الواجب حمايته	الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة
القانون الجزائري	التدابير المستعجلة للقصر وديمو الاهلية و الغائبون الموجودون بالجزائر وقت اتخاذ التدابير
قانون جنسية المتوفي وقت موته	الميراث و الوصية
قانون جنسية الواهب او الواقف وقت اجرانهما	الهيئة و الوقف
قانون الدولة الموجود بها	تكييف المال سواء عقار او منقول
قانون موقع العقار	الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الاخرى
قانون محل وجودها أي مكان النشر الاول للمصنف	الاموال المعنوية
قانون الارادة، فان لم يكن قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة للاطراف، وفي حالة عدم امكان ذلك قانون محل ابرام العقد.	الالتزامات التعاقدية
قانون بلد الابرام ، ويجوز ان تخضع لقانون الموطن المشترك او ق الجنسية المشتركة ، او قانون الذي يسري على احكام التصرف الموضوعية	شكل التصرفات القانونية
مكان وقوعه	الفعل الضار
قانون دولة رفع الدعوى	قواعد الاختصاص و الاجراءات

ملاحظة: في حالة تعدد الجنسيات ، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية، و يطبق القانون الجزائري في حال كان للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية.

وفي حال انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة¹.

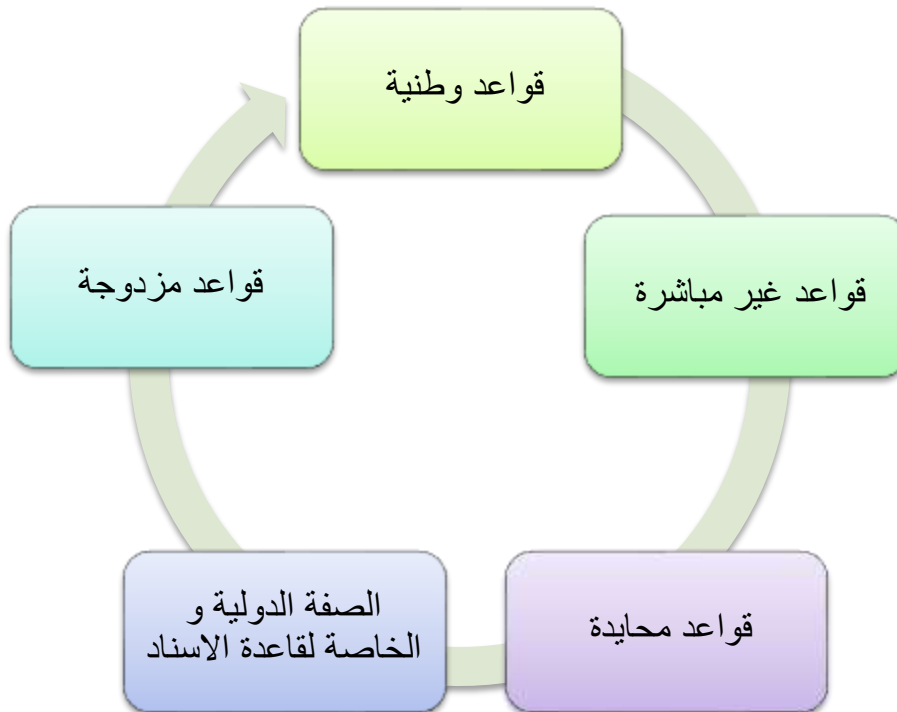
¹راجع المادة 22 من القانون المدني .

المطلب الثاني: خصائص قواعد الاسناد

تُعد قواعد الإسناد من أهم الآليات القانونية التي يعتمد عليها القاضي الوطني في إطار القانون الدولي الخاص، بغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي. ونظرًا لوظيفة هذه القواعد في توجيه القاضي نحو القانون الأنسب، فقد منحها الفقه طابعًا مميزًا، يختلف عن القواعد الموضوعية التي تتولى تنظيم مضمون العلاقات القانونية.

وقد اتّسمت قواعد الإسناد بعدة خصائص تميّزها عن غيرها من القواعد، سواء من حيث طبيعتها أو من حيث وظيفتها، وهو ما يقتضي الوقوف عند هذه الخصائص لفهم أعمق لدورها وحدودها في تسوية النزاعات ذات العنصر الأجنبي. وفيما يلي، نستعرض أهم هذه الخصائص بالتحليل والتفسير.

و قبل الخوض في تحليل طبيعة قاعدة الإسناد وبيان خصائصها، سيتم عرض مخطط تمهيدي يوضح هذه الخصائص بشكل مبسّط، وذلك بهدف تسهيل فهمها وترسيخها في ذهن الطالب.



ومن خلال الفروع التالية، سيتم التطرق إلى خصائص قاعدة الإسناد وشرحها بشكل مفصل، بهدف توضيح طبيعتها القانونية ووظيفتها ضمن قواعد القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول: قواعد وطنية

تعني هذه الخاصية أن قواعد الإسناد تتبع من التشريع الوطني لكل دولة، فهي قواعد يضعها المشرع الداخلي في إطار ما يُعرف بالقانون الدولي الخاص، وتُعبّر عن السيادة التشريعية للدولة في تنظيم العلاقات القانونية التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا.

فلكل دولة قواعد إسناد خاصة بها، تختلف من دولة إلى أخرى تبعًا لاختلاف مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية وحتى الأخلاقية، التي تسعى كل دولة إلى حمايتها من خلال تنظيم علاقاتها القانونية ذات الطابع الدولي.

ورغم هذا الطابع الوطني لقاعدة الإسناد، فإنه من الضروري الإشارة إلى أن العديد من قواعد الإسناد تستمد وجودها من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، والتي توقع عليها الدول أو تنضم إليها لاحقًا.

فعلى سبيل المثال، فإن قواعد الإسناد المنظمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في العديد من الدول الأوروبية مثل إيطاليا، ألمانيا، وفرنسا، تستند إلى أحكام اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وهي الاتفاقية التي تم توقيعها في روما بتاريخ 19 جوان 1980، ودخلت حيز التنفيذ في 1 أبريل 1991.

ويترتب على الطبيعة الوطنية التي تميز قواعد الإسناد نتيجة بالغة الأهمية، وهي ضرورة انسجام هذه القواعد مع المبادئ الدستورية السارية في الدولة، وعدم تعارضها مع الثوابت القانونية والسيادية التي يقرها الدستور الوطني¹.

¹ حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص 31.

الفرع الثاني : قواعد غير مباشرة

ويقصد بهذه الخاصية أن قاعدة الإسناد لا تتولى حل النزاع بشكل مباشر من خلال تحديد الأحكام الموضوعية التي تحكم العلاقة القانونية، وإنما يقتصر دورها على إسناد حكم المسألة المطروحة إلى أحد القوانين المرتبطة بها، وفقاً لضابط إسناد محدد¹.

فعلى سبيل المثال، تنص الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني الجزائري على أن: "يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". ومن خلال هذا النص، يتضح أن المشرع لم يبيّن القواعد الموضوعية التي تنظم مسألة فك الرابطة الزوجية، وإنما اكتفى بتحديد القانون الواجب التطبيق، تاركاً للقانون المُحال إليه مهمة الفصل في الموضوع".

ووصف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة غير مباشرة هو ما دفع بعض الفقه إلى تشبيهها بمكتب الاستعلامات في محطة السكك الحديدية؛ فكما يقتصر دور هذا المكتب على توجيه المسافر إلى رقم الرصيف الذي يوجد فيه القطار المناسب لرحلته، دون أن يتولى بنفسه نقل المسافر، فإن قاعدة الإسناد تقتصر وظيفتها على توجيه القاضي نحو القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع، دون أن تتضمن هي ذاتها الحل الموضوعي لهذه العلاقة².

ومن ثم، يُفهم مما تقدم أن قاعدة الإسناد لا تُنشئ حقوقاً أو التزامات، ولا تضع حلاً موضوعياً للنزاع المعروض أمام القاضي، بل تكتفي بتحديد القانون المختص الذي يتولى الفصل في جوهر النزاع.

الفرع الثالث: قواعد مزدوجة

تُوصف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة مزدوجة لأنها لا تقتصر على تطبيق القانون الوطني فقط، بل قد تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي إذا ما اقتضى ضابط الإسناد ذلك. فهي لا تهدف إلى تفضيل قانون معين، وإنما

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 61.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 214.

ترشد القاضي إلى القانون الأنسب لحكم العلاقة، سواء أكان هذا القانون قانون الدولة التي ينتمي إليها القاضي (Lex fori) أو قانوناً أجنبياً¹.

وبالتالي، فإن قاعدة الإسناد تفتح المجال أمام تطبيق قوانين متعددة بحسب نوع العلاقة وظروفها، فهي مزدوجة من حيث الاحتمال:

• إما أن تقود إلى تطبيق القانون الوطني،

• أو أن تقود إلى تطبيق قانون أجنبي، دون تمييز مسبق بينهما.

وعلى الرغم من أن الغالبية العظمى من قواعد الإسناد في التشريعات المعاصرة تُعد قواعد مزدوجة الجانب (bilatérales)، أي أنها تُجيز إسناد العلاقة القانونية إلى القانون الوطني أو إلى قانون أجنبي بحسب مقتضيات ضابط الإسناد، إلا أن بعض التشريعات، متأثرة بالاتجاه الفقهي المؤيد للقواعد المنفردة الجانب (unilatérales)، قد تبنت في بعض الحالات هذا النمط من الإسناد².

وتتميّز القاعدة المنفردة الجانب بأنها لا تسعى إلى تحديد القانون الأصلح لحكم العلاقة القانونية من حيث الحياد، بل تُعطي الأفضلية للقانون الوطني فقط، ولا تُجيز تطبيق القانون الأجنبي.

ويلاحظ أن المشرّع الجزائري، وفي بعض الحالات، يمنح الأفضلية لتطبيق قانونه الوطني، فيلجأ إلى صياغة قاعدة الإسناد بطريقة أحادية الجانب.

ويُقصد بذلك أن يقوم المشرّع بصياغة قاعدة إسناد يُقتصر نطاقها على تحديد مجال تطبيق القانون الجزائري فقط، دون السماح بإسناد العلاقة إلى قانون أجنبي، وهو ما يُعبّر عن انحياز تشريعي لحماية مصلحة وطنية أو اجتماعية معينة.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 216.

² حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص 64.

فعلى سبيل المثال، نجد أن المشرع استخدم الصياغة المزدوجة في الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني، حين نصّ على أن "يخضع الطلاق والتطليق والانفصال الشخصي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى"، وهو ما يُعد تطبيقاً لضابط الجنسية بطريقة حيادية، دون تفضيل صريح للقانون الجزائري.

غير أن المشرع عاد في المادة 13 من نفس القانون، ليُقرّ استثناءً على هذه القاعدة، ويُلزم القاضي بتطبيق القانون الجزائري وحده في حال تبين أن أحد الزوجين كان جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج، حتى ولو فقد هذه الجنسية لاحقاً¹.

وهذا التوجه يُبرز الطابع الأحادي في هذه القاعدة، إذ يُلزم بتطبيق القانون الوطني دون الالتفات إلى باقي عناصر العلاقة أو إلى إمكانية تطبيق قانون أجنبي، مما يعكس رغبة المشرع في حماية الروابط الوطنية في مسائل الأحوال الشخصية.

يمكن للطالب أن يُميّز بين القاعدة المزدوجة والقاعدة الأحادية من خلال صياغة النص القانوني ذاته. فإذا كانت قاعدة الإسناد تسمح بإسناد العلاقة القانونية إلى القانون الأجنبي أو القانون الوطني بحسب ما يقتضيه ضابط الإسناد (كالجنسية، أو الموطن، أو مكان الإبرام...)، دون تفضيل ظاهر لأحدهما، فإنها تُعد قاعدة مزدوجة. أما إذا كانت القاعدة تقتصر صراحة على تطبيق القانون الوطني فقط، ولا تفتح المجال لإعمال قانون أجنبي، فإنها تُعتبر قاعدة أحادية الجانب.

ويُستدل على ذلك من العبارات الواردة في النص:

- فإذا ورد في القاعدة مثلاً: "تُطبّق قواعد قانون جنسية الزوج"،... دون تحديد جنسية بعينها، فهي قاعدة مزدوجة.
- أما إذا ورد "يُطبّق القانون الجزائري فقط إذا كان أحد الطرفين جزائري الجنسية"،... فهي قاعدة أحادية، لأن المشرع قصر التطبيق على قانونه الوطني فقط.

¹حبار محمد، المرجع السابق، ص62.

الفرع الرابع: قواعد محايدة

تُوصف قاعدة الإسناد بأنها محايدة لأنها لا تسعى إلى حماية القانون الوطني أو فرضه على النزاع، بل تهدف فقط إلى تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي، بغض النظر عن جنسية هذا القانون، سواء أكان وطنياً أم أجنبي¹.

وتُعدّ قواعد الإسناد بمثابة قواعد تقنية أو آلية، يقتصر دورها على تحقيق نوع من العدالة الشكلية (la justice formelle)، إذ إنها تكتفي بإسناد العلاقة القانونية محل النزاع تلقائياً إلى القانون الأكثر ارتباطاً بها، وذلك استناداً إلى ضابط الإسناد الذي حدده المشرع، ووفقاً للسياسة التشريعية للدولة المعنية، دون النظر إلى النتائج المادية التي قد تترتب على تطبيق ذلك القانون.

فوظيفة قاعدة الإسناد لا تتمثل في تحقيق العدالة الموضوعية أو الملموسة للطرفين، وإنما تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق ما يُعرف بـ عدالة القانون الدولي الخاص، والمتمثلة في توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول بطريقة منهجية ومنضبطة، ولو أدى ذلك أحياناً إلى نتائج قد تبدو غير منصفة من الناحية الواقعية².

آخر، لا تُميز قاعدة الإسناد بين القوانين على أساس الانتماء، وإنما تُطبّق بناءً على ضابط الإسناد (مثل: الجنسية، الموطن، مكان الإبرام...) الذي يربط العلاقة القانونية بقانون معين، ما يجعلها موضوعية وغير متحيّزة.

مثال تطبيقي:

تنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أن:
"تحدد أهلية الشخص وفقاً لقانون جنسيته".

✓ إذا كان الشخص جزائرياً: يُطبّق القانون الجزائري.

✓ إذا كان أجنبيّاً (مثلاً فرنسياً): يُطبّق القانون الفرنسي أمام القاضي الجزائري.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 73.

² حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 65.

هذا يدل على أن قاعدة الإسناد لا تُفضل القانون الجزائري، بل تحيل إلى قانون جنسية الشخص، أيًا كانت هذه الجنسية، ما يجعلها محايدة في توجيهها.

الفرع الخامس: الصفة الدولية و الخاصة لقاعدة الاسناد

لا يمكن فهم الطبيعة الدقيقة لهذه القواعد ووظيفتها دون الوقوف على خصائصها الجوهرية، وفي مقدّماتها الخاصيتان اللتان تُميّزانهما عن غيرها من القواعد القانونية، وهما: **الصفة الدولية والصفة الخاصة**.

فمن جهة، تتميز قواعد الإسناد بطابعها الدولي، لكونها لا تُوضع لتنظيم العلاقات القانونية البحتة الداخلية، بل تتحصر وظيفتها في تنظيم العلاقات ذات البعد الدولي، أي التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة. ومن جهة ثانية، فإن هذه القواعد تنتمي إلى مجال القانون الخاص، إذ إنها تهدف إلى ضبط العلاقات التي تنشأ بين الأفراد في سياق مشوب بعنصر أجنبي، دون أن تمتد لتشمل علاقات القانون العام أو العلاقات ذات الطابع السيادي¹.

وانطلاقًا من ذلك، فإن فهم هاتين الخاصيتين يُعدّ مدخلًا ضروريًا لاستيعاب دور قاعدة الإسناد في النظام القانوني، وحدود تدخلها، ومدى فعاليتها في تحقيق العدالة في إطار العلاقات القانونية الدولية الخاصة.

أولاً: الصفة الدولية لقاعدة الاسناد

يقصد بالصفة الدولية لقاعدة الإسناد أنّ الغاية من وجود هذه القواعد هي حلّ التنازع التشريعي الذي قد يحدث بين قوانين صادرة عن دول مختلفة، حتى وإن اتحدت هذه القوانين في مصدرها أو مرجعيتها القانونية².

كما يقصد بالصفة الدولية لقواعد التنازع أو كما تعرف بقواعد الاسناد هو تعدي العلاقات التي تحكمها هذه القواعد للحدود الإقليمية للدولة الواحدة، واشتمالها على عنصر أجنبي أو أكثر، مما يجعل هذه العلاقات

¹ حبار مجد، المرجع السابق، ص 62.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 233.

تتعلق بأكثر من قانون وطني، فيكون من الضروري تحديد أي قانون يجب تطبيقه¹.

ويُطرح في هذا الإطار إشكال قانوني مهم، مفاده: هل يشترط في الدولة التي يصدر عنها القانون المراد

تطبيقه أن يكون لها وجود قانوني²؟ أم يكفي أن يكون لها وجود فعلي في المجتمع الدولي³؟

وقد أثير هذا التساؤل أمام محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1971 في قضية

فيتنام الشمالية، حيث أرست المحكمة المبدأ الآتي:

"إن الوجود الفعلي لدولة ما ليس كافيًا، في حد ذاته، لتطبيق القوانين الصادرة عن هذه الدولة من قبل القضاء

الفرنسي، ويشترط أن تكون لتلك الدولة علاقات مع فرنسا، أي كانت طبيعتها، سواء كانت ثقافية أو تجارية،

حتى ولو لم تبلغ حد العلاقات الدبلوماسية".

وبناءً على هذا المبدأ، قضت المحكمة بإمكانية تطبيق قانون فيتنام الشمالية، رغم غياب الاعتراف الرسمي

بها آنذاك، مستندة إلى كونها كانت تملك تمثيلية تجارية بفرنسا، ما اعتُبر كافيًا لاعتماد قوانينها أمام القضاء

الفرنسي⁴.

ومن التساؤلات المطروحة أيضا في هذا السياق:

ما الحكم إذا كانت دولة القاضي تعترف بالدولة الأجنبية ككيان قانوني، لكنها لا تعترف بالسلطة الفعلية التي

تمارس الحكم فيها؟

لقد سبق للقضاء الفرنسي أن واجه إشكالاً دقيقاً يتعلق بالصفة الدولية للقانون الواجب التطبيق من خلال

قضية شهيرة تُعرف بقضية "أوديسا"، التي عرضت أمامه بعد الثورة البلشفية في روسيا سنة 1917.

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 75.

² يقصد بالوجود القانوني للدولة أن تتوفر فيها الأركان الثلاثة التقليدية لقيام الدولة (إقليم، شعب، وسلطة) وأن تكون معترفًا بها دوليًا، ولا سيما من قبل دولة القاضي المعروض عليها النزاع.

³ أما الوجود الفعلي، فيتجسد في كيان تتوفر فيه عناصر الدولة، لكن لا يحظى باعتراف رسمي من المجتمع الدولي أو من قبل دولة القاضي.

⁴ حبار محمد، المرجع السابق، ص 64.

وتتلخص وقائعها في أن شخصاً روسياً كان يمتلك سفينة محملة بالحرير، كانت راسية في ميناء أوديسا (Odessa) بروسيا القيصرية. وبعد قيام الثورة البلشفية، عمدت الحكومة الجديدة إلى مصادرة السفينة وحملتها بموجب قوانين التأمين الاشتراكية دون تعويض مالكيها.

وبعد أن انتقلت السفينة إلى ميناء فرنسي، تقدم المالك الروسي أمام القضاء الفرنسي بطلب حجز السفينة، محتجاً بأن القانون البلشفي الذي استندت إليه المصادرة يخالف النظام العام الفرنسي القائم على احترام الملكية الخاصة، وبأن الحكومة البلشفية لم تكن معترفاً بها من طرف فرنسا وقتها¹.

قضى القضاء الفرنسي في هذه النازلة بعدم الاعتراف بالآثار القانونية للمصادرة التي تمت في أوديسا، مؤكداً أن القانون البلشفي الذي أجريت المصادرة بموجبه لا يمكن تطبيقه في فرنسا، لأنه صادر عن حكومة لم تكن فرنسا تعترف بها حينها.

وبالتالي، استجابت المحكمة لطلب الحجز، رافضة ترتيب أي أثر قانوني على ما وقع في أوديسا بموجب ذلك القانون غير المعترف به².

لم يخلُ هذا الموقف القضائي من انتقادات فقهية واسعة، أهمها:

1. مخالفة منطق الإسناد: إذ أن قاعدة الإسناد الوطنية حينما تحيل إلى قانون أجنبي، فإنها تحيل إلى القانون المعمول به فعلياً في الدولة الأجنبية، بصرف النظر عن الاعتراف الدبلوماسي بها من عدمه.

2. نتيجة غير منطقية: إذا تم رفض تطبيق القانون البلشفي بحجة غياب الاعتراف بالحكومة القائمة، فإن ذلك سيؤدي إلى تطبيق القانون القيصري الذي ألغي فعلياً ولم يعد له وجود قانوني داخل روسيا، وهو أمر يتعارض مع منطق العدالة وواقع القانون في الدولة الأجنبية³.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 239.

² المرجع نفسه، ص 64.

³ المرجع نفسه، ص 64.

تُبرز هذه القضية الإشكال المرتبط بشرط الاعتراف بالدولة أو السلطة المصدرة للقانون الأجنبي، وتطرح تساؤلات حول حدود حياد القاضي الوطني ومدى التزامه بالتعامل مع الواقع القانوني للدولة الأجنبية، حتى وإن لم تكن معترفاً بها دبلوماسياً من طرف دولته.

اذن يترتب على عدم اعتراف دولة ما بكيانٍ سياسي معين، الامتناع عن تطبيق قوانينه أمام محاكمها، حتى في إطار العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي.

ومقتضى ذلك أن الدولة لا تعتبر الكيان غير المعترف به طرفاً في المجتمع الدولي، وبالتالي لا تُعطي لقوانينه أي أثر قانوني داخل إقليمها.

مثال توضيحي: بعض الدول العربية التي لا تعترف بإسرائيل ترفض محاكمها تطبيق القانون الإسرائيلي، حتى في النزاعات التي ترتبط بعلاقات قانونية نشأت على إقليم تلك الدولة، تأسيساً على مبدأ عدم الاعتراف.

و على النقيض من ذلك فإن الدول التي تعترف بالدولة الأجنبية وإن كانت محل نزاع أو خلاف سياسي، قد تطبق قوانينها في إطار تنازع القوانين، باعتبار أنها تنتمي للمجتمع الدولي وتُعامل على هذا الأساس. مثلاً القضاء المصري، بعد توقيع اتفاقيات السلام والاعتراف الرسمي بإسرائيل، أصبح من الممكن له - في بعض الحالات - تطبيق القانون الإسرائيلي عندما تقتضي قواعد الإسناد ذلك (كأن تكون العلاقة قد نشأت في إسرائيل أو أحد أطراف النزاع يحمل جنسيتها).

ثانياً: الصفة الخاصة لقاعدة الإسناد

يقصد بالصفة الخاصة لقاعدة الإسناد أنها وُضعت لتنظيم العلاقات القانونية ذات الطابع الخاص، أي تلك التي تنشأ بين الأفراد أو بين أشخاص القانون الخاص، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، ولا تمتد لتشمل العلاقات التي تُحكم بقواعد القانون العام. ومن ثمّ، فإن وظيفة قاعدة الإسناد تقتصر على معالجة التنازع التشريعي الذي قد يثور بين قوانين تنتمي إلى فروع القانون الخاص، كالأحوال الشخصية، والالتزامات، والأموال، وغيرها¹.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 229.

المطلب الثالث: الورشة التطبيقية

بالنسبة لمنهجية إنجاز التمارين في الأعمال الموجهة (TD) تعتمد الأعمال الموجهة في مقياس القانون الدولي الخاص على مقارنة تفاعلية وتشاركية، تهدف إلى تعزيز مهارات التحليل القانوني والتفكير المقارن لدى الطلبة.

ولهذا الغرض، يتم إنجاز التمارين التطبيقية في شكل ورشات مصغرة، تتكوّن كل ورشة من طالبين اثنين على الأقل، يعملان على تحليل الإشكالية القانونية المطروحة، واقتراح حلول مبنية على القواعد النظرية المدروسة.

تُوَزَع التمارين بشكل دوري، ويُمنح الطلبة الوقت الكافي للتداول الجماعي ضمن الورشة، ثم يُقدّم ممثل كل مجموعة خلاصة شفوية أمام زملائه، تتبعها مناقشة جماعية بإشراف الأستاذ المشرف على الأعمال الموجهة.

التمرين الأول: استخراج من قواعد الاسناد _ التالية الفئة المسندة و ضابط الاسناد .

التمرين الثاني: حدد طبيعة كل قاعدة من قواعد الاسناد فيما اذا كانت مزدوجة أم أحادية.

المادة 10 : (معدلة) يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج اثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيّنه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.

غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري. (1)

المادة 11 : (معدلة) يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين. (2)

المادة 12 : (معدلة) يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى. (3)

المادة 13 : يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج.

الحل :

قاعدة الاسناد	الفئة المسندة	ضابط الاسناد	طبيعتها
المادة 10 ق.م	الحالة المدنية، الأهلية	قانون الجنسية	مزدوجة
المادة 11 ق.م	الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج	القانون الوطني لكل من الزوجين-ضابط موزع-	مزدوجة
المادة 12 ق.م	<ul style="list-style-type: none"> • الاثار الشخصية و المالية لعقد الزواج • انحلال الزواج و الانفصال الجسماني 	<ul style="list-style-type: none"> • قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج • قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى فك الرابطة الزوجية 	مزدوجة
المادة 13	جنسية احد الزوجين جزائري في مواد الزواج و فك الرابطة الزوجية	القانون الجزائري	أحادية -تشير لتطبيق القانون الجزائري-

المبحث الثاني: اعمال قاعدة الإسناد و مدى التزام القاضي بها وإمكانية استبدالها

تُعدّ قاعدة الإسناد الأداة المحورية التي يعتمد عليها القاضي في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي. غير أنّ تطبيق هذه القاعدة لا يتم بشكل ميكانيكي أو تلقائي، بل يمرّ بجملة من المراحل الإجرائية والمنهجية التي تفرض على القاضي القيام بعدة أعمال، بدءًا بتكييف العلاقة القانونية لتحديد الفئة المسندة، مرورًا بتعيين القانون المختص وفقًا لما تقتضيه القاعدة، وانتهاءً بالنظر في مدى قبول تطبيق هذا القانون الأجنبي في ضوء النظام العام أو وجود موانع أخرى.

كما يُطرح تساؤل مهم حول مدى التزام القاضي الوطني بقاعدة الإسناد المقررة في تشريعه، وهل يملك سلطة استبدالها في بعض الحالات؟ وهل يمكنه تجاوزها أو تكييفها بما يخدم العدالة والمصلحة العامة؟

لمعالجة هذه التساؤلات، سنقسّم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين: الأول يتناول اعمال قاعدة الإسناد، والثاني يسلط الضوء على سلطة القاضي في تطبيقها أو استبدالها.

المطلب الأول: اعمال قاعدة الاسناد

نظرًا للطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد، فإن تطبيقها قد يفرض على القاضي إخضاع العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي إما للقانون الوطني أو لقانون أجنبي. ومن ثمّ تثار جملة من التساؤلات حول المقصود بعبارة "القانون الأجنبي"، والأساس الذي يقوم عليه تطبيق هذا القانون من قبل القاضي الوطني. وهي النقاط التي سنعالجها تباعًا من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: المقصود بالقانون الأجنبي في إطار تنازع القوانين

يقصد بعبارة "القانون الأجنبي"، في سياق تنازع القوانين، ذلك القانون الساري المفعول في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانونها على العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي الوطني. ومؤدى ذلك أن المقصود بالقانون الأجنبي لا يقتصر فقط على النصوص التشريعية، وإنما يشمل أيضًا كافة مصادر القانون المعترف بها في الدولة الأجنبية المعنية، بما في ذلك:

- التشريع: أي القوانين الرسمية الصادرة عن السلطة التشريعية في تلك الدولة؛
- العرف والعادات: في حال كانت معتمدة كمصدر من مصادر القانون في الدولة المشار إليها؛
- السوابق القضائية: إذا كانت تُعدّ مصدرًا ملزمًا أو ذا حجية وفق النظام القضائي لتلك الدولة؛

• المبادئ القانونية المقررة من قبل الهيئات السياسية العليا: كالدستور أو الإعلانات الرسمية ذات الطابع القانوني، متى كانت هذه المبادئ معتمدة في النظام القانوني للدولة الأجنبية¹.

وبالتالي، فإن مفهوم القانون الأجنبي يبقى واسعاً، ويجب فهمه في ضوء النظام القانوني للدولة التي تشير إليها قاعدة الإسناد، لا في ضوء التصور الوطني لمصادر القاعدة القانونية. وهذا ما يستوجب على القاضي الوطني، حال تطبيقه لقانون أجنبي، أن يُراعي البنية القانونية الكاملة لذلك القانون، من حيث مصادره وطرق تفسيره ونطاق سريانه.

الفرع الثاني: الأساس النظري لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي

يثير تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي، رغم صدوره عن سلطة تشريعية أجنبية لا ولاية لها عليه، تساؤلاً مشروعاً حول الأساس الذي يُبرر هذا التطبيق دون أن يُعدّ خضوعاً لسلطة أجنبية.

وللإجابة عن هذا الإشكال، يجب التأكيد على أن القاضي الوطني لا يُطبّق القانون الأجنبي استجابةً لأمر صادر عن الدولة الأجنبية، بل إن مصدر إلزامه بتطبيق هذا القانون هو القانون الوطني ذاته، وبالتحديد قاعدة الإسناد المنصوص عليها في التشريع الوطني (مثل المواد 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري).

فالقانون الوطني هو الذي يُحدّد متى يجب على القاضي الوطني أن يُطبّق القانون الأجنبي، انطلاقاً من اعتبارات العدالة الدولية وتوزيع الاختصاص بين الأنظمة القانونية، لا انطلاقاً من خضوع القاضي لسلطة أجنبية.

بعبارة أخرى القاضي الوطني لا يُطبّق القانون الأجنبي بصفته قانوناً أجنبياً، وإنما يُطبّقه بصفته قانوناً واجب التطبيق بموجب إرادة المشرّع الوطني.

ظهر اتجاهان في هذه المسألة: اتجاه يعامل القانون الأجنبي كواقعة، واتجاه يعامله كقانون.

أولاً - مضمون الاتجاه الذي يعامل القانون الأجنبي كواقعة:

اعتمد القضاء الفرنسي هذا التوجه في المرحلة الأولى من تطوره بشأن المسألة، دون أن يصرّح

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 91.

صراحةً بمعاملة القانون الأجنبي كواقعة. غير أن الشروط التي اشترطها لتطبيقه جعلت الفقه يستنتج ذلك¹. وتتمثل هذه الشروط في:

1. أن الطرف المتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو المُلزم بإثبات مضمونه.
2. أن القاضي الفرنسي غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، حتى ولو كان على علم بأحكامه.
3. أن محكمة النقض الفرنسية لا تمارس رقابة على التفسير الذي تمنحه محكمة الموضوع للقانون الأجنبي².

ثانيًا - مضمون الاتجاه الذي يعامل القانون الأجنبي كقانون

يخالف هذا الاتجاه سابقه تمامًا، إذ يرى أن القانون الأجنبي يجب أن يُعامل كما يُعامل القانون الوطني. ويترتب على ذلك ثلاث نتائج معاكسة لما في الاتجاه الأول، وهي:

1. القاضي يلتزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه من تلقاء نفسه.
2. الخصوم غير مُلزمين بإثبات مضمون القانون الأجنبي.
3. تفسير القانون الأجنبي يخضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية³.

ثالثًا - موقف الفقه الفرنسي

ينقسم الفقه الفرنسي بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** يؤيد الرأي القائل بمعاملة القانون الأجنبي كقانون، لكنه يعترف بأن تطبيق هذا المبدأ عمليًا يواجه صعوبات، خاصة في التعرف على مضمون القانون الأجنبي في كثير من الحالات.
- **الاتجاه الثاني:** يساند موقف القضاء الفرنسي في معاملة القانون الأجنبي كواقعة، وعلى رأس أنصاره الفقيه "باتيفول"، و يبرر هذا الأخير موقفه بأن أي قاعدة قانونية تتكون من عنصرين:
 1. **العنصر المادي:** وهو السبب أو الواقعة التي تُنشئ القاعدة القانونية.
 2. **عنصر الجزاء:** وهو العقوبة أو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص92.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص144.

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص92.

ويرى أنه إذا طُبقت القاعدة القانونية في الدولة التي أصدرتها، فإنها تُطبق بكلا العنصرين. أما إذا خرجت لتُطبق في إقليم دولة أخرى، فإنها تُطبق فقط بعنصرها المادي، دون عنصر الجزاء. وهذا - في نظره - ينطبق على القانون الأجنبي أيضًا¹.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من الاتجاهين السابقين

لم يصرّح المشرع الجزائري بشكل مباشر برأيه في هذه المسألة، لكن يمكن استنتاج موقفه من بعض النصوص القانونية.

فعند الرجوع إلى المادة 233 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، التي كانت تنظم أسباب الطعن بالنقض وأدرجت ضمن أسبابه "كل خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي يتعلق بالأحوال الشخصية"، وأيضاً بالرجوع إلى المادة 358 فقرتي 5 و6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 الداخل حيز النفاذ سنة 2009، (المعدل بالقانون 22-13)²، يتضح أن المشرع يفرق بين نوعين من القوانين الأجنبية:

1. القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية يعاملها المشرع كقانون، أي بنفس معاملة القانون الجزائري.
2. القوانين الأجنبية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية: يعاملها المشرع كواقعة، أي يجب إثبات مضمونها من قبل من يتمسك بها³.

الفرع الثالث: إثبات القانون الأجنبي

يجهل القاضي في الغالب مضمون القانون الأجنبي في الحالة التي يطبق فيها من تلقاء نفسه يطبقه فيها بناء على طلب أطراف النزاع.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص93.

² اعتبرت المادة 358 ق. 1. م. 1. في فقرتيها 5، 6 من أوجه الطعن بالنقض - "5- مخالفة القانون الداخلي - 6 مخالفة القانون الأجنبي المتعلقة بقانون الأسرة".

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص93.

والأصل أن يقوم القاضي بتطبيق القانون المختص من تلقاء نفسه، إلا أن التطبيق العملي للقانون الأجنبي يواجه إشكالية أساسية تتمثل في افتقاده لعنصر الإلزام خارج إقليم الدولة التي صدر فيها، مما يجعله يختلف عن القانون الوطني. لذلك، يقع عبء التمسك بتطبيقه وإثبات مضمونه على عاتق الطرف المستفيد منه¹.

غير بعض التشريعات لا تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة، وبالتالي لا تُلقِي عبء إثباته على عاتق الخصوم، بل تلزم القاضي بالبحث عن مضمونه بنفسه، مع السماح له بالاستعانة بالأطراف عند الحاجة.

ففي القانون الألماني، على سبيل المثال، لا يجوز للمحكمة الاكتفاء بما يقدمه الخصوم لتحديد مضمون القانون الأجنبي، بل يُسمح لها باللجوء إلى جميع وسائل المعرفة المتاحة، واتخاذ ما تراه ضروريًا لتحقيق هذه الغاية.

أما في إيطاليا، فقد استقر قضاء محكمة النقض على إلزام القاضي بالتحري عن مضمون القانون الأجنبي بنفسه، مع اعتبار مساعدة الخصوم أمرًا ثانويًا لا يقوم عليه الالتزام الأساسي².

غير أنه إذا استنفد القاضي، خلال فترة زمنية معقولة، جميع الوسائل المتاحة للتعرف على مضمون القانون الأجنبي دون جدوى، أو تعذر عليه إثباته أو تحديده، فإنه يعود لتطبيق القانون الوطني، باعتباره يسترجع ولايته العامة، وذلك استنادًا إلى مبدأ إقليمية القوانين³. وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 23 مكرر من القانون المدني على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر اثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

المطلب الثاني: سلطة القاضي في اعمال أو استبدال قاعدة الاسناد

تُعد قاعدة الإسناد الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في إطار القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة ذات عنصر أجنبي. غير أن هذه القاعدة ليست جامدة بشكل مطلق، إذ يظل للقاضي في بعض الحالات سلطة تقديرية في تفعيلها أو استبعادها، وذلك مراعاة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، أو بغية تلافى صعوبات عملية أو تناقضات قانونية قد تنشأ عن تطبيقها. وتظهر أهمية هذه السلطة

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص و عملا و عملا، الطبعة الأولى، الجزائر، 2010، ص 13.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 147.

³ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص و عملا و عملا، الطبعة الأولى، ص 13.

في كونها تمثل آلية لتحقيق التوازن بين احترام مقتضيات قاعدة الإسناد والحفاظ على السيادة القانونية والعدالة الواقعية في النزاع المطروح أمامه وهو ما سنتطرق للحديث عنه في الفروع التالية.

الفرع الأول : مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه الوطني

كما أشرنا سابقاً، فإن قواعد الإسناد تهدف إلى إرشاد القاضي نحو القانون المختص بحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. وغالباً ما يكون الخصوم هم من يطلبون من القاضي تطبيق قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانونه، قصد الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق على نزاعهم. غير أنه قد يحدث أن يلتزم الخصوم الصمت عند تقديم النزاع إلى القضاء، إما لجهلهم بقواعد الإسناد، أو لأن تطبيقها لا يخدم مصلحتهم¹.

وهنا يثور التساؤل الآتي: هل يجوز للقاضي، في حال امتناع الخصوم عن إثارة قاعدة الإسناد، أن يُعملها من تلقاء نفسه؟ أم أنه غير ملزم بذلك؟

للإجابة على هذا التساؤل، يمكن رصد ثلاثة اتجاهات في القانون المقارن:

الاتجاه الأول: هو الاتجاه الذي يمنع القاضي من تطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه. ويُعدّ هذا الاتجاه سائداً في إنجلترا، حيث لا يجوز للقاضي الإنجليزي أن يُعمل القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل يتعيّن عليه تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه الوطني على كل نزاع يُعرض عليه، حتى ولو كان النزاع متصلاً بعنصر أجنبي².

وإذا تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي الذي تشير قواعد الإسناد الإنجليزية إلى اختصاصه، فإن القاضي الإنجليزي لا يُطبّقه إلا إذا قدّم الخصوم إثباتاً صريحاً لمضمونه، مع بيان أوجه الاختلاف بينه وبين أحكام القانون الإنجليزي. ويتّضح من ذلك أن هذا الاتجاه يقوم على افتراض تطابق بين أحكام القانون الإنجليزي وأحكام القانون الأجنبي، إلى أن يُثبت العكس³.

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 122.

²حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 35.

³أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 122.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه بوجوب التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانونه تلقائيًا، دون حاجة إلى تمسك الخصوم بها.

وبناءً عليه، فإنّ القاضي ملزم بإعمال قاعدة الإسناد سواء أثارها الأطراف أم لم يفعلوا، ما دام النزاع يتضمن عنصرًا أجنبيًا يقتضي ذلك¹.

كما لا يشترط هذا الاتجاه، بخلاف ما يقرره النظام الإنجليزي، تطابق أحكام القانون الأجنبي المشار إليه في قاعدة الإسناد مع أحكام القانون الوطني حتى يتم تطبيقه.

وقد ترتّب على هذا الموقف أن أجاز القضاء الذي يأخذ بهذا الاتجاه للأطراف إثارة التمسك بقاعدة الإسناد لأول مرة أمام المحكمة العليا. ويلاحظ أن هذا التوجه قد استقر منذ زمن بعيد في القضاء الألماني².

الاتجاه الثالث: يرى هذا الاتجاه أن للقاضي حرية تطبيق قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانونه من تلقاء نفسه، دون أن يكون ملزمًا بانتظار تمسك الخصوم بها. ويُعدّ هذا الاتجاه أكثر مرونة، إذ لا يربط تطبيق القانون الأجنبي بإرادة الأطراف، بل يُجيز للقاضي البحث عنه تلقائيًا متى اقتضى النزاع ذلك³.

وقد كرّست محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه في حكمها الصادر بتاريخ 2 مارس 1960، والذي نص على ما يلي:

"يسوغ لقضاة الموضوع البحث عن القانون الأجنبي ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه".

ويجدر الإشارة إلى أنه قبل صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 مارس 1960، لم يكن القضاء الفرنسي يُلزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ما لم يتمسك الخصوم بذلك صراحة. وقد استند هذا الموقف إلى اعتبار أن قواعد الإسناد الفرنسية، عندما تُحيل إلى قانون أجنبي، لا تُعد من النظام العام. ففي قرار صادر بتاريخ 12 مارس 1959، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي"، وهو ما يعني أنّ على الأطراف أن يثيروا مسألة تطبيق ذلك القانون، وإلا لا يُؤخذ به.

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 37.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 123.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 43.

وقد تجسد هذا التوجه في قضية تتعلق بزوجين إسبانيين مقيمين في فرنسا، انفصلا جسديًا، ثم تحوّل ذلك إلى طلاق طبقًا للقانون الفرنسي، رغم أن القانون الإسباني - المختص بحكم العلاقة - لا يُجيز الطلاق. ورفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المرفوع ضد محكمة الموضوع التي لم تطبق القانون الإسباني، معللة ذلك بأن الزوجين لم يطالبا بذلك.

وقد وُجّه انتقاد فقهي لهذا الاتجاه، كونه يفتح الباب أمام التحايل على القانون، إذ قد يُهمل الخصوم التمسك بتطبيق قاعدة الإسناد عمدًا، بغية التهرب من القانون المختص فعلاً بحكم العلاقة. ويُصبح هذا السلوك صورة من صور الغش نحو القانون، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية التي تحكمها قواعد أمرّة تتصل بالنظام العام¹.

حسب تقديري فبالرغم من أن هذا الاتجاه يمنح القاضي صلاحية أوسع في سبيل تحقيق العدالة وتطبيق القواعد الملائمة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي، إلا أنه قد يُنتقد من زاويتين:

1. من زاوية الأمن القانوني: إذ قد يفاجأ الخصوم بتطبيق قانون أجنبي لم يتوقعوه ولم يستعدوا لتقديم دفوعهم بشأنه.

2. من زاوية العبء القضائي: حيث يُحمّل القاضي عبء البحث والتحقق من مضمون القانون الأجنبي، وهو ما قد يُشكل عبئًا على الجهاز القضائي ويُؤدي إلى تأخير الفصل في النزاعات.

وبذلك، فإن هذا الاتجاه، رغم وجاهته من حيث المبادئ العامة للعدالة، يثير تساؤلات عملية تتعلق بالتوازن بين سلطة القاضي وحقوق الخصوم.

الفرع الثاني: حدود تطبيق قاعدة الإسناد في الزمن- التنازع الزمني لقواعد الإسناد-

سبق أن أوضحنا أن قواعد الإسناد تهدف إلى إيجاد انسجام بين القوانين الوطنية المختلفة في العلاقات القانونية ذات البعد الدولي. لكن رغم هذا الدور، فقد يحدث بينها تنازع، ليس فقط بسبب اختلافها من دولة إلى أخرى، بل حتى داخل نفس الدولة عندما تتغير قاعدة الإسناد بمرور الوقت. وهنا نتحدث عما يُعرف بالتنازع الزمني لقواعد الإسناد².

ويظهر هذا التنازع في صورتين رئيسيتين:

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 125.

² حبار محمد، المرجع السابق، ص 83.

- الصورة الأولى، تُعرف بـ"التنازع الانتقالي لقواعد الإسناد"، وتتمثل في صدور قاعدتي إسناد في نفس الدولة تتظمان نفس المسألة القانونية، بحيث تُستبدل القاعدة الأولى بأخرى لاحقة لها. وهنا يُطرح التساؤل عن القاعدة التي يتعين على القاضي تطبيقها: هل يلتزم بالقاعدة القديمة أم يعمل بالقاعدة الجديدة؟ خاصة إذا كانت العلاقة القانونية قد نشأت أو اكتملت آثارها في ظل القاعدة الأولى.
- أما الصورة الثانية، فهي ما يُعرف بـ"التنازع المتحرك" لقواعد الإسناد، وتحدث عندما تتحرك العلاقة القانونية من دولة إلى أخرى نتيجة تغير في عناصر التبعية أو المكان، ما يثير التساؤل بشأن القانون الواجب التطبيق: هل هو قانون الدولة التي نشأت العلاقة في ظلها؟ أم قانون الدولة التي انتقلت إليها العلاقة لاحقاً؟

وهكذا، فإن التنازع الزمني لقواعد الإسناد يضع القاضي أمام معضلة تتعلق بمدى إمكانية التطبيق الفوري للقاعدة الجديدة دون الإخلال بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة، مما يفرض ضرورة التوفيق بين مقتضيات الأمن القانوني ومتطلبات العدالة والمرونة في التعامل مع التغيرات القانونية.

أولاً: التنازع الانتقالي لقواعد الاسناد

يُقصد بالتنازع الانتقالي لقواعد الإسناد التعارض الذي ينشأ بين قاعدتي إسناد صادرتين عن نفس الدولة ونفس المشرع، لكن في فترتين زمنيتين مختلفتين، عند النظر في مسألة قانونية واحدة. هذا النوع من التنازع يتصل بالزمن، لا بالمكان، إذ يتعلق بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي تطبيق قاعدة الإسناد القديمة أو الجديدة على النزاع المعروض أمامه.

ولتوضيح ذلك:

- في القانون الألماني، كانت المسائل المرتبطة بالحالة والأهلية تُخضع لقانون الموطن، لكن مع صدور القانون المدني الألماني سنة 1900 تم العدول عن هذا الضابط وإخضاعها لقانون الجنسية¹.
- وفي الجزائر، كان القضاء قبل صدور القانون المدني لسنة 1975 متأثراً بالقضاء الفرنسي، حيث كان يخضع مسألة فك الرابطة الزوجية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو لقانون موطنهما المشترك إذا اختلفت الجنسيات. لكن بعد صدور القانون المدني، وبموجب المادة 12 الفقرة الثانية، تبنى المشرع الجزائري ضابطاً عاماً موحداً يتمثل في تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص126.

في هذه الحالات، يثور التساؤل: عند عرض النزاع على القضاء، هل يتم تطبيق قاعدة الإسناد القديمة أم الجديدة؟ وهو ما يشكل جوهر إشكالية التنازع الانتقالي لقواعد الإسناد.

عند التطرق إلى آراء الفقه في مسألة التنازع الانتقالي لقواعد الإسناد، يمكن تمييز اتجاهين أساسيين:

- الاتجاه الأول يدعو إلى تطبيق قاعدة الإسناد الجديدة على جميع العلاقات والمراكز القانونية، دون التفرقة بين ما كان منها سابقاً على صدورها أو لاحقاً لها، وذلك باعتبار أن قواعد الإسناد بطبيعتها قواعد إجرائية أو متعلقة بالنظام العام، مما يبرر تطبيقها الفوري والمباشر.
- الاتجاه الثاني: يذهب إلى ضرورة امتداد الحلول المعتمدة في مجال التنازع الزمني للقوانين الموضوعية إلى التنازع الانتقالي لقواعد الإسناد، بحيث يُراعى في تطبيق قاعدة الإسناد الجديدة الحفاظ على المراكز القانونية التي نشأت في ظل القاعدة القديمة، تجنباً للإخلال بالاستقرار القانوني¹.

ثانياً: التنازع المتحرك - تغيير ضابط الاسناد -

كما أوضحنا سابقاً، فإن المشرع الجزائري قد خصص لكل فئة مسندة ضابطاً معيناً يُسندها إلى قانون محدد، ويُطلق على هذا الضابط تسمية "ضابط الإسناد"، وهو الأداة التي يعتمد عليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المعروضة عليه. غير أن هذا الضابط قد يطرأ عليه تغيير بعد نشوء العلاقة القانونية، الأمر الذي يؤدي إلى تغيير القانون المختص، فتخضع العلاقة حينها لقانونين متعاقبين، مما يخلق نوعاً من التنازع بينهما يُعرف في الفقه باسم "التنازع المتحرك" أو *conflict mobile*، وهو مصطلح استخدمه الفقيه الفرنسي بارتان *Bartin*.

1- تعريف التنازع المتحرك

ونكون أمام التنازع المتحرك حينما يتعلق الأمر بحق يتنازعه قانونين أو أكثر، و يثار ذلك حينما نكون بصدد حق ينشأ في دولة تسمى بدولة الانشاء، ثم يتم نقله الى دولة أخرى تسمى بدولة النفاذ، فيقوم تساؤل حول مدى قدرة هذا الحق الذي نشأ في دولة الانشاء على ترتيب اثاره في دولة النفاذ².

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 84.

² حبار محمد، المرجع السابق، ص 85.

ويلاحظ أن هذا النوع من التنازع لا ينشأ إلا إذا كان ضابط الإسناد المعتمد قابلاً للتغيير، مثل ضابط الجنسية أو ضابط الموطن. أما إذا اعتمد المشرع على ضابط غير قابل للتغيير، كضابط موقع العقار أو مكان وقوع الفعل الضار، فلا يثور مثل هذا التنازع لأن القانون المختص يبقى ثابتاً.

مثال: إذا تزوج شخص جزائري من جزائرية وكان يقيم في الجزائر، ثم انتقل بعد سنوات إلى فرنسا وأصبح مقيماً دائماً هناك (أي تغير موطنه)، وأراد لاحقاً الطلاق، فإن القانون الذي سيطبق على الطلاق قد يتغير تبعاً لضابط الموطن الجديد. فإذا كان القانون الجزائري لا يجيز الطلاق إلا بشروط معينة، بينما القانون الفرنسي يجيزه بشروط مختلفة، فإن القاضي سيواجه تنازعا بين القانون الذي كان يطبق وقت نشوء العلاقة (القانون الجزائري) والقانون الجديد (القانون الفرنسي).

مثال اخر: إذا تزوج رجل جزائري الجنسية وفقاً للقانون الجزائري الذي يُجيز الطلاق بشروط معينة، ثم اكتسب لاحقاً الجنسية الإيطالية، وأراد تطليق زوجته، فإن التساؤل المطروح هنا هو: هل يُطبق عليه القانون الإيطالي الذي قد يختلف في تنظيم أحكام الطلاق، أم يُبقى خاضعاً للقانون الجزائري الذي تم الزواج في ظلّه؟ في هذه الحالة، نجد أنفسنا أمام تعاقب قانونين: القانون الجزائري والقانون الإيطالي، مما يثير مسألة التنازع المتحرك بينهما، ويتوجب على القاضي تحديد أي القانونين يُطبق، وذلك بحسب ما إذا كانت آثار العلاقة تُعدّ امتداداً لحق نشأ تحت مظلة القانون الأول.

2- حل مشكلة التنازع المتحرك

يطرح في سياق الحديث عن هذه المسألة السؤال التالي: كيف يمكن حل مشكلة التنازع المتحرك؟ للإجابة عن السؤال سنقوم بعرض ثلاث نظريات سعت لحل مشكلة التنازع المتحرك، ثم لموقف المشرع الجزائري.

أ- النظرية الأولى: نظرية اخضاع التنازع المتحرك لأحكام التنازع الزمني

مفاد هذه النظرية انه اذا ثار نزاع متحرك فإننا نطبق بشأنه نفس الحل الذي يتم اعتماده عادة لحل التنازع الزمني بين القوانين وان ذلك يؤدي بنا لإعمال قانون بلد التنفيذ¹.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 86.

بمعنى أنه إذا وُجد تنازع متحرك (أي أن ضابط الإسناد تغيّر بعد نشوء العلاقة القانونية، مما أدى إلى تغيّر القانون الواجب التطبيق)، فإننا لا نخترع حلاً جديداً، بل نحل المسألة بنفس الطريقة التي نحل بها التنازع الزمني بين القوانين داخل نفس الدولة، لتشابههما، إذ أنه في كليهما يوجد بالنسبة للحق قانونين متعاقبين عليه لحكمه، ويتعين تحديد نطاقهما¹.

ويقصد بالتنازع الزمني يحدث عندما يتغير القانون داخل الدولة نفسها، وعلينا أن نعرف: هل سنطبق القانون القديم الذي كان نافذاً وقت نشوء الحق أو الواقعة؟ أم القانون الجديد الذي أصبح نافذاً بعد ذلك؟

في تنازع القوانين من حيث الزمان، يتمثل الحل في تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر، دون أن يكون له أثر رجعي. وبذلك، فإن الحق الذي نشأ في ظل القانون القديم يخضع من حيث شروط وجوده والآثار التي ترتبت عليه في الماضي لهذا القانون، بينما تخضع الآثار التي تتولد عنه بعد دخول القانون الجديد حيّز النفاذ لأحكام هذا الأخير.

وعند إسقاط هذا الحل على التنازع المتحرك، نجد أن الحق الذي تكوّن وفقاً للقانون المختص قبل تغيير ضابط الإسناد، يظل خاضعاً لهذا القانون فيما يتعلق بشروط إنشائه وآثاره التي نشأت في ظله. أما الآثار التي تنشأ بعد تغيير ضابط الإسناد، فتخضع لأحكام القانون الجديد الذي أصبح مختصاً بعد التغيير².

مثال مبسّط:

رجل كان مقيماً في دولة A (ضابط الإسناد = الموطن) عند إبرام عقد عمل مع شركة هناك، في ظل قانون دولة A الذي يفرض على صاحب العمل دفع مكافأة نهاية الخدمة. بعد سنتين، انتقل هذا الرجل للإقامة في دولة B، فأصبح ضابط الإسناد الجديد يشير إلى تطبيق قانون دولة B، التي لا تُقرّ مكافأة نهاية الخدمة.

وفقاً لحل التنازع الزمني:

• الحقوق والآثار التي نشأت قبل الانتقال كالأقدمية المستحقة أو مكافأة نهاية الخدمة عن الفترة في دولة A تبقى خاضعة لقانون دولة A .

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 135.

²المرجع نفسه، ص 135.

- الآثار بعد الانتقال كالرواتب وشروط العمل الجديدة تخضع لقانون دولة B .

بهذا نرى أن تغيير ضابط الإسناد يؤدي إلى تطبيق قانونين متعاقبين، كلٌّ على مرحلته الزمنية.

ومن أهم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية :

النقد الأول: هناك ثلاثة اختلافات جوهرية بين التنازع الزمني والتنازع المتحرك (المكاني) تحول دون تطبيق قواعد التنازع الزمني على التنازع المتحرك، وهي:

- مصدر القوانين: في التنازع الزمني، يصدر القانونان من الدولة ذاتها، بينما في التنازع المتحرك، يصدر القانونان من دولتين مختلفتين.
- قاعدة "اللاحق ينسخ السابق": تطبق هذه القاعدة في التنازع الزمني، حيث ينسخ القانون الجديد القانون القديم، لكنها غير قابلة للتطبيق في التنازع المتحرك لأن القانونين ساريا المفعول في دولتيهما في الوقت ذاته.
- الأثر الرجعي للقانون: في التنازع الزمني، يمكن تصور تطبيق الأثر الرجعي للقانون الجديد (إذا أجاز المشرع ذلك)، مما يعني أن القانون الجديد قد يؤثر على الحقوق والالتزامات التي نشأت قبل سريانه.

أما في التنازع المتحرك، فلا يمكن تصور الأثر الرجعي، لأن القوانين تنتمي إلى أنظمة قانونية مستقلة في دول مختلفة، وتطبيق قانون دولة ما على علاقات نشأت في دولة أخرى قد يتعارض مع مبدأ السيادة القانونية لكل دولة.

النقد الثاني: تطبيق قواعد التنازع الزمني على التنازع المتحرك سيؤدي إلى تجاهل الحقوق المكتسبة في بلد إنشاء الحق إذا لم يعترف بها قانون بلد التنفيذ.

ب- النظرية الثانية : نظرية الحقوق المكتسبة

مفاد هذه النظرية أنه إذا اكتسب شخص حقًا في دولة ما، وجب الاعتراف له بهذا الحق في كل دولة ينتقل إليها. ويترتب على انتقال هذا الحق نشوء التزام على عاتق دولة النفاذ باحترامه، طالما أنه قد ثبت لصالحه في دولة الإنشاء.

غير أن هذه النظرية تعرضت لانتقادات، من أبرزها ما يلي:

1. القصور في نطاق الاعتبار: إذ تقتصر على مراعاة دولة الإنشاء ودولة النفاذ، دون الالتفات إلى اعتبارات أخرى قد تكون ذات أهمية في تحقيق العدالة أو حماية المصلحة العامة.
2. غموض فكرة الحق المكتسب: فهي في كثير من الأحيان غير واضحة أو دقيقة. ومن صور ذلك، على سبيل المثال، أن يُبرم عقد زواج بين زوجين يحملان جنسية دولة لا تأخذ بمبدأ فك الرابطة الزوجية، تأثرًا بمبادئ القانون الكنسي القائم على أبدية عقد الزواج. فإذا انتقل هذان الزوجان إلى الجزائر أو إلى أي دولة أخرى تجيز حل الرابطة الزوجية، ثم نشأ نزاع بينهما، فإن تطبيق فكرة الحق المكتسب سيؤدي إلى إبقائهما خاضعين لقانون جنسيتهما المشترك السابق، الذي لا يجيز الطلاق، وبالتالي حرمانهما من الاستفادة من أحكام قانون الدولة التي ارتبطا بها لاحقًا، مثل القانون الجزائري، وهو ما يفرض عليهما الخضوع لنظام قانوني لا تربطهما به سوى رابطة الماضي¹.

ج- النظرية الثالثة: نظرية النفاذ الدولي للحق

تُعَدُّ نظرية النفاذ الدولي للحق تطويرًا للنظرية الثانية، أي نظرية الحق المكتسب، غير أنها تجنبت استعمال عبارة *الحق المكتسب* لتفادي الانتقادات التي وُجِّهت إلى تلك النظرية².

ومضمون هذه النظرية هو أنه إذا نشأ حق في دولة ما، ثم انتقل إلى دولة أخرى، فإنه يتمتع بالنفاذ الدولي في هذه الدولة الأخيرة (بلد النفاذ). وقد وضع أنصار هذه النظرية خمسة شروط أساسية لإعمال مبدأ النفاذ الدولي للحق، وهي:

1. أن يكون الأمر متعلقًا بنفاذ حق قائم، لا بإنشائه من جديد.
2. أن يكون الحق المطلوب نفاذه قد استوفى جميع مراحل تكوينه وفقًا لقانون بلد الإنشاء، وأصبح قائمًا فيه بصفة قانونية.
3. ألا ينشأ في بلد النفاذ حق مضاد لهذا الحق طبقًا لقانون ذلك البلد.

¹ حيار محمد، المرجع السابق، ص 87.

² حبار محمد، المرجع السابق، ص 87.

○ مثال: إذا نُقلت لوحة زيتية من سويسرا إلى الجزائر، و حازها جزائري بحسن نية وبسند صحيح، فإن الحيازة تكسبه الملكية طبقاً للمادتين 835 و 1/836 من القانون المدني الجزائري، بعد مرور ثلاث سنوات من تاريخ فقدان المالك الأصلي لها أو سرقتها منه. فإذا حضر المالك السويسري بعد أربع سنوات مطالباً باستردادها، فلن يُستجاب لطلبه، حتى لو كان القانون السويسري يحدد مدة الاسترداد بخمس سنوات، لأن المالك الجزائري أصبح يتمتع بحق مضاد وفقاً لقانون بلد النفاذ (الجزائر).

4. ألا يكون الحق المطلوب نفاذه مخالفاً للنظام العام في بلد النفاذ.

5. ألا يكون الحق قد تم الحصول عليه في بلد النفاذ عن طريق الغش نحو القانون.

ويترتب على تطبيق مبدأ النفاذ الدولي للحق ثلاث نتائج رئيسية:

1. تمتع الحق في بلد النفاذ بجميع الآثار التي تقررت له في بلد الإنشاء، حتى وإن كان قانون بلد النفاذ يمنحه آثاراً أوسع.

2. سريان جميع الآثار المقررة للحق بموجب قانون بلد الإنشاء في بلد النفاذ، حتى وإن لم يكن قانون بلد النفاذ يعترف بها كلها.

3. عدم جواز التمسك بنفاذ حق في دولة لا يعترف قانونها بوجود هذا الحق أصلاً¹.

د- موقف المشرع الجزائري من مسألة التنازع المتحرك

عند تصفح مختلف قواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري الواردة في المواد من 9 إلى 24، نلاحظ أن المشرع قد تطرق إلى مسألة التنازع المتحرك الذي قد يثور بشأن المنقولات. فقد نصّت المادة 17 المضافة بموجب تعديل القانون المدني سنة 2005 على ما يلي: "يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

كما أقر المشرع الحكم نفسه بالنسبة للمنقولات المعنوية، وذلك بموجب المادة 17 مكرر من القانون ذاته.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 89.

ويُستفاد من هذين النصين أن المشرع الجزائري قد تبَنى نظرية النفاذ الدولي للحق في مجال التنازع المتحرك المتعلق بالمنقول، وهو حل ينبغي — من الناحية المنطقية — تعميمه على باقي الحالات التي قد يثور بشأنها تنازع متحرك، حتى في غياب نص خاص ينظمها¹.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 89.

المبحث الثالث: موانع تطبيق القانون الأجنبي - بعد اشارة قواعد الإسناد الوطنية

لاختصاصه-

أجاز المشرع الجزائري تطبيق القانون الأجنبي داخل الإقليم الوطني متى أشارت إلى ذلك قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون الوطني، غير أنه قيّد هذا المبدأ بما استقر عليه الفقه في القانون الدولي الخاص. إذ لم يمنح المشرع "توقيعً على بياض" للتشريعات الأجنبية¹، بل ألزم القاضي بالثبوت من مضمون أحكام القانون الأجنبي، واشترط أن لا يتعارض تطبيقها مع مقتضيات النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وبناءً عليه، يتوجب على القاضي استبعاد أحكام القانون الأجنبي متى تبين له أن تطبيقها من شأنه المساس بالمفاهيم الجوهرية والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها المنظومة القانونية الوطنية. كما يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين له أن الأطراف تعمدوا التحايل على قواعد الإسناد بقصد التهرب من أحكام القانون المختص، ويحق له أن يستشف ذلك من ظروف الدعوى وملابساتها.

وعليه، فإن مجرد إسناد الاختصاص إلى قانون أجنبي بموجب قاعدة الإسناد لا يعني بالضرورة تطبيقه تلقائياً أو التسليم بسلطانه في جميع الأحوال². بل يتعين على القاضي أن يتحقق من خلو هذا القانون من موانع التطبيق، وعلى وجه الخصوص تلك المنصوص عليها في المادة 24 من القانون المدني الجزائري، والتي حددت حالتين رئيسيتين لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي: مخالفة النظام العام الجزائري، وثبوت الغش في إسناد الاختصاص إليه.

وعليه، سيتم التطرق إلى حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لما نصّت عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري، وذلك من خلال تقسيم الموضوع إلى مطلبين اثنين. يُخصص المطلب الأول لدراسة حالة

¹voir ,Batiffol et Lagarde ,droit international privé,7ed.paris tome 1.1981,tome2.1983.

²محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ،دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،2009، ص247.

استبعاد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة، بينما يتناول المطلب الثاني الدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص.

المطلب الأول : استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام و الآداب العامة

أسس المشرع الجزائري لفكرة النظام العام كأحد أسباب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأول مرة من خلال الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، وذلك في نص المادة 24 منه. وقد تم تعديل هذه المادة لاحقاً بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتّم للقانون المدني.

وقد نصّت المادة 24 من القانون المدني الجزائري، في صيغتها المعدلة، على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ولأجل تحديد المقصود بالنظام العام والآداب العامة، ينبغي الرجوع إلى أصل هذه النظرية، وبيان مفهوم كلّ من النظام العام والآداب العامة في إطار القانون الدولي الخاص، فضلاً عن توضيح الشروط اللازم توفرها لإعمال الدفع بهذا المانع لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه بموجب قاعدة الإسناد وهو ما سنتطرق إليه تباعاً من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف نظرية النظام العام والآداب العامة كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي

يُلاحظ أن المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 24 من القانون المدني، لم يضع تعريفاً دقيقاً أو محدداً لمفهوم النظام العام والآداب العامة، وإنما اكتفى بذكرهما كقيد على تطبيق القانون الأجنبي، تاركاً للقاضي سلطة تقديرية واسعة في التحقق من مدى تعارض مضمون هذا القانون مع المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني.

تعددت التعريفات الفقهية المتعلقة بمفهوم النظام العام والآداب العامة، غير أن مختلف المحاولات الفقهية لم تغلح في صياغة تعريف موحد جامع لهذين المفهومين، ويرجع ذلك إلى الطابع المرن والواسع لهما، وإلى

قابلية مضامينهما للاختلاف تبعًا لتغير الزمان والمكان. فالمسألة التي تُعدّ من مقتضيات النظام العام في زمن أو دولة معينة قد لا تُعدّ كذلك في زمن أو دولة أخرى.

وعلى سبيل المثال، فإن تعدد الزوجات يُعتبر أمرًا لا يتعارض مع النظام العام في بعض التشريعات الإسلامية، بينما يُعدّ مخالفًا للنظام العام في معظم التشريعات الأوروبية. كما أن الطلاق، الذي كان يُعدّ في فترة سابقة مخالفًا للنظام العام في فرنسا، أصبح اليوم مقبولًا ومُقرًا به في القانون الفرنسي المعاصر.

ويؤكد ذلك أن مفهومي النظام العام والآداب العامة ليسا ثابتين، وإنما يتّسمان بالتغير وفق التحولات الاجتماعية والثقافية والقيمية التي يعرفها كل مجتمع في حقبة زمنية معيّنة¹.

وبالرغم من التباين الفقهي حول تحديد مفهوم النظام العام، إلا أنه يمكن تعريفه - بصورة عامة - بأنه مجموعة المبادئ الأساسية التي تسود في دولة معينة، سواء كانت ذات طابع سياسي أو اجتماعي أو ديني. فالنظام العام يُجسّد جملة المصالح الجوهرية والقيم العليا التي تتبناها الجماعة وتعتبرها أساسًا لوجودها واستمراريتها، والتي يُرسم على ضوءها الإطار العام لنظامها القانوني.

وعليه، فإن النظام العام يُعدّ تعبيرًا عن الإرادة الجماعية للمجتمع في حماية ثوابته، ويشكّل أداة لضمان عدم المساس بالركائز التي يقوم عليها بنيانه القانوني والاجتماعي.

يلاحظ أن عبارة "الآداب العامة" كثيرًا ما ترد مقرونة بعبارة "النظام العام"، وذلك لكونها تُعدّ جزءًا لا يتجزأ منه. إذ ترتبط الآداب العامة أساسًا بحماية القيم الأخلاقية التي يركز عليها المجتمع، فتسعى إلى منع الأفعال التي تُعدّ إخلالًا بالحياء أو منافاة للأخلاق، كأفعال الزنا، والمقامرة، والرهان.

أما النظام العام، فيشمل بالإضافة إلى الآداب العامة، المبادئ الأساسية ذات الطابع السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي التي تُشكّل دعامة للكيان العام للمجتمع². ومن ثم، فإن الآداب العامة تُعدّ أحد المكونات

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 102.

² عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص18.

الجمهورية للنظام العام، وتشارك معه في الهدف، وهو الحفاظ على تماسك المجتمع واستقرار بنيته القيمية والقانونية¹.

و ترتبط فكرة النظام العام ارتباطاً وثيقاً ببنية المجتمع، إذ تعبّر من جهة أولى عن مجموعة القيم الدينية والسياسية والاجتماعية التي يقوم عليها هذا المجتمع، والتي تتجسّد في قواعد أمرّة لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال. ومن جهة ثانية، تُعدّ هذه الفكرة أداة لحماية تلك القيم والأسس من أي مساس، سواء كان مصدره داخلياً أم خارجياً، ولا سيما في حال تعارض أحكام قانون أجنبي مع المبادئ الجوهرية السائدة في الدولة.

وفي إطار القانون الدولي الخاص، يمكن تعريف النظام العام بأنه وسيلة دفاعية يستخدمها القاضي الوطني لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، متى تبين أن مضمونه يتعارض مع المفاهيم والمبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني².

وتجدر الإشارة الى أن الدفع بالنظام العام يُعدّ دفْعاً موضوعياً يُراد به استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، وذلك بعد الاطلاع على مضمونه والتأكد من تعارضه مع المبادئ الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي. فهو لا يطعن في صحة العلاقة القانونية ذاتها، وإنما يرفض صلاحية القانون الأجنبي المختص لحكم النزاع.

ويجوز للخصوم التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حتى ولو لأول مرة أمام المحكمة

العليا. كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى طلب من أحد الأطراف³.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لفكرة النظام العام

¹مقدس أمينة، استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري-دراسة تحليلية على ضوء نص المادة 24 من القانون المدني، مجلة العلوم القانونية و السياسية، العدد 01، المجلد 10، ص 1584.

²سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 43، 2010، ص 90.

³مقدس أمينة، المرجع السابق، ص 1585.

تميّزت المدرسة الإيطالية للأحوال الشخصية بفصلها بين ما أُطلق عليه "الأحوال المستحسنة" و"الأحوال البغيضة"، حيث امتد تطبيق الأولى إلى ما وراء الإقليم، في حين بقيت الثانية محصورة داخله. ومن الأمثلة على "الأحوال البغيضة" التي رُفض امتداد آثارها إلى الخارج: القواعد التي تحرم المرأة من الميراث، أو تلك التي تمنع الزوجة من الإيصال لزوجها. وقد رأى جانب من الفقه أن هذا التمييز يُعد بمثابة البذرة الأولى لنشأة فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.

غير أن هذه الفكرة لم تلق تطورًا ملموسًا في ذلك الوقت، ويرجع السبب في ذلك إلى أن التنازع الذي كان يُعالج آنذاك لم يكن تنازعًا دوليًا بالمعنى الدقيق، بل كان تنازعًا بين قوانين المدن الإيطالية، وهي قوانين متقاربة فيما بينها، نظرًا لاستمدادها من الشريعة العامة والمبادئ المسيحية المشتركة¹.

وفي القرن التاسع عشر، برز الفقيه الإيطالي "مانشيني" الذي تبنّى مبدأ "شخصية القوانين" وكرس امتدادها، إذ يرى أن الشخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها، سواء كان داخل إقليمها أو خارجه، على اعتبار أن الدولة تشرّع قوانينها لمواطنيها ومن أجلكم، وبالتالي فإن هذه القوانين ينبغي أن تلازمهم أينما وُجدوا.

غير أن مانشيني لم يأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل أدخل عليه جملة من الاستثناءات، من أبرزها ما يتعلق بالقوانين المرتبطة بالنظام العام، حيث اعتبر أن هذه الأخيرة تُطبق تطبيقًا إقليميًا، وتسري على كل من يتواجد داخل الإقليم، سواء كان وطنيًا أو أجنبيًا. وقد عُيب على مانشيني هذا الطرح، إذ رأى الفقهاء أنه خلط بين فكرتي "النظام العام" و"إقليمية القوانين"، فتعامل معهما وكأنهما مترادفتان، بينما الواقع أن النظام العام يُعد أداة استيعادية بيد القاضي، يستخدمها لمنع تطبيق قانون أجنبي مختص وفقًا لقواعد الإسناد في قانونه الوطني.

فضلاً عن ذلك، فإن فكرة النظام العام، في شكلها الحديث، تتميز بكونها فكرة مجردة من أي مضمون موضوعي مسبق، فهي لا تمنح القاضي حلاً مباشرًا، بل تقتصر وظيفتها على تحديد ما إذا كان القانون

¹للمزيد من التفاصيل حول تطور فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 290.

الأجنبي، بعد الاطلاع على مضمونه، متعارضًا مع المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني، ومن ثم يُستبعد أو يُطبق تبعًا لذلك. فلا يمكن، إذن، الحكم مسبقًا على قانون أجنبي بأنه مخالف أو غير مخالف للنظام العام، ما لم يُفحص مضمونه أولاً¹.

ثم برز في القرن التاسع عشر الفقيه "سافيني" بفكرة تُعرف بالاشتراك القانوني بين المجتمعات الغربية، حيث اعتبر أن هذه المجتمعات تشترك في الانتماء إلى الديانة المسيحية، وفي الإرث المشترك للقانون الروماني، مما يبرر تقارب أنظمتها القانونية. وبناءً على هذا التصور، رأى سافيني أنه يمكن وضع حلول للتنازع بين قوانين هذه الدول بسهولة نسبيًا. أما إذا كان التنازع قائمًا بين دولة غربية ودولة أجنبية لا يجمعها معها هذا "الاشتراك القانوني"، فعلى القاضي أن يمتنع عن تطبيق قانون الدولة الأجنبية.

ويُستفاد من ذلك أن فكرة النظام العام، كما تصوّرها سافيني، تمثل وسيلة يستعملها القاضي لاستبعاد تطبيق قوانين الدول التي لا تشترك قانونيًا أو حضاريًا مع الدول الغربية.

ومع اتساع حركة التقنين في مختلف أنحاء العالم، وتزايد النشاط التجاري الذي شمل القارات الخمس، إلى جانب تطور العلاقات الخاصة الدولية، تطورت فكرة النظام العام بدورها لتصبح أداة مهمة في يد قضاة الدول المختلفة. فبات القاضي يستخدمها لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا تبين أن مضمونه يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة في دولته².

الفرع الثالث: تمييز النظام العام الدولي عن الداخلي - تمرين -

اقرأ النص التالي ثم أجب على المطلوب أدناه:

يتفق كل من النظام العام الداخلي والنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص من حيث الغاية الأساسية، إذ يسعى كل منهما إلى حماية النظام القانوني الوطني، وصون المبادئ الجوهرية والأسس الأساسية التي يقوم عليها المجتمع. ويتحقق ذلك إما من خلال منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالف هذه المبادئ في

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 169.

² حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 292.

إطار العلاقات القانونية الوطنية، أو من خلال استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض مع تلك المبادئ في حال وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية.

غير أن هذا الاتفاق في الهدف لا يحجب الفارق الجوهرى بين النظامين من حيث الدور والآثار القانونية المترتبة عن تطبيق كل منهما، وهو ما يستوجب التمييز بينهما عند المعالجة القانونية لكل حالة على حدة.

المطلوب:

استخرج أوجه الاختلاف بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى (في القانون الدولى الخاص)، ثم رتبها في جدول.

مثال عن الحل :

سيوضح الجدول التالي نقاط الاختلاف¹.

النظام العام الداخلى	النظام العام في مجال القانون الدولى الخاص
-فالدفع بالنظام العام الداخلى يتعلق بشأن علاقة وطنية محضة	يتعلق النظام العام في القانون الدولى الخاص بعلاقة قانونية ذات عنصر اجنبى
يترتب عن الأخذ بالنظام العام الداخلى بطلان التصرف المتعارض مع فكرة النظام العام الداخلى ² ، فمثلا تنص المادة 93 من التقنين المدني الجزائرى على : "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته او مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". كما تنص المادة 97 من نفس التقنين على : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا ."	لا يؤدي الدفع بـالنظام العام في القانون الدولى الخاص لإبطال التصرف انما يقتصر اثره على استبعاد القانون الاجنبى وحلول قانون القاضى محله .

¹ لمزيد من التفاصيل راجع ، مقدس أمينة المرجع السابق، ص1585.

² علاء كاظم المرشدي ، المرجع السابق، ص6.

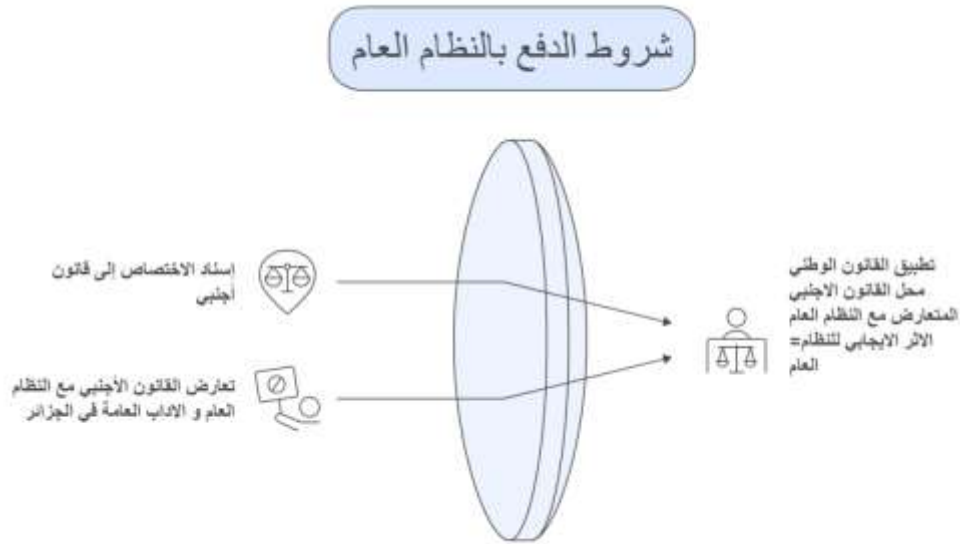
يستخدم لمنع تطبيق قانون اجنبي يتعارض مع الأسس و المفاهيم المقدسة التي يقوم عليها قانون دولة القاضي .	يستخدم النظام العام الداخلي لمنع الافراد من الخروج عن القواعد الامرة
--	--

الفرع الرابع : شروط الدفع بالنظام العام

من خلال استقراء الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني الجزائري، يمكن استخلاص شرطين أساسيين لاستخدام الدفع بالنظام العام:

1. أن تُسند قواعد الإسناد الوطنية الاختصاص إلى قانون أجنبي لحكم العلاقة القانونية محل النزاع.
2. أن يتبين للقاضي وجود تعارض بين أحكام هذا القانون الأجنبي ومقتضيات النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.

وعند توفر هذين الشرطين، يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي، ويُعمل بدلاً منه القانون الوطني.



وسنتطرق الى كلا الشرطين تباعا.

أولاً : اشارة قواعد الاسناد الوطنية لاختصاص قانون اجنبي

مفاد هذا الشرط أن تُسند قاعدة الإسناد، في قانون القاضي، اختصاص البتّ في النزاع إلى قانون أجنبي، وذلك بالنظر إلى وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية. ويترتب على ذلك أنه لا محل لإعمال الدفع بالنظام العام إذا لم يكن القانون الأجنبي هو المختص أصلاً بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

وبالتالي، لا يُتصوّر الدفع بالنظام العام في الحالات التالية:

1. إذا لم تُشر قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي.
2. إذا تمّ استبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب اتفاق الأطراف، كأن يختاروا صراحةً تطبيق قانون القاضي.
3. إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى قانون أجنبي، لكن هذا الأخير أحال، بدوره، إلى قانون القاضي وفقاً لنظرية الإحالة من الدرجة الأولى¹.

ثانياً: تعارض القانون الاجنبي مع النظام العام في دولة القاضي الفاصل في النزاع

للدفع باستبعاد القانون الاجنبي ينبغي أن يكون هناك تعارض واختلاف واضح بين مبادئ القانون الاجنبي و المبادئ و الاسس و القيم المستقر عليها في دولة القاضي .

يجدر التنبيه إلى أن المقصود بمخالفة القانون الأجنبي لأحكام النظام العام في الجزائر هو مخالفة أحكامه الموضوعية، دون أن يشمل ذلك قواعد الإسناد الخاصة به. وهذا ما أكده المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، والتي تنص على ما يلي:

"إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا تُطبّق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".

¹سُنأتي على شرح الاحالة في اخر فصل من البرنامج.

كما يُلاحظ أن المشرع الجزائري لم يُحدد صراحة ما إذا كان القاضي ملزمًا بالبحث في مضمون القانون الأجنبي فقط، أم كذلك في الآثار الواقعية والفعلية المترتبة على تطبيقه. غير أنه من خلال استقراء نص المادة 24 من القانون المدني، يتبين أن مجرد ثبوت مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر يُوجب على القاضي استبعاده، دون الحاجة إلى التحقق من النتائج المترتبة على تطبيقه. ذلك أن مخالفة مضمون القانون الأجنبي لثوابت النظام القانوني الوطني تستتبع، حتمًا، أن تكون نتائجه متعارضة معه أيضًا¹.

ويجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد اشترط، إلى جانب الشرطين المعتمدين في أغلب التشريعات، شرطًا ثالثًا يتمثل في ضرورة وجود رابطة قوية بين النزاع المطروح ودولة القاضي، وذلك كشرط لإعمال الدفع بالنظام العام، لا سيما في مسائل الأحوال الشخصية، مثل الزواج والطلاق والبنوة.

وقد كرّست محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه في إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها في دعوى طلاق رفعتها زوجة فرنسية، مقيمة في فرنسا، ضد زوجها الإسباني المقيم في إسبانيا. وكانت قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج، أي القانون الإسباني، الذي كان يحظر الطلاق آنذاك. غير أن المحكمة الفرنسية قضت بعدم تطبيق القانون الإسباني، لكونه مخالفًا للنظام العام الفرنسي، الذي يُجيز للمقيمين في فرنسا الحق في طلب الطلاق، معتبرة أن وجود رابطة الإقامة في الإقليم الفرنسي يكفي لإعمال النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي².

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فإن المشرع لم يشترط هذا القيد صراحة، بل اكتفى بالنص في المادة 24 من القانون المدني على الشرطين الرئيسيين، وهما: اختصاص القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد، وتعارض مضمونه مع النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.

¹ عبده جميل غصوب ، المرجع السابق ، ص.209. ، بشور فتيحة ، المرجع السابق ، ص.88.

² قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 1 افريل 1981 مشار اليه في عبده جميل غصوب ، المرجع السابق ، ص.212.

المطلب الثاني : الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي

استعمل المشرع الجزائري مصطلح الغش نحو القانون في نص المادة 24 من القانون المدني بينما استعمل المشرع الفرنسي La fraude à la loi وهو يعني الاحتيال على القانون.

قد يعتمد أحد أطراف العلاقة القانونية، أو كلاهما، إلى تعديل ضابط الإسناد الذي يُحدد القانون الواجب التطبيق، سواء بصفة مشروعة دون نية التهرب من القانون المختص، أو بصورة متعمّدة بغرض التهرب من الأحكام التي قد تكون غير ملائمة لمصلحته.

وفي هذا الإطار، يُلاحظ أن التغيير المتعمّد لضابط الإسناد بهدف الإضرار بمقتضيات القانون المختص يُعدّ تحايلاً على القانون، إذ يؤدي إلى إسناد الاختصاص إلى قانون آخر لم يكن ليطبّق لولا هذا التعديل المصطنع. فمثلاً، إذا كان قانون جنسية الزوج لا يجيز الطلاق، فتعمد الزوج إلى اكتساب جنسية دولة أخرى تسمح به، فإن هذا التغيير لا يكون بريئاً، بل يستهدف صراحة التحلل من القانون الأصلي المختص¹، ويُعدّ ضابط الجنسية من أكثر الضوابط التي يتم التحايل عليها في هذا السياق، نظراً لما تتيحه بعض التشريعات من مرونة في اكتساب الجنسيات وتغييرها.

ويُعتبر مجال تنازع القوانين من أكثر الميادين عرضة لظاهرة الغش نحو القانون، ذلك أن تنوع النظم القانونية واختلافها بين الدول يمنح الأفراد مساحةاً للتحايل، من خلال افتعال أو ترتيب أوضاع قانونية غير حقيقية، بهدف جذب الاختصاص إلى قانون أجنبي يتلاءم مع مصالحهم²، ولو لم يكن هو المختص بطبيعة الحال. سنعالج من خلال هذا المطلب و بغاية تعريف الطالب على هذه النظرية الى تعريف الغش نحو القانون، وشروط اعماله و ذلك من خلال الفروع التالية.

¹ عبده جميل غصوب ، المرجع السابق، ص177.

² محمد وليد المصري ، المرجع السابق، ص274.

الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً صريحاً لمفهوم الغش نحو القانون، وإنما اكتفى بذكره كأحد موانع تطبيق القانون الأجنبي في حال ثبوت اختصاصه بموجب قاعدة الإسناد، وذلك في إطار المادة 24 من القانون المدني.

وقد تولى الفقه مهمة توضيح هذا المفهوم، حيث صيغت له عدة تعريفات، من أبرزها أنه: "سلوك احتيالي يصدر عن أحد أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، يتمثل في التلاعب بضابط الإسناد أو تغييره عمداً، بغرض التهرب من تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية"¹.

ويُستخلص من هذا التعريف أن الغش نحو القانون لا ينصبّ على مضمون القاعدة القانونية ذاتها، وإنما يتجه إلى وسيلة الإسناد، بقصد إبعاد تطبيق القانون المختص، وجلب قانون آخر أكثر ملاءمة لمصلحة الطرف الذي تعمد الغش.

ويتحقق الغش نحو القانون عندما يقوم أحد أطراف العلاقة القانونية بتغيير ضابط الإسناد بصورة إرادية ومقصودة، بهدف التأثير على القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق التلاعب بأحد عناصر التنازع. ويترتب على هذا السلوك انتقال الاختصاص من قانون مختص أصلاً إلى قانون آخر يُفضّله الطرف المتحايل².

ويُفترض الغش نحو القانون فقط في حالة ضوابط الإسناد القابلة للتعديل من قبل الأفراد، مثل الجنسية، الموطن، أو موقع المنقول، وهي عناصر يمكن تغييرها بإرادة الطرف المعني.

¹حسام أبو حامدة ، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي ، بحث مقدم لنقابة المحامين النظاميين من أجل الانتقال لسجل المحامين الأساتذة، منشور عبر الموقع: <https://www.mohamah.net>.

²عبده جميل غصوب ، المرجع السابق ، ص178.

أما في المقابل، فلا يُتصوّر قيام الغش في ما يتعلق بضوابط تُحكم بمسائل ذات طبيعة ثابتة لا يمكن تغييرها، كموقع العقار أو مكان وقوع الفعل الضار، وذلك لكون هذه الضوابط مرتبطة بمعطيات مادية لا تقبل التغيير أو التلاعب من قبل الأفراد¹.

تعود هذه نظرية للقضاء الفرنسي الذي نفدها اول مرة في 18/03/1878 " واخذ بها كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه عن طريق التحايل على اثر قضية عرفت ب- La² -princesse deBauffremont .

تتلخص وقائع القضية في ان سيدة بلجيكية تزوجت من الامير الفرنسي De Bauffremont، و حازت نتيجة لذلك الجنسية الفرنسية.

نشأ خلاف بين زوجين، رغبت على إثره الزوجة في الطلاق، غير أنها لم تتمكن من ذلك بسبب حظر الطلاق في القانون الفرنسي في ذلك الوقت. وللتحايل على هذا الحظر، سافرت إلى ألمانيا، واكتسبت جنسية إحدى الإمارات الألمانية التي يُجيز قانونها الطلاق، وتمكنت بالفعل من إنهاء العلاقة الزوجية وفقاً لأحكام جنسيتها الجديدة.

عقب ذلك، تزوجت من الأمير "بيبسكو"، وانتقلا معاً للعيش في فرنسا. غير أن الزوج الأول رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب فيها بإبطال الزواج الثاني، مستنداً إلى أن الزوجة لم تلجأ إلى تغيير جنسيتها إلا بقصد التحايل على القانون الفرنسي الذي كان يمنع الطلاق آنذاك.

وقد جاء في قرار محكمة التمييز الفرنسية بشأن هذه القضية ما يلي:

" لقد طلبت المدعية وحصلت على هذه الجنسية الجديدة، لا من أجل ممارسة الحقوق وأداء الواجبات التي تترتب عليها بإقامة موطنها في ولاية زاكس-ألتنبورغ، وإنما فقط بهدف التهرب من أحكام القانون الفرنسي التي تحظر الزواج الثاني".

¹ محمد وليد المصري ، المرجع السابق ، ص273.

² voir ,Daniel defoloville, un mot sur le procès de "la princesse de bauffremont aujourd'hui" princesse bibesco ,libraire , Éditeur,1878,p4.

تم من خلال هذه القضية تغيير ضابط الإسناد وهو الجنسية الفرنسية بجنسية أخرى بقصد التحايل و التهرب من القانون الفرنسي المختص بحكم المسالة و الذي كان يمنع الطلاق انذاك .

جسد قرار محكمة التمييز الفرنسية بوضوح كيف يمكن للأفراد استخدام قواعد الإسناد كسلاح مزدوج، إما لتأمين حماية مشروعة، أو للتحايل على القانون. وفي الحالة الأخيرة، يُشكّل الدفع بالغش نحو القانون وسيلة فعالة لمنع تكريس هذا التحايل، والحفاظ على سيادة القواعد الوطنية الجوهرية.

الفرع الثاني: شروط التحايل على القانون

لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، يشترط توافر شرطين أساسيين اتفقت عليهما أغلب الاتجاهات الفقهية والأحكام القضائية، كما ظهرت إلى جانب ذلك شروط أخرى فرعية لا تزال محل نقاش واختلاف في الفقه، نظراً لطبيعتها التقديرية وتباين تطبيقها¹.

وفيما يلي، سيتم التطرق إلى هذه الشروط بشيء من التفصيل من خلال النقاط الآتية، مع التمييز بين الشروط المتفق عليها وتلك التي لا تزال محل خلاف فقهي.

أولاً: التغيير الإرادي لضابط الإسناد-العنصر المادي-

اشترط القضاء الفرنسي، لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، توافر العنصر المادي للغش، والمتمثل في وجود تغيير إرادي ومتعمد في ضابط الإسناد²، سواء من خلال اكتساب جنسية جديدة، أو نقل موطن الشخص، أو تغيير موقع المال، كالعقار مثلاً، وذلك بقصد جذب الاختصاص إلى قانون آخر³.

ويعود هذا الاشتراط إلى العلاقة الوثيقة التي تربط بين ضابط الإسناد والقانون المسند إليه، باعتبار أن الأول يُعد سبباً مباشراً لتحديد القانون المختص، ومن ثم فإن تغييره يُفضي حتماً إلى تغيير القانون الواجب التطبيق.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 107.

² حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 315.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 189.

وعليه، لا يتحقق الغش نحو القانون إلا إذا كان للإرادة دورٌ فاعل في تعديل ضابط الإسناد، أما إذا كان التغيير ناتجاً عن ظروف خارجة عن الإرادة، فلا يمكن الحديث عن قيام هذا الغش في مفهومه القانوني¹.

ولا يُتصورُ الغش نحو القانون إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد قابلاً للتغيير بإرادة الأفراد، أما الضوابط التي لا تخضع لإرادتهم، فلا مجال للتحايل عليها².

فعلى سبيل المثال، ضابط موقع العقار يُعدّ من الضوابط التي لا يمكن التلاعب بها، لكون العقارات أموالاً ثابتة لا يمكن نقلها من دولة إلى أخرى، وبالتالي فهي خارجة عن نطاق إرادة الأشخاص.

في المقابل، هناك ضوابط إسناد أخرى تخضع لإرادة الأفراد، وتشكل مجالاً خصباً للتحايل، ومن أبرزها:

1. ضابط الجنسية: وهو من أكثر الضوابط التي يتم التحايل عليها في مسائل الأحوال الشخصية، حيث

يعتمد الشخص إلى تغيير جنسيته، بغرض الإفلات من القانون المختص، كأن يفرض هذا الأخير

موانع تحول دون تحقيق مصلحته. وهذا ما تجلّى في قضية "الأميرة بافرمون" التي غيرت جنسيتها

لاكتساب جنسية تسمح لها بطلب الطلاق، بعد أن كان قانون جنسيتها الأصلية يمنع ذلك.

2. ضابط الموطن: يُعد من الضوابط التي يسهل تغييرها مقارنة بالجنسية، لكون نقل الموطن يتطلب

إجراءات أبسط وأسرع. وفي النظم التي تُسند الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن، يمكن أن يكون

هذا التغيير وسيلة للهروب من أحكام غير مرغوب فيها³.

3. ضابط موقع المال (بالنسبة للمنقولات): بخلاف العقارات، يمكن نقل المنقولات من بلد إلى آخر

بسهولة، مما يتيح للمالك إمكانية تغيير موقع المال عمداً بغرض إخضاعه لقانون آخر أكثر

ملاءمة.

¹ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 181.

² حبار مجد، المرجع السابق، ص 107.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 190.

ومع ذلك، ينبغي التذكير بأن مجرد تغيير ضابط الإسناد لا يكفي لإثبات الغش نحو القانون، بل يشترط أن يكون التغيير إراديًا ومتعمدًا، أي أن يكون للشخص دور فعلي في إحداثه بقصد التهرب من القانون المختص.

أما التغييرات التي تطرأ دون تدخل إرادي، كالحصول على جنسية جديدة نتيجة لتغيير سيادة الدولة على الإقليم، فلا تُعد غشًا بالمعنى القانوني¹.

كما يمكن أن يتحقق الغش نحو القانون في الدول التي تربط الأحوال الشخصية بالدين، فيقوم الشخص بتغيير ديانته فقط من أجل التحايل على قانون يمنعه من أمر معين، كمن يغيّر دينه بغرض تعدد الزوجات، بعد أن كان دينه الأصلي يحرم ذلك².

ثانياً: توافر نية الغش أو التحايل نحو القانون-العنصر المعنوي-

لا يكفي مجرد قيام الشخص بتغيير ضابط الإسناد، بل يجب أن يكون هدفه من هذا التغيير هو الإفلات من أحكام القانون المختص الذي كان يجب تطبيقه على العلاقة. أي أن التصرف يكون مدفوعاً برغبة في التحايل على القانون، وليس مجرد تغيير عارض أو مشروع.

يُعد توافر النية التحايلية شرطاً جوهرياً لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، ويُعرف هذا الشرط بالعنصر المعنوي للغش. ومفاده أنه لا يكفي مجرد قيام الشخص بتغيير ضابط الإسناد، بل يجب أن يكون هذا التغيير قد تمّ بسوء نية³، أي أن يكون الهدف منه التهرب المتعمد من تطبيق أحكام القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد⁴.

وبعبارة أخرى، يجب أن يثبت أن التصرف الذي قام به الشخص لم يكن بريئاً أو عفويًا، بل تمّ بقصد الإفلات من تطبيق قانون معين، لكونه يتضمن أحكاماً لا تخدم مصلحته أو تعيق تحقيق هدفه القانوني.

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 316.

² اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 191.

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص 107.

⁴ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 316.

وللقاضي سلطة التقصي عن نية الغش، و بإمكانه استنباط ذلك من خلال الوقائع ، وهو ليس بالامر الهين الغرض في خبايا النفس البشرية غير انه يمكنه استنباط ذلك من وقائع الدعوى وملابساتها¹.

و تُعد قضية الأميرة Bauffremont مثالاً نموذجياً لتطبيق نظرية الغش نحو القانون في الفقه والقضاء الفرنسي، إذ تكشف وقائعها عن توافر كل من العنصر المادي والعنصر المعنوي للتحايل.

فالأميرة، التي كانت تحمل الجنسية الفرنسية، عمدت إلى اكتساب الجنسية الألمانية، ثم سارعت مباشرة إلى رفع دعوى طلاق أمام القضاء الألماني، مستندة في طلبها إلى أحكام القانون الألماني الذي يُجيز الطلاق، في حين كان القانون الفرنسي - قانون جنسيتها الأصلية - يحظر الطلاق آنذاك.

وبالرغم من أن اكتسابها للجنسية الجديدة تم بطريقة قانونية وصحيحة، إلا أن تسلسل الأحداث كشف عن نية تحايلية واضحة. إذ لم يكن الهدف الحقيقي من تغيير الجنسية هو الانتماء الفعلي إلى الدولة الجديدة، بل كان الغرض منه الالتفاف على القانون الفرنسي والتهرب من أحكامه الملزمة.

ومن هنا، استند القضاء إلى الدفع بالغش نحو القانون، واعتبر أن تغيير الجنسية - رغم مشروعيته الظاهرة - كان مدفوعاً بنية سيئة تهدف إلى استبعاد القانون المختص (القانون الفرنسي) واستبداله بقانون آخر أكثر ملاءمة لمصالحها².

وبذلك، يتضح أن الغش نحو القانون لا يرتبط فقط بشرعية الوسيلة المستخدمة (كتغيير الجنسية)، بل بالنية الكامنة وراء استخدامها، فإذا ثبت أن هذه الوسيلة استُخدمت للتحايل على قاعدة الإسناد الوطنية.

ثالثاً: الشروط محل الخلاف الفقهي

إلى جانب الشرطين الأساسيين المتفق عليهما، ذهب بعض الفقه إلى اقتراح شروط إضافية لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، إلا أن هذه الشروط ليست محل اتفاق عام، ولا تزال موضوعاً للنقاش بين الفقهاء، وتتمثل أساساً في الشرطين الآتيين:

¹بشور فتيحة ، المرجع السابق ،ص94.

²Voir,- Daniel defoloville, un mot sur le procès de “la princesse de bauffremont aujourd’hui princesse bibesco ,libraire éditeur,1878 .

1- أن يكون القانون المتهرب منه هو قانون القاضي

كان القضاء الفرنسي في بداياته يُقصر تطبيق نظرية الغش نحو القانون على الحالات التي يكون فيها التحايل موجَّهًا ضد القانون الفرنسي، أي أن الدفع بالغش لم يكن يُقبل إلا إذا كان الهدف من تغيير ضابط الإسناد هو التهرب من تطبيق القانون الوطني. وقد حظي هذا الاتجاه بتأييد واسع في الفقه آنذاك¹.

غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي تطوّر لاحقًا، حيث أقر إمكانية تطبيق نظرية الغش حتى في الحالات التي يكون فيها الغش موجَّهًا ضد قانون أجنبي، مستندًا في ذلك إلى مبدأ جوهرى مفاده: "لا عدالة في التمييز بين قانون وطني وقانون أجنبي في مجال محاربة الغش".

فالغش يُعدّ غشًا بغض النظر عن مصدر القانون المتحايل عليه، ما دام الشخص قد تعمّد التلاعب بضابط الإسناد بنية التهرب من تطبيق القانون المختص.

كما أن هذا التوجه يتماشى مع الهدف الأساسي من نظرية الغش نحو القانون، والذي يتمثل في حماية قواعد الإسناد الوطنية من التلاعب، باعتبار أن الغش نحو قانون أجنبي يمثل في الوقت نفسه تحايلًا على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت ذلك القانون الأجنبي الاختصاص.

وعليه، فإن التمييز بين الغش نحو القانون الوطني والغش نحو القانون الأجنبي لم يعد مبررًا، ما دام القاضي الوطني هو الذي يفصل في النزاع، ويستند في حكمه إلى قواعد الإسناد الوطنية².

يثور إشكال مهم حول نطاق تطبيق نظرية الغش نحو القانون، ويتمثل في التساؤل عمّا إذا كانت هذه النظرية تُطبّق فقط في الحالة التي يكون فيها الغش موجَّهًا ضد القانون الجزائري، أم أنها تشمل كذلك الحالات التي يكون فيها الغش موجَّهًا ضد قانون أجنبي.

وقد طُرح هذا الإشكال سابقًا أمام القضاء الفرنسي، حيث كان الاتجاه القضائي القديم يقصر تطبيق هذه النظرية على الحالات التي يكون فيها الغش موجَّهًا نحو القانون الفرنسي وحده، وذلك تماشيًا مع موقفه

¹ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص216.

² voir ,batiffol et lagarde ,op.cit.p598.

التقليدي الذي كان يعتبر القانون الأجنبي واقعة مادية لا ترقى إلى مرتبة القاعدة القانونية الملزمة، ومن ثم لا يستحق حماية مماثلة.

غير أن هذا الاتجاه عرف تحولاً جذرياً ابتداءً من سنة 1964، على إثر القضية المعروفة بـ (Munzer) المتعلقة بتنفيذ حكم قضائي أجنبي على الأراضي الفرنسية. إذ قرّرت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم أن الحكم القضائي الأجنبي لا يُنفذ في فرنسا ما لم تتوفر فيه خمسة شروط، من بينها ألا يكون قد صدر نتيجة لغش نحو القانون. وما يُستفاد من حيثيات هذا الحكم أن المحكمة لم تقيد تطبيق نظرية الغش نحو القانون بكون الغش موجّهاً ضد القانون الفرنسي فقط، بل طبقتها أيضاً في حالة ما إذا كان موجّهاً ضد قانون أجنبي، وهو ما يؤكد تبني القضاء الفرنسي لاحقاً لهذه النظرية بصورة مطلقة، دون تمييز في نطاق تطبيقها بين القانون الوطني والقانون الأجنبي¹.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، يتّضح من خلال نص المادة 24 من القانون المدني المعدلة سنة 2005، أن المشرع الجزائري اعتمد ذات المنحى، حيث وردت الإشارة إلى الغش نحو القانون بصيغة مطلقة، دون تقييد مجال تطبيقها بالقانون الجزائري وحده، مما يدل على تبني صريح لهذا المفهوم في جميع الحالات، سواء تعلّق الأمر بالقانون الجزائري أو القانون الأجنبي.

فيلاحظ من خلال نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري أنها لم تميز بين نوعية القوانين محل الغش، بل جاءت بصيغة عامة تقضي بأنه:

"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ومن خلال هذه الصياغة، يتضح أن المشرع لم يشترط أن يكون القانون المتهرّب منه وطنياً، بل جعل مناط الدفع بالغش هو ثبوت التحايل على قاعدة الإسناد، بغض النظر عن جنسية القانون الذي منحته الاختصاص. ويعني ذلك أن الغش يُعتد به متى توافرت نية التحايل وتحقق التلاعب بضابط الإسناد، سواء كان القانون المراد استبعاده جزائرياً أم أجنبياً.

¹ Arret Munzer ,cour de cass, chambre civile 1,du 7/01/1964,publié au bulletin .
<https://www.legifrance.gouv.fr>.

ويُعزّز هذا الفهم أيضًا سكوت المشرع عن تحديد القانون البديل الذي يُطبَّق في حال استبعاد القانون الأجنبي بسبب الغش، وهو ما يؤكد أن الهدف من الدفع هو حماية قواعد الإسناد الوطنية من التلاعب، لا حماية قانون بعينه بسبب صفته الوطنية.

وعليه، يُستنتج أن المشرع الجزائري قد تبنّى نظرة موضوعية محايدة لمفهوم الغش نحو القانون، تجعل من السلوك التحايلي -لا جنسية القانون - هو المعيار الحاسم لإعمال الدفع، وهو ما ينسجم مع الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء المقارن.

2- أن يكون الأحكام المتهرب منها قواعد أمرة

يرى جانب من الفقه أن الدفع بالغش نحو القانون يفترض أن تكون الأحكام التي يسعى المتحايل إلى التهرب منها من قبيل القواعد الأمرة، أي تلك التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. أما إذا كانت أحكام القانون المتحايل عليه مجرد قواعد مكملة (افتراضية أو تفسيرية)، فإنه لا مجال للحديث عن غش نحو القانون، لأن هذه القواعد تقبل بطبيعتها الاتفاق على تجاوزها، ولا تُفرض على الأطراف بشكل ملزم.

وبناءً على هذا الرأي، فإن التحايل لا يكون متصورًا إلا إذا تعلق الأمر بأحكام قانونية ذات طابع إلزامي، تمثل جزءًا من النظام العام، بحيث يكون تهريب الأطراف منها بمثابة إخلال بقواعد لا تسمح بتجاوزها عن طريق الإرادة الخاصة. أما في الحالات التي يكون فيها القانون قابلاً للاستبعاد باتفاق الأطراف، فإن تغيير ضابط الإسناد لا يُعد غشًا، بل يُنظر إليه كخيار مشروع ضمن نطاق الحرية التعاقدية¹.

مثال: إذا نصّ قانون جنسية أحد الزوجين على وجوب الحصول على إذن قضائي مسبق لإبرام عقد الزواج (وهي قاعدة أمرة)، ثم قام الزوجان بتغيير جنسيتهما أو موطنهما إلى دولة لا تشترط هذا الإذن بهدف التهرب من هذا الشرط، فإن هذا يُعد غشًا نحو القانون، لأن التهرب استهدف قاعدة إلزامية لا يمكن تجاوزها بالإرادة الخاصة.

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص194.

ينص قانون معين (مثلاً القانون الفرنسي) على أنه في حال سكوت الأطراف، يكون مكان تنفيذ العقد هو موطن المدين، لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، بل قاعدة تفسيرية مكملة، يمكن للأطراف الاتفاق صراحة على خلافها.

فإذا قرّر الطرفان، بمحض إرادتهما، نقل مكان تنفيذ العقد إلى دولة أخرى لتسهيل الإجراءات أو تفادي أعباء قانونية معينة، فإن هذا التصرف لا يُعد غشاً نحو القانون، لأن القاعدة المتروك تطبيقها لم تسند اختصاصاً ملزماً، بل كانت تُطبّق فقط عند غياب الاتفاق.

اذن بحسب هؤلاء : إذا كانت القاعدة المتحايل عليها آمرة+كان التغيير في ضابط الإسناد بقصد التهرب من تطبيقها = غش نحو القانون.

مخالفة قاعدة مكملة + كان التغيير في ضابط الإسناد في حدود حرية التعاقد = ليس غش نحو القانون.

رسم بياني لشرح رأي أصحاب الشرط المتعلق بأن تكون الأحكام المتهرب منها قواعد امرة



المطلب الثالث: آثار الدفع بموانع تطبيق القانون الأجنبي

بعد التطرق إلى مفهوم موانع تطبيق القانون الأجنبي وشروط إعمالها، يقتضي التحليل الوقوف عند الآثار القانونية المترتبة عن الدفع بها، سواء تعلّق الأمر بالدفع بمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام والآداب العامة، أو الدفع بالغش نحو القانون.

فكل من هذين المانعين يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد، لكن تختلف الآثار القانونية المترتبة عن كل منهما من حيث الطبيعة والنتائج. وعليه، سيتم في هذا المطلب بيان آثار الدفع بالنظام العام أولاً، ثم التطرق إلى آثار الدفع بالغش نحو القانون ثانياً، وذلك بغرض توضيح كيفية تعامل القاضي مع كل حالة من الحالتين عند الفصل في النزاع.

الفرع الأول: آثار الدفع بالنظام العام

يُعد الدفع بالنظام العام من أبرز الوسائل التي يملكها القاضي الوطني لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لدولته. غير أن هذا الدفع لا يقتصر على مجرد الاستبعاد، بل يُرتب آثاراً قانونية متعددة تتجاوز البعد السلبي، وتمتد إلى إيجاد حلول قانونية بديلة، بل وأحياناً إلى التخفيف من حدة النظام العام ذاته مراعاة لخصوصية العلاقات الدولية الخاصة.

وعليه، فإن دراسة آثار الدفع بالنظام العام تستدعي التطرق إلى ثلاثة مستويات:

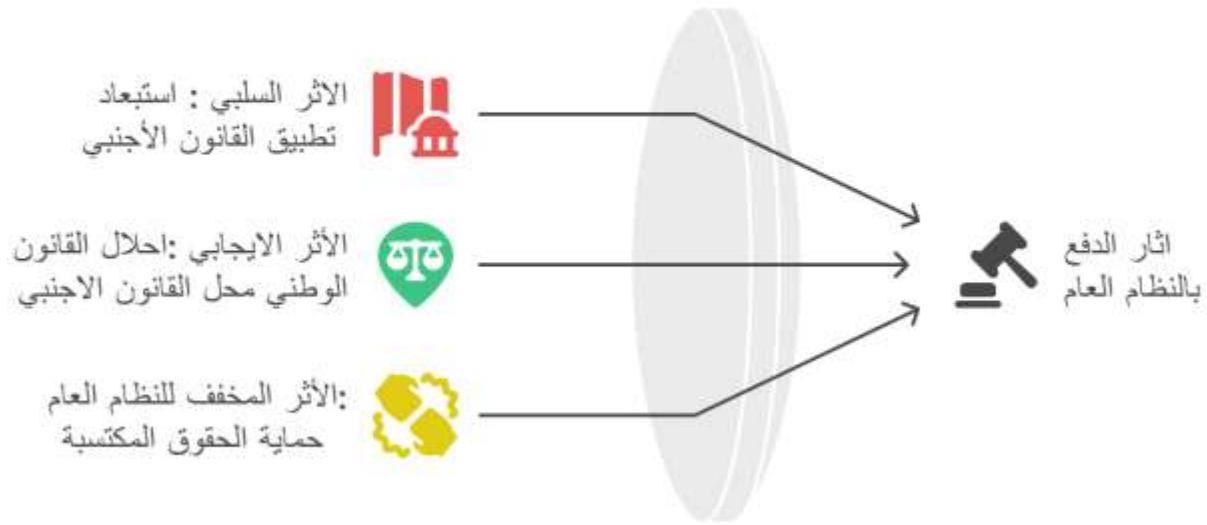
الأثر السلبي المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي،

والأثر الإيجابي المتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد،

والأثر المخفف الذي يسمح - في بعض الحالات - بالاعتراف بأثر بعض الحقوق المكتسبة في الخارج رغم تعارضها مع النظام العام الوطني.

وهو ما سنتطرق اليه تباعا من خلال ما يلي.

مخطط بياني لآثار الدفع بالنظام العام



أولا : الأثر السلبي للدفع بالنظام العام-استبعاد تطبيق القانون الأجنبي-

يترتب على اصطدام القانون الأجنبي بالنظام العام الوطني ما يُعرف بـ الأثر السلبي للدفع بالنظام العام، ويتمثل ذلك في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أو بعض أحكامه إذا ثبت تعارضها مع المبادئ الجوهرية في قانون القاضي¹.

وهنا يثور إشكال مهم :هل يتم استبعاد القانون الأجنبي بكامله، أم يقتصر الاستبعاد على الأحكام المخالفة فقط؟

في هذا السياق، انقسم الفقه إلى اتجاهين¹:

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص302.

- يرى اتجاه أول أن مجرد مخالفة حكم واحد من أحكام القانون الأجنبي للنظام العام يقتضي استبعاده كلياً، واستبداله بقانون القاضي، دون تجزئة أحكامه. ويُبرّر هذا الاتجاه رأيه بصعوبة الفصل بين الأحكام في كثير من الأحيان، مما قد يعرقل استقرار العلاقات القانونية.
- بينما يتجه الرأي الفقهي الغالب إلى القول بـ الاستبعاد الجزئي، أي استبعاد الحكم المخالف فقط، مع الإبقاء على سائر الأحكام الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام. ويميل هذا الاتجاه إلى احترام القانون الأجنبي قدر الإمكان، طالما أن ما تبقى منه لا يُهدد المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني.²

وقد تبنّى القضاء الفرنسي هذا التوجه في أكثر من مناسبة، منها حكم لمحكمة النقض الفرنسية، حيث نظرت في نزاع وراثي تحكمه القواعد الإسلامية. ورغم أن المحكمة اعتبرت القاعدة التي تمنع توريث غير المسلم من المسلم مخالفة للنظام العام الفرنسي، إلا أنها لم تستبعد القانون الإسلامي كلياً، بل استبعدت فقط الحكم المتعلق بالحرمان من الميراث، وأبقت على اختصاص القانون الإسلامي فيما يخص ترتيب الورثة وتحديد أنصبتهم، باعتبارها لا تتعارض مع النظام العام الفرنسي.³

وهذا هو نفس الاتجاه الذي تبنّاه القضاء الجزائري، حيث ميّز بين الأحكام المخالفة للنظام العام وتلك التي لا تتعارض معه، فأجاز استبعاد الأولى والإبقاء على الثانية.⁴ ويتجلى ذلك في قضية عُرضت على القضاء

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص176.

² niboyet, cour de droit internationale privé francais, 2 eme édition, librairie de recueil sirey, paris, 1949, p.503.

³ أنظر مقدس أمينة، المرجع السابق، ص1885.

⁴ يطرح تساؤل مهم حول مدى إمكانية تجزئة القانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام الوطني:

هل يتم استبعاد الجزء المخالف فقط، أم يُستبعد القانون الأجنبي بأكمله إذا كانت أحكامه مترابطة ولا يمكن فصلها؟ في بعض الحالات، يكون من الصعب عملياً فصل الجزء المخالف عن بقية الأحكام، خاصة إذا كانت مرتبطة ارتباطاً وثيقاً، كما هو الحال عند ارتباط السبب بالنتيجة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية Patino بتاريخ 15 ماي 1963 باستبعاد كامل القانون البوليفي، لأنه كان يمنع التفريق الجسدي بين الزوجين، وهو ما اعتُبر مخالفاً للنظام العام الفرنسي. وقد تم استبدال القانون البوليفي بالقانون الفرنسي، ليس فقط في مسألة الانفصال، بل أيضاً فيما يتعلق بالنظام المالي للزوجين، نظراً لارتباط هذه الأحكام ببعضها.

الجزائري بخصوص طلب تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية، وكان هذا الحكم يُلزم المدين بأداء الدين الأصلي إضافة إلى فوائد لصالح الدائن.

وقد رأَت المحكمة العليا الجزائرية أن الجزء المتعلق بالفوائد يتعارض مع النظام العام الجزائري، باعتبار أن فكرة الفائدة مخالفة للمبادئ الجوهرية المستمدة من الشريعة الإسلامية المعتمدة في الجزائر. وعليه، قضت المحكمة ببطلان تنفيذ الجزء المتعلق بالفوائد، لكنها لم تستبعد الحكم الأجنبي بالكامل، بل أبقَت على تنفيذ الجزء المتعلق بالدين الأصلي فقط، لأنه لا يُخالف النظام العام¹.

و يُعبّر الحكم بوضوح عن تبني النهج القائم على الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي، أي استبعاد ما يتعارض مع النظام العام، والإبقاء على ما لا يتعارض معه، تحقيقاً للتوازن بين احترام القواعد الوطنية والانفتاح على الأحكام الأجنبية.

ثانياً: الأثر الإيجابي - حلول القانون الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد -

يترتب على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لدولة القاضي فراغ قانوني، يستدعي سدّه بتطبيق قانون القاضي الوطني، باعتباره القانون الذي يُجسّد المبادئ الأساسية والقيم الجوهرية للمجتمع. وقد اتفقت معظم التشريعات المقارنة على هذا الحل، انطلاقاً من أن استبعاد القانون الأجنبي لا يمكن أن يترك العلاقة القانونية دون تنظيم، خاصة عندما يتعلق الأمر بحماية النظام العام الوطني. ومن هنا نشأ ما يُعرف بـ الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام، ويقصد به حلول قانون القاضي محلّ القانون الأجنبي المستبعد.

وعليه، فإن الاستبعاد الجزئي لا يتم إلا إذا كان ممكناً من الناحية العملية، أي إذا أمكن فصل الحكم المخالف دون التأثير على بقية الأحكام¹ - daniel gutmann, droit international privé, paris dalloz. 1999, p. 91.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يحدد صراحة في المادة 24 من القانون المدني ما إذا كان الاستبعاد جزئياً أم كلياً، مما يترك للقاضي سلطة التقدير بحسب طبيعة القضية، ومدى ترابط الأحكام القانونية محل النزاع.

¹ أنظر: المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الأول، 1986، ص 149.

وقد أقرّ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه، مؤكداً أن استبعاد القانون الأجنبي المخالف يستتبع بالضرورة تطبيق القانون الوطني حفاظاً على تماسك المنظومة القانونية¹.

أما في التشريع الجزائري، فقد تم تكريس هذا الأثر الإيجابي صراحةً بموجب تعديل المادة 24 من القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، حيث تم إضافة فقرة تنص على ما يلي: "يُطبّق القانون الجزائري محلّ القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

ويلاحظ أن المشرع، قبل هذا التعديل، كان يكتفي بالإشارة إلى الأثر السلبي فقط (أي استبعاد القانون الأجنبي)، دون تحديد القانون الذي يحلّ محله. وبإضافة هذه الفقرة، يكون المشرع قد جمع بين الأثرين السلبي والإيجابي للدفع بالنظام العام، ووضع حدًا لكل جدل فقهي أو قضائي قد يثور حول القانون الواجب التطبيق بعد استبعاد القانون الأجنبي.

وحسباً فعل المشرع الجزائري بهذا التدارك التشريعي، إذ قدّم حلاً واضحاً ينسجم مع متطلبات الأمن القانوني وحماية المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني.

ثالثاً : الأثر المخفف للنظام العام

تعدّ فكرة الأثر المُخفّف للنظام العام الدولي من الابتكارات القضائية التي أفرزها الاجتهاد الفرنسي، وجاءت كحلّ توفيق يوازن بين مصلحتين متعارضتين: من جهة، حماية النظام العام الداخلي لدولة القاضي، ومن جهة أخرى، احترام المراكز القانونية التي نشأت خارج إقليم هذه الدولة، مراعاةً لمبدأ استقرار المعاملات وحماية الحقوق المكتسبة².

وقد تأسست هذه الفكرة على مبدأ جوهرى مفاده أن إنشاء حق معين داخل إقليم دولة القاضي قد يُعدّ مخالفاً لنظامها العام، إلا أنّ نشوء هذا الحق خارج إقليمها، ومجرد طلب الاعتراف بآثاره دون إنشائه من جديد، لا

¹أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص179.

² sabine robert ,l'ordre public français en matière international , la faculté de droit virtuelle et plate forme pédagogique de la faculté de droit de lyon,2007,p.14.

يُشكل بالضرورة تعارضًا مع نفس النظام. وعليه، فإن المعيار المعتمد ليس في نشأة الحق، بل في آثاره وما إذا كانت تمسّ فعليًا المصالح الجوهرية للنظام العام في دولة القاضي.

فمن خلال هذه الرؤية، يمكن استبعاد تطبيق قاعدة الدفع بالنظام العام إذا تبين أن الآثار المطلوب الاعتراف بها لا تصطدم مباشرة بقيم الدولة ومبادئها الأساسية، رغم أن إنشاء المركز القانوني الذي ترتبت عنه قد يكون مخالفًا لهذا النظام لو تم داخل الدولة. ويُمكن في هذه الحالة الاحتجاج بوجود الحق الأجنبي طالما لم تتعارض آثاره مع مقتضيات النظام العام المحلي.

وقد كُرست هذه النظرية في عدة قرارات قضائية، لعلّ أبرزها حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 جانفي 1980، في القضية التي تعود وقائعها إلى زواج السيد "العربي بوعزة" بالسيدة "زهرة بن ددوش" في الجزائر سنة 1936، حيث أنجب منها سبعة أبناء قبل انتقاله إلى فرنسا واستقراره فيها، حيث امتلك ممتلكات عقارية. ثم عاد لاحقًا إلى الجزائر وتزوَّج بامرأة ثانية سنة 1969 وأنجب منها طفلين. وبعد وفاته سنة 1975، نشأ نزاع بين الورثة حول تقسيم التركة.

ورغم أن القانون الفرنسي يُحرّم تعدد الزوجات باعتباره مخالفًا للنظام العام، فقد ارتأت محكمة النقض أن الزواج الثاني الذي أبرم في الجزائر، لا يُستبعد تلقائيًا، بل يُعترف بآثاره، لا سيما في مجال الميراث، انطلاقًا من مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في الخارج، ومن ثمّ اعترُف للزوجة الثانية وأبنائها بحقوقهم الإرثية، رغم أن هذا الوضع العائلي (تعدد الزوجات) غير مقبول في فرنسا¹.

إلا أنه ينبغي التمييز بين الحالات التي يُسمح فيها بتطبيق فكرة الأثر المخفف، وتلك التي لا يمكن التسامح معها بأي حال من الأحوال، وهي الحالات التي تكون فيها الآثار نفسها مخالفة جذريًا للنظام العام في دولة القاضي، مثل الآثار المترتبة عن الزواج المثلي في دولة تعتمد الشريعة الإسلامية، حيث يتم رفض الاعتراف بها لاصطدامها الصريح مع القيم الدينية والأخلاقية التي يُشكّل احترامها جزءًا لا يتجزأ من النظام العام.

و في هذا السياق، أصدرت المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - بتاريخ 12 أفريل 2006 قرارًا يعترف بحق مكتسب في الخارج، على أساس أنه لا يتعارض مع النظام العام في الجزائر. وقد جاء في

¹voir, Voir, sabine robert,op.cit,p.14.

حيثيات القرار:

"إن الحكم الأجنبي الذي خصص أجره شهرية للحاضنة مقابل رعايتها لأطفالها، الذين أسندت إليهم الحضانة، لا يخالف أي قاعدة جوهرية في الإجراءات، كما لا يتعارض مع القانون الجزائري، رغم عدم وجود نص صريح ينص على ذلك في هذا القانون. بل إن مثل هذا القرار يُشجع الحاضنة على القيام بواجبها تجاه أطفالها، ولا يمس بالسيادة أو القيم الوطني"¹.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من نظرية الأثر المخفف للنظام العام، فيُلاحظ من خلال المادة 12 و13 مكرر 1 من القانون المدني أنه تناول بعض الأنظمة القانونية الأجنبية، مثل الانفصال الجسماني والتبني، رغم أن هذه الأنظمة غير معترف بها في المجتمع الجزائري، وذلك بهدف حماية الحقوق المكتسبة.

غير أن اللافت للانتباه، هو أن المشرع لم يكتفِ بالاعتراف بتلك الحقوق إذا نشأت في الخارج، بل فتح المجال لإنشائها داخل الجزائر أيضًا، وهو ما يتعارض صراحة مع أحكام قانون الأسرة الجزائري، الذي لا يعترف بنظام الانفصال الجسماني ضمن قانون الأسرة الجزائري كسبب من أسباب فك الرابطة الزوجية، ويُحرّم التبني من الناحية الشرعية والقانونية وهو ما أشارت إليه نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري².

الفرع الثاني: اثار الدفع بالغش نحو القانون

يُعد مبدأ احترام قواعد الإسناد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص، غير أن هذا الاحترام قد يتعرض للإخلال عندما يُقدم أحد الأطراف على التحايل على هذه القواعد، بقصد الوصول إلى قانون أجنبي أكثر توافقًا مع مصالحه، وهو ما يُعرف بالغش نحو القانون.

وإذ يشكل الغش وسيلة للتهرب من تطبيق القانون المختص، فقد أثار هذا السلوك تساؤلات فقهية وقضائية

¹مشار إليه في زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين الجزء الأول، مطبعة الكاهنة الجزائر، 2000، ص256.

²تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

حول الآثار القانونية المترتبة عليه، خاصة ما إذا كان يُبطل الوسيلة التي أتت للوصول إلى القانون الأجنبي فقط، أم يمتد كذلك إلى النتائج القانونية التي ترتبت على هذا الغش¹.

وقد انقسم الفقه الفرنسي بخصوص آثار الغش نحو القانون إلى اتجاهين رئيسيين:

• الاتجاه الأول يرى أن الغش يُبطل الوسيلة والنتيجة معاً، أي أنه لا يُعترف لا بالتغيير الذي قام به الشخص ولا بالآثر القانوني الذي ترتب عليه.

• في حين يرى الاتجاه الثاني أن أثر الغش يقتصر فقط على النتيجة، بحيث يُبطل ما ترتب عن الغش دون المساس بالفعل الذي أدى إليه.

وهو ما سنعرض إليه من خلال النقاط التالية.

أولاً: عدم النفاذ يشمل النتيجة و الوسيلة

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الآثار المترتبة على الدفع بالغش نحو القانون لا تقتصر على إهدار النتيجة التي سعى الشخص إلى تحقيقها من خلال تغيير ضابط الإسناد، بل تمتد لتشمل كذلك الوسيلة التي لجأ إليها من أجل بلوغ تلك النتيجة غير المشروعة. وبذلك، يُعتبر كل من الوسيلة والنتيجة باطلين قانوناً، لكون الغش لا يُنتج أثراً، ولا يمكن أن يُكافأ صاحبه بتحقيق مبتغاه على حساب احترام قاعدة الإسناد².

ثانياً: عدم النفاذ يقتصر على النتيجة

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أثر الدفع بالغش نحو القانون لا يمتد إلى الوسيلة التي تمّ من خلالها تغيير ضابط الإسناد، بل يقتصر فقط على النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى تحقيقها من وراء هذا التغيير³. فوفقاً لهذا الرأي، تكون النتيجة التي أنشئت بفعل الغش غير نافذة قانوناً، ويترتب على ذلك استبعاد

¹ اعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص196.

² حفيفة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص323.

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص108.

القانون الذي ثبت اختصاصه على أساس الضابط المصطنع، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي كان مختصاً أصلاً بحكم العلاقة محل النزاع.

أما الوسيلة، كالحصول على جنسية جديدة أو تغيير الموطن، فتبقى قائمة من حيث وجودها القانوني ولا يمكن إنكارها، وليس للقضاء الوطني سلطة إبطالها، لأن ذلك من شأنه المساس بأعمال وتصرفات السيادة الصادرة عن دولة أجنبية. وبحسب هذا التصور، فإن سلطة القاضي تقتصر على عدم الاعتراف بالنتائج القانونية التي ترتبت عن الوسيلة، لا على إبطال الوسيلة ذاتها. ويتجلى هذا الموقف في القضية الشهيرة *Bauffremont*، -و التي ذكرناها سابقاً- حيث قضى القاضي بعدم نفاذ أثر الطلاق المترتب عن اكتساب جنسية أجنبية، دون أن يمسّ بصحة اكتساب تلك الجنسية¹.

وفي تقديري، فإن الدفع بالغش يقتصر أثره على النتيجة فقط، أي أنه يترتب عليه أثر استبدالي يتمثل في استبعاد القانون الذي تم إسناد الاختصاص إليه عبر وسيلة مصطنعة، وإعادة الاختصاص إلى القانون الأصلي الذي تم التحايل عليه. ويُستشف هذا الاتجاه من خلال نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، التي كرّست الأثر الاستبدالي للدفع بالغش تجاه القانون، دون أن تتطرق إلى مسألة بطلان الوسيلة المستعملة في التحايل، غير أن ما يُؤخذ على المادة 24 من القانون المدني الجزائري، أنها لم تحدد صراحة القانون الذي ينبغي تطبيقه بعد استبعاد القانون المختص وفق الضابط المصطنع، وهو ما يطرح التساؤل حول ما إذا كان هذا الإغفال مقصوداً، أم أن المشرّع قد ترك سلطة تقدير القانون المختص فعلياً للقاضي، سواء كان هذا القانون وطنياً أو أجنبياً، تبعاً لطبيعة العلاقة القانونية المعروضة عليه².

¹ سامي بديع منصور ونصري انطوان دياب و عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 963.

² مقدس أمينة، المرجع السابق، ص 1595.

الفرع الثالث : الورشة التطبيقية

سنعرض للطلبة بعض التمارين بهدف التمييز بين نظريتي النظام العام و غش نحو القانون، و كذا البحث في قضية تطبيقية تتعلق بموانع تطبيق القانون الأجنبي.

أولاً: التمييز بين نظريتي النظام العام و الغش نحو القانون في القانون الجزائري

لا يعد الغش نحو القانون من النظام العام انما كل منهما نظرية قائمة بذاتها في مجال تنازع القوانين. حاول التمييز بين كلا النظريتين.

ثال عن الحل:

سيتم من خلال الجدول الاتي التطرق لاهم نقاط الاختلاف التي تتميز بها كلتا حالتنا استبعاد القانون الأجنبي على ضوء القانون الجزائري .

النظام العام	الغش نحو القانون
يؤدي الدفع بالنظام العام الى استبعاد القانون الأجنبي لاصطدامه وتعارضه مع النظام العام الجزائري ، و إحلال هذا الأخير محل القانون الأجنبي المستبعد .	يؤدي الدفع بالغش نحو القانون لعدم الاعتراف بالنتيجة التي توصل اليها بموجب التحايل على ضابط الاسناد ، و يثبت الاختصاص في الدفع بالغش نحو القانون للقانون المختص أصلا بحكم العلاقة فقد يكون لصالح القانون الجزائري كما قد يكون لصالح القانون الأجنبي .
ليس لإرادة الأطراف دخل في قيام هذا الدفع ، اذ لا تتوافر نية الغش في فكرة النظام العام و التي تعتبر	لإرادة الأطراف دخل في تحقق هذه النظرية اذ تقوم على أساس الغش و التحايل الصادر عن اتجاه

<p>إرادة الافراد لاصطناع وضع غير حقيقي بقصد تطبيق قانون اخر غير مختص يخدم مصالحهم.</p>	<p>أساسا لقيام نظرية الغش ، انما يتعلق الدفع بالنظام العام بمضمون القانون الأجنبي ،فيمتنع القاضي الأجنبي عن تطبيق الاحكام الموضوعية للقانون الأجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية اذا ما اتضح له تعارضها مع مقتضيات النظام العام في دولته</p>
<p>هدف الدفع بالغش نحو القانون إلى مكافحة صور التحايل التي يلجأ إليها أطراف النزاع بهدف التهرب من تطبيق القانون المختص، سواء كان هذا القانون وطنياً أو أجنبياً. كما يرمي هذا الدفع إلى حماية النظام القانوني من خلال صون قواعد الإسناد، لاسيما ضابط الإسناد الذي تم التلاعب به قصد تغيير النتيجة القانونية .</p>	<p>يهدف الدفع بالنظام العام لحماية المبادئ والمفاهيم التي يقوم عليها القانون الجزائري وبالتالي حماية السيادة الوطنية.</p>

ثانيا: قضية تطبيقية

أ- الوقائع:

ليلي، جزائرية الجنسية، مقيمة في الجزائر، متزوجة من جون، فرنسي الجنسية، بموجب عقد زواج أبرم في الجزائر وخضع للقانون الجزائري. بعد نشوب خلافات بينهما، قررت ليلي الانتقال إلى فرنسا وتغيير موطنها إلى مدينة ليون، حيث أقامت دعوى طلاق أمام محكمة فرنسية، مستندة إلى القانون الفرنسي الذي يُتيح تطبيق الزوجة بناءً على الانفصال لمدة معينة دون اشتراط موافقة الزوج.

في المقابل، قدّم جون طعنًا أمام القضاء الجزائري، مدعيًا أن ليلى قامت بالتحايل على قواعد الإسناد لتجنب تطبيق القانون الجزائري الأكثر صرامة في شروط الطلاق، وأن القانون الفرنسي يتعارض من حيث المبدأ مع المفاهيم الجوهرية للنظام العام في الجزائر فيما يخص الأسرة.

ب-المطلوب:

بصفتك طالبًا في القانون، حلّ الوقائع وأجب عن ما يلي:

1. ما هي قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على العلاقة الزوجية محل النزاع؟
2. هل يجوز الدفع بالغش نحو القانون في هذه الحالة؟ علّل.
3. هل يُمكن للقاضي الجزائري الدفع بعدم تطبيق القانون الفرنسي بسبب مخالفته للنظام العام؟ برّر ذلك.
4. بيّن الفرق بين الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون من حيث الأساس القانوني والتطبيق في هذه القضية.

الفصل الثاني: التكييف

يُعد التكييف (la qualification) من أبرز الإشكالات النظرية والعملية في القانون الدولي الخاص، كونه يمثل المرحلة الأولى والأساسية التي يمر بها القاضي أو الباحث القانوني عند التصدي لأي علاقة قانونية تتطوي على عنصر أجنبي. باعتبارها الآلية التي تُحدد من خلالها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، عبر تصنيف المسائل القانونية ضمن فئات مسندة محددة¹.

فالتكييف هو العملية التي من خلالها يُمنح الوصف القانوني الصحيح للعلاقة أو الوضعية محل النزاع، بغية إدراجها ضمن فئة قانونية محددة (كالأحوال الشخصية، أو العقود، أو المسؤولية، أو الأموال...)، وذلك تمهيداً لاختيار قاعدة الإسناد الملائمة لتعيين القانون الواجب التطبيق عليها².

تكمُن أهمية التكييف في أنه المدخل الحتمي لتطبيق قواعد تنازع القوانين؛ إذ لا يمكن تحديد القانون المختص دون معرفة طبيعة العلاقة القانونية وتوصيفها. وقد يترتب على اختلاف التكييف اختلاف جذري في النتيجة القانونية، الأمر الذي يجعل من التكييف مسألة دقيقة وحساسة، خصوصاً عند اختلاف مفاهيم الفئات القانونية بين الأنظمة الوطنية.

ويثور التساؤل المحوري في هذا الصدد حول: أي قانون يُعتمد في التكييف؟ هل هو قانون القاضي أم القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد؟

ومن هنا، فإن دراسة التكييف تُشكّل مرحلة جوهرية في فهم آليات القانون الدولي الخاص، وتُعتبر أداة ضرورية لفك تعقيدات النزاعات ذات الطابع الدولي، وتحقيق التوازن بين مقتضيات السيادة القانونية ومتطلبات العدالة الدولية.

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 96.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 75.

المبحث الأول: الاطار النظري للتكييف

يُعد التكييف من المفاهيم الجوهرية في القانون الدولي الخاص، باعتباره الأداة التي من خلالها يتم تصنيف المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي ضمن الفئات التي حددها المشرع في قواعد الإسناد، تمهيداً لتطبيق القانون المناسب عليها، بمعنى اخر انه عملية تحديد المسألة الأساسية محل النزاع بغية ايجاد الحل واعطائها الوصف القانوني الملائم من أجل تحديد قاعدة الاسناد التي تحكمها¹.

فهو عملية تسبق تطبيق القاعدة وتوجّهها، بل تشكّل الخطوة الأولى والضرورية قبل الخوض في تحديد القانون الواجب التطبيق.

وبناء عليه سيتم من خلال هذا المبحث التطرق للبحث في مفهوم التكييف ، ثم الى القانون الذي يخضع له التكييف و ذلك من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول: مفهوم التكييف

ولأجل الإحاطة بهذا المفهوم من مختلف جوانبه، سنعمد إلى دراسته من خلال الفروع التالية:

خصص الفرع الأول لتعريف التكييف، و نبحت في الفرع الثاني عن : الأصل التاريخي للتكييف، حيث نعرض للخلفية التاريخية لظهور فكرة التكييف في الفقه الأوروبي، وخاصة في الفقه والقضاء الفرنسيين، وبحث من خلال الفرع الثالث عن القانون الذي يحكم التكييف وفيه نعرض للإشكال الجوهرى المتعلق بتحديد المرجع القانوني الذي يجب أن يُعتمد في التكييف، من خلال دراسة الثلاث نظريات الأساسية التي تناولت هذه المسألة، والتي تحدد ما إذا كان القاضي الوطني يُجري التكييف وفقاً لقانونه الوطني، أم وفقاً للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، أم بناءً على قانون آخر.

¹الطيب الزروتي، القانون الدولي الخاص علما و عملا، المرجع السابق، ص10.

الفرع الأول: تعريف التكييف

كما سبق أن بينا، فإن المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد، يقوم بتحديد فئات قانونية مسندة (مثل الأهلية، شكل التصرف، الإرث...)، ويربط كل فئة ب ضابط إسناد يُحيل إلى القانون الواجب التطبيق عليها. فمثلاً، الأهلية تُسند إلى قانون الجنسية، وشكل التصرفات القانونية يُسند إلى قانون مكان الإبرام، وهكذا¹.

ومن هنا، فإن القاضي، من أجل الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة عليه، ينبغي عليه أن يبحث في قواعد الإسناد عن الفئة القانونية التي تندرج فيها هذه المسألة، أي أن عليه أن يُحدد أولاً طبيعة العلاقة أو الواقعة القانونية، ليُلحقها بإحدى الفئات التي خصّها المشرع بقاعدة إسناد². وتُسمى هذه العملية التي يقوم بها القاضي بـ "التكييف" (*la qualification*)، وعليه، يمكن تعريف التكييف بأنه: "تحديد الطبيعة القانونية لمسألة معينة، تمهيداً لإدراجها ضمن فئة من الفئات التي خصّها المشرع بقاعدة إسناد"³.

ومن الجدير بالذكر أن مشكلة التكييف لا تنحصر في القانون الدولي الخاص، بل نجدها كذلك في مختلف فروع القانون الداخلي:

- ففي القانون المدني، قد يواجه القاضي إشكالاً في توصيف علاقة تعاقدية ما: هل هي بيع؟ أم وعد بالبيع؟ أم مقايضة؟
- وفي القانون الجنائي، قد يتردد القاضي بين تكييف الفعل ك: سرقة، أو اختلاس، أو خيانة أمانة، أو اختطاف⁴...

لكن ما ينبغي التأكيد عليه هو أن الإشكالية في القانون الدولي الخاص لا تكمن في التكييف في حد ذاته، بل في ما يمكن تسميته بـ "مشكل التنازع في التكييف"، أي: المسألة القانونية الواحدة قد تخضع لتكييف مختلف من دولة إلى أخرى، تبعاً لاختلاف النظم القانونية، وهو ما يثير صعوبة حقيقية أمام القاضي، تتمثل في

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص75.

² حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص96.

³ المرجع نفسه، ص97.

⁴ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص76.

تحديد القانون الذي يُجرى التكييف بموجبه : هل هو قانون القاضي؟ أم القانون الأجنبي الذي يُحتمل تطبيقه؟ أم قانون آخر؟

فلو أن جميع القوانين الوطنية تُعطي لنفس المسألة التكييف ذاته، لما وُجدت صعوبة تُذكر، غير أن اختلاف التكييفات من نظام قانوني إلى آخر هو جوهر الإشكال في القانون الدولي الخاص.

مثال من الحياة اليومية لتسهيل فهم عملية التكييف : "صندوق الأمتعة في المطار"

تخيل أنك موظف في مطار دولي، ومهمتك فرز الأمتعة التي تصل من بلدان مختلفة لتوجيهها إلى الأقسام المناسبة (قسم الأطعمة، قسم الأدوية، قسم الإلكترونيات... إلخ).

لكن قبل أن تُرسل أي حقيبة إلى القسم المختص، يجب أن تفتحها وتتنظر في محتوياتها وتقرر:

"هل هذه الحقيبة تحتوي على أطعمة؟ أم أدوية؟ أم إلكترونيات؟"

إذا أخطأت في هذا الوصف الأولي، فقد تُرسل الأدوية إلى قسم الأطعمة، وهو أمر غير سليم.

هذا بالضبط هو التكييف في القانون الدولي الخاص: قبل أن يُطبَّق القاضي قاعدة الإسناد -أي قبل أن يرسل النزاع إلى قانون بلد معين، عليه أولاً أن يُكَيِّف العلاقة المعروضة عليه:

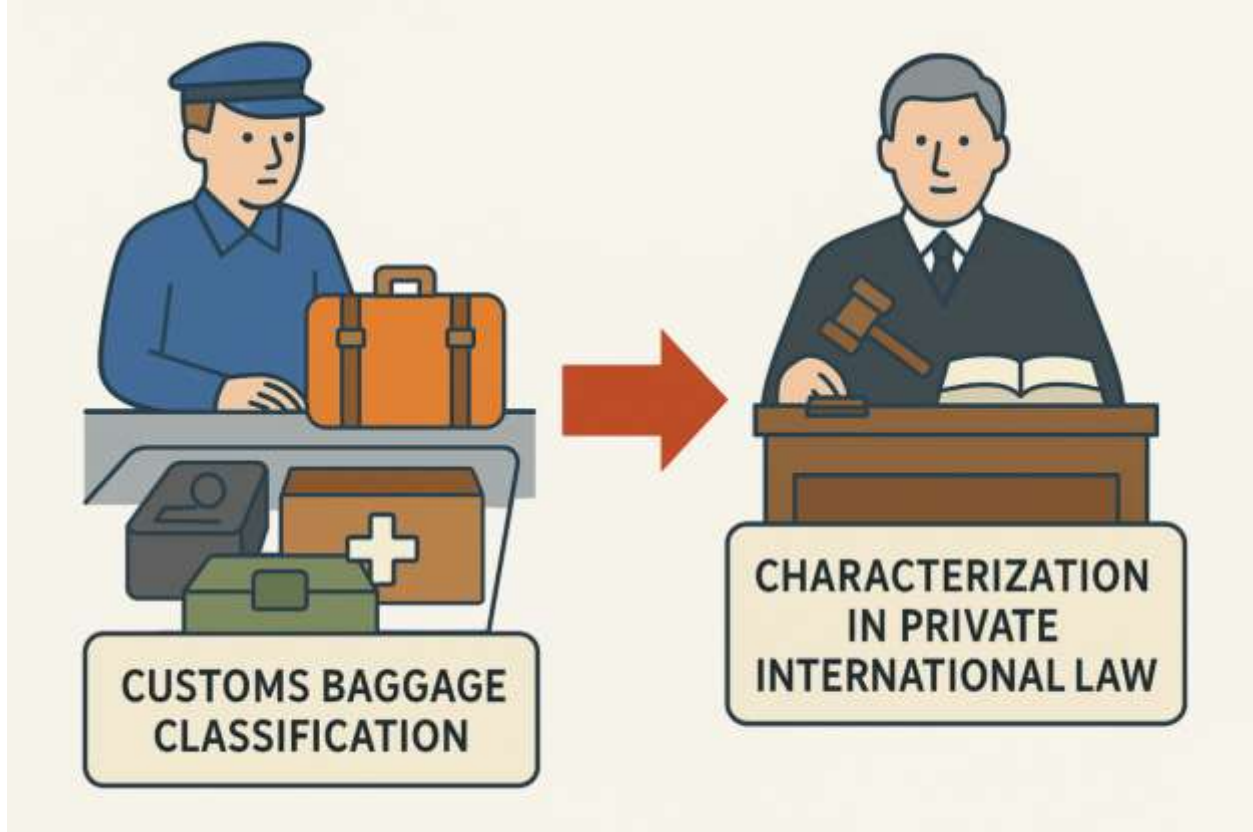
- هل هي علاقة زواج؟
- أم عقد بيع؟
- أم ميراث؟
- أم مسؤولية تقصيرية؟

فإذا أخطأ في هذا التكييف، سيتوجَّه إلى القانون غير المناسب لحل النزاع — تمامًا كما يُرسل موظف المطار الحقيبة إلى القسم الخطأ.

ما وجه الشبه بين عمل موظف المطار والتكييف القضائي؟

يشبه القاضي موظف الجمارك في المطار:

لا يستطيع الموظف إرسال الحقيبة إلى القسم المناسب (سوائل، إلكترونيات...) قبل معرفة ما بداخلها. وكذلك القاضي لا يستطيع اختيار القانون الواجب التطبيق قبل أن يُكيّف طبيعة العلاقة القانونية المعروضة عليه.



الخلاصة للطالب: التكييف في القانون مثل تصنيف الحقيبة في المطار: لا يمكنك أن ترسلها إلى القسم المناسب قبل أن تفهم ما بداخلها.

الفرع الثاني: الأصل القضائي لنظرية التكييف

ظهرت نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص بمناسبة قضيتين شهيرتين عرضتا على القضاء الفرنسي، وأولهما تتعلق بما يُعرف بـ"حصة الزوج المحتاج"، والثانية تخص وصية أحد الهولنديين.

أولا : قضية الزوج المحتاج

وتتمثل وقائع القضية الأولى في أن زوجين تزوجا في جزيرة مالطا، واتخذا منها أول موطن مشترك لهما بعد الزواج، ثم انتقلا لاحقاً إلى الجزائر، حيث اقتنى الزوج عقارات وتوفي هناك. وبعد الوفاة، تقدّمت الأرملة بدعوى أمام القضاء الفرنسي، طالبة تمتيعها بما يُعرف في النظام القانوني "الأنجلو-مالطي" بحصة الزوج المحتاج، وهو نظام قانوني يمنح للزوج الباقي على قيد الحياة، والذي يكون في حالة حاجة، ربع التركة العقارية التي تركها الزوج المتوفى¹.

إلا أن هذا النظام غير معروف في القانون الفرنسي. و أمام هذا الطلب، وجد القضاء الفرنسي نفسه ملزماً بتحديد الوصف القانوني لهذا الحق المطالب به من طرف الأرملة، أي: هل يدخل ضمن أحكام الميراث العقاري؟ أم يُعد أثراً من آثار النظام المالي للزوجين؟

هذا التردد في التكييف له ما يبرره، إذ أن القانون الفرنسي يُميّز بين الميراث العقاري والمنقول، حيث يُخضع الميراث العقاري لقانون موقع العقار، بينما يُخضع الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للمتوفى.

أما بخصوص النظام المالي للزوجين، فإن القانون الفرنسي يُميز بدوره بين:

النظام المالي الاتفاقي: ويخضع للقانون الذي يحكم العقود الدولية من حيث الموضوع، وهو القانون الذي يتفق عليه الزوجان.

النظام المالي القانوني: وهو ما يُطبق عند غياب اتفاق بين الزوجين، ويخضع لقانون أول موطن مشترك لهما بعد الزواج².

وبناءً على ذلك، فإن الحكم القانوني الذي سيصدر بشأن طلب الأرملة سيختلف باختلاف التكييف الذي يعتمده القاضي الفرنسي:

¹ حبار مجد، المرجع السابق، ص 69.

² حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 100.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن مواطناً هولندياً قام، أثناء مروره بفرنسا، بتحرير وصية مكتوبة بخط يده، وفقاً للنموذج المعتمد في القانون الفرنسي، أي "الوصية العرفية (holographic will)"، وهي صيغة يعترف بها القانون الفرنسي، لكنها محظورة في القانون الهولندي بموجب المادة 992 من القانون المدني الهولندي، والتي تستوجب أن تُحرر الوصية أمام موثق، بل وتُطبق هذه القاعدة حتى على المواطنين الهولنديين المقيمين خارج هولندا¹.

وبعد وفاة الموصي على الأراضي الفرنسية، نشأ نزاع بين الورثة و الموصى له، عُرض على القضاء الفرنسي.

فتمسك الورثة بأن القانون الهولندي، حينما يشترط ضرورة تنظيم الوصية أمام موثق، إنما يفعل ذلك لحماية أقارب الموصي، وأن هذا الطابع الحمائي يقتضي إخضاع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت تحريرها، أي للقانون الهولندي، الذي يقضي في هذه الحالة ب بطلان الوصية².

في المقابل، تمسك الموصى له بأن المسألة المعروضة تتعلق بشكل الوصية لا بمضمونها، وهي بذلك مسألة شكلية، ينبغي إخضاعها إلى قانون المكان الذي حُررت فيه الوصية، أي القانون الفرنسي، الذي يُجيز كلاً من الوصية المكتوبة بخط اليد والوصية الرسمية، وبالتالي فإن تطبيق هذا القانون يؤدي إلى صحة الوصية³.

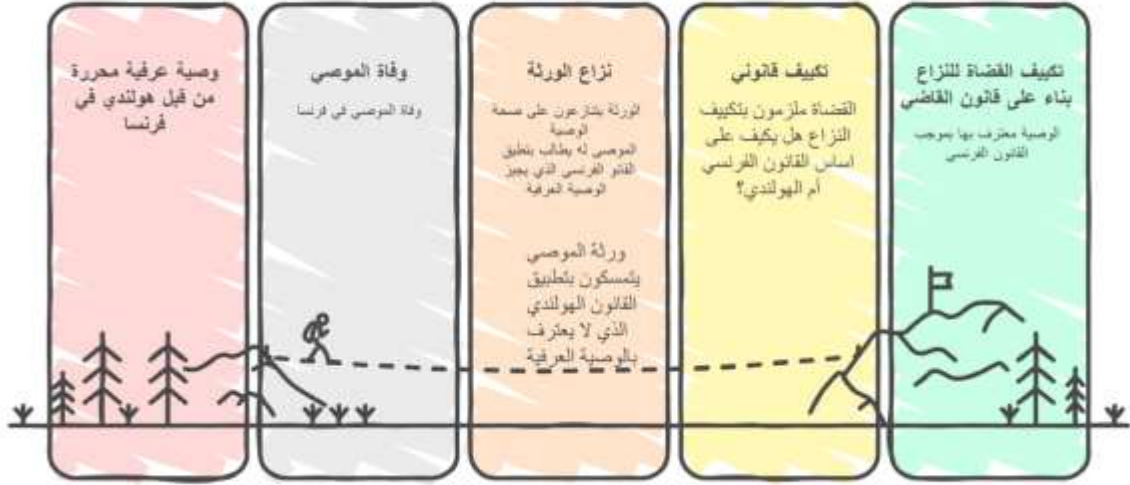
وبالرجوع إلى هذه القضية، إلى جانب القضية السابقة المتعلقة بـ"حصّة الزوج المحتاج"، يتضح أن عملية تكييف العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء الوطني تؤدي دوراً حاسماً في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن القبول أو الرفض للطلب المعروض مرتبطان ارتباطاً وثيقاً بالتكييف المعتمد من قبل المحكمة.

¹ أعرب بلقاسم، المرجع السابق، ص 77.

² حبار مجد، المرجع السابق، ص 70.

³ المرجع نفسه، ص 70.

وصية الهولندي



المطلب الثاني: القانون الذي يحكم التكيف

يُعد تحديد القانون الذي يحكم عملية التكيف من أكثر المسائل إثارة للجدل في ميدان القانون الدولي الخاص، وقد انقسم الفقه حوله إلى عدة اتجاهات، كل منها يستند إلى منطلقات قانونية ومنهجية مختلفة.

فالقاعدة أن التكيف يجب أن يُسبق تطبيق قاعدة الإسناد، غير أن السؤال الجوهرى الذي يثور هنا هو: وفق أي قانون يجري القاضي هذا التكيف؟ هل يكيف وفق قانونه الوطني؟ أم يجب أن يكيف وفق القانون الأجنبي الواجب التطبيق؟ أم أن عليه أن يلجأ إلى القانون المقارن لتجاوز تناقضات النظم الوطنية؟

أمام هذا الإشكال، برزت ثلاث نظريات رئيسية نحاول عرضها وتحليلها كما يلي:

الفرع الأول: نظرية قانون القاضي (نظرية بارتان)

تُعد نظرية قانون القاضي (*Lex fori*)، والتي يُنسب تطويرها إلى الفقيه الفرنسي بارتان (Bartin) ، من أقدم وأهم النظريات التي تناولت مسألة تحديد القانون الواجب الرجوع إليه في عملية التكييف في القانون الدولي الخاص¹.

وعلى الرغم من أن الفقيه بارتان اعتبر التكييف مسألة أولية تسبق تطبيق قاعدة الإسناد، ويتعين معالجتها بالرجوع إلى قانون القاضي، إلا أنه لم يُتَرَ تطبيق هذا القانون على عملية التكييف بشكل مطلق، إذ أُورد على ذلك استثناءين هامين يحدان من هذا الإطلاق في حالات معينة تستوجب الرجوع إلى قوانين أخرى غير قانون القاضي.

1. التكييف الثانوي، والذي يخضع للقانون الأجنبي المحال إليه النزاع بعد تطبيق قاعدة الإسناد.

2. وصف المال من حيث كونه عقاراً أو منقولاً، والذي يخضع لقانون موقع المال بدلاً من قانون القاضي.



¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 71.

فيما يلي سنتناول مضمون هذه النظرية، ثم نتطرق لهذين الاستثنائيين .

أولاً-مضمون النظرية :

وتقوم هذه النظرية على فكرة بسيطة لكنها ذات أثر عملي بالغ، ومفادها أن:

القاضي الذي ينظر في النزاع الدولي هو من يُجري التكييف، وبالتالي فمن الطبيعي أن يعتمد في ذلك على قانونه الوطني، لأنه الأقدر على تفسير المفاهيم القانونية من خلال المرجعية التي يعرفها ويعمل بها¹.

وبناءً عليه، فإن التكييف يتم وفقاً لقانون الدولة التي تنتمي إليها المحكمة المختصة بالنظر في النزاع، أي قانون القاضي نفسه، وليس أي قانون أجنبي.

مثال: إذا عُرضت على قاضي فرنسي مسألة تتعلق بـ "حصة الزوج المحتاج" (كما في النظام الأنجلو-مالطي)، فسيُكَيّفها وفق المفاهيم الفرنسية: هل تدخل ضمن الميراث؟ أم النظام المالي للزوجين؟ وبالتالي يُحدّد القانون الواجب التطبيق انطلاقاً من هذا التكييف "الفرنسي" للمسألة.

ثانياً-نطاق نظرية بارتان بشأن اخضاع التكييف لقانون القاضي(الاستثناءات)

رغم أن الفقيه بارتان قرّر أن التكييف، باعتباره مسألة أولية تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، يجب أن يتم وفقاً لقانون القاضي، إلا أنه لم يذهب إلى تطبيق هذا القانون بشكل مطلق، إذ أورد على ذلك استثناءين أساسيين: يتعلق الأول بما يُعرف بالتكييف الثانوي، أما الثاني فيخص وصف المال من حيث كونه عقاراً أو منقولاً، وسنتناول كلا الاستثناءين على التوالي في النقاط التالية.

1-التكييف الثانوي يخضع للقانون الأجنبي

فرّق الأستاذ بارتان بين نوعين من التكييف: التكييف الأولي والتكييف الثانوي أو اللاحق.

التكييف الأولي: هو التكييف الذي يعد مؤشراً أساسياً لتطبيق قاعدة الإسناد، وهو الذي يخضع لقانون القاضي، باعتباره يمثل أول مرحلة من مراحل تحديد القانون الواجب التطبيق.

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص110.

التكييف الثانوي أو اللاحق: يطرأ هذا النوع من التكييف بعد تحديد القانون المختص، حيث يتعين الرجوع إلى هذا القانون المختص فقط، ولا يكون للقاضي الوطني أي دور في تحديده¹.

بناءً على ذلك: إذا قرر القاضي، بناءً على قانون بلاده، أن المسألة المطروحة أمامه تدخل في نطاق الالتزامات التعاقدية، مثلاً، وأشار إلى قانون إرادة المتعاقدين، فإن عليه بعد ذلك الرجوع إلى القانون المختار من المتعاقدين لتحديد وصف العقد، مثلما إذا كان يعتبر عقد إيجار أو بيع أو هبة.

كذلك، إذا قرر القاضي، وفقاً لقانونه الوطني، أن المسألة المطروحة أمامه تتعلق بـ الميراث أو الوصية، والتي تخضع لقانون جنسية الهالك أو الموصي وقت وفاته، فإنه يتعين عليه بعد ذلك الرجوع إلى قانون جنسية الهالك لتحديد كيفية تطبيق قواعد الميراث.



2- وصف المال (عقار أو منقول) يخضع لقانون موقع المال

يتمثل الاستثناء الثاني الذي أقره الأستاذ بارتان على نظريته، واعتبره استثناءً حقيقياً، في مسألة تكييف المال، وهو استثناء ظل يُصرّ على ذكره في جميع أبحاثه التي تناول فيها مشكلة التكييف. فقد رأى أنه ينبغي

¹ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 114.

الرجوع إلى قانون موقع المال (lex situs)¹ لتحديد طبيعته، وما إذا كان يُعدّ عقاراً أو منقولاً، وليس إلى قانون القاضي كما تقضي بذلك قاعدته العامة.

ويستند هذا الاستثناء إلى اعتبارات عملية وقانونية تتعلق بفكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات، إذ يُعدّ موقع المال العامل الأكثر ارتباطاً بتنظيم هذه الحقوق. وعليه، فإنّ كل ما يتصل بنظام الأموال، وبوجه خاص تحديد طبيعتها، ينبغي أن يُخضع لقانون الدولة التي يوجد المال في إقليمها، تحقيقاً للأمن القانوني وضماناً لفاعلية التصرفات التي ترد عليه².

الفرع الثاني: نظرية اخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة - نظرية ديبارنيه-

تقرض هذه النظرية أنه إذا قام القاضي الوطني بتكييف العلاقة القانونية المعروضة عليه، وأدت قاعدة الإسناد في قانونه إلى تطبيق قانون أجنبي بشأنها، ثم تبين أن هذا القانون الأجنبي يكيّف العلاقة بشكل مختلف عن التكييف الذي اعتمده القاضي وفق قانونه الوطني، فإن على القاضي ألاّ يكتفي بالتكييف الوطني، بل ينبغي عليه أن يُراعي أيضاً التكييف المعتمد في ظل القانون الأجنبي المختص³.

ويُستدل على ذلك من مثال الوصية الهولندية، حيث تنص المادة 992 من القانون المدني الهولندي على حظر الوصية العرفية أو الخطية حتى إذا أُجريت خارج هولندا، ولو من قبل هولنديين مقيمين في الخارج. وبما أن القانون الهولندي يعتبر هذا الحظر متعلقاً بأهلية الأشخاص، فإن أي تكييف مخالف لذلك، كأن

¹ العبارة "lex situs" هي لاتينية، وتُستخدم كثيراً في فقه القانون الدولي الخاص، وتحديداً في موضوع الحقوق العينية والتكييف.

معناها = lex: القانون، situs: الموقع أو المكان.

وبالتالي، lex situs تعني: قانون موقع الشيء أو القانون الذي يحكم مكان وجود المال (العقار أو المنقول).

² حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص 110.

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص 73.

يُعامل هذا الحظر بوصفه مسألة شكلية، يُعد بمثابة تشويه لحقيقة مضمون القاعدة القانونية الأجنبية، ويؤدي إلى نتائج قانونية خاطئة¹.

فإذا قضت قاعدة الإسناد بإخضاع النزاع لقانون أجنبي، فإن هذا القانون يُطبق على النزاع بكامله، بما في ذلك التكييف القانوني للمسألة محل النزاع، باعتبار أن التكييف يُعد جزءًا لا يتجزأ من القاعدة القانونية الواجب التطبيق.

ويؤكد هذا الاتجاه الفقهي أن وظيفة قاعدة الإسناد في قانون القاضي تنتهي بمجرد تعيين القانون الأجنبي المختص، ويجب عندئذ الرجوع إلى هذا القانون وحده لتحديد طبيعة المسألة القانونية وتكييفها، دون الاستناد إلى قانون القاضي، لأن ذلك قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية، كتطبيق القانون الأجنبي في غير موضعه أو الامتناع عن تطبيقه حيث يجب².

وقد وُجّهت إلى هذه النظرية انتقادات متعددة، من أبرزها أن الأخذ بها في حالة وجود اختلاف بين التكييف المعتمد في القانون الوطني والتكييف المأخوذ به في القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيقه، يؤدي في النهاية إلى ترجيح أحد التكييفين على الآخر. وهو ما قد يُفضي، في بعض الحالات، إلى إبطال العلاقة القانونية المعروضة، رغم كونها صحيحة في ظل التكييف الذي يقرّه أحد النظامين، بدلاً من الاعتراف بصحتها وفقاً لأحدهما³.

الفرع الثالث: نظرية اخضاع التكييف للقانون المقارن - نظرية رابل -

يرى الفقيه الألماني رابل (Rabel) أن القاضي، عند قيامه بعملية التكييف، لا يجب أن يظل مقيداً بمفاهيم قانونه الوطني، بل ينبغي عليه أن يعتمد المنهج المقارن، من خلال دراسة وتحليل مختلف النظم القانونية المعروفة في العالم، بهدف استخلاص مفاهيم قانونية مشتركة ومستقلة عن المفاهيم الداخلية، تكون ذات

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 87.

² حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 120.

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص 73.

طابع عالمي ومحاييد¹.

ومفاد ذلك، أن القاضي مدعو إلى تكوين مفهوم موحد ومجرد بشأن العلاقة القانونية المعروضة عليه، بعيداً عن الخصوصيات الوطنية، بما يُتيح له تطبيق قاعدة الإسناد بشكل أكثر عدالة وموضوعية.

أولاً-تفصيل رأي رابيل:

1. رفض التقيد بقانون معين :

- يرى رابيل أن الاعتماد على قانون المحكمة أو القانون الأجنبي لتكييف المسألة القانونية قد يؤدي إلى تحيز أو عدم دقة، لأن الأنظمة القانونية تختلف في تصنيفاتها ومفاهيمها. على سبيل المثال، قد تُصنف مسألة معينة كـ"عقدية" في نظام قانوني، بينما تُعتبر "تزامية" في نظام آخر.
- لذلك، يجب على القاضي أن يتحرر من قيود النظام القانوني الواحد وأن يبحث عن مفهوم قانوني مستقل.

2. المنهج المقارن :

- يقترح رابيل أن يقوم القاضي بدراسة مقارنة للأنظمة القانونية المختلفة حول العالم لفهم كيفية تصنيف العلاقة القانونية المطروحة.
- الهدف هو استخلاص مفهوم مشترك يعكس جوهر العلاقة القانونية بصورة محايدة، بعيداً عن خصوصيات النظام القانوني الوطني.

3. المفاهيم ذات الصيغة العالمية :

- المفاهيم المستخلصة يجب أن تكون ذات طابع عالمي، أي أنها لا تتبع نظاماً قانونياً معيناً، بل تُستمد من القواسم المشتركة بين الأنظمة القانونية الكبرى (مثل النظام المدني، النظام الأنجلوسكسوني، أو النظام الإسلامي).

¹ اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص88.

- على سبيل المثال، عند تكييف مسألة "صحة الوصية"، يمكن للقاضي أن يدرس كيف تُعرّف الوصية في الأنظمة القانونية المختلفة ليصل إلى مفهوم عام يشمل الشروط الأساسية لصحتها.

ثانياً-مزايا منهج رابيل:

- الحيادية: يساعد هذا المنهج على تجنب التحيز لصالح قانون المحكمة أو القانون الأجنبي.
- المرونة: يتيح التعامل مع النزاعات الدولية المعقدة التي تشمل أنظمة قانونية متباينة.
- تعزيز العدالة: من خلال البحث عن حلول مشتركة، يمكن تحقيق نتائج أكثر عدالة ومقبولية عالمياً.

ثالثاً- النقد الموجه لهذه النظرية:

قد تعرّضت هذه النظرية لانتقادات شديدة، وتم استبعادها من مجال التطبيق العملي، لكونها في جوهرها أقرب إلى الطرح الخيالي منها إلى التصور الواقعي، مما يجعل من الصعب تفعيلها في السياق العملي أو الاستناد إليها في أحكام القضاء¹.

وبرأيي أنه رغم أن منهج رابيل يُعتبر تقدماً ومبتكراً، إلا أن تطبيقه قد يكون صعباً في المحاكم الوطنية التي تنقصر إلى الموارد أو الخبرة اللازمة لإجراء دراسات مقارنة شاملة. كما أن الاعتماد على مفاهيم عالمية قد يُضعف من خصوصيات الأنظمة القانونية الوطنية، مما يثير تساؤلات حول مدى ملاءمته في بعض السياقات.

وفيما يلي مخططاً توضيحياً للنظريات الثلاثة الخاصة بالقانون الذي يحكم التكييف.

¹حبار محمد، المرجع السابق، ص73.



نظرية قانون القاصي (نظرية بارثول)

- من الدورام النظريات المتبعة بعلمية (تتبع Jhering) تعتبر نظرية قانون القاصي التكليف في القانون الدولي الخاص.
- اعتبر القاصي بارثول التكليف مسألة أولية تسبق تطبيق قاعدة الإسناد ويجب معلقها بالرجوع إلى قانون القاصي.
- لم يقل تطبيق هذا القانون بشكل مطلق، بل أورد استثناءين ضمن بعض من تلك الاستثناء الأولى: التكليف الكتوي، والذي يخضع للقانون الأجنبي الممثل إليه الرجوع بعد تطبيق قاعدة الإسناد.
- الاستثناء الثاني: وصف المثل من حيث كونه محلاً أو محلاً، والذي يخضع للقانون الواقع بالمثل بدلاً من قانون القاصي.
- محدود النظرية القاصي هو من تجري التكليف ويحدد على قوته الوطني لتفسير المقام القانونية.
- مثال: إذا فرضت على قاصي فرضي مسألة تتعلق بـ "مصلحة الزوج المتاح"، فيمكنها وفق المقام الرسمية.

- التكليف الأولي: بعد موافقة أسبقاً لتطبيق قاعدة الإسناد.
- التكليف الثانوي: يلزم بعد تحديد القانون المخصص ويجب الرجوع فقط إلى هذا القانون.
- يوصف المثل (محلاً أو محلاً) يخضع لقانون واقع المثل. ————— يجب الرجوع إلى قانون واقع المثل لتحديد طبيعته تطبيقاً للقانون.

نظرية إحصاء التكليف للقانون المخصص بدمج المحللة (نظرية إيفرته)

- تتضمن هذه النظرية أنه إذا قام القاصي الوطني بتكليف المحللة القانونية، وكانت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، يجب عليه اختيار التكليف المحدد في القانون الأجنبي أيضاً.
- مثال: الوصية الهولندية تعطي الوصية العرفية، وأي تكليف يختلف ذلك بعد تنوعها.
- تؤكد النظرية أن وظيفة قاعدة الإسناد تنتهي عند تعيين القانون الأجنبي المخصص، ويجب الرجوع إليه فقط.
- انطلاقاً من ذاتي الخلاف التكليفات إلى إبطال العلاقات القانونية أو مخصصها.

نظرية إحصاء التكليف للقانون المخصص (نظرية بارثول)

- يرى القاصي بارثول أن القاصي يجب أن يحدد المنهج المقرر كإرادة مطلق القاصي القانونية.
- يجب أن يفسر القاصي لاستخدام المقام القانونية مشتركة ومستقلة.
- يرفض القاصي بارثول قانون معين لتسلسل عدم التنوع.
- بمقابل رأي بارثول: ————— الاقتراح بدراسة مقارنة للنظم القانونية المختلفة المقام يجب أن تكون ذات طابع عالمي ولا تتبع نظاماً قانونياً معيناً.
- بما لا يخفى رأي ————— العينية، البروز، وتعزيز العدالة.
- تدرك النجوة لهذه النظرية، لم تستخدمها من التطبيق العملي لصعوبة تعميلها في المواقف الواقعية.



المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء و التشريع الجزائري

يُعدّ التكيف من المسائل الدقيقة في القانون الدولي الخاص، لما له من أثر حاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين. وبالنظر إلى هذه الأهمية، فقد حظيت مسألة التكيف باهتمام خاص من قبل الفقهاء، كما برزت اجتهادات قضائية متنوعة في معالجته، إلى جانب تدخل المشرّع الجزائري الذي رسم موقفه من خلال نصوص قانونية صريحة.

وسنتناول في هذا المبحث مواقف كل من الفقه، والقضاء، والتشريع الجزائري من مسألة التكيف، بهدف بيان مدى الانسجام أو التباين بينها، ومدى تأثرها بالنظريات المقارنة، ولا سيما نظرية بارتن. وذلك من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول: موقف الفقه و القضاء

يُعدّ الفقه بمختلف اتجاهاته، إلى جانب القضاء بما يصدر عنه من اجتهادات قضائية، المصدرين الأساسيين في بلورة الحلول المتعلقة بمسألة التكيف في القانون الدولي الخاص. أما القضاء، وبخاصة القضاء الفرنسي الذي مثّل مرجعًا للعديد من التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري، فقد لعب دورًا محوريًا في تكريس بعض الحلول العملية لمسألة التكيف من خلال أحكامه، حيث تبنّى في حالات معيّنة اتجاهات فقهية دون غيرها، مما أسهم في توجيه النقاش النظري نحو مسارات جديدة. وعليه، سنعرض في هذا المطلب موقف الفقه والقضاء من مسألة التكيف.

الفرع الأول: موقف الفقه

يتجه غالبية الفقه إلى تبني نظرية الفقيه بارتان التي تقضي بإخضاع التكيف لقانون القاضي. غير أن هذا الاتجاه، وإن كان يتفق مع بارتان في الأساس العام الذي قامت عليه نظريته، إلا أنه يختلف معه في التبرير الذي قدّمه لدعم هذا الاتجاه، كما يُخالفه في الاستثناءين اللذين أوردهما على قاعدته العامة¹.

¹ أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 84.

فيما يتعلق بالأساس الذي اعتمد عليه الفقيه بارتان لتبرير إخضاع التكييف لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، فإن غالبية الفقه ترى أن هذا التبرير يقوم على سببين رئيسيين:

- **أولاً:** أن التكييف يُعد، في حقيقته، تفسيراً لمضمون قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي، فإن تفسير هذه القاعدة يجب أن يتم وفق القانون الوطني، طالما أننا بصدد تفسير قاعدة قانونية وطنية، لا أجنبية.
- **ثانياً:** أن التكييف هو الوسيلة التي تتيح لنا تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، وهي القاعدة التي بدورها تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المعروضة، سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً. ومن ثم، لا يُعقل أن نلجأ إلى قانون أجنبي لإجراء التكييف، في حين أننا لم نحدّد بعد ما إذا كانت العلاقة تخضع لهذا القانون أم لا¹.

فيما يخص الاستثناءين اللذين أوردهما الفقيه الفرنسي بارتان على المبدأ العام القائل بإخضاع التكييف لقانون القاضي، فإن غالبية الفقه قد انتقدتهما، مستنداً في ذلك إلى جملة من الحجج.

أما بخصوص التفرقة التي أقامها بارتان بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي أو اللاحق، وقوله إن إخضاع هذا الأخير للقانون الأجنبي يُعد استثناءً على المبدأ العام، فإن الفقه الغالب يرى في هذا الطرح خروجاً غير مبرر عن القاعدة. إذ يُقر هذا الفقه بأنه متى تم تكييف العلاقة القانونية ابتداءً وفقاً للقانون الوطني، وثبت أن قاعدة الإسناد الوطنية تُحيل إلى قانون أجنبي للفصل في تلك العلاقة، فإنه يصبح من المنطقي حينها تطبيق هذا القانون الأجنبي بكافة أحكامه، بما في ذلك التكييف الذي يمنحه لتلك العلاقة. وبذلك، فإن خضوع التكييف للقانون المختص يُعد أمراً منطقياً ولا يجوز اعتباره استثناءً، بل امتداداً طبيعياً لتطبيق القانون الأجنبي².

أما بالنسبة للاستثناء الثاني، المتعلق بوصف المال، فإن الفقه يرى أن هذا الاستثناء لا يُمكن تعميمه، إذ تختلف أهميته باختلاف نوع العلاقة القانونية. فبينما قد لا يكون لوصف المال أثر حاسم في بعض الحالات، إلا أن الأمر يختلف عندما يتعلق النزاع بمسائل الميراث مثلاً، خاصة أمام القضاء الفرنسي. ففي هذا

¹ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص134.

² حبار محمد، المرجع السابق، ص74.

السياق، يعتمد القضاء الفرنسي على التفرقة بين الميراث في العقار، الذي يُخضعه لقانون موقع العقار (lex situs)، والميراث في المنقول، الذي يُخضعه لقانون موطن المتوفى. وهنا، يصبح التكيف ضروريًا لتحديد ما إذا كان المال عقارًا أم منقولًا، لأن ذلك هو ما يحدد القانون الواجب التطبيق¹.

وبالتالي، فإن تحديد وصف المال في مثل هذه الحالات يجب أن يتم وفق قانون القاضي الذي ينظر في النزاع - أي القانون الفرنسي - ما دام هو المختص بتحديد قاعدة الإسناد. ومن ثم، فإن الاستثناء الذي أورده بارتان بشأن وصف المال لا يُعد مقبولًا في نظر الفقه الحديث، ويُعد بدوره محل انتقاد².

الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي

كرّس ذلك في قضية "كاراسلانيس" نظرية بارتن، ويُعتبر من أوائل الأنظمة القضائية التي تبنتها، كما يظهر جليًا في قضية شهيرة فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 جوان 1955، حيث قررت المحكمة مبدأ هامًا مفاده أن تحديد الطبيعة القانونية لمسألة تدخل السلطة الدينية في الزواج يُعدّ مسألة تكيف، ويجب أن يتم هذا التكيف وفقًا لقانون القاضي، أي القانون الفرنسي في هذه الحالة، باعتبارها مسألة شكلية لا موضوعية³.

وتتلخص وقائع القضية في أن امرأة فرنسية ورجل يوناني تزوجا في فرنسا أمام ضابط الحالة المدنية بمصالح الحالة المدنية بمدينة باريس. غير أنه بعد نشوء خلافات بين الزوجين، لجأت الزوجة إلى القضاء الفرنسي لطلب فكّ الرابطة الزوجية. بالمقابل، دفع الزوج ببطلان الزواج، مستندًا إلى القانون اليوناني الذي يعتبر تدخل السلطة الدينية ركنًا موضوعيًا في عقد الزواج، وهو ما لم يتحقق في هذه الحالة. أما الزوجة، فقد تمسكت بصحة الزواج، ودفعت بأن العنصر الديني يُعدّ مسألة شكلية وفقًا للقانون الفرنسي، الذي لا يشترط

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 85.

² حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 142.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 78.

هذا الركن لصحة الزواج. كما أكدت أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على إبرام عقد الزواج، لأنه قانون مكان إبرام العقد، ومن ثم فإن الزواج يعتبر صحيحاً من حيث الشكل و المضمون¹.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا التحليل، وقررت أن مسألة تدخل السلطة الدينية تدخل ضمن نطاق التكييف، الذي يجب أن يتم وفقاً لقانون القاضي، أي القانون الفرنسي، لتخلص في النهاية إلى صحة عقد الزواج.

يتضح من حيثيات حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 22 جوان 1955 أن القضاء الفرنسي قد تبنى صراحة نظرية "بارتن" في التكييف، والتي تقوم على مبدأ إخضاع التكييف إلى قانون القاضي.

ففي هذه القضية، تمحورت الإشكالية حول ما إذا كان تدخل السلطة الدينية في عقد الزواج يُعدّ ركناً موضوعياً يمسّ بصحة الزواج، أم أنه مجرد إجراء شكلي لا يؤثر في قيام الرابطة الزوجية. وقد اختلف طرفا النزاع بشأن ذلك، حيث تمسك الزوج بالقانون اليوناني الذي يعتبر العنصر الديني شرطاً جوهرياً في العقد، بينما تمسكت الزوجة بالقانون الفرنسي، الذي لا يُقرّ بهذا الركن ويعتبره مجرد عنصر شكلي.

وأمام هذا التعارض، كان على القاضي أن يُحدّد طبيعة هذه المسألة (أي تدخل السلطة الدينية): هل هي مسألة شكلية أم موضوعية؟ وهو ما يُعدّ بطبيعته مسألة تكييف.

وقد اختار القضاء الفرنسي في هذا السياق أن يقوم بعملية التكييف استناداً إلى قانونه الوطني، أي القانون الفرنسي، دون الرجوع إلى القانون الأجنبي (اليوناني في هذه الحالة)، واعتبر أن تدخل السلطة الدينية مسألة شكلية، ومن ثم فإن غيابه لا يؤثر على صحة الزواج المبرم في فرنسا أمام ضابط الحالة المدنية.

وهذا الموقف يُجسّد بشكل واضح مضمون نظرية (Bartın) "بارتن"، التي ترى أن مسألة التكييف تُعدّ من اختصاص القاضي، ويجب أن تُحدّد وفقاً لقانونه الوطني، لأن القانون الواجب التطبيق لا يمكن تحديده إلا بعد معرفة طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص75.

وبتطبيق ذلك، فإن القضاء الفرنسي اعتبر نفسه المرجع في التكييف، وأخضعه لقانونه دون الخضوع لتكييف القانون اليوناني، وهو ما يُعدّ تجسيدًا عمليًا لنظرية "بارتن".

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري

جاء في المادة 09 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق".

ومن خلال هذا النص، يتّضح أن المشرع الجزائري قد أخضع مسألة التكييف لقانون القاضي، متبنيًا بذلك ما ذهبت إليه نظرية الفقيه الفرنسي بارتن، والتي ترى بأن القاضي هو من يحدّد طبيعة العلاقة القانونية استنادًا إلى قانونه الوطني عند البحث عن القانون الواجب التطبيق¹.

ويلاحظ أن المادة 09 قد اقتصر على التكييف الابتدائي (الأولي)، دون التطرّق إلى التكييفات اللاحقة أو الثانوية، والتي لا تتعلّق بتحديد القانون المختص، بل تدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي بعد تحديده، وهو ما يجعلها خارجة عن نطاق الاختصاص التشريعي الوطني.

وبذلك، يكون المشرع الجزائري قد تبنّى صراحةً التمييز الذي قرره بارتن بين نوعين من التكييف: التكييف الأولي، الذي يُخضع لقانون القاضي، والتكييف الثانوي، الذي يُستمدّ من القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

ويلاحظ أن المادة 09 من القانون المدني الجزائري، وإن كانت قد تبنت بوضوح مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي، إلا أنها لم تُشر صراحةً إلى الاستثناء الثاني الذي أورده الفقيه بارتن (*Bartin*) على نظريته، والذي يقضي بضرورة إخضاع تكييف المال لقانون موقعه *lex situs*.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا السكوت يُفهم منه أن المشرع الجزائري قد سائر الاتجاه الحديث في الفقه المقارن، والذي لم يأخذ بهذا الاستثناء.

غير أنني، ومن خلال قراءة متأنية لنصوص القانون المدني، أرى أن المشرع الجزائري قد أخذ فعليًا بهذا الاستثناء، وإن لم يُصرّح به في المادة 09، حيث يُستدل على ذلك من نص المادة 17 (فقرة 1) من القانون

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 94.

المدني، والتي تنص على أن ::"يخضع تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً الى قانون الدولة التي يوجد فيها".

ويُفهم من هذا النص أنّ المشرّع قد أخضع تكييف طبيعة المال - وما إذا كان عقاراً أو منقولاً - لقانون موقعه، انسجاماً مع مضمون استثناء بارتن الثاني، وبالتالي فإن المشرّع الجزائري قد ميّز بين القاعدة العامة للتكييف (قانون القاضي) والاستثناء المتعلق بالأموال، وهو ما يعكس دقّة في تبني النظرية وتفرعاتها.

غير أنّ هذا التوجّه لا يبدو ثابتاً في كل المسائل، إذ يُلاحظ أنّ المشرّع، فيما يتعلق بالميراث والوصية وسائر مسائل التركة، لم يُميّز بين ما إذا كانت أعيان التركة عقاراً أو منقولاً، بل أخضعها جميعاً لقانون جنسية الهالك وقت وفاته، كما هو منصوص عليه في المادة 16 من القانون المدني. ويُلاحظ أيضاً أنّ المادة 18 من القانون ذاته تُخضع العقود المتعلقة بالعقارات لقانون موقع العقار، بينما تفيد فقرتها الأولى أنّ الالتزامات التعاقدية الواردة على المنقولات تخضع لقانون الإرادة (أي القانون الذي يختاره الأطراف).

هذا التباين بين المواد الثلاث يُثير تساؤلات حول مدى انسجام المشرّع في تبنيّه لنظرية بارتن وتفرعاتها، وهل نحن أمام تناقض تشريعي أم مجرد تعدّد في القواعد بحسب طبيعة المسألة القانونية.

وفي تقديري، لا يمكن وصف هذا التباين بالتناقض الحقيقي، وإنما هو انعكاس لاختيارات تشريعية متعمّدة، تهدف إلى تحقيق نوع من التوازن بين متطلبات الأمن القانوني (كما في حالة العقود والميراث)، وبين الحاجة إلى احترام خصائص بعض الأموال (العقارات خصوصاً) من خلال إخضاعها لقانون الموقع. وعليه، فإن المشرّع الجزائري يبدو وكأنه قد تبنيّ نظرية بارتن بشكل مرّن، حيث أخذ بقاعدتها العامة في المادة 09، واحتفظ بالاستثناء الثاني في المادة 17، دون أن يُغفل خصوصيات بعض المجالات كالتركة والعقود، التي أخضعها لقواعد إسناد خاصة بها تتماشى مع طبيعتها".

خلاصة موقف المشرّع الجزائري:

يتبيّن من نصوص القانون المدني الجزائري أنّ المشرّع قد أخذ كقاعدة عامة بإخضاع التكييف لقانون القاضي، كما جاء في المادة 09، مما يُظهر تأثره بنظرية بارتن. لكنه في المقابل اعتمد استثناءً على هذه

القاعدة في المادة 17، حيث أخضع تكييف المال لقانون موقعه، وهو ما يدل على تبنيّه الجزئي لاستثناء بارتن الثاني (المتعلق بوصف المال). ومع ذلك، لم يطبق هذا التوجّه في كل المجالات، مثل مسائل التركة أو العقود، مما يدل على أن المشرّع اختار التوفيق بين القاعدة العامة وبعض القواعد الخاصة، بحسب طبيعة كل مسألة قانونية.

المطلب الثالث: ورشة تطبيقية

أولاً: سؤال بإجابة قصيرة موجه للطلبة خلال الحصة التطبيقية

ما الحكم إذا تعارض التكييف المعتمد عليه في القانون الجزائري مع التكييف الذي يفرضه قانون أجنبي تطبقه معاهدة دولية صادقت عليها الجزائر؟

ملاحظة:

ينبغي تحليل العلاقة بين الالتزامات الدولية (مبدأ سمو المعاهدة) وسيادة الدولة في اعتماد تكييفها الوطني.

ثانياً: قضية تطبيقية:

أ- نص القضية:

تزوج جزائري (مقيم في الجزائر ويحمل جنسيتها) من فرنسية الجنسية في فرنسا، وأقاما معاً في باريس لعدة سنوات، ثم عادا واستقرا لاحقاً في الجزائر.

وقبل وفاته، حرّر الزوج وصية في باريس، أوصى فيها بكل أمواله الموجودة في الجزائر لصالح زوجته الفرنسية فقط، مستبعداً أولاده من زواج سابق.

وبعد وفاته في الجزائر، رفع أولاده دعوى أمام القضاء الجزائري للطعن في هذه الوصية، مطالبين بتطبيق قواعد الميراث المنصوص عليها في القانون الجزائري، والتي تضمن لهم حقوقاً ثابتة بصفتهم ورثة شرعيين.

ب- تعليمات التمرين:

أنت في هذا التمرين تلعب دور القاضي الجزائري المكلف بالنظر في القضية.

✓ المطلوب منك:

1. تكييف العلاقة القانونية المطروحة هل هي وصية؟ أم ميراث؟.
2. تحديد الفئة المسندة التي تنتمي إليها هذه العلاقة.
3. تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة وفقاً لقواعد الاسناد الوطنية.
4. بين إن كان التكييف يخضع لقانون القاضي أو لقانون آخر.
5. أصدر حكماً قانونياً أولياً معللاً في النزاع.

ثالثاً: قضية تطبيقية

أ- نص القضية:

تزوجت جزائرية تقيم في الجزائر من فرنسي يقيم في فرنسا. تم الزواج في الجزائر، وسُجّل في مصالح الحالة المدنية الجزائرية. بعد مرور خمس سنوات، رفعت الزوجة دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري، تطلب فيها التطلاق للضرر. في المقابل، دفع الزوج بأن العلاقة تخضع للقانون الفرنسي، وأن الطلاق لا يجب أن يتم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، بل وفقاً للقانون المدني الفرنسي الذي يُقرّ الطلاق بناءً على التراضي فقط في مثل هذه الحالات.

ب- تعليمات التمرين:

عزيزي الطالب، أَلعب دور القاضي الجزائري الذي ينظر في هذه الدعوى.

✓ المطلوب منك:

1. تكييف العلاقة القانونية المطروحة في القضية.
2. تحديد الفئة المسندة.
3. تعيين القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد في القانون الجزائري.

4. بيان السبب الذي يجعلك تعتمد ذلك القانون في التكييف.

5. إصدار حكم مسبب قانونيًا في القضية.

الفصل الثالث: الإحالة

عند عرض نزاع ذي صبغة أجنبية على القاضي الجزائري، فإنه يرجع حتمًا إلى قواعد الإسناد الوطنية التي تحدد القانون الواجب التطبيق¹. ولا يثور إشكال في الحالة التي تحيل فيها قاعدة الإسناد الجزائرية إلى قانون القاضي، كما في دعوى الطلاق بين جزائري وفرنسية، حيث يطبق القاضي الجزائري الأحكام الموضوعية لقانون دولته مباشرة، عملاً بالمادة 13 من القانون المدني.

كما لا يطرح أي إشكال إذا تماثل مضمون قاعدة الإسناد في قانون القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه. فعلى سبيل المثال، إذا عُرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بتقسيم تركة شخص تونسي، فإن المادة 16 من القانون المدني الجزائري²، تُحيل إلى قانون جنسية الهالك وقت وفاته، أي القانون التونسي. وبالرجوع إلى الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، نجد أن الميراث يخضع للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته، أو لقانون دولة مقره، أو لقانون الدولة التي ترك فيها أموالاً. وفي هذه الحالة، يتأكد اختصاص القانون الأجنبي مرتين:

• أولاً: بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية.

• ثانياً: بإعمال قاعدة الإسناد الأجنبية.

وبالتالي، يطبق القاضي مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه، ولا مجال للحديث عن الإحالة.

غير أن الإشكال يثور عندما تحيل قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون أجنبي، بينما ترفض قاعدة الإسناد في ذلك القانون الأجنبي الاختصاص، وتحيل بدورها إلى قانون آخر، وهو ما يُعرف بـ الإحالة. فقد

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

² تنص المادة 16 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 05-10 على ما يلي: "يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

يكون القانون المُحال إليه هو قانون القاضي نفسه-الإحالة من الدرجة الأولى-، أو قانونًا أجنبيًا آخر - الإحالة من الدرجة الثانية-.

وهنا يُطرح التساؤل: هل يتعين على القاضي الفصل في النزاع وفقًا للقواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي المشار إليه مباشرة (الإسناد الموضوعي)، أم عليه أن يرجع إلى قواعد الإسناد في ذلك القانون الأجنبي وأن يطبقها باعتبار أن القانون الأجنبي وحدة متكاملة تشمل قواعده الخاصة بتنازع القوانين وقواعده الموضوعية (الإسناد الإجمالي).

المبحث الأول: أحكام الإحالة The refarell

يُدرج بعض الفقهاء موضوع الإحالة ضمن إطار مشكلات تطبيق القانون الأجنبي، وهي المسألة التي تتمحور حول تحديد ما إذا كان يتعين على القاضي، عند إسناد النزاع إلى قانون أجنبي، تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون مباشرة، أم الرجوع أولاً إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها ذلك القانون الأجنبي¹.

وتُعرّف الإحالة في نطاق القانون الدولي الخاص بأنها آلية قانونية تُطبّق في الحالة التي تُحيل فيها قاعدة الإسناد في قانون القاضي المطروح أمامه النزاع إلى قانون دولة أجنبية، بحيث لا يقتصر الأمر على تطبيق القواعد الموضوعية لذلك القانون مباشرة، بل يجب أيضًا مراعاة قواعد تنازع القوانين التي يتضمنها القانون الأجنبي، والتي قد تُحيل بدورها إلى اختصاص قانون آخر. ويعود الفضل في ظهور هذه النظرية إلى اجتهاد القضاء الفرنسي².

وانطلاقًا من ذلك، سنتناول في هذا المبحث ما يلي:

- **المطلب الأول: مفهوم الإحالة،**
- **المطلب الثاني: أنواع الإحالة،**
- **المطلب الثالث: تمييز الإحالة عن نظام التفويض (الإحالة الداخلية).**

¹-عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص171.

²Renvoi-Droit international privé <https://fr.wikipedia.org/wiki/Renvoi,date:11/05/2019,,:18:42>.

المطلب الأول: مفهوم الإحالة

تُعدّ الإحالة من أبرز المسائل التي أثارت جدلاً فقهيًا وقضائيًا في ميدان القانون الدولي الخاص، نظرًا لخصوصيتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ذي العنصر الأجنبي. فهي ترتبط مباشرة بمسألة إسناد الاختصاص إلى قانون أجنبي، وما إذا كان يتعيّن على القاضي الاكتفاء بتطبيق القواعد الموضوعية لذلك القانون، أم الرجوع أولًا إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها، والتي قد تُفضي بدورها إلى إحالة النزاع إلى قانون آخر.

وتعود فكرة الإحالة إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كرّسها في أحكامه، قبل أن تنتقل إلى التشريعات والفقهاء في دول أخرى، حيث تباينت المواقف بين مؤيد ومعارض لها. ويستند المؤيدون إلى اعتبارات تتعلق بتحقيق الانسجام بين النظم القانونية المختلفة وتفاذي تعارض الأحكام، بينما يرى المعارضون أن الإحالة قد تُعقّد مسار الفصل في النزاعات وتؤدي إلى إطالة الإجراءات.

ومن هذا المنطلق، سنتناول في هذا المطلب تعريف الإحالة، ثم نستعرض نشأتها التاريخية، وذلك من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف الإحالة

تُعدّ الإحالة في مادة تنازع القوانين صورة خاصة تتحقق عندما يُحيل القانون الأجنبي، الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه، النزاع إلى قانون آخر، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي نفسه أو قانون دولة أجنبية أخرى.

وقد عرفها الفقه بأنها رفضُ القانون الأجنبي، الذي عيّنته قاعدة الإسناد الوطنية، اختصاصه بنظر المسألة، وردّ هذا الاختصاص - عبر قاعدة الإسناد الخاصة به - إلى قانون دولة أخرى، قد يكون قانون القاضي الوطني أو قانون دولة أجنبية أخرى.¹

¹ Irenvoi, [file:///C:/Users/Moh/Downloads/5384c0e1d28a6%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Moh/Downloads/5384c0e1d28a6%20(2).pdf), date :11/05/2019.heure :18 :28.

وتتحقق الإحالة إذا وُجد تنازع سلبي بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المسند إليه، أي عندما يتخلى كلٌّ من قانون القاضي والقانون الأجنبي المعين عن اختصاصه بحكم المسألة المعروضة. وعليه، فإن الإحالة لا تقوم إلا في إطار هذا التنازع السلبي، حيث يتصل كل من القانونين من الاختصاص، مما يستدعي تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام نظرية الإحالة¹.

تتباين مواقف الدول بشأن نظام الإحالة؛ فبعضها يأخذ به على وجه الإطلاق، ويُقال عن دولةٍ ما إنها تأخذ بنظام الإحالة بصفة مطلقة إذا كانت تتبنى مبدأ عدم تجزئة القانون الأجنبي، بحيث تُعامله كوحدة متكاملة لا تُفصل فيها بين قواعده الموضوعية وقواعد تنازع القوانين التي يتضمنها. وهناك دول تأخذ بالإحالة في إحدى صورتها فقط، في حين ترفض دول أخرى الأخذ بها مطلقاً.

الفرع الثاني: نشأة نظرية الإحالة

قبل ظهور نظرية الإحالة، كان القاضي الفرنسي يتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المعين، فيتعرّف عليها ويحدّد مضمونها لتطبيقها على النزاع، دون أن يُولي أي اعتبار لما تشير إليه قواعد الإسناد في ذلك القانون الأجنبي، سواء كانت تُقر اختصاصها أم تُحيله إلى قانون دولة أخرى. وبذلك يمكن القول إن القانون الدولي الخاص مرّ بمرحلتين متميزتين:

1. مرحلة سابقة على ظهور الإحالة، حيث كان الإسناد إلى القانون الأجنبي يعدّ إسناداً مباشراً إلى قواعده الموضوعية فقط.

2. مرحلة لاحقة على ظهور الإحالة، التي شكّلت تحولاً نوعياً في معالجة تنازع القوانين.

¹الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة ام حل)، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، الجزائر، العدد 25، المجلد الأول، ص156، 148)، ص151.

ويُعد الحكم الصادر عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في القضية الشهيرة "فورجو (Forgo)" الحدّ الفاصل بين هاتين المرحلتين، إذ يُستمد من هذا الحكم الأصل التاريخي لنظرية الإحالة، بعد أن أرسى القضاء الفرنسي مبادئها وفتح الباب أمام تطبيقها في النزاعات ذات الطابع الدولي¹.

أولاً: وقائع قضية فورجو (Forgo)

تدور أحداث القضية حول شخص يُدعى فورجو، من أصول بافاروية، وُلد ابنًا غير شرعي، وقدم إلى فرنسا مع والدته وهو في سن الخامسة. استقر الاثنان هناك دون اكتساب موطن قانوني، إذ لم يحصلوا على ترخيص الإقامة الذي يشترطه القانون الفرنسي آنذاك، وظل موطنه القانوني في بافاريا، بينما كان موطنه الفعلي في فرنسا.

تزوج فورجو لاحقًا من فتاة فرنسية ثرية، وعقب وفاتها آلت إليه تركتها. وعند وفاته عن عمر يناهز 68 عامًا، تاركًا ثروة منقولة في فرنسا، لم يكن له زوجة أو أبناء. استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على أمواله على أساس أن الشركة بلا وارث وتؤول إلى خزينة الدولة².

إلا أن أقارب والدته أقاموا دعوى للمطالبة بحقهم في الميراث، استنادًا إلى القانون البافاري الذي يساوي بين الابن الشرعي وغير الشرعي في الإرث. غير أن المحكمة رفضت الدعوى، معتبرة أن فورجو مواطن فرنسي يخضع للقانون الفرنسي، والذي كان يقصر إرث الابن غير الشرعي على والديه أو إخوته فقط.

ثانياً: مسار الدعوى أمام القضاء الفرنسي:

- **15 مايو 1875**: قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول الطعن ونقض الحكم، معتبرة أن فورجو لم يكن متوطنًا في فرنسا، وأن موطنه القانوني هو بافاريا، وبالتالي يختص القانون البافاري بالفصل في النزاع. أُحيلت القضية إلى محكمة استئناف بوردو، التي حكمت لصالح الورثة بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون البافاري، المجيزة لتوريث الحواشي للابن غير الشرعي.

¹-Maximilien philonenko, Laifaire forgo-1874-1882, contribution à l'étude des sources du droit international privé français, 1932.p.19.

²أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص100.

- **24 يونيو 1878**: طعننت مصلحة أملاك الدولة أمام محكمة النقض، التي نقضت الحكم، معللة أن تطبيق القانون البافاري كان ناقصًا، إذ لم تُؤخذ بعين الاعتبار قواعد الإسناد فيه، والتي تُحيل الاختصاص إلى قانون الموطن الفعلي (فرنسا). وبالرجوع إلى القانون الفرنسي آنذاك، فإنه لا يجيز توريث الحواشي للابن غير الشرعي، مما يجعل التركة شاغرة وتؤول إلى الدولة¹.
- أرست هذه القضية مبدأ **الإحالة من الدرجة الأولى** في القضاء الفرنسي، حيث يتوجب على القاضي، عند تطبيق القانون الأجنبي المسند إليه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، أن يأخذ في الاعتبار قواعد الإسناد في ذلك القانون الأجنبي قبل الانتقال إلى قواعده الموضوعية.
- كما أن القضاء الفرنسي لم يقتصر على الإحالة من الدرجة الأولى، بل أخذ كذلك بالإحالة من الدرجة الثانية في قضايا لاحقة، مثل قضية **Patino** أول تطبيق للإحالة من الدرجة الثانية، وقضية **Zagha**، وسيأتي استعراضهما لاحقًا عند الحديث عن أنواع الإحالة.

المطلب الثاني: أنواع الإحالة

بعد أن تناولنا تعريف الإحالة، تتضح أهمية التمييز بين أنواعها المختلفة، نظرًا لاختلاف أثر كل نوع على تطبيق القانون الأجنبي وتنظيم العلاقة بين القوانين الوطنية والأجنبية. وتنقسم الإحالة أساسًا إلى الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية، حيث يختلف كل نوع في تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء كان قانون القاضي أو قانون دولة ثالثة. في هذا المطلب، سنقوم بدراسة كل نوع على حدة مع توضيح خصائصه و أثره العملي.

الفرع الأول: الإحالة من الدرجة الأولى - First class refarell -

ويُطلق على هذا النوع من الإحالة مصطلح "الرجوع" أو *le retour*، وهو الحالة التي تتخلى فيها قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه، عن نظر النزاع، وتعيد

¹Maximilien philonenko, Laifaire forgo-1874-1882, contrubution à l'étude des sources du droit international privé français, 1932.p.19.

الاختصاص مجددًا إلى قانون القاضي. وتُعد هذه إحالة إلى قانون القاضي نفسه¹. تؤدي الإحالة من الدرجة الأولى إلى إحالة النزاع إلى قانون القاضي، بحيث يتعين على القاضي، في حال اعتراف قانون دولته بهذا النوع من الإحالة، أن يطبق القواعد الداخلية لقانونه الوطني. وقد طُرحت مسألة الإحالة من الدرجة الأولى لأول مرة في الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 يونيو 1878 في قضية *Forgo*²، حيث أحالت قواعد الإسناد في القانون الذي ثبت اختصاصه - وهو القانون البافاري - النزاع إلى قانون القاضي، أي القانون الفرنسي، الذي قبل بهذه الإحالة. في الحقيقة، يُعد تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى خيارًا مفضلاً لدى القاضي، لما يوفره من مزايا عملية. وقد عبّر المستشار الفرنسي *Denis*، في إحدى مرافعاته أمام محكمة النقض الفرنسية، عن قبوله الإحالة من القانون الأمريكي إلى القانون الفرنسي، مبرّرًا ذلك بتفضيله للقانون الفرنسي على القانون الأجنبي³. كما أنّ الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يجنّب القاضي صعوبة البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره، وهي مهمة قد تكتنفها عقبات تقنية وقانونية. وإلى جانب ذلك، فإن تطبيق قانون القاضي يمنح أطراف النزاع ضمانًا أكبر لسلامة تطبيقه⁴، نظرًا لخبرة القاضي ومعرفته العميقة بأحكامه.

الفرع الثاني: الإحالة من الدرجة الثانية - **Second class referral**

في هذا النوع من الإحالة، تتخلى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عن الاختصاص الذي منحه لها قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك على غرار ما يحدث في الإحالة من الدرجة الأولى. غير أنّ الاختلاف الجوهرى يكمن في أنّ قاعدة الإسناد الأجنبية، في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، لا تعيد الاختصاص إلى

¹ اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 98.

² Le renvoi, [file:///C:/Users/Downloads/5384c0e1d28a6%20\(2\).pdf.date:11/07/2025.heure](file:///C:/Users/Downloads/5384c0e1d28a6%20(2).pdf.date:11/07/2025.heure) :18 :51

³ هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني - تنازع القوانين -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 113.

⁴ Le renvoi en droit international privé , <http://www.cours-de-droit.net>. Date 01/07/2025 ,heure 22 :06.

قانون دولة القاضي، وإنما تحيله إلى قانون دولة أجنبية أخرى¹. بمعنى ان تحيل قاعدة الإسناد الأجنبية للقانون الذي ثبت اختصاصه إلى قانون غير قانون دولة القاضي - قانون ثالث-.

ويُطلق على هذا النوع من الإحالة أيضاً اسم "الإحالة المطلقة" (*le prolongation*) "و تتحقق الإحالة من الدرجة الثانية عندما تُحيل قاعدة التنازع في القانون الأجنبي-قاعدة التنازع -، الذي أُسند إليه الاختصاص، النزاع إلى قانون دولة ثالثة.²

وقد تتعدد الإحالة في هذه الصورة فيحيل القانون الثالث الى قانون رابع وهكذا³. بمعنى اخر في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، يمكن أن تتسلسل الإحالات بحيث لا تقف عند القانون الثالث، بل تمتد إلى قوانين أخرى، وهو ما يُعرف بتعدد الإحالات (*chaîne de renvois*).

فمثلاً:

- قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الإسباني.
 - هذا الأخير (القانون الإسباني) قد يُحيل الاختصاص إلى القانون الإيطالي (إحالة من الدرجة الثانية).
 - ثم قد تُحيل قواعد الإسناد في القانون الإيطالي بدورها إلى القانون الألماني، و هكذا دواليك.
- هذا التسلسل قد يستمر نظرياً لعدة قوانين، لكن من الناحية العملية غالباً ما يتوقف القاضي عند حد معين، لأن الاستمرار في الإحالة دون نهاية يخلق حالة من عدم الاستقرار القانوني ويعطل الفصل في النزاع. ولهذا، تتبنى معظم التشريعات أو الفقه مبدأ وضع حد للإحالة المتسلسلة، بحيث يكفي بقبول إحالة واحدة أو إحالتين على الأكثر، ثم يُصار إلى تطبيق القانون الذي تم التوصل إليه.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 178.

² Le renvoi au second degré suppose que la règle de conflit du pays étranger désignée par le for renvoi à une loi tierce qui se considère compétente, le renvoi, file:///C:/Users/Moh.

³ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 49.

اعتمد القضاء الفرنسي لأول مرة مبدأ الإحالة من الدرجة الثانية في القرار الصادر عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1963 في قضية باتينو. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد باتينو، وهو رجل بوليفي ثري، عقد زواجه في إسبانيا من فتاة أجنبية اكتسبت الجنسية البوليفية بموجب هذا الزواج. وبعد خلاف نشب بين الزوجين، رفعا دعوى طلاق أمام القضاء الفرنسي. وبالرجوع إلى قاعدة الإسناد الفرنسية، وُجد أنها تُحيل إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين، أي القانون البوليفي، الذي يشترط لقبول الطلاق أن يكون معترفًا به في بلد إبرام الزواج، أي القانون الإسباني. وبالعودة إلى هذا الأخير، تبين أنه لا يجوز الطلاق في ذلك الوقت. وبناءً على ذلك، أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الثانية وقضى بعدم جواز الطلاق¹.

كما شكّل القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 جوان 1982 في قضية -zagha أحد أبرز تطبيقات القضاء الفرنسي لمبدأ الإحالة من الدرجة الثانية. و تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين يهودي الديانة ويحملان الجنسية السورية أبرما زواجهما في إيطاليا، غير أنّ الزواج كان دينيًا ولم يُعقد مدنيًا. لاحقًا، طلب أحد الزوجين الطلاق، بينما دفع الطرف الآخر ببطلان الزواج لعدم الاعتراف به في فرنسا التي لا تُجيز سوى الزواج المدني. وعند رجوع القاضي الفرنسي إلى قواعد الإسناد الفرنسية، تبين أنها تُحيل إلى قانون مكان إبرام الزواج، أي القانون الإيطالي، الذي اعتبر الزواج باطلاً. غير أنّ قواعد الإسناد الإيطالية بدورها أحالت إلى قانون جنسية الزوجين، أي القانون السوري، الذي يُقر بصحة الزواج الديني. وبناءً على ذلك، أخذت محكمة النقض الفرنسية بالإحالة من الدرجة الثانية، واعتبرت الزواج صحيحًا، لتقضي تبعًا لذلك بإنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق².

المطلب الثالث: تمييز الإحالة عن نظام التفويض أو -الإحالة الداخلية-

تُعَدّ الإحالة والتفويض من الآليات المميّزة في نطاق تنازع القوانين، غير أنّ بينهما فروقًا جوهرية تقتضي الوقوف عندها. فالإحالة، بمختلف صورها، تقتض وجود تنازع بين أنظمة قانونية لدول متعددة،

¹ Voir ;le renvoi en droit international privé, <http://www.cours-de-droit.net/le-renvoi-en-droit-international-prive-date> de la visite 06/07/2025,heure :23:34.

² Voir ;le renvoi en droit international privé, <http://www.cours-de-droit.net/le-renvoi-en-droit-international-prive-date> de la visite 06/07/2025,heure :13:09.

حيث تقوم قاعدة الإسناد الوطنية بإحالة النزاع إلى قانون أجنبي قد يعيد بدوره الاختصاص إلى قانون القاضي أو إلى قانون دولة أخرى. أما نظام التفويض، أو ما يُعرف بـ"الإحالة الداخلية"، فيرتبط بالحالة التي تشير فيها قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون تتعدد داخله الشرائع أو النظم القانونية، سواء كان التعدد شخصياً (كما هو الحال في الدول التي تُطبّق قوانين مختلفة بحسب الديانة أو الانتماء الطائفي)، أو إقليمياً (كما هو الأمر في الدول ذات الأنظمة القانونية المتعددة بحسب الأقاليم).

ومن ثمّ، فإنّ التفويض يختلف عن الإحالة من حيث النطاق والوظيفة، وهو ما يستوجب تعريف التفويض و تبيان أوجه التمييز بينهما وتحديد موقف المشرع الجزائري في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف التفويض

وقد أطلق بعض الفقه على هذا النظام تسمية "الإحالة الداخلية"، باعتبار أنّها تتحقق عندما تُسند قاعدة الإسناد الخاصة بقاضي النزاع الاختصاص إلى قانون دولة مركّبة تتعدد داخلها الشرائع، إمّا على أساس إقليمي أو على أساس شخصي طائفي¹.

يتجمّد التعدد الإقليمي في الدول التي تنقسم إلى أقاليم أو ولايات، بحيث يكون لكل إقليم نظام قانوني خاص به، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية أو سويسرا.

أما التعدد الشخصي أو الطائفي، فيظهر في الدول التي تعرف انقساماً داخلياً على أساس الدين أو المذهب أو حتى العرق، حيث يكون لكل طائفة تشريعها المميز الذي يحكم أحوالها الشخصية، مثلما هو الحال في مصر ولبنان².

الفرع الثاني: الفارق بين الإحالة عن التفويض-الإحالة الداخلية-

يتميّز نظام الإحالة عن نظام التفويض في عدّة جوانب. ففي الإحالة، عندما تُشير قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنّ هذا القانون يثبت له الاختصاص ابتداءً، غير أنّه قد يتخلى عنه من خلال قواعد تنازع القوانين الخاصة به لفائدة قانون دولة أخرى، وقد يكون ذلك لمصلحة قانون القاضي أو

¹ حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص 218.

² محمد عماد رياض، هشام بن الشيخ، المرجع السابق، ص 73.

لمصلحة قانون أجنبي آخر.

أما في نظام التفويض، فالوضع مختلف؛ إذ إن القانون الذي أحالت إليه قواعد الإسناد الوطنية لا يتنازل عن الاختصاص المقرر له لصالح قانون دولة أخرى، بل يُمارس اختصاصه داخليًا. ويتحقق ذلك عندما يكون هذا القانون تابعًا لدولة تعرف تعددًا داخليًا في الشرائع، سواء كان تعددًا إقليميًا أو طائفيًا، فيُصار حينها إلى تحديد الشريعة الداخلية الواجب تطبيقها عن طريق قواعد الإسناد الداخلية لذلك القانون. ومن هنا جاء توصيفه أحيانًا بـ الإحالة الداخلية¹.

تم إعداد مخطط توضيحي يهدف إلى ترسيخ المعلومة لدى الطلاب وتسهيل فهم الفرق بين الإحالة والتفويض.

مقارنة بين الإحالة والتفويض



الفرع الثالث: التفويض في القانون الجزائري

قد أخذ المشرع الجزائري بنظام التفويض بمقتضى نص المادة 23 من القانون المدني التي نصت على ما يلي: "متى ظهر في الأحكام الواردة في المواد المتعلقة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون

¹ حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص219.

دولة معينة تتعدد فيها التشريعات ،فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه'.

وعليه، يتعين على القاضي الرجوع إلى قانون الدولة التي أحالت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيقه، متى كانت هذه الدولة تعرف تعددًا داخليًا في الشرائع، وذلك بغرض تحديد الشريعة أو النظام القانوني الداخلي الواجب التطبيق. و مثال ذلك ما يقع في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يحدّد القانون الداخلي الولاية المختصة بالقواعد المطبقة على النزاع.

غير أنّ الإشكال يثور في الحالة التي لا يبيّن فيها القانون الداخلي للدولة متعددة الشرائع أيّ التشريعات يجب تطبيقه عند الإحالة إليه، وهو ما فتح بابًا واسعًا للنقاش الفقهي حول كيفية معالجة مثل هذه الوضعية.

و قد أغنانا المشرع الجزائري عن الخوض في هذا الجدل الفقهي ونص صراحة في الفقرة الثانية من نص المادة 23 من القانون المدني انه اذ 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.

وحسبًا فعل المشرّع الجزائري حينما تنبّه إلى الإشكاليات التي قد تترتب عن إحالة النزاع إلى قانون دولة متعددة الشرائع، خاصة إذا خلا هذا القانون من قواعد تحدّد التشريع الداخلي الواجب التطبيق. ولم يكتف المشرّع بهذا الافتراض، بل ذهب أبعد من ذلك وافترض أيضًا حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، فوضع حلًا صريحًا لهذه المسألة. فقد نصّت المادة 23 مكرر من القانون المدني على ما يلي: **"يُطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".**

المبحث الثاني: نطاق الإحالة واثارها و الاستثناءات الواردة عليها

بعد التطرق إلى ماهية الإحالة وصورها، يبقى من الضروري الوقوف على نطاق تطبيقها، ذلك أنّ الإحالة ليست مبدأً مطلقًا يُعمل به في جميع الحالات، وإنما يقتصر تطبيقها على مجالات معينة حددها الفقه والاجتهاد القضائي. كما أنّ للأخذ بها نتائج عملية هامة، غير أنّ الإحالة، على الرغم من أهميتها في تحقيق

التناسق بين الأنظمة القانونية المختلفة، لم تسلم من بعض الاستثناءات التي تحدّ من مجال اعمالها. ومن ثمّ، فإنّ هذا المبحث سيتناول بيان نطاق الإحالة و آثارها، لنختم بدراسة الاستثناءات التي ترد عليها من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول: نطاق نظرية الإحالة واثار اعمالها

يهدف هذا المطلب إلى تحليل نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، قصد الوقوف على موقف المشرّع من نظام الإحالة: هل أخذ به فعلاً؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب، فهل اعتمد الإحالة على إطلاقها، أم اكتفى بصورة معينة منها فقط؟ وبعد ذلك، سننتقل إلى بحث الآثار القانونية المترتبة عن الأخذ بالإحالة.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من اعمال نظرية الإحالة

قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، لم يتطرّق المشرّع الجزائري إلى نظام الإحالة لا بالقبول ولا بالرفض في إطار قواعد الإسناد الوطنية، إذ لم يكن هناك أي نص صريح ينظمها. وبناءً على ذلك، إذا عُرض على القاضي الوطني نزاع ذو طابع دولي يتضمن عنصراً أجنبياً، وأشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي، كان يتعيّن عليه الرجوع مباشرة إلى القواعد الموضوعية لذلك القانون دون التوقف عند قواعد الإسناد التي يتضمنها. غير أنّ سكوت المشرّع عن مسألة الإحالة كان يضع القاضي أمام صعوبة بالغة، إذ يفرض عليه البحث في مضمون القانون الأجنبي بكامله، وهو أمر ليس باليسير. كما أنّ إلزام القاضي بتطبيق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي، حتى في الحالة التي يتنازل فيها هذا القانون عن اختصاصه -عن طريق قواعد إسناده- لفائدة قانون القاضي، كان يحرم هذا الأخير من فرصة الفصل في النزاع وفق قانونه الوطني الذي يفقه أحكامه ويُلَمّ بقواعده¹.

بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10، أدرج المشرّع المادة 23 مكرر 1 التي نصّت على ما يلي:

"إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا تُطبّق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك المتعلقة بتنازع

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص55.

القوانين من حيث المكان. غير أنه يُطبَّق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

ومن خلال تحليل هذا النص، يتبين ما يلي:

- **أولاً:** الفقرة الأولى جاءت واضحة في إقرار مبدأ عام مؤداه أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالإحالة، إذ ألزم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد الوطنية، دون أن يلتزم بالرجوع إلى قواعد الإسناد الخاصة بذلك القانون. ومعنى ذلك أن الإسناد إلى القانون الأجنبي هو إسناد موضوعي مباشر، لا إسنادًا إجماليًا يشمل قواعد التنازع فيه، باعتبار أن القاضي الوطني يلتزم بأوامر مشرعه لا بأوامر مشرع أجنبي.
- **ثانيًا:** الفقرة الثانية جاءت كاستثناء على هذا المبدأ، حيث أجازت الأخذ بالإحالة متى أعادت قواعد التنازع في القانون الأجنبي الاختصاص إلى القانون الجزائري. وبذلك يكون المشرع قد أقر صراحةً بالإحالة من الدرجة الأولى.

ثالثًا: من مجموع الفقرتين يمكن استخلاص أن المشرع الجزائري تبني موقفًا مزدوجًا: رفض ضمني للإحالة من الدرجة الثانية، وقبول صريح للإحالة من الدرجة الأولى فقط. وبناءً عليه، فإذا أحالت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانون دولة ثالثة، فإن القاضي الجزائري يظل ملزمًا بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص وفقًا للفقرة الأولى، دون الالتفات إلى إرادة مشرع أجنبي يرمي إلى تطبيق قانون أجنبي آخر.

ولغرض ترسيخ الفهم لدى الطلبة، تم إعداد مخطط بياني توضيحي يبين بصورة مبسطة موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة، وذلك في إطار تبسيط المفاهيم النظرية وتجسيدها بصياغة بيداغوجية عملية.

موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

الفقرة الأولى من المادة 23
مكرر 1 ق.م وضعت قاعدة
عامة تقضي بتطبيق القاضي
للقواعد الموضوعية للقانون
الأجنبي المختص أي رفض
الأخذ بالإحالة



الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 ق.م
استثناء يأخذ بالإحالة إذا كانت من الدرجة
الأولى أي ترد الاختصاص للقانون الجزائري

و يجدر الإشارة أنه يتعين على القاضي التأكد من الشروط التالية لإعماله الإحالة من الدرجة الأولى والتي تتمثل فيما يلي:

- أن تشير قاعده التنازع في القانون الجزائري لتطبيق قانون أجنبي.
- أن يحتوى القانون الأجنبي الذي اشارت باختصاصه قواعد الاسناد الوطنية على قواعد تنازع (قواعد اسناد).
- أن تكون قاعده الاسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي في حاله تنازع سلبي بمعنى ان يرفض كل من القانونين الاختصاص في الفصل في النزاع ذو العنصر الأجنبي.
- أن ترد قاعدة الاسناد الأجنبية الاختصاص للقانون الجزائري¹.

الفرع الثاني: نتائج تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى

يترتب عن أخذ القاضي الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى جملة من الآثار القانونية الهامة، يمكن إجمال أهمها فيما يلي

- **إعادة الاختصاص إلى القانون الوطني:** إذ تؤدي الإحالة من الدرجة الأولى إلى رجوع الاختصاص إلى القانون الجزائري، فيستعيد القاضي سلطة الفصل في النزاع وفقاً لأحكام قانونه الوطني.
- **تبسيط مهمة القاضي:** فبدل أن يُلزم القاضي بالبحث في مضمون قانون أجنبي قد يصعب إثباته، تمكنه الإحالة من الدرجة الأولى من الاحتكام إلى قواعد وطنية مألوفة يسهل عليه تطبيقها².
- **توسيع نطاق تطبيق القانون الجزائري:** إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ينسجم مع التوجه الوطني الذي يميز الأحكام العامة في القانون الدولي الخاص، إذ يسمح بتوسيع دائرة تطبيق القانون الجزائري على العلاقات ذات الطابع الدولي. ويؤدي هذا الحل إلى تعزيز دور القاضي الوطني من خلال تمكينه من تطبيق قانونه، كلما أحال القانون الأجنبي المختص على قواعد الإسناد فيه إلى قانون القاضي. و بهذا، فإن اعتماد الإحالة من الدرجة الأولى لا يقتصر على كونه مجرد آلية فنية

¹ مقدس أمينة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري-دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، جامعة جيلالي ليايس، العدد 02، المجلد 06، ص 237.

² حبار محمد، المرجع السابق، ص 82.

لحل تنازع القوانين، بل يتجاوز ذلك ليجسد بصورة أوضح مبدأ السيادة الإقليمية للقانون الوطني، ويضمن حضوراً أقوى للنظام القانوني الجزائري في مواجهة القوانين الأجنبية¹.

- **تحقيق الانسجام بين قواعد التنازع:** إذ تسمح الإحالة من الدرجة الأولى بتجاوز بعض التناقضات التي قد تفرزها قواعد الإسناد الوطنية والأجنبية، من خلال اعتماد حلّ يكرّس وحدة القانون الواجب التطبيق².
- **سهولة تنفيذ الحكم الوطني في الدولة الأجنبية التي أحالت اختصاصها إلى القانون الوطني:** إن الأخذ بنظام الإحالة يساهم في تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية ويضمن انسجامها مع الأحكام الوطنية، وذلك من خلال توحيد الحلول الموضوعية. فمتى أخذ القاضي بالإحالة، اكتسب حكم

حجية الشيء المقضي به أمام المحاكم في الدول التي تبنت نظام الإحالة. كما أن هذا الحكم يسهل تنفيذه في الدولة الأجنبية التي أحالت قواعد الإسناد فيها إلى تطبيق القانون الوطني. ويعود ذلك إلى أن أعمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي يؤدي إلى الفصل في النزاع بالطريقة نفسها التي كان سيفصل بها القاضي الأجنبي لو عُرض النزاع أمامه. ومن ثم، يضمن الحكم الوطني نفاذه في كلِّ من الدولة المحيلة والدولة المحال إليها³.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في التشريع الجزائري

بعد تحليل نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، واستنباط موقف المشرع من نظام الإحالة، يتعيّن تحديد نطاق تطبيقها. ورغم أنّ المشرع لم يضع نصّاً صريحاً يبيّن حدود هذا النطاق، إلا أنّ الرجوع إلى قواعد الإسناد الوطنية يكشف عن وجود حالات يتم فيها استبعاد الإحالة من الدرجة الأولى. وسيتم تناول هذه الحالات بالتفصيل من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: استبعاد الإحالة في المنازعات المتعلقة بال عقار

¹ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 166.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 115.

³ مقدس أمينة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري -دراسة تحليلية مقارنة-، المرجع السابق، ص 238.

تتفق غالبية قواعد الإسناد في معظم التشريعات، ومنها التشريع الجزائري، على تطبيق قانون موقع العقار في المنازعات المتعلقة بالعقارات. إذ تنص قواعد الإسناد في القانون الجزائري على خضوع العقود المتعلقة بالعقار لقانون موقعه¹، مما يستبعد بالتبعية إمكانية تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى في هذا النوع من المنازعات.

الفرع الثاني: استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز قبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية إلا إذا كان قانون الدولة المعنية غير مستمد في أحكامه من الشريعة الإسلامية². باعتبار أن قبولها قد يؤدي إلى إخضاع الأجنبي غير المسلم لأحكام الشريعة الإسلامية. وعليه، فإذا أحالت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي، ثم أعاد هذا الأخير الاختصاص إلى قانون القاضي - وهو ما يُعرف بالإحالة من الدرجة الأولى -³ فإنه يتعين على القاضي الوطني رفض هذه الإحالة، والبت في النزاع وفق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي، أي بإغفال قاعدة الإسناد فيه، وذلك احترامًا لخصوصية المتقاضي الأجنبي وديانته.

الفرع الثالث: استبعاد الأخذ بالإحالة بخصوص شكل التصرفات القانونية

يقوم هذا الاستثناء على أساس مفاده أن الرجوع إلى قواعد الإسناد الواردة في قانون الدولة التي أبرم على إقليمها التصرف القانوني، وقبول الإحالة الصادرة من قانون بلد الإبرام إلى قانون آخر، يُعد مساسًا بقاعدة خضوع الشكل لقانون مكان الإبرام. وقد يترتب على ذلك الإضرار بمصلحة المتعاقدين، لاسيما إذا كانوا مجهلون أحكام قانون الدولة التي أبرم فيها العقد⁴.

¹ المادة 18 الفقرة 4 من لقانون المدني الجزائري.

² أسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية و العلمية، الجزائر، 1989، ص 208.

³ كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، السنة الجامعية 2015-2016، ص 377.

⁴ هشام صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 117.

أخضع المشرع الجزائري شكل التصرفات القانونية لقانون المكان الذي أبرمت فيه، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون المدني. وبناءً عليه، تُستثنى هذه الحالة من نطاق تطبيق الإحالة. وقد قصد المشرع من ذلك ضمان صحة شكل التصرف متى احترمت قانون بلد الإبرام. فإذا أحالت قواعد الإسناد في قانون بلد الإبرام الاختصاص إلى قانون آخر - كما لو أحالت إلى قانون موقع العقار - وكان هذا الأخير يقضي ببطلان شكل التصرف، فإن الأخذ بهذه الإحالة يتعارض مع قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تأمين صحة التصرف، باعتبار أن إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام يُعد ضماناً أساسية لصحة هذا التصرف¹.

الفرع الرابع: استبعاد الأخذ بالإحالة في قانون إرادة المتعاقدين

منح المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة دوراً هاماً لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث نصت المادة 18 من القانون المدني في مجال الالتزامات التعاقدية على: *يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد ...*

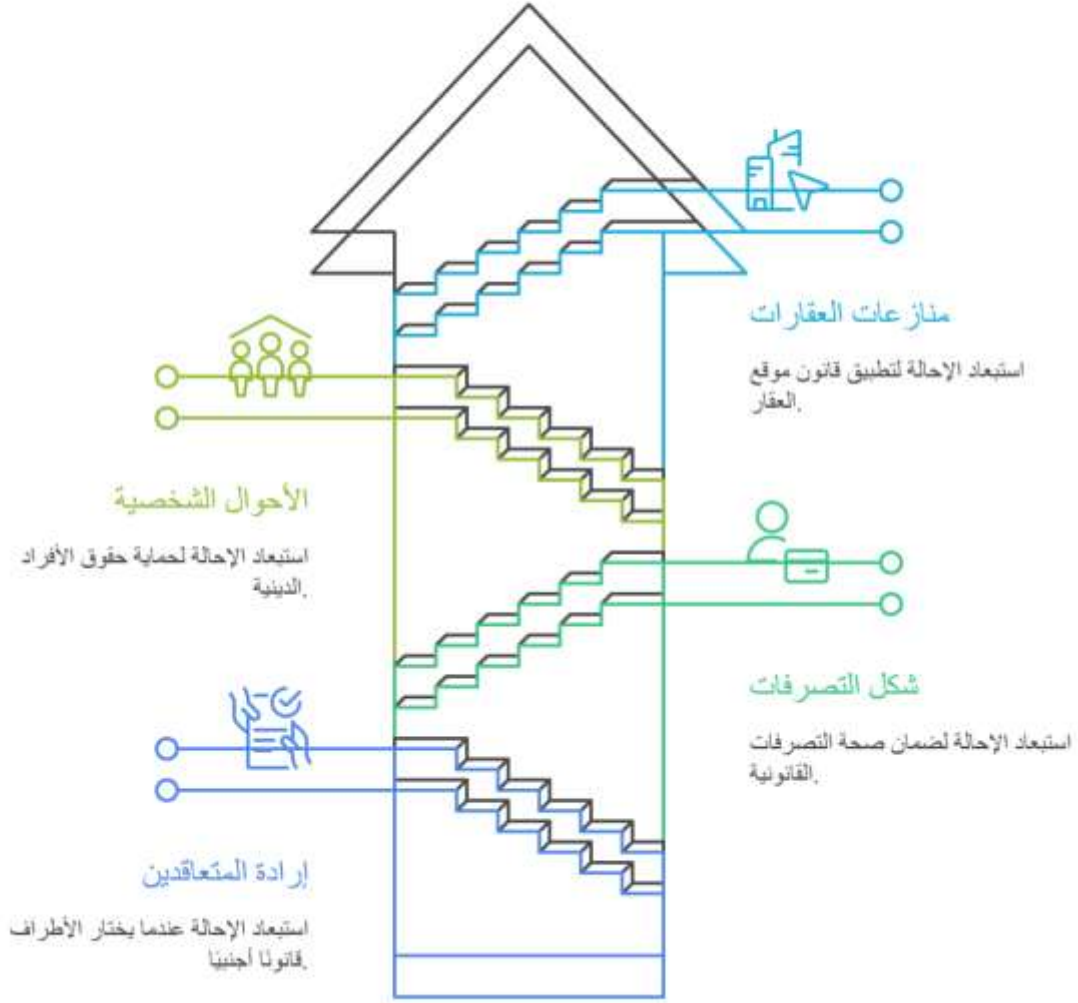
فإذا اختار المتعاقدون تطبيق قانون أجنبي معين لحكم المنازعات الناشئة عن العقد الدولي المبرم بينهم، يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يطبق مباشرة الأحكام الموضوعية لذلك القانون المختار على النزاع المطروح أمامه، دون الرجوع إلى قواعد الإسناد الواردة فيه. فلو اختار المتعاقدون القانون السويسري، فإن أعمال قواعد الإسناد في هذا القانون وقبول الإحالة إلى قانون آخر يُعد إغفالاً لضابط الإرادة الذي اتفقوا عليه. أما إذا نصّ المتعاقدون صراحة على اختيار قواعد القانون الدولي الخاص للقانون الأجنبي - أي قواعد التنازع فيه - فإن قبول الإحالة في هذه الحالة يُعد احتراماً لإرادة الأطراف وتنفيذاً لاختيارهم².

تم إعداد مخطط توضيحي يهدف إلى ترسيخ المعلومة لدى الطلاب وتسهيل فهم حالات استبعاد الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري.

¹أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص121.

²هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص116.

حالات استبعاد الإحالة في القانون الجزائري



ونخلص في ختام هذا الفصل للنتائج التالية:

- الإحالة ليست بحل نهائي للخلافات إنما هي عبارة عن حيلة ابتكرها القضاء وصلها الفقه.
- يشكل قبول الإحالة من الدرجة الأولى تطور هام في القانون الدولي الخاص الجزائري خاصة وأن نظام الإحالة من الدرجة الأولى يعتبر في صالح القانون الوطني .

- يتعين على المشرع الجزائري مراجعة نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني نظرا للتناقض الذي تحتويه وحذف الفقرة الأولى و الإبقاء على الفقرة الثانية التي تقر الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.
- كما ينبغي على مشرنا تحديد نطاق الإحالة واستبعاد تطبيقها خاصة في مجال الأحوال الشخصية لان غالبية التشريعات تستمد قانون الأحوال الشخصية من أحكام عقيدتها وديانيتها.

الخاتمة:

ختامًا، يُعدّ القانون الدولي الخاص من الركائز الأساسية في التكوين القانوني المتخصّص، كونه يعالج الإشكالات القانونية التي تنشأ عن انتهاك الأنظمة القانونية واختلاف جنسيات أطراف العلاقة أو أماكن حدوثها. فهو يوفر للطالب أدوات تحليلية لفهم تعقيدات تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، كما يمنحه تصوّرًا عمليًا للتعامل مع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، سواء تعلّق الأمر بالأفراد أو العقود أو المركز القانوني للأجانب.

ومن خلال الإحاطة بمبادئ هذا المقياس وقواعده، يتأهل الطالب قانونيًا وفكريًا للتفاعل مع قضايا الواقع المعاصر التي تتجاوز الحدود الوطنية، ويكتسب الأسس الضرورية للنجاح في ميادين القضاء، المحاماة، أو الاستشارة القانونية في بيئة دولية. لذلك، فإن استيعاب القانون الدولي الخاص ليس مجرد تحصيل أكاديمي، بل هو استثمار في بناء شخصية قانونية قادرة على مجابهة تحديات الزمن المعولم بثقة وكفاءة.

Exam Paper in Private International Law

التمرين الأول: استخرج من كل نص قانوني أدناه قواعد الاسناد_ الفئة المسندة و ضابط الاسناد .
التمرين الثاني: حدد طبيعة كل قاعدة من قواعد الاسناد الموضحة أدناه فيما اذا كانت مزدوجة أم أحادية؟

المادة 11 : (معدلة) يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين.(2)

المادة 12 : (معدلة) يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج.
ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.(3)

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

المادة 13 مكرر : (جديدة) يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.
وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.(1)

المادة 13 مكرر 1 : (جديدة) يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.
وتطبق نفس الأحكام على التبني.(2)

المادة 14 : يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها.

المادة 15 : (معدلة) يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.
غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وحيدمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر.(3)

أجب عن الأسئلة التالية ودعم اجابتك بالنصوص القانونية :

س1- حدد موقف المشرع الجزائري من مسألة التكيف.

س2- هل يقتصر تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت الى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية على تطبيق القواعد الداخلية الموضوعية أم أنه يشمل قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي المقرر اختصاصه؟ حدد موقف المشرع الجزائري .

س3- حدد الفرق بين الاحالة و الاحالة الداخلية؟

قائمة المصادر و المراجع :

1-المصادر:

-القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 26 يونيو 2005، العدد 44.

-الأمر 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27/02/2005 ،العدد 15، الصفحة 19.

2- المراجع:

الكتب :

-أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، الجزء الاول ،دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2013،

-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة، الطبعة 13،الجزائر،2013.

-جمال محمود الكردي ،تنازع القوانين ،منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر،2005.

-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن ،1997.

-حسن محمد الهداوي ،غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول، بدون ذكر التاريخ .

-حفيفة السيد حداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

-زروتى الطيب، القانون الدولى الخاص الجزائرى مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين الجزء الأول، مطبعة الكاهنة الجزائر، 2000.

-سامى بديع منصور و نصري انطوان دياب وعبد جميل غصوب، القانون الدولى الخاص ،تنازع الاختصاص التشريعى ، الجزء الاول ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ،الطبعة الاولى ،لبنان، 2009.

-عبد جميل غصوب ، دروس فى القانون الدولى الخاص ،الطبعة الاولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2008.

-عبد المنعم زمزم ،الوسيط فى القانون الدولى الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر ، 2015.

-علي علي سليمان، مذكرات فى القانون الدولى الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.

-محمد وليد المصري ، الوجيز فى شرح القانون الدولى الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسى ،الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن ، 2009.

-نسرين شريقي، سعيد بو علي، القانون الدولى الخاص الجزائرى ،الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر ، 2013 .

-هشام علي صادق ، دروس فى القانون الدولى الخاص ، الطبعة الاولى ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، لبنان ، دون ذكر التاريخ .

-هشام علي صادق وحفيظة السيد حداد، القانون الدولى الخاص الكتاب الثانى -تنازع القوانين-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1999.

-الرسائل الجامعية :

- حمزة قتال، دور القاضي فى تطبيق القانون الأجنبي فى القانون الجزائرى و المقارن ،أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2010/2011.

-عليان عدة ، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،2015.

-كمال سمية ،تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة ،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد ،السنة الجامعية 2015-2016.

المقالات:

-أيت منصور كمال،الإحالة من منظور قاعدة الاسناد الجزائرية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2017،ص11-23.

-الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة ام حل)،مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، الجزائر، المجلد الأول، العدد 25،ص.148-156.

-بلغيث عمارة ، الإحالة في القانون الجزائري ،مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية،جامعة التبسة، المجلد 1، العدد 2007، 1،ص.280-292.

-سلطان عبد الله محمود ،الدفع بالنظام العام واثره ،مجلة الرافدين للحقوق ،العدد43، 2010،ص90.

-صالح مهدي كحيط العارضي، مفهوم الإحالة بين النسبية والاطلاق واحكام الحل الوظيفي ،-دراسة مقارنة-،مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد 18،العراق ، ص241-271.

-عادل بن عبد الله ، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام ، مجلة المفكر ، العدد الثالث ، ص219.

-كيجل كمال ، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص ،مجلة الحقيقة ، العدد 42، 2018 ،ص843.

-محمد سليمان الأحمد ، التحليل المنطقي لقاعدة الاسناد ،دراسة في القانون الدولي الخاص ،مجلة جامعة تكريت ، العدد لثاني ، المجلد 16، 209، ص414.

المحاضرات :

- بن عصمان جمال ،مقياس القانون الدولي الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان
2015/2014.

-بشور فتيحة ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة اكلي محند
الحاج ، البويرة،2016-2017.

-علاء كاظم مرشدي ، محاضرة بخصوص النظام العام باعتباره مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي
،الكلية الاسلامية الجامعة ، قسم الحقوق ، العراق ، بدون ذكر التاريخ.

-علاء كاظم مرشدي ، محاضرة بخصوص النظام العام باعتباره مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي
،الكلية الاسلامية الجامعة ، قسم الحقوق ، العراق ، بدون ذكر التاريخ .

المواقع الالكترونية :

-حسام أبو حامدة الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي،بحث مقدم
لنقابة المحامين النظاميين لغايات الانتقال لسجل المحامين الأساتذة <https://www.mohamah.net> .

-<http://www.cours-de-droit.net/la-fraude-a-la-loi-en-droit-international>

-le renvoi en droit international privé, <http://www.cours-de-droit.net/le-renvoi-en-droit-international-prive->.

المراجع بالفرنسية

- Arret Munzer ,cour de cass, chambre civile 1,du 7/01/1964,publié au bulletin .

<https://www.legifrance.gouv>

- Daniel defoloville, un mot sur le procès de “la princesse de bauffremont
aujourd’hui princesse bibesco ,libraire éditeur,1878 .

-Daniel gutmann,.droit international privé ,paris dalloz.1999.

-Maximilien philonenko, Laifaire forgo-1874-1882,contrubution à l’étude des
sources du droit international privé français,1932

-Niboyet ,cour de droit internationale privé francais ,2 eme édition ,librairie de recueil sirey ,paris,1949

-Sabine robert ,l'ordre public français en matière international , la faculté de droit virtuelle et plate forme pédagogique de la faculté de droit de lyon,2007.

قائمة المحتويات

1مقدمة
6الفصل التمهيدي: الاطار المفاهيمي و النظري للقانون الدولي الخاص
6المبحث الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص
6المطلب الأول: تعريف القانون الدولي ونشأته و طبيعته
7الفرع الأول: تعريف القانون الدولي الخاص
8الفرع الثاني: نشأة القانون الدولي الخاص
10الفرع الثالث: طبيعة القانون الدولي الخاص
10أولاً-الاتجاه الأول: القانون الدولي الخاص من فروع القانون العام
10ثانياً-الاتجاه الثاني : القانون الدولي الخاص من فروع القانون الخاص

11ثانيا-الاتجاه الثالث: القانون الدولي الخاص فرع مختلط.....
11رابعا-الاتجاه الرابع: القانون الدولي الخاص فرع قانوني قائم بذاته.....
11المطلب الثاني: تمييز القانون الدولي الخاص عن القانون الدولي العام.....
13المبحث الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص وموضوعاته.....
13المطلب الاول: مصادر القانون الدولي الخاص.....
14الفرع الاول: المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص.....
15الفرع الثاني: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص.....
20المطلب الثاني: موضوعات القانون الدولي الخاص.....
20الفرع الأول: الاتجاه الأول-الاتجاه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص-.....
20الفرع الثاني: الاتجاه الثاني-الاتجاه الثنائي-.....
21الفرع الثالث: الاتجاه الثالث-الاتجاه الثلاثي-.....
21الفرع الرابع: الاتجاه الرابع-الاتجاه الموسع -.....
23الفصل الأول: قواعد الاسناد.....
24المطلب الاول: تعريف قواعد الاسناد.....
25الفرع الأول : الفئة المسندة.....
26الفرع الثاني: ضابط الاسناد.....
28أولا: الإسناد الموزع.....
28ثانيا: الاسناد التخييري.....
31الفرع الثالث: تمثيل بياني للفئات المسندة وضوابط الإسناد في قواعد الإسناد الوطنية.....
33المطلب الثاني: خصائص قواعد الاسناد.....
34الفرع الأول: قواعد وطنية.....
35الفرع الثاني : قواعد غير مباشرة.....
35الفرع الثالث: قواعد مزدوجة.....
38الفرع الرابع: قواعد محايدة.....
39الفرع الخامس: الصفة الدولية و الخاصة لقاعدة الاسناد.....

39	أولاً: الصفة الدولية لقاعدة الإسناد.....
42	ثانياً: الصفة الخاصة لقاعدة الإسناد.....
43	المطلب الثالث: الورشة التطبيقية.....
44	المبحث الثاني: اعمال قاعدة الإسناد و مدى التزام القاضي بها وإمكانية استبدالها.....
45	المطلب الأول: اعمال قاعدة الإسناد.....
49	المطلب الثاني: سلطة القاضي في اعمال أو استبدال قاعدة الإسناد.....
50	الفرع الأول : مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه الوطني.....
52	الفرع الثاني: حدود تطبيق قاعدة الإسناد في الزمن- التنازع الزمني لقواعد الإسناد-.....
53	أولاً: التنازع الانتقالي لقواعد الإسناد.....
54	ثانياً: التنازع المتحرك- تغيير ضابط الإسناد-.....
54	1-تعريف التنازع المتحرك.....
55	2-حل مشكلة التنازع المتحرك.....
55	أ-النظرية الأولى :نظرية اخضاع التنازع المتحرك لأحكام التنازع الزمني.....
57	ب-النظرية الثانية : نظرية الحقوق المكتسبة.....
58	ج-النظرية الثالثة: نظرية النفاذ الدولي للحق.....
59	د- موقف المشرع الجزائري من مسألة التنازع المتحرك.....
61	المبحث الثالث: موانع تطبيق القانون الأجنبي -بعد اشارة قواعد الاسناد الوطنية لاختصاصه-.....
62	المطلب الأول : استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام والآداب العامة.....
62	الفرع الأول: تعريف نظرية النظام العام والآداب العامة كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي.....
64	الفرع الثاني: التطور التاريخي لفكرة النظام العام.....
66	الفرع الثالث: تمييز النظام العام الدولي عن الداخلي - تمرين -.....
68	الفرع الرابع : شروط الدفع بالنظام العام.....
69	أولاً : اشارة قواعد الاسناد الوطنية لاختصاص قانون اجنبي.....
69	ثانياً: تعارض القانون الاجنبي مع النظام العام في دولة القاضي الفاصل في النزاع.....
71	المطلب الثاني : الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي.....

72	الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون
74	الفرع الثاني: شروط التحايل على القانون
74	أولاً: التغيير الارادي لضابط الاسناد-العنصر المادي-
76	ثانياً: توافر نية الغش أو التحايل نحو القانون-العنصر المعنوي-
77	ثالثاً: الشروط محل الخلاف الفقهي
82	المطلب الثالث: اثار الدفع بموانع تطبيق القانون الأجنبي
82	الفرع الأول: اثار الدفع بالنظام العام
83	أولاً : الأثر السلبي للدفع بالنظام العام-استبعاد تطبيق القانون الأجنبي-
85	ثانياً: الأثر الايجابي - حلول القانون الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد-
86	ثالثاً : الأثر المخفف للنظام العام
89	أولاً:عدم النفاذ يشمل النتيجة و الوسيلة
89	ثانياً: عدم النفاذ يقتصر على النتيجة
91	الفرع الثالث : الورشة التطبيقية
91	أولاً: التمييز بين نظريتي النظام العام و الغش نحو القانون في القانون الجزائري
92	ثانياً: قضية تطبيقية
94	الفصل الثاني :التكييف
95	المبحث الأول: الاطار النظري للتكييف
95	المطلب الأول: مفهوم التكييف
96	الفرع الأول: تعريف التكييف
98	الفرع الثاني: الأصل القضائي لنظرية التكييف
98	أولاً : قضية الزوج المحتاج
100	ثانياً: قضية وصية الهولندي
102	المطلب الثاني: القانون الذي يحكم التكييف
102	الفرع الأول: نظرية قانون القاضي (نظرية بارتان)
106	الفرع الثاني: نظرية اخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة -نظرية ديبارنيه-

107	الفرع الثالث: نظرية اخضاع التكييف للقانون المقارن- نظرية رابل-
108	أولا-تفصيل رأي رابيل.....
109	ثانيا-مزايا منهج رابيل.....
111	المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء و التشريع الجزائري
111	المطلب الأول:موقف الفقه و القضاء.....
111	الفرع الأول: موقف الفقه.....
113	الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي.....
115	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري.....
117	المطلب الثالث: ورشة تطبيقية
120	الفصل الثالث: الإحالة.....
121	المبحث الاول: أحكام الإحالة The refarell
122	المطلب الأول: مفهوم الاحالة
122	الفرع الأول: تعريف الإحالة.....
123	الفرع الثاني: نشأة نظرية الإحالة.....
125	المطلب الثاني: أنواع الإحالة
125	الفرع الأول: الإحالة من الدرجة الأولى- First class refarell -
126	الفرع الثاني: الإحالة من الدرجة الثانية- Second class referral
128	المطلب الثالث: تمييز الإحالة عن نظام التفويض أو -الإحالة الداخلية-.....
129	الفرع الأول: تعريف التفويض
129	الفرع الثاني: الفارق بين الإحالة عن التفويض-الإحالة الداخلية-.....
130	الفرع الثالث: التفويض في القانون الجزائري.....
131	المبحث الثاني: نطاق الإحالة واثارها و الاستثناءات الواردة عليها
132	المطلب الأول: نطاق نظرية الإحالة واثار اعمالها.....
132	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من اعمال نظرية الإحالة.....
134	الفرع الثاني: نتائج تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى.....

135	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في التشريع الجزائري
135	الفرع الاول: استبعاد الإحالة في المنازعات المتعلقة بالعقار
136	الفرع الثاني: استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية
136	الفرع الثالث: استبعاد الأخذ بالإحالة بخصوص شكل التصرفات القانونية
137	الفرع الرابع: استبعاد الأخذ بالإحالة في قانون إرادة المتعاقدين
139	الخاتمة
140	الامتحان النهائي
142	قائمة المصادر و المراجع