جامعة أكلي محند اولحاج ـ البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في القانون الدولي الخاص

تنازع القوانين

إعداد الأستاذة: بشور فتيحة

السنة الجامعية
2014/2013

مقدمة

إن الهجرة الكثيفة التي عرفها العالم نتج عنها تطوّر ملحوظ للعلاقات التجارية الدولية، الأمر الذي دفع بالدول إلى تسهيل تنقل الأشخاص والأموال والرساميل، مما أدّى إلى تشابك العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من مختلف الجنسيات والأقطار.

وهذه العلاقات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، الالتزامات التعاقدية، المسؤولية التقصيرية، أو غيرها من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، والتي تحمل في طياتها عنصرا أجنبيا، بحاجة إلى قواعد خاصة، و ذلك نظرا لارتباط العلاقة بدولتين أو أكثر، فلأي دولة سيكون الحق في حل النزاع الناشئ عنها؟ خاصة أنّ قواعد القانون الداخلي كقانون الأسرة، القانون التجاري و غيرهما، غير مؤهلة وغير كافية لإيجاد الحل المناسب، و هذا ما أدّى إلى ظهور قواعد القانون الدولي الخاص.

1) تعريف القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص، باعتباره فرع من فروع القانون، عبارة عن مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات بين الأشخاص، طبيعيين كانوا أو اعتباريين، والتي تدخل في نطاق القانون الخاص وتحتوي على عناصر ترتبط بأكثر من دولة.

وإذا تفحصنا مجمل التعاريف التي تناولت القانون الدولي الخاص، نجدها تتفق على كونه ينظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي. غير أنها تختلف في المواضيع التي يمكن أن يشملها التعريف توسيعا وتضييقا. فمن الفقهاء من يوسع من نطاقه ليشمل كل من تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، الجنسية، مركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية. ومنهم من يضيق منه ليحصره في موضوع تنازع القوانين لاغير. غير أن المفهوم الموسع هوالذي يكفل إيجاد الحلول للنزاعات المتعلقة بالعلاقات القانونية التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة.

لذا تتلخص مواضيع القانون الدولي الخاص فيما يلي:

- تحديد القانون الذي يحكم العلاقات بين الأفراد التي تحتوي على عنصر أجنبي، وهذا ما يدخل في نطاق تنازع القوانين.

- تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع المتعلق بالعلاقة التي تحتوي على عنصر أجنبي، و هذا ما يدخل في نطاق تنازع الاختصاص القضائي.

- تحديد قواعد منح و نزع الجنسية، و هذا هو نطاق الجنسية.

- تحديد المركز القانوني للأجنبي و حقه في اكتساب الحقوق و قدرته على تحمل الالتزامات، و هذا ما يدخل في نطاق مركز الأجانب.

2) طبيعة القانون الدولي الخاص

بناءً على التعريف السابق، فإن القانون الدولي الخاص ليس بقانون خاص، باعتبار أنّ من بين مواضيعه نجد الجنسية، والتي تتكفل الدولة بوصفها سلطة عامة بتنظيمها، و كذلك موضوع مركز الأجانب، و تنازع الاختصاص القضائي فكلها مواضيع القانون العام.

كما أنّه ليس قانون عام، إذ أنّ تنازع القوانين، والذي يعدّ أحد أهم المواضيع التي يعالجها القانون الدولي الخاص، تدخل في نطاق القانون الخاص. بالتالي نستنتج أنّ القانون الدولي الخاص ذو طبيعة مختلطة.

كما أنّ القانون الدولي الخاص ليس قانونا دوليًا، إذ أنّ مصدره مجموعة من القواعد التي يضعها المشرّع الوطني، أي أنّ مصدره هو القانون الداخلي. فإذا لم يكن القانون الدولي الخاص قانونًا دوليًا ولا قانونًا خاصًا، فمن أين أتت تسميته؟

الواقع أنّ هذه التسمية مرتبطة ارتباطا وثيقًا بموضوعه، فهو يحكم العلاقات الدولية الخاصة، مما يجعله دوليًا من حيث موضوعه وداخليًا من حيث مصدره.

3) مصادر القانون الدولي الخاص

للقانون الخاص نوعان المصادر داخلية و دولية.

أ- المصادر الرسمية

1-الاتفاقيات الدولية الدولية

وهي المعاهدات الثنائية أو المتعددة الأطراف، والتي تضع قواعد تخص الدول المنظمة لها فقط لا غير، فهي ليست معاهدات شارعه، إنّما معاهدات تعتمد على مبدأ المعاملة بالمثل. وتنظم هذه المعاهدات نوعين من المواضيع:

- معاهدات لتوحيد قواعد الإسناد.
- معاهدات لتوحيد الحلول الموضوعية المتعلقة النزاعات التي لها علاقة بالقانون الدولي الخاص.

2-التشريع

وهو المصدر الأساس والأكثر أهمية، إذ نجد قواعد القانون الدولي الخاص في التشريعات الوطنية كالقانون المدني وقانون الجنسية.

3-مبادئ القانون الدولي الخاص

هي المبادئ التي تتصف بالشيوع والثبات والاستقرار والاشتراك بين مختلف التشريعات في القانون المقارن في مسائل تنازع القوانين، فهي بالتالي مصدر خاص بتنازع القوانين دون غيره من مواضيع القانون الدولي الخاص. والذي نصت عليه م23-2 ق.م.ج التي بوجوب رجوع القاضي إليها في حال غياب نص في القانون يحل مسألة التنازع.

وقد راعى المشرع في إيراد هذا المصدر أن يكون للقضاء دور فعال يرقى إلى درجة إنشاء القواعد القانونية، بعدما كان يقتصر دوره على الكشف عنها فقط. ومرد ذلك السرعة الهائلة التي يتطور بها موضوع تنازع القوانين، حيث يصعب معه استيعاب كافة فروض التنازع بنصوص تشريعية، فكان إفساح المجال للاجتهاد القضائي، يساعده في ذلك الفقه الذي يلعب دورا هاما في الكشف عن هذه المبادئ.

ب-المصادر الاحتياطية

1-الإجتهاد القضائي

رغم ما يشمله هذا المصدر من أهمية لدى بعض الدول، و رغم مساهمته الفعالة في تشكيل قواعد القانون الدولي الخاص، إلاّ أنّ دوره تراجع أمام التشريع.

2-الفقـه

وهو يعدّ مصدرا استئناسي لا يلجأ إليه القضاء إلى عند وجود فراغ أو غموض في القانون. ويتضمن آراء الفقهاء واجتهاداتهم.

البـــاب الأوّل
تنـازع القوانين

يعتبر تنازع القوانين صلب القانون الدولي الخاص، فهو من أهم مواضيعه، وسنتناوله من حيث مفهومه و نشأته، ثمّ نتطرق إلى قواعده.

الفصل الأوّل: مفهوم تنازع القوانين ونشأته

سنخصص هذا الفصل للتعريف بتنازع القوانين وكيفية ظهور قواعده.

المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين

المطلب الأوّل: تعريف تنازع القوانين

يعرّف تنازع القوانين بأنّه تزاحم قانونين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشمل على عنصر أجنبي. بالتالي يبدو واضحا من خلال التعريف أنّه يشترط لإعمال قاعدة التنازع ما يلي:

- وجود عنصر أجنبي، مما يجعلنا أمام قانونين أو أكثر يتنازعان حل النزاع.
- عدم الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق.
- عدم الأخذ بمبدأ شخصية القوانين بشكل مطلق.
- اختلاف القواعد التي تحكم العلاقة محل النزاع من قانون إلى آخر.
- أن يكون القانون الأجنبي صادرا عن دولة تعترف بها دولة القاضي.

المطلب الثاني: نطاق تنازع القوانين

يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بين قوانين دول مختلفة، فهو لا يهتم بالتنازع الداخلي، إنّما نطاقه هو التنازع الدولي. ثمّ لا يهم إن كانت الدول معترف بها أم لا، بل المهم وجود سلطة نظامية وتشريع وعلاقة ذات عنصر أجنبي.

كما ينحصر التنازع في القانون الخاص بمختلف فروعه (مدني، تجاري...) دون القانون العام، لأنه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد والتي لا تكون الدولة طرفا فيها بصفتها سلطة عامة.

فالقانون العام مستبعد من من التنازع، لأن دور القاضي في مواضع القانون العام ينحصر في البحث عما إذا كان قانون دولته يطبق من حيث المكان، ولا يؤدي ذلك أبدا إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع، عكس المراكز القانونية التي يحكمها القانون الخاص. فلا يكفي أن يقرر القاضي مثلا أن النزاع المتعلق بحالة الشخص الأجنبي أو أهليته يخرج عن أحكام القانون الوطني، إنما عليه أن يحدد القانون المختص، أجنبيا كان أو وطنيا بمقتضى قاعدة الإسناد الموجودة في قانونه.

المبحث الثاني: نشأة تنازع القوانين

ذكرنا آنفا أنّ القانون الدولي الخاص ظهر بسبب الحاجة إلى حل نزاعات متعلقة بعلاقات قانونية ذات عنصر أجنبي، و أنّ هذه العلاقات كانت قد نشأت بسبب تنقل الأشخاص في الأقاليم والمدن، و هذا بالتحديد ما أنشأ ظاهرة تنازع القوانين.

بالتالي فإنّ تنازع القوانين عرف في المجتمعات القديمة، حيث كانت لغة العقد الذي يتم بين اليوناني والمصري هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليه، فإن كانت اللغة يونانية طبق القانون اليوناني، وإذا كانت اللغة مصرية طبق القانون المصري. أمّا المجتمع الروماني فلم يعرف تنازع القوانين إلاّ في المرحلة التي استقلت فيها الأقاليم البربرية عن بعضها البعض، فكان يطبق على الرومان القانون الروماني، و على الأجانب قانونهم الخاص بهم.

واختفى تنازع القوانين في عهد النظام الإقطاعي، إذ كان سيد الإقطاعية يفرض نظامه على مقاطعته دون منازع، إلاّ في شمال ايطاليا أين لم يعرف الإقطاع، حيث ظهرت جمهوريات صغيرة وكانت مركزًا للتجارة، فدخل التجار من مختلف المقاطعات في علاقات تجارية وتشكلت طبقة برجوازية رأسمالية تريد الإطاحة بالنظام الإقطاعي الذي يعيق الحركة التجارية. بالتالي بدأت تستقل المدن الايطالية وأصبح لكل مدينة قانونها، الأمر الذي نشأ عنه من جديد تنازع للقوانين، مما دفع الفقهاء إلى محاولة إيجاد الحلول الملائمة لمسائل التنازع فظهرت عدّة مدارس.

المطلب الأوّل: المدارس الفقهية القديمة

الفرع الأوّل: مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة

وظهرت في القرنين الثاني عشر والثالث عشر في ايطاليا، وعلى رأسها الفقيه Bartole، وهي قائمة على أساس تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة، من حيث كونها قوانين إقليمية تطبق على من يقطنون الإقليم، أم شخصية تتبع الشخص أينما ذهب، بالتالي اعتمدت على مبدئي الإقليمية والشخصية معًا. و هذه النظرية قائمة على دراسة كل حالة على حدة، دون محاولة إيجاد حلول عامة تطبق في كل زمان ومكان.

وقد جاءت هذه النظرية بفكرة الفئات المسندة، حيث قسمت القواعد إلى موضوعية تخضع لقانون المحل، و إجرائية تخضع لقانون القاضي. كما ميّز فقهاؤها بين الأحوال العينية التي يطبق عليها قانون مكان إبرام العقد، والأحوال المالية الخاضعة لقانون المحل، والأحوال الشخصية الخاضعة لقانون الجنسية، كما أخضعت هذه النظرية الجرائم جنائية كانت أومدنية لقانون مكان وقوعها.

وجاءت هذه النظرية أيضًا بفكرة النظام العام كعامل يحول دون تطبيق القانون الأجنبي، حيث ميّز أنصارها بين أحوال مستحسنة يمكن تطبيقها، وأخرى مستهجنة يتم استبعادها.

غير أنّه عيب على هذه النظرية عدم وضوح مبدئها العام، وعدم وضع قواعد مسبقة لحل مشكلة التنازع، إنّما اكتفت بوضع حلول خاصة لحالات معيّنة.

الفرع الثاني: مدرسة الأحوال الفرنسية

تزعمها الفقيهان Dargentre و Dumoulin. أمّا الأوّل فقد اعتمد مبدأ الإقليمية كأصل عام لحل مسائل التنازع ومبدأ الشخصية كاستثناء. بحيث قسّم الأحوال إلى عينية وشخصية، أخضع الأولى إلى مكان وجود العقار و الثانية لمكان الموطن، و أخضع المنقول أيضًا لمكان الموطن.

أمّا Dumoulin فقد كان من أهم إسهاماته ابتداعه لفكرة التكييف، و قد لاقت هذه النظرية نجاحًا في أوروبا، حيث أنّها اعتمدت معيار عام تبنى عليه الحلول بدلاً من التفكير في كل نزاع على حدا، و هو تطبيق مبدأ الإقليمية كأصل و مبدأ الشخصية كاستثناء و تقسيم الأحوال إلى عينية و شخصية.

غير أنّ هذه النظرية تعاني من نقص، إذ ظهرت أحوال مختلطة لها علاقة في آن واحد بالأحوال العينية و الأحوال الشخصية، عجزت عن حلّها.

الفرع الثالث: المدرسة الهولندية

ظهرت في القرن السابع عشر بزعامة Bourgundus , Bourgoigne و غيرهما، و هي تدعو إلى تطبيق القانون الوطني تجسيدا لسيادة الدولة، و أنّه لا يمكن للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي إلا على أساس فكرة المجاملة الدولية التي يقدّرها هو أو المشرّع الوطني. بالتالي تعد قواعد التنازع التي على أساسها يطبق القانون الأجنبي غير ملزمة. و قد قسمت هذه المدرسة الأحوال إلى عينية، شخصية ومختلطة، و كانت لا تميل كثيرًا إلى مبدأ شخصية القوانين.

وقد أخذ على هذه النظرية اعتمادها على فكرة المجاملة الدولية والتي لا تملك ضوابط أو حدود لمداها، فيمكن التوسيع أو التضييق من مجالها، كما لا تعترف بإلزامية قواعد التنازع.

الفرع الرابع: المدرسة الأنجلوأمريكية

وهي تميل إلى الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين كمبدأ سيادي من أجل توسيع نطاق القانون الوطني. و يرى جوزيف ستوري مؤسس فكرة مبدأ الإقليمية أنه لا يمكن للقانون أن يكون له تأثير خارج إقليمه إلاّ برضا الدول التي يطبق في إقليمها، أي رضاها بالاجتزاء من سيادتها.

إن ما يمكن ملاحظته، أنّه عدا المدرسة الإيطالية التي اعتمدت كلا من مبدئي شخصية القوانين و إقليمية القوانين، فإنّ المدارس الأخرى قد اعتمدت كأصل عام مبدأ إقليمية القوانين، الأمر الذي يحد من إعمال قواعد التنازع، مما أدى إلى ظهور المدارس الفقهية الحديثة.

المطلب الثاني: النظريات الفقهية الحديثة

ظهرت في القرن التاسع عشر و أوائل القرن العشرين، و هي نظريات بدأت بوضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقات، ويتم اللجوء إليه لإيجاد الحلول، عكس النظريات القديمة، كما اتجهت إلى الأخذ بمبادئ جديدة كمبدأ الشخصية ومبدأ العالمية.

الفرع الأوّل: المدرسة الألمانية (فقه Saveni).

انتقد Saveni فكرة المجاملة الدولية و ذهب إلى القول بأنّ الدولة تطبق القانون الأجنبي في إقليمها بناءً على التزام دولي، فالدول الأوروبية، باعتبار وحدة الديانة (المسيحية) و وحدة القانون (القانون الروماني) الذين يجمعانها، ذات تشريعات متقاربة، مما يؤدّي إلى إمكانية إيجاد قواعد

مشتركة ومقبولة بينها تساعد على تطبيق قوانين بعضها البعض، ويجعل من الحل منهجًا عالميا. وهذا ما عبّر عنه بـ " مبدأ الاشتراك القانوني".

وبعد وضع المبدأ العام لفكرة التنازع، اتّجه **Saveni** إلى البحث عن كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق، ولجأ إلى فكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية. فيكون مقر الشخص موطنه، و مقر الأموال مكان تواجدها، و مقر الالتزامات التعاقدية مكان تنفيذها، ومقر الأفعال الضارة مكان وقوعها.

غير أنّ ما يؤخذ على هذه النظرية اعتمادها على التركيز المكاني للعلاقات القانونية الأمر الذي يصعب تحديده.

الفرع الثاني: المدرسة الإيطالية الحديثة (فقه Mancini)

انطلق **Mancini** في صياغة نظريته من مبدأ القومية، حيث من حق الأفراد الذين تجمعهم مقومات العرق والدين واللغة والتقاليد أن يطبقوا قوانين مستمدة من هذه المقومات، و هذا أينما حلّوا وحيثما وجدوا، و هذا هو مبدأ شخصية القوانين. غير أنّه استثناءً يمكن تطبيق مبدأ الإقليمية فيما يتعلق بالنظام العام، الشكل الخارجي للتصرفات، و كذا ترك حرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما. كما وسعت هذه النظرية من مجال الأحوال الشخصية ليشمل المواريث و النظم المالية المقترنة بعقد الزواج.

لكن يعاب على هذه النظرية اعتمادها الكبير على مبدأ الشخصية مما يجعلها مقتصرة على الدول المصدّرة للأفراد (التي تكثر الهجرة منها) و عدم إمكانية تطبيقها عالميا. كما أنّ اتساع مجال الأحوال العينية جعل الاستثناءات تفوق الأصل فمن الأفضل أن تعدّ كلها قواعد عامة.

الفرع الثالث: المدرسة الفرنسية (فقه Pillet)

رآى الفقيه **Pillet** أنّ القانون إمّا أنّه وضع لحماية مصلحة الفرد، أو أنّه وضع لحماية مصلحة المجتمع. فإذا كنا بصدد قانون يهدف إلى حماية الفرد، فإننا نطبق القانون الشخصي لهذا الفرد (مبدأ الشخصية)، أمّا إذا كنا بصدد قانون يهدف إلى حماية المجتمع، فنطبق القانون الوطني على العلاقة مهما كان أطرافها وموضوعها (مبدأ الإقليمية)، ولأجل ذلك لا بدّ من تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، فهل تعني حق الفرد أم حق المجتمع، ثمّ نختار القانون الأكثر ملائمة لحلها.

وحسب هذه المدرسة فإنّ الحقوق التي تنشأ صحيحة في ظل قانون ما تبقى سارية في دول أخرى، طالما كان هذا الحق معترّف به في هذه الدولة وكان لا يخالف النظام العام فيها.

و قد أحدثت نظرية **Pillet** تطوّرًا هامًا في نظرية تنازع القوانين في أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين.

الفرع الرابع: نظرية Bartin

وكان متأثرًا بالفقيه **Saveni**، و قد رآى أنّ تنازع القوانين هو تنازع بين السّيادات. و قد ربط نظام القانون الواجب التطبيق على نزاع متعلق بعلاقة ما بالقسم القانوني الذي تنتمي إليه هذه العلاقة، و هو ما جعله يضع نظريته المشهورة في التكييف، و الذي يعرّف بأنّه وضع العلاقة القانونية في نظام معيّن، و مثال ذلك وضع الطلاق في فئة الأحوال الشخصية.

الفرع الخامس: نظرية Devareilles- Sammieres

رآى هذا الفقيه أنّ الميراث يخضع لقانون الموقع إذا تعلّق بعقار، وبقانون الموطن إذا تعلّق بمنقول. وقد اعتنق مبدأ الإقليمية في نظريته حيث يرى أنّ القانون شرّع ليطبق على العلاقات التي تنشأ في النطاق الإقليمي للمشرّع، و أنّه لابدّ من تطبيق القانون الفرنسي على ما يقع في فرنسا ولو رفع النزاع أمام قضاء غير فرنسي، و لا يعتبر ذلك في أي حال من الأحوال امتدادًا للقانون الفرنسي، و أنّ الحقوق التي تكتسب صحيحة في ظل قانون ما تبقى كذلك في مواجهة كل الدول.

وإذا كان الأصل لديه هو إقليمية القوانين فقد وضع الاستثناءات التالية:

- يطبق على الحالة والأهلية قانون دولة الشخص.
- يطبق على ميراث المنقول قانون الموطن الأخير للمتوفى.
- يطبق على العقد القانون الذي يختاره المتعاقدان.
- يطبق على الشكل الخارجي للتصرفات قانون محل إبرامها.

وتعتبر هذه النظريات منطلق الاتجاه الحديث في تنازع القوانين و لا يزال العمل بها حتى الآن.

الفصل الثاني: إعمال قواعد التنازع

يتطلب إعمال قواعد التنازع دراسة التكييف، الإسناد والإحالة.

المبحث الأوّل: التكييف

المطلب الأوّل: تعريف التكييف

التكييف هو تحليل المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي لتبيان طبيعتها وخصائصها، وإعطائها الوصف القانوني الملائم، لإدراجها في طائفة من الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قانون معين عليها. فالتكييف عملية أوّلية سابقة ضرورية لتحديد قواعد الإسناد التي ستحل مشكلة التنازع.

المطلب الثاني: نشأة التكييف

ظهرت مشكلة التكييف على يد الفقيه الألماني Kahn سنة 1897، غير أنّ التكييف كنظرية تمت بلورته من طرف الفقيه الفرنسي **Bartin**، وذلك بمناسبة تحليله لبعض أحكام القضاء الفرنسي، بحيث استنتج أنّ القاضي الفرنسي قام بالتكييف قبل إسناد حل النزاع إلى قانون ما، كما انه أخضع التكييف للقانون الفرنسي، و يظهر ذلك في قضيتين أساسيتين هما " ميراث المالطي"و" وصية الهولندي" و اللتان تتلخص وقائعهما على التوالي فيما يلي:

قضية ميراث المالطي

تزوّج مالطيان في جزيرة مالطا، موطنهم الأوّل، ثمّ هاجرا إلى الجزائر التي كانت آنذاك مستعمرة فرنسية خاضعة للقانون والقضاء الفرنسيين، أين تملك الزوج بعض العقارات. وعند وفاته طالبت زوجته بحقها في الميراث وفقا لما هو معترف به في القانون المالطي بما يعرف باسم "ربع الزوج الفقير"، فرفض باقي الورثة ذلك، فقامت الزوجة برفع القضية أمام القضاء الفرنسي معتمدة على القانون المالطي أين كان نظام الأموال يدخل في طائفة الأحوال الشخصية، والتي يطبق عليها قانون الجنسية أي القانون المالطي. لكن القضاء الفرنسي رفض طلبات الزوجة باعتبار أنّ فكرة الميراث في القانون الفرنسي من الأحوال العينية تخضع لقانون موقع العقار، و بالتالي يطبق القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بمثل هذا الحق.

قضية وصية الهولندي

تتمثل وقائع هذه القضية في أنّ شخصا هولنديًا حرر وصية في فرنسا وفقًا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، أي بخطّ يده. فثار نزاع بعد وفاته بين ورثته بشأن صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي، على أساس أنّ القانون الهولندي في المادة 992 من القانون المدني يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى و لو كانوا خارج هولندا. وبالتالي فالقانون الهولندي يعتبر المسألة متعلقة بالأهلية ،لأنّ الهدف من اشتراط الرسمية هو حماية إرادة الموصي، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي.

غير أنّ المحاكم الفرنسية قضت بأنّ النّزاع متعلق بشكل الوصية، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون المحل، أي القانون الفرنسي، والذي يجيز الوصية المحرّرة في شكل عرفي.

و نشير إلى أنّه في كلا القضيتين يختلف التكييف من قانون إلى آخر، و أنّ تحديد القانون الذي يخضع له التكييف يتبيّن من خلال الجهة القضائية التي رُفِعَ إليها النزاع، أي أنّ التكييف خضع لقانون القاضي، وانطلاقا من ذلك ظهرت نظرية التكييف.

المطلب الثالث: محل التكييف

يرى فريق من الفقهاء أن التكييف ينصب على عنصر القانون، والذي يتمثل في النص القانوني أو القاعدة القانونية الموضوعية التي يتم تأسيس ادعاء الخصم عليها وطلبه وفقا لها – كمطالبة زوجة المالطي بنصيبها وفقا للقاعدة الموضوعية الواردة في القانون المالطي –. فيقوم القاضي بناء على هذا الاتجاه بتكييف القاعدة القانونية الموضوعية.

ويرى الفريق الثاني بأن التكييف ينصب على عنصر الواقع وليس القانون، فهو إعطاء المركز الواقعي المتنازع بشأنه الطابع القانوني الذي يدخله في طائفة معينة من طوائف الإسناد في قانون القاضي.

أما الفريق الثالث فهو يرى بأن التكييف ينصب على العنصرين معا، القانوني والواقعي. أي أنه ينصب على المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي.

المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على التكييف

الفرع الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي(نظرية Bartin)

رأى **Bartin** صاحب نظرية التكييف وجوب خضوعه لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع، حيث يحدد طبيعة هذا الأخير حسب قانونه، و يرجع ذلك إلى سببين أساسيين:

1. أن قواعد التنازع قواعد وطنية، فكل قاضي يطبق قواعد وطنه، و بما أنّ التكييف من قواعد التنازع فيجب أن يخضع لقانون دولة القاضي.
2. أنّ التكييف سابق على الإسناد إلى القانون الأجنبي، بالتالي لا يمكن خضوع التكييف للقانون الأجنبي لأننا لا نعرفه بعد، فالأفضل إذن إخضاعه لقانون القاضي.

وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي والكثير من التشريعات، سيما المشرّع الجزائري الذي نصّ في المادة 9 من القانون المدني على أن: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

غير أنّه استثناءً على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي فإنّ تكييف المال من حيث كونه عقارًا أو منقولاً، يخضع لقانون موقع المال، كما أنّ تكييف الفعل الضار على أنّه جريمة أو لا يخضع لقانون مكان وقوعه، وهو نفسه القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وقد أخذ المشرَع الجزائري بالاستثناء المتعلق بتكييف المال من حيث كونه عقار أو منقول وأخضعه حسب م17/[1] ق.م.ج لقانون موقعه. أما تكييف الفعل الضار من حيث كونه مشروعا أم لا، فقد أخضعه حسب م 20/[2] ق.م.ج إلى كل من القانون الجزائري وقانون مكان وقوع الفعل الضار.

الفرع الثاني: خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق

يرى أصحاب هذا الاتجاه إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع لأنه ليس من المنطق أن يخضع حل النزاع لقانون بينما يخضع تكييفه لقانون آخر. غير أنّ المشكلة هي أننا لا يمكن أن نتعرف على القانون الواجب التطبيق إلى بعد الإسناد، والذي لا يتم إلاّ بعد التكييف، إذن فذلك مستحيل عمليًا، إلاّ إذا تعلق الأمر بالمال أو الفعل.

الفرع الثالث: النظرية الحديثة في التكييف

يتزعمها Batiffol وLagarde، وتتجه إلى إخضاع التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام، مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص المفترض التطبيق، في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معينا يتمسك به الخصم أمامه. كما يستأنس القاضي بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية، حتى لايتم تشويهها.

غير أن المشرع الجزائري تمسك بنظرية Bartin كما رأينا، ولم يساير هذا التوجه الحديث، رغم تعديله للنصوص القانونية المتعلقة بتنازع القوانين، وما كان عليه سوى إضافة كلمة "الرئيسي" للماد التاسعة من القانون المدني حينما يقول: "...يكون القانون الجزائري هو المرجع "الرئيسي" في التكييف...". وبهذه الإضافة سيكون بالإمكان التوسع في التكييف ليشمل القانون الأجنبي المفترض التطبيق، وكذا القانون المقارن في الفروض التي لايعرف فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معينا، ما يجعلنا نتفادى تشويه العلاقة القانونية.

المبحث الثاني: الإسناد ونظرية الإحالة

بعد تكييف موضوع النزاع يتم إسناد حله إلى قانون معين وذلك وفق ما تنص عليه قواعد الإسناد. وتتمثل أهمية قواعد الإسناد هذه في كونها تشكل الآلية الأساسية التي عن طريقها تحل مشكلة تنازع القوانين، عندما تتزاحم القوانين لحكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي. فبواسطتها يحدد القانون الأكثر تحقيقا للعدالة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم هذا النزاع.

المطلب الأول: الإسناد

الفرع الأول: تعريف قواعد الإسناد

تعرّف قواعد الإسناد بأنّها تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، فهدفها هو إختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقا للعدالة، من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة القانونية.

وتكون قواعد الإسناد فردية أو ازدواجية، فهي فردية إذا اقتصرت على تحديد الحالات التي يكون فيها القانون الوطني مختصًا، وهي ازدواجية إذا حددت الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي مختصًا، و الحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو المختص.

الفرع الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

لقاعدة الإسناد 3 عناصر:

موضوع الإسناد: وهو الواقعة القانونية أو المسألة القانونية محل النزاع، والتي يكيّفها القاضي على أنّها من مواضيع الأحوال الشخصية، الأحوال العينية، الالتزامات التعاقدية، أو الالتزامات غير التعاقدية أو غيرها من مواضيع تنازع القوانين.

- **ضابط الإسناد:** و هو المعيار الذي يتخذه المشرّع ليحدد القانون الواجب التطبيق. ويعتبر ضابطا للإسناد: الجنسية، مكان إجراء التصرّف، موقع المال...الخ.

- **القانون المسند إليه:** و هو القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد، و الذي يتوصل إليه القاضي بفضل ضابط الإسناد.

غير أنّ قواعد الإسناد تختلف من دولة إلى أخرى لأنها قواعد وطنية من حيث المصدر، فاختلاف مضمونها وارد، فأحكام الميراث مثلاً ليست من الأحوال الشخصية في كل دول العالم، وهذا سيؤدي إلى اختلاف في قواعد الإسناد، الأمر الذي سيخلق اختلافًا في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقضية الواحدة، حيث يتنازع الموضوع الواحد قانونين كلاهما يقرّ باختصاصه، وهذا هو التنازع الإيجابي. كما قد يتهرب كل قانون من حل النزاع، فيكون التنازع سلبي، إذ يحيلنا كل قانون إلى آخر لحل النزاع.

أ) التنازع الإيجابي

يظهر عندما تجعل قاعدة الإسناد في كل من قانون القاضي (الذي يصطلح على تسميته القانون الوطني) والقانون الأجنبي، الاختصاص لهذا القانون، مثال ذلك: النزاع متعلق بأهلية جزائري مقيم في إنجلترا.

إذا عرض النزاع أمام القضاء الجزائري فإنّ القاضي الجزائري سيطبق القانون الوطني له لأنّ المادة 10 من قانون المدني الجزائري، و هي قاعدة الإسناد فيما يخص الأهلية تنص على أنه يطبق القانون الجزائريين فيما يخص الأهلية، أما إذا عرض النزاع على القضاء الإنجليزي فالقاضي الإنجليزي سيطبق القانون الإنجليزي، لأنّ قاعدة الإسناد لديه تنص على تطبيق قانون الموطن.

والإشكال هنا غير مطروح لأنّ القانون الو اجب التطبيق سيتحدد بحسب الجهة التي سيرفع إليها النزاع.

ب) التنازع السلبي

ويكون عندما تجعل قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني و الأجنبي الاختصاص للقانون الآخر.

مثال: أن يبرم عقد بيع عقار موجود في انجلترا أمام موثق جزائري، ثمّ ثار النزاع حول صحة العقد.

فإذا رفع النزاع أمام القضاء الجزائري، أسند القاضي الجزائري وفقا للمادة 2/18 النزاع إلى القانون و هو الأجنبي، و هو القانون الإنجليزي في هذه القضية، غير أنّ قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي تنص على أنّ النزاع من اختصاص قانون مكان إبرام العقد أي القانون الوطني و هو القانون الجزائري في هذه القضية.

والأمر نفسه يحدث إذا عرض النزاع أمام القضاء الإنجليزي، إذ أنه يسند النزاع إلى القانون الجزائري (مكان إبرام العقد) الذي تحيل فيع قواعد الإسناد إلى القانون الإنجليزي (قانون موقع العقار).

فالنتيجة أنّ قواعد التنازع في كلا الدولتين تجعل الاختصاص للدولة الأجنبية، و هذا ما يسمي بالإحالة، و بالتالي لا تظهر الإحالة إلاّ في حالة التنازع السلبي دون الإيجابي.

المطلب الثاني: نظرية الإحالة

الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي بمثابة القانون الواجب التطبيق، و قد ظهرت نظرية الإحالة بمناسبة قضية **FORGO**، حيث طرح سؤال مهم، ألا و هو: إذا حدّد القاضي قانونًا أجنبيًا باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهل نطبق منه قواعده الموضوعية فقط، أو نطبق أيضًا قواعد التنازع فيه مما قد يقودنا إلى الإحالة؟

الفرع الأول: نشأة نظرية الإحالة

أجاب القضاء الفرنسي على هذا التساؤل في قضية **Forgo** و التي تتلخص وقائعها فيمايلي:

كان **Forgo** ولد غير شرعي ولد في أوائل القرن التاسع عشر بإقليم بافاريا، و نزحت به أمه و هو طفل في الخامسة من العمر إلى فرنسا و أقاما هناك إقامة فعلية دون اتخاذ موطن قانوني بها، حيث كان القانون الفرنسي يقتضي يومئذ الحصول على تصريح بالتوطن القانوني و هما لم يحصلا على هذا التصريح، و عندما شبّ **Forgo** تزوّج من فرنسية ثرية ماتتو تركت له ثروة منقولة طائلة، و

في الثامنة و الستين من العمر توفي **Forgo** عن ثروة منقولة دون ورثة مباشرين أي دون أولاد، آباء، أو إخوة. و قد كان القانون الفرنسي آنذاك لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلاّ لأبويه و إخوته فقط، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة باعتبارها تركة بلا وارث.

فطالب الحواشي من عائلة **Ditchl** أقارب أمّه بالميراث مستندين في طلبهم إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي، فقضت محكمة الاستئناف برفض طلبهم في 1874/03/11 مستندة إلى أنّ **Forgo** كان متوطنا في فرنسا و بالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته المنقولة القانون الفرنسي والذي يقضي بحرمان غير أبوي وإخوة الولد غير الشرعي من ميراثه. فرفع الورثة طعنا في الحكم لدى محكمة النقض الفرنسية، فنقضت الحكم في 1875/05/05 على أساس أنّه مخطئ في اعتبار **Forgo** متوطنا في فرنسا لأنّه لم يحصل على ترخيص بالتوطن فيها ويكون موطنه القانوني حينئذ بافاريا وبالتالي يطبق عليه القانون البافاري.

وأحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بوردو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورّث هؤلاء الحواشي، فطعنت مصلحة الأملاك في هذا الحكم على أساس أنّ قواعد التنازع في القانون البافاري تطبق على ميراث المنقول قانون الموطن الفعلي، فقضت محكمة النقض في 1878/06/24 بنقضه لأنّه طبق القانون البافاري في قواعده الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، و هي تحيل ميراث المتوفى إلى قانون موطنه الفعلي، و هو هنا القانون الفرنسي، و أحيلت القضية من جديد إلى محكمة تولوز، وقضت في 1880/05/22 بما رأته محكمة النقض. فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنّه طبق قواعد التنازع في القانون البفري دون قواعده الموضوعية، فرفضت محكمة النقض هذا الطعن في 1882/02/22، و هكذا قبلت محكمة النقض إحالة القانون البفري على القانون الفرنسي دون أن تصرّح بأنها إحالة، و توالت أحكام القضاء الفرنسي في الأخذ بالإحالة.

فالإحالة إذن تقتضي أنّ تطبيق القانون الأجنبي، الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد في قانون القاضي، ليس متعلق بقواعده الموضوعية فحسب، إنّما يشمل أيضًا قواعد الإسناد التي ينص عليها. أي أنّ أوّل ما يطلع عليه القاضي الذي عرض عليه النزاع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق هو قواعد التنازع، ليتأكد إن كان هذا القانون يقبل الاختصاص أو يرفضه، فإذا رفضه فإننا نكون أمام إحالة و التي لها صورتان:

- **الإحالة مكن الدرجة الأولى**: و صورتها عندما ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه النزاع، حل هذا النزاع، و تحيله إلى قانون القاضي، كما حدث في قضية **FORGO** .

- **الإحالة من الدرجة الثانية**: و صورتها أن ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي حل النزاع، لكنها لا تحليه إلى قانون القاضي و لكن إلى قانون أجنبي آخر.

و لقد حاول مناصري الإحالة الدفاع عنها في مواجهة معارضها، معتمدين على الحجج التالية:

حجج مناصري الإحالة

ينطلق مناصري الإحالة من القول بأنّ القانون الأجنبي الذي اختارته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، لا يطبق منه القواعد الموضوعية فحسب، بل حتى قواعد الإسناد فيه، لتكشف عما إذا كان القانون الأجنبي نفسه يسند حل النزاع إلى قواعده الموضوعية أم إلى قواعد قانون أجنبي آخر .

و لقد استند هذا الجانب من الفقه إلى الحجج التالية:

- أنّ القانون الأجنبي كلٌّ لا يتجزّأ، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه فيطبق كلّه، وعدم الأخذ بهذا الرأي سيؤدي تطبيق القانون الأجنبي، بينما لا يمنحه مشرّعه هذا الاختصاص، و في هذا تحدّ لإرادة المشرّع الأجنبي.

- يترتب على الأخذ بالإحالة أن يكون الحكم الذي سيصدره القاضي المعروض عليه النزاع مماثلا للحكم الذي سيصدره القاضي الأجنبي و عرض عليه النزاع، لأنّ كلاهما سيعمل بقواعد الإسناد الموجودة في قانون القاضي الأجنبي، مما يسهل تنفيذه في البلد الذي طبق قانونه، و سميت هذه الحجة بحجة تعميم الحلول.

- أنّ الإحالة عادة ما تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي، فيسهل عليه حل النزاع لأنه يعرف قانونه أكثر من غيره.

حجج رافضي الإحالة

يذهب الفقه الرافض للإحالة إلى القول بأن إسناد حل النزاع إلى قانون أجنبي يخص القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد.

و قد استندوا في وجهتهم هذه إلى ما يلي:

- إذا كان القانون الأجنبي كلّ لا يتجزّأ فالقانون الوطني للقاضي كذلك، فلماذا نطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد لقانون القاضي، كما أنّ لقواعد الإسناد دور محدد تتوقف عنده و هو اختيار أكثر القوانين ملائمة للحكم في المسألة المعروضة على القاضي الوطني.

- تطبيق الإحالة سيجعل كل من القانون الوطني و القانون الأجنبي محيلا لحل النزاع إلى الآخر، مما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة.

- القول بأنّ الإحالة ستؤدي إلى تنسيق في الحلول يفترض أنّ تأخذ كل الدول بالإحالة، بينما هناك تشريعات ترفض الإحالة (قانون الإيطالي).

- كما أنّ القول بأنّ الإحالة من شأنها تسهيل تنفيذ الأحكام، يفترض أنّ الحكم سينفّذ في الدولة التي ضيق قانونها الأجنبي على القضية بما فيه من قواعد تنازع، و هذا ليس صحيح دائمًا إذ قد ينفّذ في دولة أخرى، و في هذه الحالة يجب ألاّ يكون الحكم المراد تنفيذه مخالف لقواعد الإسناد في

دولة القاضي، مما يعني أنّه إذا كانت الدولة التي سيطبق فيها الحكم لا تأخذ بالإحالة، فستعتبر أن القاضي المصدر للحكم قد خالف قواعد التنازع مما يجعل الحكم معيب بالتالي غير قابل للتنفيذ.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للإحالة

و تجنبًا لهذه الإنتقادات حاول الفقه إيجاد أسس يتم الاعتماد عليها لقبول الإحالة وتبريرها، نذكر أهمها فيما يلي.

1)- نظرية التفويض كأساس لقبول الإحالة

مفادها أنّه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي، فإنّها تفوّضه لحل النزاع تفويضًا عامًا، على نحو يتعيّن معه تطبيق هذا القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ، فيكون تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي استنادًا إلى أوامر المشرّع الوطني، لا تحد لإرادته.

لكن هذه النظرية تتسم بأنها قائمة على إفتراض لو يثبت بعد،ن و هو التفويض، فهو محض خيال.

2)- نظرية الإسناد الإحتياطي كأساس لقبول الإحالة

ذهب الأستاذ Lerebours – Pigeonniére إلى أنّ قواعد الإسناد في قانون القاضي نوعان، قاعدة إسناد أصلية و أخرى إحتياطية:

فإذا أسندت قاعدة الإسناد الأصلية حل النزاع إلى قانون أجنبي، رفض الاختصاص بناءًا على قواعد تنازعه، فلا يطبق القاضي القانون الأجنبي بتاتًا، إنّما يرجع إلى قاعدة الإسناد الإحتياطية التي تستند حل النزاع إلى قانون القاضي، فلا يكون تطبيق القانون الوطني بناءًا إلى إسناد قاعدة أجنبية، إنّما من قاعدة وطنية.

لكن ما يؤخذ على هذه النظرية أنّه لا يوجد أيّ دليل على أنّ المشرّع يأخذ دائمًا بقاعدة إسناد إحتياطية إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية.

3)- نظرية الإقليمية كأساس لقبول الإحالة

ينطلق الفقيه Niboyer من مبدأ أنّه لا يجب أن نفرض على القانون الأجنبي إختصاصًا لا يرضاه لنفسه بمقتضى قواعده الخاصة بتنازع القوانين، بالتالي يطبق القاضي قانونه بناءًا على مبدأ إقليمية القوانين، ذلك أنّ رفض القانون الأجنبي للإختصاص، يجعل النزاع مفتقر لقانون يحله، و بما أنّه لابدّ من إخضاعه لقانون ما، فيكون قانون القاضي هو الأنسب لذلك بوصفه صاحب الإختصاص بالنسبة لكل النزاعات التي تثور على إقليميه.

غير أنّ هذه النظرية تجعل التضييق دائمًا خاص بقانون القاضي و هذا غير صحيح إذ قد يعترف تشريع ما بالإختصاص بالعلاقة محل النزاع، فلما ذا يكون القانون الوطني للقاضيهو المطبق و ليس هذا التشريع الآخر.

4)- قبول أو رفض الإحالة في ظل الغاية من قاعدة الإسناد و وظيفتها

مفاد هذه النظرية هو أنّ الأخذ بالإحالة أو رفضها لا يكون بناءًا على إعتبارات نظرية بحتة مسبقة، إنّما يتم بالنظر إلى الغاية التي من وراءها وضع قاعدة الإسناد، فلا يحدد الأخذ بالإحالة من عدم إلاّ القاضي المعروض عليه النزاع، فهو قد يأخذ بالإحالة، إذ كانت قاعدة الإسناد تهدف إلى رد الإختصاص إلى القاضي الوطني، و لا يأخذ بالإحالة في الحالة العكسية.

الفرع الثالث:موقف المشرّع الجزائري من الإحالة

تنص المادة 23 مكرر/[1] على ما يلي: "إذا تقرّر أنّ قانونًا أجنبيًا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنّه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص".

نستنتج من هذه المادة أنّ المشرّع يرفض الإحالة كمبدأ عام، حيث يفرض على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع فيه، إلا إذا أحالت هذه الأخيرة إلى القانون الجزائري، ففي هذخ الحالة يتم قبول الإحالة. أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استثناء، ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، أي عندما يحيل القانون الأجنبي إلى قانون أجنبي آخر، وفي هذه الحالة يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الجزائرية، على الرغم من قواعده الإسنادية رفضت الاختصاص، وأحالته إلى قانون آخر.