جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

السنة الثالثة شريعة وقانون

دروس في مقياس القانون الدولي الخاص

دروس موجهة لطلبة السنة الثالثة شريعة وقانون

السداسي السادس

من إعداد:

د/ قديري محمد توفيق

أستاذ متعاقد في قسم العلوم الإسلامية

وأستاذ محاضر ب، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تيارت

السنة الجامعية 2020/2019

تمهيد:

القانون هو تلك القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأشخاص وعلاقاتهم في المجتمع وتكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء. ويخضع للقانون كل سكان الدولة ويطبق على كافة إقليمها.

والأصل في تطبيق قانون الدولة هو الإقليمية، أي أن قانون الدولة يطبق على كل ما يقع داخل إقليمها من وقائع قانونية بغض النظر عن جنسية أشخاصها أو موطنهم، وهو ما يعني أنّ الدولة لا يمكنها أن تطبق قوانينها على مواطنيها خارج إقليمها. واستثناء من هذا المبدأ ظهر مبدأ شخصية القوانين ومقتضاه أن قوانين الدولة تطبق على مواطنيها في أي دولة كانوا. وقد أخذت الجزائر بمبدأ الإقليمية كأصل وبمبدأ الشخصية كاستثناء.

ومن حيث الأصل لا تثور أية مشكلة حين يكون أطراف العلاقة القانونية جزائريين ومكان نشوء العلاقة القانونية في الجزائر وموضوع العلاقة أو محلها موجودا في الجزائر. لأن القانون المطبق في هذه الحالة هو القانون الجزائري. ولكن إذا كان أحد هذه العناصر الثلاثة (الأطراف/المكان/ المحل) غير جزائري، يثار التساؤل عن القانون واجب التطبيق على القانونية التي نشأت وعن المحكمة التي من شأنها أن تفصل في النزاع الناشئ عن هذه العلاقة القانونية.

والقواعد القانونية التي تتناول العلاقات القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا هي ما اصطلح على تسميتها بالقانون الدولي الخاص ونتطرق في هذا التمهيد إلى مجموعة من المسائل حتى نحدد مفهوم القانون الدولي الخاص، وذلك من خلال تعريفه ثم التطرق لموضوعاته وطبيعته ثم علاقته بالقوانين الأخرى والمصادر التي يستمد منها قواعده لنبين أخيرا محاور المقياس وعناصره.

1- تعريف القانون الدولي الخاص: وضع فقهاء القانون عدة تعريفات للقانون الدولي الخاص واختلفت حسب نظرة كل اتجاه، بين موسع ومضيق لنطاق الموضوعات التي يتناولها القانون الدولي الخاص، حيث نجد بعضهم يعرفه بأنه:(مجموعة القواعد القانونية التي تبين القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنسبة للعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي). بينما عرفه آخرون بأنه:(مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة تنازع القوانين ومسألة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن وتبين كيفية تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية الأجنبية).

2- موضوع القانون الدولي الخاص: من خلال التعريفين السابقين، يظهر لنا أن المواضيع التي يعالجها القانون الدولي الخاص من حيث الأصل هي القواعد المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي والقواعد المتعلقة بتحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع الناشئ عن علاقة ذات العنصر الأجنبي. وهذه القواعد تجمعهما تسمية (قواعد التنازع)، فالأولى تنازع القوانين والثانية تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وكلاهما يشكلان المواضيع التقليدية للقانون الدولي الخاص أي المفهوم الضيق للقانون الدولي الخاص.

وإضافة إلى هذين الموضوعين، يضيف فقهاء القانون كلا من موضوع الجنسية والموطن ووضعية الأجانب وتنفيذ السندات الأجنبية، وذلك لأن الجنسية هي علاقة الفرد بالدولة وبموجب قانون الجنسية تحدد صفتا المواطن والأجنبي، ووضعية الأجانب تحدد القواعد المتعلقة بالتعامل مع غير المواطنين من حيث دخولهم وخروجهم وشروط إقامتهم في الدولة، وتنفيذ السندات الأجنبية يخص آثار العلاقات القانونية التي تمت في الخارج وتنفذ داخل الوطن، وهي كلها تدخل ضمن إطار المفهوم الموسع للقانون الدولي الخاص.

3- طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص: نقصد بذلك أن نعرف هل قواعد القانون الدولي الخاص تدخل ضمن فروع القانون العام أم ضمن فروع القانون الخاص، وأيضا هل هي قواعد موضوعية أو قواعد شكلية.

من الناحية الأولى؛ فإن فقهاء القانون انقسموا على قولين؛ الأول يرى أن القانون الدولي الخاص يندرج ضمن فروع القانون العام باعتبار أن مواضيعه تتصل بسيادة الدولة، أما القول الثاني فيرى أن القانون الدولي الخاص من فروع القانون الخاص لأن قواعده تنظم العلاقات الخاصة بين أشخاص القانون الخاص التي تتضمن العنصر الأجنبي ولا تظهر فيه الدولة كسلطة ولو كانت طرفا في العلاقة القانونية فإنها لن تظهر فيها بصفة صاحبة سلطة وسيادة. وقد رجح الفقه القانوني القول الثاني مع تحفظات عديدة؛ لأنه إذا كانت قواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ السندات الأجنبية تتصل فعلا بعلاقات قانونية خاصة تتصل بحقوق أشخاص القانون الخاص، فإن القواعد المتعلقة بوضعية الأجانب والجنسية تظهر فيهما الدولة بصفة صاحبة سلطة وسيادة. من أجل ذلك ظهر رأي ثالث في الفقه يرى أن القانون الدولي الخاص ذو طبيعة المختلطة.

من الناحية الثانية؛ فإن فقهاء القانون حين يأتون لتصنيف قواعد القانون الدولي الخاص بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية، فإنهم يفرقون بين قواعد التنازع(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) وهي قواعد شكلية بحتة لأن دورها يقتصر على إرشاد القاضي وأطراف العلاقة القانونية إلى المحكمة المختصة وإلى القانون واجب التطبيق ولا تتطرق إلى حل موضوع النزاع. أما قانون الجنسية والقانون المتعلق بوضعية الأجانب فهما يحتويان على قواعد موضوعية تحدد المراكز القانونية والحقوق والواجبات المرتبطة بها.

4- علاقة القانون الدولي الخاص ببقية القوانين: يطرح التساؤل عادة هل للقانون الدولي الخاص علاقة بالقانون الدولي العام وفروع القانون العام وفروع القانون الخاص:

4-1- القانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام: يتميز القانون الدولي الخاص عن القانون الدولي العام من حيث طبيعة العلاقات القانونية التي يحكمها كل منهما؛ فالقانون الدولي الخاص يطبق على العلاقات القانونية بين أشخاص القانون الخاص أما القانون الدولي العام فيخص العلاقات بين أشخاص القانون الدولي أي الدول والمنظمات الدولية. إضافة إلى أن القانون الدولي الخاص هو قانون وطني داخلي أما القانون الدولي العام فهو قانون خارجي.

ولكن ذلك لا ينفي تقاطع القانونين في اعتبار الاتفاقيات الدولية والمعاهدات والعرف الدولي والفقه والقضاء الدوليين مصادر لقواعدهما مع اختلاف في ترتيبها ضمن قائمة مصادر كلا من القانونين.

4-2- علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون الخاص: من حيث الظاهر فإن القانون الدولي الخاص لا تربطه علاقة بهذه القوانين لأن قواعده في مفهومها الضيق قواعد إسناد تبين القانون واجب التطبيق أو المحكمة المختصة بينما تنظم فروع القانون الخاص الجوانب الموضوعية في مجالات مختلفة مدنية وتجارية وأسرية..الخ، ولكن ذلك لا ينفي وجود ارتباط بين قواعد القانون الدولي الخاص وفروع القانون الخاص وذلك من ناحيتين؛ الأولى تتمثل في وضع أحكام تنازع القوانين في القانون المدني وتضمن بعض القوانين مثل القانون البحري وقانون الحالة المدنية لنصوص تحدد القانون واجب التطبيق أو المحكمة المختصة في بعض القضايا التي تتضمن عنصرا أجنبيا. أما الناحية الثانية فتتمثل في أن قواعد القانون الدولي الخاص تحيل القاضي إلى القوانين الداخلية لدولة ما لحل النزاع وهو ما جعل فقهاء القانون يصفون قواعد القانون الدولي الخاص بأنها بمثابة مركز إعلام وتوجيه أو موزع هاتفي.

4-3- علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون العام: تظهر العلاقة بين القانون الدولي الخاص وفروع القانون العام من عدة نواح؛ فقانون العقوبات مثلا ينص على مجموعة من الجرائم التي يكون لجنسية مرتكبها دور في تكييف الجريمة أو مقدار العقوبة (مثلا المواد 61-62-63 من قانون العقوبات الجزائري)، كما تظهر علاقة قواعد القانون الدولي الخاص بالقانون الدستوري وفروعه كقانون الانتخابات والقانون المتعلق ببعض المناصب التي تشترط الجنسية الجزائرية الأصلية. حيث تظهر هنا أهمية قواعد الجنسية وتحديد جنسية الأشخاص قبل تطبيق القانون عليهم. ناهيك عن العلاقة الوثيقة بين قواعد القانون الدولي الخاص والقانون الإداري من خلال تنظيم وضعية الأجانب لأن الإدارة المركزية واللامركزية هي من تتعامل مع ملفات الأجانب وتسهر على متابعتهم وحسن تطبيق القانون في مواجهتهم.

5- مصادر القانون الدولي الخاص: يستمد القانون الدولي الخاص قواعده القانونية من مجموعة من المصادر الخارجية والداخلية يرتبها فقهاء القانون حسب قوتها الإلزامية وفق الترتيب التالي:

5-1- الاتفاقيات الدولية (المعاهدات): تحتل الاتفاقيات الدولية المرتبة الأولى في مصادر القانون الدولي الخاص من حيث قوة الإلزام للقاضي الوطني حين النظر في نزاع ذي عنصر أجنبي سواء حين تحديد اختصاصه القضائي أو معرفة القانون واجب التطبيق وهو ما نصت عليه المادة 21 من القانون المدني الجزائري.

والاتفاقيات الدولية في نطاق القانون الدولي الخاص تكون في شكل اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تهدف إما إلى توحيد قواعد التنازع أو إلى وضع قواعد موضوعية موحدة تحل النزاعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا في مسألة من المسائل.

ومن أمثلتها نجد اتفاقيات التعاون القضائي الثنائي التي أبرمتها الجزائر مع عديد الدول مثل المغرب وتونس وموريتانيا ومصر وفرنسا حيث تنص معظم هذه الاتفاقيات على تطبيق القانون الداخلي للشخص طالب التنفيذ أو قانون البلد المطلوب التنفيذ فيه ومنح رعايا الدولتين المعاملة بالمثل فيما تعلق بالإقامة والتوطن وممارسة الأنشطة المهنية والتجارية وغيرها من المسائل.

إضافة إلى انضمام الجزائر إلى عديد المعاهدات متعددة الأطراف التي تهدف إلى توحيد القواعد الموضوعية في مسائل معينة تتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1954 الخاصة بالقانون الأساسي لفاقدي الجنسية واتفاقية باريس لسنة 1883 المعدلة، الخاصة بحماية الملكية الصناعية، إضافة إلى الاتفاقيات المتعلقة بتوحيد قواعد النقل عن طريق السكة الحديدية(بيرن 1970) وتوحيد قواعد النقل الجوي(فارسوفيا 1929 المعدلة) وتوحيد بعض قواعد النقل البحري للمسافرين وأمتعتهم (بروكسل 1961 و1967). وهذه الاتفاقيات كثيرة جدا وتدخل في معظم المجالات وتتميز بأنها حاولت توحيد قواعد قانونية موضوعية تتلاءم مع واقع المعاملات الدولية.

والاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف التي توحد القواعد الموضوعية تكون مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص في حالة ما إذا تضمنت اتفاقا على قواعد موضوعية يحل على أساسها القاضي المنتمي للدول الأعضاء في المعاهدة النزاع الناشئ عن علاقة ذات عنصر أجنبي تابع للدول الأعضاء في المعاهدة يتعلق بموضوع المعاهدة.

أما إذا تضمنت الاتفاقية الدولية متعددة الأطراف اتفاقا على توحيد القواعد الموضوعية في مجال معين تحل محل التشريع الداخلي للدول الأعضاء يطبق على العلاقات الوطنية وذات العنصر الأجنبي على حد سواء

ولو كان ذلك في العلاقات مع الدول غير الأعضاء في المعاهدة، فإن هذه الاتفاقية الدولية تعتبر بمثابة قانون موحد وتقضي على مشكلة تنازع القوانين من حيث الأصل.

كما توجد عشرات الاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد تنازع القوانين وتحديد الاختصاص القضائي الدولي أبرمت على مدى القرنين 19 و20 ولا يزال المجال مفتوحا لمزيد من الاتفاقيات حيث تظهر بين الحين والآخر.

وتظهر في هذا الخصوص إشكاليتان؛ الأولى تتعلق بوجود تعارض أو اختلاف بين المعاهدات والقانون الداخلي للدولة، والثانية مسألة تفسير نصوص المعاهدة.

- **التعارض بين المعاهدة والقانون الداخلي:** إذا كانت المعاهدة قد تم التصديق عليها بعد تشريع القانون الداخلي فهي تسمو عليه وتكون أولى بالتطبيق طبقا للمادة 150 من الدستور الجزائري الحالي، أما إذا كان القانون قد تم تشريعه بعد التصديق على المعاهدة فإن فقهاء القانون وضعوا فرضين؛ الفرض الأول هو التعارض الضمني ويرى الفقهاء بأن يطبق القانون الداخلي باستثناء ما تعارض منه مع أحكام المعاهدة فلا يطبق مثلا على النزاعات التي يظهر فيها عنصر أجنبي تابع للدول الأعضاء في المعاهدة. أما الفرض الثاني فيقتضي أن ينص المشرع صراحة على تطبيق القانون بغض النظر عن المعاهدة، وهنا لا بد من تطبيق القانون الداخلي حتى ولو ترتب على ذلك قيام المسؤولية الدولية للدولة على مخالفتها التزامها الناشئ عن المعاهدة.

- **تفسير المعاهدات:** قد يعرض على القاضي نزاع تحكمه معاهدة ولكنه يجد فيها غموضا، في هذه الحالة يطرح التساؤل عمن يفسر المعاهدة للقاضي أو الأشخاص أطراف النزاع لو أرادوا ذلك؟

لا يوجد نص يحكم المسألة ويفرق الفقه بين نوعين من التفير؛ التفسير الحكومي للمعاهدة باعتبار السلطة التنفيذية هي من سعت لإبرام المعاهدة ولديها الأعمال التحضيرية من رسائل متبادلة ومحاضر مفاوضات إضافة إلى إمكانية الاتصال مع الدول الأخرى لطلب التفسير أو تفسيرها من جهتها مباشرة. والنوع الثاني هو التفسير القضائي حيث باستطاعة القضاء أيضا تفسير الاتفاقيات الدولية عند اللزوم لا سيما وأنه لا يوجد ما يمنع ذلك.

5-2- التشريع: يقصد بالتشريع هنا القانون الذي يصدر عن السلطة التشريعية في الدولة، وفي الجزائر يعتبر التشريع مصدرا رئيسيا لقواعد القانون الدولي الخاص، حيث وردت قواعد تنازع القوانين في القانون المدني (المواد 9 إلى 24) إضافة إلى مواد في نصوص قانونية متفرقة مثل (المواد 95 إلى 97 من القانون الحالة المدنية) و(المادتين 647 و825 من القانون البحري).

أما قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنفيذ السندات الأجنبية فوردت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقواعد تحديد الاختصاص القضائي وردت في المادتين 41 و42 منه وتنفيذ السندات الأجنبية ورد النص عليها في المواد 605 إلى 608.

وقواعد الجنسية الجزائرية نظمها المشرع الجزائري في الأمر 70-86 المعدل والمتمم بالأمر 05-01، أما وضعية الأجانب فتم تنظيمها بنصوص عديدة منذ الاستقلال آخرها القانون 08-11 يتعلق لشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم إليها.

5-3- العرف الدولي: تقلص دور العرف الدولي كمصدر للقانون الدولي الخاص بسبب تبني معظم الأعراف الدولية في المعاهدات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص كما تم تقنينها ضمن القوانين الداخلية للدول، ومن بين هذه القواعد العرفية تطبيق قانون الإرادة على مضمون العقود ذات العنصر الأجنبي وتطبيق قانون محل إبرام العقد على شكله وتطبيق قانون موقع العقار على العقود المتعلقة بالعقار.

5-4- القضاء الدولي: يقصد بالقضاء الدولي الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية بلاهاي التابعة للأمم المتحدة وكذا ما صدر عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي التي كانت تتبع عصبة الأمم. حيث تم إقرار مجموعة من المبادئ تم إقراراها لاحقا في المعاهدات أو في القوانين الداخلية للدول مثل حرية الدولة في وضع القواعد المحددة لجنسيتها.

5-5- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص واجتهاد الفقه: بالنسبة لمبادئ القانون الدولي الخاص فقد أقرها المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر2 من القانون المدني مصدرا لقواعد تنازع القوانين حين أكد بأنه:(تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين). ويلجأ القاضي إليها حين لا يسعفه نص في الاتفاقيات الدولية أو القانون الداخلي وهناك من يرى أنه لا يطبقها إلا إذا لم يوجد عرف دولي. والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص هي تلك المبادئ الأكثر شيوعا في الاستعمال الدولي مثل تنفيذ العقد الدولي بحسن نية وتضييق نطاق فسخ العقود في نطاق العقود البترولية وعقود نقل التكنلوجيا.

أما اجتهاد الفقه؛ فيظهر في تأصيل وتحليل وتفسير قواعد القانون الدولي الخاص والتعليق على الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في مواضيع القانون الدولي الخاص، وهو ما لا غنى عنه للقاضي حين نظره في النزاعات ذات العنصر الأجنبي.

المحور الأول: تنازع القوانين

نتطرق من خلال هذا المحور إلى الأحكام الخاصة بتنازع القوانين في القانون الجزائري، ونبدأ ذلك بالحديث عن مفهوم تنازع القوانين فآليات إعمال قواعد تنازع القوانين ثم الحالات التطبيقية لتنازع القوانين ثم كيفية تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وكيفية استبعاده.

أولا: مفهوم تنازع القوانين: حتى يتبين لنا مفهوم تنازع القوانين لا بد لنا من تعريفه ثم تحديد شروط تطبيق قواعده.

1- تعريف تنازع القوانين: يقصد بتنازع القوانين- في نطاق القانون الدولي الخاص- تزاحم قانونين أو أكثر أيها يطبق أو يحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. وعليه فإن قواعد التنازع هي تلك القواعد التي تحدد للقاضي ما هو القانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ عن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. وقواعد التنازع تعرف أيضا بتسمية قواعد الإسناد.

2- شروط تطبيق قواعد تنازع القوانين: حتى يطبق القاضي قاعدة التنازع لا بد أن تتوفر في النزاع المعروض عليه الشروط الآتية:

2-1- علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي: العلاقة القانونية هي رابطة بين شخصين أو أكثر تحكمها قاعدة قانونية معينة، والعنصر الأجنبي قد يكون في أشخاص العلاقة أو موضوعها أو سببها. فأشخاص العلاقة هم أطرافها (صاحب الحق والملتزم به/ الدائن والمدين/ القاصر والمحجور عليهم وأولياؤهم)، وأطراف العلاقة قد يتحد موطنهم وجنسيتهم وقد تختلف. وموضوع العلاقة هو محلها الذي انصبت عليه هل هو التزام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء أو تعويض عن فعل ضار وما هو محل الحق هل هو عقار أم منقول وهل هو منقول مادي أو معنوي أو من حقوق الملكية الفكرية. أما سبب العلاقة القانونية فهو المصدر المنشئ لها هل هو تصرف قانوني (عقد أو التزام بإرادة منفردة) أم واقعة قانونية (ولادة أو وفاة أو فعل ضار أو فعل نافع) أو نص القانون. مع ضرورة التأكد من ظرفي الزمان والمكان لكل عنصر من هذه العنصر أي تاريخ النشأة ومكانها وتاريخ المطالبة ومكانها لأهمية ذلك في تحديد القانون واجب التطبيق كما سنراه.

2-2- علاقة قانونية خاصة: سبق القول أن نطاق القانون الدولي الخاص هو العلاقات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص بشأن علاقة قانونية تخضع للقانون الخاص، فيخرج بذلك النزاعات التي تثور بين الدول والنزاعات التي تثور بسبب تطبيق قواعد القانون العام ولو توفر فيها عنصر أجنبي نظرا لغلبة مبدأ الإقليمية على تطبيق قواعد القانون العام.

2-3- أن يكون التنازع بين قوانين دول مختلفة: حتى نكون أمام تنازع قوانين بالمعنى الفني الاصطلاحي فإنه لا بد أن يثار تنازع بين قانون دولتين أو أكثر على حل النزاع المعروض على القاضي، أي أن يجد

القاضي نفسه بين عدة قوانين يحتمل أن يتم تطبيقها على النزاع المعروض عليه، فزواج الفرنسي بإسبانيّة في ألمانيا ثم أقاما في الجزائر وثار بينهما نزاع حول الشروط الجعلية في عقد الزواج، فالقاضي الجزائر يجد نفسه بين عدة قوانين يحتمل تطبيقها على النزاع المعروض أمامه.

وهذا الشرط يخرج به من نطاق تنازع القوانين مسألتان؛ مسألة القوانين الصادرة داخل دولة فدرالية مثل الولايات المتحدة الأمريكية أو دولة الإمارات العربية المتحدة أين لكل ولاية أو إمارة قوانينها الخاصة إضافة للقانون الإتحادي حيث أن القوانين وإن اختلفت فإنها تبقى في نطاق دولة واحدة، ومثل ذلك الدولة ذات التعدد الطائفي مثل لبنان والعراق أين يكون لكل طائفة قوانينها ولكن ضمن نطاق الدولة الواحدة.

ثانيا: آليات إعمال قواعد تنازع القوانين: إن تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ عن علاقة ذات عنصر أجنبي، يتطلب من القاضي تكييف النزاع المعروض عليه ووضعه ضمن فئة معينة لتحديد أي قاعدة إسناد تطبق عليه وتحدد له القانون واجب التطبيق، ويلزم القاضي أن يتأكد من وجود أو عدم وجود إحالة على قانونه فيرى إن كان القانون المسند إليه يرجع الاختصاص لقانون القاضي أم لا. كما يجب على القاضي أن يتحرى ظرفي الزمان والمكان الخاصة بعناصر العلاقة القانونية محل النزاع المعروض عليه لما في ذلك من أثر في تحديد قاعدة الإسناد وهو ما يعرف بالتنازع المتحرك. وعليه نعالج هذه المسائل على الترتيب بدءا بمسألة التكييف فقاعدة الإسناد ثم مسألة الإحالة وأخيرا النزاع المتحرك.

1- التكييف: نحدد أولا مفهوم التكييف بتعريفه وعرض القضايا التي ظهرت فكرة التكييف إثرها ثم نرى القانون واجب التطبيق على التكييف.

1-1- مفهوم التكييف: التكييف في نطاق القانون الدولي الخاص هو تحديد الوصف القانوني للواقعة محل النزاع المعروض على القاضي عن طريق تحليل عناصرها وجزئياتها حتى يتمكن من وضعها ضمن إطار إحدى الفئات أو الزمر القانونية التي خصّها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قانون ما عليها.

وظهرت فكرة التكييف على يد الفقيه الألماني (كان) Khan سنة 1897 وتبلورت على يد الفقيه الفرنسي (بارتان) Bartin حينما قام بدراسة الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي واستنتج أن القضاة كانوا يحللون النزاع قبل إسناد الحل إلى قانون ما، وأن القضاة كانوا يقومون بهذا العمل استنادا إلى القانون الفرنسي أي أنهم يخضعون التكييف للقانون الفرنسي.

وقد برزت في هذا الخصوص عدة قضايا تم من خلالهما استخدام التكييف لتحديد طبيعة النزاع اعتمادا على القانون الفرنسي أي قانون القاضي، نذكر من بينهما قضيتين هما قضية ميراث المالطي وقضية وصية الهولندي؛

– **قضية ميراث المالطي:** خلاصتها أن زوجين مالطا أبرما عقد زواجهما في مالطا ثم هاجرا إلى الجزائر(المحتلة آنذاك من الاحتلال الفرنسي) وتملكا بعض العقارات، وتوفي الزوج فطالبت أرملته بحقها طبقا للقانون المالطي الذي يمكنها من ربع أموال زوجها (ربع الزوج الفقير) ولكن الورثة الآخرين اعترضوا على ذلك وطالبوا بتطبيق القانون الفرنسي الذي لم يكن يعترف للزوجة إلا باسترجاع أموالها وقسمة الأموال المشتركة، وحين عرض الأمر على القضاء كان بين تكييفين أو وصفين للحق المطالب به؛ هل هو جزء من الميراث فيطبق القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد فيه(محل وجود الأموال الموروثة) فيرفض طلب الزوجة أم هو حق نتج لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد زوجها فيعتبر منفعة زوجية تدخل ضمن أحكام النظام المالي للزوجين فتخضع للقانون المالطي، وهنا اختار القاضي (محكمة استئناف الجزائر 1889/12/24) تكييف الحق المطالب به على أنه حق ميراث وبالتالي يخضع للقانون الفرنسي فرفض طلب الزوجة.

– **قضية وصية الهولندي:** خلاصتها أن هولنديا أبرم وصية أثناء إقامته في فرنسا في الشكل العرفي طبقا للقانون الفرنسي الذي يسمح بإبرام الوصايا في الشكل العرفي، وبعد موته نوزع في صحة الوصية من ورثته الذين طالبوا ببطلان الوصية لأن القانون الهولندي يفرض على مواطنيه إبرام وصاياهم في الشكل الرسمي ولو خارج هولندا (شكل الوصية مرتبط بحماية إرادة الموصي فهي مسألة مكملة للأهلية). وهنا وجد القضاء نفسه بين تكييفين؛ إما أن يعتبر الكتابة مسألة متعلقة بشكل التصرف القانوني فيخضع لقانون محل إبرامه وهو القانون الفرنسي فيقضي بصحة الوصية أو أن يعتبره نزاعا متعلقا بالشكل المكمل للأهلية والقانون المتعلق بالأهلية يخضع لقانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي فتبطل الوصية؟

وهنا اختار القاضي الفرنسي (محكمة أورليان 1857/08/04) تكييف النزاع وفق القانون الفرنسي وقضى بصحة الوصية.

1–2– القانون واجب التطبيق على التكييف: نقصد بذلك القانون الذي يلجأ إليه القاضي حتى يحدد الوصف القانوني للنزاع المعروض عليه في أي فئة هو، وقد ذهب الرأي الراجح في الفقه القانوني إلى أن القانون المطبق على التكييف هو قانون القاضي وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن التكييف عملية أولية قبل الإسناد نحو القانون واجب التطبيق فمن البديهي أن يطبق القاضي قانونه في هذه العملية الأولية لأنه لا يمكن له اللجوء إلى قانون آخر خصوصا وأن قاعدة الإسناد هي قاعدة وطنية وبالتالي فإنه يجب على القاضي أن يكيف النزاع وفق مفهوم قانونه الوطني حتى يتسنى له تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية.

وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 9 منه على أن التكييف يكون وفق قانون القاضي بقوله:(يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه).

2- قاعدة الإسناد: مقتضى الإسناد هو تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ عن علاقة ذات عنصر أجنبي، وذلك بمقتضى قاعدة قانونية وطنية ملزمة للقاضي يطبقها من تلقاء نفسه متى تبين له توفر شروط تطبيق قواعد تنازع القوانين، هذه القاعدة القانونية هي قاعدة الإسناد.

وتتصف قاعدة الإسناد إضافة لكونها قاعدة وطنية نص عليها في التشريع الداخلي وأنها قاعدة ملزمة للقاضي، تتصف بأنها توجيهية غير مباشرة لأنها قاعدة لا تحل النزاع المعروض على القاضي وإنما تدله على القانون واجب التطبيق لحل النزاع وفق ضابط الإسناد وهي بذلك تكون قاعدة محايدة لأنها لا تحدد قانون دولة معينة لتطبيقه وإنما تضع ضابطا بموجبه يعرف القاضي قانون الدولة الذي سيتم تطبيقه.

ونتطرق في نقطة أولى إلى صياغة قاعدة الإسناد ثم مكوناتها.

2-1- صياغة قاعدة الإسناد: الأصل في قاعدة الإسناد أن تكون بصيغة مزدوجة، أي تحدد متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي، لأن الضابط الذي تضعه قد ينطبق على القانون الداخلي أو القانون الأجنبي حسب نوع الضابط ووضعية عناصر النزاع منه، فحين يكون ضابط الإسناد في النزاع الخاص بالأهلية مثلا هو جنسية الشخص فإن الشخص قد يكون جزائريا وقد يكون أجنبيا لذلك يقال أنها صياغة مزدوجة. واستثناء قد تكون صياغة قاعدة الإسناد صياغة منفردة تحدد فقط متى يكون القانون الوطني مختصا مثلما جاء في المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي بينت أن القانون الجزائري يكون وحده واجب التطبيق على منازعات الزواج وانحلاله حين تكون جنسية أحد الزوجين جزائرية وقت انعقاد الزواج ما عدا ما تعلق بأهلية الزواج.

2-2- مكونات قاعدة الإسناد: تتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر؛ الفكرة أو الفئة المسندة وضابط أو ظرف الإسناد والقانون المسند إليه.

2-2-1- الفكرة أو الفئة المسندة: الفكرة أو الفئة المسندة هي مجموعة من العلاقات القانونية المتصلة ببعضها تجمع ضمن فئة واحدة مثل الأحوال الشخصية والتصرفات القانونية والوقائع القانونية والأموال..الخ، وتختلف قواعد الإسناد في تطرقها للفئات المسندة، فهناك فئات مسندة تعبر عن موضوع واحد وتسند بمقتضى قاعدة إسناد واحدة مثلا(شكل العقود المادة 19 من القانون المدني والالتزامات غير التعاقدية المادة 20 من القانون المدني) وأحيانا يضع المشرع قاعدة إسناد واحدة لفئة مسندة تجمع أكثر من موضوع مثل (حالة

الأشخاص وأهليتهم المادة 10 من القانون المدني)، وأحيانا قد يقسم موضوع واحد على عدة فئات مسندة فيكون لكل منها قاعدة إسناد مثل موضوع الزواج الذي تم تقسيمه إلى مجموعة من الفئات (الشروط الموضوعية للزواج المادة 11 من القانون المدني والآثار الشخصية والمالية للزواج وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني المادة 12).

2-2-2- ضابط أو ظرف الإسناد: ضابط الإسناد هو المعيار الذي يرشد القاضي إلى القانون واجب التطبيق على الفئة المسندة. وحين النظر في ضوابط الإسناد المختلفة نجدها تعتمد على مركز الثقل في العلاقات القانونية المختلفة، فالأحوال الشخصية مثلا يكون أطرافها هم مركز الثقل فيكون أطراف العلاقة القانونية أو صاحب الحق هو الأساس حين اختيار المشرع لضابط الإسناد، والتصرفات القانونية أو الوقائع القانونية يكون السبب المنشئ لها هو مركز الثقل في العلاقة القانونية.

كذلك نجد أن قواعد الإسناد تعرف نوعين أو أسلوبين في صياغة ضوابط الإسناد؛ أسلوب الضابط الوحيد حيث تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يحدد قانونا واحدا واجب التطبيق على النزاع، مثل المادة 10 من القانون المدني التي جعلت ضابط الإسناد فيما تعلق بحالة الأشخاص أو أهليتهم هو جنسيتهم.

كما نجد قواعد الإسناد التي تضع عدة ضوابط للإسناد سواء بشكل ترتيبي أي ضابط أصلي وضابط احتياطي حيث إذا تعذر تطبيق الضابط الأصلي يلجأ القاضي للضابط الاحتياطي (المادة 18 بالنسبة للقانون واجب التطبيق على موضوع التصرف القانوني) أو تكون بشكل تخييري (المادة 19 بالنسبة للقانون واجب التطبيق على شكل التصرف القانوني).

2-2-3- القانون المسند إليه: هو القانون الذي يثبت له الاختصاص بناء على ضابط الإسناد الذي نصت عليه قاعدة الإسناد، فإذا كان القاضي بصدد نزاع متعلق بالأحوال الشخصية يكون الضابط عادة هو جنسية الشخص ينظر في جنسية الأطراف ويطبق عليهم قانون جنسياتهم، ويمكن أن يكون الضابط هو قانون الموطن فيبحث عن موطن الأطراف وهكذا... .

وتظهر في هذا الشأن إشكالات تعترض القاضي حول القانون واجب التطبيق ويتم حلهما وفق قانون القاضي؛

المشكلة الأولى هي مشكلة الشخص متعدد الجنسية، وورد النص على حلها في الفقرتين 1و2 المادة 22 من القانون المدني حيث ينظر القاضي في الجنسيات المتعددة للشخص فإذا تبين أن من بينها الجنسية الجزائرية طبق القانون الجزائري، وإذا لم تكن طبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية للشخص.

المشكلة الثانية هي مشكلة الشخص عديم الجنسية، ونص المشرع الجزائري على حلها في الفقرة 3 من المادة 22 حيث يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة للشخص عديم الجنسية.

المشكلة الثالثة هي تعذر تركيز العلاقة القانونية ضمن فئة مسندة أو تعذر تحقق ضابط إسناد على العلاقة القانونية المثار بشأنها نزاع كأن يوجد العقار المتنازع عليه في منطقة لا تخضع لسيطرة دولة معينة، في هذه الحالة وأمام تعذر إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق نص المشرع في المادة 23 مكرر من القانون المدني على أن القانون الجزائري هو الذي يطبق على النزاع.

3- الإحالة: تظهر الإحالة حينما لا يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه لحل النزاع، وإنما ينظر أولا في قواعد تنازع القوانين لهذا القانون الأجنبي، فإذا كان هناك توافق في ضابطي الإسناد بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه لأنه يقبل الاختصاص، أما إذا وجد القانون المسند إليه يطبق ضابط إسناد آخر فإنه يتجه نحو القانون الذي يرشد إليه القانون المسند إليه ويعيد نفس الخطوات مما قد يترتب عنه بقاء النزاع دون قانون مطبق عليه إلا إذا وجد قانونا يأخذ بنفس الضابط أو كان ضابط الإسناد فيه يرجعه إلى قانون القاضي. (مثلا في مسألة الأهلية إذا كان أحد الأطراف تونسيا متوطنا في الجزائر وثار نزاع حول أهليته في المغرب ينظر القاضي المغربي في قواعد تنازع القوانين المغربية فيجدها تأخذ بضابط الجنسية فيذهب إلى قواعد تنازع القوانين في القانون التونسي فإذا وجدها تأخذ بضابط الجنسية أيضا في مسائل الأهلية فمعناها أنها تقبل الاختصاص ويطبق القانون التونسي في حل النزاع أما إذا كان القانون التونسي يأخذ بضابط الموطن فإنه يذهب إلى القانون الجزائري وينظر في قواعد التنازع فيجدها تسند النزاع إلى قانون الجنسية وهو القانون التونسي فيدخل في حلقة مفرغة).

3-1- أنواع الإحالة: من خلال المفهوم السابق للإحالة يظهر لنا أنها على نوعين:

النوع الأول: إحالة من الدرجة الأولى: حيث القانون المسند إليه يحيل في قواعد التنازع لديه على قانون القاضي، وهو ما يسمى بإحالة الرجوع.

النوع الثاني: إحالة من الدرجة الثانية: حيث القانون المسند إليه يحيل على قانون آخر غير قانون القاضي، وهذا القانون المحال عليه قد يحيل على قانون القاضي أو إلى قانون آخر وتسمى بالإحالة المطلقة.

3-2- موقف الفقه من الإحالة: انقسم الفقه القانوني حول الإحالة على اتجاهين:

الاتجاه المؤيد للإحالة: يبني هذا الاتجاه رأيه على اعتبار معاملة القانون المسند إليه باعتباره كلاّ واحدا لا يتجزأ فلا نأخذ القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين لأننا بذلك قد نلزم مشرعا باختصاص لا يرغب فيه.

إضافة إلى أن الأخذ بالإحالة سيسهل المهمة على القاضي لا سيما في إحالة الرجوع، كما يضمن قبول الإحالة حسن تنفيذ الأحكام القضائية الفاصلة في النزاع.

الاتجاه المعارض للإحالة: اعترض هذا الاتجاه على الإحالة من حيث أن الأخذ بها يهدر المعنى الحقيقي لآلية التنازع وقواعد الإسناد وإلا فما جدوى أن توجد قاعدة إسناد تسند حل النزاع لقانون أجنبي بناء على ضابط إسناد؟ كما أن القول الإحالة يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة من تشريع إلى آخر إضافة إلى الإجحاف بحق أطراف العلاقة القانونية بتطبيق قواعد قانونية عليهم ربما لا تعنيهم بتاتا.

3-3- موقف القضاء من الإحالة: القضاء الفرنسي كان يأخذ بالإحالة إذا كانت إحالة رجوع أي حين يحيل القانون المسند إليه الاختصاص لصالح القانون الفرنسي، بينما ذهب القضاء الألماني والإنجليزي إلى الأخذ بالإحالة الكلية، ونعرض هنا لأشهر قضية أثارت مسألة الإحالة وهي قضية فورجو.

*** قضية فورجو FORGO:** فورجو هو ابن طبيعي (غير شرعي) ولد في إقليم بافاريا (ألمانيا) ورحلت به أمه إلى فرنسا وأقاما إقامة فعلية ولم يتخذاها موطنا قانونيا لعدم حصولهما على ترخيص بالتوطن القانوني.

- حين كبر فورجو تزوج من فرنسية وبعد موتها تركت له ثروة طائلة من الأموال المنقولة، وبعد موته لم يترك ورثة مباشرين(أب/ أم/ إخوة) لأن القانون الفرنسي آنذاك كان ينص أن الابن الطبيعي لا يرثه إلا أبواه وإخوته. ونتيجة لذلك استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على تلك التركة باعتبارها تركة شاغرة.

- طالب أقارب والدة فورجو بالتركة لأن القانون البافاري لا فرق لديه بين تركة ابن شرعي وابن طبيعي.

- رفضت محكمة استئناف (بوPEAU) طلبهم بتاريخ 1874/03/11 لأن فورجو متوطن بفرنسا ويطبق عليه قانون الموطن بخصوص تركة الأموال المنقولة،

- طعن أقارب فورجو لأن توطن فورجو في فرنسا كان فعليا وليس قانونيا، فقبلت محكمة النقض الطعن (1875/05/05) وأعيدت القضية لمحكمة (بوردو) التي حكمت لصالح الورثة.

- قامت مصلحة الأملاك الفرنسية بالطعن بالنقض مرة أخرى على أساس أن القانون البافاري في قواعد تنازع القوانين فيه يحيل في ميراث المنقولات على قانون الموطن دون تمييز بين الموطن الحقيقي والموطن الفعلي، فقبلت محكمة النقض الفرنسية الطعن (1878/06/24) لأن قاضي محكمة (بوردو) أخطأ حين لم يطبق قواعد التنازع في القانون البافاري واتجه للقانون الداخلي مباشرة، أعيدت القضية لمحكمة (تولوز) التي حكمت لصالح مصلحة الأملاك الفرنسية(1880/05/22).

- طعن أقارب فورجو مرة أخرى ولكن رفض طعنهم (1882/02/22).

حيث استنتج الفقهاء من هذه القضية أن القضاء الفرنسي أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أي إحالة الرجوع.

3-4- بدائل الإحالة: حاول بعض الفقهاء وضع بدائل للإحالة، حيث إذا وجد القاضي المعروض عليه النزاع أن القانون المسند إليه يحيل في قواعد التنازع إلى قانون آخر، فإن القاضي لا يتبع هذه الإحالة وإنما تكون هناك عدة بدائل:

- الرجوع إلى قانون القاضي بمقتضى مبدأ الإقليمية،

- الأخذ بقاعدة الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي،

- الإحالة المزدوجة، وهي من ابتكار القضاء الانجليزي، فبعد أن يحدد القاضي الإنجليزي القانون الميند إليه، فإنه لا يطبقه مباشرة، ولكن يعتبر القاضي الانجليزي نفسه قاضيا في الدولة المسند إلى قانونها وينظر كيف كان سيفصل في النزاع ذي العنصر الأجنبي ويطبق الحل وفق ذلك.(لو عرض على القاضي الانجليزي نزاع حول أهلية مصري مقيم بالجزائر، فإذا كانت قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي مثلا تحيل فيما يخص الأهلية تسند النزاع لقانون الموطن أي القانون الجزائري، فإن القاضي الانجليزي يضع نفسه محل القاضي الجزائري وينظر في النزاع فنجد أن القاضي الجزائري لو عرض عليه النزاع لأسنده لقانون الجنسية أي القانون المصري والقانون المصري يأخذ بقانون الموطن أي يعيد الاختصاص للقانون الجزائري والقانون الجزائري يقبل الإحالة إذا كانت إليه، فيطبق القاضي الانجليزي هنا القانون الجزائري، ولكن لو كان القانون الجزائري يرفض الإحالة فإن القاضي الانجليزي يطبق القانون المصري لأن القاضي الجزائري كان سيطبقه.

3-5- موقف القانون الجزائري من الإحالة: قبل 2005 لم يكن القانون المدني الجزائري يتضمن نصا ينص على قبول الإحالة أو رفضها وهو ما فسره الفقهاء بأن المشرع يرفض الإحالة، وفي سنة 2005 عدل المشرع الجزائري القانون المدني بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للقانون المدني حيث أدرج المادة 23 مكرر1 التي نصت على ما يلي:(إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص).

وبذلك يتضح أن المشرع أخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى، أي حينما يكون القانون المحال عليه هو القانون الجزائري، أما ما عدا ذلك فهو لا يأخذ بالإحالة. وعليه فإن القاضي الجزائري إذا عرض عليه نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا فإنه يبحث عن القانون واجب التطبيق في قواعد الإسناد الوطنية ثم يبحث في القانون المسند إليه بدءا بقواعد تنازع القوانين فيه فإذا وجده ينص على ضابط إسناد يؤدي لتطبيق القانون الجزائري فإنه يقبل الإحالة ويطبق القانون الجزائري على النزاع، فإذا لم توجد الإحالة على القانون الجزائري يطبق القاضي القانون المسند إليه في قواعده الموضوعية بغض النظر عن قواعد تنازع القوانين.

3-6- استثناءات الإحالة: يستقني الفقه من نطاق الإحالة الحالات التالية:

- القانون واجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية، لأن ضابط الإسناد فيه (قانون محل إبرام العقد) هو قاعدة عالمية، إلا إذا كان الشكل ركنا في العقد مثل بيع العقار فيخضع لقانون موقع العقار،
- القانون واجب التطبيق على موضوع التصرفات القانونية،
- القانون واجب التطبيق على النظم المالية المصاحبة لعقد الزواج.

4- التنازع المتحرك: يقصد بالتنازع المتحرك اقتران تغير الزمان بتغير المكان في العلاقات القانونية محل النزاع المعروض على القاضي. حيث قد ينشأ النزاع في مكان وحين يثور النزاع بشأنه يكن قد أصبح في مكان آخر، ونفس الشأن بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية الذين قد تتغير مواطنهم أو جنسياتهم. فيثار التساؤل عن كيفية تطبيق ضابط الإسناد؟ هل العبرة بتاريخ نشوء الحق أم بتاريخ التنازع عليه؟

ظهرت في هذا الخصوص مجموعة من الآراء، منها من رأى تطبيق قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان الموجود في قانون القاضي وقد انتقد هذا الرأي على اعتبار أن التنازع هنا ليس داخليا وبالتالي لا نكون أمام تنازع قوانين من حيث الزمن بصفة فعلية، ثم ظهر التوجه القائل بفكرة الحقوق المكتسبة الذي يرى أن القانون الذي اكتسب الحق في ظله يبقى ساريا عليه حتى في دولة أخرى أين ينفذ الحق، ولكن رفض هذا الاتجاه بسبب غموض فكرة الحق المكتسب وتصادمها مع إرادة الأفراد ومصالحهم.

وأخيرا ظهر التوجه القائل بالنفاذ الدولي للحق، ومقتضاه أن الحق أو المركز القانوني الذي ينشأ في دولة ينفذ في دولة أخرى ولكن بشروط أهمها أن يتعلق الأمر بنفاذ الحق لا بنشأته أي يكون قد استكمل الحق أركانه وشروط صحته وتجاوز مرحلة تكوينه طبقا لقانون البلد الذي نشأ فيه وأن لا يكون في قانون البلد الذي سينفذ فيه حق مضاد له أو يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في دولة النفاذ أو تم الحصول على الحق في بلد النفاذ عن طريق الغش نحو القانون. ويترتب على ذلك أنه لو اعترف لحق بالنفاذ في دولة أخرى فإن صاحبه سيستفيد من كل الآثار التي أقرت للحق في دولة النشوء ولو لم ينص عليها قانون دولة النفاذ ولكن بالمقابل لا يستفيد من آثار ذلك الحق المنصوص عليها في دولة النفاذ إذا لم يكن منصوصا عليها في قانون دولة النشوء ولو كانت أوسع نطاقا.

ولم يفرد المشرع الجزائري نصا خاصا بالتنازع المتحرك، ولكنه ضمّن بعض قواعد الإسناد حلولا بشأن التنازع المتحرك، مثل الحل الخاص بالقانون واجب التطبيق على المنقول المادي (المادة 17 فقرة 2 من القانون المدني) والحل الخاص بالقانون واجب التطبيق على المنقول المعنوي (المادة 17 مكرر من القانون المدني).

وبهذا ننهي التطرق لآليات إعمال قواعد تنازع القوانين وننتقل فيما يلي إلى الحلول التطبيقية لتنازع القوانين.

ثالثا: الحلول التطبيقية لتنازع القوانين: حين النظر في قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني الجزائري نجدها مقسمة على ثلاث فئات أساسية؛ فئة الأحوال الشخصية (المواد 10 إلى 16) والأموال المنقولة والعقارية (المادتين 17 و17 مكرر) ثم الالتزامات التعاقدية أي التصرفات القانونية(المادتين 18و19) والالتزامات غير التعاقدية (المادة 20).

1- القانون واجب التطبيق على الأحوال الشخصية: يقصد بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الجزائري مجموع المسائل المرتبطة بحالة الشخص وأهليته وزواجه وطلاقه والحضانة والولاية على أبنائه إضافة إلى الميراث والتبرعات.

وضابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية في القانون الجزائري من حيث الأصل هو ضابط الجنسية واستثناء ضابط الموطن، حاله حال الدول العربية والدول اللاتينية خلافا للدول الأنجلوساكسونية.

ويطرح ضابط الجنسية مشكلة الشخص متعدد الجنسيات والشخص عديم الجنسية، وهو ما تصدى له المشرع الجزائري من خلال المادة 22 من القانون المدني(كما سبق ذكره عند الحديث عن الإشكالات التي تعترض القاضي وهو يحدد ضابط الاسناد)، حيث:

- بالنسبة للشخص متعدد الجنسيات؛ إذا كانت من بين هذه الجنسيات الجنسية الجزائرية يطبق القانون الجزائري، فإذا لم يكن كذلك، يطبق قانون الجنسية الحقيقية، والتي عبر عنها الفقه بتسمية الجنسية الفعلية ويستدل عليها بعدة قرائن كمكان الإقامة ومقر العمل...الخ.

- بالنسبة للشخص عديم الجنسية؛ يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

وسنقوم بالتطرق إلى المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية في إطار تنازع القوانين وفق القانون الجزائري بدءا بالحالة والأهلية، فالزواج وآثاره بما فيها النسب الذي خصه المشرع بضابط إسناد خاص، ثم الطلاق وآثاره، فالنفقة بين الأقارب ثم نظم حماية القصر من كفالة وولاية ووصاية وحجر وأخيرا الميراث والتبرعات.

1-1- القانون واجب التطبيق على الحالة والأهلية: نقصد بالحالة ما يعرف بالحالة المدنية للشخص وهي ما يتصل بشخصه منذ ولادته وحتى وفاته من واقعة الولادة وواقعة الوفاة والذكورة والأنوثة وكونه ذكرا أو أنثى والإسم واللقب والموطن، وفي بعض الدول يضاف لها الطائفة أو الدين. وما يتصل بهذه المسائل بالشخص المعنوي (الاعتباري).

أما الأهلية فالمقصود بها هو أهلية الأداء أي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وإبرام التصرفات القانونية وتنفيذها.

ونصت المادة 10 من القانون المدني الجزائري على ضابط الإسناد الخاص بالنزاع ذي العنصر الأجنبي في نزاع خاص بالحالة أو الأهلية.

حيث جاء في الفقرة 1 من المادة 10 أنه:(يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم).

وعليه يسري على حالة وأهلية الشخص الطبيعي قانون جنسيته، فقانون جنسية المتنازعين هو من يحدد للقاضي أهلية الأطراف حول الحقوق المتنازع عليها ومن يعتبر قاصرا .

وحماية للجزائري الذي قد يبرم تصرفات مالية مع أجنبي لا يمكن التعرف على نقص أهليته، فيحتج هذا الأخير بنقص أهليته وفق قانون جنسيته ويبطل التصرف، وضعت المادة 10 فقرة 2 استثناء على تطبيق قانون الجنسية ويخضع النزاع للقانون الجزائري ويعتبر التصرف صحيحا وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

- أن تكون التصرفات مالية؛
- أن يكون أحد الطرفين جزائريا والثاني أجنبيا؛
- أن تكون هذه التصرفات أبرمت في الجزائر ؛
- أن يكون الأجنبي ناقص أهلية وفقا لقانونه وكامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري؛
- أن يكون نقص أهلية الأجنبية خفيا لسبب لا يمكن تبينه.

فإذا توفت هذه الشروط اعتبر التصرف صحيحا غير قابل للإبطال.

أما بالنسبة للشخص المعنوي أو ما يسميه المشرع الجزائري بالأشخاص الاعتبارية سواء شركات أو جمعيات أو مؤسسات أو غرها، فإن المادة 10 في الفقرة 3 منها بينت أنه يسري على ما يتعلق بشروط تمتع الشخص الاعتباري بالشخصية القانونية، وتنظيمه وتكوينه وإدارته، والآثار المترتبة على ذلك قانون البلد الذي يوجد فيه المركز الاجتماعي الرئيسي والفعلي، أي أن المشرع هنا غلب ضابط الموطن.

وفي الفقرة 4 من المادة 10 من القانون المدني وتطبيقا لمبدأ الإقليمية نص المشرع على أن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية إذا مارست نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري وذلك حماية للمصالح الجزائرية.

1-2- القانون واجب التطبيق على الزواج وآثاره: نتطرق في هذه النقطة إلى قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج وآثاره ولم يحترم فيها المشرع الجزائري الترتيب الموضوعي المنطقي لإنشاء الزواج وآثاره وإنما وضع مجموعة من المواد تحتوي بعضها على ضابط أو ضابطين لفكرة مسندة واحدة وأحيانا مادة واحدة لعدة أفكار مسندة، وأحيانا يفرد أثرا من آثار الزواج بقاعدة إسناد ولا يكتفي بقاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج بصفة عامة. وسنتطرق لهذه القواعد وفق الترتيب التالي:

1-2-1- القانون واجب التطبيق على الخِطبة: الخِطبة طبقا لقانون الأسرة الجزائري من مقدمات الزواج وتكيف أنها وعد بالزواج، وهي طلب الرجل التزوج من امرأة خالية من الموانع الشرعية.

ولم يضع المشرع الجزائري للخِطبة ضابط إسناد على الرغم من المنازعات الكثيرة التي تثور بصددها خصوصا مع اختلاف الأحكام المتعلقة بها بين الدول المختلفة، لا سيما ما تعلق بآثار العدول عن الخطبة وحق الحصول على تعويض عن الضرر المحتمل.

ويرى شراح القانون الدولي الخاص، أن مسائل انعقاد الخطبة وآثارها تقاس على تكوين عقد الزواج فيطبق عليها ضابط الإسناد المتعلق بالزواج في تكوينها وآثارها، فتخضع بذلك لقانون جنسية الطرفين ما لم يكن أحدهما جزائريا. ونفس الحكم فيما تعلق بالقانون واجب التطبيق على آثار العدول عن الخطبة تقاس على القانون واجب التطبيق على انحلال الزواج. وهو ما سنراه في العناصر المقبلة تفصيلا.

أما ما تعلق بالضرر الذي قد يلحق بأحد الطرفين حين العدول عن الخِطبة، واعتبارا لأن المشرع لم يرتب عن العدول تعويضا باعتباره حقا إلا إذا ارتبط بظروف أخرى وأفعال أدت إلى وقوع ضرر ويكون التعويض على أساس الفعل الضار بغض النظر عن الخِطبة ولأجل ذلك تطبق عليها قاعدة الإسناد الواردة في المادة 20 فقرة 1 من القانون المدني كما سنراه لاحقا.

1-1-2- القانون واجب التطبيق على تكوين الزواج: نفرق فيها الخصوص بين القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية في الزواج والقانون واجب التطبيق على شكل الزواج.

1-1-2-1- القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية في الزواج: يقصد بالشروط الموضوعية في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، ووفق القانون الجزائري ركن الزواج هو التراضي وشروط صحته هي أهلية الزواج والولي والصداق والشاهدين والخلو من الموانع الشرعية.

وقد نصت المادة 11 من القانون المدني الجزائري:(يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين).

ولا يثار إشكال هنا لو كان الزوجان الأجنبيان من جنسية واحدة، ولكن يثار الإشكال إذا اختلفت جنسية الزوجين. وبمقتضى المادة 11 فإن على القاضي الجزائري أن يطبق على كل واحد من الزوجين قانونه الشخصي على حدة، أي يجب أن يتوفر في كل من الزوجين الشروط المطلوبة في قانون دولته، فلو عرض على القاضي الجزائري نزاع حول صحة زواج تونسي بمغربية ينظر في بالنسبة للزوج هل شروط الزواج الخاص بالزواج متوفرة فيه أم لا وينظر في القانون المغربي هل الشروط المطلوبة في الزوجة متوفرة أم لا. (وهو ما يسمى بالتطبيق الموزع للقوانين)

أما فيما تعلق بموانع الزواج فجرى الفقه القانوني على ضرورة الجمع بين القانونين (التطبيق الجامع)، وعليه يجب أن يكون كلا الزوجين خاليا من الموانع الشرعية في قانونه وقانون جنسية الزوج الآخر.

واستثناء من ذلك وطبقا للمادة 13 من القانون المدني، يكون القانون الجزائري وحده المطبق، إذا كان كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

ونفس الحكم (تطبيق القانون الجزائري) إذا كان في القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

1-1-2-2- القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية في الزواج: لم يضع المشرع قاعدة تنازع خاصة بشكل عقد الزواج، لذلك يسري على عقد الزواج من حيث شكله قانون محل إبرامه أو قانون الموطن المشترك أو جنسية المشتركة أو القانون الذي يسري على الموضوع، طبقا للمادة 19 من القانون المدني الجزائري.

هذا، ويجوز للقنصل الجزائري المعتمد في الخارج إبرام عقد زواج طبقا للقانون الجزائري لأي جزائري في الخارج ولو كان الزوج الآخر أجنبيا، وللجزائريين إبرام عقود زواجهم وفق الشكل المطلوب في الدولة التي يقيمون فيها وللأجانب في الجزائر أن يبرموا عقود زواجهم وفق الشكل المعمول به في الجزائر.

1-1-2- القانون واجب التطبيق على آثار الزواج: يترتب على عقد الزواج مجموعة من الآثار مادية والمعنوية أو الشخصية، وفي قانون الأسرة الجزائري يترتب على عقد الزواج حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين إضافة إلى ما قد يشترطه الزوجان من شروط جعلية، والنفقة الزوجية والنظام المالي بين الزوجين الذي قد يترجم في شروط أو في عقد رسمي مستقل. ومن آثار الزواج في القانون الجزائري أيضا ثبوت النسب ولكن المشرع الجزائري خصه بقاعدة إسناد خاصة.

وعليه تطبق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج الشخصية والمالية التي نصت عليها المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني، باستثناء ما ورد بشأنه ضابط إسناد خاص، حيث جاء في المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني:(يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج).

وعليه يجب على القاضي إذا عرض عليه النزاع حول أثر من آثار الزواج الشخصية أو المادية **(وفق مفهوم القانون الجزائري الذي يتم التكييف وفقه)** لعقد زواج بين أجنبيين، أن ينظر **(بعد التأكد من صحة زواجهما وفق قاعدة الإسناد في المادة 11 من القانون المدني)** ويبحث تاريخ إبرام عقد الزواج وعن جنسية الزوج حين أبرم العقد، ويطبق على النزاع قانون الدولة التي كان الزوج يحمل جنسيتها وقت العقد.

واستثناء من ذلك وطبقا للمادة 13 من القانون المدني، يكون القانون الجزائري وحده المطبق، متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

ونفس الحكم (تطبيق القانون الجزائري) إذا كان في القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الآثار الشخصية والآثار المالية لعقد الزواج، ولم ينص على حكم خاص يطبق على النظام المالي بين الزوجين، حيث تعتبر بعض الدول النظام المالي للزوجين فئة مسندة مستقلة أو تابعة لنظام الأموال وليس الأحوال الشخصية فيخضع لقانون الإرادة وليس لقانون الجنسية.

1-2- القانون واجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره: ينحل الزواج الصحيح وفق قانون الأسرة الجزائري إما بالوفاة أو الطلاق، ولكن الدول تختلف في تشريعاتها حول أسباب انحلال الرابطة الزوجية، حتى الدول العربية والإسلامية، فهناك من فصلت قوانينها في أسباب فك الرابطة الزوجية وهناك من اقتضبت، ناهيك عن الدول الأجنبية التي تختلف فيها نظم انحلال الزواج وبين من لا تعترف بفك الرابطة الزوجية ومن تضع أنظمة أخرى مثل الانفصال الجسماني أو التباعد الجسماني بين الزوجين..الخ.

ونفس الشأن فيما تعلق بالآثار المرتبة عن انحلال الزواج من وجوب العدة والميراث والنسب والحضانة والولاية على الأبناء أين تختلف الدول في النظم القانونية المتعلقة بها، وقد أخرج المشرع الجزائري كثيرا من هذه المسائل من نطاق آثار انحلال الزواج ووضع لها قاعدة إسناد خاصة كما سنراه رغم إبقائه عليها ضمن فئة الأحوال الشخصية.

ونص المشرع الجزائري على قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج (ويقصد به فك الرابطة الزوجية) في المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني بقولها:(ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى).

ومنه فإن القاضي الجزائري إذا رفعت أمامه دعوى طلاق أو تفريق بين زوجين أجنبيين وجب عليه تطبيق قانون الجنسية الحالية للزوج بغض النظر عن جنسيته حين إبرام عقد الزواج.

كل ذلك طبعا لم يكن أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فيطبق القانون الجزائري وحده طبقا للمادة 13 من القانون المدني أو كان في تطبيق القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

1-3- القانون واجب التطبيق على النسب: خص المشرع الجزائري النسب بقاعدة إسناد خاصة ابتداء من سنة 2005 حين تم تعديل القانون المدني بالقانون 05-10 أين أضيفت المادة 13مكرر للقانون المدني، وقبل 2005 كان يخضع النسب للقانون واجب التطبيق على آثار الزواج.

ونصت المادة 13 مكرر من القانون المدني على ما يلي:(يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون الأب جنسية الأب وقت الوفاة).

ومقتضى هذه المادة أن على القاضي أن يبحث عن جنسية الأب عندما ولد الطفل، أي يجب عليه التحقق من تاريخ الولادة وهو ما قد يحيله بالضرورة للمادة 10 لتحديد القانون واجب التطبيق على كيفية إثبات تاريخ الولادة باعتبارها من مسائل الحالة. وحين يحدد ذلك يقوم بتطبيق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل على النزاع المعروض أمامه حول النسب، سواء من حيث إثباته أو إنكاره.

ووضع المشرع في الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر افتراضا حول وفاة الأب قبل الولادة، فجعل جنسية الأب قبل وفاته هي الأساس في حل النزاع المتعلق بثبوت نسبه له.

وقد جاء نص المادة 13 مكرر خاليا من أي إشارة إلى وجود عقد زواج من عدم وجوده، وذلك ليفسح المجال أمام الأجانب للتنازع حول إثبات النسب وفق قوانينهم لأنه لو ظل على اعتباره له أثرا للزواج كان سيقع في مشكلة مع رعايا الدول التي تعترف بالإنجاب خارج مؤسسة الزواج.

1-3- القانون واجب التطبيق على الكفالة والتبني: المقصود بالكفالة هنا هي التكفل بشؤون الطفل ورعايته والإنفاق عليه المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، وكانت قبل 2005 تعتبر من بين آثار الزواج، وتخضع للقانون واجب التطبيق على آثار الزواج. والتبني هو أن ينسب الشخص إليه طفلا ليس منه فهي بنوة مصطنعة ولم ينص عليها المشرع الجزائري ولم يخصص لها ضابط إسناد.

وفي سنة 2005 بموجب القانون 05-10 أدرج المشرع المادة 13 مكرر1 والتي جاء فيها:(يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل، وتطبيق نفس الأحكام على التبني).

وعليه يجب أن تكون الكفالة صحيحة في قانون الكافل (المشرع استخدم لفظ الكفيل وهو مخطئ في ذلك لأن الكافل هو من تكفل بالطفل والكفيل هو من يضمن الدين)وقانون الطفل المكفول على حد سواء، أي تطبيق تجميعي وليس تطبيقا موزعا فقط، وما يعزز هذا الطرح هو إخضاع المشرع التبني لنفس أحكام الكفالة فلا يصح التبني إلا إذا كان صحيحا في قانون المتبني والطفل المتبنى معا. وفي كل ذلك منع محماية من التلاعب بأحكام النسب بحيلة العنصر الأجنبي.

فإذا صح الكفالة أو التبني فإن القانون واجب التطبيق على آثارهما هو قانون جنسية الكافل.

1-4- القانون واجب التطبيق على الالتزام بالنفقة بين الأقارب: النفقة المقصودة هنا ليست هي النفقة بين الزوجين التي تعتبر أثرا من آثار الزواج، وإنما هي النفقة الواجبة للأقارب ويقصد بها نفقة الأبناء ونفقة الآباء عند لزومها وكذا بقية الفروع والأصول والحواشي والتي يقرها القانون لسد الحاجة والعوز عنهم.

ونص المشرع الجزائري على قاعدة الإسناد الخاصة بالنفقة بين الأقارب في المادة 14 من القانون المدني التي نصت:(يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها) ويقصد بذلك أن نطبق قانون جنسية المدين بالنفقة وهو ما يكون عادة ذاته قانون جنسية مستحقي النفقة. وهو بذلك القانون الذي يحدد مقدار النفقة وشروط استحقاقها وأسباب سقوطها.

1-5- القانون واجب التطبيق على النظم المقررة لحماية القصر: وذكر منها المشرع الولاية والوصاية والقوامة التي يخضع لها القصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود، ونص المشرع على قاعدة الإسناد الخاصة بها في المادة 15 من القانون المدني أين تضمنت المادة فقرتين؛ في الفقرة الأولى حدد المشرع الجزائري القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للنظم القانونية المقررة لحماية القصر وجعل المشرع ضابط الإسناد هو جنسية الشخص الخاضع لهذه الحماية، فلو تنازع شخصان مثلا حول الولاية على طفل أو تمت المطالبة بالحجر على شخص أجنبي لأي سبب من أسباب الحجر فإن قانون جنسية الطفل هو الذي يحدد لنا من هو صاحب الحق في الولاية عليه ومتى يستحق الشخص الحجر. أما المسائل الإجرائية المتعلقة برفع الدعوى وإجراءاتها فتخضع لقانون القاضي.

أما الفقرة الثانية في المادة 15 فقد أعطت الاختصاص للقانون الجزائري بالنسبة التدابير الاستعجالية المقررة للقصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود في حالتين:

- إقامة الشخص الخاضع للحماية في الجزائر،
- وجود الأموال التي تتعلق بها التدابير الاستعجالية في الجزائر.

1-6- القانون واجب التطبيق على الميراث والوصية والهبة والوقف: اعتبر المشرع الجزائري هذه المسائل تابعة لفئة الأحوال الشخصية ولم يدرجها ضمن نظام الأموال رغم تعلقها بالمال وذلك لأن العنصر الشخصي فيها متغلب على العنصر المالي.

وقد نصت المادة 16 من القانون المدني على القانون واجب التطبيق في النزاع ذي العنصر الأجنبي المتعلق بالميراث والوصية والهبة والوقف علما أن الهبة والوقف لم يكن منصوصا عليهما قبل 2005 وإنما تم إدراجهما بموجب القانون 05-10 سالف الذكر.

في الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني القانون واجب التطبيق على الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بأنه قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر من التصرف قبل موته، وعليه فإن القاضي الجزائري إذا طرح عليه نزاع يتعلق بالميراث كالحقوق المتعلقة بالتركة أو أسباب الميراث وشروطه وموانعه وأنصبة الورثة أو نوزع في صحة الوصية أو نفاذها أو نوزع في صحة المتصرف وأنه كان في مرض الموت، كل ذلك يخضعه القاضي لقانون جنسية المورث أو الموصي أو الشخص الذي تصرف قبل موته.

وفي الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون المدني، نص المشرع على أن القانون واجب التطبيق على الهبة أو الوقف هو قانون جنسية الواهب أو الوقف وقت إنشائهما **(المشرع استخدم لفظ إجرائهما)**، حيث إذا نوزع في صحة الهبة أو أثر من آثارها لا سيما مسألة الرجوع في الهبة من عدمه وكذا مسألة من مسائل الوقف خصوصا ما تعلق بإمكانية الرجوع عن الوقف..الخ، فإن القاضي ينظر في قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إنشاء هذين التصرفين، وذلك تفاديا لتغيير الجنسية وما ينجر عنه من تغيير للقواعد الموضوعية المطبقة على موضوع النزاع.

ولكن المشرع الجزائري لم يحدد القانون واجب التطبيق على شكل الوصية وبقية التبرعات، رغم أنه كان ينص على ذلك قبل 2005 حين كان شكل الوصية يخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وبعد إلغاء هذا الحكم سنة 2005، قال بعض شراح القانون أن تطبق على شكل الوصية أحكام المادة 19 من القانون المدني أي القانون واجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية، ولكن تطبيق هذه المادة سيحيلنا لقانون محل إبرام الوصية أو القانون الذي يسري على موضوعها وهو قانون جنسية الموصي وقت إبرامها.

وبهذا ننهي ما تعلق بالقانون واجب التطبيق على الأحوال الشخصية وننتقل فيما يلي للقانون واجب التطبيق على الأموال.

2- القانون واجب التطبيق على الأموال: تقسم الأموال تقسيما ثنائيا تقليديا إلى عقارات ومنقولات، والمنقولات منها ما هو منقول مادي ومنها ما هو منقول معنوي،وفي 2005 بمناسبة تعديل القانون المدني أضاف المشرع قاعدة إسناد خاصة بالأموال المعنوية ويقصد بها حقوق الملكية الفكرية أي الملكية الأدبيةوالفنية والعلامة التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وبراءة الاختراع.

وتتميز الأموال في نطاق القانون الدولي الخاص بأن تكييفها لا يخضع لقانون القاضي بل لقانون الدولة الذي توجد فيها هذه الأموال، والذي لن يكون دائما قانون القاضي، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة

17 من القانون المدني الجزائري بقولها:(يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها). ومعنى ذلك أن القاضي الجزائري حين يعرض عليه نزاع حول مال معين خارج الجزائر فإنه يبحث أولا في قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال ويرى ما هي طبيعته القانونية في تلك الدولة وهل هو عقار أم منقول وهل منقول مادي أم معنوي أم من حقوق الملكية الفكرية..الخ. بغض النظر عن تكييف المتقاضين لنزاعهم وبغض النظر عن تكييف القانون الجزائري، أما لو كان المال موجودا في الجزائر فالقاضي الجزائري يحدد طبيعته وفق القانون الجزائري.

وضابط الإسناد المتبع في نطاق الأموال في القانون الدولي الخاص هو ضابط المحل أو موقع الأموال، وهو ما يعتبر تجسيدا لمبدأ إقليمية القوانين، ومبررات الأخذ بضابط موقع المال كثيرة أهمها:

– **ضمان استقرار المعاملات الواردة على الأموال**، لأن بعض الأموال وخصوصا العقارات تخضع لإجراءات خاصة التعاقد عليها ونقل ملكيتها لا سيما نظام الشهر العقاري والذي يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها العقار فلو طبقنا عليه قانونا أجنبيا لما أمكن حماية التصرفات القانونية ولا مصالح الغير.

– الاختصاص القضائي يثبت من حيث الأصل للمحكمة التي يقع المال في دائرة اختصاصها وبالتالي يكون قانون تلك الدولة أوى بالتطبيق.

– حماية المصالح الاقتصادية للدولة التي يقع فيها المال خصوصا العقارات التي كانت ولا تزال ثروة لا غنى عنها للدولة فلا تسمح بتطبيق قانون دول أخرى عليها، وهو ما يتصل بالضرورة بمبدأ الإقليمية لأن العقارات جزء من إقليم الدولة.

2-1- القانون واجب التطبيق على العقارات: جاء في مستهل الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون المدني الجزائري:(يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار)، فالمشرع نص على مسائل تتصل بالعقار وهي الحيازة كواقعة مادية تستحق الحماية القانونية أو باعتبارها سببا لكسب الملكية إذا اقترنت بالتقادم المكسب، إضافة إلى الملكية وهي حق عيني أصلي وما يرتبط بها أنواع الملكية وطرق تسييرها وأيضا ما يتفرع عن حق الملكية من حقوق وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن، وأيضا سلطات المالك في التصرف والاستعمال والاستغلال والقيود الواردة على هذا الحق سواء كانت اتفاقية أو قانونية، ونجد أيضا الحقوق العينية التبعية التي جرى الفقه القانوني على إدراجها ضمن الفئة المسندة المتعلقة بالعقار باستثناء بعض حقوق الامتياز التي ترد على المنقول.

وبالتالي بعد أن يتأكد القاضي أن النزاع ذو العنصر الأجنبي يتعلق بعقار وفق مفهوم قانون موقعه، يطبق على النزاع المعروض أمامه قانون الدولة موقع العقار في حل النزاع بغض النظر عن جنسية الأطراف أو محل إقامتهم.

ويستثنى من قاعدة الإسناد هذه ما تعلق بالعقارات الموقوفة أو الموهوبة أو الموصى بها أو التي تكون جزءا من تركة فإنها تخضع لضابط الإسناد سابق الذكر في القانون واجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية إلا فيما تعلق مسائل الشهر العقاري.

2-2- القانون واجب التطبيق على المنقولات المادية: جاء في تكملة الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون المدني الجزائري:(ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها).

ومقتضى هذه الفقرة أن القاضي بعد أن يتأكد من تكييف المال أنه منقول طبقا لقانون الدولة التي هو متواجد فيها وقت عرض النزاع عليه، يتجه للبحث عن **تاريخ نشوء السبب الذي أدى** إلى كسب الحيازة أو الملكية أو أي من الحقوق العينية التي قد ترد على المنقول ومن بينها الرهن وحقوق الامتياز، ومن يبحث عن مكان تواجد المنقول في ذلك الوقت ليطبق عليه قانون الدولة التي كان فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي أدى إلى كسب الحق العيني على المنقول.

فمن اشترى منقولا معينا بالذات في الجزائر يعتبر قد تملكه منذ العقد، أما إذا كان معينا بالنوع فقط وتعاقد عليه بالجزائر ولكن لم يفرز إلا في تونس فالملكية انتقلت بالإفراز في تونس وبالتالي سبب اكتساب الملكية تم في تونس. فيطبق القانون التونسي في هذه الحالة.

ونفس الطريقة تطبق على فقدان الحق على المنقول المادي، مثل سقوط الحق في المطالبة باسترداد المنقولات.

ويستثنى من هذه الأحكام المنقولات التي تعتبر جزءا من تركة، وكذا السفن والطائرات التي تتبع قانون دولة العلم لأنهما امتداد لإقليم هذه الدولة، أما القطارات فهي تخضع لقانون الدولة التي تملكها والسيارات لقانون الدولة التي سجلت فيها، مع التأكيد على أنه متى وجدت اتفاقية دولية تحدد كيفية حل النزاعات ذات الطابع الدولي الخاص حول بعض المنقولات لا سيما التجارة الدولية والسفن والطائرات فهي التي تطبق.

2-3- القانون واجب التطبيق على الأموال المعنوية: تم النص عليها بالمادة 17 مكرر من القانون المدني المضافة بالقانون 05-10 سالف الذكر، حيث وضع لها المشرع قاعدة إسناد خاصة بعد أن ظلت تخضع للمادة 17 والاتفاقيات الدولية التي انضمت وتنضم إليها الجزائر.

ويقصد بالأموال المعنوية الحقوق الذهنية أو حقوق الملكية الفكرية التي تتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والعلامة التجارية والاسم التجاري والرسوم والنماذج الصناعية وبراءات الاختراع، وهذه الحقوق تتضمن جانبين جانب مادي يتضمن عقود الاستغلال التي ترد عليها وجانب معنوي أدبي يتعلق بنسبة العمل الأصيل لصاحبه وبقائه باسمه.

وجاء في نص المادة 17 مكرر من القانون المدني قاعدة إسناد عامة في الفقرة الأولى تقضي بأنه:(يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها)، حيث أن لكل نوع من الأنواع المذكورة أعلاه طريقة لاكتسابه وهو ما يحدده قانون محل وجودها، والذي تولت الفقرات الموالية تحديده كالتالي:

– **يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه:** المصنف هو الإبداع الأصيل للمؤلف ويكون في صيغة فردية أو مصنف جماعي يدعو إليه شخص طبيعي أو معنوي وينسب له أو مصنف مشترك لمجموعة مؤلفين، أو ترجمة لأحد الأعمال..الخ. ويعتبر محل هذا المصنف هو المكان الذي تم فيه أول نشر له أي وضعه في الصيغة أو الشكل المطلوب وتبليغه للجمهور بطبعه وتوزيعه عبر الدعامة الورقية أو الالكترونية. فإذا لم يكن قد نشر بعد، يعد محل للمصنف مكان إبداعه وهو ما يكون عادة موطن المؤلف أو مكان تسجيله في المصلحة المكلفة بحماية حقوق المؤلف (مثل الديوان الوطني لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في الجزائر).

– **يعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها:** فالشخص المبتكر حين يكتشف أو يتوصل إلى اختراع ما يتقدم للهيئة المكلفة ببراءات الاختراع التي يختارها لحماية اختراعه وتسجيله باسمه وهي تتحقق قبل أن تسلمه الشهادة من توفر الشروط المطلوبة لمنحه شهادة تسمى براءة الاختراع تثبت أنه أول من اخترع ذلك الشيء (مثل المعهد الوطني للملكية الصناعية في الجزائر)، فالدولة التي تم فيها منح المخترع براءة الاختراع هي التي يسري قانونها على المنازعات المتعلقة بها.

– **يعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا وأودعا فيه:** الرسوم والنماذج الصناعية هي مجموعة من الخطوط أو الألوان أو الأشكال المنسجمة التي تعطي للمنتج الصناعي أو التقليدي مظهرا خاصا. وتحمي الجانب الزخرفي أو الجمالي لمنتج مفيد وتخاطب حاستي البصر أو اللمس ويمكن نسخها بكميات كبيرة، ويتم تسجيلها وإيداعها لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية من أجل تسجيلها باسم صاحبها وحمايته من السرقة والتقليد ويكون الرسم أو النموذج المودع هما أساس المقارنة حين الادعاء بالسرقة أو التقليد والأسبقية بتاريخ

الإيداع ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. ولأجل هذه الاعتبارات كلها يطبق قانون البلد الذي تم فيه تسجيل وإيداع الريم أو النموذج الصناعي.

– **يعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال:** العلامة التجارية هي عبارة عن رمز تعريف أو علامة أو شعار أو اسم أو كلمة أو جملة يستخدمها التاجر و/ أو الشركات لتمييز منتجاتها عن بقية المنتجات الأخرى. فالدولة التي توجد فيها المؤسسة صاحبة العلامة التجارية وتمارس فيه نشاطها هي التي تخضع العلامة التجارية لقانونها، لأن العلامة التجارية الغاية منها هي كسب الشهرة والزبائن وهو ما يتوفر في مكان الاستغلال لهذه العلامة.

– **محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيس للمحل التجاري:** من حق صاحب المحل التجاري أن يتخذ له اسما معينا يشتهر به، وهو من أهم عناصر المحل التجاري، ويحق لصاحب المحل التجاري أن ينازع من يقلده بدعوى المنافسة غير المشروعة، وليس بالضرورة أن يكون محلا واحدا، فيكون هناك قيد رئيسي وآخر ثانوي، أو ما يسمى بالمقر الرئيسي والفروع وهو ما قد يمتد عبر الدول.

لأجل ذلك فإن الدولة التي يوجد فيها المقر الرئيسي للمحل التجاري هي التي يطبق قانونها على النزاع المثار بمناسبة المحل التجاري.

وبهذا ننهي ما تعلق بالقانون واجب التطبيق على الأموال وننتقل لنرى القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

3– القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية: يقصد بالالتزامات التعاقدية، ما ينشأ عن العقود من التزامات متبادلة بين أطرافها، وهي تخضع من حيث الأصل إلى إرادة الأطراف، طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين حتى في نطاق القوانين الداخلية، واحتراما لهذا المبدأ فقد تبنته التشريعات الحديثة حين وضعها لقواعد تنازع القوانين فجعلت الضابط الأساسي لتحديد القانون واجب التطبيق هو القانون الذي اختاره المتعاقدان أو ما اصطلح على تسميته (قانون الإرادة). ولكن الأمر لم يترك على إطلاقه بل تم تقيده ببعض الضوابط ومن بينها أن يكون القانون المختار له صلة بالطرفين أو بمضمون العقد. مع وضع ضوابط احتياطية تساعد القاضي على تحديد القانون واجب التطبيق إذا لم يستطع تحديد القانون الذي اختاره الطرفان المتعاقدان.

وقد اعتمد المشرع الجزائري هذا الأسلوب في القانون المدني في المادة 18 منه حينما نص في الفقره الأولى على ضابط الإسناد الأصلي المطبق على الالتزامات التعاقدية بقولها:(يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو العقد) ومقتضى هذا النص أن المتعاقدين هما من يحددان القانون واجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي ليحل النزاع بناء على قواعد هذا

القانون المختار من المتعاقدين. ولكن المشرع وضع شرطا لتطبيق القانون المختار وهو أن يكون له صلة بالمتعاقدين (كأن يكون قانون جنسية أحدهما أو قانون موطن أحدهما) أو يكون له صلة بالعقد (قانون محل إبرام العقد/ قانون مكان تنفيذ العقد).

فإذا لم يتمكن القاضي من التأكد من أن القانون المختار من طرف المتعاقدين على صلة بهما أو بالعقد، لجأ إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في الفقرة 2 من المادة 18 من القانون المدني وهي:

– **قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين:** فإذا وجد القاضي أن الطرفين موطنهما واحد طبق قانون الموطن المشترك فإذا لم يجد طبق الجنسية المشتركة فإذا كان موطنهما مشتركا وجنسيتهما مشتركة يرجح قانون الموطن.

– **قانون محل إبرام العقد:** إذا لم يكن الطرفان من نفس الموطن ونفس الجنسية طبق القاضي قانون محل إبرام العقد.

واستثناء فيما تعلق بالعقود الواردة على عقار يطبق على مضمون العقد قانون موقع العقار. طبقا للفقرة 3 من المادة 18 من القانون المدني.

كما تستثنى عقود العمل الدولية والعقود ذات الطابع الشخصي ومسائل أهلية المتعاقدين من نطاق المادة 18 من القانون المدني.

4– القانون واجب التطبيق على شكل التصرف القانوني: شكل التصرف القانوني هو المظهر الخارجي الذي يظهر للناس به، أي هل هو رضائي أم رسمي أم عرفي، سواء للإثبات أو النفاذ، والطقوس والإجراءات اللازم القيام بها لتمام ذلك.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 19 منه على القانون واجب التطبيق على شكل التصرف القانوني حين وضعت ضابطي إسناد، الأول هو القاعدة العامة والثاني هي قواعد بإمكان الأفراد اللجوء إليها بدلا عن الضابط الأول.

حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون المدني الجزائري أنه:(تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه).

فإذا لم يختر المتعاقدان قانون محل إبرام العقد فإن لهما اختيار إحدى الضوابط التالية التي نصت عليهما المادة 19 فقرة 2:

– قانون الموطن المشترك للمتعاقدين،

– القانون الوطني المشترك للمتعاقدين (قانون جنسيتهما المشتركة)،

– القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف.

ويستثنى من تطبيق قانون محل إبرام العقد على شكل التصرفات القانونية التصرفات التالية:

– الأشكال الخاصة بالتصرفات الواردة على عقار لأنها تخضع لقانون موقعه بما فيها أشكال الشهر العقاري،

– الأشكال الخاصة بإجراءات الدعوى، لأنها تخضع لقانون الدولة التي ترفع فيها، طبقا للمادة 21 مكرر من القانون المدني.

5– القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية: المقصود بالالتزامات غير التعاقدية هو الفعل الضار المنشئ للمسؤولية أي المسؤولية التقصيرية سواء كانت عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو فعل الشيء، وكذا الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب وتطبيقاته المتمثلة في الفضالة ودفع غير المستحق. كل هذه المسائل جمعها المشرع الجزائري في قاعدة إسناد واحدة، في المادة 20 من القانون المدني التي نصت في الفقرة الأولى منها:(يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام). أي إذا ادعى أحد على آخر بأنه أصابه ضرر نتيجة فعله الشخصي، يجب على القاضي إذا توفر العنصر الأجنبي، أن ينظر إلى قانون الدولة التي وقع فيها هذا الفعل وهل يرتب قانون تلك الدولة على وقوعه التزاما أم لا ومن ثم يناقش مدى توفر شروط قيام المسؤولية.

ولكن استثناء من ذلك وفيما تعلق بالفعل الضار فإنه لا ينظر لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار إذا كان يعتبر عملا مشروعا في الجزائر. طبقا لما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 20 من القانون المدني.

وبهذا نكون قد انتهينا من التطبيقات العملية لقواعد تنازع القوانين الواردة في القانون المدني الجزائري، ونذكر هنا أن هناك قواعد خاصة في قوانين خاصة متفرقة. وننتقل الآن لأخر عنصر وهو كيفية تطبيق القانون الأجنبي وأسباب استبعاده.

رابعا: كيفية تطبيق القانون الأجنبي وأسباب استبعاده:

ذهب الاتجاه الحديث في الفقه القانوني إلى أن القانون الأجنبي في إطار القانون الدولي الخاص يحتفظ بطبيعته كقانون وعلى القاضي إذا أحالت قواعد إسناده على قانون أن يطبقه في مجموعه أي التشريع الأجنبي الخاص بتلك المسألة بصفة عامة. وأساس تطبيق القانون الأجنبي هنا هو إلزامية قاعدة الإسناد الوطنية للقاضي الوطني، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية.

ويمكن للقاضي أن يستعين بالخصوم لإثبات القانون الأجنبي ما دام ذلك في مصلحتهم، وعليه أن يجتهد في البحث عنه والبحث فيه عن حل للنزاع المطروح.

ولكن إذا لم يتمكن القاضي من ذلك ولم يستطع المتخاصمان ذلك (رغم صعوبة تصور ذلك حاليا)، فإنه يطبق قانون الوطني طبقا لما ورد في المادة 23 مكرر من القانون المدني المضافة بالقانون 05-10 سالف الذكر.

ولكن حتى ولو تم إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي فإنه يمكن له استبعاده وعدم تطبيق في حالات هي:

– مخالفة هذا القانون للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وهنا يطبق القانون الجزائري طبقا للمادة 24 من القانون المدني.

– إذا ثبت الاختصاص لهذا القانون الأجنبي بواسطة الغش نحو القانون، ويقصد به القيام بأعمال من شأنها تغيير ضابط الإسناد تحايلا على ضابط الإسناد الذي كان من المفروض أن يحدد القانون واجب التطبيق، وفي هذه الحالة يطبق عليه ضابط الإسناد الحقيقي. كجزائري يغير جنسيته حتى يتحايل على الضوابط المقررة لتعدد الزوجات، فيطبق عليه القانون الجزائري ولا يستفيد من الجنسية الجديدة.

إلى هنا ننتهي من أحكام تنازع القوانين طبقا للقانون الجزائري.

والله أعلم وهو ولي التوفيق