محاضرات في القانون الدولي الخاص

د مقراني خلود

القانون هو مجموع القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع وتكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة المختصة في الدولة عند الاقتضاء، و يطبق القانون على كافة مواطني الدولة و على كل إقليمها.

إلا أنه قد يحدث و يطرأ على العلاقة القانونية عنصر أجنبي مما قد يؤدي إلى نشوء نزاعات قانونية تقتضي تدخل القاضي لإيجاد حلول مناسبة لها ، هنا القاضي لايستطيع تطبيق قانونه الوطني لوجود العنصر الأجنبي الذي بدوره يخضع لقانون دولته، وبالتالي احتمالية تطبيق القانون الأجنبي .(مكتسبات قبلية)

هذا مايؤدي بالقاضي للبحث عن القانون الأصلح لتطبيقه على هذا النزاع ويكون بين فرضين إما تطبيق قانونه الوطني او تطبيق القانون الأجنبي وهذا ما اصطلح على تسميته بقواعد تنازع القوانين أو القانون الدولي الخاص .

وللقانون الدولي الخاص مجموعة من المواضيع وهي: الجنسية، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، المركز القانوني للأجانب، تنفيذ الأحكام الأجنبية، و الموطن.

إلا أن محور دراستنا هو موضوع قواعد التنازع.

أولا: مفهوم القانون الدولي الخاص :

ثانيا: مصادر القانون الدولي الخاص

تتنوع المصادر إلى مصادر رسمية و أخرى تفسيرية على النحو الذي سنفصله :

1-المصادر التفسيرية

يقصد بالمصدر الأصلي الذي تفيض منه مباشرة القاعدة القانونية الملزمة، وهو المصدر الرسمي (Source Formelle)، والمصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص هي :

– التشريع .

–العرف الدولي.

الاتفاقيات الدولية.

2–المصادر التفسيرية :

وهي المصادر الغير ملزمة لقاضي الموضوع حيث يأخذ بها على سبيل الاستئناس وهي:

–أحكام القضاء الدولي.

–الفقه الدولي.

ثالثا: الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص

المقصود هنا بالطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص هي هل قواعده تدحل ضمن فروع القانون الخاص أو القانون العام وهل قواعده موضوعية أوو شكلية,

1–هل القانون الدولي الخاص يدخل ضمن فروع القانون العام أو الخاص :

هناك اتجهان فقهيان يختلفان حول الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص كما يلي(6) :

الاتجاه الأول: يقول أنه فرع من فروع القانون الخاص كونه ينظم مسائل التنازع بين القوانين فيما يتعلق بعلاقات قانونية خاصة (فردية),

أما الاتجاه الثاني: يقول هو فرع من فروع القانون العام، لأنه ينظم الجنسية كعلاقة سياسية تربط الشخص بالدولة وتستقل الدولة بوضع قواعدها، وهي رابطة تصنف ضمن القانون العام كما انتهت إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية. ويخضع تحديد الموطن ومركز الأجانب لاعتبارات سياسية وتعنى بشؤون الأجانب مصالح إدارية.

لا يمكن الجزم بأنه فرع من القانون العام أو الخاص؛ بل هو فرع قائم بذاته من فروع القانون الداخلي، يضم خليطا من القواعد؛ بعضه من قواعد القانون العام وبعضه من قواعد القانون الخاص

2-هل قواعده إجرائية أو شكلية:

قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد شكلية وليست قواعد موضوعية، أما قواعد تنازع الاختصاص القضائي فهي قواعد موضوعية لأنها تتكفل ببيان اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، وكذلك الأمر بالنسبة لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في الدولة؛ والقواعد الخاصة بمركز الأجانب وتلك الخاصة بالجنسية كلها قواعد موضوعية، لأنها تفصل مباشرة في المسألة بدل الاكتفاء ببيان القانون الذي يحكمها كما هو الحال في قواعد تنازع القوانين(7).

أولا: مفهوم تنازع القوانين:

تعتبر قواعد التنازع من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، و لا تثور حالات تنازع القوانين إذا كان كل اطراف العلاقة القانونية وطنيين فهنا نطبق القانون الوطني ، وهذا عملا بمبدأ إقليمية القوانين و مبدأ شخصية القوانين.

في حين يثور إشكال تنازع القوانين في حالة مإذا شاب العلاقة الاقنونية عنصرا أجنبيا ومثالها : زواج جزائري بأمريكية، أو كاتفاق شركة جزائرية وشركة صينية على مشروع لتحلية مياه البحر، في حالة حدوث نزاع سواء في المثال الأول أو الثاني يجد القاضي نفسه في معضلة وهي هل يطبق القانون الوطني أو الأجنبي .

فما المقصود بتنازع القوانين و ماهي شروطه؟؟

1- تعريف تنازع القوانين

قد تتصل علاقة قانونية خاصة بعنصر أو أكثر من عنصر بأكثر من قانون كقانون جنسية الأطراف، مكان إبرام العقد، موقع الأموال..الخ، لذلك يعرف تنازع القوانين بأنه: تزاحم قانونين أو أكثر على حكم العلاقة القانونية التي تتضمن عنصرا أجنبيا ، فهي تحدد للقاضي القانون الواجب التطبيق .

ويصطلح على تسميتها قواعد الاسناد.

2- شروط تنازع القوانين

لابد من أن تتوافر العلاقة على مجموعة من الشروط نلخصها كما يلي :

1- علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي: فقد يكون العنصر الأجنبي في جنسية أحد أطراف العلاقة القانونية، أو موضوعها أو سببها.

2-أن نكون بصدد علاقة قانونية خاصة: أي النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التي ينظمها فروع القانون الخاص، وبالتالي يخرج من نطاق تنازع القوانين القانون العام و فروعه.

3-أن يكون التنازع قائما بين قوانين دول مختلفة: أي دول ذات سيادة و عليه لاوجود لتنازع القوانين في الدول الفديرالية و الدول الطائفية و المستعمرة.

4- قبول المشرع تطبيق القانون الأجنبي .

5-أن يكون هناك اختلاف في التشريع الذي يحكم العلاقة بين الدول: ففي حالة تشابه الأحكام لا ضرر من تطبيق أحدهما .

قواعد الاسناد

إن العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي هي التي تثير إمكانية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي إلى أن هذا التطبيق لا يكون بصفة مباشرة إلا بعد المرور بقواعد الاسناد فهي التي تشير لنا بالقانون الواجب التطبيق سواء كان القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

أولا: تعريف قواعد الاسناد

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديدها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات وتلك القاعدة، وإن اتفقت مع قواعد القانون الأخرى؛ فإنها تتمتع بصفاتها وخصائصها من حيث كونها عامة ومجردة وتهدف لتنظيم مراكز قانونية معينة وصادرة عن سلطة عامة؛ ومع ذلك فقد اختلف الفقه في طبيعتها القانونية بسبب وظيفتها الإرشادية والتوجيهية لحل تنازع القوانين دون إيجاد الحل الموضوعي له وكذا طريقة إعمالها .(10)

و الهدف من قواعد الاسناد أنها قواعد ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق و لاتعطيه الحل المباشر للنزاع.

ثانيا: عناصر قاعدة الاسناد

– عناصر قاعدة الاسناد:

لقاعدة الاسناد ثلاثة عناصر هي:

– الفئة المسندة: المسائل القانونية المتقاربة أو المتشابهة يجمعها المشرع في فئة واحدة وهذا لأن المسائل القانونية كثيرة ومتنوعة لا يمكن حصرها لذلك يستحيل أن يوضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، مثالها نص المادة 10 من القانون المدني التي تنظم الأهلية التي أخضعها المشرع لقانون جنسية الأشخاص,

–ضابط الاسناد: هو الأداة التي تربط بين الفئة المسندة و القانون المسند إليه ، فكل فئة تتضمن ضابط إسناد معين ، فمثلا فيما يخص الشروط الموضوعية للزواج فإن ضابط الاسناد هو الجنسية حسب نص المادتين 11و 13.

–القانون المسند إليه: وهو القانون الواجب التطبيق الذي أشار به ضابط الاسناد..

ثالثا: خصائص قاعدة الاسناد:

– قاعدة إرشادية: تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق.

–قاعدة غير مباشرة: فهي لا تعطينا الخل المباشر للنزاع بل ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق الذي يحتوي على حل النزاع.

–قاعدة مزدوجة: فهي تشير بتطبيق إما القانون الوطني او الأجنبي ومثالها نص المادة 10 التي تنص على أن الأهلية يحكمها قانون جنسية الأطراف ففي هاته الحالة يمكن أن يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي .

رابعا: إلزامية قواعد الاسناد

على المستوى الفقهي فنجد أن الفقه قد اختلف حول إلزامية قواعد الاسناد وذلك من خلال اتجاهين ، اتجاه أول يقول بعدم الزاميتها وعليه لايجوز للقاضي إعمالها من تلقاء نفسه بل هي موقوفة على طلب الخصوم .

واتجاه ثاني يقول بالزاميتها وعلى القاضي إعمالها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلبها الخصوم لأنها من النظام العام.

و بالرجوع لأحكام تنازع القوانين من حيث المكان في الفصل الأول من القانون المدني لانجد نصا صريحا حول إلزامية قواعد الاسناد بالنسبة للقاضي الجزائري، لكن بالرجوع لصياغة المواد نجد أنها جاءت على سبيل الأمر و عليه على القاضي إعمالها من تلقاء نفسه .

التكييف و الاحالة :

أولا: التكييف

قبل إسناد العلاقة القانونية المشتملة على عنصر اجنبي لابد أولا من تكييف هاته العلاقة في حد ذاتها قبل تحديد القانون الذي يحكمها .

والتكييف هو إعطاء الوصف القانوني للواقعة محل النزاع– و هو عملية سابقة للاسناد،

تعريف التكييف:

والتكييف هو نطاق القانون الدولي الخاص وهو تحديد الوصف القانوني للواقعة محل النزاع المعروض على القاضي عن طريق تحليل عناضرها و جزئياتها حتى يتمكن من وضعها ضمن إطار إحدى الفئات التي خصها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قاون معين عليها.

والجدير بالذكر أن التكييف ليس حكرا على القانون الدولي الخاص فقط بل هو وثيق الصلة مع فروع القانون الأخرى، ففي القانون الجنائي مثلا لابد من تكييف الفعل الذي يشكل الجريمة بإعطائه الوصف القانوني السليم كأن يمون سرقة أو اختلاس مثلا.

و التكييف هو عملية سابقة على الاسناد ، فقبل تحديد اقانون الواجب التطبيق الذي تشير به قاعدة الاسناد لابد من إعطاء الواقعة الوصف القانوني السليم.

فالخطأ في التكييف يؤدي إلى الخطأ في الإسناد و الخطأ في الإسناد يؤدي إلى الخطأ في تعيين القانون الواجب التطبيق وهذا مايؤدي إلى حرمان شخص من خقوقه أو إعطاء شخص حق لا يستحقه.

ظهور ونشأة نظرية التكييف

يعود الفضل في ظهور نظرية التكييف بدرجة أولى للفقيه الفرنسي بارتان و من بعده للفقيه الألماني كاهان

واكتشف بارتان نظرية التكييف وهو بصدد دراسة أحكام القضاء الفرنسي القديم ، ولفت انتباهه قضيتين شهيرتين عرفتا بوصية الهولندي و قضية زواج المالطي.

-قضية وصية الهولندي:

تتلخص وقائع هاته القضية في أن مواطن هولندي هاجر إلى فرنسا وقام بتحرير وصية عرفية لأحد أقاربه فرنسا على الرغم من أن القانون الهولندي يمنع تحرير الوصية العرفية ولو بالخارج،وهذا معناه بطلان الوصية وقفا للقانون الهولندي وبعد وفاة الهولندي واكتشاف ورثته للوصية طعنو في صحتها وطالبو بإبطالها وفقا للقانون الهولندي أمام القضاء الفرنسي

فقام القاضي بتكييف القضية واعتبرها شكلية و الشكل يخضع لقانون المحلي قاعدة لوكيس، وبما أن القانون الفرنسي يبيح الوصايا العرفية حكم القاضي بصحة الوصية,

هنا تفطن بارتان إلى وجود تنازع خفي بين القانون الهولندي و الفرنسي في تكييف الواقعة، فماذا لو كيف القاضي الفرنسي النزاع على أنه متعلق بالأهلية وعليه يعود الاختصاص للقانون الهولندي و بالتالي بطلان الوصية.

-قضية زواج المالطي (نصيب الزوج المحتاج)

تتلخص وقائع هاته القضية في أن زوجين من مالطا هاجرا للجزائر وقت الاستعمار، و أقاما فيها بعدها توفي الزوج المالطي تاركا وراءه أموالا منقولة وعقارات ولم يترك أولاد، فرفعت الأرملة دعوى أمام قضاء البليدة مطالبة بنصيب الزوج المحتاج الموجود في القانون المالطي، لأن هذا الأخير لايعرف الميراث .

هنا يقول بارتان لو أن القاضي كيف القضية وفقا للقانون المالطي ستحصل على نصيبها أما لو كيفها وفقا للقانون الفرنسي فستحرم من نصيبها.

ومن هنا تطفن بارتان لنظرية التكييف، لكن ظهر إشكال جديد وهو وفقا لأي قانون يقوم القاضي بعملية التكييف؟؟.

القانون الواجب التطبيق على التكييف

للإجابة على التساؤل السابق أي وفقا لأي قانون يقوم القاضي بتكييف النزاع ظهرت نظريات تحول الإجابة نبينها كمايلي:

1- إخضاع التكييف لقانون دولة القاضي:

تنسب هاته النظرية للفقيه الفرنسي بارتان، ومفاد هاته النظرية أن القاضي عندما يكون بصدد نزاع يشتمل على العنصر الأجنبي يقوم بتكييفه وفقا لقاون دولته وهذا عملا بمبدأ السيادة.

تعرضت هذه النظرية للانتقاد بسبب مبدأ المعاملة بالمثل المتعارف عليه بين الدول، و المصالح المتبادلة

مما اضطر بارتان لوضع بعض الاستثناءات :

-***تكييف الأموال***: سواء كان عقارا أو منقولا فإن التكييف يكون وفقا لقانون موقع المال.

- ***الفعل الضار***: يكون التكييف يخضع لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار.

- ***الالتزامات التعاقدية:*** يخضع للقانون المحتار ، أي القانون الذي اختارته غرادة المتعاقدين.

- ***العلاقة المطروحة أمام القاضي مجهولة في قانونه*** : يخضع التكييف للقانون الذي ينظم هاته العلاقة، كنظام المهر.

- ***في حالة وجود معاهدة مبرمة بين دولة القاضي و دولة أجنبية*** : الرجوع لأحكام هاته المعاهدة.

2- إخضاع التكييف لغير قانون دولة القاضي:

- ***إخضاع التكييف للقانون المقارن:*** وفقا للفقيه الألماني روبل فإن العلاقة التي تتضمن العنصر الأحنبي يتنازعها أكثر من قانون فهي علاقة دولية، لذلك من المجحف إسناد التكييف لقانون دولة القاضي بل لابد من تكييف العلاقة وفقا للقانون المقارن واستنتاج الفهوم القانوني لدولي لهذه المسألة، أي استخراج المفهوم المشترك .

انتقدت هذه النظرية لنها ليست عملية فالقاضي الوطني لايستطيع أن يعرف كل الأنظمة القانونية في العالم,

- ***أخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع:*** وفقا للفقيه الفرنسي(DESPAGNET) فإن القانون الذي اشارت به قاعدة الإسناد هو نفسه الذي يحكم التكييف .

انتقدت هذه النظرية و اعتبرت مصادرة على المطلوب لأن التكييف عملية سابقة على الاسناد .

- ***اخضاع التكييف لعلم القانون:*** زمفاد هاته النظرية حسب الفقيه الايطالي كوادري، هو إعطاء التكييف مفهوم علمي موحد شانه شان المصطلحات العلمية في الطب و الرياضيات و الفيزياء.

انتقدت هاته النظرية بشدة لأنها من الناحية العلمية لايمكن توحيد التكييف في مختلف التشريعات فكل دولة تريد تطبيق قانونها.

موقف المشرع الجزائري من التكييف:

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

يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري أخضع التكييف لقانون القاضي في العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي عندما يُطلب منه تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها عدة قوانين، فالقاضي الجزائري يجب أن يرجع إلى القوانين الجزائرية كالقانون

المدني والتجاري وقانون الأحوال الشخصية...الـخ، للتعرف على طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، وبالتالي إلى قاعدة الإسناد التي تعين له القانون الواجب التطبيق.

كما أخذ المشرع باستثناءات بارتان السابق التطرق إليها في المواد 17 و 20 و 23مكرر من القانون المدني الجزائري.

مفهوم الإحالة

1- تعريف الإحالة:

الإحالة هي بكل بساطة رجوع القاضي الوطني إلى قواعد الاسناد في القانون الأجنبي ،

وتحدث الإحالة عندما يرفض كل قانون الاختصاص أي يتخلى عن الاختصاص بموجب قواعد الاسناد الوطنية وهذا مايسمى بالتنازع السلبي.

اما التنازع الإيجابي فهو قبول كل قانون الاختصاص أي يطبق كل قاضي قانون دولته .

و عليه تحدث الاحالة من التنازع السلبي فهي نتيجة لتخلي كل القوانين عن حكم العلاقة محل النزاع و كل قانون يعطي الاختصاص للقانون الآخر .

فإذا رجع القاضي الوطني إلى قواعد الاسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية بعدما رفضت هذه الأخيرة حكم العلاقة القانونية، ويجدها ترفض هي كذلك الاختصاص بحكم العلاقة القانونية محل النزاع، يكون القاضي هنا بصدد الإحالة التي لا تحدث إلا في حالة التنازع السلبي بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي. وبذلك يكون القاضي قد طبق قانونا آخر غير القانون الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الموجودة في قانونه.

2-تاريخ نشأة الإحالة:

ارتبط ظهور الإحالة في القانون الدولي الخاص بقضية فورغو الشهيرة وتتلخص وقائع هاته القضية

في أن فورغو ولد في مقاطعة بافاريا بألمانيا وهو ابن غير شرعي هاجرت به أمه لفرنسا، واستقرا بها دون حصولهما على الموطن القانوني في فرنسا بل كان لهما موطن فعلي فقط، وبعد وفاته ترك ثروة طائلة جعلت أقرابائه من الحواشي يرفعون دعوى قضائية أمام القضاء الفرنسي مطالبين بنضيبهم في التركة، فالبرجوع للقانون الفرنسي فإن القانون المختص المختص الذي أشارت به قاعدة الاسناد هو القانون البافاري لأن القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن القانوني للمتوفي ، وبالرجوع غلى قاعدة الاسناد في القانون البافاري فالقانون الفرنسي هو النختص باعتباره الموطن الفعلي لفورغو فأصبحت هذه الثروة من نصيب أملاك الدولة الفرنسية، لأنه وفقا للقانون الفرنسي تكون التركة الشاغرة من نصيب الدولة الفرنسية .

وهنا ظهرت أول بوادر الإحالة.

3- أنواع الإحالة:

الإحالة من الدرجة الأولى

نكون بصدد إحالة من الدرجة الأولى لما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى القانون الأجنبي، فتحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص لقانون القاضي، وهذا النوع أطلق عليه اسم الإحالة الحقيقية،أو إحالة الرجوع.

مثالها في حالة وفاة فرنسي متوطن في الجزائر تاركا وراءه تركة منقولة هنا وفقا لقواعد الاسناد الجزائرية القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي لأنه قانون جنسية المورث، وبالرجوع للقانون الفرنسي نجد أن القانون الواجب التطبيق حسب قواعد إسناده هو القانون الجزائري لأنه قانون موطن المتوفي.

الإحالة من الدرجة الثانية:

وتكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية الاختصاص لا إلى القانون الوطني وإنما إلى قانون أجنبي آخر، مثال ذلك: نزاع عرض على القاضي الجزائري متعلق بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن

في الدانمرك، فوفقا لقواعد الإسناد الجزائرية، فإن الاختصاص يعقد للقانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، لكن قواعد الإسناد في هذا القانون ترفض اختصاصه وتعقد الاختصاص للقانون الدانماركي باعتباره قانون الموطن، فإذا كان القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الثانية، فإنه سيطبق على هذا النزاع القانون الدنماركي، الذي أحالت إليه قواعد الإسناد الإنجليزية، وهذا بشرط أن تقبل قواعد الإسناد في القانون الدنماركي هذا الاختصاص،ويمكن للقانون الأجنبي أن يحيل الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة، والذي يقوم بدوره بالإحالة إلى قانون آخر، وهكذا وبما أن أي قانون لا يمكن أن يطبق دون أمر صادر عن قاعدة تنازعيه، فإن كل طرف يكتفي بإحالة الكرة، ولهذا أطلق عليها إسم "غرفة المرايا" أو لعبة التنس.

هكذا دواليك حيث يمكن أن لا تتوقف الإحالة.

و الجدير بالذكر أن هناك إحالة داخلية او إحالة التفويض فيالدول المتعددة الشرائع حيث نظمها المشرع بموجب المادة 23 من القانون المدني الجزائري. فقدنصت المادة 23 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

موقف المشرع الجزائري من الإحالة

قبل التطرق لموقف المشرع الجزائري من الا حالة نتطرق أولا لموقف الفقه من الإحالة ثم موقف التشريعات العربية من الإحالة و أخيرا موقف المشرع الجزائري من الإحالةكم ايلي:

1- موقف الفقه من الإحالة:

اختلف الفقه حول الاحالة بين مؤيد و معارض .

أ- ***أنصار الإحالة:*** دافع أنصار الإحالة عليها بمجموعة من الحجج أهمها:

- أن القانون الأجنبي كل لايتجزأ فإذا أشارت قاعدة الاسناد بتطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق قواعده الموضوعية و قواعد تنازع القوانين .

– القبتل بالإحالة يحقق العدالة الدولية للمسألة محل النزاع .

– الأخذ بالإحالة من شأنه تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ب–خصوم الإحالة:

– الأخذ بلإحالة من شانه إطالة أمد النزاع خاصة الإحالة المتعددة وبالتالي الوقوع في حلقة مفرغة.

– الأخذ بالإحالة يتنافى مع مقتضيات العدالة لأن تطبيقها قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير متوقع على الأفواد.

2– موقف التشريعات من الإحالة

–هناك من التشريعات من رفض الأخذ بالإحالة جملة وتفصيلا وهي معظم الدول العربية ، و التشريعات التي قبلت الحذ بلإحالة فقد قبلت الإحالة من الدرجة الأولى فقط كالتشريع الإماراتي.

3– موقف المشرع الجزائري من الإحالة:

لم يتبلور موقف الشرع الجزائري من الإحالة إلى غاية صدور تعديل القانون المدني سنة 2005، بعد تعديل القانون المدني بمقتضى القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 فيفري 2005 في نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني،إذ جاء فيها: "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".

فباستقراء نص هاته المادة نجد أن المشرع في الفقرة 1 من نص المادة 23مكرر 1 رفض الإحالة جملة و تفصيلا، لكن عند قراءة الفقرة الثانية التي تعقد الاختصاص للقانون

الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي، فالفقرة الثانية من نفس المادة قد أوردت تحفظا على الحكم السابق، حيث أقرت اختصاص القانون الجزائري استثناءً إذا ما أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص، وهو ما يعتبر من قبيل المصادرة عن المطلوب والمنافي للمنطق وفقا للمادة 23 مكرر 1/2، فكيف يعقل أن يقبل القاضي الجزائري الاختصاص بنظر النزاع فيما لو أحالت عليه قواعد الاسناد في القانون الأجنبي وهو لم يلجأ أصلا إلى هذه القواعد؛ بل اكتفى بالرجوع إلى القواعد الداخلية للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية ليستقي حكما نهائيا يطبقه على النزاع ذو الطابع الدولي المعروض أمام محاكمه.

تطبيقات تنازع القوانين

القانون الواجب التطبيق على الحالة و الأهلية

لقانون الواجب التطبيق على الحالة

1-تعريف الحالة:

هي الحالة المدنية للشحص وهي مايتصل بشخصه منذ ولادته وحتى وفاته (ولادته، جنسه، اسمه ، لقبه، موطنه، وفاته...الخ) ومايتصل بهذه المسائل بالشخص المعنوي.

2- القانون الواجب التطبيق على الحالة:

تنص الفقرة 1 من المادة 10 من القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 حوان 2005 أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

باستقراء الفقرة 1 من المادة 10 من القانون المدني نجد أن النص كان صريحا حيث أخذ المشرع بالجنسية كضابط للاسناد، فالحالة المدنية للجزائريين تخضع لقانون جنسيتهم، وعليه قانون جنسية الشخص هو الذي يحكم عناصر حالته المدنية و القواعد الموضوعية لإثباتها ووسائل الإثبات الجائزة وكذلك اسم الشخص ولقبه و موطنه.

أما حالة الشخص الاعتباري فنظمته الفقرة 3 و 4 من المادة 10 والتي نصت على مايلي:"أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي،

غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري ".

و عليه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخضع حالة الشخص الاعتباري من حيث المبدأ إلى قانون مقره الاجتماعي و الفعلي ، أما إذا مارس الشخص الطبيعي نشاطا في الجزائر فإن القانون الواجب التطبيق حينها هو القانون الجزائري.

و بالرجوع لنص المادة 50من القانون المدني فإنه في حال ما إذا كان مقر الإدارة الفعلي و الرئيسي للشخص المعنوي موجودا في الخارج ومارس نشاطا في الجزائر فإنه يخضع في ممارسته لهذا النشاط للقانون الجزائري بوصفه قانون محل ممارسة النشاط ، وهونفس الحكم الذي يطبق في حالة الشركات الجزائرية التي تعمل خارج الإقليم الجزائري ولها مركز إدارة في الجزائر لأن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه النقطة.

القانون الواجب التطبيق على الأهلية

1-تعريف الأهلية:

هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات وأن يباشر الشخص بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزاما يعتد به القانون .

2- القانون الواجب التطبيق على الأهلية:

بالرجوع لنص المادة 10 من القانون المدني والتي تنص على:" أنه يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص

الاهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ".

وعليه فيما يخص الأهلية فإن المشرع الجزائري قد نص صراحة على قانون جنسية الشخص هو الواجب التطبيق ، وعليه يطبق على الجزائريين فيما يخص أهليتهم القانون الجزائري.

الاستثناء الوارد على خضوع الأهلية للقانون الجنسية:

ورد استثناء عن خضوع الأهلية لقانون الجنسية، حيث قرر المشرع الجزائري إسناد الأهلية لقانون القاضي بدلا من القانون الشخصي ،أي القانون الجزائري إذا توافرت الشروط التالية:

1. أن يكون التصرف في الجزائر و ينتج آثاره فيها و لابد من تلازم الأمرين.
2. أن يكون التصرف من التصرفات المالية و ليس ذات طابع شخصي.
3. أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانون جنسيته وكاملها بالنسبة للقانون الجزائري .
4. أن يكون المتعاقد الآخر جزائريا.
5. أن يكون نقص الأهلية راجع لسبب فيه خفاء و لايسهل تبينه.

3- القانون الواجب التطبيق على عديم الأهلية أوناقصها:

أخضع المشرع القانون الواجب التطبيق على ناقص الأهلية أو عديم الأهلية لقانون الشخص الواجب حمايته لا لقانون الشخص متولي الرقابة، وفقا لنص المادة 15 من القانون المدني:"يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية القاصرين والمحجورين والغائبين قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر أو

عديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

وقد بينت المواد (81) إلى (108) من قانون الأسرة الأحكام الموضوعية للولاية على المال (المادة 81 من قانون الأسرة) والوصاية (المادة 93 من قانون الأسرة) والقوامة (المادة 88 من قانون الأسرة)، ونصت المادة (15) على تطبيق القانون الجزائري.

القانون الواجب التطبيق على الزواج

1. القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج

1- تعريف الزواج :

هو رابطة مقدسة بين المرأة و الرجل وفقا لشروط محددة و هي شروط موضوعية زأخرى شكلية يترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج.

فرق المشرع في القانون الدولي الخاص بين شروط الزواج إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية خلافا لقانون الأسرة .

2-القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج:

لكن قبل التطرق للقانون الواجب التطبيق على الشروط الموشوعية للزواج لابد من التطرق لموضوع الخطبة،التي لم يضع المشرع الجزائري لها ضابط اسناد مما يجعلنا نرجع إلى نص المادة 9 من القانون المدني التي تقول بأن التكييف يكون وفقا لقانون دولة القاضي وعليه نرجع لقانون الأسرة الجزائري لبحث نسألة الخطبة.

وبالرجوع لنص 5 من قانون الأسرة نجد أنها مجرد وعد بالزواج لاترقى لدرجة العقد ولا تعتبر شرطا من شروط الزواج بل هي من مقدمات الزواج و بالتالي لاوجود لتنازع القوانين في الخطبة ،ومع ذلك يمكن إثارة المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها أي تحقق الفعل الضار.

و بالرجوع للشروط الموضوعية للزواج فإن مسألة الأهلية قد فص فيها المشرع و أسندها لقانون الشخصي.

أما ا لقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج هو القانون الوطني لكل من الزوجين طبقا للمادة 11 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"،

هذا في حالة كانت الجنسية مشتركة فماذا لوم تكن كذلك؟؟

أجاب المشرع على هذه الفرضية في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا، حيث يكون القانون الجزائري وحده هو المختص وهدا طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياوقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

لكنه لم يتطرق للحالة التي يكون فيها الزوجين أجنبيين؟؟

باتقراء نص المادة 11 نجد أن المشرع قد أخذ *بالتطبيق الموزع للقوانين* والمقصود به هو تطبيق القانون الوطني للزوج على الزوج فقط و تطبيق القانون الوطني للزوجة عليها فقط ، أي القاضي الجزائر و وفقا لنص المادة 11 يطبق على كل زوج قانونه الشخصي على حدة.

ومايؤكد ذلك نص المادة 97 من الأمررقم 70/20 المتعلق بقانون الحالة المدنية،لكن مع الأخذ بأحكاام نص المادة 24 من القانون المدني المتعلقة بالنظام العام.

أما *التطبيق الجامع للقوانين* فالمقصود به هو الجمع بين القوانين أي تطبيق القانون الشخصي للزوجة عليها و على زوجها و تطبيق القانون الشحصي للزوج عليه و على زوجته،

جرى الفقه على التطبيق الجامع للقوانين في حالة موانع الزواج، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك مما يجعلنا نقول بالتطبيق الموزع للقوانين على موانع الزواج بتحفظ و مع الأخذ بفكرة النظام العام نص المادة 24 من القانون المدني.

وفيما يخص زواج الجزائريين في الخارج فقد نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية رقم 70-20 فقد اعتبرت الزواج الذي ينعقد بين جزائريين في بلد أجنبي أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شرط ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني للزواج.

- *حالات تطبيق القانون الجزائري فقط:*

- نص المادة 13 حالة ماإذا كان أحد الزوجين جزائرياوقت انعقاد عقد الزواج.
- إذا كان في القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام و الآداب العامة المادة 24 .

و الجدير بالذكر أنه في حالة تغيير الجنسية بعد ذلك لا تثير أي إشكال لأن الجنسية زقت الزواج هي التي تكون محل اعتبار,

3- القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج:

المقصود به هو طرق إبرام عقد الزواج تحريره، إشهاره...الخ، وهناك من الدول من من تشترط كليات معينة مراسيم زواج، زواج ديني ...الخ.

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بحكم الشروط الشكلية للزواج مما يفهم منه أنه أخضعها للقاعدة العامة للتصرفات الشكلية أي قانون المكان الذي تم فيه التصرف قاعدة LOCOUS، وبالتالي نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري ففي حالة الجنسية المشتركة يطبق قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة

كما يمكن تطبيق القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية للتصرف.

وعليه يظهر جليا أن المشرع لم يأخذ بقاعدة LOCOUS على الإلزان وإنما على سبيل الاختيار.

زواج الجزائريين في الخارج وزواج الأجانب في الجزائر:

- للقنصل الجزائري إبرام عقد زواج لجزائري في الخارج طبقا للقانون الجزائري ولو كان الزوج الآخر أجنبي وفقا لنص المادة 96 من قانون الحالة

المدنيةوللجزائريين إبرام عقود زواجهم وفق الشكل المطلوب في الدولة التي يقيمون بها .

- **وللأجانب المقيمين في الجزائر إبرام عقود زواجهم وفق الشكل المعمول به في الجزائر أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي المختص إذا كانو مقيمين فيها منذ شهر على الأقل وذلك وفقا لنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية.**

وعليه فإن موقف المشرع الجزائري . مبهم وغير واضح ، لكن نستنتج من الفقرة 1 أن المشرع رفض الإحالة و ألزم القاضي بالرجوع للقواعد الموضوعية دون قواعد الاسناد في القانون الأجنبي في انتظار مايطرأ من تعديل على الفقرة 2 .

القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

1- تعريف آثار الزواج :

هي كل مايترتب على عاتق الزوجين من آثار شخصية وأخرى مالية، فلآثار الشخصية هي حقوق وواجبات كل من الزوج و الزوجة الطاعة، الاحترام...الخ، أما الآثار المالية فهي كالنفقة مثلا.

2- القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية و المالية للزواج:

لم يفرق المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية و المالية وأخضعها لنص المادة 12 من القانون المدني فقرة 1: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج " .

أي أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد عقد الزواج، فلا اعتبار للتنازع المتحرك و تغير الجنسية اللاحق لعقد الزواج ، فالعبرة بالجنسية وقت انعقاد عقد الزواج.

ويطبق القانون الجزائري مباشرة في حالتين :

-نص المادة 13 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد عقد الزواج.

ن–ص المادة 24 إذا كان بالقانون الأجنبي مايخالف النظام العام والآداب العامة الجزائرية.

القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية

1. القانون الواجب التطبيق على الطلاق

1–تعريف الطلاق:

إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة عليه.

2– القانون الواجب التطبيق على الطلاق :

وفقا لنص المادة 12 :" يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" .

أي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بغض النظر عن جنسيته وقت انعقاد عقد الزواج، فالعبرة إذن بالجنسية وقت رفع الدعوى.

ولم يفرق المشرع بين الطلاق و التطليق و الانفصال الجسماني فقد أسندهم لضابط اسناد واحد هو جنسية الزوج و قت رفع الدعوى.

إلا أنه يطبق القانون الجزائري مباشرة وفقا لنص المادة 13 إذا كان أحد الزوجين جزائريا ، و كذلك في حالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام و الأداب العامة في الجزائر المادة 24 قانون مدني

لقانون الواجب التطبيق على آثار الطلاق

فيما يخص آثار الطلاق سنتطرق للحضانة ، النسب ، النفقة

1– القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

لا يوجد نص يسند الحضانة إلى قانون معين ، ولأنها تعد أثرا لانحلال الزواج، وفقا للأستاذة صفو نرجس فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج المادة (12/2) والمادة (13) من القانون المدني،وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية، ولكن نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي(المحكمة العليا بتاريخ 29 ماي 1969 الذيحكم بأن الحاضنة لم تكن أهلا للحضانة بغيابها الطويل عن البيت وانشغالهابحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، كما أن قرار المحكمة العليا الصادر في 9 مارس 1987 ملف رقم 45186 قرر بأنه: "حيث أن السيدة تقييم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأبالمقيم بالجزائر وحيث أن حكم الحاضنة غير نهائي، فمتى رجعت إلى الوطنيمكنها المطالبة بحضانة بناتها")،

2- القانون الذي يحكم النسب:

نصت المادة 13 مكرر من القانون المدني: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، كان النسب يخضع للقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، لكن بعد التعديل أضاف المشرع نص المادة 13 مكرر أعطتنا حالتين :

- ميلاد الطفل قبل وفاة الأب : يطبق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل على الاعتراف بالنسب و إنكاره.

- ميلاد الطفل بعد وفاة والده : أي وفاة الأب قبل ولادة الطفل فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب وقت وفاته.

3- القانون الذي يحكم النفقة :

النفقة المقصودة هنا هي النفقة بين الأقارب المادة 37 من قانون الأسرة و المادة 14 من القانون المدني ،

لأن النفقة الزوجية يطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج و القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية وقت انعقاد عقد الزواج.

فالقانون الواجب التطبيق علىنفقة الأقارب هو القانون الوطني للمدين بالنفقة .

و الجدير بالذكر أنه وفقا لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني: "يسري على قواعد الاختصاص والاجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.".