

دكتور
أعراب بلقاسم
أستاذ التعليم العالي بجامعة بومرداس
محام معتمد لدى المحكمة العليا

القانون الدولي الخاص الجزائري

تنازع القوانين

الصف : 5/058

طبع في 2002

دار
الطبعة

للطباعة والنشر والترجمة. الجزائر.
34 م. لاسيفار - بوزريعة - الجزائر

الهاتف : 021 94 19 16 021 94 41 19 الفاكس : 021 94 17 75



حقوق الطبع محفوظة

الإيداع القانوني: 2001 / 738

ر.د.م. ك. 8 - 553 - 66 - ISBN. 9961

يمنع الاقتباس والترجمة والتصوير إلا بإذن خاص من الناشر

مُقَدِّمَةٌ

القانون الدولي الخاص فرع قانوني حديث النشأة. وكان يطلق عليه " قواعد تنازع القوانين ". ويعتبر الفقيه الأمريكي جوزيف سطورى أول من استعمل عبارة " القانون الدولي الخاص " ؛ فقد وردت في مناسبات عدة في كتابه « التعليق على تنازع القوانين » المطبوع سنة 1834. وقد التقطها منه الفقيه الفرنسي فيليكس وجعلها عنوانا لكتابه الذي أخرجته سنة 1843، ثم شاعت هذه العبارة، وأصبحت اصطلاحا لهذا الفرع من القانون في مختلف دول أوربا وفي أمريكا.

ورغم أن هذا الفرع من القانون قد أثري إثراء كبيرا بالبحوث والمؤلفات إلا أن تسميته بالقانون الدولي الخاص لاقت انتقادات كثيرة، استوفى يمكن أن يكون هذا الفرع من القانون دوليا وخاصة في نفس الوقت، ففي ذلك تناقض واضح. وهذا ما دفع ببعض الفقهاء إلى البحث عن تسميات أخرى له، لكن ذلك لم يمنع من بقاء اصطلاح " القانون الدولي الخاص " هو السائد. ولا تزال إلى وقتنا الحاضر الكثير من المؤلفات التي تبحث في موضوعاته المختلفة معنونة به.

وقد اختلف الفقه في تحديد الموضوعات التي تدخل في نطاق هذا الفرع من القانون. فمن الفقه من يدخل في نطاقه موضوعا واحدا فقط

هو " تنازع القوانين ". ومن الفقه من يتوسع في نطاقه فيدخل فيه الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الإختصاص القضائي الدولي. ويوجد من الفقه من يدخل في نطاقه إضافة إلى موضوع تنازع القوانين أحد الموضوعات السابقة. ولا يوجد من الفقه من لا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص موضوع تنازع القوانين. وهذا الموضوع هو الذي سنخصص له دراستنا في هذا الكتاب.

وسأتناول دراسة هذا الموضوع في بابين يسبقهما فصل تمهيدي ألقى فيه نظرة عامة على القانون الدولي الخاص باعتباره الفرع الذي يدرج تحته موضوعنا. وبناء على ذلك ستكون هذه الدراسة وفق الخطة التالية:

- الفصل التمهيدي : نظرة عامة على القانون الدولي الخاص.
- الباب الأول : النظرية العامة لتنازع القوانين.
- الباب الثاني : الحلول الوضعية لتنازع القوانين.

الفصل التمهيدي

نظرة عامة على القانون الدولي الخاص

سنلقي في هذه النظرة العامة الضوء على ثلاثة موضوعات أساسية:

- الموضوع الأول : نطاق القانون الدولي الخاص " المبحث الأول "
- الموضوع الثاني : طبيعة القانون الدولي الخاص " المبحث الثاني "
- الموضوع الثالث : مصادر القانون الدولي الخاص " المبحث الثالث "

المبحث الأول

نطاق القانون الدولي الخاص

يقصد بنطاق القانون الدولي الخاص تحديد الموضوعات التي تعتبر من صميم ما يبحث فيه هذا الفرع من القانون.

هناك أربعة موضوعات يمكن أن تدخل ضمن نطاق القانون

الدولي الخاص هي:

1- تنازع القوانين.

2- تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

3- الجنسية.

4- مركز الأجانب.

إذا كان موضوع تنازع القوانين موضوعا مجمعا فقها على اعتباره من صميم ما يبحث فيه القانون الدولي الخاص، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للموضوعات الثلاثة الأخرى. فمن الفقهاء من يقسمها جميعا من نطاق القانون الدولي الخاص. فيسمى فقهم بالفقه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص، ومن الفقهاء من يدخلها جميعها في نطاقه، فيسمى فقهم بالفقه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص، وهناك من الفقهاء من يدخل منها في نطاقه موضوعا دون آخر، ويمكن أن نسمي فقهم بالفقه الواسع.

وفيما يلي عرض لهذه الاتجاهات الفقهية:

1- الفقه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص:

الفقه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص هو الفقه الذي يقصر نطاق هذا الفرع من القانون على موضوع واحد هو موضوع تنازع القوانين. ويوجد أنصار هذا الفقه على وجه الخصوص في ألمانيا⁽¹⁾.

وما دما بصدد التعريف بهذا الفرع من القانون، فإنه من المناسب هنا أن نبين المقصود بتنازع القوانين لأنه أهم موضوعاته.

يكون هناك تنازع للقوانين لما نكون أمام علاقة قانونية متعلقة بعدة دول لاشتماله على عنصر أجنبي، فتطرح مشكلة اختيار بين قوانين هذه الدول القانون الذي سنطبقه عليها.

فمثلا لو اشترى جزائري من فرنسي عقارا يقع في اسبانيا، فما هو القانون الذي يطبق على هذا البيع، أهو القانون الجزائري باعتبار أن أحد أطراف هذا العقد وهو المشتري جزائري الجنسية، أم هو القانون الفرنسي باعتبار البائع فرنسي، أم هو القانون الاسباني باعتباره قانون البلد الذي يوجد على أرضه العقار؟.

فالفقه الألماني يقصر - كما أسلفنا - نطاق القانون الدولي الخاص على هذا الموضوع فقط دون غيره من الموضوعات التي ذكرناها، ويستند في ذلك إلى ما يتمتع به موضوع تنازع القوانين من خصوصية تظهر في عدة نقاط منها:

(1) - Y. Loussouarn et P. Bourel : Droit internal privé. Dalloz
3ed. 1988. p.5

خصوصية متعلقة بطبيعة قواعد التنازع فإنها لا تطبق على النزاع المباشر، وإنما تبين لنا القانون الذي سنطبقه عليه من بين قوانين الدول المتنازعة التي لها علاقة به، لذلك فهي توصف بالقواعد غير المباشرة. في حين أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي وكذلك القواعد التي تحكم الجنسية وتلك التي تحكم مركز الأجانب هي قواعد تطبق بصفة مباشرة. لذلك قواعدها تسمى بالقواعد المادية للقانون الدولي الخاص في مقابلة قواعد التنازع⁽¹⁾.

الخصوصية متعلقة بالمنهج المتبع⁽²⁾. فإنه في تنازع القوانين لايجاد الحل ينبغي احداث ما يسمى بالأفكار المسندة Les catégories de rattachement وإسناد كل منها إلى قانون دولة معينة عن طريق ضابط يسمى بضابط الإسناد. وتتطلب عملية الإسناد هذه عملية أخرى سابقة تسمى بعملية التكييف Qualification، في حين أن ذلك كله لا وجود له بشأن الموضوعات الثلاثة الأخرى. فالقواعد القانونية المنظمة لها تطبق بصفة مباشرة.

(1) - V. Mohand Issad : Droit international privé O.P.U 1986

Tome 1, p. 24

- Y. Loussouarn et P. Bourel. Op cit. p.8

- Loussouarn et Bourel, op. cit. p.8

- Mohand Issad. Op. cit. p.24.

2- الفقه الذي يدخل موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي في نطاق القانون الدولي الخاص:

يعتبر مفهوم هذا الجانب من الفقه أكثر توسعا من المفهوم السابق إذ أنه يضيف إلى موضوع تنازع القوانين موضوعا آخر هو موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي. فهذان الموضوعان هما اللذان يدخلان فقط في نظره في نطاق القانون الدولي الخاص.

ويسود هذا المفهوم للقانون الدولي الخاص في البلدان الأنجلوساكسونية، وقد دافع عليه في فرنسا كل من بارتن *Bartin* وبييه *Pillet* (1).

ويستند هذا الفقه في ادخاله لموضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص إلى التشابه الموجود بينه وبين تنازع القوانين، وكذلك إلى الترابط الموجود بينهما (2)، فلا يمكن أن تطرح مسألة الاختصاص القضائي الدولي إلا إذا كانت مسألة تنازع القوانين مطروحة، أضف إلى ذلك أن حل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي سابقة على حل مشكلة تنازع القوانين. فقبل أن نبحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة المشتعلة على عنصر أجنبي علينا أن نبحث أولا عن المحكمة المختصة دوليا.

3- الفقه الذي يدخل مركز الأجانب في نطاق القانون الدولي الخاص:

يضيف هذا الفقه إلى القانون الدولي الخاص موضوعا آخر هو موضوع مركز الأجانب، فبذلك فإن هذا الفقه لا يقصي من نطاق القانون الدولي الخاص إلا موضوع الجنسية. ويسود هذا المفهوم للقانون الدولي الخاص في إيطاليا وأسبانيا وفي أمريكا اللاتينية (3).

ويستند هذا الفقه في إدراجه موضوع مركز الأجانب في القانون الدولي الخاص إلى كونه يعد مسألة أولية ينبغي الفصل فيها قبل الفصل في تنازع القوانين، ذلك أن الأجنبي إذا طالب بحق أمام القاضي الوطني فإن هذا الأخير قبل أن يحدد القانون الذي يطبقه عليه يبحث فيما إذا كان لهذا الأجنبي الحق في التمتع بذلك الحق. فالأجانب - كما هو معلوم - لا يتمتعون بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون. ففي بعض الدول مثلا يحرم عليهم اكتساب العقارات، وفي بعضها الآخر يحرم عليهم ممارسة المهن الحرة، وهكذا (1).

بالإضافة إلى ماسبق فإن الأجنبي داخل الدولة المقيم فيها يخضع فيما يقوم به من علاقات قانونية إلى القانون الذي تعينه قواعد الإسناد فيها، فقد يكون القانون الوطني للأجنبي، وقد يكون قانون موطنه، وقد يكون قانون آخر. فذلك يوضح مدى علاقة مركز الأجانب بموضوع تنازع القوانين مما يتعين إلحاقه هو كذلك بالقانون الدولي الخاص.

4- الفقه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص

في هذا المفهوم للقانون الدولي الخاص الذي هو المفهوم الفرنسي، فإن القانون الدولي الخاص يشمل في نطاقه إضافة إلى موضوع تنازع القوانين موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي وموضوع مركز الأجانب وموضوع الجنسية (2).

(1) راجع: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 4، 1993، ص. 8.

Loussouarn et Bourel, op. cit. p. 20

(2) راجع :

(1) راجع :
- Loussouarn et Bourel, op. cit. p. 11

(2) نفس المرجع السابق، ص 12، 13، 14.

(3) راجع :

- Mohand Issad, op. cit. p. 27

المبحث الثاني طبيعة القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص من خلال اسمه يظهر أنه قانون دولي، وأنه قانون خاص، لكن ذلك لم يكن محل إجماع بين الفقهاء. فهناك منهم من يافى عنه الصفة الدولية، ويثبت له الصفة الداخلية (الوطنية)، ومنهم من يفعل العكس. وكذلك منهم من ينفي عنه الصفة الخاصة ويثبت له الصفة العامة، ومنهم من يفعل العكس، ويرجع سبب ذلك إلى تعدد الموضوعات التي يحكمها هذا الفرع من القانون، وإلى تناثر القواعد التي تحكمها بين عدة تقنيات⁽¹⁾. فقواعد تنازع القوانين نجدها مثلاً في الجزائر متضمنة في التقنين المدني، وقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي متضمنة في تقنين المرافعات، وأما قواعد الجنسية فنجدتها يضمها تقنين خاص، لكن القواعد المتضمنة لمركز الأجانب فنجدتها متناثرة في عدة تشريعات.

وفيما يلي عرض للإتجاهات الفقهية المختلفة حول طبيعة القانون الدولي الخاص.

(1) أدلر: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية والمواطن والمنع الأجانب بالحقوق، ط. 11، 1986، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص 87
- صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، 1972، ج. 1، ص. 51، 52.

ونلاحظ أن هذا المفهوم الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص قد أضاف إلى المفهوم السابق موضوع الجنسية. فيكون بذلك قد أدخل كل الموضوعات التي ذكرناها في نطاق القانون الدولي الخاص.

ويستند هذا المفهوم في إدخاله لموضوع الجنسية في نطاق القانون الدولي الخاص إلى كون الجنسية تعد ضابطاً للإسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق في مادة تنازع القوانين، كما أنها قد تعد ضابطاً لاختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً. فيتضح من ذلك أن مشكلة الجنسية تعرض كمسألة أولية لازمة للفصل في أي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي مما يتعين تبعاً لذلك إدراجها في القانون الدولي الخاص.

ملاحظة : هناك موضوع خامس يدخل هو كذلك في نطاق القانون الدولي الخاص هو موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية لاتصاله بموضوع الاختصاص القضائي الدولي الذي هو كما أوضحنا سابقاً من موضوعات القانون الدولي الخاص عند أغلبية الفقهاء.

ويقصد بتنفيذ الأحكام الأجنبية أن تقوم دولة غير دولة التي أصدرت الحكم بتنفيذ ذلك الحكم في حدود إقليمها وذلك إذا إستوفى الشروط التي نص قانونها عليها.

1- هل القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم قانون دولي؟

أ - عرض الاتجاه الفقهي القائل بأن القانون الدولي الخاص قانون داخلي:

يعتبر الفقيه الفرنسي Niboyet على رأس المدافعين عن هذا الاتجاه⁽¹⁾ وقد قدم هو ومناصريه عدة حجج لتأييد وجهة نظرهم منها:

- مصادر القانون الدولي الخاص في غالبها داخلية أي وطنية، ولأدل على وطنية مصادره من أن المشرع الوطني في كل دولة هو الذي يضع القواعد التي تحكم علاقات القانون الدولي الخاص، والقاضي الوطني هو الذي ينقد له الإختصاص بنظر منازعاته، وكذلك فإن لكل دولة قانونها الدولي الخاص بها، وفكره وجود قانون دولي خاص مشترك بين كل الدول لازالت فكرة بعيدة⁽²⁾.

- كما هو مقرر لا يحكم القانون الدولي الخاص إلا العلاقات ما بين الأفراد، أما العلاقات ما بين الدول فلا تدخل في نطاقه، وبذلك فإنه لا يمكن أن يكون دوليا بالمعنى الصحيح. « فالقانون الذي يكون دوليا حقا لا بد أن يكون قانونا عاما أي منظما للعلاقات بين الدول. فإذا كنا بصدد قانون خاص، منظم للعلاقات بين الأفراد فلا يمكن أن يكون دوليا »⁽³⁾.

- موضوع الجنسية وموضوع مركز الأجانب هما موضوعان منظمين بقواعد قانونية موضوعية من طرف كل دولة بصفة مستقلة⁽⁴⁾ دونما نظر إلى التنظيم الذي يمكن أن تعطيه لهما كل دولة. فذلك يوضح مدى تعلق الموضوعين بسيادة الدولة.

(1) - J.P. Niboyet, Traité de droit international privé français, 1. 2eme ed. n.60, p.78

(2) راجع: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص. 53

(3) أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية ومركز الأجانب، 1956 مكتبة النهضة المصرية، ص 32.

(4) راجع: - Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 56, p. 62.

- تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يتم في الجزائر وكذلك في غالبية الدول بصفة تلقائية وإنما ينبغي لكي تنفذ أن تحصل على الصيغة التنفيذية من طرف المحاكم الوطنية، وهذا أيضا من شأنه تذكيرنا بأن حتى موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية يعتبر موضوعا داخليا⁽¹⁾.

ب- عرض الاتجاه الفقهي القائل بأن القانون الدولي الخاص قانون دولي :

يعتبر أنصار هذا الاتجاه الفقهي بأن الحجج المقدمة من طرف مناصري الطبيعة الداخلية للقانون الدولي الخاص ليست حاسمة :

- فكرة السيادة وفكرة الطبيعة الوطنية لحلول التنازع داخل كل دولة التي يركز عليهما مناصرو الطبيعة الداخلية للقانون الدولي الخاص لا يعنيان أبدا إبعاد كل احترام لإرادة الدول الأخرى. فإذا كان هذا الاحترام لا يظهر في التنازع الإيجابي⁽²⁾، فإنه يظهر في التنازع السلبي وهو في الحالة التي يرفض فيها القانون الأجنبي الإختصاص المخول له من طرف قانون دولة أخرى والذي يطرح ما يسمى بمشكل الإحالة، ففي هذه الحالة لا يمكن أن نفرض على القانون الأجنبي اختصاصا هو يرفضه⁽³⁾.

(1) راجع: - Loussouarn et Bourel, D.I.P, op cit. n. 56.p 62

(2) راجع: يكون التنازع بين القوانين ايجابيا لما يكون كل قانون يدعي الاختصاص لنفسه

(3) راجع: - Loussouarn et Bourel, op. cit. n 57, p. 62

وكذلك بشأن مركز الأجانب، فإنه يعتبر صحيحاً ما يقوله أنصار الاتجاه السابق من أن الدولة تضع بإرادتها المنفردة القواعد التي تحكمهم. لكن ذلك لا ينبغي أن ينسبنا من أن الخوف من المعاملة بالمثل لها تأثيرها على المشرع وهو يضع هذه القواعد. وبذلك نرى أن الجانب الدولي بشأن مركز الأجانب ليس غائباً تماماً⁽¹⁾.

أيضاً بشأن الجنسية، فإنه يعتبر صحيحاً من أن كل دولة مستقلة في وضعها للقواعد التي على أساسها تمنح الجنسية، لكن في نفس الوقت نجدها تحاول جاهدة تفادي التنازع الإيجابي أو السلبي للجنسية، فنجد بذلك العنصر الدولي غير غائب بشأنها⁽²⁾.

- وبجانب ما سبق فإننا نجد العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص ولو أنها تنشأ بين أفراد إلا أنها تتميز بإتصالها بدولة أجنبية، وعليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق في موضوع تنازع القوانين يقتضي بالضرورة تحديد سيادة القانون الأجنبي وهو "أمر يمس النظام الدولي"⁽³⁾

ج- الرأي الذي يمكن تبنيه:

القانون الدولي الخاص هو قانون يجمع بين الصفة الدولية والصفة الداخلية، فهو داخلي بالنظر إلى مصادره لأن قانون كل دولة هو الذي يضع القواعد التي تحكم مختلف مسائله سواء المتعلقة منها بالتنازع، أو المتعلقة منها بمركز الأجانب، أو المتعلقة منها بالجنسية. وهو دولي بالنظر إلى موضوعه (à son objet) لأنه ينظم الحياة الخاصة الدولية⁽⁴⁾.

(1) راجع: -Loussouarn et Bourel, op.cit.n.57.p. 62

(2) راجع: -Loussouarn et Bourel, op. cit. n.57, p. 62

(3) راجع: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 52.

(4) - H. Batiffol et P Lagarde, Droit international privé, I, 7 ed. n. 26

2- هل القانون الدولي الخاص قانون عام أم قانون خاص؟

أ- الرأي الذي يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً من فروع القانون العام : يعتبر الأستاذ Niboyet من المناصرين لهذا الرأي⁽¹⁾. فهو يرى بأن كل القواعد القانونية التي يكون موضوعها تحديد مجال تطبيق القوانين من حيث المكان تكون متعلقة بسيادة الدولة. وعليه فإن قواعد تنازع القوانين لما كان الغرض من وضعها هو تحديد مجال تطبيق القوانين من حيث المكان فهي بذلك تعد منتمة إلى القانون العام.

بالإضافة إلى ذلك فإن قواعد تنازع القوانين غرضها هو بيان مدى سيادة القانون الوطني بالنسبة للقانون الأجنبي، فهي بذلك توضح حدود اختصاص السلطة التشريعية الوطنية إزاء السلطة التشريعية الأجنبية⁽²⁾، وذلك ما يجعلها منتمة إلى القانون العام.

بالنسبة لقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي فانتمائها للقانون العام يرجع إلى كونها تعتبر مجرد انعكاس للقانون الداخلي الذي هو فرع من فروع القانون العام لتعلقه بتنظيم مرفق عام في الدولة وهو مرفق القضاء⁽³⁾.

وبالنسبة للجنسية، فانتماء القواعد المنظمة لها للقانون العام يرجع إلى كونها تشكل رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة وأن هذه الأخيرة هي التي تستقل بوضع شروط منحها، إضافة إلى ذلك فهي الأداة التي بها يتحدد ركن الشعب في الدولة⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، ج.1، ط. 2، بند 60، ص.78.

(2) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج.1، ص 99 .

(3) راجع: Loussouarn et Bourel, op.cit.n. 59 p. 65 .

(4) راجع محمد أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 34 .

وأخيرا بالنسبة لمركز الأجانب، فانتفاء القواعد المنظمة له إلى القانون العام يرجع إلى كون الأجانب في الدولة يخضعون للمصالح الإدارية في كل ما يتعلق بإقامتهم وعمالهم إذ توجد في كل ولاية مصلحة خاصة بهم، بل وحتى القرارات التي تصدر ضدهم لا يمكن الطعن فيها إلا أمام المحاكم الإدارية (الغرفة الإدارية في الجزائر). فكثيرة هي القرارات القضائية بطرد الأجنبي من إقليم فرنسا قد طعن فيها أمام مجلس الدولة الفرنسي، فذلك كله يقرب مركز الأجانب من القانون الإداري الذي هو فرع من فروع القانون العام (1).

إضافة إلى ذلك فإن المشرع وهو ينظم مركز الأجانب، فإنه لا يقتصر على بيان الحقوق الخاصة التي يتمتعون بها، بل يتناول أيضا بالبيان حقوقهم العامة، وينتقد في ذلك لا محالة بالاعتبارات السياسية للدولة (2).

ب- الإتجاه الفقهي الذي يعتبر القانون الدولي الخاص فرعا من فروع القانون الخاص:

- بالنسبة لتنازع القوانين فإن أنصار هذا الإتجاه الفقهي يرى بأنه بصفة يقينية مادة من مواد القانون الخاص لأن قواعده تنظم علاقات قانونية خاصة، فلو لا العنصر الأجنبي المشتملة عليه لكانت محكومة بقواعد القانون المدني أو التجاري أو بقواعد قانون الأحوال الشخصية، ولا يعقل أن نعتبر علاقة ما من القانون الخاص لأنها بين وطنيين، ونعتبرها من القانون العام لأنها متعلقة بأجانب.

(1) راجع : Mohand Issad, op. cit. tome I, p. 19.

(2) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 99.

وكذلك فإن اعتبار تنازع القوانين من القانون العام من شأنه هدم أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الذي يقوم على أساس أن العلاقات بين الأفراد تعتبر من القانون الخاص، والعلاقات التي يكون موضوعها الدولة أو تكون الدولة طرفا فيها تعتبر من القانون العام. ولا شك أن العلاقات التي تكون موضوعا لتنازع القوانين هي علاقات بين الأفراد، لذلك فهي من القانون الخاص. ولا يقدح في ذلك القول بأن المشرع وهو " يضع قواعد تنازع القوانين إنما يحدد مجال سلطان القوانين المختلفة وأن العبرة يجب أن تكون بهذه الوسيلة الفنية، فذلك لا يعدو أن يكون بيانا لماهية المشكلة بالنسبة للمشرع، وهو على كل حال يمارس سلطة التشريع بالنسبة للعلاقات الخاصة والعامة جميعا " (1).

وبالنسبة للقواعد المنظمة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي، فإن هذا الاتجاه يشاطر بشأنها رأي من قال بأنها انعكاس لقواعد التنظيم القضائي الداخلي، لكنه يخالفه فيما ذهب إليه من انتفاء هذه الأخيرة للقانون العام، فهي مسألة لازالت محل أخذ ورد بين الفقهاء (2).

وبالنسبة للجنسية، فإن هذا الإتجاه لا ينكر كونها رابطة بين الدولة والفرد يحكمها القانون العام، لكنه يلاحظ في نفس الوقت بأن المنازعات المتعلقة بها تختص بها المحاكم القضائية العادية لا القضاء الإداري (3)، إضافة إلى ذلك فهي مسألة تتعلق بحالة الشخص، والحالة هي بلا خلاف من موضوعات القانون الخاص (4). فكل ذلك يرجح اعتبار الجنسية من القانون الخاص لا العام.

(1) راجع: أحمد سالم، المرجع السابق، ص. 36

(2) راجع: Mohand Issad, op. cit. tome I, p 20

(3) راجع : Mohand Issad, op. cit. tome I, p. 20

(4) صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق، ج 1، ص. 55

المبحث الثالث مصادر القانون الدولي الخاص

للقانون الدولي الخاص نوعان من المصادر، مصادر داخلية ومصادر دولية. ويرجع هذا التنوع في مصادره إلى ما تتميز به من طبيعة خاصة العلاقات الخاضعة لأحكامه. ولكن هل لهما نوعين من مصادره نفس الأهمية، أم أن أحدهما أكثر أهمية من الآخر؟

تختلف الإجابة عن هذا السؤال باختلاف مفهومنا للقانون الدولي الخاص، فهو تتجاذبه نزعتان فقهيان: نزعة دولية ونزعة وطنية⁽¹⁾.
تعتقد النزعة الدولية بأنه بالإمكان التوصل إلى توحيد قواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة لكل الدول، فنصل بذلك إلى توحيد الحلول القضائية، وتلك هي غاية هذا الفرع من القانون. وعليه فإنه من الطبيعي أن تقدم هذه النزعة الفقهية المصادر الدولية على المصادر الداخلية وتجعل لها الأفضلية والأولوية.

أما النزعة الوطنية فتذهب إلى استحالة التوصل إلى توحيد قواعد القانون الدولي الخاص لأنها إنعكاس على الصعيد الدولي للقانون الداخلي لكل دولة. وطالما أن القوانين الداخلية لكل الدول غير موحدة، فلا يمكن أبدا التوصل إلى توحيد قواعد القانون الدولي الخاص. إضافة إلى ذلك فإنه على فرض أنه يمكن التوصل يوما ما إلى توحيد القوانين الداخلية لكل الدول، فإنه حينئذ لا فائدة من وجود القانون الدولي الخاص لأنه ما وجد إلا لإيجاد الحل لاختلاف القوانين الداخلية للدول.

(1) أنظر : Loussouarn et Bourel. Op. cit. n. 21, p. 24

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 88 ... 94 .

وأخيرا بالنسبة لمركز الأجانب، فلكونه يهتم بالحقوق السياسية والعامة للأجانب فإنه من هذه الزاوية ليس ببعيد في نظر هذا الاتجاه من القانون العام.

لكن لما كان هذا الموضوع يهتم أيضا وبصفة أساسية بحقوقهم الخاصة⁽¹⁾ (الحق في ممارسة بعض المهن الحرة، القيام بنشاط تجاري، الحق في البيع والشراء والإيجار... الخ) فذلك يرجح اعتباره من القانون الخاص، إضافة إلى ذلك فإن تمتع الأجنبي بالحقوق شبيه بالأهلية في القانون المدني⁽²⁾.

ج- الرأي القائل بأن القانون الدولي الخاص فرع قانوني قائم بذاته:

أمام الطبيعة المعقدة للقانون الدولي الخاص، هناك من الفقهاء من اعتبره فرعاً قانونياً قائماً بذاته، لا هو من القانون العام، ولا هو من القانون الخاص، لأنه فرع يأخذ بعين الاعتبار بالمصلحة الوطنية من جانب، ويأخذ بما فرضه النظام الدولي من جانب آخر⁽³⁾.

(1) راجع: Mohand Issad, op. cit. tome.1 p.20

(2) صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ج1، ص 55 .

(3) راجع: Rouhier ; Théorie générale du droit, n.35

Loussouarn et Bourel, op.cit.n.61.p.65.

وعليه فإنه من الطبيعي ألا تقدم هذه النزعة الوطنية المصادر الدولية على المصادر الداخلية، وألا تجعل لها الأفضلية والأولوية. ومهما يكن من أمر هاتين النزعتين، فإنه مما لا شك فيه أن لهذا الفرع من القانون نوعان من المصادر : مصادر داخلية (المطلب الأول)، ومصادر دولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص

التشريع :

يعتبر التشريع مصدرا وطنيا للقانون الدولي الخاص لأنه يفيض من السلطة التشريعية الوطنية، ولا يمكن أبدا أن يكون مصدرا دوليا لأنه لا توجد دولة فوق الدول يباط بها أمر التشريع. ويختلف دور التشريع باختلاف موضوعات القانون الدولي الخاص، فكلما كان موضوعه أكثر صلة بسيادة الدولة كان للتشريع دور مهم في وضع القواعد التي تحكمه. وكلما كان موضوعه تقل صلته بسيادة الدولة كان للتشريع دور أقل أهمية.

وعليه فالتشريع يقوم بدور أساسي في مسألة الجنسية ويكاد ينفرد بها لأنها مسألة تتصل بكيان الدولة وسيادتها، فهي الأداة التي بها يتحدد ركن الشعب في الدولة، ولذلك فإن أغلبية الدول قد خصتها بتشريع مستقل. فالجزائر مثلا قد خصتها بتقنين مستقل في 27 مارس 1963، وقد تم إلغاؤه فيما بعد واستبداله بأمر 15 ديسمبر 1970.

أما موضوع مركز الأجانب فلما كان لا يهم فقط الدولة التي يوجد على أرضها الأجنبي، وإنما يهم أيضا سائر الدول، فإن للتشريع دورا أقل أهمية لأنه تشاركه في تنظيم أحكامه المعاهدات الدولية، ففي فرنسا مثلا لا نجد بشأنه سوى المادة 11 من التقنين المدني ومواد جد قليلة مبعثرة في تشريعات عدة.

وأما في الجزائر فهناك عدة تشريعات متعلقة بمختلف جوانبه. فوضعية الأجانب منظمة بأمر 21 جويلية 1966، وتشغيلهم منظم بأمر صادر بتاريخ 5 أوت 1971، ثم بقانون 81-10 مؤرخ في 11 يونيو 1981، وممارستهم للمهن التجارية والصناعية والحررة فهي خاضعة لأحكام المرسوم الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 1975.

وأما موضوع تنازع القوانين الذي هو عند بعض الفقه يشكل الموضوع الوحيد للقانون الدولي الخاص فكان من المفروض أن يحضى بتقنين مستقل من قبل المشرعين، إلا أن غالبيتهم لم تخصص أحكامه سوى بعض المواد القانونية. ففي فرنسا ظل نص المادة الثالثة من التقنين المدني النص الأساسي في تنازع القوانين. وفي الجزائر قد خص هذا الموضوع المشرع بمواد جد محدودة ضمنها القانون المدني وهي المواد من 9 إلى 24. ويمكن أن نضيف لها المادة 95 وما يليها من قانون الحالة المدنية التي تعتبر العقود المبرمة في الخارج وفقا للقانون المحلي صحيحة.

ويرجع سبب ضالة دور التشريع بشأن هذا الموضوع إلى كونه كما أوضحنا سابقا يتصل بطريق غير مباشر بسيادة الدولة. بقي في الأخير موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي فلاتصاله بموضوع تنازع القوانين لم يحض هو أيضا باهتمام المشرعين، فمثلا لم يخصص له المشرع الجزائري سوى مادتين من قانون الإجراءات المدنية

هما المادة 10 والمادة 11. ويمكن أن نصنف إليهما المادة 325 من نفس القانون والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

وتشير في النهاية إلى أن هناك بعض الشراح وإن كانوا لا ينكرون كون التشريع مصدرا للقانون الدولي الخاص إلا أنهم يأخذون عليه: "عدم اكتمال الانسجام بينه وبين العلاقات التي تحكمها قواعده، إذ هو وطني والعلاقات متميزة بطابع دولي"⁽¹⁾.

2- القضاء:

نقصد بالقضاء كمصدر للقانون الدولي الخاص استقرار المحاكم الوطنية بمجموعها على اتجاه معين.

ويلعب القضاء بهذا المعنى دورا هاما في خلق القواعد القانونية في الدول التي لم يتدخل المشرع فيها بوضع حلول تفصيلية لمختلف المشاكل التي يمكن أن يثيرها موضوع تنازع القوانين. ففي فرنسا مثلا لما كان المشرع لم يخصص إلا نصوصا جد قليلة لموضوع تنازع القوانين، بل وأيضا لموضوع تنازع الاختصاص القضائي ولموضوع مركز الأجانب، فإن القضاء قد ساهم مساهمة كبيرة في إيجاد الحلول لمختلف المشاكل التي يمكن أن تثيرها هذه الموضوعات. لذلك فلا نعجب لما نجد باتيفول يقرر بأنه واقعا قضاء محكمة النقض الفرنسية والمحاكم الخاضعة لرقابتها تشكل المصدر الأساسي لقواعد هذا الفرع من القانون⁽²⁾.

ولا يختلف الأمر في الجزائر عنه في فرنسا، فحتى سنة 1975 وهو تاريخ صدور القانون المدني الذي تضمن بعض المواد القانونية الخاصة بتنازع القوانين، فإن الأحكام القضائية التي صدرت من المحاكم في مسائل تنازع القوانين قد أخذت الحلول من القضاء الفرنسي⁽³⁾، بل وحتى بعد صدور

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج1، ص. 51

(2) - Traité de droit international privé, op. cit. tome I, p 20

- Loussouarn et Bourel op.cit. n.29, p 26

- Mohand Issad, op.cit. tome I, p. 72

أنظر أيضا :

(3) أنظر :

هذا القانون، لأنه نظرا للعمل الإجهادي الضخم الذي ينتظر القضاء فإن هذا الأخير سيبقى يستعين بالقضاء الفرنسي وخصوصا وأن المواد القانونية التي خصصها المشرع في القانون المدني لتنازع القوانين هي في جلها تقنين لما انتهى إليه القضاء الفرنسي من حلول.

أما بالنسبة لموضوع الجنسية فلما كان أغلب المشرعين قد خصوه بتشريع مستقل فإن دور القضاء يكاد ينحصر في تفسيره.

3- العرف:

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات لأنه الطريق الطبيعي الذي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع. ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من إضطراد سلوك الناس على إتباعها على نحو معين زمنا طويلا مع إعتقادهم بإلزامها وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي⁽¹⁾.

ويختل دور العرف في القانون الدولي الخاص بحسب موضوعاته، فهو في موضوع تنازع القوانين أكثر أهمية منه في غيره. فقد ظلت قواعد تنازع القوانين لقرون عدة تتبع منه. لكن بتدخل المشرع بصياغة هذه القواعد في نصوص تشريعية قلت أهميته وأصبح ينظر إليه على أنه مجرد مصدر تاريخي لها. ومن أمثلة هذه القواعد خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه، وقاعدة خضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى.

أما عن دور العرف بالنسبة لموضوع الجنسية فيكاد أن يكون منعما لاستثثار التشريع بتنظيمها ولتعلقها بسيادة الدولة⁽²⁾.

(1) راجع: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط 1988، ص.

(2) راجع: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ج1، ص45، 46. عز الدين عبد الله،

مرجع السابق، ج1، ص 52.

1- المعاهدات الدولية:

لما كان القانون الدولي الخاص تتعلق موضوعاته بمصالح أشخاص تابعين لمختلف الدول، كان اللجوء بشأنه إلى المعاهدات الدولية أمراً طبيعياً. والمعاهدة هي إتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة، وهي تنقسم إلى معاهدة ثنائية ومعاهدة جماعية، الأولى تتعد بين دولتين فقط، والثانية تتعد بين ثلاثة دول فأكثر.

يوجد أيضاً إلى جانب النوعين السابقين من المعاهدات نوعاً آخر يسمى بالاتحاد، وهو صورة من صور المعاهدات الجماعية. ويتميز عنها بكون مضمونه يقتصر على تبني اتجاه معين في موضوع معين كحماية الملكية الأدبية والفنية مثلاً. ويتميز كذلك بفكرة الإذعان بمعنى أنه ينشأ بين مجموعة معينة من الدول ثم يترك المجال مفتوحاً لغيرها لتنظم إليه كما هو، أي مذعنة لما ورد فيه من شروط. ومن أمثله اتحاد باريس المنعقد سنة 1883 بشأن الملكية الصناعية، والذي انضمت إليه ما بين سنة 1885 وسنة 1909 خمس عشرة دولة غير تلك التي وقعته، كما انضمت إليه مصر بالقانون رقم 165 لسنة 1950⁽¹⁾ وقد كان محلاً لعدة تعديلات آخرها تعديل أشبونا عام 1958⁽²⁾.

وتلعب المعاهدات الدولية سواء كانت ثنائية أو جماعية أو كانت اتحاداً دوراً مهماً بالنسبة لسائر موضوعات القانون الدولي الخاص وذلك بعملها

(1) - Batiffol et Lagarde, op.cit.n.36, p.32

(2) راجع: - Loussouarn et Bourel, op.cit. n. 34, p. 28.

على إيجاد الحلول لمختلف المشاكل التي تنشأ نتيجة اختلاف التشريعات الداخلية من دولة إلى أخرى⁽¹⁾.

ففي مجال الجنسية تعمل المعاهدات على تجنب مشكلة التنازع بين الجنسيات وذلك بإيجاد الحلول المناسبة لظاهرة انعدام الجنسية أو لظاهرة تعدد الجنسيات. كما أن الالتجاء إليها يعد أمراً محتملاً في حالة ضم إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى وتحوله إلى دولة مستقلة، فالمعاهدات هي التي تبين جنسية سكان الإقليم المضموم أو الإقليم المفصول.

وفي مجال مركز الأجانب تلعب المعاهدات أيضاً دوراً مهماً إذ أنها تعمل على التقليل من الاختلاف الموجود بين معاملة الأجنبي ومعاملة الوطني في مختلف الدول.

وفي مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي تعمل المعاهدات على إعطاء حل موحد لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، كما أنها تعمل على تسهيل التنفيذ الدولي للأحكام L'exécution internationale des jugements.

وأخيراً في مجال تنازع القوانين تحاول المعاهدات الوصول إلى حلول موحدة له في الدول المتعاهدة. وتتبع في سبيل ذلك إحدى الطريقتين، إما الإتفاق على قواعد موضوعية موحدة règles substantielles بشأن موضوع معين، وإما الإتفاق على وضع قواعد إسناد موحدة تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة، كأن يتم مثلاً الإتفاق على إخضاع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية.

ومن أمثلة المعاهدات التي وضعت قواعد موضوعية تطبق مباشرة

على النزاع:

(1) - Loussouarn et Bourel, op.cit. n. 34, p. 28.

(1) راجع:

- إتحاد باريس لسنة 1883 الخاص بالملكية الصناعية.
 - إتحاد بارن union de berne لسنة 1886 الخاص بالملكية الأدبية والفنية.
 - إتفاقية جنيف لسنة 1952 الخاصة بحق المؤلف.
 - إتحاد بارن union de berne لسنة 1890 الخاص بالنقل الدولي للبضائع والأشخاص والأشياء بالسكك الحديدية.
 - إتفاقية فيان convention de vienne لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع.
 وهذه الإتفاقيات قد تعرض الكثير منها للمراجعة والتعديل ليس المجال هنا لعرضها.
 ومن الأمثلة على المعاهدات التي ترمي إلى توحيد قواعد الإسناد المحاولة الكبرى لمؤتمر لاهاي الذي انعقد لأول مرة سنة 1883⁽¹⁾. وقد تعاقبت دورات هذا المؤتمر من ذلك التاريخ إلى وقتنا الحاضر بحيث عملت على وضع مشاريع لقواعد الإسناد في مجالات قانونية متعددة، وآخر مشروع وضعته هو مشروع تحديد القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع، وكان ذلك سنة 1985⁽²⁾.
تفسير المعاهدات :
 قد تكون نصوص المعاهدة غامضة تحتاج إلى تفسير، فأية جهة تملك صلاحية ذلك؟

(1) راجع : Droz, Pelichet et Dyer, La conference de la Haye de droit International privé, vingt cinq ans après la création de son bureau permanent, Rec. Cours La Haye, 1980, t. 68, p.125
 (2) أنظر بشأن هذه الإتفاقية: Y. Loussouarn : rev.crit. dr.int.privé 1986, p271 et s.

لا شك أن الدول التي أبرمت المعاهدة تملك صلاحية تفسيرها، ويكون ذلك عادة عن طريق تبادل الخطابات بين حكوماتها. وقد يكون أيضا تفسيرها عن طريق القضاء الدولي، فمحكمة العدل الدولية بمقتضى المادة 36 من قانونها الأساسي تملك صلاحية تفسير المعاهدات الدولية.
 وفي الحالتين السابقتين يعتبر التفسير دوليا.
 لكن عادة القاضي الوطني المنوط به أمر تطبيق المعاهدات هو الذي يجد نفسه أمام نصوص غامضة، فهل يملك هو أيضا صلاحية تفسيرها؟
 يذهب رأي فقهي إلى عدم تخويل القاضي صلاحية تفسير النصوص الغامضة للمعاهدات، فعليه أن يتوقف عن الفصل في النزاع لغاية ما يستقي التفسير من حكومته.
 ويؤدي الأخذ بهذا الرأي إلى التعطيل في الفصل في الخصومات وخصوصا إذا لجأت حكومة القاضي المعروض عليه النزاع إلى حكومات الدول المتعاهدة للإتفاق على تفسير موحد، ولا يخفى ما في ذلك من ضرر يلحق بمصالح الأفراد.⁽¹⁾
 ويرى اتجاه فقهي آخر بأن القاضي الوطني له صلاحية تفسير النصوص الغامضة للمعاهدات لأنها تعتبر بعد المصادقة عليها من طرف حكومة دولة القاضي جزءا من التشريع الداخلي يسري عليها ما يسري عليه⁽²⁾. وقد أخذت المحاكم المصرية بهذا الرأي⁽³⁾.

(1) راجع: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.42، عز الدين عبد الله، عن التشريع ص.70
 (2) راجع: محند إسعد، للمرجع السابق، ص.86، وقد دافع على ضرورة الأخذ بهذا الرأي في الجزائر وقدم لذلك عدة حجج.
 (3) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.70.

أما القضاء الفرنسي فيأخذ بافتراق المعاهدة بطابعها الدولي عن التشريع الداخلي، ولذلك فهو يفرق بين نصوص المعاهدة التي تمس النظام الدولي العام، وتلك التي تمس فقط المصالح الخاصة. فبالنسبة للأولى على القضاء الامتثال للتفسير الذي تعطيه لها الحكومة، وبالنسبة للثانية فإن القضاء يملك الحرية الكاملة في التفسير⁽¹⁾.

وما يعيب هذا القضاء هو أن المعيار الذي وضعه هو معيار غير دقيق، ذلك أن كل معاهدة ولو كانت تنظم مسائل يحكمها القانون الخاص إلا أنها هي في ذاتها تخضع للقانون الدولي العام⁽²⁾، كما أن المنازعات المعروضة على المحاكم هي دائما منازعات تمس المصالح الخاصة⁽³⁾. وما ينبغي التنبيه إليه في الأخير أن كل تفسير داخلي للمعاهدة هو تفسير لا يلزم باقي الدول المتعاهدة.

التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي:

القاضي الوطني هو المناط به أمر تطبيق المعاهدة، وقد يحدث أن يجد أحكامها متعارضة مع أحكام التشريع الداخلي، فماذا يفعل؟ هل يطبق أحكام المعاهدة أم يطبق أحكام التشريع الداخلي؟.

الإجابة عن هذا السؤال تتطلب التمييز بين فرضين :

الفرض الأول: لما يكون المشرع الوطني قد نص على سمو المعاهدة على التشريع الداخلي، ففي هذه الحالة على القاضي تغليب أحكام المعاهدة على أحكام التشريع الداخلي سواء أكان هذا الأخير سابقا عليها أو لاحقا لها، وسواء أكان تعارضه معها تعارضا صريحا أو تعارضا ضمنيا⁽⁴⁾.

(1) راجع: LOUSSOUARN ET Bourel, op. cit.n. 47, p. 48

Arrêt des chambres réunies du 27 Avril 1950, J.C.P 1950, 11, 5650

(2) Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n. 37, p. 40

(3) Mestre, Les traités et le droit interne, cours de l'acad. de droit. intern 1931.IV. 293

(4) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 75، صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 43

الفرض الثاني: لما يكون المشرع الوطني لم يفصح عن إرادته في تغليب أحكام المعاهدة على أحكام التشريع الداخلي ففي هذه الحالة يميز الفقهاء، بين تعارض المعاهدة مع تشريع داخلي سابق، وتعارضها مع تشريع داخلي لاحق.

حالة تعارض المعاهدة مع تشريع داخلي سابق:

لا خلاف بين الفقهاء بشأن هذه الحالة بأن نصوص المعاهدة هي التي تطبق وذلك إما بناء على أن التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق فيما تعارض فيه معه، وإما بناء على أن المعاهدة أقوى من التشريع الداخلي تأسيسا على صفتها الدولية وما يترتب عليها من مسؤولية دولية⁽¹⁾.

وهذا الحل هو الذي تبناه القضاء الفرنسي قبل دستور سنة 1946 الذي نص على تغليب أحكام المعاهدة المصادق عليها على أحكام التشريع الداخلي⁽²⁾.

حالة تعارض المعاهدة مع تشريع داخلي لاحق:

يفرق الفقهاء بشأن، هذه الحالة بين فرضين:

الأول: لما يكون التشريع الداخلي متعارضا مع معاهدة سابقة عليه تعارضا غير مقصود. ففي هذا الفرض ينبغي إعتبار مجال تطبيق المعاهدة مستثنى من المجال العام لتطبيق الداخلي اللاحق، بمعنى أن نعتبر ما تضمنته المعاهدة حكما خاصا، بينما ما تضمنه التشريع الداخلي حكما عاما.

والعام كما هو معلوم لا يلغي الخاص، والخاص يقيد بالعام. وبهذا الفهم قد أخذ القضاء الفرنسي. فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بشأن قانون 30 جوان 1926 الخاص بالملكية الصناعية والذي لا يسري على الأجانب إلا بشروط معينة بأنه " قد استثنى حتما الأجنبي الذي لا يمكن أن يتمسك بمعاهدة تعفيه من هذه الشروط"⁽³⁾.

(1) راجع عز الدين عبد الله، المرجع لسبق، ج 1 ص 73 صوفي حسن أبو طالب، المرجع لسبق، ج 1، ص. 44, 43 .

(2) Casis civ, 26 mars 1946, J.C.P 1946 11

3142 note rouvier

4 fev. 1936, D. 1936, 1, 25 note Raynaud

وهكذا كلما كان التشريع الداخلي متعارفاً مع معاهدة سابقة ينبغي اعتباره قد ترك المجال لتطبيق المعاهدة في المجال المحدد لها فقط⁽¹⁾.
الثاني : لما يكون التشريع اللاحق متعارفاً صريحاً مع معاهدة سابقة وذلك بأن ينص صراحة بأن أحكامه واجبة التطبيق ولو كانت مخالفة لمعاهدة سابقة. ففي هذه الحالة إذا لم يكن هناك نص دستوري ينص على تغليب أحكام المعاهدة على التشريع فلا مناص من تطبيق أحكام هذا الأخير لأنه لا حيلة للقاضي أمام الأمر الصريح الصادر إليه من المشرع. وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي قبل دستور سنة 1946 وكذلك دستور سنة 1958 (المادة 55)، فإنه على القاضي تطبيق نصوص المعاهدة وهذا ما استقر عليه القضاء الغالب في فرنسا⁽²⁾.

المشرع الوطني والتعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي:
لم يتضمن دستور سنة 1976 نصاً على تغليب أحكام المعاهدة على أحكام التشريع الداخلي، لكن التعديل الدستوري لسنة 1989 قد نص على سمو المعاهدة على التشريع الداخلي. فقد جاء في المادة 123 منه: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون". وعليه إذا وقع تعارض بين المعاهدة ونصوص التشريع الداخلي فعلى القاضي تغليب نصوص المعاهدة سواء كانت النصوص التشريعية الداخلية سابقة عليها أو لاحقة لها.
ونشير إلى أن هذا الحل هو الحل الذي تبناه المشرع المدني بشأن تنازع القوانين قبل التعديل الدستوري الآنف الذكر. فقد جاء في المادة 21 من القانون المدني الصادر سنة 1975: " لا تسري أحكام المواد السابقة - وهي المواد من 9 إلى 20 الخاصة بتنازع القوانين - إذا كانت متعارضة مع معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

ونشير كذلك إلى أن قانون الجنسية الصادر في سنة 1963 قد تضمن هو أيضاً نصاً يغلب أحكام المعاهدة المصادق عليها على التشريع الداخلي (المادة 2، فقرة 1)، لكن قانون الجنسية الصادر في 15 ديسمبر 1970 لم يرد فيه مثل هذا النص، مما يجعل مسألة سمو المعاهدة على التشريع الداخلي مسألة مطروحة بعد هذا القانون، وبقيت كذلك لغاية التعديل الدستوري لسنة 1989 الذي ورد فيه نص على تغليب المعاهدة على التشريع الداخلي كما أوضحنا ذلك سابقاً.

2- القضاء الدولي:

يقوم في الأصل القضاء الدولي بالفصل في قضايا الدول لفض المنازعات التي تنشأ فيما بينها، لكن قد يقوم أيضاً بصفة إستثنائية بالفصل في القضايا الخاصة للأفراد وذلك في الحالات النادرة الذي تتولى فيها الدول رفع قضايا رعاياها إليه.

(1) راجع: Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, p.45

-Cass.civ. 22 dec. 1931, D.P 1932 - 1- 113

(2) أنظر : لوسوارن وبورال، المرجع السابق، ص. 42، وكذلك الأحكام القضائية التي أوردها باتيفول ولاقارد في كتابهما - القانون الدولي الخاص، ص. 46 هامش 74.

وقد فصلت المحكمة الدائمة للعدل الدولي وكذلك محكمة العدل الدولية التي حلت محلها في بعض المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص منها:

- في مجال الجنسية: استشارة 9 أبريل 1923 الذي أقرت فيها مبدأ حرية الدول في مادة الجنسية وبأنها أي الدول لا تخضع بشأنها لأي قيد إلا ذلك الذي تفرضه المعاهدات الدولية⁽¹⁾، وكذلك قرارها في القضية المشهورة بـ Nottebohm والصادر بتاريخ 6 أبريل 1955 ومفاده أنه ليس للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية على فرد تعدد من وطنيتها إذا كانت رابطة الجنسية بينهما غير فعلية بصفة كافية.⁽²⁾

- في مجال مركز الأجانب: قرار رقم 7 للمحكمة الدائمة للعدل الدولية الذي تقرر فيه أن نزاع الملكية بدون تعويض مخالف للقانون الدولي، الأمر الذي يترتب عنه أنه ليس للدول أن تعامل الأجنبي كما يحلو لها.

- في مجال تنازع القوانين: يمكن ذكر القرارين رقم 14 و 15 الصادرين بتاريخ 12 جويلية 1979 والمتعلقين بشرط الذهب في القروض التي عقدتها في فرنسا الحكومتان الصربية والبرازيلية، ومفادهما أن القانون الذي يحكم العقد تعيينه القواعد المعروفة باسم قواعد القانون الدولي الخاص أو قواعد تنازع القوانين التي تكون جزءا من القانون الداخلي.⁽³⁾

هذه هي بعض قرارات القضاء الدولي في مجال القانون الدولي الخاص. والملاحظ أنها جد قليلة، وهذا ما يفسر أن القضاء الدولي هو قضاء بين الدول.

(1) -CLUNET 1923, 430

(2) راجع: S. BADTID l'affaire Nottcbon devant la cour internationale de justice, Rev. Crit. Dr. Int. Privé. 1956, 607

(3) -D. P 1930, 2,45

- Battifol et Lagarde, op. cit.p30

-Loussouarn et Bourel, op,cit.n. 52.p.55

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج.1، ص. 81

الباب الأول

النظرية العامة لتنازع القوانين

تمهيد:

تثور مشكلة تنازع القوانين لماتكون العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء مشتملة على عنصر أجنبي، فتكون بذلك ذات صلة بقوانين عدة دول. ويتطرق العنصر الأجنبي إلى العلاقة القانونية عن طريق العناصر المكونة لها. فقد يكون عن طريق أشخاصها كما لو تم إبرام عقد في الجزائر بين جزائري وفرنسي أو بين فرنسيين ويتعلق بمال كائن في الجزائر . وقد يكون عن طريق محلها كما لو تم إبرام عقد بين جزائريين ويتعلق بمال كائن في فرنسا. وأخيرا قد يكون عن طريق الواقعة المنشئة لها (السبب) كما لو تم إبرام عقد بين جزائريين في بلد أجنبي.

وتثير هذه العلاقة المتصلة بقوانين عدة دول- لإشتمالها على عنصر أجنبي سواء عن طريق أشخاصها أو محلها أو سببها- مشكلة اختيار أنسب القوانين لحكمها. وتحل عادة هذه المشكلة عن طريق قواعد معينة تسمى في القانون الدولي الخاص بقواعد الإسناد، وتسمى أيضا بقواعد تنازع القوانين، وهي قواعد يضعها المشرع الوطني. ومن أمثلتها خضوع الشروط الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين (المادة 11 من القانون المدني). ومن أمثلتها كذلك خضوع الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت لقانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته (المادة 16 من القانون المدني الجزائري) .

وينبغي الإشارة إلى أن قواعد الإسناد ليست الوسيلة الفنية الوحيدة لحل مشكلة تنازع القوانين ذلك أن تطور القانون الدولي الخاص قد كشف عن وجود قواعد موضوعية تقدم حولا مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا. وقد سمي الفقه هذه القواعد بالقواعد المادية للقانون الدولي الخاص.

(Règles matérielles de droit international privé)

وهذه القواعد التي تقدم حولا مباشرة لمشكلة تنازع القوانين قد يكون مصدرها المعاهدات الدولية كذلك المنظمة مثلا للنقل الجوي الدولي أو للنقل البحري الدولي أو للبيع الدولي للبضائع.. الخ. وقد يكون مصدرها ذا طابع وطني كما كان هو الشأن بالنسبة للقواعد الموضوعية التي خلقها القضاء لتحكم العقود الدولية في بعض الفروض. ومن أمثلتها إقرار القضاء الفرنسي لشرط التحكيم الوارد في عقد دولي رغم بطلان مثل هذا الشرط إذا ما تضمنه عقد داخلي. وقد يكون مصدرها العرف الجاري بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية. وقد ساعد على ظهورها حرص المتعاملين على الالتجاء في هذا المجال إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ بينهم.

وسنقتصر في دراستنا على الوسيلة الفنية الأولى باعتبارها أنها الوسيلة المعتمدة من طرف المشرع الجزائري بل كذلك من طرف أغلبية الدول لحل مشكلة تنازع القوانين.

ودرستنا لهذه الوسيلة ستكون مقسمة إلى فصلين:

الفصل الأول: نخصه لدراسة قاعدة الإسناد.

الفصل الثاني: نخصه لدراسة القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه.

وسيسبق هذين الفصلين فصل تمهيدي نحاول فيه بيان نطاق تنازع القوانين وتطوره التاريخي.

يوحي مصطلح تنازع القوانين أن هناك صراعا بينها، وأن كلا منها يدعي لنفسه الحق في حكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لعلاقته بها عن طريق أحد عناصرها، في حين أن قانون كل دولة محدود بسيادة دولته ولا يستطيع تعدي هذه الحدود بقوته الذاتية ومنازعة قانون القاضي في انطباقه على النزاع⁽¹⁾. وعليه فإنه لا ينبغي أن نفهم مصطلح تنازع القوانين على هذا النحو، فالمسألة لا تتعدى أن تكون مجرد مفاضلة بين القوانين المتعلقة بالعلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لاختيار أنسبها لحكمها. ونظرا لهذا اللبس الذي يمكن أن يوحى به هذا المصطلح فقد اقترح الفقهاء استبداله بغيره.

ومن بين المصطلحات المقترحة إصطلاح " تتاسق القوانين "، " تنازع القوانين " تنازع الاختصاص التشريعي، " سلطان القانون من حين المكان"⁽²⁾، إلا أن كل هذه المصطلحات لم تسد، وظل اصطلاح تنازع القوانين هو السائد في مختلف الدول.

وفي هذا الفصل التمهيدي سنحاول بعد تحديد مجال تنازع القوانين (المبحث الأول) التعرض لتطوره التاريخي (المبحث الثاني).

(1) راجع: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد؛ الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج. 2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص. 6.

(2) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 8 فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 6.

يشترط في القوانين التي تكون محلا لتنازع القوانين أن تكون من جهة صادرة عن وحدات سياسية تتمتع بوصف الدولة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى يشترط أن تكون منتمية إلى فروع القانون الخاص لأنه لا يتصور قيام تنازع القوانين بين فروع القانون العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

هل التنازع الدولي هو وحده الذي يدخل في نطاق

القانون الدولي الخاص؟

هناك نوعان من التنازع: التنازع الدولي والتنازع الداخلي، الأول يعد بلا خلاف من موضوعات القانون الدولي الخاص⁽¹⁾، أما الثاني فمحل خلاف⁽²⁾.

1- التنازع الدولي:

التنازع الدولي هو التنازع الذي يقوم بين قوانين عدة دول بشأن علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي.

ويطرح هذا النوع من التنازع تساؤلان، الأول: هل يشترط أن تكون دولة القاضي معترفة بالدولة التي لقانونها صلة بالنزاع؟ (أ)، والثاني: هل يشترط إضافة إلى الإعراف بالدولة ذات صلة بالنزاع الإعراف بحكومتها؟ (ب).

أ- الاعتراف بالدولة:

يذهب الفقه المعتمد إلى استبعاد تطبيق القوانين الصادرة عن دول غير معترف بسيادتها من طرف دولة القاضي على أساس أن عدم الاعتراف بالدولة يعني إنكار كل وجود قانوني لها، وبالتالي إنكار كل ما يصدر عنها من قوانين باعتبار أن هذا العمل مظهر من مظاهر سيادتها⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك فإنه لا يمكن أن ينشأ مثلا تنازع بين القوانين الجزائرية والقوانين الإسرائيلية باعتبار أن الجزائر غير معترفة في الوقت الحاضر بدولة إسرائيل.

ب- الاعتراف بالحكومة:

قد طرحت مسألة اعتراف دولة القاضي بحكومة الدولة المرشح قانونها لحكم العلاقة القانونية المشتعلة على عنصر أجنبي بمناسبة قيام الحكومة السوفياتية بعد ثورة أكتوبر 1917.

وقد رفض قضاء بعض الدول تطبيق القوانين التي أصدرتها بحجة أنها صدرت عن سلطة غير معترف بها كقضاء كل من فرنسا وبريطانيا وبلجيكا. أما قضاء كل من ألمانيا والنمسا فقد طبقا القانون السوفياتي على أساس أن عدم الاعتراف بالحكومة لا يمنع من تطبيق القوانين التي تصدرها لأنها هي المعمول بها فعلا داخل الدولة السوفياتية⁽²⁾.

وقد تطور قضاء كل من سويسرا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية نحو هذا الحل⁽³⁾. بل وحتى القضاء الفرنسي قد مال إليه مؤخرا.

(1) راجع: فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ج. 2 ص 10 و 11. فؤاد ديب، القانون الدولي

الخاص، دمشق 1986، ص 11.

Batiffol et Lagarde, op.cit. tome1, p. 327

(2) راجع:

Batiffol et Lagarde, op.cit. tome1, n 256, p. 328

(3) راجع:

فقد أقرت محكمة النقض الفرنسي قضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه من أن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يسمح للقاضي الفرنسي تجاهل القوانين الصادرة عنها والسابقة على الاعتراف بها باعتبار أنها السارية المفعول فعلا على الإقليم الذي تمارس عليه سلطتها⁽¹⁾.

ويتجه الفقه الحديث نحو هذا الحل على أساس أن عدم الاعتراف بالحكومة أو بالسلطة القائمة في الدولة ماهو إلا مسألة سياسية لا علاقة لها بالأفراد، وما على قضاة الموضوع إلا التأكد من أن القانون صادر عن سلطة قد استقر لها الأمر في الدولة لتقوم بتطبيقه، والقول بخلاف ذلك - أي بتطبيق القانون الساري المفعول في ظل السلطة السابقة المعترف بها كالقانون القيصري مثلا قبل قيام الحكومة السوفياتية - يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد والتي تستوجب أن يكون القانون الذي تشير باختصاصه هو القانون السائد بالفعل فيها⁽²⁾.

2- التنازع الداخلي:

التنازع الداخلي هو التنازع الذي يقوم داخل إقليم الدولة الواحدة بسبب تعدد القوانين فيها تعددا إقليميا أو تعددا شخصيا.

ويكون التنازع إقليميا لما تكون الدولة مقسمة إلى عدة أقاليم، ويكون لكل إقليم قوانينه الخاصة به مثل ما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فكل ولاية منها تشريعها الخاص.

ويكون التنازع شخصيا لما تتواجد داخل إقليم الدولة عدة طوائف أو أجناس، ويكون لكل طائفة أو جنس شريعته، ويظهر ذلك في الغالب في مجال الأحوال الشخصية كما هو الحال في كل من مصر وسوريا...

- Cass. Civ.3 Mai 1973, J.C.P 1973 . IV, 218

journal de dr. Int. Pr 1975, 426, note Loussouarn .

(1) راجع:

(2) راجع: هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص 18.

المطلب الثاني

هل يتحدد تنازع القوانين بالعلاقات القانونية الخاصة؟

من الخصائص القانونية في تنازع القوانين هو إمكان تطبيق القاضي المعروض عليه النزاع المشتعل على عنصر أجنبي لقانون غير قانونه. والعلاقات الخاصة هي وحدها التي يمكن أن يطبق فيها القاضي قانونا غير قانونه، ذلك أن القاضي لما تعرض عليه علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي فإنه يمكن أن يطبق عليها قانونه ويمكن أن يطبق عليها قانونا أجنبيا، فهو لا يجوز له الاكتفاء بالقول بشأنها بأن قانونه غير مختص، بل عليه أن يبحث عن القانون الأجنبي المختص بحكمها، ويعتمد في ذلك على قواعد التنازع الموجودة في قانونه.

أما العلاقات الداخلة في نطاق القانون العام فإنه لا يتصور فيها أن يطبق عليها القاضي قانونا غير قانونه لذلك فهي تخرج من نطاق تنازع القوانين. فهو يكتفي بشأنها فقط ببيان أنها غير خاضعة لقانونه، ولا يبحث عن القانون الأجنبي الذي تخضع له.

فإن العلاقات الخاضعة للقانون الخاص هي وحدها التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص. ومع ذلك فإننا نلاحظ بأنه بصدد بعض هذه العلاقات فإن القاضي يجد نفسه مضطرا إلى الرجوع إلى القانون العام الأجنبي بشأنها. فإذا تصدى مثلا القاضي للفصل في دعوى بطلان زواج أبرم في دولة أجنبية بسبب عيب في إجراءات الشهر فإنه يضطر إلى البحث في قواعد القانون العام الأجنبي الذي يحدد سلطات الموثق⁽¹⁾. لكن هذا الرجوع هو رجوع تبعية يتعلق بعلاقة قانونية خاصة. أما الرجوع بصفة أصلية فلا يمكن أن يكون.

(1) - Batiffol et Lagarde, op.cit. tome I, p. 320

- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 12

وقد اختلف الفقهاء في هذا النوع من التنازع، فبالنسبة للبعض وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي بارتن فإن التنازع الدولي هو وحده الذي يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، أما التنازع الداخلي فيجب استبعاده منه⁽¹⁾.

وأما بالنسبة للبعض الآخر، فإن التنازع الداخلي لا يختلف عن التنازع الدولي فكلاهما يعتمد في الغالب على نفس الأسس في حلولهما، وعليه فإنه ينبغي عدم إقصاء التنازع الداخلي من نطاق القانون الدولي الخاص⁽²⁾.

ونجد هذه النظرة أكثر رسوخا في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب كثرة حالات التنازع الداخلي فيها حيث فاقت عددا حالات التنازع الدولي مما أدى عمليا إلى اختفاء مصطلح القانون الدولي الخاص وشيوع مصطلح تنازع القوانين⁽³⁾.

ونشير في الأخير إلى أن هناك من الفقه من يفرق بين التنازع الشخصي والتنازع الإقليمي، فالأول يخرج في نظره من نطاق القانون الدولي الخاص على أساس أنه لا يعتبر تنازعا للقوانين من حيث المكان لأنه لا يتصور فيه تطبيق القاضي لقانون غير قانونه، بخلاف الثاني فإنه يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لأنه يتصور فيه مثل التنازع الدولي للقوانين تطبيق القاضي لقانون غير قانون الوحدة الإقليمية التي يتبعها. ففي الأول يوجد التلازم بين الإختصاص التشريعي والإختصاص القضائي، وفي الثاني لا وجود لذلك التلازم⁽⁴⁾.

(1) -Bartin. Principes, 1, p 24, et 25

Lerebours - pigeonnière, précis de dr, int. Privé, 9ed, n. 33

(2) -Battifol et Lagarde, op. cit. tome.1, n. 258, pp.331,332

(3) -Battifol et Lagarde, op. cit. tome. 1, n. 258, p. 331

(4) راجع : هشام علي صادق المرجع السابق، ص 17

P. Mayer , op. Cit. P. 59

هناك ثلاثة عوامل بدون التقائها لا يمكن أن تظهر ظاهرة تنازع القوانين⁽¹⁾

العامل الأول: هو ضرورة وجود حركة دولية للأشخاص وتعامل تجاري بين الدول. فلا يمكن أن تنشأ ظاهرة تنازع القوانين إذا كانت عناصر العلاقات القانونية مركزة كلها في إقليم الدولة. فتحرك الأشخاص خارج حدود إقليم دولتهم والتعامل التجاري بين الدول هو الذي يجعل عناصر العلاقات القانونية موزعة على أقاليم عدة دول ويخلق ما يسمى بمشكلة تنازع القوانين. فقد يتزوج شخص خلال رحلته إلى دولة أجنبية من تابعة إلى هذه الأخيرة، وقد يتعاقد مع أحد مواطنيه فيها، وقد يشتري عقارا موجودا على إقليمها.. إلخ. وهكذا يظهر بأنه لا يمكن أن تبرز ظاهرة تنازع القوانين دون وجود حركة انتقال الأشخاص بين الدول، ووجود تعامل تجاري فيما بينها.

العامل الثاني: أن يكون هناك نوع خاص من التسامح داخل كل دولة بحيث يسمح قانونها للقاضي بتطبيق قانون غير قانونه، لأنه إذا كان المشرع لا يسمح بتطبيق على إقليم دولته غير قانونه فإن مشكلة تنازع القوانين تكون حينئذ غير مطروحة. وعليه فإنه لا يمكن أن ينشأ مشكل تنازع القوانين في دولة تأخذ بمبدأ اقليمية قوانينها بشكل صارم.

(1) Loussouarn et Bourel, op.cit., 81, pp. 94, 95

العامل الثالث: ألا تكون القواعد الموضوعية المنظمة لعلاقة قانونية ما متماثلة في قوانين الدول المختلفة التي تتصل بها عناصر العلاقة، لأنه إذا كانت متماثلة فلا فائدة من المفاضلة بينها لأن تنازع القوانين يقوم على مفاضلة بين القوانين التي لها صلة بالعلاقة لاختيار أنسبها لحكمها.

وبدون التقاء هذه العوامل الثلاثة لا يمكن أن تظهر إلى الوجود مشكلة تنازع القوانين، وهذا ما يفسر لنا سبب تأخر ظهورها في تاريخ القانون إذ أنها لم تظهر إلا بعد أن التقت العوامل الثلاثة السابقة، وكان ذلك في نهاية القرن الثاني عشر لما ازدهرت التجارة في مدن شمال إيطاليا بعد استقلالها السياسي عن الإمبراطورية الجرمانية، وقد أدرك التجار أنذاك أنه من مصلحتهم لازدهار التجارة قبولهم في مدنهم قوانين مدن أخرى مجاورة رغم مخالفتها في مضمونها لقوانينها الداخلية.

فذلك كان البداية لنشوء مشكلة تنازع القوانين، وقد تصدى لها الفقهاء، وأثمرت جهودهم عن حلول ساهمت في وضع اللبنة الأولى لنظرية تنازع القوانين، واستمر جهدهم إلى غاية صدور القانون المدني الفرنسي الذي تضمن مادة متعلقة بتنازع القوانين هي المادة الثالثة، ولم يتوقف جهدهم بعدها بل بقي مستمرا إلى وقتنا الحاضر، وعليه فإننا في رصدنا للتطور التاريخي لتنازع القوانين سنحاول أن نلقي الضوء في مطلب أول على جهود الفقهاء قبل التقنين المدني الفرنسي، ثم في مطلب ثان على جهودهم بعد صدوره.

المطلب الأول

التطور التاريخي لتنازع القوانين

قبل صدور التقنين المدني الفرنسي

نتعرض في هذه المرحلة التاريخية لثلاثة مدارس كان لها الفضل في وضع اللبنة الأولى في بناء نظرية تنازع القوانين، الأولى هي المدرسة الإيطالية للأحوال التي كان لها الفضل في تجميع العلاقات القانونية في فئات مسندة، والثانية هي المدرسة الفرنسية التي أدخلت إلى تنازع القوانين فكرة التكييف، والثالثة هي المدرسة الهولندية التي بحثت في أساس تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني.

أ- المدرسة الإيطالية للأحوال:

لما استقلت المدن الإيطالية وازدهرت فيها التجارة وأخذ التبادل التجاري يتزايد فيها، طرحت مشكلة النزاعات التي تقوم بين أفراد ينتمون إلى أكثر من مدينة، والحال أن لكل مدينة من هذه المدن قانونها الخاص الذي يختلف في مضمونه عن غيره من قوانين المدن الأخرى.

ولقد تصدى الفقه الإيطالي لهذه الظاهرة، وتميزت طريقته المتبعة بحثاً عن حلولها ببعدها عن أي فكرة مسبقة تنقيد بها سلفاً كفكرة إقليمية القوانين أو فكرة شخصية القوانين. فأراد بذلك أن تكون حلوله عالمية صالحة لحل التنازع أياً كان مكانه.

فقام بتحليل القوانين (الأحوال) ليعطي لها بحسب طبيعتها مجالها، واستعان في ذلك ببعض نصوص القانون الروماني وباعتبارات المنطق القانوني المجرد ومقتضيات التجارة⁽¹⁾.

(1) راجع: Battiffol et lagarde, op.cit.tome.1, p.283

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 24

وعلى ضوء هذا المنهج توصل الفقه الإيطالي للأحوال إلى تجميع الكثير من العلاقات القانونية في فئات مسندة (catégories de rattachement) بحيث أن كل فئة منها تخضع لقانون معين.

1- فقد ميّز بين الإجراءات (procédure) والموضوع (fond)، فأخضع الأولى لقانون القاضي، والثانية لقانون آخر يمكن أن يكون قانوناً أجنبياً وذلك بحسب المسألة التي يثار بشأنها النزاع⁽¹⁾.

2- أخضع العقد سواء من حيث شكله أو من حيث موضوعه لقانون بلد الإبرام باعتبار أن المتعاقدين حسب أحد فقهاء هذه المدرسة وهو (Curtius) قد رضوا بتطبيقه ضمناً، وقد اعتبر هذا الأساس المنطلق للقول فيما بعد بمبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة.

ثم ميز الفقيه (Bartole) وهو أيضاً من كبار فقهاء هذه المدرسة لما رأى أهمية دور مكان التنفيذ بين آثار العقد المباشرة وآثاره التنفيذية فأخضع هذه الأخيرة لقانون محل تنفيذ العقد لا لقانون محل إبرامه⁽²⁾.

3- أخضع الجرائم لقانون مكان وقوعها (lex loci delicti) لكن دون تفرقة بين الجرائم الجنائية والمدنية. ويعتبر هذا العمل نواة القاعدة الحديثة التي تقضي بأن الفعل الضار محكوم بقانون محل وقوعه⁽³⁾.

4- أخضع المال لقانون موقعه (lex rei citae)

5- أخضع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه، وأبان " بالد " أن المراد بالموطن ليس بالضرورة المدينة التي ينتمي إليها الشخص بأصله، فيصح أن يكون المدينة التي يتوطن بها الشخص حالياً⁽⁴⁾.

(1) راجع: Battiffol et lagarde, op. cit.tome1, p283

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 2

(2) راجع: Loussouarn et Bourel, op. cit, p.100

- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 28

(3) راجع: فولد ديب، المرجع السابق، ص. 30، هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي للخص، ص. 22

(4) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 24, 25

وأخيراً فإن هذه المدرسة قد ميزت بين الأحوال البغيضة التي تبقى حبيسة الإقليم الذي سنّها فلا يمتد تطبيقها إلى خارجه كتلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث، وبين الأحوال المستحسنة التي يمتد تطبيقها إلى خارج الإقليم الذي سنّها، فيطبقها قضاة البلاد الأخرى⁽¹⁾.

ويعتبر هذا التمييز النواة لفكرة النظام العام الذي تستخدمه القوانين الحديثة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قواعد إسنادها باختصاصه.

ونخلص من كل ما سبق إلى القول بأن هذه المدرسة تعتبر الأولى التي ساهمت في حل مشكلة تنازع القوانين في تاريخ هذا الأخير. ويظهر فضلها خصوصاً في ابتداعها لما يسمى بالفئات المسندة وإخضاع كل فئة منها لقانون معين. ولا تزال القوانين الحديثة تأخذ بذلك.

2- المدرسة الفرنسية:

تميز القرن السادس عشر في فرنسا ببروز فقيهين عظيمين هما: ديمولان ودارجنترية. إلى الأول يرجع فضل ابتداع فكرة التكيف، وإلى الثاني يرجع فضل ابتكار - في حل مشكلة تنازع القوانين - طريقة الانطلاق من فكرة مسبقة تكون نقطة البدء، وتجمع عليها مختلف الحلول⁽²⁾.

ديمولان (1500 - 1566):

كان ديمولان محامياً في البداية، ثم أستاذا فيمابعد بجامعة (Tubingen) بألمانيا؛ يعتبره بعض الفقهاء من المكملين لفقه المدرسة الإيطالية، فقد

(1) راجع:

- Batiffol et Lagarde, op. cit. tome1, p. 444

- Loussouarn et Bourel, op.cit. n.89, p.104, 105

-Batiffol et Lagarde, op. cit.tome1, p.288, 289

-Loussouarn et Bourel, op.cit.n. 89,p.104, 105

(2) راجع:

احتفظ ببعض حلول المحشرين اللاحقين كخضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه (locus regit actum)، وكالتمييز بين الأحوال البغيضة والأحوال المستحسنة. لكن البعض الآخر من الفقهاء يعتبره الممثل الأول للمدرسة الفرنسية. فهو أول من أصل في فرنسا تقسيم الأحوال إلى أحوال عينية وأحوال شخصية والذي قام ببلورته فيما بعد الفقيه دارجنترية.

ومن أهم مساهمات هذا الفقيه في مجال تنازع القوانين هو ابتداعه لفكرة التكيف. وقد تعرض لها في فتواه الشهيرة بصدد النظام المالي للزوجين سنة 1525 إذ اعتبره كعقد ضمني، فيدخل بذلك في فئة العقود ومن ثم فهو يخضع للقانون الذي اختاره الزوجان، وهو قانون موطنهما وقت الزواج. فديمولان قد كيف بهذه الفتوى النظام المالي للزوجين على أنه عقد ضمني، فيدخل بذلك في فئة العقود، وبذلك يكون قد كشف عن فكرة التكيف.

وكذلك من أهم مساهماته إخضاع العقود لقانون الإرادة، فكورتيس كان قد أسس تطبيق قانون بلد الإبرام على العقود على اعتبار أنه القانون الذي اختاره المتعاقدان لكن دون أن يستخلص النتيجة المنطقية المترتبة عن هذا التأسيس، فديمولان هو الذي قام باستخلاصها فقال: إذا كن مرد تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية، فمن باب أولى أن نسمح لهما باختيار قانون غير قانون محل الإبرام ليحكم العقد المبرم بينهما⁽¹⁾. فكان ذلك البداية لنشوء مبدأ سلطان الإرادة في العقود والذي عرف في

القرن التاسع عشر ازدهارا كبيرا.

- Loussouarn et Bourel, op.cit. p.104

(2) راجع:

فؤاد ديب، المرجع السابق، ص.33

بريتان المقاطعة التي ولد فيها دار جنتريه كانت مستقلة، وتأصل فيها النظام الإقطاعي، ثم ضمت إلى التاج الفرنسي على مضض من سكانها الذين لا يميلون إلى الإنتشار في الأرض ولا للانصهار مع الفرنسيين، بل عملوا دوما على الإحتفاظ بمقوماتهم.

وباعتبار أن دار جنتريه هو من هذه المقاطعة وكان قاضيا فيها فقد دافع عن خصوصيتها، فأسس بذلك فقها لتنازع القوانين ليحافظ به على أعراف وأحوال مقاطعته ليضمن به على الأقل إستقلالها القانوني.

ففي تعليقه على المادة 218 من عرف بريتان قال دارجنتريه بأن مجموع الأعراف والأحوال تتعلق إما بالأشخاص، وإما بالأموال، فتلك التي تتعلق بالأشخاص فإنها تتبعهم حتى خارج الإقليم، فهي غير إقليمية التطبيق. أما تلك التي تتعلق بالأموال فإنها تطبق تطبيقا إقليميا مهما كان أصل أو موطن الأطراف، فهي بذلك إقليمية التطبيق.

لكن تقسيم دارجنتريه للأحوال طرح مشكلا آخر هو كيفية تحديد الأحوال التي تتعلق بالأشخاص، وتلك التي تتعلق بالأموال، فإذا كان الأمر سهلا بالنسبة لبعض الأحوال كإدراج مثلا سن الرشد في الأحوال الشخصية وإدراج حقوق الإرتفاق في الأحوال العينية، فإن الأمر يصعب بالنسبة للبعض الآخر لتعلقها في آن واحد بالأشخاص وبالأموال كالنص الخاص بمنع الزوجة من الإيضاء بالعقار لزوجها، فإنه من جانب يتعلق بأهلية المرأة المتزوجة مما يجعله داخلا في الأحوال الشخصية، ومن جانب آخر فإنه يتعلق بعقار مما يجعله داخلا في الأحوال العينية.

فأمام هذا الإشكال أدخل دارجنتريه فكرة إقليمية القوانين، وهي فكرة تتماشى مع نزعته الرامية إلى المحافظة على أعراف وأحوال مقاطعته. فاعتبرها هي الأصل بينما شخصية القوانين هي الإستثناء. وتطبيقا لذلك فإن الأحوال إذا كانت متعلقة بالأموال والأشخاص في نفس الوقت فإنها تخضع للأصل العام وهو إقليمية القوانين. وسمى هذه الأحوال بالأحوال المختلطة (statuts mixtes) ⁽¹⁾.

وترتب على هذا التقسيم الثلاثي للأحوال عند دارجنتريه اتساع دائرة الأحوال العينية باعتبارها هي الأصل، وضيق دائرة الأحوال الشخصية باعتبارها مجرد استثناء.

فأصبحت هذه الأخيرة لا تشمل غير حالة الشخص وأهليته العامة كتحديد سن الرشد والنصوص الخاصة بعوارض الأهلية. أما الأهلية الخاصة مثل منع كل زوجين من أن يهب ماله إلى الآخر فتدخل في الأحوال العينية لأنها من الأحوال المختلطة فتطبق تطبيقا إقليميا.

يتضح مما سبق أن دارجنتريه قد أقام نظرية عامة لتنازع القوانين حاول من خلالها وضع الحلول المختلفة لمشكلة التنازع. فقد رد الحلول المختلفة لتنازع القوانين إلى أفكار عامة تتجمع في مبدأ عام هو عينية الأحوال، وإستثناء عليه مبدأ شخصية الأحوال (أي امتدادها). فيكون بذلك قد خالف المدرسة الإيطالية التي اتبعت المنهج التحليلي المتمثل في معالجة مسائل تنازع الأحوال واحدة واحدة دون محاولة ربط ما بينها ⁽²⁾.

لكن مايعيب فقه دارجنتريه هو عد شموله لكافة الأحوال، ذلك أن الأحوال العينية والأحوال الشخصية ليست الأحوال الوحيدة الموجودة، بل

⁽¹⁾ راجع: Batiffol et lagarde, op.cit.tome1, n. 221, p289

⁽²⁾ راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج2، ص33

هناك أحوال أخرى كالأحوال الخاصة بالعقود والأحوال الخاصة بشكل التصرفات والأحوال الخاصة بالإجراءات والأحوال الخاصة بالوقائع القانونية. فذلك جعل تطبيق النظرية في العمل محوطا بالنقص والغموض⁽¹⁾

3-فقه المدرسة الهولندية:

يشبه وضع هولوندا في القرن السابع عشر الميلادي وضع بريتان في عهد دارجنترية، فقد سعت مثلها إلى التحرير من محتليها، فوجدت بذلك في فقه دارجنترية ضالتها لأنه الفقه الذي سيحافظ على استقلالها القانوني فتبنت نظريته في إقليمية القوانين وطبقته بشكل مطلق.

فحسب هذه المدرسة ليست للقوانين السيادة إلا على الإقليم الذي أصدرها، ومن ثم فإن مبدأ إقليمية القوانين لا ينبغي أن يرد عليه أي إستثناء، لأن قبول الاستثناء يعني قبول تطبيق قانون أجنبي على الإقليم، وفي ذلك اعتداء على سيادته.

ورغم هذا الغلو في الأخذ بمبدأ الإقليمية فإن الفقهاء الهولنديين قد سمحوا بتطبيق القانون الأجنبي لكن ليس على سبيل الإلزام وإنما على سبيل المجاملة (La courtoisie internationale).

ولعل الفقه الهولندي قد أراد بفكره المجاملة التخفيف من قسوة المبدأ الذي أعتمده، وما ينجر عنه من نتائج خطيرة على مصالح الأفراد وعلى المصالح المشتركة للدول⁽²⁾.

ولقد اكتنفت فكرة المجاملة الدولية نوعا من الغموض عند الشراح مما جعلها تتعرض للنقد. فإذا كان تطبيق القانون الأجنبي منوطا بتقدير القاضي حسب ما تقتضيه المصلحة، فإن ذلك يفتح الباب أمام تعسفه فيطبقه متى شاء، ويرفض تطبيقه متى شاء. وهو أمر غير معقول.

(1) راجع : فؤاد علي ديب، المرجع السابق، ص. 35
(2) راجع : فؤاد علي ديب، المرجع السابق، ص. 35
-Loussouarn et Bourel, op.cit, n. 91. p. 108

والواقع أن الهولنديين لم يقصدوا أبدا هذا الفهم، وإنما قصدوا بفكرة المجاملة أن المشرع لا القاضي هو الذي يملك حرية السماح بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه، وإذا ما قرر تطبيقه على سبيل المجاملة التزم القضاء بتطبيقه، وهكذا بهذا الفهم نجد أن فكرة المجاملة تقوم بدورها في مرحلة وضع قاعدة التنازع لا في مرحلة تطبيقها⁽¹⁾ ولقد انتقلت فكرة المجاملة الدولية إلى البلاد الإنجلوا مريكية وفهمت فيها هذا الفهم⁽²⁾.

ونشير إلى أن الفقهاء الهولنديين قد تبنوا تقسيم دارجنترية للأحوال إلى أحوال عينية وأحوال مختلطة، إلا أنهم اختلفوا عنه في تحديد مضمون كل قسم. ولقد استطاعوا أن يجعلوها تستوعب ما أغفلته مدرسة دارجنترية من الأحوال مثل الأحوال المتعلقة بالشكل والأحوال المتعلقة بالموضوع..الخ.

ولم يقتصر هذا الاختلاف على المضمون فقط، بل امتد أيضا إلى آثار هذه الأحوال فقد جعلوها تتمتع كلها - كما أسلفنا - بسيادة إقليمية مطلقة⁽³⁾. ومن أشهر فقهاء هذه المدرسة: Paul voet (1619 - 1677)، وابنه Jean voet (1647 - 1714)، و Huber Ulric (1636 - 1694)، والذي إليه يرجع الفضل في وضع لأول مرة اصطلاح: " تنازع القوانين".

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج2 ص. 38. علي علي سليمان، المرجع

السابق، ص. 31. محند اسعد، المرجع السابق، ص. 60 و 61.

(2) راجع : عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج2، ص. 39.

(3) أنظر: Batiffol et Lagarde, cit.tome 1, n. 224, p. 293

المطلب الثاني

التطور التاريخي لتنازع القوانين بعد صدور التقنين المدني الفرنسي أي بعد القرن الثامن عشر الميلادي

إلى غاية صدور التقنين المدني الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر الميلادي كان مبدأ إقليمية القوانين هو السائد. فقد انتقل هذا المبدأ من فقه دارجنترية في فرنسا إلى فقه المدرسة الهولندية ومنها إلى إنجلترا على يد القاضي الأنجليزي (جينكز) وكذلك على يد بعض الطلاب الإنجليز الذين كانوا يقدون إلى جامعات هولندا وخاصة جامعة ليدن. ومن إنجلترا انتقل إلى القارة الأمريكية وكندا. وقد رجع هذا المبدأ إلى فرنسا بعد أن كان شبه مرفوض فيها لتعارضه مع ما يسعى إليه ملوك فرنسا من توحيد لأراضيها. ولكن ما ينبغي ملاحظته أن هذه الفترة لم تشهد فقيها مبدعا في مجال تنازع القوانين. نعم قد ظهر فيها أمثال Boullenois (1680 - 1760) و Bouhier (1673 - 1746) و Frolaend (1746 تاريخ وفاته)، ولكن لا أحد منهم كون مدرسة مستقلة، فجهدهم يكاد يقتصر على تبويب القوانين ووضعها في نطاق القوانين العينية أو في نطاق القوانين الشخصية⁽¹⁾، فهم بذلك قد ساروا على هدي من سبقهم وخصوصا على مذهب دارجنترية.

ولما جاءت الثورة الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر الميلادي وحدت التشريع في فرنسا، فوضعت بذلك حدا للتنازع المحلي بين القوانين فأصبح التنازع دوليا، أي بين القانون الفرنسي وقوانين الدول الأجنبية.

(1) راجع: Batiffol et Lagarde, op.cit. tome I, n. 227, p. 295

Loussouarn et Bourel, op.cit, n. 95, p. 112

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 41 و 42 .

وكان يقتضي ذلك أن يضع المشرع الفرنسي نصوصا تتضمن حلولاً لتنازع القوانين ولكن ذلك لم يحدث فقد قنع بوضع مادة واحدة في التقنين المدني تتعلق بتنازع القوانين وهي المادة الثالثة.

أما عن الساحة الفقهية، وبالضبط عند إشراف النصف الأول من القرن التاسع عشر الميلادي على الإنتهاء، فلم تكن قفرا فقد شهدت تيارين فقهيين قويين قد وقفا في وجه مبدأ إقليمية القوانين الذي كان تقريبا هو السيد في القارة الأوروبية وفي أمريكا بل وحتى فرنسا. يتزعم الأول الفقيه الإيطالي (Mancini) ويتزعم الثاني الألماني (Savigny).

وقد شهدت أيضا الساحة الفقهية في أواخر النصف الثاني من القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين فقهاء لهم دور لا يستهان به في تطوير قواعد التنازع وهم كل من Niboyet و Bartin و Pillet .

1- فقه مانشيني (Mancini):

يقوم فقه مانشيني في تنازع القوانين على مبدأ شخصية القوانين أي امتدادها، فالشخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها سواء أكان داخل إقليمها أم خارجه، ففانون كل دولة قد وضع حسب هذا الفقيه لرعاياها ومن أجلهم، ولذلك ينبغي أن يتبعهم أينما كانوا، داخل إقليمهم أم خارجه.

وقد أقام مانشيني فقهه في تنازع القوانين على أساس ما أسماه بمبدأ الجنسيات في محاضراته الشهيرة التي ألقاها في سنة 1851 بجامعة "تورين" بعنوان: " في الجنسية كأساس للقانون الدولي⁽¹⁾ . ومؤدى هذا المبدأ

(1) راجع: Batiffol et Lagarde, op .cit. tome. I, n. 230, p. 299

عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 53.

أن الدول ينبغي أن تكون عبارة عن مجموعات من الأشخاص تجمعهم وحدة الأصل والدين واللغة والتقاليد. وتأسيسا على ذلك ينبغي أن يكون قانون كل دولة مستمدا من عاداتها وتقاليدها ومتلائما مع واقعها وتطلعاتها. وهكذا ينبغي أن يكون للإيطاليين دولة إيطالية تصدر عنها قوانين إيطالية، متلائمة مع أصلهم وواقعهم وينبغي أن تتبعهم هذه القوانين أينما كانوا وحتى خارج إيطاليا لأنها وضعت لهم ومن أجلهم⁽¹⁾.

وهكذا وفق هذا المنطق تبني مانشيني مبدأ شخصية القوانين، أي امتدادها خارج الإقليم، وجعله هو الأصل. فيكون بذلك قد خالف نظرية دارجنترية التي سادت في أوربا وأمريكا وإنجلترا والتي جعلت على العكس مبدأ الإقليمية هو الأصل.

وإذا كان دارجنترية لم يأخذ بمبدأ الإقليمية بشكل مطلق، فذلك الفقيه الإيطالي مانشيني لم يأخذ بمبدأ الشخصية على إطلاقه، فقد أورد عليه عدة استثناءات هي:

1- القوانين المتعلقة بالنظام العام فهذه تطبق تطبيقا إقليميا، فتسري على كل من في الإقليم من وطنين وأجانب على حد سواء. وتشمل هذه القوانين قانون العقوبات وقانون الملكية العقارية والقوانين العامة. وأساس استثناء هذه القوانين هو تعلقها بالمصالح العليا للدولة.

2- قانون الإرادة وهو القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث موضوعها، فهو يطبق بغض النظر عن القانون الشخصي للمتعاقدين إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود.

3- القانون المحلي وهو قانون البلد الذي تم فيه التصرف، فهو يطبق على شكل جميع التصرفات القانونية وذلك أخذا بالقاعدة التقليدية (Locus regit actum).

نلاحظ من خلال ما سبق أن فقه مانشيني يشبه فقه دارجنترية من حيث المنهج المتبع لحل مشكلة تنازع القوانين. فكل منهما لم يعالج مسائل التنازع واحدة واحدة دون محاولة ربط ما بينها، مثل ما فعلت مدرسة الأحوال بل وضع كل منهما مبدأ عاما ترجع إليه مختلف المسائل مع ورود استثناءات عليه. فالمبدأ العام عند دارجنترية هو إقليمية القوانين، والمبدأ العام عند مانشيني هو شخصية القوانين، فكلاهما قد أقام بذلك نظرية في تنازع القوانين.

وقد وجهت إلى فقه مانشيني عدة انتقادات منها:

أولاً: كثرة الاستثناءات التي أدخلها على مبدأ شخصية القوانين حتى طغت على المبدأ ذاته، وهو مالا يتفق مع المنطق.

ثانياً: اعتباره الأمة هي الدولة، في حين أن الأمة غير الدولة. فالأمة تتكون من مجموعة أفراد تتحد في الأصل والدين واللغة والآمال والمشاعر لكن قد لا تجمعها دولة واحدة كالأمة العربية مثلاً. أما الدول فيمكن أن تتكون من أمم مختلفة كما هو الحال في سويسرا، لأن العنصر الأساسي في الدولة هو وجود إقليم تستقر عليه مجموعة من الأفراد يشكلون رعاياها وتكون لها السيادة عليه وعليهم.

ثالثاً: عدم تضمينه أية قاعدة تتعلق بالعلاقات التي تنشأ ما بين أفراد ينتمون إلى جنسيات مختلفة.

- Loussouarn et Bourel, op.cit, p.121.

(1) راجع:

ورغم ما في فقه مانشيني من عيوب على نحو ما رأينا فقد كان له تأثير على التطور التشريعي في أوروبا آنذاك. فبعد أن كان الإسناد إلى قانون الموطن هو الغالب خلال قرون طويلة أصبحت معظم التشريعات تأخذ بدله بقانون الجنسية. فالتقنين المدني الإيطالي والتقنين المدني الإسباني قد مددا من سلطان القانون الوطني إلى خارج حدوده التقليدية⁽¹⁾. والقانون المدني الألماني قد أخذ بقانون الجنسية بالنسبة لكثير من المسائل التي كانت في السابق تخضعها لقانون الموطن. ثم في بداية القرن نجد اتفاقيات لاهاي المنعقدة في سني 1986، 1902، 1905، قد أخذت بشأن الأحوال الشخصية بقانون الجنسية، كما أن تقنين Bustamante لسنة 1928 قد أخذ بنفس المجموعات (الفئات) المسندة التي وضعها مانشيني⁽²⁾.

2- فقه سافيني (Savigny 1779 - 1861) :

عرض سافيني فقهه في تنازع القوانين في الجزء الثامن من كتابه " القانون الروماني " الذي نشره سنة 1849. وقد انطلق هذا الفقيه في معالجته لمشكلة تنازع القوانين من فكرة مفادها أن كل الدول الغربية باعتبارها وارثة للقانون الروماني تعتبر مرتبطة فيما بينها برابط يساعد في تسهيل تطبيق قوانين بعضها في أقاليم بعضها الآخر. وقد ازداد هذا الرابط قوة ومثانة بفضل الديانة المسيحية. فالقانون الروماني والديانة المسيحية يعتبران بذلك العاملين المهمان في تكوين ما يسمى بالشعوب الغربية.

وهكذا بفضل الاشتراك الحضاري بين الدول الغربية ستجد قوانين بعضها تطبيقاً في أقاليم بعضها الآخر وذلك وفق قواعد مشتركة تسمح بالوصول إلى حلول موحدة بغض النظر عن المكان المعروض فيه النزاع⁽³⁾.

(1) - Mohand Issad, op.cit.tome 1, p.65

(2) - Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n. 231, p. 302

(3) - Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n. 237, p.309

راجع:

راجع:

راجع:

وبعد أن حدد سافيني مجال تنازع القوانين بقوانين الدول التي يوجد بينها اشتراك حضاري، انتقل إلى بيان كيفية حل هذا التنازع، فقال: بأنه ينبغي تحليل العلاقات القانونية لتحديد لكل منها حسب طبيعتها مركزها المكاني، ذلك أن لكل علاقة قانونية مركزاً مكانياً ينبغي البحث عنه، وقانون هذا المركز هو الذي يطبق عليها⁽¹⁾.

وهكذا نجد سافيني لم يتبع طريقة المدرسة الإيطالية للأحوال في تحليل القوانين لتحديد مجال تطبيق كل منها، كما أنه لم يضع مبدأ معيناً يقسم وفقه القوانين إلى قوانين إقليمية وإلى قوانين ممتدة ليحدد به مجالها، بل اتبع طريقة منفردة تتمثل في تحليل الروابط القانونية لإسناد كل منها إلى قانون معين حسب طبيعتها. فأراد بذلك أن تكون حلوله عالمية.

وقد توصل سافيني عن طريق التركيز للشخص وللعلاقات القانونية على الحلول التالية:

- 1- تطبيق على الشخص فيما يتعلق بأهليته وحالته قانون موطنه على أساس أن مقر الشخص هو موطنه لأنه أراد الإستقرار فيه.
- 2- تطبيق على العلاقات المتعلقة بالمال قانون موقع المال سواء أكان منقولاً أم عقاراً على أساس أن المال شيء محسوس يحتل حيزاً مكانياً. لمركزه هو مكان وجوده، ومن ثم فإن العلاقات القانونية المتعلقة به تتركز في هذا المكان.
- 3- إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون مكان تنفيذ هذا الأخير على أساس أنه المظهر المنظور الذي يمكن أن نربط به الالتزام لأن هذا الأخير شيء غير محسوس، وبالتالي ينبغي البحث عن مظهر ملموس يمكن أن نربطه به.

(1) راجع: Batiffol et Lagarde, op.cit.tome 1, n.283, p 310 - عز الدين عبد

الله، المرجع السابق، ج.2 ص 49 و 50

فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 39، 40

3- بيه (pillet)

كان pillet أستاذًا للقانون الدولي العام واهتمامه بالقانون الدولي الخاص لم يكن إلا لاحقًا مما يجعل فقهه في القانون الدولي الخاص متأثرًا بدون شك بتكوينه السابق في القانون العام⁽¹⁾

يرى هذا الفقيه بأن تنازع القوانين ما هو إلا تنازع بين السیادات إذ أن الأمر يتعلق ببيان إلى أي حد يمكن أن تتحني سيادة الدولة أمام سيادة دولة أخرى وذلك لما تقبل بتطبيق قوانين هذه الأخيرة على إقليمها، لم يعط القانون الدولي العام حلاً لهذا الموضوع، ومبدأ سيادة الدول يفرض فقط على كل دولة أكبر احترام ممكن للدول الأخرى.

ولكن لما كان قانون كل دولة يعتبر من مظاهر سيادتها فإنه ينبغي لذلك أن يتمتع بخاصيتين : خاصية الدوام، وخاصية العموم. فبفضل الخاصية الأولى يتبع القانون الأشخاص والأموال الخاضعة له من يوم إصداره إلى يوم إلغائه. وبفضل الخاصية الثانية يطبق القانون على كافة الأشخاص وكافة الأموال على إقليم الدولة.

وإذا احتفظ قانون كل دولة بهاتين الخاصيتين فإنه يصبح من المستحيل الوصول إلى حل مشكلة تنازع القوانين ذلك أن كل دولة إذا حرصت على تطبيق قوانينها على كل وطنيها سواء كانوا داخل إقليمها أم خارجها لتضمن لها الدوام، وحرصت في نفس الوقت على تطبيقها على كل من على إقليمها لتضمن لها العموم، فإنه يستحيل حينئذ تطبيق القوانين الأجنبية⁽²⁾.

Loussouarn et Bourel, op. cit. tome 1, n. 101, p. 124

(1) راجع:

Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n. 233, p. 304

(2) راجع:

وهذا المظهر يتجلى في مكان التنفيذ أكثر من مكان الانعقاد على اعتبار أن طرفي التعاقد قد اختاره ضمناً كمكان لتركيزه فيه⁽¹⁾ ووفقاً لنفس التحليل أخضع الالتزامات المترتبة على الفعل الضار لقانون محل وقوعه.

وقد تعرض فقه سافيني لبعض الانتقادات أهمها⁽²⁾.

1- الانتقاد الموجه إلى فكرة الخضوع الإرادي، فهو يسند إلى الأشخاص إرادة معينة، في حين أنه يمكن أن تكون لهم إرادة مغايرة، فافتراض إنصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون محل التنفيذ ليس مؤكداً إذ من الجائز أن تكون إرادتهما قد انصرفت إلى قانون آخر.

2- الانتقاد الموجه إلى فكرة الاشتراك القانوني التي كانت نقطة الإنطلاق لفقهه في تنازع القوانين. فهي فكرة قد كذبها الواقع. فتطور التجارة الدولية وحركة انتقال الأشخاص من دولة إلى أخرى قد جعل فكرة الاشتراك القانوني فكرة مهجورة إذ أصبحت الدول تقبل على أقاليمها تطبيق قوانين دول أخرى لا يوجد اشتراك قانوني معها.

رغم هذه النقائص فإن فقه سافيني كان له أثر كبير على الفقه والقضاء في ألمانيا. ولقد امتد أثره حتى إلى خارجها. ففي إنجلترا يحتل سافيني مكانة تلي مكانة الفقيه الأمريكي Story، وفي فرنسا إذا كان كل من Weiss و Audinet و Surville قد ابتعوا فقه مانشيوني فإن Despagne و Valéry يعتبران من المتأثرين بفقه سافيني⁽³⁾.

وإلى أيامنا الراهنة لا تزال طريقة سافيني التحليلية هي الطريقة السائدة. فبذلك فإن الفقه المعاصر يبقى مدينًا له بها.

(1) راجع: Mohand Issad, op. cit. tome 1, p. 63

(2) راجع: Mohand Issad, op. cit. tome 1, p. 63 et 64

(3) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص 53

-Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n 240, p 240

فواضح مما تقدم أنه من المستحيل الاحتفاظ للقانون بهاتين الخاصيتين معا. وعليه إذا أردنا الوصول إلى فض تنازع القوانين بما يتفق وحاجة المعاملات الدولية فلا مناص من التضحية تارة بهذه الخاصية، وتارة بالأخرى، فتكون القوانين مقسمة إلى مجموعتين:

- مجموعة تكون ممتدة: لاحتفاظنا لها بخاصية الدوام دون خاصية العموم، فتطبق على الوطنيين حتى ولو كانوا في الخارج، لكنها لا تطبق على الأجانب داخل الإقليم.

- مجموعة تكون إقليمية التطبيق: لاحتفاظنا لها بخاصية العموم دون خاصية الدوام، فتطبق على كل من في الإقليم من وطنيين وأجانب، ولكنها لا تمتد إلى خارجه حتى بالنسبة للوطنيين.

لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو كيف نحدد الخاصية التي نضحي بها بالنسبة لكل قانون حتى نعرف المجموعة التي ينتمي إليها.

يقسم "Pillet" القوانين إلى مجموعتين: مجموعة هدفها حماية الفرد، ومجموعة هدفها حماية النظام والأمن العام.

بالنسبة للمجموعة الأولى فإن خاصية الدوام هي التي تحقق هدفها المتمثل في حماية الفرد لأنها تجعلها تتبعه حتى خارج الإقليم، ولذلك فإن خاصية العموم هي التي نضحي بها بالنسبة لها. فنجعل الفرد خاضعا لقانونه الوطني.

وبالنسبة للمجموعة الثانية، فإن خاصية العموم هي التي تحقق هدفها لأنها تجعلها تطبق على كل من في الإقليم من وطنيين وأجانب. فخاصية الدوام هي بالتالي التي نضحي بها بالنسبة لها.

وهكذا حسب هذا الفقيه ينبغي لتحديد الخاصية التي نضحي بها بالنسبة لكل قانون النظر إلى الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه، فإن كان هدفه

حماية الفرد ضحينا بخاصية العموم، وإذا كان هدفه حماية المجتمع ضحينا بخاصية الدوام. ففي الحالة الأولى يكون القانون ممتدا. وفي الحالة الثانية يكون القانون إقليميا.

وقد تعرض فقه Pillet لعدة انتقادات. فقد عيب عليه اعتباره تنازع القوانين تنازعا بين الدول، في حين أن موضوعه الأساسي هو العلاقات الفردية الخاصة⁽¹⁾. وعيب عليه أيضا تقسيمه للقوانين إلى ممتدة وإقليمية بحسب هدفها فهي ممتدة إذا كانت ترمي إلى تحقيق المصلحة الفردية، وإقليمية إذا كانت ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة، في حين أن القوانين كلها ترمي إلى حماية الجماعة مما يجعل من الصعب تصنيف القوانين إلى ممتدة وإقليمية بحسب هدفها⁽²⁾.

4- بارتن (Bartin) :

يعتمد بارتن في حله لمشكلة تنازع القوانين على القانون الداخلي باعتبار أن القانون الدولي الخاص ماهو إلا انعكاس للقانون الداخلي على الصعيد الدولي. فينبغي تحليل العلاقات القانونية وفقا للقانون الداخلي لتحديد النظم القانونية التي تدرج تحتها، ثم القيام بتحديد طبيعة هذه النظم لمعرفة القانون الواجب التطبيق على كل منها، وهذا ما أسماه بعملية التكيف (Qualification) التي وضع نظريته حولها واشتهر بها⁽³⁾. ولنا عودة إليها لما نقوم بدراسة تفسير قواعد الإسناد.

(1) راجع:

-Loussouarn et Bourel, op. cit, n.101, p.126

(2) راجع:

-Bati'fol et Lagarde, op. cit, tome1, n.234, p.305

عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 60

(3) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 62، 63، فؤاد ديب، المرجع السابق ص. 43

وبلور بارتن أيضا فكرة النظام العام التي استخلصها من اختلاف التشريعات الداخلية نتيجة انعدام الاشتراك القانوني بينها⁽¹⁾.

5- نبوايه (Niboyet):

يقوم فقه نبوايه على مبدأ الإقليمية الذي تبرره اعتبارات وطنية بحتة. يرى نبوايه أن الهدف الرئيسي من قاعدة الإسناد الفرنسية هو حماية المصالح الفرنسية. ولذلك ينبغي أن نتخير من قواعد تنازع القوانين المختلفة ما يتفق ومصالح فرنسا بصرف النظر عما إذا كانت هذه القواعد مقبولة وصالحة لحل تنازع القوانين عند مختلف الدول من عدمه.

ولما كانت فرنسا بلدا مستوردا للسكان وتكثر الهجرة إليها (un pays d'immigration) فإن مصلحتها تكمن في الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين إذ يترتب عليه تطبيق القوانين الفرنسية على كل من في إقليمها من الأجانب مما يسهل عملية اندماجهم بالسكان الفرنسيين. أما شخصية القوانين فإنه ينبغي ألا يؤخذ بها في فرنسا إلا في أضيق الحدود لأنها تصعب من اندماج الأجانب. وفي كل الحالات ينبغي البحث عن الحلول التي تكون أكثر ملاءمة مع المصالح الوطنية. وهذا ما يفسر اختيار نبوايه لقانون الموطن بشأن حالة الأشخاص وأهليتهم مع أن القانون الفرنسي يأخذ بشأنها بقانون الجنسية.

ونتيجة غلو فقه نبوايه في الإقليمية، وتغليب المصلحة الوطنية على الاعتبارات الدولية، لم يلق إلا صدى ضعيفا في القضاء الفرنسي وخصوصا في قضاء المحكمة العليا⁽²⁾.

تلك هي أهم الملامح الرئيسية لتطور تنازع القوانين، وقد عرضناها بنوع من الاختصار الذي يفيد الطالب وبفي بالغرض.

(1) راجع: Loussouarn et Bourel, op.cit, n. 106, p. 132

(2) راجع: بشأن فقه "نبوايه" مقالة الأستاذ " Lerebours- Pijeonnière " منشورة في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 1952، ص 401 ومايليها.

الفصل الأول

في قواعد الإسناد

نتناول في المبحث الأول من هذا الفصل تعريف قواعد الإسناد وبيان طبيعتها، وفي المبحث الثاني تفسير قواعد الإسناد، وفي المبحث الثالث مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه، وفي المبحث الرابع استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها، وفي المبحث الخامس في تغيير ضابط الإسناد.

المبحث الأول

في تعريف قاعدة الإسناد وبيان طبيعتها

المطلب الأول

تعريف قواعد الإسناد

قاعدة الإسناد هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتعلة على عنصر أجنبي.

وتتركب قاعدة الإسناد من عنصرين: الفئة المسندة (1) وضابط الإسناد (2).

1- الفئة المسندة:

المسائل القانونية من الكثرة بحيث لا تدخل تحت حصر مما يجعل من المستحيل وضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها. ولذلك فإن المشرع قد عمد إلى وضع فئات معينة تسمى بالفئات المسندة بحيث أن كل فئة منها

تتضمن المسائل القانونية المتقاربة أو المشابهة، ثم ربط كل فئة بقانون معين عن طريق ضابط خاص هو ضابط الإسناد.

وهكذا فإن الفئة المسندة هي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها به إلى قانون معين.

فالأهلية مثلا قد أخضعها المشرع لقانون الجنسية (المادة 10 من القانون المدني الجزائري). فهي تشكل فئة مسندة تتضمن جملة من المسائل القانونية.

الالتزامات التعاقدية قد أخضعها المشرع لقانون الإدارة (المادة 18 من القانون المدني الجزائري). فهي تشكل فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ عن العقود (عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الوديعة، الخ ...) .

شكل التصرفات القانونية قد أخضعها المشرع لقانون بلد الإبرام، فهو يشكل فئة مسندة تتضمن كل التصرفات القانونية من حيث شكلها... وهكذا. وعليه إذا ما طرحت على القاضي مسألة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة المسندة التي تدرج تحتها تلك المسألة ليعرف القانون الواجب التطبيق عليها.

2- ضابط الإسناد:

لما صنف المشرع المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسندة قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداة هي ضابط الإسناد. فبذلك ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه.

فقاعدة الإسناد التي تنص على خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون الجنسية (المادة 11 من القانون المدني الجزائري) قد جعلت من الجنسية ضابطا للإسناد.

وتلك التي تنص على خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام قد جعلت من بلد الإبرام ضابطا للإسناد، وهكذا...

ومن المفترض أن يكون لكل فئة مسندة ضابط إسناد وحيد يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، إلا أنه يمكن أن يكون لها أكثر من ضابط كما هو الحال مثلا بالنسبة لشكل الوصية، فهو يخضع حسب المادة 2/16 من القانون المدني الجزائري لقانون الموصي أو لقانون البلد الذي تمت فيه الوصية. ويلاحظ أن الضابطين الذين نصت عليهما هذه المادة هما ضابطان اختياريان. لكن قد يحدث أن يجعل المشرع للفئة المسندة ضابطين أحدهما أصلي، والآخر اختياري يؤخذ به فقط في حالة تعذر الأخذ بالضابط الأول. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري حيث قد جعلت بالنسبة للالتزامات التعاقدية قانون الإرادة هو الضابط الأصلي، وقانون البلد الذي أبرم فيه العقد هو الضابط الاحتياطي. فقد جاء فيها: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

المطلب الثاني

طبيعة قواعد الإسناد

تتميز قواعد الإسناد بثلاثة مميزات، الأولى أنها قواعد غير مباشرة (1) والثانية أنها قواعد مزدوجة (2)، والثالثة أنها قواعد محايدة (3).

1- قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة:

لا تتكفل قواعد الإسناد بإعطاء الحل النهائي للنزاع، وإنما تبين القانون الذي تخضع له، وفي هذا القانون نجد القواعد القانونية التي ستطبق عليه. فمثلاً قاعد الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين لنا السن الذي عند بلوغه يكون الشخص كامل الأهلية وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل ببيان هذه السن. وأيضاً قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج لا تتكفل ببيان هذه الشروط وإنما تبين لنا فقط القانون الذي سيتكفل ببيانها. وهكذا بالنسبة لجميع قواعد الإسناد. وهذا ما يميزها عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى التي تعطي الحل مباشرة للنزاع. فالقواعد المنظمة للجنسية تبين مباشرة من هم رعايا الدولة، والقواعد المنظمة لمركز الأجانب تبين مباشرة الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والإلتزامات التي يتحملها. ولا يختلف الأمر بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، فهي تتكفل مباشرة بتحديد اختصاص محاكم الدولة بشأن النزاعات ذات الطابع الدولي⁽¹⁾.

2- قواعد الإسناد قواعد مزدوجة:

نعني بالصفة المزدوجة لقاعدة الإسناد أنها تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني، وإما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية. فالقاعدة التي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية قد تشير باختصاص القانون الجزائري، وقد تشير باختصاص القانون الأجنبي، وذلك حسب الجنسية التي يحملها المعني. والقاعدة التي تقضي بخضوع آثار الزواج وقت انعقاد الزواج تعقد الاختصاص لقانون القاضي إذا

(1) راجع: فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ج. 2، ص 31

كان الزوج من الوطنيين، ولقانون أجنبي إذا كان الزوج أجنبياً. وهكذا...

وفائدة هذه الميزة في قاعدة الإسناد أنها لا تترك فراغاً في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المطروحة على القاضي إما لقانونه وإما للقانون الأجنبي.

ويوجد من الفقهاء من لم ترقه هذه الميزة في قاعدة الإسناد ويريدونها أن تكون مجردة منها، بمعنى أن تقتصر فقط على بيان الأحوال التي يطبق فيها القانون الوطني دون إشارة إلى الأحوال التي يطبق فيها القانون الأجنبي⁽¹⁾، فيريدها بذلك أن تكون مفردة (UNILATERALE) كنص القاعدة الواردة مثلاً في المادة الثالثة فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأن: "القوانين الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيماً في بلد أجنبي".

ويبدي هؤلاء الفقهاء للدفاع عن وجهة نظرهم عدة حجج منها، أن الدولة لا يمكن أن تعطي الاختصاص لقانون دولة أخرى في حالة ما إذا كانت هذه الدولة ترفض الاختصاص المخول لقانونها.

ولتجنب هذه النتيجة يجب على كل دولة أن تقتنع فقط ببيان سلطان قانونها، وأن تحترم خارج هذه الحدود إرادة الدول الأخرى فيما يتعلق

(1) راجع في هذا الموضوع : GHOTOT : le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, Rev, crit, dr, int, privé. 1971, 209, 415

أنظر أيضاً لنفس المؤلف La méthode unilatéraliste face au droit international privé Trav, com, fr, int, pr 1975, 77

باختصاص قوانينها⁽¹⁾، والقول بخلاف ذلك هو الذي أوقع الفقه والقضاء في مشكلة الإحالة، لأنه لو اقتصررت قاعدة الإسناد على بيان مجال تطبيق القانون الوطني دون القانون الأجنبي لما ثارت هذه المشكلة⁽²⁾.

والواقع أن هذا الرأي الذي يريد تجريد قاعدة الإسناد من صفتها المزدوجة إذا كان سليما في حالة ما إذا كان قانون واحد فقط من قوانين الدول التي لها علاقة بالنزاع هو الذي يسند الاختصاص لنفسه فإنه في المقابل يعيبه قصوره عن إيجاد حل في حالتين: الأولى لما تسند كل دولة علاقة بالنزاع الاختصاص لقانونها. والثانية لما ترفض كل دولة لها علاقة بالنزاع جعل الاختصاص لقانونها⁽³⁾.

وقد دفع هذا القصور بالقضاء الفرنسي إلى اعتبار قاعدة الإسناد الواردة في المادة 3 من القانون المدني قاعدة مزدوجة رغم ورودها مفردة. فقال بأنه إذا كان القانون الفرنسي هو المطبق على الفرنسيين حتى ولو كانوا في الخارج، فبمفهوم المخالفة فإن القوانين الشخصية للأجانب الخاصة بحالتهم، وأهليتهم، تتبعهم حتى ولو كانوا في فرنسا⁽⁴⁾.

(1) راجع: - Pierre Mayer , Droit international privé, 3ed, 1987, n. 118

(2) راجع : عز الدين عبد الله، للمرجع السابق، ج.2، ص 90

(3) راجع: - P. Mayer, op,cit, p, 75 et 76

-Loussouarn et Bourel, op, cit, n, 109, p, 139, 140

(4) انظر : - Trib, Grd, inst, paris 22 jav 1968, j.c.p. 1968, IV, 116,

Grenoble, 19 juin 1963, j.c.p. 1963, 11, 1334, concl, Brouillonner

3- قواعد الإسناد قواعد محايدة:

لما يعمل القاضي قاعدة الإسناد فإنه لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع. وهذا القانون قد يكون قانونه، وقد يكون قانونا أجنبيا⁽¹⁾.

المبحث الثاني

في تفسير قواعد الإسناد

سبق أن قلنا بأن المشرع نظرا لكون المسائل القانونية كثيرة لا تدخل تحت حصر قد قام بتصنيفها إلى فئات، وخص كل فئة منها والتي تتضمن المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة بقاعدة إسناد معينة. وعليه لما تعرض على القاضي مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة التي يمكن أن يدرجها تحتها من بين الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه. ويسمى هذا العمل الذي يقوم به بالتكييف (المطلب الأول).

وبعد أن يحدد القاضي الفئة التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة عليه يكون قد عرف القانون الواجب التطبيق عليها، لأن المشرع كما سبق أن قلنا قد ربط كل فئة مسندة بضابط إسناد يشير إلى القانون المختص بحكمها.

- P.Mayer, op, cit, p. 74

(1) راجع:

لكن معرفة القانون المختص بحكم العلاقة أو المسألة لا ينهي كل إشكال في طريق الحل، بل يبقى إشكال آخر وهو هل القاضي يرجع إلى القانون الأجنبي باعتباره كلا لا يتجزأ مما يفرض عليه استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها ويطبقها على العلاقة القانونية المطروحة عليه، وهو بذلك يستبعد قواعد الإسناد التي يتضمنها.

الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا بحث ما يسمى بمشكلة الإحالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التكييف

ذكرنا فيما سبق بأن المشرع يضع فئات مسندة ويربط كل فئة بقانون معين. فمثلا يخضع الأهلية لقانون الجنسية، ويخضع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام، ويخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وهكذا ... والقاضي للاهتمام إلى القانون واجب التطبيق على المسألة القانونية المطروحة عليه يكون مجبرا على البحث من بين الفئات التي وضعها المشرع عن الفئة التي يمكن أن تندرج تحتها. ولتحديد هذه الفئة ينبغي عليه أن يبحث أولا عن الوصف القانوني الذي يمكن أن يعطيه للمسألة المطروحة عليه، ويسمى هذا العمل الذي يقوم به بالتكييف.

وعليه يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد⁽¹⁾.

ونشير إلى أن التكييف ليس مشكلا خاصا فقط بالقانون الدولي الخاص، بل هو مشكل نجده في مختلف فروع القانون الداخلي. فمثلا في القانون المدني نجد القاضي يواجه أحيانا هذه المشكلة لما يريد إعطاء الوصف القانوني الصحيح لرابطة تعاقدية معينة لم يحسن أطرافها تحديد وصفها، هل هي عقد بيع أم وعد بالبيع أم عقد أيجار.. الخ.

(1) انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 114

وفي القانون الجنائي نجد القاضي يواجه مشكلة تحديد وصف الفعل الذي ارتكبه الشخص هل هو سرقة، أم اختلاس، أم اغتصاب، أم خيانة أمانة.

نكن ما ينبغي ذكره هو أن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس هو مشكل التكييف في حد ذاته، وإنما هو مشكل التنازع في التكييف⁽¹⁾ ذلك أن المسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول، فينبغي قبل إجراء التكييف تحديد القانون الذي يجري وفقه هذا التكييف. ولو أن قوانين كل الدول تعطي للمسألة القانونية نفس التكييف ما كانت هناك صعوبة تذكر. لكن يحدث وأن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل تكييفات مختلفة، ومن ثم تظهر الصعوبة التي تواجه القاضي الذي يقوم بعملية التكييف. والأمثلة الثلاثة التالية والمأخوذة من القضاء الفرنسي توضح لنا ذلك :

المثال الأول: ميراث المالطي⁽²⁾: تزوج مالطيان في جزيرة مالطا حيث موطنها الأول، ثم هاجرا فيما بعد إلى الجزائر، وكانت آنذاك مستعمرة فرنسية. وتملك الزوج فيها بعض العقارات. وعند وفاته طالبت زوجته بحقوقها فيها وهو حق معترف به في القانون المالطي ويعرف فيه باسم: " نصيب الزوج المحتاج ".

فإذا كيف القاضي ما تطلبه الزوجة وفقا للقانون المالطي اعتبره من نظام الأموال، وأخضعه بالتالي وفقا لقواعد الإسناد في قانونه للقانون المالطي.

(1) راجع: -Loussouarn et Bourel, op, cit,n, 183, p. 279.

(2) ALGER 24 dec, 1889, Clunet 1891, p.1171

أما لو كيفه وفقا لقانونه اعتبره نصيبا في ميراث الهالك، ومن ثم يخضع للقانون الفرنسي وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية.

فوفقا للتكييف الأول تأخذ الزوجة حقوقها في عقارات زوجها الهالك. ووفقا للتكييف الثاني لا تأخذ شيئا لأن القانون الفرنسي الساري المفعول آنذاك لا يعترف للزوجة بأي حق في ميراث زوجها المتوفى. **المثال الثاني وصية الهولوندي⁽¹⁾:** حرر هولوندي وصية في فرنسا وفقا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، فثار نزاع فيما بعد بشأن صحتها على أساس أن القانون الهولوندي يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا في الخارج.

فإذا تم التكييف وفقا للقانون الفرنسي اعتبرت الوصية صحيحة لأن مسألة تحرير الوصية في شكل معين هي مسألة تدخل في فئة شكل التصرفات مما يجعلها خاضعة لقانون بلد الإبرام وهو القانون الفرنسي. أما إذا تم التكييف وفقا للقانون الهولوندي اعتبرت الوصية باطلة، لأن المنع الوارد في هذا القانون لا يدخل في شكل التصرفات، وإنما هو أمر يتعلق بأهلية الهولنديين بدليل أنه يسري في مواجهتهم حتى ولو كانوا خارج هولوندا. والأهلية - كما نعرف - تخضع لقانون الجنسية، وهو القانون الهولوندي.

(1) من الأحكام المتعلقة بوصية الهولوندي هذا الحكم:

وهكذا نلاحظ بأن الحل سيختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكيف.

المثال الثالث: زواج اليوناني الأرثوذكسي⁽¹⁾: تزوج يوناني بفرنسية زواجا مدنيا في فرنسا. فثار نزاع أمام القضاء الفرنسي حول صحة هذا الزواج على أساس أن القانون اليوناني يشترط فيه الشكل الديني. فإذا كيفنا الشكل الديني وفقا للقانون اليوناني اعتبرناه من الشروط الموضوعية، وهذه - كما نعلم - تخضع وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية لقانون جنسية الزوجين، وهو في هذا المثال القانون اليوناني. فيكون هذا الزواج باطلا لكون القانون اليوناني يرتب على تخلف هذا الشرط بطلان الزواج.

أما إذا كيفنا الشكل الديني وفقا للقانون الفرنسي اعتبرناه شرطا شكليا. والشروط الشكلية تخضع - كما نعرف - لقانون بلد الإبرام، ولما كان هذا الزواج قد تم وفق الشكل الديني الذي يجيزه قانون بلد الإبرام، وهو فرنسا، اعتبرناه زواجا صحيحا.

وهكذا نلاحظ في هذا المثال وفي المثالين السابقين بأن تحديد القانون واجب التطبيق على المسألة القانونية المطروحة على القاضي يختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكيف. وعليه فإنه من الضروري تحديد القانون الذي يتم وفقه التكيف لنصل إلى تكييفات متطابقة داخل الدولة بالنسبة لنفس المسائل.

(1) Cass, civ, I, 22 jourm juin, 1955n, D. 1956, p,73, note charvir jourm dr. Int. Pr. 723 note Batiffol

ولقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في تحديد هذا القانون، فهناك اتجاه يرى إخضاع التكيف لقانون القاضي⁽¹⁾، واتجاه يرى إخضاعه للقانون الذي يحكم النزاع⁽²⁾، واتجاه يرى إخضاعه للقانون المقارن⁽³⁾. وقبل تناول هذه الاتجاهات الفقهية الثلاثة بالدراسة، لابد من ذكر بأن (Bartin) هو أول من اكتشف في فرنسا هذا المشكل وجعله مشكلا قائما بذاته، ووضع فيه نظرية متكاملة وذلك في مقال كتبه سنة 1897 في مجلة (Clunet) تحت عنوان: "مشكلة التكييفات"⁽¹⁾، وقد تحدث أيضا في ألمانيا عن نفس هذا المشكل الفقيه (Khan). وتوصل إلى نفس النتائج التي توصل إليها في فرنسا الأستاذ باركن وذلك في مقال نشره سنة 1891⁽²⁾ ويذكر بعض الفقهاء الفرنسيين بأن كلا الفقيهين قد درسا هذه المشكلة بصفة مستقلة دون أن يعلم أحدهما بالدراسة التي قام بها الآخر⁽³⁾.

1- الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكيف لقانون القاضي:

قد أخضع الأستاذ "كان" في ألمانيا، والأستاذ بارتن في فرنسا التكيف لقانون القاضي وتبعهما في هذا الإتجاه جل الفقهاء الفرنسيين. وعليه ففي المثال الأول المتعلق بميراث المالطي فإنه ينبغي تكييف ما تطلبه الزوجة والمسمى في القانون المالطي بنصيب الزوج المحتاج وفقا لمفاهيم القانون الفرنسي وهو ما يؤدي إلى اعتباره مسألة متعلقة بالميراث ومستوجبة بالتالي تطبيق عليها قانون موقع العقار وهو القانون الفرنسي، الذي لا يعترف للزوجة بأي حق في ميراث زوجها.

(1) - Clunet 1897, p. 466et 720

(2) -Abhand lungen Zum intern, privatercht, t. I, P.1 cité par Loussouarn et Bourel, op. cit. p,278

(3) راجع : Batiffol et Lagarde, op. cit. t. 1, p. 369

وفي مثال الثاني المتعلق بوصية الهولوندي ينبغي تكيف ما يشترطه القانون الهولوندي من وجوب كتابة الوصية في الشكل الرسمي وفقا للقانون الفرنسي، وهو ما يؤدي إلى اعتباره مسألة تتعلق بالشكل مما يستوجب إخضاعها للقانون الفرنسي باعتباره قانون محل إبرام الوصية. فتعتبر الوصية صحيحة.

وفي المثال الثالث ينبغي تكيف ما يشترطه القانون اليوناني من وجوب مراعاة الشكل الديني في الزواج تحت طائلة البطلان وفقا لمفاهيم القانون الفرنسي، وهو ما يؤدي إلى اعتباره مسألة تتعلق بالشكل مما يستوجب إخضاعه لقانون بلد إبرامه وهو القانون الفرنسي، فيعتبر الزواج صحيحا.

ولقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الحل المتمثل في إخضاع التكيف لقانون القاضي بوضوح كامل في قرارها الصادر بتاريخ 22 جوان 1955. وقبل ذلك كان القضاء يأخذ به بصفة تلقائية. فقالت : أن مسألة معرفة ما إذا كان عنصر من عناصر مراسيم الزواج يندرج تحت فئة القواعد المطبقة على الشكل أو تحت فئة القواعد المطبقة على الموضوع ينبغي أن يحل من طرف القضاة الفرنسيين وفقا لمفاهيم القانون الفرنسي الذي يعتبر الصفة الدينية أو الصفة اللائكية للزواج مسألة شكل⁽¹⁾.

(1) Clunet 1955, p. 682 note Sialelli : Journ. Dr. Int. Priv. 1955, 723, D. 1956, p. 73, note chavrier.

تبرير إخضاع التكيف لقانون القاضي:

يعتمد الأستاذ بارتن في إخضاعه للتكيف لقانون القاضي على حجة مستمدة من فكرة السيادة، ومفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد إنتقاصا لسيادتها التشريعية. وعليه فالمشرع وحده هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص فيه سيادة دولته التشريعية. ولما كان التكيف قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم دولة القاضي وفي ذلك انتقاص لسيادة دولته التشريعية فإنه ينبغي ألا يتم إلا وفقا لقانون القاضي، لأنه لو تم وفقا للقانون الأجنبي لمعنى ذلك أن هذا القانون هو الذي يملك تحديد السيادة التشريعية لدولة القاضي، وهو أمر غير مقبول⁽¹⁾.

لم يستند الفقه الحديث المؤيد لإخضاع التكيف لقانون القاضي على هذه الحجة واستند على حجج أخرى غيرها:

1- أن التكيف هو في حقيقته تفسير لقاعدة الإسناد، والذي يعني بيان المسائل التي تدخل في نطاق تطبيقها. فإذا ما قضت مثلا قاعدة الإسناد بخضوع شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام فإنه يتعين على القاضي لتطبيق هذه القاعدة أن يبين معنى الشكل لمعرفة ما إذا كان هذا المعنى ينطبق على المنع الوارد في القانون الهولوندي من إبرام الوصية في غير الشكل الرسمي. وإذا ما قضت قاعدة الإسناد بخضوع الميراث لقانون الجنسية المتوفى فعلى القاضي قبل تطبيقها أن يبين

(1) -Bartin : la doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles du conflit de lois. Recueil des cours de la Haye 1930, 1, 560 et s.

معنى الميراث لمعرفة ما إذا كان هذا المعنى ينطبق على ما تطلبه الزوجة من حق على عقارات زوجها المتوفي والمسمى في القانون المالطي " بنصيب الزوج المحتاج ".

ولما كان التكييف تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية على نحو ما بينا فلا يعقل أن يطلب هذا التفسير من غير القانون الذي تنتمي إليه هذه القاعدة، وإلا نكون قد أعطيناها معنى غير الذي أراده المشرع واضعها.

2- إنه من غير الممكن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي لأن هذا القانون قبل عملية التكييف غير معروف، فضلاً على أن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي يعني أن هذا القانون هو واجب التطبيق. ومن ثم فأيّة فائدة منتظرة من عملية التكييف⁽¹⁾.

3- لما كان التكييف عملية أولية، وأن القاضي هو الذي سيقوم بها، فإن الإسناد الوحيد الذي يظهر عند القيام بها هو الإسناد القضائي مما يبرر إجراء التكييف وفق قانون القاضي⁽²⁾.

4- إن عملية التكييف يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع. وهذا الأخير بحكم تكوينه التقاضي والقانوني سيتأثر لا محالة عند إجرائها بالمبادئ الواردة في قانونه⁽³⁾.

- Loussouarn et Bourel, op. cit. p. 284 ⁽¹⁾ راجع:

- Loussouarn et Bourel, op. cit. p. 284 et 285. ⁽²⁾ راجع:

⁽³⁾ راجع : فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ج. 2، ص. 62، هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص. ص. 40.

حدود التكييف وفقاً لقانون القاضي:

يفرق بارتن بين التكييف الأولي أو السابق والتكييف اللاحق أو الثانوي. الأول غرضه الإهتمام إلى قاعدة الإسناد التي تدرج تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها. والثاني هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الإهتمام إليها. والتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي. أما الثاني فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد⁽¹⁾.

وعليه لو عرضت على القاضي علاقة اتفاقية معينة فإنه يقوم بتكييفها وفقاً لقانونه، فإذا اهتدى إلى أنها تدخل ضمن فئة الإلتزامات التعاقدية أخضعها لقانون الإرادة، وهذا هو التكييف الأولي، وبه قد عرف القانون المختص بحكمها. وينتهي هنا دور قانون القاضي ليأتي دور القانون المختص ليكيف لنا هذه العلاقة التعاقدية فيما إذا كانت عقد بيع أو عقد هبة. وإذا كانت عقد بيع، هل هو بيع تجاري أم بيع مدني وهكذا....

وقد كان بارتن يعتبر في البداية التكييف الثانوي استثناء من التكييف وفقاً لقانون القاضي. غير أنه عدل عن ذلك في أبحاثه اللاحقة واعتبره نتيجة منطقية للأساس الذي بني عليه نظريته وهي فكرة السيادة. ذلك أنه لما كان يتوقف على التكييف الأولي معرفة القانون الأجنبي المختص، والذي تطبيقه يعد انتقاصاً للسيادة التشريعية للدولة، فإنه لا يمكن أن يتم إلا وفقاً لقانون القاضي لأن هذا الأخير هو وحده

- Bartin (E) Principe de droit international privé, 3ed, tome, 1, p. 231, et s ⁽¹⁾

الذي يملك بيان قدر هذا الانتقاص من السيادة وحدوده. وأما التكييف اللاحق فلما كان لا علاقة له بالاختصاص التشريعي، ولا أثر له عليه، فخضوعه للقانون الأجنبي لا مساس فيه بالسيادة التشريعية للدولة.

وقد أقر الفقه الحديث فقه بارتن الذي يميز بين التكييف السابق والتكييف اللاحق، لكن على أساس مختلف. فالتكييف الأولي عند هذا الفقه ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي. ولهذا فمن المنطقي ألا يخضع إلا لهذا القانون. أما التكييف اللاحق فهو تفسير للقانون الأجنبي، فمن المنطقي ألا يتم إلا وفقا لهذا القانون.

يقول الأستاذان لوسوارن وبورال أن التكييفات الثانوية ليست تكييفات دولية، وإنما هي تكييفات داخلية. وعليه لا يمكن اعتبارها استثناء حقيقيا من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي⁽¹⁾.

مدى خضوع المال للتكييف وفقا لقانون القاضي:

يرى بارتن أن تكييف المال هل هو عقار أم منقول لا يخضع لقانون القاضي وإنما لقانون موقعه. وقد عد ذلك استثناء من التكييف وفقا لقانون القاضي. ويبرر ذلك بما يحتاج إليه اكتساب الحقوق العينية من طمأنينة، وما تتطلبه المعاملات من استقرار⁽²⁾.

والواقع أنه إذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي تخضع المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون موقعه فإن هذا الاستثناء الذي أورده بارتن لا مبرر له لأنه لا تأثير له على القانون المختص الذي

(1) المرجع السابق، بند، 193، ص. 295

(2) راجع: عبد المنعم رياض النفوس وسامية راشد، المرجع السابق، ج. 2، ص. 63

تعيه قاعدة الإسناد في قانون القاضي فيبقى دائما هو نفسه بدون تغيير، وعليه فإن التكييف الذي يتم وفقا لقانون موقع المال لا يعدو أن يكون في هذا الفرض من التكييفات اللاحقة التي سبق الحديث عنها.

لكن إذا كان القانون المختص بحكم المال يختلف بحسب وصف هذا الأخير هل هو عقار أم منقول، كما هو الحال مثلا في القانون الفرنسي الذي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى، والميراث في العقار لقانون موقعه، فإن هذا الاستثناء له حينئذ تأثير على القانون الذي يحكم المال محل النزاع إذ يختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف. ولذلك يعد هذا الاستثناء استثناء حقيقيا⁽¹⁾.

وقد انتقد جانب كبير من الفقه هذا الاستثناء على أساس أن سلامة المعاملات لا تتطلب بالضرورة الخروج على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي، كما أن هذا الاستثناء من شأنه إعطاء لقاعدة الإسناد في قانون القاضي تفسيراً غير الذي أراده المشرع واضعها، ذلك أنه إذا كان المشرع قد أخضع العقار مثلا لقانون موقعه فإن التكييف الذي يتم وفقا لقانون موقعه قد يجعل القاضي يطبق قانون الموقع على ما لا يعد عقارا وفقا لقانونه. وأخيرا فإن الأخذ بهذا الاستثناء سيكون صعبا لما يكون المال كائنا في إقليم أكثر من دولة ويختلف تحديد طبيعته من قانون إلى آخر مما يؤدي إلى تعدد قواعد الاسناد وتضاربها بشأن نفس النزاع⁽²⁾.

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص 44 و 45

(2) راجع: فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ج. 2، ص 64 هشام علي

صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 46.

التكييف وقاعدة الإسناد الواردة في معاهدة:

التكييف وفقا لقانون القاضي ينبغي أن يتجنب لما تكون قاعدة الإسناد واردة في معاهدة دولية لأنه يؤدي إلى الاختلاف في تحديد نطاقها (أي نطاق قاعدة الإسناد) نتيجة الاختلاف في التكييف من دولة متعاهدة إلى أخرى، وفي ذلك تعطيل لأحكام المعاهدة وتحلل من أحكامها⁽¹⁾، وإدراكها لهذه الحظورة فإن أغلبية المعاهدات المبرمة في الوقت الحاضر تحرص على إعطاء بنفسها التكييفات الأساسية اللازمة⁽²⁾.

2- الإتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف للقانون المختص بحكم

النزاع (LEGE CAUSAE) :

الفكرة الرئيسية عند هذا الإتجاه الذي يوجد على رأسه كل من DESPAGNET في فرنسا و PACCHIONI في إيطاليا و WOLF في ألمانيا أن لكل قانون تكييفاته⁽¹⁾. وعليه ينبغي إجراء التكييف وفقا للقانون المختص بحكم المسألة القانونية محل النزاع.

ففي مثال وصية الهولوندي يجب إجراء تكييف القاعدة الواردة في المادة 992 من القانون المدني الهولوندي - التي تحظر على الهولونديين حتى خارج هولندا إجراء وصاياهم في الشكل العرفي الخطي - وفقا للقانون الهولوندي.

ولما كان هذا القانون يعتبر هذا الحظر متعلقا بأهلية الهولونديين فإن أي تكييف غيره يعطى له يعتبر تشويها لطبيعته الحقيقية. وفي مثال زواج اليوناني في فرنسا زواجا مدنيا فإن القانون اليوناني هو الذي يبين ما إذا كان شرط المراسيم الدينية الذي يشترطه هو شرط موضوعي أم شرط شكلي.

ولعل أهم انتقاد وجه إلى هذا الإتجاه هو أنه تعترضه استحالة عملية. فالتكييف كما نعلم هو عملية سابقة على تحديد القانون المختص. فالقاضي قبل التكييف لا يعلم بعد ما إذا كان قانون ما سيختص بحكم المسألة محل النزاع أم لا. فكيف يقوم إذن بالتكييف وفقه وهو لما يتحدد بعد. فمثلا في المثال السابق بشأن وصية

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص 141.

(2) راجع: Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 195, p. 297

- Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, p. 373

الهولوندي يعتبر هذا الإتجاه بأن المادة 992 من القانون المدني الهولوندي هي التي ستطبق، وبالتالي ينبغي إجراء التكييف وفقا للقانون الهولوندي. في حين أن تطبيقها مرتبط بالتكييف الذي سينتهي إليه القاضي. ونفس الشيء بالنسبة لزواج اليوناني في فرنسا في الشكل المدني، فأنصار هذا الاتجاه يعتبرون أن القانون اليوناني هو الذي سيطبق وبالتالي ينبغي إجراء التكييف وفقه، في حين أن تطبيقه مرتبط بالتكييف الذي سينتهي إليه القاضي. وعليه فطالما أن التكييف لم يتم لا يمكن أبدا الجزم بأن هذا القانون أو ذاك هو الذي سيطبق⁽¹⁾.

3- الاتجاه الذي يخضع التكييف للقانون المقارن :

يرى الفقيه الألماني RABEL بأنه لا ينبغي أن يكون القاضي أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف، وإنما ينبغي باستعمال المنهج المقارن أن يستخلص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبوغة بصبغة عالمية⁽²⁾.

وعلى هذا إذا نص القانون الوطني مثلا على إخضاع الوصاية لقانون الشخص الذي تجب حمايته فإنه ينبغي على القاضي ألا يتقيد في تحديده لمفهوم الوصاية بقانونه ولا بقانون القاصر وإنما ينبغي عليه الرجوع إلى مختلف النظم السائدة في العالم لاستخلاص منها مفهوم مطلق لها.

(1) راجع: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 78، هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص 45، فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ج 2 ص 66 .
(2) راجع: Loussouarn et Bourel, op, cit, n. 188, p. 287

ويجد هذا الاتجاه أساسه في فكرة أساسية هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وضعت لمواجهة علاقات دولية خاصة. ولذلك فإن مضمونها ينبغي أن يتحدد وفقا لقواعد مطابقة لطبيعتها والوظيفة الدولية التي تؤديها، ومن ثم يجب اعتماد في تحديد مضمونها مفاهيم عالمية موحدة ومجردة⁽¹⁾.

ويمتاز هذا الاتجاه في كونه يهدف إلى إزالة مشكل التنازع في التكييفات وذلك يجعل قضاة مختلف الدول يتوصلون إلى نفس المفاهيم للفئات المسندة⁽²⁾.

غير أن هذا المنهج مع وجاهته من الناحية النظرية فإنه من الناحية العملية عسير الإلتباع. فمن جهة فإنه من الصعب على القاضي الذي يجري التكييف الإحاطة بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف، ومن جهة أخرى فإن النظم القانونية المختلفة تختلف فيما بينها حول الوصف القانوني للكثير من المسائل مما يجعل القاضي في غير استطاعته التوصل إلى نتائج غير متضاربة⁽³⁾.

(1) راجع فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ج 2، ص 66
(2) راجع: Loussouarn et Bourel, op, cit, p. 289
(3) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص 56 فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ج 2 ص 67 .
- Loussouarn et Bouel, op, cit, p. 290 .

4- الفقه الحديث: إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف وفقا لقانون القاضي والتوسع في مضمون الفئات المسندة :

يأخذ الاتجاه الفقهي الحديث بقاعدة التكييف وفقا لقانون القاضي لكن دون إهمال للدور الذي يمكن أن يلعبه القانون الأجنبي في عملية التكييف (أ)، كما أنه قام بتوسيع مضمون الفئات المسندة لتكون متلائمة مع طبيعة المسائل القانونية ذات الطابع الدولي (ب).

وهذا التطوير في نظرية بارتن يرجع إلى رغبة الفقه الحديث في تجنب الانتقادات الموجهة لها، منها على الخصوص:

- وقوفها حجرة عثرة أمام كل جهد لتوحيد القانون الدولي الخاص ذلك أنه حتى على فرض أن كل الدول قد تبنت نفس قواعد الإسناد فإنه نتيجة التكييف وفقا لقانون القاضي فإن نفس المسألة القانونية نجدها تدرج في فئات مختلفة (1).

- قصورها عن الإحاطة بالفرض الذي يواجه فيه القاضي علاقة مجهولة عن قانونه (2) كما واجه مثلا القضاء الفرنسي ما يسمى في القانون المالطي " بنصيب الزوج المحتاج " فهو نظام غريب ومجهول في القانون الفرنسي.

أ- دور القانون الأجنبي في عملية التكييف:

لتكييف نظام قانون معين يقوم القاضي بتحليله للكشف عن ملامحه الأساسية ليهتدي إلى حقيقة طبيعته التي تسمح له بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه.

ولا يمكن للقاضي أن يجري هذا التحليل إذا كان النظام القانوني الذي يقوم بتحليله أجنبيا إلا وفقا للقانون الأجنبي الذي نص على هذا النظام. وكل تحليل له وفقا لقانونه من شأنه تشويهه.

وعليه فإن ما يسمى بنصيب الزوج المحتاج لا يمكن تحليله إلا وفقا للقانون المنصوص عليه فيه وهو القانون المالطي.

وبعد أن يقوم القاضي بتحليل النظام القانوني وفقا للقانون المنصوص عليه فيه يأتي دور الحكم أو القرار، والذي يعني تصنيف هذا النظام في إحدى الفئات المسندة في قانونه - أي قانون القاضي - . فبذلك نرى أن عملية التكييف - كما أوضح ذلك كل من باتيفول ولاقارد في مطولهما - تمر بمرحلتين: مرحلة التحليل وتتم وفقا للقانون الأجنبي الذي يعرف القاعدة محل التكييف، ومرحلة الحكم أو القرار وتتم وفقا لقانون القاضي (1).

ففي مثال ميراث المالطي - السابق الذكر - فإن القاضي بعد أن يكون قد قام بتحليل ما تطلبه زوجة المتوفي من حق على عقارات هذا الأخير والمسمى بنصيب الزوج المحتاج وفقا للقانون المالطي، يقوم بتصنيفه وفقا لقانونه في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها فيه، ولا يهم القاضي نوع الفئة التي يصنفها فيها القانون المالطي.

(1) المرجع السابق، ص. 371، 372 .

- Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 291 et 292

(1) راجع: محند اسعد، المرجع السابق، ج. 1، ص 160

(2) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 49

ويوضح لنا باتيفول ولاغارده ذلك بالمثال التالي فقبل التعديل الذي تم في ألمانيا (قانون 9 أوت 1969)، وفي فرنسا (قانون 3 جانفي 1972) لما كان القانون الألماني يعتبر أن المولد الطبيعي الحق في المطالبة من الشخص الذي يزعم أنه انحدر منه دفع مبلغ من المال⁽¹⁾، فإنه على القاضي الذي يطرح أمامه هذا الطلب أن يبحث في القانون الألماني فيما إذا كان هذا الحق المخول للمولد الطبيعي له صفة التعويض أو صفة النفقة المؤسسة على النسب. فإذا انتهى أن له صفة النسب ألحقه بصفة النسب في قانونه، ولا يهيمه التصنيف الذي يعطيه له القانون الألماني، سواء أكان مطابقا لقانونه أم لا⁽²⁾.

ونشير إلى أن القضاء الألماني قد تبنى هذا الاتجاه بوضوح كامل. فقد جاء في حيثيات حكم للمحكمة العليا هناك أنه: " إذا كان الأمر يتعلق بالتقادم المنصوص عليه في القانون الأجنبي والذي يجهله القانون الألماني، فإن معناه وحقيقته ينبغي أن تتحدد بالنظر إلى هدفه وآثاره في القانون الأجنبي، لكي يتسنى بعد ذلك إدراجه في إحدى الفئات المسندة في القانون الدولي الخاص الألماني⁽³⁾.

ب- التوسع في مفهوم الفئات المسندة :

الغرض من التكييف هو تصنيف العلاقة القانونية الأجنبية في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون الداخلي، لكن قد

يحدث وأن تكون العلاقة غير معروفة في قانون القاضي مما يجعل من الصعوبة إدراجها في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها فيه. ولذلك يرى الفقه الحديث بأنه لامناص من التوسع في مفهوم الفئات الداخلية لتشملها. ففرنسا مثلا تعرف فقط الزواج الأحادي⁽¹⁾.

فإذا ما طرح على القاضي نظام للزواج مخالف له يعترف مثلا بتعدد الزوجات، فعليه أن يتوسع في مفهوم الزواج عنده ليشمل هذا النظام الغريب عنه. وكذلك إذا ما طرحت عليه مسألة طلاق بالإرادة المنفردة المجهولة في نظامه فعليه أن يوسع من مفهوم الطلاق المعترف به في قانونه ليشملها، وهكذا...

وبذلك نرى بأن الفقه الحديث قد أخرج نظرية بارتن من إطارها الضيق وجعلها بمفهومها الحديث تتجنب ما وجه إليها من نقد. فمن جهة جعل في إمكان القاضي قبل التكييف وفقا لقانونه القيام بتحليلها وفقا للقانون الذي نص عليها للكشف عن عناصرها الأساسية قصد معرفة طبيعتها التي تسمح له بإعطائها الوصف القانوني الصحيح. ومن جهة أخرى قال بالتوسع في الفئات المسندة الداخلية لتشمل أنظمة قانونية أجنبية غير معروفة. فأصبحت بذلك نظرية بارتن بمفهومها الحديث مستجيبة للاعتبارات الدولية، ومتجنبنة ما اتهمت به من المغالاة في الوطنية⁽²⁾.

(1) - Batiffol et Lagarde, op, cit, tome, 1, p 373

(1) راجع:

(2) - Loussouarn et Bourel, op, cit, p. 293

(2) انظر:

(1) المادة 1708 و 1717 B. GB

(2) المرجع السابق، ج 1، ص. 372

(3) 11 أبريل 1940، RGZ 163 و 367، مشار إليه في :

- Batiffol et Lagarde, op. cit. p. 373.

5- التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري:

جاء في المادة 9 من القانون المدني الجزائري: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" .

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي، فيكون بذلك قد تبنى رأي بارتن في التكييف.

ويلاحظ بأن هذه المادة قد اقتصررت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه " معرفة القانون الواجب تطبيقه". فبذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة لأنها لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي وتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص. فبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتمييز الذي قال به بارتن بين التكييف السابق أو الأولي والتكييف اللاحق. فالأول دون الثاني هو الذي يخضع حسب بارتن لقانون القاضي.

ويلاحظ أيضا بأن هذه المادة لم تتعرض إلى الاستثناء الذي أورده بارتن بشأن الأموال بإخضاع تكييفها لقانون موقعها مما يجعلنا نقول بأن الفقه الحديث لا يميل إلى الأخذ به حتى في الفرض الذي يترتب عنه اختلاف القانون الواجب التطبيق. فيكون المشرع الجزائري قد ساير الفقه الحديث في ذلك.

ولا توجد في صياغة المادة ما يمنع من التوسيع في مفهوم الفئات المسندة لتشمل الأنظمة القانونية الأجنبية غير المعروفة.

لكن ما يعيب هذا النص هو عدم تركه للقانون الأجنبي مجالا لتحليل نظام قانوني أجنبي غريب عن القانون الجزائري للكشف عن ملامحه الأساسية للاهتمام إلى حقيقة طبيعته التي تسمح للقاضي بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه. ومن شأن هذا العيب أنه يؤدي في كثير من الأحيان إلى تشويه الأنظمة القانونية الأجنبية وإعطائها طبيعة مخالفة لتلك التي أرادها المشرع الذي نص عليها في قانونه. وهذا ما دفع -كما أوضحنا ذلك سابقا - بالفقه الحديث المؤيد لنظرية بارتن إلى القول بضرورة الاستعانة في التكييف بالقانون الأجنبي.

المطلب الثاني الإحالة

يتضمن قانون كل دولة - إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع - قواعد إسناد مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي. ويثور نتيجة لذلك في غالبية الأحوال تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي⁽¹⁾.

ويأخذ هذا التنازع إحدى الصورتين التاليتين :

الصورة الأولى: وفيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانونها. ويسمى هذا النوع من التنازع بالتنازع الإيجابي.

مات مثلا ألماني في فرنسا أين يوجد موطنه الأخير تاركا وراءه أموالا منقولة. فإذا كان القضاء الألماني هو الذي عرضت عليه مسألة ميراث هذا المتوفي فإنه سيطبق عليه قانونه الألماني على أساس أن قواعد الإسناد فيه تقضي بخضوع الميراث في المنقولات إلى قانون جنسية المتوفى. لكن لو أن هذه المسألة طرحت على القضاء الفرنسي فإنه سيطبق عليها القانون الفرنسي على أساس أن القانون الفرنسي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى.

(1) في حالة ما إذا اتفقت قواعد الإسناد في قانون القاضي مع قواعد الإسناد في القانون الأجنبي لا مجال للتنازع فيما بينهما بخلاف لو اختلفت فيما بينهما (راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج2، ص 144).

لا تثير هذه الصورة من التنازع أي إشكال. فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن قاضي كل دولة يطبق قاعدة الإسناد في قانونه. ففي المثال السابق يطبق القاضي الألماني قانونه، ويطبق القاضي الفرنسي قانونه، ذلك أن قاضي كل دولة مهمته هي تطبيق قوانين دولته.

الصورة الثانية: وفيها قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونه. ويسمى هذا النوع من التنازع بالتنازع السلبي.

تعلق الأمر مثلا بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر. فوفقا لقواعد الإسناد الجزائرية فإن القانون الإنجليزي هو المختص. ووفقا لقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي فإن القانون الجزائري هو المختص. وتطرح في هذه الصورة من التنازع المشكلة التالية، هل يرجع القاضي المعروض عليه النزاع في حالة إشارة قواعد الإسناد في قانونه إلى اختصاص قانون أجنبي معين إلى قواعد الإسناد في هذا الأخير وبما تقضي به من اختصاص قانون آخر، أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية فيه.

فلو أنه طرحت مثلا في المثال السابق مسألة أهلية الإنجليزي المتوطن في الجزائر على قاض جزائري، فإن قواعد الإسناد في القانون الجزائري تجعل الاختصاص للقانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسيته، لكن قواعد الإسناد في هذا القانون لا تقبل هذا الاختصاص وتجعله لقانون موطنه وهو الجزائر. فهل في هذا الغرض يمثل القاضي الجزائري لما تقضي به قاعدة الإسناد الإنجليزية من

اختصاص قانونه، أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي؟.

تسمى هذه المشكلة في فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة. والبت فيها أمر جوهري لأنه يتوقف الحل النهائي للنزاع على الموقف المتخذ منها. ففي المثال السابق إذا قبل القاضي الإحالة فإنه سيطبق على النزاع قانونه، أما إذا رفضها فسيطبق عليه القانون الإنجليزي. فيختلف بذلك الحل تبعاً للقانون المطبق⁽¹⁾.

ونظراً للأهمية التي تتميز بها مسألة الإحالة فقد حظيت في فقه القانون الدولي الخاص باهتمام كبير. وتعتبر الإحالة بنوعيتها: الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية (1) من الموضوعات التي تثار بشأنها جدل لا يكاد ينتهي سواء من حيث قبولها (2)، أو من حيث إيجاد أساس سليم لها (3)، أو من حيث تحديد نطاقها (4).

1- التمييز بين الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية:

لهذا التمييز أهميته، ذلك أن جل التشريعات التي تقبل الأخذ بالإحالة تأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية.

أ- الإحالة من الدرجة الأولى:

تكون الإحالة من الدرجة الأولى لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى القانون القاضي. ففي المثال السابق

(1) راجع: فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ج. 2، ص 119

المتعلق بمسألة أهلية الإنجليزي المتوطن في الجزائر فإن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي المختص وفقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي تحيل الاختصاص إلى هذا الأخير باعتباره قانون موطن الإنجليزي، لأن القانون الإنجليزي يخضع الأهلية لقانون الموطن. وقد طرحت لأول مرة مسألة الإحالة وبالذات الإحالة من الدرجة الأولى في القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تسمى بقضية فوركو (FORGO)⁽¹⁾ ومن يومها والفقهاء في جدل بشأنها. ولا يزال مستمرا إلى الوقت الحاضر.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن فوركو ولد غير شرعي ولد في بافريا (BAVIERE). انتقلت به أمه إلى فرنسا وهو في الخامسة من عمره. فأقام بها حتى وافته المنية وهو في الثامنة والستين من عمره تاركا وراءه ثروة منقولة كبيرة دون أن يكون له زوجة وأولاد مع ملاحظة أنه لم يكتسب هو وأمه موطناً قانونياً في فرنسا لأن القانون الفرنسي آنذاك كان يشترط للتوطن القانوني الحصول على تصريح بالتوطن⁽²⁾ ولم يسع فركو ولا أمه للحصول عليه. ولذلك فإن إقامتهما في فرنسا كانت فعلية لا قانونية.

استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة التي تركها باعتبارها تركة بلا ورثة. فتثار نزاع بينها وبين الحواشي من عائلة DITCHEL أقارب أمه إذ قد طالبوا بحقهم في الميراث مستنديين إلى

(1) عرضت مشكلة الإحالة في القضاء الإنجليزي منذ عام 1841، وفي القضاء الألماني منذ عام 1861. راجع: Lewald, la theorie du renvoi, recueil, cours Académie - LAHAYE 1925, IV 539

(2) المادة 13 من القانون المدني قبل إلغائها بقانون 10 أوت 1927.

قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي. فقضت محكمة استئناف PAU برفض طلبهم مستندة إلى أن فورقو كان متوطنا في فرنسا، وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته المنقولة القانون الفرنسي والذي يقضي بأنه لا حق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه أو لإخوته.

طعن ورثة فورقو في الحكم أمام محكمة النقض، فنقضت هذا الحكم في 1875/5/15⁽¹⁾ على أساس أن فورقو لم يكن متوطنا في فرنسا لأنه لم يحصل على الترخيص بالتوطن فيها. فموطنه في فرنسا لم يكن إلا موطنا فعليا لأنه لم يحصل على الترخيص بالتوطن فيها، لا يبرر بالتالي اختصاص القانون الفرنسي ببفاريا هي موطنه القانوني. وقانونها هو الذي ينبغي أن يطبق على ميراثه. فأحالت لذلك محكمة النقض القضية أمام محكمة استئناف بوردو. فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي.

لم تستسلم مصلحة أملاك الدولة فطعن في الحكم أمام محكمة النقض. فنقضت هذه الأخيرة هذا الحكم في قرار لها صادر بتاريخ 24 جوان 1878⁽²⁾ على أساس أنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه والتي تسند الاختصاص لقانون الموطن الفعلي مما يجعل القانون الفرنسي مختصا. وأحالت بالتالي القضية إلى محكمة استئناف تولوز فقضت بما رآته محكمة النقض في 1880/05/22.

(1) D.P 1875, 1,343 ; Sirey 1875, 1, 409

(2) D.P 1875? 1? 56? Sirey 1878,1, 1429, 1, 1429, clunet 1879, 285

فيتضح من ذلك أن محكمة النقض قد قالت بتطبيق قاعدة الإسناد في القانون البافاري الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي. فتكون بذلك قد أخذت بفكرة الإحالة وإن لم تستعمل هذا الاصطلاح في حكمها. كما أن نوع الإحالة التي أخذت بها هي الإحالة من الدرجة الأولى.

ب- الإحالة من الدرجة الثانية:

تكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الجزائية الاختصاص لا إلى القانون الجزائري وإنما إلى قانون أجنبي آخر.

عرض مثلا على القاضي الجزائري نزاع متعلق بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في الدانمارك. فقواعد الإسناد الجزائية تجعل الاختصاص للقانون الإنجليزي (قانون الجنسية)، لكن قواعد الإسناد في هذا القانون ترفض اختصاصه وتعقد الاختصاص للقانون الدنماركي (قانون الموطن).

فإذا كان القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق على هذا النزاع القانوني الدنماركي الذي أحالت إليه القواعد الإسناد الإنجليزية وهذا بشرط أن تقبل قواعد الإسناد في القانون الدنماركي هذا الاختصاص وهو اختصاص غير مرفوض في الواقع من طرفه لأن قواعد إسناده تخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن.

2- في قبول الإحالة:

إذا كان الفقه منقسما إلى اتجاهين بشأن الإحالة، اتجاه منتصر لها، واتجاه رافض لها (أ)، فإن القوانين الوضعية هي كذلك لم تكن كلها مجمعة على الأخذ بها. فهناك منها التي تأخذ بها، وهناك منها التي ترفضها، وهناك منها التي تأخذ بها في مجال دون آخر (ب).

أ- موقف الفقه من الإحالة:

مباشرة بعد قضية فوركو السالفة الذكر - والتي تعرض فيها القضاء الفرنسي لأول مرة لمسألة الإحالة، وإن لم يسمها بهذا الاصطلاح - اهتم الفقهاء بها وأولوها عنايتهم. فبعد أن كان موقفهم منها في البداية هو الرفض المطلق وكان ذلك نتيجة تأثير الفقيه بارتن⁽¹⁾، فإن جانبا كبيرا منه بدأ فيما بعد يتجه نحو الدفاع عنها. فانقسم بذلك الفقه إلى اتجاهين، اتجاه مناصر للإحالة، واتجاه رافض لها. وقدم كل اتجاه جملة من الحجج ليدعم موقفه منها. وفيما يلي استعراض لحجج كلا الاتجاهين:

حجج مناصري الإحالة :

إن في الأخذ بالإحالة احترام لقواعد الإسناد في قانون القاضي. فهذه الأخيرة لما أشارت باختصاص القانون الأجنبي لم تفرق بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد التي يتضمنها. ولذلك فإنه ينبغي الرجوع إلى القانون الأجنبي في جملته مما يتعين الإذعان لما تقضي به قواعد إسناده، والأخذ بخلاف ذلك فيه إهدار لقواعد الإسناد الوطنية.

(1) أنظر :

- Loussouarn et Bourel, op, cit, n. 200, p, 304

- قد تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي لكن قد يحدث وأن تكون قواعد الاسناد في هذا القانون رافضة لهذا الاختصاص. فإذا أعرض القاضي عن هذه القواعد واتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها وطبقها فإنه يكون بذلك قد طبق القانون الأجنبي رغم أنه غير مقبول. وعليه فإنه يجب - حتى لا نصل إلى هذه النتيجة غير المقبولة - أن نأخذ بالإحالة والتي تعني احترام قواعد الاسناد في القانون الأجنبي المختص والانصياع لما يقضي به.

- الإحالة وسيلة لتوحيد الحلول. فمثلا لو تعلق الأمر بأهلية إنجليزي متوطن بالجزائر. فقواعد الإسناد الجزائرية تقضي باختصاص القانون الإنجليزي باعتباره قانونه الوطني، وقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي تقضي باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون موطنه. فإذا أخذ القاضي الجزائري بالإحالة فإنه سيطبق على أهلية هذا الإنجليزي القانون الجزائري، ولا يختلف الأمر لو أن هذه المسألة عرضت على القضاء الإنجليزي فإنه سيطبق عليها هو كذلك القانون الجزائري باعتباره قانون موطن الإنجليزي، وهذا في حالة الأخذ بالإحالة من طرف القضاء الجزائري فإسواء عرضت مسألة أهلية هذا الإنجليزي على القضاء الجزائري أم على القضاء الإنجليزي فإنها سنلقى نفس الحل وهو اختصاص القانون الجزائري بحكمها.

- يوجد في حالة الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها وفقا لقواعد الاسناد في قانون القاضي لأن هذا الحكم يكون قد طبق - في حالة أخذه بالإحالة - القانون الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي.

- لما يكون القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الاسناد في قانون القاضي هو قانون بلد تتعدد فيه الشرائع تعددا إقليميا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية أو تتعدد فيها تعددا شخصيا كما هو الحال في بعض دول الشرق الأوسط فإن القاضي سيجد صعوبة كبيرة في الكشف عن القواعد الموضوعية التي يتضمنها. لكن لو أن هذا القانون الأجنبي المتعدد الشرائع يرفض الاختصاص المخول له ويحيله إلى قانون القاضي ويقبل القاضي بهذه الإحالة فإنه حينئذ لا يجد أية صعوبة لأن قانونه هو الذي سيصبح حينئذ مختصا.

حجج رافضي الإحالة:

- الغرض من وضع قواعد الإسناد من طرف المشرع هو لحل مشكلة تنازع القوانين. ولذلك لما يرجع القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه وينتهي إلى تحديد القانون الأجنبي المختص، فإنه يكون بذلك قد حل مشكلة تنازع القوانين. لكن لو أنه يرجع كذلك إلى قواعد الاسناد في القانون الأجنبي الذي عينته له قواعد الإسناد في قانونه، فإن ذلك يعني حلا لمشكلة التنازع مرتين، وهو أمر غير مقبول، فضلا عن أن ذلك قد يؤدي إلى حلين متناقضين. ولذلك فإن المقصود بالقانون الأجنبي الذي عينته قواعد الاسناد في قانون القاضي هو الأحكام الموضوعية الداخلية في هذا القانون وليس قواعد الاسناد فيه.

- وردا على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة والتي مفادها أنه ينبغي أخذ القانون الأجنبي في جملته مما يتعين الرجوع إلى قواعد

الإسناد التي يتضمنها، يقول معارضو الإحالة ينبغي اعتبار قانون القاضي هو كذلك كلا لا يتجزأ مما يتعين الرجوع كذلك إلى قواعد اسناده من جديد بعد الإحالة من القانون الأجنبي إليه. وهكذا يبقى كلا القوانين يحيلان على بعضهما البعض مما يوقعنا في دور وتسلل لا نهاية له. وحتى يتجنب الوقوع في ذلك ينبغي عدم الأخذ بالإحالة إطلاقا وتطبيق القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الأجنبي دون قواعد إسناده.

- لما تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاص قانون معين فهذا القانون هو الذي ينبغي تطبيقه. لكن لو أن القاضي رجع في هذا القانون الأجنبي إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها وطبق ما تقضي به من اختصاص قانون آخر قد يكون قانونه وقد يكون آخر، فذلك يعني أنه امتثل لأوامر المشرع الأجنبي دون أوامر مشرعه مما يعد انتهاكا لسيادة قانونه الوطني.

- وردا على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة من أنها تؤدي إلى توحيد الحلول بين الدول، يقول معارضو الإحالة بأنه لا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا أخذ فريق من الفقهاء بالإحالة دون الفريق الآخر. أما إذا كانت كل الدول قد أخذت بالإحالة فإن هذا التوحيد في الحلول لا يمكن أن يتحقق، بل ستختلف القوانين المطبقة من دولة إلى أخرى، وفي ذلك حجة تنهض ضد مناصري الإحالة.

قلو أن كلا من المشرع الجزائري والمشرع الإنجليزي يأخذ بالإحالة مثلا، وتعلق الأمر بأهلية إنجليزي متوطن بالجزائر، وعرض النزاع على القاضي الجزائري فإنه سيطبق عليه قانونه، لأن القانون الإنجليزي الذي هو القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي سيحيل الاختصاص إلى هذا الأخير.

أما لو أن هذا النزاع كان معروضا على القضاء الإنجليزي فسيطبق عليه قانونه، لأن القانون الجزائري المختص وفقا لقواعد الإسناد الإنجليزية سيحيل الاختصاص إلى القانون الإنجليزي.

فلاحظ إذن بأنه في حالة أخذ كلا القانونين بالإحالة فإن القانون المختص سيختلف باختلاف البلد المعروض فيه النزاع. ولا يمكن تفادي ذلك إلا إذا كان أحد القوانين يأخذ بالإحالة دون الآخر.

وأما ما قاله أنصار الإحالة من أن في الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المختص قانونها وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، فقد رد على ذلك رافضو الأخذ بالإحالة بأن هذه الحجة تفترض بأن الحكم الأجنبي يتم تنفيذه حتما في الدولة المختص قانونها بحكم النزاع وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، في حين أن تنفيذ هذا الحكم قد تكون المطالبة به في غيرها، فضلا عن أن هذه الحجة تفترض بأن الدول تشترط في تنفيذ كل حكم أجنبي أن يكون صادرا وفق ما تقضي به قواعد الإسناد في قانونها، في حين أن قوانين الدول في غالبيتها لا تشترط هذا الشرط.

ب- موقف القانون الوضعي من الإحالة:

سنبين أولا موقف القانون المقارن من الإحالة، ثم موقف القانون الجزائري منها:

موقف القانون المقارن من الإحالة:

ترفض معظم الدول العربية الأخذ بالإحالة، فذلك هو موقف كل من مصر⁽¹⁾ والعراق⁽²⁾، وسوريا⁽³⁾، والأردن⁽⁴⁾، كما أنه هو أيضا موقف القضاء في لبنان والمغرب⁽⁵⁾.

أما خارج الدول العربية، فهناك دول قد أخذت بها، ودول لم تأخذ بها. فمن الدول التي أخذت بها فرنسا. فقد أخذ القضاء في هذه الدولة لأول مرة بالإحالة من الدرجة الأولى في قضية شهيرة هي قضية فورقو، ثم توالى بعدها الأحكام الآخذة بالإحالة من الدرجة الأولى في شتى المجالات وخاصة في المواد التالية: ميراث الأموال المنقولة⁽⁶⁾،

(1) المادة 27 من القانون المدني

(2) المادة 2/31 من القانون المدني

(3) المادة 29 من القانون المدني

(4) المادة 28 من القانون المدني

(5) راجع فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 103

(6) Req : 1^{er} mars 1910, sortié, D.P. 1912, 1, 262, s, 1913, 1, 105, clunet 1910, 888 ; cass. Req. 7nov 1933, D. 1933, 2, 101 note chauveau ; cass civ. 7mars 1938, D. H.. 258, Rev. Crit. Dr. Int. privé, 1938, 472, note, Batiffol.

الطلاق الانفصال الجسماني⁽¹⁾، النسب⁽²⁾، شكل الزواج⁽³⁾، والشركات⁽⁴⁾، وهناك أيضا أحكام قضائية أخرى في فرنسا قد أخذت بالإحالة من الدرجة الثانية في بعض القضايا⁽⁵⁾.

ومن الدول التي أخذت أيضا بالإحالة سواء في تشريعها أو في قضائها نذكر ألمانيا وإنجلترا وبلجيكا، والنمسا، واليابان، وبولونيا، ويوغوسلافيا، وكذلك معظم دول أمريكا اللاتينية⁽⁶⁾. أما عن الدول التي لم تأخذ بالإحالة يمكن أن نذكر إيطاليا⁽⁷⁾، هولندا⁽⁸⁾، واليونان⁽⁹⁾ والدول السكندنافية⁽¹⁰⁾.

ونشير أخيرا إلى أن اتفاقيات لاهاي المبرمة بعد الحرب العالمية الثانية استبعدت الإحالة.

(1) - Cass. Req. 10 mai 1939, S. 1942, 1, 73, note Niboyet ; clunet 1940 ; 1945 107

(2) - Civ. 8 Dec. 1953, Sommer, rev. Crit. 1953, 133 note Niboyet
لكن بعد صدور قانون 3 جانفي 1972 استبعدت الإحالة من طرف القضاء في مجال النسب.

راجع: P. Mayer, op. cit, n, 225

(3) - Civ. 1, 15 juin 1982, ZAGHA, clunet 1983, 595, note LEHAMANN

(4) - Paris, 19 mars 1965, clunet 1966, 117 note Goldman

(5) - V. civ. 7 mars 1938, De Marchi, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1938, 472, note batiffol

(6) - V.P. Mayer, op. Cit. N. 225, p. 14

(7) - V.P. Mayer, op. cit. n. 225, p. 141

(8) راجع: Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Geraud de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, ed. 89, n. 477, p. 243

(9) راجع: اسعاد محند، المرجع السابق ج، 1 ص. 175.

(10) المرجع السابق، ج، 1 ص. 175.

موقف القانون الجزائري من الإحالة

لا يوجد في القانون الجزائري أي نص يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين. غير أنه يوجد نص في التقنين المدني يقبل الإحالة في مجال التنازع الداخلي وهو نص المادة 23. فقد جاء فيه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه".

يرى الأستاذ اسعد بأنه إذا اتبعنا نفس تحليل باتيفول نقول بأنه مادام أن المشرع الجزائري يفرض على القاضي الرجوع إلى القانون الداخلي الأجنبي لتحديد النظام القانوني الذي سيطبقه من بين الأنظمة المتعددة فيه، فلماذا يكون الأمر على خلاف ذلك لما يكون نفس القانون الداخلي الأجنبي هو الذي يعين نظاما قانونيا أجنبيا. فالمسألة هنا وهناك هي دائما نفسها.

لكن الأستاذ اسعد يلاحظ بأنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية إلا إذا كان قانون الأحوال الشخصية غير مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، وإلا فإننا نصل بقبولنا للإحالة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأسرة على الأمريكيين والبريطانيين. فيمكن أن يكونوا وفقها متعددي الزوجات⁽¹⁾.

(1) المرجع السابق، ج، 1 ص. 176

وأما الأستاذ علي علي سليمان فيرى عكس ما يراه الأستاذ إسعد، إذ يرى ضرورة الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية بحجة أن الجزائر دولة مستوردة للسكان وليست مصدرة لأهلها، وكثير من هؤلاء الأجانب هم من أصل أنجلو أمريكي⁽¹⁾.

وما يمكن ملاحظته على هذا الرأي هو أنه يجهل الواقع الجزائري. فمتى كانت الجزائر مستوردة للسكان، المعروف عنها أنها دولة مصدرة لسكانها، فأكثر من مليون من سكانها مثلاً يوجدون في فرنسا، إضافة إلى ذلك فإنه غير صحيح بأن غالبية الجالية الأجنبية المقيمة في الجزائر من أصل أنجلو أمريكي.

وعليه إذا كان يمكن أن تتخذ الجزائر موقفاً من الإحالة، نرى بأنه ينبغي أن تقبل بها إلا مجال الأحوال الشخصية فإنه ينبغي أن تستبعد، لأن أحكام الأحوال الشخصية في غالبية الدول مستمدة من ديانتها وأن الناس يريدون دوماً الخضوع بشأنها إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتنقونها.

3- في أساس الإحالة:

تجد الإحالة مصدرها في رفض القانون الأجنبي للاختصاص المخول له بمقتضى الإسناد في قانون القاضي لحكم النزاع. وقد اختلف الفقهاء في أساسها، فمنهم من حاول إيجاد أساس منطقي لها. ومنهم من - مع اعترافه بأنه لا يوجد أساس سليم ومنطقي لها باعتبار أنه يمكن استبعادها لهذا السبب أو ذاك - يقول بأنه يمكن أن نأخذ بها لما يمكن أن تحققه من نتائج مفيدة.

وفيما يلي استعراض لهذا الخلاف حول أساس الإحالة:

الإحالة تفويض :

لما قواعد الإسناد في قانون القاضي تشير باختصاص قانون أجنبي معين فإنها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في هذا القانون، وإنما تفوض المشرع الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع والذي قد يكون قانونه (حالة عدم وجود إحالة)، أو قانون القاضي (إحالة من الدرجة الأولى)، أو قانوناً أجنبياً آخر (إحالة من الدرجة الثانية).

يلاحظ أن أهم النقيدين الذين وجها إلى نظرية الإحالة يتعلقان بهذا الأساس.

النقد الأول هو أن هناك تنازل عن السيادة لما يكون القانون الأجنبي هو الذي يناف به أمر توزيع الاختصاص التشريعي لأنه يؤدي إلى التوسيع في حدود اختصاص قانون القاضي.

والنقد الثاني هو أنه يؤدي إلى حلقة مفرغة وذلك لما يكون كل قانون له علاقة بالنزاع يرفض الاختصاص المخول له ويحيله إلى قانون آخر⁽¹⁾.

(1) -Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Gerard de Geouffre de la pradelles, Droit international privé, ed. Masson 1987, p. 266

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 55. وص. 56

الإحالة حل احتياطي:

هذه النظرية هي للفقهاء (*PIGEONNIERE - LERBOURS*)، وفيها لا يحاول تبرير الإحالة بقدر ما يحاول تبرير بعض نتائجها. فعند هذا الفقيه لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي وجب حينئذ تعيين قانون آخر هو الواجب التطبيق، وقانون القاضي هو الذي يقوم بهذا التعيين لأن القاضي الوطني لا يمكن أن يتبع إلا نظامه القانوني المتعلق بحل تنازع القوانين. لكن كيف يمكن للقاضي أن يعين هذا القانون؟. للإجابة عن هذا السؤال يقول هذا الفقيه بأنه يوجد في قانون القاضي إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية قاعدة إسناد احتياطية يعمل بها لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له بمقتضى قاعدة الاسناد الأصلية. وقاعدة الإسناد الاحتياطية هذه قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي وقد تعقده لقانون آخر⁽¹⁾.

فلو تعلق مثلا الأمر بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا فإن قاعدة الاسناد الفرنسية تعقد الإختصاص للقانون الإنجليزي باعتباره قانونه الوطني (قانون جنسيته). لكن بما أن هذا الأخير يرفض هذا الإختصاص لكونه يسند الأهلية إلى قانون الموطن، تعين على القاضي الفرنسي التوقف عند هذا الرفض والرجوع إلى قانونه من جديد للبحث عن القانون الذي سيطبقه.

(1) راجع: LERBOURS - Pigneniere et Loussouarn, Précis de droit international privé, ed. 1970, n. 364, p. 471.

ولما كان يوجد إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية التي عينت له القانون الإنجليزي قاعدة إسناد احتياطية تعين الرجوع إليه وتطبيق القانون الذي ستشير باختصاصه والذي قد يكون في هذا الفرض هو القانون الفرنسي باعتباره موطن هذا الإنجليزي.

وقد أرادت هذه النظرية بابتداعها ما يسمى بقاعدة الإسناد الاحتياطية أن تتجنب ما وجه إلى الإحالة من نقد يتمثل في كونها تؤدي إلى أن يأتمر القاضي الوطني بأوامر المشرع الأجنبي، وهو أمر فيه مساس بسيادة دولته. فتكون بذلك قد وقفت هذه النظرية فقط عند رفض القانون الأجنبي الإختصاص المعقود له من طرف قواعد الإسناد في قانون القاضي دون أن تتجاوزها إلى تطبيق القانون الذي يشير هذا القانون الأجنبي باختصاصه، وهكذا بواسطة قاعدة الإسناد الإحتياطية يبقى القاضي مؤتمرا دائما بأوامر مشرعه.

وأهم نقد وجه إلى هذه النظرية هو أن ما تقول به من وجود قاعدة إسناد احتياطية إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية هو من باب التخيل والوهم لا الحقيقة. فلا يوجد ما يدل على أن المشرع قد وضع إلى جانب كل قاعدة من قواعد الإسناد الأصلية قاعدة إسناد احتياطية⁽¹⁾.

تبرير الإحالة على أساس فكرة الإقليمية (*NIBOYET*):

نقطة الانطلاق بالنسبة للفقهاء *Niboyet* صاحب هذه النظرية هي نفسها نقطة انطلاق الفقيه *LERBOURS - PIGEONNIERE*.

(1) راجع هذه النظرية وما وجه إليها من نقد في كتاب لوسوارن وبورال ، المرجع السابق، ص. 318 - 323.

فكلاهما ينطلق من فكرة رفض القانون الأجنبي للاختصاص المعقود له بمتقضى قواعد الإسناد في قانون القاضي، لكن الأستاذ نبوايه لا يذهب إلى القول بوجود قاعدة إسناد احتياطية كما يقول بذلك الفقيه الآخر، وإنما يقول بأنه في حالة رفض القانون الأجنبي للاختصاص المخول له يبقى حينئذ النزاع بدون قانون يحكمه. ولما كان الأصل في القوانين عند هذا الفقيه هو الإقليمية وأن تطبيق القانون الأجنبي ليس إلا من باب الاستثناء، تعين حينئذ تطبيق على النزاع قانون القاضي، إذ أنه من غير المعقول أن تبقى مسألة لها علاقة بقانون القاضي بدون قانون يحكمها⁽¹⁾.

وما يمكن ملاحظته أن هذه النظرية تجعل العودة دائما إلى القانون القاضي لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له مما يجعلنا نقول دائما بأن هذه النظرية تبرر فقط نتيجة الإحالة من الدرجة الأولى بخلاف النظرية السابقة التي هي للفقيه *PIGEONNIER - LEREBOURS* فإنها تبرر نتيجة الإحالة سواء كانت من الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية لأن قاعدة الإسناد الاحتياطية التي قالت بها قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي وقد تعقده لقانون آخر على نحو ما بيناه سابقا.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس مبالغتها في عقد الاختصاص لقانون القاضي لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له على الرغم من أنه قد يكون النزاع المطروح لا يرتبط بقانون القاضي

⁽¹⁾ Niboyer, traité de droit international privé français, 111, n, 1014 et s, p. 471 et s

إلا برباط جد ضعيف هو رباط الاختصاص القضائي، فلو تعلق الأمر مثلا بأهلية إنجليزي متوطن في الدنمارك، فمن غير المقبول أن نطبق عليه القانون الجزائري على أساس أن القانون الإنجليزي صاحب الاختصاص قد أبدى رفضه له، إن القانون الدنماركي الذي هو قانون موطنه هو أقرب إلى النزاع وأكثر علاقة به من القانون الجزائري، إضافة إلى ذلك فإن هذه النظرية تقف حجرة عثرة أمام الجهود المبذولة من أجل توحيد الحلول⁽¹⁾.

تبرير الإحالة استناداً إلى فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد:

يحاول الأستاذ باتيفول صاحب هذه النظرية⁽²⁾ تبرير الإحالة استناداً إلى فكرة التنسيق بين قواعد التنازع الفرنسية وقواعد التنازع الأجنبية. فالعلاقات القانونية الخاضعة للقانون الدولي الخاص مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر، وهذه الوضعية تفرض على المشرع لما يضع قاعدة التنازع في قانونه أن يسعى إلى تحقيق التنسيق بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية، ولا يمكن أن يتم هذا التنسيق بالاكتهاء بالرجوع فقط إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، وإنما ينبغي الرجوع كذلك إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه، ولا ينبغي أن نعتبر الرجوع إلى قواعد التنازع الأجنبية وتطبيق ما تقضي به تركاً لقاعدة الإسناد الوطنية وامتنالاً لأوامر المشرع الأجنبي.

-loussouarn et Bourel, op, citn 209, p, 324

(1) راجع:

-Batiffol et Lagarde, op, cit, tome1, n, 304, p. 386, 388

(2) أنظر:

ذلك أن قاعدة التنازع الأجنبية لم يتم إعمالها بصفة عفوية وإنما بناء على إرادة المشرع الوطني أصلاً. فقاعدة الإسناد في قانونه هي التي أشارت ابتداء باختصاص القانون الأجنبي والرجوع بالتالي إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون هو أيضاً تنفيذ لإرادته.

ويلاحظ الأستاذ باتيفول أن فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد ليست كلمة نقال وإنما حقيقة ملموسة بشكل فعلي عندما تشير القواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن المسلك الطبيعي في هذه الحالة هو التنسيق بينها وبين قواعد الإسناد الداخلية لهذه الدولة مما يفرض استشارة هذه الأخيرة وتطبيق قانون الإقليم الذي تشير باختصاصه، وهكذا لو تعلق الأمر بالأحوال الشخصية الأمريكي فإن قواعد الإسناد الفرنسية تشير باختصاص القانون الأمريكي (قانون جنسيته)، لكن هذا القانون غير موجود، فهناك أكثر من خمسين قانوناً، والقانون الفدرالي يشير باختصاص قانون الموطن، وبنتطبيقه يكون قانوناً فدرالياً أو قانون كاليفورنيا هو المختص وذلك على حسب الولاية المتوطن فيها هذا الأمريكي، ولا يوجد من الفقهاء المعارضين للإحالة من يعترض على ذلك، فلماذا إذن الاعتراض لما يكون موطن هذا الأمريكي بدل أن يكون في سان فرانسيسكو يكون في مدينة نيس الفرنسية ؟ فقاعدة التنازع الأجنبية هي نفسها التي تقوم بتنسيقها مع قاعدة الإسناد الفرنسية في هذا الفرض أو ذاك.

وقد أخذ على نظرية الأستاذ باتيفول عدم توضيحها لماذا التوقف عند الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي وتطبيق القواعد

القانونية الموضوعية لهذا الأخير، فلو تعلق الأمر بالأحوال الشخصية الإنجليزي متوطن في فرنسا، فقواعد الإسناد الفرنسية تشير باختصاص القانون الإنجليزي، لكن هذا القانون يرفض الاختصاص المخول له ويعقد الاختصاص لقانون الموطن وهو في هذا الفرض القانون الفرنسي، فإذا أخذنا بفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد إلى القانون الفرنسي ونتوقف عندها، فنطبق بذلك القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي، في حين أن قواعد الإسناد في هذا الأخير ترفض اختصاص القانون الفرنسي⁽¹⁾.

نظرية الإحالة الكلية:

تحمل هذه النظرية في القانون الإنجليزي اسم: " FOREIGN THEORY COURT " وقد أخذ بها القضاء الإنجليزي في بعض المسائل المحدودة وهي ميراث المنقول والطلاق، وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة في الخارج⁽²⁾.

وحسب هذه النظرية ينبغي على القاضي الإنجليزي المعروض عليه النزاع أن يفصل فيه كما يفصل فيه القاضي الأجنبي المختص قانونه وفقاً لقواعد الإسناد الإنجليزية، أي ينبغي على القاضي الإنجليزي أن يجعل نفسه مكان القاضي الأجنبي ويقضي بما يقضي به هذا الأخير.

(1) راجع هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص 77 و 78

(2) راجع: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 54

ويقتضي ذلك أن يستشير قواعد الإسناد في هذا القانون ويطبق القانون الذي تشير باختصاصه. فلو عرض مثلا على القاضي الإنجليزي نزاع يتعلق بميراث مال منقول لإنجليزي متوطن في ألمانيا، فقواعد التنازع الإنجليزية تقضي باختصاص القانون الألماني باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفي. فينبغي على القاضي الإنجليزي أن يفصل في هذا النزاع بنفس الكيفية التي يفصل بها القاضي الألماني لو عرض عليه نزاع مماثل. وتقتضي قواعد الإسناد الألمانية باختصاص القانون الوطني، وهو في هذا الفرض القانون الإنجليزي. ولما كان القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الألماني فإن القانون الذي سيطبقه القاضي الألماني هو قانونه. وعليه حسب هذه النظرية فإنه على القاضي الإنجليزي أن يطبق على النزاع المعروض عليه نفس القانون الذي سيطبقه عليه القاضي الألماني وهو القانون الألماني.

مثال آخر لو تعلق النزاع المعروض على القاضي الإنجليزي بميراث أموال منقولة لإنجليزي متوطن في إيطاليا، فقواعد الإسناد الإنجليزية تقضي باختصاص قانون موطنه، وهو القانون الإيطالي. فلو أن نزاعا مماثلا كان معروضا على القاضي الإيطالي فإن قواعد الإسناد الإيطالية تقضي باختصاص القانون الوطني للمتوفى، وهو في هذا الفرض القانون الإنجليزي. لكن لما كان القانون الإيطالي لا يأخذ بالإحالة فإن القانون الذي سيطبقه عليه هو القانون الإنجليزي. وعليه فإنه على القاضي الإنجليزي حسب هذه النظرية أن يطبق على النزاع المعروض عليه نفس القانون الذي سيطبقه عليه القاضي الإيطالي، وهو القانون الإنجليزي.

وما يعيب هذه النظرية رغم كونها ترمي إلى توحيد الحلول المعطاة لنفس القضية هو عدم امكانية تعميمها، فهي غير صالحة إلا إذا أخذ بها القاضي المطروح عليه النزاع دون غيره من قضاة الدول الأخرى التي تنازعت قوانينها لحكم العلاقة المطروحة. أما لو أخذ بها قضاة كل الدول التي لقوانينها علاقة بالنزاع فإن ذلك سيؤدي إلى حلقة مفرغة. فلو أخذ بها مثلا في المثال السابق القانون الألماني فمعنى ذلك أن الاختصاص سيكون للقانون الإنجليزي والذي بدوره سيحيله إلى القانون الألماني، وهكذا يبقى كلا القانونين يعيدان لبعضهما الاختصاص وذلك إلى ما لانهاية⁽¹⁾.

3- في نطاق الإحالة:

يستبعد غالبية المناصرين للإحالة إعمالها في حالتين:

الحالة الأولى: خاصة بقاعدة خضوع التصرفات القانونية لقانون إرادة المتعاقدين.

الحالة الثانية: خاصة بقاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامها.

ويبرر الأستاذ باتيفول الاستبعاد باستحالة التنسيق في هاتين الحالتين بين قواعد الإسناد الفرنسية وقواعد الإسناد الأجنبية⁽²⁾.
ويبرر البعض الآخر ذلك بتعارض نتيجة الإحالة في هاتين الحالتين بهدف قاعدة الإسناد⁽³⁾.

(1) - Loussouarn et Bourel, op, cit, n, 214, p, 335

(2) المرجع السابق، ف، 311، ص 394

(3) - V.Mohand Issad, op, cit, tome I, p, 176

(1) Dominique Holleaux, jacques foy, Geraud de Geouffre de la pradelle, op, cit, n, p. 244

أ- استبعاد الأخذ بالإحالة لما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة المتعاقدين:

قد أخضع المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الإلتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين. فلو كان مثلا القانون الذي اختاره المتعاقدان هو القانون الفرنسي فإن إرادتهما تكون غير محترمة لو أننا أعرضنا عن الأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي واستشرنا قواعد الإسناد في هذا القانون وقبلنا إحالتها إلى قانون آخر. ففي ذلك تجاهل واضح لضابط الإرادة الذي وضعه المشرع لإختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية⁽¹⁾. إضافة إلى ما في ذلك من إخلال بتوقعات المتعاقدين⁽²⁾. لكن لو يحدث بان اختار المتعاقدان قواعد القانون الدولي الخاص للقانون الأجنبي، فإن قبول الإحالة في هذه الحالة يعبر عن احترام لإرادة المتعاقدين كما أنه يتفق وهدف قاعدة الإسناد، ولذلك فإن خصوم الإحالة أنسفهم يتفقون مع هذا النظر⁽³⁾.

وقد رفضت اتفاقية لاهاي بشأن القانون المطبق على البيوع الدولية للمنقولات الأخذ بالإحالة. فقد جاء في المادة 2 منها أن البيع ينبغي أن يخضع للقانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا.

وقد رفض أيضا قضاء الكثير من الدول الأخذ بالإحالة في مادة العقود، وذلك هو حال كل من بريطانيا وسويسرا والنورفيج⁽⁴⁾.

(1) - Loussouarn et Bourel, op, cit, n, 218, p, 338, et s.

(2) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ج2، ص. 121.

(3) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص، 83، 84.

(4) - Loussouarn et Bourel, op, cit, n, 218, p, 339.

وبشأن موقف القضاء الفرنسي يقول الأستاذان (Loussouarn et Bourel) فإنه لم تتح له فرصة إبداء موقفه في هذه المسألة. لكن إذا ما أتيحت له هذه الفرصة فإنه لا يتردد في استبعاد الإحالة لأنه سبق له وأن استبعدها في مجال النظام المالي للزوجين والذي هو في حقيقته عقد ضمنى⁽¹⁾.

ب- استبعاد الأخذ بالإحالة بشأن شكل التصرفات القانونية:

لما وضعت غالبية التشريعات قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه فإنما أرادت بذلك ضمان صحة هذا التصرف من حيث الشكل إذا كان قد احترم قانون بلد الإبرام. فلو فرضنا أن قواعد الإسناد في هذا القانون تحيل الاختصاص لقانون آخر كأن يكون قانون موقع العقار كما هو الحال في القانون الدولي الخاص الإنجليزي، ووجدنا أن هذا القانون يبطل هذا التصرف، فإن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يتعارض مع هدف قاعدة الإسناد الرامية إلى ضمان صحة التصرف كما أوضحنا ذلك. ولذلك فإن الفقهاء قالوا باستبعاد الإحالة بالنسبة لشكل التصرفات القانونية لما يكون القانون المختص هو قانون البلد الذي تم فيه إبرامها⁽²⁾.

(1) Civ.27 janv, 1969D, 1969, 294, REV. cri. dr. int. pr. 1969, 710, note DERRUPPE ? journal de dr, int, pr, 1969, 644, note Ponsard, J.C.P 1972, conel jacques Foyer, civ 1^{er} fev 1972, J.C.P1972, 11, 17096, conel.Gégout, Rev, crit, dr, int, pr, 1972, 644, note wiederkher, clunet 1972, 594 note Kahn.

(2) راجع:

Loussouarn et Bourel, op, cit, n, 221, p, 340

Batiffol et Lagarde, op, cit, tome, 1, n, 311, p, 395.

المبحث الثالث

مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه

قواعد الإسناد، كما رأينا موضوعاً من أجل إرشاد القاضي إلى القانون المختص بحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. والخصوم - عادة - هم الذين يطلبون من القاضي أعمال قاعدة الإسناد في قانونه للاهتمام إلى القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، لكن قد يحدث وأن الخصوم يلتزمون الصمت عند تقديم نزاعهم إلى القضاء فلا يطلبون من القاضي أعمال قاعدة الإسناد في قانونه إما لجهلهم بها وإما لأن تطبيقها يضر بمصلحتهم، وهنا يطرح التساؤل التالي: هل القاضي عند عدم تمسك أطراف النزاع بأعمال قاعدة إسناد، يتعين عليه هو أيضاً عدم إعمالها أم أنه ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه؟

يمكن رصد ثلاثة اتجاهات في القانون المقارن بشأن هذه المسألة:

الاتجاه الأول: هو الاتجاه الذي يمنع القاضي من تطبيق قواعد الإسناد في قانونه من تلقاء نفسه. ويسود هذا الاتجاه في إنجلترا. فلا يحق للقاضي الإنجليزي تطبيق القانون من تلقاء نفسه، بل عليه تطبيق أحكام القواعد الموضوعية في قانونه على كل نزاع معروض عليه حتى ولو كان مشتملاً على عنصر أجنبي. وإذا تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد الإنجليزية فإن القاضي الإنجليزي حتى في هذه الحالة لا يجوز له تطبيقه إلا إذا أثبت أطراف النزاع اختلاف مضمون أحكامه عن مضمون أحكام القانون الإنجليزي.

يتضح من ذلك أن هذا الاتجاه يقوم على أساس افتراض التشابه بين أحكام القانون الإنجليزي وأحكام القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد. وللتوصل إلى تطبيق أحكام القانون الأجنبي ينبغي إثبات أن مضمون أحكام هذا القانون مختلفة عن مضمون أحكام القانون الإنجليزي⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الذي يلزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد في قانونه من تلقاء نفسه، فسواء تمسك الخصوم بأعمال قاعدة الإسناد أو لم يتمسكوا فإن القاضي ملزم في كلتا الحالتين بإعمالها. كما لم يشترط هذا الاتجاه لتطبيق قاعدة الإسناد من طرف القاضي الوطني من تلقاء نفسه، أن تكون أحكام القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه غير متطابقة مع أحكام القانون الوطني كما اشترط ذلك النظام القانوني الإنجليزي. وقد ترتب عن ذلك أن أجاز القضاء الذي يأخذ بهذا الاتجاه للخصوم التمسك بتطبيق قاعدة الإسناد لأول مرة أمام المحكمة العليا⁽²⁾ وقد استقر هذا الاتجاه منذ أمد بعيد في القضاء الألماني⁽³⁾.

الاتجاه الثالث: وهو الاتجاه الذي يترك للقاضي حرية تطبيق قاعدة الإسناد في قانونه من تلقاء نفسه دون أن يربط تطبيقها بتمسك الخصوم بها.

(1) راجع: فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 130، وفؤاد ديب، المرجع السابق، ص 110.

(2) راجع: فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 131.

(3) V, Batiffol et Lagarde, op. cit. tome, I, n. 333, p. 423, note 21, I

ويسود هذا الإتجاه في فرنسا. فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 2 مارس 1960 بأنه: " يسوغ لقضاة الموضوع البحث عن القانون الأجنبي ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه"⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا القضاء على أساس أن القاضي لما يملكه من حرية في تطبيق قواعد الإسناد في قانونه قد يعرض عن تطبيقها في مسائل منظمة بقواعد أمرة لتعلقها بالنظام العام كالأحوال الشخصية مثلا. وهو أمر غير مقبول. إضافة إلى ذلك فإن هذا الموقف قد يؤدي إلى اختلاف الحل من قانون إلى آخر. فالقاضي الذي يشجع الطلاق قد يعمل قاعدة الإسناد التي تشير باختصاص قانون أجنبي يقبل الطلاق بالإرادة المنفردة. والقاضي المعادي له قد لا يعمل هذه القاعدة⁽²⁾.

وقد كان القضاء الفرنسي قبل ذلك لا يعتبر القاضي ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه إلا إذا تمسك الخصوم بها. وقد علل ذلك بكون قاعدة الإسناد الفرنسية لما تشير باختصاص القانون الأجنبي لا تعتبر متعلقة بالنظام العام. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 مارس 1959 أن: " قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبي بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون. وعلى ذلك فلا ينعي على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم للقانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم"⁽³⁾.

(1) Cass. Civ. 1,2 mars 1960. rev. Crit. Dr. Int. privé, 1960, 97 cass. Civ. 11 juillet, 1961, Bertoncini, rev. crit. dr. int. privé, 1962, 124, clunet, 1963, 132, note Goldman

(2) أنظر: V. pierre Mayer, op. cit. n. 148, pp. 97, 98

(3) Rev. Crit. 1960, 62, note Batiffol, clunet, 1960, 810, note, Sialelli, D. 1960, 610 note malaurie, J.C.P 1960, 11, 11733, note Motulsky.

وقد تعلق هذا الحكم بانفصال جسماني وقع بين زوجين اسبانيين، وتحول إلى طلاق وفقا للقانون الفرنسي. وقد رفضت محكمة النقض في حكمها هذا الطعن الذي نعى على محكمة الموضوع عدم تطبيقها القانون الإسباني وبررت رفضها بعدم تمسك لا الزوج ولا الزوجة أمام قضاة الموضوع بتطبيق القانون الإسباني الذي يحرم الطلاق.

وقد انتقد الفقه هذا القضاء على أساس أنه يفتح الباب أمام التحايل على القانون إذ يمكن أن يكون عدم تمسك الأطراف بتطبيق قاعدة الإسناد في قانون القاضي هو للهروب من أحكام القانون الأجنبي الذي يمكن أن تشير باختصاصه. وقد يكون هذا التحايل مؤسفا خاصة لما يكون متعلقا بمسائل الأحوال الشخصية المنظمة بقواعد أمرة لتعلقها بالنظام العام.

المبحث الرابع

في استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها

قد يستبدل المشرع قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها. وهنا يكون عندنا قاعدتان للإسناد. الأولى قديمة، والثانية جديدة. فيقوم في هذه الحالة تنازع زمني بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة لمعرفة الحد الفاصل بين تطبيق كل منهما.

وكما يمكن أن نلتقي بهذا الاستبدال لقاعدة الإسناد في قانون القاضي نلتقي به أيضا في القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه قاعدة الإسناد في قانون القاضي وذلك في الفرض الذي تأخذ فيه دولة القاضي بالإحالة، وعليه فإننا سندرس هذا الاستبدال لقاعدة الإسناد بأخرى في قانون القاضي (المطلب الأول)، ثم في القانون الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في قانون القاضي

قد يقوم المشرع في دولة القاضي باستبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها، فيجد حينئذ القاضي المطروح عليه النزاع نفسه أمام قاعدتين للإسناد، قاعدة قديمة وقاعدة جديدة، فأيهما يطبق؟.

فمثلا في القانون الألماني لسنة 1900 فإن ضابط الإسناد بالنسبة للأحوال الشخصية هو الموطن. فهل القاضي الألماني بعد هذا التعديل سيطبق القانون القديم الذي يجعل ضابط الإسناد هو الموطن، أم أنه

سيطبق القانون الجديد الذي يجعل ضابط الإسناد هو الجنسية، وذلك بالطبع بالنسبة لمسائل المطروحة عليه بعد التعديل وتكون متعلقة بوقائع سابقة عليه.

مثال آخر تحصل زوجان إسبانيان متوطنان في فرنسا على الانفصال الجسماني وفقا للقانون الإسباني الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الفرنسية، وكان القانون الإسباني آنذاك يمنع الطلاق. وفي سنة 1985 طلب الزوج الإسباني تحويل هذا الانفصال الجسماني إلى طلاق. فهل القاضي الفرنسي سيطبق على هذا الطلب بالطلاق قاعدة الإسناد السابقة (قبل سنة 1975) والتي تجعل الاختصاص لقانون جنسية الزوجين وهو القانون الإسباني، أم أنه سيطبق عليه قاعدة الإسناد الجديدة التي تجعل الاختصاص لقانون موطنهما (المادة 2/310 من القانون المدني) وهو القانون الفرنسي⁽¹⁾.

إختلف الفقه حول هذه المسألة، ويمكن إرجاع مختلف الآراء بشأنها إلى اتجاهين رئيسيين، الأول يقول بتطبيق القانون الجديد، والثاني يقول بتطبيق القانون الإنتقالي⁽²⁾.

(1) طبقت محكمة الاستئناف الفرنسية لروان القانون الإسباني الذي عينته قاعدة الإسناد القديمة. لكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم، وقالت بتطبيق قاعدة الإسناد الجديدة: (3 janvier 1982, Rev, crit, dr, int, pr, 1982, 551, note Batiffol)

(2) راجع بشأن هذه الآراء جميعها، ويتفصيل أكثر: Graulich, V. conflit de lois dans le temps, Rep. dr. int, n. 31, s.

1- الاتجاه القائل بتطبيق القانون الجديد:

انقسم أصحاب هذا الإتجاه إلى فريقين:

الفريق الأول: يقول بتطبيق القانون الجديد بصفة فورية ومطلقة ودون النظر إلى تاريخ الوقائع محل النزاع، هل حدثت قبل التعديل أو بعده وحثتهم في ذلك أن قواعد الإسناد تنتمي إلى القانون العام، وأن قواعد القانون العام تطبق بأثر مباشر دون الإلتفات إلى أي حق يتدرع باكتسابه في مواجهتها⁽¹⁾.

والواقع أنه من الصعب القول مع هؤلاء الفقهاء بأن قواعد الإسناد تنتمي إلى القانون العام، بل وحتى على فرض بأنها تنتمي إلى القانون العام فذلك لا يعني بأن قواعد القانون العام لها معاملة مختلفة عن معاملة قواعد القانون الخاص من حيث التنازع الزماني للقوانين. فقواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص تطبق جميعها بالنسبة للمستقبل ولا تطبق على الوقائع السابقة عليها⁽²⁾.

الفريق الثاني: يقول مثل الفريق الأول بتطبيق القانون الجديد إلا أنه على خلافه يورد تحفظا يتعلق بطبيعة محل النزاع، فيقول بتطبيق قاعدة الإسناد القديمة لا قاعدة الإسناد الجديدة لما تكون العلاقة محل

(1) أنظر في نفس هذا المعنى: Niederer, DAS, Recht. 1900, 250, Baldoni, la successione nel tempo delle norme di dirrivo internatizionale privato, Rome, 1932, cités par loussouarn et Bourel, op. cit. p. 346, note 1
(2) -Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n.315, p. 339 et s.

النزاع لها علاقة بدولة القاضي وأن قانونها هو المختص بحكمها بمقتضاها⁽¹⁾.

الاتجاه القائل بتطبيق القانون الانتقالي الداخلي:

يرى الفقه الغالب تطبيق أحكام القانون الإنتقالي على التنازع الزماني لقواعد الإسناد⁽²⁾ فإذا كان القانون الإنتقالي الداخلي يخضع الزواج أو العقد للقانون الساري المفعول في تاريخ معين فليس هناك أي سبب يحول دون شمول هذا القانون لقواعد التنازع المتعلقة بالزواج أو العقود⁽³⁾.

وقد اعتنق قضاء كل من ألمانيا وإيطاليا هذا الإتجاه، وقد اعتنقه أيضا القضاء الفرنسي بصفة صريحة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في القانون الأجنبي

القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه قاعدة الإسناد في قانون القاضي قد يشتمل هو أيضا على قواعد اسناد تكون قد استبدلت بغيرها. فيكون أمام القاضي الوطني بالنسبة لمسألة معينة قاعدتان للإسناد، قاعدة قديمة، وقاعدة جديدة، فايهما يطبق؟. ونشير إلى أن هذا النزاع يثور فقط في الحالة التي يكون قانون القاضي يأخذ فيها بالإحالة.

(1) أنظر : Kahn, Abd Handlun, gen ZUM, Int. Privatrech, I p. 368, cité par Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 315, p. 339 et s
- Marin, Essai sur l'application dans le temps des règles de conflit dans l'espace, thèse Aix 1938 et 78 et s.
- Gavalda, les conflits dans le temps en droit international privé, paris (2) 1955, p. 149 et s
Batiffol et Lagarde, op. cit, tome 1, n.316. Roubier, les conflits des lois dans le temps en droit international privé, Rev. Int. Dr. Int. Pr. 1931, 38,
- Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1 n. 316
(3) راجع : V. pour lois allemandes et Italiennes, Ch. Gavalda, op. cit. P. 247.
- D. Nova, note Rev. crit .dr. int. pr. 1953, 128
(4) أنظر : Cass. civ. 13 Janv. 1982, Rev .crit .dr. int. pr. 1982, 55

المبحث الخامس

تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك)

قلنا في المباحث السابقة بأن المشرع قد وضع لكل فئة مسندة ضابطا يسندها به إلى قانون معين. ويسمى هذا الضابط بضابط الاسناد. فبه يعرف القاضي القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعروضة عليه و المشتملة على عنصر أجنبي. وقد يطرأ على هذا الضابط تغييرا بعد نشوء العلاقة، وبتغييره يتغير القانون الواجب التطبيق. فتكون العلاقة حينئذ محكومة بقانونين متعاقبين. فينشأ حينئذ تنازع بينهما. وقد أطلق بارتن على هذا النوع من التنازع اصطلاح: " التنازع المتحرك" (conflit mobile)⁽¹⁾.

فقد يتجنس اسباني بعد زواجه بالجنسية الفرنسية ويرغب في طلاق زوجته، فهل يملك ذلك وفقا للقانون الفرنسي الذي يبيح الطلاق مع أن زواجه قد تم وفقا للقانون الاسباني الذي يعتبر الرابطة الزوجية أبدية لا يمكن أن تنحل بالطلاق. فنجد هنا قانونين متعاقبين، القانون الإسباني والقانون الفرنسي. فهل هذا الأخير يطبق مباشرة على هذا الإسباني فيما يتعلق بالطلاق الذي يرغب فيه أم أن القانون الأسباني هو الذي يبقى مطبقا عليه لأنه يتعلق بآثار حق اكتسب في ظله.

وقد يتم نقل منقول من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى وتكون قد تعلقت به حقوق في كلا الإقليمين أو في أحدهما. ونحن نعرف بأن المنقول يخضع

فإذا أخذنا بالمفهوم التقليدي الذي يرى في الإحالة وسيلة للتنسيق بين مختلف الأنظمة فإن حل هذا التنازع ينبغي البحث عنه في أحكام القانون الإنتقالي الأجنبي المتعلق بالتنازع من حيث الزمان للقوانين⁽¹⁾.

أما إذا نظرنا إلى الإحالة على أنها مجرد وسيلة لتحقيق نتيجة معينة كأن تكون مثلا صحة العقد فإن الرجوع إلى أحكام القانون الانتقالي الأجنبي لا يفرض نفسه بنفس القوة، بل يكون للقاضي الخيار بين القاعدتين حسب هدف قاعدة الإسناد في قانونه⁽²⁾.

(1) انظر: V.P. Mayer, op. cit. n. 260

(2) راجع: Loussouarn et Bourel, op, cit, n, 224, p. 348, 349

لقانون موقعه. وعليه فالى أي القانونين يخضع، إلى قانون موقعه القديم أم إلى قانون موقعه الجديد؟.

ويلاحظ بأن هذا النوع من التنازع ينشأ لما يكون المشرع قد استعمل ضابطا يقبل التغيير كضابط الجنسية أو ضابط الموطن. أما إذا كان قد استعمل ضابطا غير قابل للتغيير فلا ينشأ هذا التنازع كضابط "موقع العقار"، وضابط "موقع وقوع الفعل الضار".

وقد يحدث أن يستعمل المشرع ضابطا قابلا للتغيير في ذاته كالجنسية مثلا إلا أن المشرع يثبت في الزمان بتحديد الوقت الذي يتم اعتباره فيه لتحديد القانون الواجب التطبيق. فلا يكون حينئذ هذا الضابط محلا للتنازع المتحرك وذلك هو حال مثلا قاعدة الإسناد الفرنسية التي تجعل القانون الواجب التطبيق على ثبوت النسب هو القانون الشخصي للأُم وقت ولادة طفلها (مادة 4/311 من القانون المدني).

ويمكن تسجيل اتجاهين لحل هذا التنازع المتحرك، اتجاه يقول بالإستبعاد المطلق للقانون الجديد، واتجاه يقوم بتطبيق أحكام القانون الإنتقالي الداخلي.

1 - الاتجاه القائل بالإستبعاد المطلق للقانون الجديد:

وفقا لهذا الإتجاه فإن القانون الجديد الذي يصبح هو المختص بعد تغيير ضابط الإسناد ينبغي استبعاده كلية ليس فقط بالنسبة للآثار التي نشأت في ظل القانون السابق وإنما أيضا بالنسبة للآثار التي تنشأ مستقبلا في ظله. وهكذا فإن الإسبانين الذين تزوجا في اسبانيا ثم

تجنسا بالجنسية الفرنسية لا يمكنها الاستناد للقانون الفرنسي باعتباره القانون الجديد للمطالبة بالطلاق، لأن القانون الإسباني يعتبر الزواج أبديا ولا يمكن أن ينحل لا بالطلاق ولا بغيره. وهذا القانون هو الذي يبقى مطبقا عليهما رغم تجنسهما بالجنسية الفرنسية. وبذلك نرى بأن هذا الاتجاه لا يبعد فقط كل أثر رجعي للقانون الجديد بعد تغيير ضابط الإسناد، وإنما يبعد كل أثر له حتى بالنسبة للآثار التي تنشأ مستقبلا في ظله.

ويعتبر كل من « Bartin » و « Pillet » من المدافعين على هذا الاتجاه إلا أن كل واحد منهما قد أورد - دفاعا عن هذا الاتجاه - حججا تختلف عن الحجج التي قدمها الآخر.

فبالنسبة لـ « Pillet » فإنه يستبعد تطبيق القانون الجديد استنادا إلى فكرة الحق المكتسب. فكل حق اكتسب في دولة وفقا للقانون المختص وجب الإعراف بوجوده وصحته في الدول الأخرى. ويعتبر هذا الفقيه أن ذلك يعد مبدأ أساسيا لتنظيم العلاقات الدولية لارتباطه بسيادة الدول. وعليه فإن رفض تطبيق القانون الذي نشأ الحق في ظله على آثاره في المستقبل بحجة تغيير ضابط الإسناد يعتبر إنكارا عند هذا الفقيه لسيادة الدولة الأجنبية.

أما الأستاذ « Bartin » فقد برر استبعاد تطبيق القانون الجديد استنادا إلى ما تتطلبه المراكز القانونية من استقرار في العلاقات الدولية. وعليه فإن كل حق نشأ وفقا لقانون معين فإنه حفاظا على الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية ينبغي أن يبقى خاضعا لنفس القانون فيما يتعلق بآثاره.

2 - الاتجاه القائل بتطبيق على التنازع المتحرك قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان :

يرى هذا الاتجاه أنه ينبغي تطبيق على التنازع المتحرك نفس الحل المطبق على تنازع القوانين من حيث الزمان لتشابههما⁽¹⁾، إذ أنه في كليهما يوجد بالنسبة لحق معين قانونان متعاقبان عليه لحكمه، ويتعين تحديد نطاق تطبيقهما.

ويتمثل الحل في تنازع القوانين من حيث الزمان في تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر دون أن يكون له أثر رجعي. وعليه فإنه بالنسبة لحق معين فإنه يطبق عليه من حيث شروط وجوده والآثار المترتبة عنه في الماضي القانون القديم. أما بالنسبة لما يتولد عنه من آثار في ظل القانون الجديد فتخضع لهذا القانون.

لما نأخذ هذا الحل ونطبقه على التنازع المتحرك نجد أن الحق الذي تكون وفقا للقانون المختص قبل تغيير ضابط الإسناد يبقى خاضعا لهذا القانون، وتبقى خاضعة له الآثار التي تولدت عنه في ظله. أما الآثار التي تولدت عنه بعد تغيير ضابط الإسناد فتخضع للقانون الجديد. ففي مثال زواج الإسباني وتجنسهما فيما بعد بالجنسية الفرنسية، فإن هذا الحل يؤدي إلى اعتبار زواجهما خاضعا من حيث صحته للقانون

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى عدة انتقادات منها أنه يحول التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت وذلك بإهماله للإسناد الجديد فتبقى المسألة القانونية خاضعة للقانون الأصلي رغم التطورات التي تعرضت لها في الزمن⁽¹⁰³⁾.

ومن هذه الانتقادات أيضا أن فكرة الحق المكتسب التي برر بها Pillet فقهه هي في ذاتها فكرة ناقصة. فهل يعقل على الصعيد الداخلي، في فرنسا مثلا، بعد صدور قانون 18 فبراير 1938 الذي يقرر مبدأ الأهلية المدنية الكاملة للمرأة المتزوجة، أن للزوج حق مكتسب في أن تبقى زوجته التي تزوجها قبل هذا القانون عديمة الأهلية. ونفس الشيء بالنسبة للقانون الدولي الخاص، هل يعقل أن يكون لأحد الزوجين الإspanيين حق مكتسب في عدم حل الرابطة الزوجية رغم رغبة الزوج الآخر في حلها⁽²⁾.

وبالنسبة لتبرير الأستاذ « Bartin » لهذا الاتجاه. فرغم وجاهته إلا أنه ليس بتبرير حاسم. فاستقرار المعاملات هو عامل يؤخذ بعين الاعتبار خارج التنازع المتحرك. أما في التنازع المتحرك فإن إرادة الأفراد هي السبب في تغيير ضابط الإسناد والذي له أثره على الإختصاص التشريعي⁽³⁾.

(1) - V.Dominique Holleaux, J.Foyer, G. de Geoffre de la Pradelle, op. cit. n. 440, p.230

(2) راجع : - Loussouarn et Bourel, op. cit. n.227, p.354

(3) راجع : - Loussouarn et Bourel, op. cit. n.227, p.355

(1) راجع : - Loussouarn et Bourel, op. cit. n.227, p.356

- Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n.320, p. 356

الفصل الثاني

في القانون الأجنبي

الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه

قد تشير قاعدة الإسناد باختصاص قانون القاضي، وقد تشير باختصاص قانون أجنبي.

ويشير تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي عدة مشاكل ناشئة أساسا من جهله به غالبا، ومن كونه صادرا عن سلطة لا تملك إصدار الأوامر له، ذلك أن القاضي لا يتلقى الأوامر إلا من مشرع دولته. وأهم المشاكل التي يطرحها تطبيق القانون الأجنبي:

1- كيف يمكن تطبيق القاضي الوطني لقانون صادر عن سلطة أجنبية ليس لها حق في إصدار الأوامر له؟

2- القانون الأجنبي باعتباره صادرا في دولة أجنبية، فمن الممكن ألا يكون لا القاضي ولا الخصوم أو على الأقل أحدهما على علم بمضمونه، فكيف يتم إذن علم القاضي بمضمونه لتطبيقه؟

3- القانون الأجنبي غير القانون الوطني، فهل يتقيد القاضي الوطني في تفسيره للقانون الأجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي أصدرته، وهل يخضع في تفسيره له لرقابة المحكمة العليا؟

4- قد يكون القانون الأجنبي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا أو تعددا إقليميا. فكيف يمكن للقاضي تحديد الشريعة الداخلية التي سيطبقها على النزاع؟

الأسباني، وتبقى كذلك خاضعة له الآثار التي تولدت عنه في ظله. أما بعد تجنسهما فإن ما يترتب عن هذا الزواج من آثار فتخضع للقانون الفرنسي باعتباره قانونهما الجديد. وعليه فإن مبدأ عدم جواز انحلال الرابطة الزوجية بينهما والمنصوص عليه في القانون الأسباني لا يطبق عليهما، فبوسعهما المطالبة بالطلاق وفقا لقانونهما الجديد وهو القانون الفرنسي.

وقد تعرض هذا الاتجاه بسبب تشبيهه التنازع المتحرك بتنازع القوانين من حيث الزمان بينما هناك فرق بينهما لا يمكن إنكاره. ففي تنازع القوانين من حيث الزمان القانونان المتعاقبان صادران عن نفس المشرع وأن الثاني منهما قد ألغى الأول. أما في التنازع المتحرك القانونان المتعاقبان غير صادرين عن نفس المشرع، وكلاهما لا يزال ساري المفعول في إقليم الدولة التي صدر فيها.

وقد اعتنق معظم الفقه رغم هذا النقد هذا الاتجاه⁽¹⁾. وأخذ أيضا به القضاء الفرنسي في قضية Patino⁽²⁾.

(1) انظر : Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n. 320, p. 356 et s.

- Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 229, p. 356 et s.

(2) - V. not. trib. civ. seine 17 oct. 1956, J.C.P. 1956, n. II, 9688, note Bellet, confirmé par Paris 1er Juillet 1959, 11214, Cincl. combaldien, clunet 1960, 428 note ponsard

5- قد يهتدي القاضي إلى مضمون القانون الأجنبي لكنه يجده متافيا مع النظام العام السائد في دولته. فهل يملك القاضي استبعاد هذه الحالة؟.

6- قد يكون القانون الأجنبي مختصا نتيجة تحايل أحد أطراف النزاع على ضابط الاسناد وذلك بالقيام بتغييره بصفة إرادية بغية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا، فهل يملك القاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون؟

تلك هي أهم المشاكل التي يطرحها تطبيق القانون الأجنبي. وسنخصص لها المباحث التالية لمعالجتها:

المبحث الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي

المبحث الثاني: إثبات القانون الأجنبي.

المبحث الثالث: تفسير القانون الأجنبي.

المبحث الرابع: القانون الأجنبي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا إقليميا أو تعددا شخصيا.

المبحث الخامس: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

المبحث الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي

القانون الأجنبي - كما نعلم - صادر عن سلطة أجنبية. وهذه الأخيرة ليس لها أن تصدر الأوامر للقاضي الوطني. فكيف نفسر إذن

تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي؟.

تعددت المحاولات الفقهية الباحثة على أساس لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي. وأقدم هذه المحاولات هي محاولة المدرسة الهولندية التي أسست تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على المجاملة الدولية. وحديثا هناك محاولة الفقه السائد في البلاد الأنجلوساكسونية الذي يرجع تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي إلى احترام الحق المكتسب (vested right). وهناك كذلك محاولة الفقه الإيطالي الذي يفسر تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على أساس أنه يندمج في قانونه. وسميت هذه المحاولة بنظرية الاستقبال والاستيعاب (reception et incorporation). ونضيف إلى هذه المحاولات المحاولة التي تبني تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على أساس التفويض.

وقد اتجه القضاء في فرنسا ويؤيده بعض الفقه إلى عدم اعتبار القانون الأجنبي كقانون ويقول بمعاملته كعنصر من عناصر الواقع.

وفيما يلي عرض لهذه المحاولات :

أ- المدرسة الهولندية:

في دراستنا للتطور التاريخي لتنازع القوانين، وعند تعرضنا للمدرسة الهولندية قلنا بأنها تأخذ بقاعدة إقليمية الأحوال الإقليمية مطلقة. وقد أجازت للدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة الدولية. ويرجع ذلك إلى شعور فقهاءها بقسوة المبدأ

الذي إعتدوه وبناتجھ الخطيرة على مصالح الأفراد وعلى المصالح المشتركة للدول.

وقد اكتنف فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء هذه المدرسة غموض كبير. فعند بعض الشراح، وخاصة شراح القارة الأوروبية، فإن فكرة المجاملة تعني أن تطبيق القانون الأجنبي منوط بتقدير القاضي حسبما تقتضيه المصلحة. فهو قد يقبل تطبيقه مرة وقد يرفض تطبيقه مرة أخرى. ويؤدي هذا الفهم لفكرة المجاملة الدولية إلى فتح الباب على مصراعيه لأهواء القضاة وميولهم، وفي ذلك إضرار لا يخفى بمصالح الأفراد. و الفهم الصحيح لفكرة المجاملة الدولية عند هذه المدرسة هو أنه قصد بها أن المشرع حر في السماح أو عدم السماح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولته. وإذا سمح بتطبيقه كان ذلك على سبيل المجاملة الدولية. ومتى قبل تطبيقه على هذا الأساس التزم القضاء بذلك، ولا يكون له الخيرة في التطبيق أو عدم التطبيق.

وهكذا فإن فكرة المجاملة الدولية حسب التفسير الأخير لها تقوم بدورها في مرحلة وضع قاعدة التنازع وليس في مرحلة تطبيقها⁽¹⁾

وقد ترتب على سوء فهم هذه النظرية التي قال بها فقهاء المدرسة الهولندية إلى هجرانها من طرف الفقه⁽²⁾.

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 38

فؤاد ديبين المرجع السابق، ص. 35

(2) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 134

2- نظرية الحقوق المكتسبة: VESTED RIGHTS :

حاول بعض فقهاء الإنجليز والأمريكان إيجاد في نظرية الحق المكتسب التفسير الملائم لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي. فبالنسبة لهؤلاء الفقهاء فإن القاضي يطبق القانون الأجنبي في إقليم دولته احتراماً للحق المكتسب⁽¹⁾. فلا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه⁽²⁾.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها غير شاملة إذ أنها لا تعطي لنا تفسيراً لتطبيق القانون الأجنبي إلا في مجال واحد هو مجال الحقوق المكتسبة. في حين أن تطبيق القانون الأجنبي قد يكون أيضاً في مرحلة نشوء الحق وهو الفرض الغالب. فلما يطلب الزوجان الأجنبيان الطلاق ويطبق عليهما قانونهما يكون بذلك قد أنشأ وضعية جديدة. فلا يمكن القول في هذا الفرض بأن القاضي قد احترام حقاً مكتسباً. إضافة إلى ذلك فإن الأخذ بهذه النظرية يقصر فقط مهمة القاضي في التحقيق فيما إذا كان الحق قد صار مكتسباً أم لا؟ أي هل الأطراف قد احترمو القانون عند نشوء الحق أم لا، وذلك يجعل القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يبحث القاضي عن

(1) انظر - Notamment: Wigny, Essai sur le droit international privé: américain, 1932, p. 163...

- Muir Watt. Quelques remarques sur le concept de droit acquis en droit international privé anglo - américain, rev. crit. dr. Int.privé, 1986, 425.

- Loussouarn et Bourel, op. cit, n.237, p.369

(2) راجع :

وجودها، في حين أن مهمة القاضي هي إنشاء الحق أو الإقراراف بحق وذلك بتطبيق عليه القانون الأجنبي المختص.

3- نظرية الاستقبال والاستيعاب:

THEORIE DE RECEPTION ET INCORPORATION :

يقول الفقهاء الإيطاليون بفكرة خصوصية كل نظام قانوني. وتعني هذه الفكرة قصر الصفة القانونية على ما يدخل في هذا النظام وإنكارها على ما يخرج عنه⁽¹⁾.

ويترتب عنه هذا الفكرة أن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني لا يمكن تفسيره إلا باعتبار أن القانون الأجنبي قد اندمج في النظام القانوني الوطني وأصبح جزءا منه. فلما تشير مثلا قاعدة الإسناد الإيطالية باختصاص قانون أجنبي معين فإن هذه القاعدة، تدمج هذا القانون في النظام القانوني الإيطالي الذي يقوم باستقباله، فسميت بذلك هذه النظرية بنظرية الاستقبال والاندماج.

وقد اختلف الفقهاء الإيطاليون حول طبيعة هذا الإندماج. فبعضهم يقول بالإندماج المادي، وبعضهم الآخر يقول بالإندماج الشكلي.

فالفقهاء الذين يقولون بالإندماج المادي يقصدون به أن القاعدة القانونية الأجنبية تكون محل تأميم حقيقي بحيث أن مضمونها يندمج في النظام القانوني الإيطالي الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن النظام القانوني الإيطالي يفرز قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية التي عينتها قاعدة الإسناد.

(1) راجع: AGO, Règles générales de conflits de lois, Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, 1936, IV, 302

وعليه فلما يطبق القاضي الإيطالي القاعدة القانونية الأجنبية فكأنما يطبق قانونه.

وقد عيب على هذا المفهوم أن القاعدة القانونية الأجنبية باعتبار أنها قد أصبحت قاعدة قانونية وطنية فإنها تخضع في تفسيرها إلى المفاهيم السائدة في بلد القاضي الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى تشويهها.

ولتجنب النقد السابق الموجه إلى مفهوم الإندماج المادي اتجه الفقه الإيطالي الحديث إلى القول بأن الإندماج المقصود هو الإندماج الشكلي لا الإندماج المادي. وبمقتضاه تبقى القاعدة القانونية محتفظة بمعناها وبمقوماتها التي تتمتع بها أصلا في بلادها⁽¹⁾.

غير أن هذا المفهوم الجديد على الرغم من أنه يجعل القاضي الوطني يفسر القانون الأجنبي وفقا للمفاهيم السائدة في البلد الذي صدر فيه إلا أنه تنقصه الواقعية، كما أنه وبدرجة أقل يؤدي إلى تأميم القانون الأجنبي⁽²⁾.

وقد عيب على هذه النظرية في مجملها بمفهومها المادي أو الشكلي أنها تنزع عن القانون الأجنبي طبيعته الأجنبية لا شيء إلا لأن قاضيا أجنبيا هو الذي يطبقه⁽³⁾.

(1) انظر: Roberto ago, Teoria del dr. int. pr. p. 11, cité par Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 238, p.371

(2) راجع: Loussouarn et Bourel, op. cit. n.238, p. 371

(3) راجع: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 136

وجودها، في حين أن مهمة القاضي هي إنشاء الحق أو الإقراراف بحق وذلك بتطبيق عليه القانون الأجنبي المختص.

3- نظرية الاستقبال والاستيعاب:

THEORIE DE RECEPTION ET INCORPORATION :

يقول الفقهاء الإيطاليون بفكرة خصوصية كل نظام قانوني. وتعني هذه الفكرة قصر الصفة القانونية على ما يدخل في هذا النظام وإنكارها على ما يخرج عنه⁽¹⁾.

ويترتب عنه هذا الفكرة أن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني لا يمكن تفسيره إلا باعتبار أن القانون الأجنبي قد اندمج في النظام القانوني الوطني وأصبح جزءا منه. فلما تشير مثلا قاعدة الإسناد الإيطالية باختصاص قانون أجنبي معين فإن هذه القاعدة، تدمج هذا القانون في النظام القانوني الإيطالي الذي يقوم باستقباله، فسميت بذلك هذه النظرية بنظرية الاستقبال والاندماج.

وقد اختلف الفقهاء الإيطاليون حول طبيعة هذا الإندماج. فبعضهم يقول بالإندماج المادي، وبعضهم الآخر يقول بالإندماج الشكلي.

فالفقهاء الذين يقولون بالإندماج المادي يقصدون به أن القاعدة القانونية الأجنبية تكون محل تأميم حقيقي بحيث أن مضمونها يندمج في النظام القانوني الإيطالي الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن النظام القانوني الإيطالي يفرز قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية التي عينتها قاعدة الإسناد.

⁽¹⁾ راجع: AGO, Règles générales de conflits de lois, Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, 1936, IV, 302

وعليه فلما يطبق القاضي الإيطالي القاعدة القانونية الأجنبية فكأنما يطبق قانونه.

وقد عيب على هذا المفهوم أن القاعدة القانونية الأجنبية باعتبار أنها قد أصبحت قاعدة قانونية وطنية فإنها تخضع في تفسيرها إلى المفاهيم السائدة في بلد القاضي الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى تشويهها.

ولتجنب النقد السابق الموجه إلى مفهوم الإندماج المادي اتجه الفقه الإيطالي الحديث إلى القول بأن الإندماج المقصود هو الإندماج الشكلي لا الإندماج المادي. وبمقتضاه تبقى القاعدة القانونية محتفظة بمعناها وبمقوماتها التي تتمتع بها أصلا في بلادها⁽¹⁾.

غير أن هذا المفهوم الجديد على الرغم من أنه يجعل القاضي الوطني يفسر القانون الأجنبي وفقا للمفاهيم السائدة في البلد الذي صدر فيه إلا أنه تنقصه الواقعية، كما أنه وبدرجة أقل يؤدي إلى تأميم القانون الأجنبي⁽²⁾.

وقد عيب على هذه النظرية في مجملها بمفهومها المادي أو الشكلي أنها تنزع عن القانون الأجنبي طبيعته الأجنبية لا شيء إلا لأن قاضيا أجنبيا هو الذي يطبقه⁽³⁾.

(1) انظر: Roberto ago, Teoria del dr. int. pr. p. 11, cité par Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 238, p.371

(2) راجع: Loussouarn et Bourel, op. cit. n.238, p. 371

(3) راجع: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 136

4- تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض:

ترى طائفة من فقهاء الألمان والفرنسيين أن المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني بناء على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية. فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يتم إذن حسب هذا الاتجاه الفقهي بناء على تفويض تعقده قواعد الإسناد للمشرع الأجنبي⁽¹⁾.

وما يعيب هذه النظرية أن التفويض لا يمكن أن يكون إلا لمفوض معين بينما المفوض هنا غير معلوم⁽²⁾.

5- معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع:

هناك جملة من التوجيهات أقرها القضاء الفرنسي في معاملته للقانون الأجنبي منها:

- أنه ألزم الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي إثبات مضمونه وإلا طبق القاضي القانون الفرنسي.
- أن القاضي لا يملك تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به الطرفان أو على الأقل أحدهما.
- أن محكمة النقض الفرنسية ترفض بسط رقابتها على التفسير الذي أعطاه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي.

وتفيد هذه التوجيهات جميعها أن القضاء الفرنسي لم يعامل القانون الأجنبي باعتباره قانوناً، وإنما عامله باعتباره عنصراً من عناصر الواقع.

(1) انظر: Maury: Règles générales des conflits de lois, Recueil des cours de la Haye, 1936, tome 3, p. 387

(2) راجع: Batiffol et Lagarde, op. cit, tome 1, n. 328, p. 412

علي علي سليمان المرجع السابق، ص. 135

وقد اعترض جانب كبير من الفقهاء على المفهوم الذي ينكر على القانون الأجنبي صفته القانونية مع أنه قانون واجب الإحترام في بلده. كما أنه لا يمكن أن يفقد صفته القانونية إلا لشيء واحد هو كونه قد طبق من طرف قاضي أجنبي. إضافة إلى ذلك أن الخصوم هم الذين يعرضون الوقائع على القاضي ليطبق عليها القانون. فإذا طبق عليها القانون الأجنبي يكون بذلك قد طبق واقعة على واقعة وهو مالا معنى له.

وقد ذهب الأستاذان (BATIFFOL ET LAGARDE) إلى القول بأن القانون الأجنبي ينبغي أن يطبق دون أن يكون هناك اعتراف بأية سلطة في فرنسا للمشرع الأجنبي ويتم هذا التطبيق للقانون الأجنبي بأمر من المشرع الفرنسي باعتباره واقعة لتجرده من العنصر الأمر. فالقانون عند هذين الفقيهين له عنصران: عنصر أمر وعنصر عقلي وهو مضمونه. ولما يطبق القانون خارج بلاده يفقد عنصره الأمر ولا يبقى له إلا العنصر العقلي الذي يطبقه القاضي وهو عبارة عن مجموعة الأحكام التي تشكل مضمونه. وعليه فإن تطبيق العنصر العقلي وحده للقانون الأجنبي يجعله مجرد واقعة⁽¹⁾.

وقد اعترض على هذا الرأي أنه يقوم على نقطة بداية تعد في ذاته خاطئة. فإذا كان صحيحاً أن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد هو أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته⁽²⁾.

Batiffol et Lagarde, op. cit, tome 1, n.413, p. 318

(1)

(2) راجع: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 101، والمراجع التي أشار إليها في

الهامش رقم 3.

ونورد في نهاية هذه النقطة مقالته بعض الشراح بعد أن عقدوا مقارنة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي: للقانون الأجنبي خصائصه، كما أنه يعامل لدى القاضي الوطني معاملة تجعل له وضعاً خاصاً. فهو ليس كالتشريع الداخلي وليس كالوقائع وإنما هو شيء ثالث غيرهما. وإذا كان لابد من تبويبه في التقسيم الثنائي: القانون و الوقائع، فهو يدخل في الوقائع، ومعنى الوقائع في هذا المقام هو وجود القاعدة القانونية الأجنبية⁽¹⁾.

المبحث الثاني

إثبات القانون الأجنبي

يجهل القاضي في الغالب مضمون القانون الأجنبي سواء في الحالة التي يطبقه فيها من تلقاء نفسه أو في الحالة التي يطبقه فيها بناء على طلب أطراف الخصومة.

ويثير هذا الجهل بمضمون القانون الأجنبي التساؤلات التالية:

- على عاتق من يقع عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي. هل يقع على عاتق القاضي أم يقع على عاتق الخصم الذي يطالب بتطبيقه؟ (1).
- هل تتقيد الجهة التي يقع على عاتقها عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي بقواعد الإثبات القضائي التي نظمها المشرع لإثبات الوقائع، أم أن هناك طرق إثبات خاصة به؟ (2).

(1) راجع في ذلك: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج. 2، ص. 579.

وراجع أيضاً هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، رسالة 1968.

- وأخيراً في حالة استحالة التوصل إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي ماهو القانون الذي سيطبقه القاضي بدله؟ (3).

1- تحديد من يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي:

لما تحدثنا عن طبيعة القانون الأجنبي اتضح لنا أن هناك قوانين تعامله معاملة الوقائع، وقوانين تعامله معاملة القانون، وبديهي أن يترتب عن هذا الاختلاف اختلاف في تحديد الجهة التي يقع عليها إثبات مضمونه.

فالقوانين التي تعامله معاملة الوقائع تجعل عبء إثبات مضمونه على عاتق الخصوم. نذكر من هذه القوانين القانون الفرنسي. فقد ألفت محكمة النقض عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه⁽¹⁾. غير أنها لم تمنع القاضي من البحث عن مضمونه في حالة عدم تمسك الأطراف بتطبيقه⁽²⁾ وأجازت أيضاً لقضاة الموضوع اللجوء إلى الخبرة لما يكون الخصوم قد قدموا شهادات متناقضة عن مضمون القانون الأجنبي⁽³⁾.

(1) Cass, civ 24ja, 1984, Rev. Crit.dr.int.pr. 1985, 89 note Lagarde, clunet. 1984, 874note Bischoff

(2) Civ 2mars 1960 ;Rev, crit.dr. int. Pr, 1960, 97, note H.B Clunet1961,408noteB.G, J.C.P. 1960,11,11734,noteH.M

(3) - Cass. civ. 1,19, octobre 1971, Durmount, D. 1972, 633, note Maluarie.rev. crit. dr. int. privé, 1973, 70,note M Simone Depitre Clunet 1972 , 823. note Nizard.

مما يفيد بأن القاضي من جهة غير مرتبط بما يقدمه له الخصوم من إثبات لمضمون القانون الأجنبي. ومن جهة أخرى أنه بإمكانه لتكوين إقتناعه اللجوء إلي معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي⁽¹⁾.

أما القوانين التي لا تعامل القانون الأجنبي على أنه من قبيل الوقائع فإنها لا تلقى عبء إثباته على الخصوم، بل تلزم القاضي بالبحث عن مضمونه. غير أنها لا تحرمه في سبيل ذلك من الاستعانة بالخصوم. فالقانون الألماني مثلاً يمنع المحكمة من التقيد في سبيل تحديد مضمون القانون الأجنبي بما قام الخصوم ببيانه، ويسمح لها باللجوء إلى كافة وسائل العلم، وأن تأمر بما تراه ضروريا لإدراك هذه الغاية⁽²⁾. وفي إيطاليا فقد استقرت محكمة النقض على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه. أما معاونة الخصوم له فهي مسألة ثانوية⁽³⁾.

2- كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي:

نقصد بكيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي بيان الوسائل التي نقيم بها الدليل على محتوى هذا القانون.

(1) راجع: Loussouarn et Bourel . op. crit. n. 240 .p.375

(2) المادة 293 من قانون المرافعات

(3) انظر: 16 fev. 1966, Journal dr. int . privé 1968,369

وقبل هذا الحكم كانت محكمة النقض الإيطالية تلقي عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم (Cass. 19Dec. 1933. Rev. crit. dr. Int. Pr. 1935, 360)

فإذا كان عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي واقعا على الخصوم فبإمكانهم في سبيل ذلك تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها. كما أنه بإمكانهم تقديم المؤلفات الفقهية أو الأحكام القضائية الأجنبية التي يمكن أن يستخلص منها أحكامه الحقيقية. وباختصار بإمكانهم اللجوء إلى مختلف طرق الإثبات الممكنة باستثناء اليمين والإقرار رغم أنها من أكثر الطرق استخدامها لإثبات الوقائع⁽¹⁾.

ويمكن للقاضي في فرنسا عند عدم اقتناعه بما قدمه له الخصوم من اثبات للقانون الأجنبي أو عندما تكون شهادات الإثبات للقانون الأجنبي التي قدموها متناقضة أن يلجأ إلى الخبرة⁽²⁾.

وأما إذا كان عبء الإثبات واقعا على عاتق القاضي فبإمكانه السعي بوسائله الخاصة أو وسائل حكومته للتوصل إلى مضمونه. وفي بعض الأنظمة كالنظام القانوني الألماني يمكنه الإستعانة بالخصوم⁽³⁾.

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 118

و ضد الإقرار كوسيلة الإثبات القانون الأجنبي في فرنسا، انظر:

- Civ.30 Mars1966,J.C.P.1966, IV,73 Rev. crit.dr. int. pr. 1967, 705, note Bredin

(2) انظر: -Cass. civ.1,19oct. 1971,Darmount,Dalloz, 1972, 633,

note Malaurie, rev . crit. dr. Int. pr.1973,70, note M Simone Depitre, clunetn 1972, 828, note Nisard

(3) المادة 293 من قانون المرافعات

3- الحل المتبع عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي:

قد يحدث وأن يستحيل على الخصوم إذا كان عبء الإثبات واقعا على عاتقهم أو على عاتق القاضي إذا كان عبء الإثبات واقعا عليه التوصل إلى معرفة الأحكام الحقيقية في القانون الأجنبي المختص رغم كل الجهود المبذولة في سبيل ذلك.

فما هو الحل الواجب الإلتباع في مثل هذه الحالة؟ لقد تعددت الحلول المقدمة من طرف الفقه، وأهمها:

أ- امتناع القاضي في مثل هذه الحالة عن الفصل في النزاع، غير أن هذا الحل يصطدم مع المبدأ القاضي بإلزام القاضي بالفصل في كل النزاعات المعروضة عليه وإلا عد نكوله عن هذه المهمة إنكارا للعدالة.

ب- تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة والتي يتصور بأن القانون الأجنبي متطابق معها. وقد أخذت بهزت الحل بعض الأحكام القضائية⁽¹⁾. غير أن هذا الحل لما يتميز به من عموم يصعب تطبيقه. كما أن القاضي يطبق في الغالب قانونه على أساس أنه المستمد منطقيا من هذه المبادئ⁽²⁾.

(1) انظر: - Cour d'appel d'indochine 27 mars 1908, D.P. 1910, 2, 209,

note Loubat ; journal de dr. Int. privé 1909, 453

Trib. Gnes 19 Mai 1923, clunet 1924, 1021

Batiffol et Lagarde, op, cit, tome 1, p , 439

(2) انظر:

ج- تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي. ويتميز هذا الحل عند أصحابه بكونه يوصل إلى حل للنزاع قريب من الحل الذي سيؤدي إليه القانون الأجنبي المختص أصلا لو كان قد عرف مضمونه.

غير أن هذا الحل يصطدم بعقبات عملية ذلك أنه من الصعب إن لم يكن من المستحيل التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة. والمشرع غالبا ما يستوحي قواعد قانونه من عدة قوانين بحيث لا يمكن القطع بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه⁽¹⁾.

د- تطبيق قانون القاضي، لكن دعاة هذا الحل قد اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه.

يقول البعض بأن تطبيق قانون القاضي يقوم على أساس افتراض التماثل بينه وبين القانون الأجنبي المختص. ويأخذ النظام القانوني الإنجليزي بهذا الحل.

وقد انتقد هذا الأساس باعتباره يقوم على مجرد حيلة قانونية بعيدة عن الواقع حتى بالنسبة للحالة التي ينتمي فيها القانون الأجنبي إلى نفس العائلة القانونية التي ينتمي إليها قانون القاضي، ذلك أن الظروف السائدة في كل دولة تطبع قانونها بطابعها الخاص وتجعله يتطور بشكل يختلف عن قوانين الدول الأخرى⁽²⁾.

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 121

و 122

(2) راجع: عبد المدمر رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 102

ويقول البعض الآخر بأن تطبيق قانون القاضي يجد أساسه في كونه صاحب الاختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص. غير أنه قد اعترض عليه على أساس أن طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني. فالأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا⁽¹⁾.

ويقول آخرون بأن تطبيق قانون القاضي يبرر بما له من اختصاص احتياطي. وقد اعترض على هذا التبرير بأن قاعدة الإسناد لما أشارت باختصاص قانون أجنبي معين قد نفت في ذات الوقت إختصاص قانون آخر. ولامجال بعد ذلك لإفترض أن قاعدة الإسناد قد احتفظت لقانون القاضي باختصاص احتياطي⁽²⁾.

هـ- اتجه القضاء الفرنسي بشأن هذه المسألة اتجاهها عمليا. فقد قضت بعض أحكام محكمة النقض برفض طلبات الخصم الذي يقع على عاتقه إثبات مضمون القانون الأجنبي وعجز عن ذلك⁽³⁾.

(1) راجع : هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 123.

(2) راجع: عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 103.

(3) انظر: - Civ. 25 Mai 1948 , Lautour, Clunet 1948, 38 Rev . crit. dr. in. pr. 1949, 89, note Batiffol ;
- Civ. 28 Avril 1980, Betton, rev. crit. dr. int. pr 1981, 95, note Lagarde .

وقد فسر البعض هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية بكون الخصم الذي يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي لم يقيم بالجهد الكافي بحثا عنه.

وقضت أحكام أخرى لمحكمة النقض الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي⁽¹⁾.

وقد رأى بعض الفقهاء أن هذه الأحكام تتعلق فقط بالحالات التي يعجز فيها الخصم عن اثبات مضمون القانون الأجنبي رغم كل الجهود التي بذلها⁽²⁾.

(1) انظر: - Civ. 22 oct. 1980, Ferkane, Rev. crit. dr. int. privé, 1981, 95, note Lagarde

(2) انظر: -Dominique Holleaux, J, Foyer, Gerard de Geouffre de la pradelle, op. cit. n . 574, p. 285.

المبحث الثالث

تفسير القانون الأجنبي

يطرح تفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني مشكلين:
الأول: كيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي(1). والثاني: هل يخضع القاضي الوطني في تفسيره للقانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا(2)؟

1- كيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي:

هل يتقيد القاضي الوطني في تفسيره للقانون الأجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها، أم أن دوره لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه؟.

يرى الفقه الغالب بأن القاضي يتقيد في تفسيره للقانون الأجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها. فيأخذ بالحلول القضائية المستقرة فيها حتى ولو لم يكن القضاء فيها مصدرا رسميا لقواعد القانون(1).

وقد أكد القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه بأنه على القاضي أن يحترم تفسير القضاء الأجنبي لنصوص قانونه(2).

(1) انظر: P. Mayer, op. cit. 197, p. 122

راجع أيضا: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 125 و 126

(2) راجع على سبيل المثال: Trib. civ. seine 17 oct. 1956, Patino, J.C.P. 1956 11, 9688 note Bellet.

وحسب المحكمة العليا الدائمة للعدل الدولية: " لا يمكن إعطاء للقانون الوطني - الأجنبي - معنى غير المعنى الذي أعطاه له قضاؤه"(1).

قد يحدث وأن القانون الأجنبي لم يكن محلا لأي تفسير في بلده، ففي هذه الحالة على القاضي الوطني أن يتصدى لتفسيره كما يتصدى له القاضي الأجنبي، فيتقيد بما يتقيد به هذا الأخير من مبادئ وأصول التفسير السائدة في بلده(2).

2- رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:

لا شك أن القاضي لما يقوم بتطبيق القانون الأجنبي قد يخطئ وقد

يصيب في تفسيره، فهل يخضع خطؤه لرقابة المحكمة العليا؟

رفضت محكمة النقض الفرنسية بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي(3)، واتخذت أيضا نفس هذا الموقف الكثير من الدول الأوربية مثل بلجيكا وألمانيا وسويسرا واسبانيا وهولندا(4)

يرى بعض الفقهاء أن رفض محكمة النقض الفرنسية بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي لا يرجع إلى كونها تعتبره مسألة واقع. وإنما هناك اعتبارات واقعية هي التي أملت عليها هذا الموقف. فلو أنها تتدخل في تفسير القانون الأجنبي فإنها تجد نفسها أمام الإشكال التالي:

(1) AFFAIRES des Emprunt Serbes et Bresiliens 12 juillet 1929 series A, n, 20-21

- P. Mayer, op. cit. n, 198, p. 124

- Civ. 27 juin 1950; rev. crit. dr. int. 1951; 277, note

Monneray

Civ. 11 dec 1951; GHATTAS, Rev. crit. dr. int. privé, 1953, 83, note STARCK

لكان إذا كان هذا التفسير من شأنه تشويه القانون الأجنبي، فإنها في هذه الحالة تبسط رقبتها عليه، فقد نقضت في 21 نوفمبر 1961 حكما باعتباره قد شوه القانون البلجيكي وذلك لتجاهله المعنى الواضح والدقيق الذي يفصح عنه النص محل التفسير.

(D. 1963. P. 37. note Francescakis, Journ. Dr. int. pr. 62, 329, note Goldman).

(4) راجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص، 594.

- Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 335, p. 425, note 24

فإذا أعطت للقانون الأجنبي التفسير الذي تراه هو الأصوب عندها، فقد يتعارض هذا التفسير مع التفسير المعطى له في الخارج، وهذا من شأنه أن يفقد أحكامها مصداقيتها. وأما إذا أعطت للقانون الأجنبي نفس التفسير المعطى له في البلد الذي صدر فيه، فتكون بذلك تؤدي وظيفة غير وظيفتها إذ أن وظيفتها - كما هو معلوم - هي فحص ما إذا كان قضاة الموضوع قد طبقوا على المسائل المطروحة عليهم القانون الذي تعرفه أو الذي تعمل على خلقه لا القانون الذي تجهله وتطالب إثبات مضمونه⁽¹⁾.

وفي مقابل هذا الموقف الرافض للمحكمة العليا بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، هناك موقف آخر يسمح لها بهذه الرقابة. ويسود هذا الموقف في الكثير من الدول مثل إيطاليا⁽²⁾، واليونان⁽³⁾، وتركيا⁽⁴⁾، ولبنان⁽⁵⁾، والمغرب⁽⁶⁾، وقد أخذ به تقنين BUSTAMANTE. فقد جاء في المادة 12 منه: " في كل دولة من الدول المتعاقدة يوجد بها نظام الطعن بالنقض أو أي نظام آخر يشبهه يمكن الطعن أمامه بسبب مخالفة قانون دولة أخرى متعاقدة أو للخطأ في تفسيره أو تطبيقه، وذلك بنفس الشروط وفي ذات الحالات الخاصة بالقانون الوطني.⁽⁷⁾"

(1) راجع: Batiffol et Lagrde, op. cit. n. 337, p. 427

(2) انظر بصفة خاصة: Cass. 16 février 1966, Journ. dr. int. pr. 1968, 368

(3) المادة 557 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1968

(4) انظر: Journ. dr. int. privé, 1969, 441

(5) انظر: E. TYAN, précis de dr. int. privé, libr. Antoine, Beyrouth

1966, n. 313, p. 341

(6) انظر: Journal dr. int. privé, 1971, 178

(7) نقلا عن: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 596.

وقد قيل دفاعا عن هذا الموقف أن القانون الأجنبي يصبح جزءا من القانون الوطني لما تشير باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية. وعليه فإن إساءة تفسير القانون الأجنبي لا يعد مجرد حكم خاطيء وإنما خرق للقانون الوطني الذي يحكم القاضي باسمه⁽¹⁾.

ومن الواضح أن هذا الرأي متأثر بالنظرية الإيطالية التي تقول بإدماج القانون الأجنبي المختص في النظام القانوني الوطني⁽²⁾.

وفي الجزائر، فإن المادة 233 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية تذكر من بين الحالات التي يبني عليها الطعن بالنقض حالة مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية.

نلاحظ بأن هذه المادة تسوي بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية من حيث رقابة المحكمة العليا على تطبيقهما وعلى تفسيرهما مما يفيد بأن القانون الأجنبي غير متعلق بالأحوال الشخصية لا يخضع في تفسيره ولا في تطبيقه لرقابتها.

ويترتب على اعتبار القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية في نفس منزلة القوانين الداخلية أن القضاة ملزمون بتطبيقها وبالبحث عن مضمونها وإن كان ذلك ليس بالأمر السهل عليهم.

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 128

(2) راجع الانتقاد الموجه إلى هذه النظرية، ص من هذا الكتاب

المبحث الرابع

في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق

في الدولة المتعددة الشرائع

قد يكون القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع إما تعددا شخصيا وإما تعددا إقليميا. ويكون التعدد شخصيا لما يكون سكان الدولة منقسمين إلى طوائف حسب الديانة أو الأصل. ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة بها مثل ما هو الحال في كل من مصر والعراق ولبنان وباكستان وإيران وأفغانستان⁽¹⁾.

ويكون التعدد إقليميا لما تكون الدولة المختص قانونها بحكم النزاع مقسمة إلى عدة أقاليم بحيث يكون لكل إقليم شريعته الخاصة مثل ما هو الحال في الإتحاد السوفياتي سابقا وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية.

وبين هذا التعدد التشريعي سواء كان شخصيا أو إقليميا مشكلة تحديد الشريعة الداخلية التي ستطبق على النزاع. فهل لما يواجه القاضي هذه المشكلة يقف عند حدود الدولة المتعددة الشرائع ويترك لقانونها مهمة تحديد الشريعة الداخلية المختصة أم أنه سيسترشد بقانونه في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق؟.

(1) انظر : EL Geddawy (k.) Relation entre Système confessionnel et laïque en droit international privé, Dalloz, 1971, n. 104, p.82

قد أغنانا المشرع الجزائري عن الخوض في الجدل الفقهي القائم حول هذه المشكلة. فقد نص على الحل في المادة 23 من القانون المدني، فجعل القانون الداخلي للدولة المتعددة الشرائع هو الذي يقوم بتعيين الشريعة التي يجب تطبيقها.

وقد أخذت بهذا الحل الكثير من القوانين. فهو الحل الذي أخذ به القانون البولوني الصادر في 2 أوت 1926 (المادة 37)، وأخذ به أيضا من جديد في القانون الصادر في 21 نوفمبر 1965 (المادة 5)، وأخذ به كذلك القانون التشيكوسلوفاكي (المادة 33 فقرة 3)، والقانون البرتغالي لسنة 1966 (المادة 20)، والقانون المصري (المادة 26)⁽¹⁾ ويؤيد غالبية الفقه هذا الحل⁽²⁾، يقول الأستاذ NIBOYET تأييدا له بأنه لما تقرر اختصاص القانون الأجنبي في نظر فرنسا لحكم الأحوال الشخصية للفرد، فهو الذي يملك من ثم سلطة تقرير كيفية توزيع وطنيه على مختلف التشريعات الداخلية، وبإمكان هذا القانون أن يوحد التشريعات الداخلية. وإذا لم يفعل ذلك وقرر خضوع وطنيه لتشريعات مختلفة حسب الأصل أو المكان فذلك يرجع إلى سلطته وحده⁽³⁾.

(1) انظر بالنسبة لهذه القوانين: L Geddawy (k.), op.cit. p. 84

Batiffol et Lagarde, op, cit, , 590, note1

(2) هناك حل آخر قال به الأستاذ AGO، غير أنه لم يلق تأييدا فقهيا كبيرا. فحسب هذا الفقيه، على القاضي أن يرجع إلى قواعد الإسناد في قانونه. فهي التي تملك تحديد الشريعة الداخلية التي يتعين عليه تطبيقها، ذلك أن قواعد الاسناد الوطنية لا تقتصر على تحديد الدولة التي يتوجب تطبيق قانونها، بل تكفل أيضا ببيان الأحكام الموضوعية الداخلية في قانون هذه الدولة التي يجب تطبيقها على موضوع النزاع.

Règles générales, Cours, LAHAYE, 1936 ; IV, pp.31, et s .

وهناك حل آخر توفيقي يريده الجمع بين الحلين قد أخذ به الأستاذ P. Mayer (انظر هذا الحل في كتابه في القانون الدولي الخاص، ط 87، رقم. 251).

(3) - Niboyet, Traité de droit international privé, n. 1477, p. 27

ويقول الأستاذ « ERIC AGOSTINI » بأن هذا الحل من شأنه توحيد الحلول على المستوى الدولي. فتكون الشريعة الداخلية المطبقة هي نفسها دائما مهما كانت الجهة القضائية النازرة في النزاع لأنها ستستعمل نفس المعايير. ويضيف بأن الدولة الأجنبية قد أعطت بنفسها الحل للتنازع الداخلي. فمن غير المعقول إذن أن تعطي له حلا آخر مغايرا لأن التنازع لا يهم سواها وكان بإمكانها أن تقوم بتوحيد التشريعات الداخلية، وحينئذ يفرض هذا التوحيد نفسه على كل الدول⁽¹⁾. وقد أثار الفقه بشأن هذا الحل وخاصة في الدول التي أخذ تشريعها به مثل مصر عدة تساؤلات:

هل يؤخذ بهذا الحل بالنسبة للنوعين من التعدد التشريعي: التعدد الإقليمي، والتعدد الشخصي، أم أنه لا يؤخذ به إلا بالنسبة للنوع الأول؟⁽¹⁾ وهل يؤخذ بهذا الحل بالنسبة لجميع ضوابط الإسناد في قانون القاضي أم أنه لا يؤخذ به إلا بالنسبة لبعض الضوابط دون البعض الآخر⁽²⁾. وأخيرا ما هو الحل لو أن الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع لا يتضمن قانونها قواعد لفض التنازع الداخلي؟⁽³⁾.

1- مدى انطباق الحل المنصوص عليه في المادة 23 من (ق، م، ج) على النوعين من التعدد التشريعي:

يقول الفقهاء المصريون بشأن نطاق المادة 26 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 23 من القانون المدني الجزائري بأن حكمها ينصرف إلى جميع صور التعدد التشريعي داخل الدولة الأجنبية

(1) - J.C.L. dr . int. privé, fasc. 532, B, 1981, v. le Renvoi, n. 95

المختص قانونها بحكم النزاع ذلك أن نص هذه المادة جاء مطلقا لا يسمح بالتالي التفرقة بين التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي⁽¹⁾. وهذا الرأي هو الذي ينبغي الأخذ به في الجزائر عند تحديدنا لنطاق نص المادة 23 من القانون المدني لأنه جاء مثل نص المادة 26 من القانون المدني المصري مطلقا مما يجعل حكمه ينصرف إلى كلا النوعين من التعدد التشريعي الداخلي، أي يشمل التعدد الشخصي والتعدد الإقليمي.

2- نطاق إعمال الحل المنصوص عليه في المادة 23 بالنسبة لجميع ضوابط الإسناد.

تساءل الفقهاء المصريون عند تفسيرهم لنص المادة 26 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 23 من القانون المدني الجزائري حول نطاق إعمال الحل الذي يتضمنه بالنسبة لجميع ضوابط الإسناد، هل يعمل بهذا الحل أيا كان ضابط الإسناد الذي تم بموجبه تعيين قانون الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع، أم أن إعماله يقتصر فقط على الضابط الذي لا يسمح بحد ذاته بتعيين الشريعة الداخلية المختصة؟.

من بين ضوابط الإسناد المختلفة يعتبر ضابط الجنسية الضابط الوحيد الذي لا يسمح بحد ذاته على الإطلاق بتعيين الشريعة الداخلية المختصة. ولذلك فإن الفقهاء المصريين يجمعون على عدم إعمال هذا الحل كلما كان القانون الأجنبي للدولة المتعددة الشرائع مختصا بموجب

(1) انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ج2، فقرة 78، ص 168

- هشام علي صادق، المرجع السابق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 109

- راجع في الفقه السوري، فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 109

هذا الضابط، بل هناك منهم من يذهب إلى حد قصر هذا الحل على الحالة فقط التي يكون فيها ضابط الإسناد هو الجنسية على أساس أن إعمال ضوابط الإسناد الأخرى كقيل في ذاته بتعيين القواعد الموضوعية بصفة مباشرة (1).

أما بالنسبة لبقية الضوابط فهناك اختلاف فقهي حولها على اعتبار أنها قادرة بحد ذاتها على تعيين الشريعة الداخلية المختصة.

فضابط الإرادة قادر على تعيين الشريعة الداخلية المختصة. ولذلك لا خلاف بين الفقه على استبعاد هذا الحل في الأحوال التي يكون فيها ضابط الإسناد هو إرادة المتعاقدين وأنها اتجهت صراحة أو ضمنا إلى تطبيق شريعة داخلية معينة.

لكن الخلاف يبرز لما يختار المتعاقدون قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ويسكتون عن تحديد الشريعة الداخلية المختصة.

يذهب البعض إلى القول بالأخذ في هذه الحالة بالضابط الاحتياطي. غير أن هذا الرأي غير سليم لأنه يهدر كل أثر للإرادة التي ظهرت. ولذلك يذهب غالبية الفقه في مصر إلى الأخذ بالحل المنصوص عليه في المادة 26 من القانون المدني المصري والمتمثل في الرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المختص قانونها بحكم النزاع.

أما الضوابط الأخرى كضابط موقع المال، وضابط إبرام التصرف، وضابط مكان وقوع الفعل الضار، وضابط موطن الشخص، فهي ضوابط مكانية قادرة بحد ذاتها على تعيين الشريعة الداخلية المختصة.

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص 92.

وقد دفع ذلك ببعض الفقه إلى القول باستبعاد حل المادة 26 (المقابلة للمادة 23 من القانون المدني الجزائري) بالنسبة لهذه الضوابط. لكن الفقه الغالب يذهب إلى عدم استبعاد هذا الحل حتى بالنسبة لهذه الضوابط بناء على أن نص هذه المادة جاء مطلقا لم يميز بين ضابط وضابط. ولذلك فإن الحل الذي تتضمنه ينصرف إلى جميع ضوابط الإسناد.

وفي تقديرنا فإن هذا الرأي الأخير هو الذي يتماشى مع نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري لأن نص هذه المادة يوقفنا عند حدود الدولة المتعددة الشرائع ولا يسمح لنا بتجاوزها، وبالتالي لا يهم نوع الضابط المعتمد في تعيين اختصاص قانون الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع. وعليه فإن قواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع هي وحدها الكفيلة بتعيين شريعتها الداخلية المختصة.

3- الحل في حالة عدم تضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية قواعد لفض النزاع الداخلي:

قد تعين قاعدة الإسناد الوطنية قانون دولة أجنبية متعددة الشرائع ولا يوجد فيه القاضي قواعد اسناد داخلية تعين له الشريعة الداخلية المختصة، فما هو الحل الذي ينبغي أن يؤخذ به في مثل هذه الحالة؟. ينبغي التمييز بين التعدد الشخصي والتعدد الإقليمي. فالتعدد الشخصي لا يثير صعوبة لأن في التعدد الشخصي سكان الإقليم موزعون على حسب ديانتهم أو أصلهم، فما على القاضي بالتالي إلا تطبيق قانون الطائفة التي ينتمي إليها الشخص، وإذا لم يهتد إليها يطبق

الشريعة الغالبة. فمثلا في دول الشرق الأوسط الشريعة الغالبة هي الشريعة الإسلامية.

أما التعدد الإقليمي فهو الذي يثير صعوبة. وقد رأى الفقه الغالب بأنه إذا كان لكل إقليم قواعد اسناد لحل التنازع الداخلي مثل ما هو الحال مثلا في كندا، واتفقت جميعها على عقد الاختصاص لقانون أحد الأقاليم، فإن هذا القانون هو الذي يكون مختصا. وإذا حدث العكس بأن لم تتفق جميعها على قانون معين، فقد اقترح بعض الفقه في هذه الحالة الرجوع إلى قاعدة الإسناد لعاصمة الدولة الأجنبية. غير أن هذا الرجوع يفتقر إلى الواقعية لأنه لا يوجد ما يبرر اختصاص قاعدة الإسناد للعاصمة دون غيرها⁽¹⁾. وقد ذهب الفقه الغالب إلى أنه في حالة عدم وجود قواعد إسناد داخلية موحدة. أو في حالة عدم وجودها أصلا ينبغي الرجوع إلى ضوابط الاسناد في قانون القاضي. فإذا كانت هذه الضوابط من الضوابط المكانية مثل الوطن، أو موقع المال، أو محل إبرام العقد، أو مكان وقوع الفعل، فهي تسمح في ذاتها بتعيين الشريعة الداخلية المختصة لأنها قادرة على تركيز العلاقة في مكان معين، ومن ثم يتعين تطبيق شريعة هذا المكان⁽²⁾.

(1) راجع - Loussouarn et Bourel, op. cit. n.117,p.158

(55) انظر - Dominique Holleaux, et... op. cit. n. 566,p.281

عز الدين، عبد الله، المرجع السابق، ج.2، ص.191

هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.196.

أما إذا كان قانون القاضي قد اتخذ كضابط للإسناد الجنسية، فإن هذا الضابط غير قادر على تخطي حدود الدول الأجنبية المتعددة الشرائع وتركيز العلاقة في مكان معين داخلها. ولذلك فقد اختلف الفقه في الحل الملائم لهذه الحالة. فقد رأى البعض تطبيق شريعة العاصمة ابتداء. ورأى البعض الآخر الأخذ بقانون الوحدة الإقليمية التي يتوطن فيها الشخص. وإذا كان موطنه في الخارج نأخذ بقانون الوحدة الإقليمية التي كان له فيها آخر موطن له قبل مغادرة الدولة. وإذا لم يكن له أبدا موطنها بها فنطبق حينئذ شريعة العاصمة⁽¹⁾.

المبحث الخامس

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

المختص حقيقة بحكم النزاع

قد تشير قاعدة الاسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة أجنبية. فلما يتعرف القاضي على مضمونه يجده يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته فيستبعد تطبيقه باسم النظام العام. وقد يبين كذلك للقاضي أن اختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع المعروف عليه كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد بأن قاموا بتغيير ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص حقيقة لأنه كما نعرف بتغيير ضابط الإسناد يتغير القانون المختص.

(1) راجع: هشام علي صادق، تنازع القوانين، ف. 59 ص. 234 وما بعدها

عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها

لذلك فقد استقر الفقه والقضاء في غالبية الدول على سد الطريق أمام تحايل الخصوم على هذا النحو وذلك باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه نتيجة لهذا التحايل. ويتم هذا الإستبعاد بإعمال نظرية الغش نحو القانون.

يتضح من ذلك أن هناك حالتين يتم فيهما استبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم اختصاصه، وهما:

الأولى: حالة إعمال فكرة النظام العام (المطلب الأول)

الثانية: حالة إعمال فكرة الغش نحو القانون (المطلب الثاني)

المطلب الأول

النظام العام

كما أوضحنا ذلك في المباحث السابقة فإن المشرع الجزائري قد سمح للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر إذا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية. لكن ذلك لا يعني أن المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لكل القوانين الأجنبية أيا كان محتواها⁽¹⁾.

بل ربط تطبيقها بشرط ألا يكون مضمونها متعارضا مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع.

⁽¹⁾ يقول الأستاذ Batiffol et Lagarde لما سمح المشرع بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولته، لا يعني ذلك أنه منح توقيعاً على بياض لجميع تشريعات العالم

Si le législateur accepte sur le territoire de son pays des lois étrangères, cela ne veut pas dire qu'il a donné un blanc seing à l'ensemble des législations de l'univers (op.cit.).

جاء في المادة 24 من القانون المدني: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر".

وعليه فإنه على القاضي الجزائري وفقا لنص المادة 24 من القانون المدني لما يجد القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد في قانونه مخالفا للنظام العام أو الآداب أن يقوم باستبعاده.

وقد أخذت بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص معظم دول العالم، ونصت عليها في تشريعاتها⁽¹⁾. لأنها هي التي تقف كحاجز أمام القوانين الأجنبية التي تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها، فلا تتركها تعبر إلى مجتمعها. وقد شبه بعض الفقهاء الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة لقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن: Une soupape de sécurité .

⁽¹⁾ انظر على سبيل المثال:

- القانون البولوني، المادة 6 من قانون 1966 (Rev. crit. dr. int. pr. 1966, p. 324)
- القانون التشيكوسلوفاكي: المادة 36 من قانون 4 ديسمبر 1963 (Rev. crit. dr. int. pr. 1965, p. 622)
- القانون البرتغالي: المادة 22 من القانون المدني (Rev. crit. dr. int. pr. 1968, p. 370)
- القانون النمساوي: الفقرة 6 من القانون الفدرالي لـ 15 جوان 1975، المتعلق بالقانون الدولي الخاص (Rev. crit. dr. int. pr. 1978, p. 177)
- القانون المجري: الفقرة 7 من الأمر رقم 13 لسنة 1979 (Rev. crit. dr. int. pr. 1983, p. 353)
- القانون اليوغسلافي: المادة 4 من قانون 15 جويلية 1982 (Rev. crit. dr. int. pr. 1983, p. 353)
- القانون المصري (المادة 28 من القانون المدني).
- القانون السوري (المادة 30 من القانون المدني).
- القانون الليبي (المادة 28 من القانون المدني).
- القانون الكويتي (المادة 73 من المرسوم الأميري لعام 1961).
- القانون العراقي (المادة 32 من القانون المدني).

1- التطور التاريخي لفكرة النظام العام:

قد ميزت المدرسة الإيطالية للأحوال بين الأحوال المستحسنة والأحوال البغيضة. فبينما يمتد تطبيق الأولى إلى خارج الإقليم تبقى الثانية حبيسته. ومن أمثلة الأحوال البغيضة تلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث، وتلك التي تمنع الزوجة من الإيضاء لزوجها.

وقد رأى الفقه في هذا التمييز البذرة الأولى لفكرة النظام العام. غير أن هذا الفكرة لم تلق تطورها المنشود، ويرجع ذلك إلى كون التنازع آنذاك لم يكن تنازعا دوليا وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة. وهذه الأحوال قريبة من بعضها لكونها مستمدة من القانون الروماني الذي هو الشريعة العامة ومن المسيحية.

وفي القرن التاسع عشر ظهر في إيطاليا الفقيه مانشيني. وقد بنى فقهه في تنازع القوانين على مبدأ شخصية القوانين أي امتدادها. فالشخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها سواء كان داخل إقليمها أم خارجه. فقانون كل دولة قد وضع لرعاياها ومن أجلهم. لذلك ينبغي أن يتبعهم أينما كانوا داخل إقليمهم أم خارجه. غير أن هذا الفقيه لم يأخذ بهذا المبدأ بشكل صارم. فقد أورد عليه عدة استثناءات، ونجد من بينها القوانين المتعلقة بالنظام العام. فقال بأنها تطبق تطبيقا إقليميا فتسري على كل من في الإقليم من وطنيين وأجانب على حد سواء. وتشمل هذه القوانين القوانين المتعلقة بالملكية العقارية والمسؤولية التقصيرية...

ولاحظ الفقهاء على فقه مانشيني أنه يخلط ما بين فكرة النظام العام وإقليمية القوانين، فهما عنده بمعنى واحد في حين أن فكرة النظام العام هي أداة في يد القاضي يستخدمها لما يكون القانون الأجنبي مختصا وفقا لقواعد الإسناد في قانونه فيستبعد تطبيقه بها. إضافة إلى ذلك فإن فكرة النظام العام كما هي معروفة حاليا مجردة من أي محتوى. فلا يمكن قبل أن نطلع على مضمون القانون الأجنبي أن نقول سلفا بأنه مخالف أو غير مخالف للنظام العام.

وفي ألمانيا نادى الفقيه savigny بفكرة الاشتراك القانوني بين المجتمعات الغربية. فقال بأنها تشترك فيما بينها في الديانة المسيحية وفي أنها وارثة للقانون الروماني. ويساعد وضعها هذا على تطبيق قوانين بعضها من قبل البعض الآخر. فوضع حلولا للتنازع الذي يقوم بين قوانين هذه الدول، لكن إذا قام التنازع بينها وبين قوانين دول أجنبية ليس لها اشتراك قانوني معها فعلى القاضي أن يمتنع عن تطبيقها.

يتضح من ذلك أن فكرة النظام العام عند سافيني هي أداة لاستبعاد تطبيق قوانين الدول التي بينها وبين الدول الغربية اشتراك قانوني. وبانتشار حركة التقنين في مختلف دول العالم، واتساع رقعة التجارة لتشمل دول القارات الخمس، وزيادة حركة الأشخاص بين الدول أصبحت حاليا فكرة النظام العام أداة في يد قضاة مختلف الدول لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يظهر محتواه متعارضا مع المبادئ الأساسية السائدة في دولهم.

2- استحالة تحديد مجال إعمال الدفع بالنظام العام:

لا يمكن حصر مقدما مختلف الحالات التي يمكن استعمال فيها فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الاسناد الوطنية.

ويؤكد ذلك الفشل الذريع الذي مني به الحل الذي تبنته المادة 2 من اتفاقية لاهاي لسنة 1902 لتنظيم تنازع القوانين في مادة الزواج⁽¹⁾.
فقد حددت مقدما الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى فكرة النظام العام، فكان سببا في نقضها.

ويؤكد هذه الاستحالة أيضا كثرة المعايير التي جاء بها الفقه لفكرة النظام العام. فعند بعض الفقه يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي. وعند البعض الآخر يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان متعارضا مع السياسة التشريعية للدولة. ويرى البعض الآخر وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام إذا كان يصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضرة أو كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعي⁽²⁾.

(1) انظر:

- Drouillat - Leboulanger, V- Ordre public. J.cl. dr. int.pr.

vol. 6. fasc. 534 - B. n. 88.

Francescakis, Rep. Dalloz, dr. int. V- Ordre public, n. 16

(2) انظر هذه المعايير والنقد الموجه لها: عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق،

ص. 139

وأمام هذه الصعوبة في تحديد مختلف الحالات التي يستدعي فيها النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي يبقى القاضي هو المناط به وحده أمر تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي المختص مخالفا أو غير مخالف للنظام العام. غير أن ذلك لا يعني ترك الأمر لتقديره الشخصي أولمعتقداته وقناعاته الذاتية، بل لا بد من إعمال معايير عامة موضوعية⁽¹⁾. تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقا على فكرة النظام العام: "بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب. فالواجب يقتضي أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لامذهبها فرديا خاصا"⁽²⁾.

وقت التقيد بمفهوم النظام العام:

قد يتغير مفهوم النظام العام في الزمان داخل نفس الدولة، فقد يكون الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام، وعند رفع الدعوى يكون غير مخالف له، فأمامنا إذن نظام عام قديم ونظام عام جديد، فبأيهما يأخذ القاضي عند فصله في دعوى موضوعها هذا الحق.
يجمع الفقه في فرنسا أن النظام العام السائد عند الفصل في النزاع هو الذي ينبغي أن يأخذ به القاضي⁽³⁾.

(1) انظر: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 140

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج. 2، ص. 223.

(3) انظر: « Roubier » les conflits de lois dans le temps en droit international privé

Rev. crit. dr. int. privé, 1931, p. 85-86

- Niboyer, cours, p. 495 et s.

- Gavalda ' les conflits dans le temps en droit international privé' paris, 1955, p. 190

- Lagarde, Recherches sur l'ordre public en droit int. privé, paris 1955, p. 190.

يقول « Knapp » « بأن النظام العام لا يكون نظاما عاما إذا كان بالإمكان أن يتواجد في نفس الإقليم وفي نفس الزمان نظامان عامان متناقضان⁽¹⁾ ».

ويقول Maury : إذا كان الأمر يتعلق بالدفاع عن مفاهيم أساسية للنظام القانوني الوطني فلا يعقل أن يقوم القاضي بذلك بالنسبة لمفاهيم متروكة من طرف قانونه. ولا يعقل أيضا ألا يقوم بذلك بالنسبة للمفاهيم السائدة في قانونه عندما يفصل في النزاع⁽²⁾.

وقد استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بهذا الحل. فقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 2 جانفي 1936 بأن التبني الذي تم في روسيا بدون التقيد بحدود السن المطلوبة من طرف النظام العام الفرنسي السائد آنذاك يرتب آثارا في فرنسا بعد تعديل هذه السن وتغيير مفهوم النظام العام تبعا له. ثم تضيف بأنه من تاريخ هذا التعديل ننظر ما إذا كان التبني يمكن أن يرتب آثارا في فرنسا⁽³⁾.

⁽¹⁾ La notion de l'ordre public dans les conflits de lois, Neuchatel, 1933, p.178

⁽²⁾ L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi, Valladolid, 1952, 122

⁽³⁾ انظر : Clunet, 1936, p.327, et s.

V. également même sens : Rev. crit. dr. int. pr. 1957, p.84.. note Loussouarn .

و قد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الحل بعبارة شهيرة : "تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل وقت في فرنسا"⁽¹⁾.

وقد عبرت أيضا المحكمة الدائمة للعدل الدولية عن هذا الحل بنفس العبارات مما دفع ببعض الفقه إلى التساؤل عن منهما يكون قد تأثر بالآخر⁽²⁾.

واعتمدت أيضا هذا الحل المحكمة العليا النمساوية في قرارها الصادر بتاريخ 10 جويلية 1963. واعتمدته أيضا محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر بتاريخ 21 أكتوبر 1955⁽³⁾.

نسبية فكرة النظام العام:

تختلف الدول عن بعضها البعض من حيث الديانة والأفكار المهيمنة وفلسفة الحياة والنظام الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي. وهذا الاختلاف من الطبيعي أن يجعل للنظام العام مفهوما متغيرا من دولة إلى أخرى. فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لا يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة أخرى.

ومن أمثلة اختلاف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى:

⁽¹⁾ « la définition de l'ordre public national depend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France »

(Cass.civ.22 mars 1944, rev. crit. dr. int. pr. 1946, p.107, et s., note Niboyet

- Miguel de Anguilo Rodriguez : " Du moment auquel il faut ⁽²⁾ انظر :

se placer pour apprécier l'ordre public international' Rev.crit.dr. int. pr. 1972, p.375

- Miguel de Anguilo Rodriguez, op.cit.p.377

⁽³⁾ انظر :

- اعتبار في فرنسا القانون الأجنبي الذي يجيز تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام الفرنسي⁽¹⁾.

اعتبار في فرنسا القانون الجزائري الذي يحرم زواج المسلمة بغير مسلم (المادة 31 من قانون الأسرة) مخالفا للنظام العام الفرنسي.

- اعتبار في الجزائر القانون الأجنبي الذي يحرم الزواج بين مختلفي اللون مخالفا للنظام العام الجزائري.

والأمثلة كثيرة لا يمكن حصرها.

وقد تتغير ظروف الدولة وأوضاعها عبر الزمن نتيجة أسباب مختلفة فيتغير تبعاً لذلك مفهوم النظام العام، فلا يصبح ماكان مخالفا للنظام العام في السابق مخالفا للنظام العام في الحاضر، والعكس أيضاً صحيح.

وهكذا نرى أن مفهوم النظام العام مفهوم متغير، ويختلف من زمان إلى آخر، ومن دولة إلى أخرى. وهذه النسبية التي يتميز بها النظام العام تجعل القاضي يعتد فقط بمفهومه وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع.

5- التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي:

فكرة النظام العام فكرة معروفة في القانون الداخلي. غير أنها تختلف في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص. فبينما هدفها في القانون الداخلي هو استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الأمرة. فإن هدفها في القانون الدولي الخاص هو

(1) انظر: V. Trib.gr.inst.de la seine 21 juin 1967, rev.crit.dr.int.privé

استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

ويترتب على هذا الاختلاف في الهدف نتيجة هامة هي اختلاف نطاق أعمال كل منهما.

فجميع المسائل التي نظمها المشرع بقواعد أمرة تعتبر من النظام العام الداخلي، ومن ثم لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها. في حين أن غالبية هذه المسائل تقبل تطبيق القونين الأجنبية عليها إذا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية.

فالقواعد القانونية المتعلقة مثلاً بالحالة والأهلية تعتبر من النظام العام في القانون الداخلي، ومن ثم لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، بينما نفس هذه المسائل تقبل خضوعها للقانون الأجنبي إذا ما أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية.

يتضح من ذلك أن مجال النظام العام الداخلي غير مجال النظام العام الدولي.

ملاحظة:

قد يفيد مصطلح النظام العام الدولي أن هناك نظاماً عاماً مشتركاً بين الدول. وهذا غير صحيح : فالنظام العام دائماً وطني وتحديده يكون بواسطة القاضي الوطني في المجتمع الوطني.⁽¹⁾

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 149

وإذا كان الفقهاء قد أطلقوا مصطلح النظام العام الدولي في مجال تنازع القوانين فللتمييز بينه وبين النظام العام الداخلي.

6- أثر الدفع بالنظام العام:

يفرق الفقهاء بالنسبة لأثر الدفع العام بين أثره بالنسبة لإنشاء حق في دولة القاضي (أ)، وأثره بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي (ب).

أ- أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي:

يترتب على أعمال فكرة النظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي اثران: أحدهما سلبي ويتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، والثاني هو إيجابي ويتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد.

أ- 1 - الأثر السلبي للنظام العام:

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية. لكن قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام الأمر الذي يطرح التساؤل التالي: هل القاضي يستبعد من القانون الأجنبي الجزء فقط المخالف للنظام العام أم أنه يستبعد القانون الأجنبي بكامله.

يرى بعض الفقه أن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الاسناد الوطنية لمخالفته للنظام العام ينبغي أن يكون كلياً لأن استبعاد

جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد إذ هي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً لا بعض أحكامه دون البعض الآخر. كما أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه⁽¹⁾.

ويرى الفقه الغالب بأن الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي هو الذي يستبعد دون بقية الأجزاء الأخرى. فنكون بذلك قد احتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية⁽²⁾.

ونشير بأن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت في بعض أحكامها بهذا الحل. فاستبعدت الجزء فقط من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له.

من هذه الأحكام حكمها الصادر في قضية fayeulle في 8 نوفمبر 1943 فقد استبعد طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص. ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي⁽³⁾.

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص، 151

عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 145

(2) عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 145

(3) أنظر: - Dalloz 1944,65,note René SAVATIER, j.C.P.1944,11,2522

note P.L.P Rev.crit.dr.int.pr. 1946,273

ومن هذه الأحكام أيضا حكمها الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1964 الذي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، وعليه فإنه لا يستبعد من أحكام هذه الشريعة إلا حكمها المتعلق بحرمان غير مسلم من الميراث. أما ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة فيتم وفقا لأحكامها⁽¹⁾.

وقد يحدث أن تكون بقية الأجزاء للقانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي فقط باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء.

لا مناص في هذه الحالة من استبعاد القانون الأجنبي برمته لأن الاكتفاء باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء يؤدي إلى فسخ القانون الأجنبي المختص. ومثال هذه الحالة أن يكون قانون جنسية الزوجين يمنع الزواج بين زوجين مختلفي اللون. فلا يمكن أن يحول هذا القانون دون إبرام زواجهما في الجزائر لأن النظام العام فيها يستبعد تطبيق هذا القانون عليهما رغم اختصاصه. وإذا ما طرح مستقبلا على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفقا لأحكام القانون الجزائري ينبغي عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم هذه الآثار استبعادا كلياً لأنه من غير المعقول أن يطبق هذا القانون على آثار زواج يعد باطلاً وفقاً لأحكامه، وذلك حتى في الفرض الذي لا يتعارض فيه القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج

(1) - J.C.P. 1965, 11, 13978, concl. Lindon.

مع مقتضيات النظام العام الجزائري⁽¹⁾.

أ- 2 - الأثر الإيجابي للنظام العام:

يتمثل الأثر الإيجابي للنظام العام في إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام.

وقد استقر القضاء الفرنسي مؤيداً من لفقه على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام⁽²⁾، وهو ذات الحل الذي استقر كذلك في القضاء المصري وأيده غالبية الفقه هناك⁽³⁾.

وتطبيقاً لهذا الحل إذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفي اللون فإن القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته للنظام العام، ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج.

ويقترن الأثر الإيجابي بالأثر السلبي في الفروض التي يظهر فيها عند النظرة السطحية أنها لا تحتاج إلى تطبيق قانون القاضي عليها أي الإكتفاء بشأنها بالأثر السلبي وحده، من ذلك مثلاً الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي بنشوء علاقة زوجية لا يسمح بنشئها قانون القاضي كالزواج بين مسلمة وغير مسلم. فالقانون الفرنسي يجيز هذا الزواج، وفي الجزائر يعتبر مخالفاً للنظام العام.

(1) راجع: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 152.
(2) انظر: - Civ. 15 juill. 1963, J.C.P. 1963, 11, 16365 note

Motulsky, Rev. crit. dr. int. privé, 1964, 532, note, P. Lagarde
- Civ. 30 Mai 1967, Rev. crit. dr. int. privé, 1967, 728, note P. Bourel
V, également : Batiffol et Lagarde, op. cit. tome 1, n. 364, p. 456

(3) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، رقم 148. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 152. عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 146

والنظرة السطحية تجعلنا نعتقد أن أثر النظام العام يكون في هذه الحالة سلبيا فقط إذ يقتصر على استبعاد القانون الفرنسي لا غير لأن الغاية قد تحققت بعدم السماح بمثل هذا الزواج. وواقع الأمر أن لقاضي لما يستبعد حكم القانون الأجنبي في هذه الحالة ولا يسمح بنشوء العلاقة يكون قد طبق قانونه الوطني الذي لا يسمح بمثل هذا الزواج.⁽¹⁾

إلى جانب هذا الرأي المستقر في القضاء الفرنسي والمؤيد بالفقه الغالب في فرنسا ومصر، هناك رأي آخر يسود في ألمانيا ويتمثل في البحث في القانون الأجنبي المختص عن قاعدة قانونية أخرى محل القاعدة القانونية المستبعدة.

فقد قررت محكمة الرايخ الألمانية في 19 ديسمبر 1921 بصدد تقادم دين أن القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين ينبغي أن يستبعد من طرف القاضي لمخالفته للنظام العام، وأن يخضع هذا الدين لأطول مدة للتقادم ينص عليها القانون السويسري نفسه⁽²⁾. وبذلك فإن المحكمة العليا الألمانية لم تحل القانون الألماني الخاص بتقادم الدين محل القانون السويسري المستبعد.

ويعتبر الأستاذان Batiffol et Lagarde أن هذا الحل الذي تبناه الفقه والقضاء في ألمانيا هو حل شاذ لأنه يتنافى مع المبدأ القاضي بتطبيق

(1) راجع: Dominique Holleaux et... Op.cit.p.295,n.598.599

(2) - Rev . crit. dr. int. privé,p . 271

القانون الأجنبي كما هو⁽¹⁾. فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي في غير الحالات التي يرى المشرع الأجنبي إخضاعها لحكمه ينطوي على تحويل لهذا القانون وتغيير لطبيعته.

وفي الجزائر قد اكتفى المشرع في المادة 24 من القانون المدني بإبراز فقط الأثر السلبى للنظام العام. وقد رأينا أن الأثر السلبى وحده غير كاف لأنه يجعل العلاقة بدون قانون يحكمها.

وعليه ينبغي على القضاء الجزائري أن يقرن بالأثر السلبى الأثر الإيجابى المتمثل في إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد. وهذا الحل هو أسلم الحلول في تقديرنا.

ب- أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي:

قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام. لكن نفس هذا المركز قد لا تتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو أن نشوءه تم في الخارج. فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم أن إعماله يتعلق بنفس المركز القانوني المراد إنشاؤه، وقد عبر الفقه عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام: Effet atténué de l'ordre public لأن النظام العام لا يسمح بنشئها في دولة لقاضي، ولكن يمكن قبول الاحتجاج بها لو أن نشوءها تم في الخارج.

V.Op. cit. N.0 365,p. 456

(1)

وغني عن البيان أن الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني استبعاد فكرة النظام العام كلية في هذا المجال، إذ من الحقوق المكتسبة في الخارج التي تكون آثارها مخالفة للنظام العام، فيمنع القاضي الاحتجاج بها في دولته. من ذلك مثلاً ما قضت به المحاكم الفرنسية من عدم جواز الاحتجاج في فرنسا بآثار نزع الملكية في الخارج بدون تعويض⁽¹⁾.

ج - الأثر الإنعكاسي للنظام العام:

قد ينشأ حق في دولة أجنبية وفقاً لنظامها العام وخلافاً لما يقضي به القانون الأجنبي المختص، فهل يمكن الاحتجاج بهذا الحق في بلد القاضي الوطني؟.

تزوج مثلاً بولونيان في بلجيكا وفقاً للقانون البلجيكي الذي حل محل قانونهما البولوني المختص والذي استبعد لمخالفته للنظام العام لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة. فهل يجوز التمسك بهذا الزواج في فرنسا؟.

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية، وأن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالاً لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كليتهما غير مختلف. وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار

(1) انظر: Civ. 14 mars 1939 société POTOSAS Ibericas, s. 1939, 1 ; 182

انظر أيضاً: Req. 5 mars 1928 ; D.P. 1928, 1.81. note SAVATIER, Journal de dr. int. privé. 1928, 674, Eev. Crit. dr. int. pr. 1929, 288, note Niboyet.

ويرجع سبب اختلاف أثر النظام العام في الحالتين إلى كون الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز قانوني تم نشوؤه في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر إذا ما أريد إنشاء نفس المركز داخل دولة القاضي⁽¹⁾.

وقد استمد الفقه من القضاء الفرنسي أمثلة للأثر المخفف للنظام

العام منها:

- جواز الاحتجاج في فرنسا في الفترة السابقة لسنة 1884 بالطلاق الذي يتم في الخارج بين الأجانب على الرغم من أن إيقاعه في فرنسا يعتبر في هذه الفترة محظوراً على الفرنسيين ومخالفاً للنظام العام في فرنسا⁽²⁾.

وفي الوقت الحاضر يمكن الاحتجاج في فرنسا بالطلاق الذي تم بين الأجانب في الخارج لأسباب لا يقرها القانون الفرنسي. لكن إيقاعه في فرنسا لذات الأسباب يعتبر مخالفاً للنظام العام الفرنسي⁽³⁾.

- جواز للزوجة الثانية للأجنبي المطالبة في فرنسا بحقها في النفقة على الرغم أن تعدد الزوجات يعتبر في فرنسا مخالفاً للنظام العام⁽⁴⁾.

(1) راجع: عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 150

(2) انظر: - Cass. Civ. 18 février 1860 BULKLEY, 5, 60, 1, 210

concl. du pr. gen. dupin

(3) انظر: - Cass. civ. 1.17 avril 1953. (Rivière) Rev. crit. dr. int. privé

1953. 412 ; note Batiffol ; Clunet 1953. 860 note plaisant ; J.C.P. 1953 ; 11, 7863 note Buchet.

(4) - Cas. Civ. 1, 28 janvier D.1958, 265

انظر:

الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لنظامه العام وخلافا لما يقضي به القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي. ففي المثال السابق لا يمكن للزوجين البولنديين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا على الرغم من اتحاد مفهوم النظام العام بين فرنسا وبلجيكا⁽¹⁾.

ويذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه.

ففي الحالة الأولى يصبح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقا لمقتضيات نظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون المختص. وعليه فإنه يمكن في المثال السابق للزوجين البولنديين التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تم وفقا لمقتضيات النظام العام البلجيكي والتي هي نفسها في فرنسا.

أما في الحالة الثانية فإنه لا يصح الإحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقا لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي⁽²⁾.

(1) - Bartin, Principes, 95 Lerebours – Pigeonnière, Précis 6ed n. 287

(2) - Niboycr Traité, III, n. 1048

- Battifol et Lagarde op. cit. n. 368

- Loussouarn et Bourel op : cit. n. 263 ; p. 420 et s.

ويقول الفقه الحديث في تبريره لهذا الرأي أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية يترتب عليه وصول القاضي الوطني إلى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداء . وعليه فإنه من غير المستساغ رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل إليه أخذا بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي⁽¹⁾.

(1) راجع : عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 152.

فقد يكون مثلا قانون جنسية الزوج لا يسمح بالطلاق، فيعمد هذا الزوج إلى تغيير جنسيته، فيكتسب جنسية دولة أجنبية تسمح له بالطلاق.

وقد يستلزم قانون بلد معين شكلا معيناً للزواج، فيعمد الزوجان إلى الانتقال إلى بلد آخر لإبرام زواجهما فيه تهرباً من ذلك الشكل. فمن خلال هذين المثالين نلاحظ بأن تغيير ضابط الإسناد لم يتم بشكل برئ، وإنما بنية الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق حقيقة على العلاقة. فهناك إذن تحايل على القانون. وقد درج الفقه على تسمية هذا التحايل " بالغش نحو القانون " (fraude à la loi) .

وعليه يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة.

ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمشكلة الغش نحو القانون، كما لم يتعرض لها أيضاً الكثير من التشريعات العربية كمصر ولبنان وسوريا. وقد تنبه لها القضاء الفرنسي في القرن التاسع عشر وطبقها في الكثير من الحالات.

وقام الفقه بعده بوضع نظرية عامة لها. ولهذا سنتعرض أولاً لنشأة نظرية الغش نحو القانون (1)، ثم لشروط إعمالها (2)، ونتطرق بعد ذلك لأساسها القانوني (3). ونتناول في الأخير جزاء الغش نحو

المطلب الثاني

الغش نحو القانون

رأينا أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. وتتركب هذه القاعدة من عنصرين الفئة المسندة وضابط الإسناد، وهذا الأخير عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه.

وقد يعمد أطراف العلاقة إلى تغيير هذا الضابط. وبتغييره يتغير القانون الواجب التطبيق. فقد تكون مثلاً الجنسية هي ضابط الإسناد بالنسبة للأحوال الشخصية، فيقوم أحد أطراف العلاقة بتغيير جنسيته، فيتغير تبعاً لذلك القانون الواجب التطبيق، كأن تكون جنسية الشخص المانية، فيكون القانون الواجب التطبيق على أهليته القانون الألماني، فيقوم بتغيير جنسيته إلى جنسية فرنسية، فيصبح القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق عليه بدل القانون الألماني.

والتغيير الذي يقوم به أطراف العلاقة في حد ذاته مشروع إلا أنه يحدث وأن يقوموا بالتغيير بشكل متعمد للتهرب من أحكام القانون المختص حقيقة بحكم العلاقة. فيصبح حينئذ قانون آخر هو المختص بحكمها. وهذا الأخير لم يكن مختصاً في الحقيقة إلا نتيجة هذا التغيير

1- نشأة الدفع بالغش نحو القانون:

تعتبر القضية المشهورة في الفقه القانون الدولي الخاص بقضية الأميرة بوفرمون « *princesse de Bauffremont* » أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي نظرية الغش نحو القانون. ولقد فتحت الباب بعدها للفقه للإهتمام بها.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أميرة فرنسية تسمى الأميرة بوفر مون أرادت التطليق من زوجها للأمر الروماني ببسكو (Bibesco). ولما كان القانون الفرنسي - الذي هو القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون الجنسية - يمنع أذاك الطلاق، تجنست الأميرة المذكورة بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالتطليق، فتحصلت عليه فيها وفقا لقانون جنسيتها الجديدة. فتزوجت في برلين الأمير الروماني ببسكو. ثم رجعت إلى فرنسا حيث أقامت معه فيها. رفع الزوج الأول الدعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا بإبطال طلاقها منه، وبالتالي بطلان الزواج المترتب عليه. فقضت محكمة النقض الفرنسية لصالحه. فأبطلت طلاقهما الأول وما ترتب عنه من زواج، واستندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون⁽⁹⁰⁾.

وقد تعاقبت عدة أحكام قضائية في فرنسا بعد هذا الحكم وكلها قد

Cass. 18 mars 1878, S. 1878, 1, 193 note Labbé

(1) انظر :

استندت إلى فكرة الغش نحو القانون لمحاربة تحايل الأفراد على قواعد الإسناد الفرنسية للهروب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع. ولقد فتحت هذه القضية الباب لاهتمام الفقه بفكرة الغش نحو القانون. فانتصر لها البعض وهاجمها البعض الآخر.

لم يتعرض المشرع الجزائري للدفع بالغش نحو القانون مما يجعل الأمر متروكا للقضاء. وفي تقديرنا لا يوجد في الجزائر ما يحول دون الأخذ به تطبيقا للمبدأ العام القاضي بأن الغش يبطل كل شيء: "Fraus omnia corrumpit".

2- شروط الدفع بالغش نحو القانون:

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون عدة شروط، إثنان منها متفق عليهما فقها وقضاء. والباقي مختلف فيه.

الشرطان المتفق عليهما لإعمال الغش نحو القانون هما:

الشرط الأول: التغيير الإرادي لضابط الإسناد (الركن المادي)

الشرط الثاني: توافر نية الغش نحو القانون.

وأهم الشروط المختلف فيها، اشتراط أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي، واشتراط أن تكون أحكام القانون الذي يريد الشخص التهرب منها أمرة.

أ - الشرطان المتفق عليهما للدفع بالغش نحو القانون:

الشرط الأول: التغيير الإرادي لضابط الإسناد:

حتى يكون في الإمكان الدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يكون هناك تغيير لضابط الإسناد، وأن يكون هذا التغيير إراديا.

فبالنسبة لتغيير ضابط الإسناد فلا يمكن تصويره بالنسبة لضوابط التي لا تتوقف على إرادة الأشخاص كضابط موقع العقار. فهو من الضوابط التي تقلت من إرادة الأفراد، لأن العقارات كما نعلم هي أموال لا تقبل النقل من مكان إلى آخر دون تلف.

أما تلك التي تتوقف على إرادة الأشخاص فهي تقبل التغيير، فيمكن بالتالي أن تفتح المجال للغش نحو القانون.

ومن الضوابط التي تقبل التغيير ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية. فيقوم الشخص بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة لكونه يفرض مثلاً مانعاً يقف حائلاً دون تحقيق مصلحته، وقد رأينا كيف أن الأميرة برفرمون للتهرب من أحكام قانون جنسيتها التي تمنع التطلاق قامت بتغيير هذه الجنسية واكتسبت جنسية إحدى الدويلات التي تسمح لها بالتطلاق.

وضابط الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي هو أيضاً من الضوابط التي يسهل تغييرها. بل إن تغيير الموطن أسهل من تغيير الجنسية.

وضابط موقع المال بالنسبة للمنقولات هو أيضاً من الضوابط التي يسهل تغييرها. فيقوم الشخص بتغيير موقع المنقول بنقله إلى بلد آخر ليفات من أحكام قانون البلد الأول.

والجدير بالذكر أن تغيير ضابط الإسناد لا يكفي لوحده، بل ينبغي أن يكون هذا التغيير إرادياً، بمعنى أن يكون للإرادة دور في عملية التغيير. ولذلك فإنه لا يعتد بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد

بشكل لا يد للفرد فيه، كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم.

ونشير إلى أن الغش نحو القانون يمكن أن يتحقق أيضاً في البلدان التي تربط الأحوال الشخصية بالدين، فيغير الشخص دينه الذي يمنعه من تعدد الزوجات مثلاً ويدخل في دين يسمح له بهذا التعدد⁽¹⁾.

الشرط الثاني: توافر نية الغش نحو القانون:

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشاً نحو القانون وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترناً بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة.

يقول الأستاذان « Batiffol et Lagarde » بأن هناك غشاً نحو القانون لما يكون تغيير القانون، عوض أن يكون مجرد نتيجة عادية لتغيير ضابط الإسناد، يكون هو الهدف المقصود من هذا التغيير⁽²⁾. فالأميرة بوفرمون لما اكتسبت جنسية جديدة في ألمانيا كان غرضها هو الحصول على التطلاق لا غير. أما الحماية الدبلوماسية الألمانية وغيرها من الآثار المترتبة على تجنسها فلا تهمها على الإطلاق.

ولما كان الهدف من التغيير هو من الأمور الباطنية فإنه يصعب على القاضي الكشف عنه. وقد دفعت هذه الصعوبة ببعض الفقه إلى التردد في التسليم بفكرة الغش نحو القانون. غير أن هذه الصعوبة لم تثن الفقهاء عن الأخذ بهذه الفكرة⁽³⁾.

(1) - EL Geddawy ; relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé, n. 213 et s.

- op. cit. n. 372

(2) انظر:

(3) راجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص، 563

وقد ثبت يقينا أنه بالإمكان الكشف عن الباعث في الكثير من الحالات. وتعتبر قضية الأميرة بوفرمون خير دليل على ذلك.

ب- الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون:

الشرط الأول: أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي:

إضافة إلى الشرطين السابقين هناك من الفقه من أضاف شرطا ثالثا هو أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات من أحكامه هو قانون القاضي. أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون في مواجهته ذلك أن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته، ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي⁽¹⁾.

وقد سار القضاء الفرنسي في البداية في هذا الاتجاه. فقد قصر أعمال الغش نحو القانون على الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من أحكام القانون الفرنسي⁽²⁾. يتفق اتجاهه هذا مع ما قلناه لما تعرضنا لطبيعة القانون الأجنبي أن القضاء الفرنسي يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع.

(1) من أنصار هذا الرأي : Maury et Ierebours- Pigeonnière

انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 565، هامش 3

(2) انظر: Cass. civ. 5 fev. 1929, s. 1930, 1.81. note Audinet

- V. de même, Paris. 12 dec. 1963 Clunet, 1965. 122 obs. Bredin

ونلاحظ أن اتجاهها جديدا بدأ يظهر في الوقت الحاضر في القضاء الفرنسي ويميل نحو أعمال الغش نحو القانون في الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم العلاقة. فقد عمل مثلا الغش نحو القانون في الحالات التي يكون التهرب من أحكام القانون الأجنبي قد تم لصالح قانون أجنبي آخر⁽¹⁾. كما أبطأ العقود المبرمة وفقا للقانون الفرنسي نتيجة للغش نحو القانون الأجنبي⁽²⁾.

وأخيرا قد وضعت محكمة النقض الفرنسية في قضية « Munzer » من بين شروط إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي شرط غياب كل غش نحو القانون⁽³⁾. وهذه العبارة تشمل الغش نحو قانون القاضي والغش نحو القانون الأجنبي⁽⁴⁾.

وقد أيد الفقه الحديث هذا الاتجاه الجديد في القضاء الفرنسي معتبرا أن الغش هو الغش في جميع الحالات، وينبغي مطاردته حيث كان. كما أن التحايل على القانون الأجنبي في حقيقته تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي⁽⁵⁾.

(1) انظر: Trib. Gr.inst.seine.14mai 1962.D. 1962,635.note Malaurie

Paris 18 juin 1964 clunet 1964, 810 note Bredin, Rev. crit. dr. int. privé, 1967n. 340. note Deprez

(2) - Cour 7 mars 1961 ; bull, civ. 1961. III, 112 rapporté par Batiffol et Lagarde, n. 373.

(3) انظر: Cass. civ. 7 janvier ; 1964 ; Rev. crit. dr. int. privé, 1964, 344 note Batiffol. Clunet, 1964, note Goldman

(4) راجع: - Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 373, p, 467

(5) راجع: - Batiffol et lagarde, op. cit. n. 373, p. 467

الشرط الثاني : أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها
أمره:

يرى بعض الفقه أن الغش نحو القانون لا يتحقق إلا إذا كانت
أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب منها أمره. أما إذا كانت
مكاملة فلا يتحقق الغش لأن القواعد المكاملة هي قواعد يجوز للأفراد
الاتفاق على مخالفتها، فلا يتصور بالتالي التهرب منها.

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في
الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكاملة
للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة، ذلك أن هذه القواعد لها نفس
صفة الإلزام التي للقواعد الآمرة. فهي مثلها لا تطبق إلا إذا توافرت
الشروط اللازمة لتطبيقها، ومن بين هذه الشروط ألا يتفق الأفراد على
مخالفتها. فإذا لم يوجد هذا الاتفاق اعتبر شرط تطبيقها متوافرا ويلزم
الأفراد بالتالي بحكمها. وعليه فما يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد
للتهرب من حكمها فلا ينفي ذلك الصفة الإلزامية عنها. ولذلك لا ينبغي
أن تعامل القواعد المكاملة معاملة مغايرة لمعاملة القواعد الآمرة .
فالغش يتحقق في كليهما. كما أن الغش هو الغش في جميع الحالات
وينبغي مطاردته أينما كان.

أساس الغش نحو القانون:

تجد نظرية الغش نحو القانون عند غالبية الفقه أساسها في نظرية
التعسف في استعمال الحق. فوفقا لهذه النظرية يكون هناك تعسف في
استعمال الحق لما يكون للشخص حق في استعماله استعمالا غير مشروع.

ويكون الإستعمال غير مشروع إذا كانت المصالح التي يريد الشخص
تحقيقها غير مشروعة. وفي نظرية الغش نحو القانون نجد نفس
الشيء. للشخص حق في تغيير جنسيته أو في تغيير موطنه، غير أن
استعماله لهذا الحق قد يكون لتحقيق مصلحة غير مشروعة وهي
الحصول على حق يرفض منحه له القانون المختص أصلا بحكم
العلاقة، أو يربط حصوله بشروط لا تتحقق فيه.

فنلاحظ إذن أنه في كلتا النظريتين يكون للشخص الحق في
استعمال حقه إلا أنه يستعمله لتحقيق مصلحة غير مشروعة.

وإلى جانب هذا الأساس الذي بنى عليه غالبية الفقه نظرية الغش
نحو القانون، هناك محاولات فقهية أخرى، غير أنها كلها منتقدة.

ومن هذه المحالات الفقهية التي ترى في الدفع بالغش نحو القانون
مجرد تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام. وقد اعترض عليها على
أساس أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يقوم على أساس
تعارض مضمون القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية في دولة
القاضي. أما استبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش نحو
القانون فهو يرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة الإسناد⁽¹⁾.

ومن هذه المحاولات أيضا المحاولة التي ترجع نظرية الغش نحو
القانون إلى نظرية الصورية في القانون المدني. وقد اعترض عليها أن

(1) راجع: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص، 161

الفرق بين النظريتين واضح: " فالصورية تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي يستتر عقدا باطنا حقيقيا. فإرادة المعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة الحقيقية. بينما في الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهره حقيقي، ولكن الغرض منه غير مشروع، أي أن الإرادة الظاهرة فيه إرادة حقيقية لا تستتر إرادة أخرى" (1).

4- الجزاء المترتب على الغش نحو القانون:

يرتكب الغش نحو القانون - كما نعلم - لتحقيق غاية معينة كالحصول مثلا على التطلاق الذي يمنعه القانون المختص أصلا بحكم العلاقة. ويتم الوصول إلى هذه الغاية بتغيير ضابط الإسناد، فهو وسيلة الشخص للوصول إلى غايته المرجوة. والسؤال المطروح: هل يشمل جزاء الغش نحو القانون الوسيلة والغاية، أم أنه يشمل الغاية دون الوسيلة؟.

فمثلا في قضية " بوفرمون" الغاية التي تريد الأميرة تحقيقها هي الحصول على التطلاق الذي يمنعه قانون جنسيتها وهو القانون الفرنسي، والوسيلة المستعملة للوصول إلى هذه الغاية هي تغيير جنسيتها الفرنسية واكتسابها لجنسية إحدى الدويلات الألمانية. فهل يقتصر جزاء الغش على الغاية فقط أم أنه يمتد أيضا إلى الوسيلة؟.

وقبل أن نبين آراء الفقه في هذا المجال نوضح بأن أثر الغش لا يمكن أن يكون هو البطلان لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان

التصرف صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها. وغاية ماتملك هذه الدولة أن تعتبره غير نافذ في إقليمها. وعليه نقول بأن أثر الغش هو عدم النفاذ لا البطلان (1).

يرى الفقه الغالب في فرنسا (2). أن جزاء الغش يشمل الغاية والوسيلة. ففي قضية " بوفرمون" مثلا يجب ألا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، وإنما يجب أن يمتد أيضا إلى الوسيلة التي استعملتها وهي تجنسها بالجنسية الألمانية. فتبقى بذلك فرنسية ليس فقط بالنسبة لتنازع القوانين، وإنما أيضا بالنسبة لجميع المجالات الأخرى.

ويبرر هذا الفقه شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا بأنه يؤدي من جانب إلى السهولة في تطبيقه، ومن جانب آخر إلى عدم مضاعفة بدون وجه حق للجزاء ليشمل آثارا أخرى لم يكن الشخص المرتكب للغش قد أراد الإفلات بشأنها من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة. فالأميرة " بوفرمون" مثلا أرادت فقط التهرب من المانع الوارد في قانونها والذي يحرمها من الحصول على التطلاق. فلماذا نمدد الجزاء إلى آثار لم تبحث عنها. فالمنطق يقضي بقصر جزاء الغش على الأثر الذي أرتكب الغش من أجله دون غيره (3).

(1) راجع:

- Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 269, p. 428

(2)

- Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 375, p. 469

Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 269, p. 428

- Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 375, p. 469

(3) راجع:

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 161

ويمكن أن نصنف محكمة النقض الفرنسية ضمن هذا الاتجاه الفقهي إذ اعتبرت الأميرة " بوفرمون " لازالت في نظر فرنسا فرنسية. ويعني ذلك أنها جعلت الجزاء يشمل الوسيلة والغاية.

والى جانب هذا الرأي الغالب في الفقه يوجد رأي آخر يقول بأن الغش نحو القانون يجب أن يقصر على النتيجة دون الوسيلة المستعملة. ففي قضية الأميرة " بوفرومون " مثلاً فإنه يجب أن يقصر أثر الغش على عدم نفاذ تطبيقها في فرنسا وكذلك زواجها الثاني دون تجنسها بالجنسية الألمانية. وعليه فإن جميع الآثار الأخرى غير الطلاق والزواج الثاني، والتي يمكن أن تترتب على اكتسابها للجنسية الألمانية فلا يجب أن يمتد إليها أثر الغش. وبناء على ذلك فإن أي نزاع مستقبلي يتعلق بأهليتها سيخضع لقانون جنسيتها الجديدة وهي الألمانية لأنها لم تقم بتغيير جنسيتها للهروب من أحكام القانون الفرنسي بشأن الأهلية وإنما تهربت منه بشأن الطلاق والزواج الثاني لا غير⁽¹⁾.

غير أن هذا الرأي منقاد لمجافاته للمنطق القانوني السليم إذ يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثاراً متناقضة. فالغاش يبقى خاضعاً للقانون الذي تهرب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغييره لضابط الإسناد، وفي نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى. ولا يخفى أن هذا الحل لا يحقق استقرار المراكز القانونية⁽²⁾.

(1) انظر: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 171.

(2) راجع: عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 166.

وفي تقديرنا أن الرأي الأول هو السليم. لكن مع الإشارة إلى أن شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معاً لا يكون إلا بالنسبة للتصرفات القانونية لأنه لا يمكن الفصل فيها بين الغاية والوسيلة. أما بالنسبة للأعمال المادية مثل نقل منقول تهرباً من القانون الواجب التطبيق أصلاً فلا يمتد أثر الغش إلا إلى الغاية غير المشروعة. أما الوسيلة فلا يمكن أن يمتد إليها لأنه لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة. فالمنقول يعتبر قد خرج نتيجة نقله من سلطان القانون الذي تهرب الشخص من حكمه إلى سلطان قانون آخر، فلا يمكن بالتالي امتداد الجزاء إلى الآثار الأخرى المترتبة بعد نقله. فلو فرضنا أن هذا المنقول قد تلف بعد نقله، فلا يجوز أن تخضع المسؤولية عن تلفه للقانون الذي ارتكب الغش نحوه لأنه انتقل من دائرة سلطانه، ويجب أن يخضع لقانون الدولة التي انتقل إليها. والقول بخلاف ذلك يتضمن إنكاراً لحالة واقعية ثابتة هي وجود المنقول في إقليم الدولة التي انتقل إليها⁽¹⁾.

(1) راجع:

Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 375, p. 470

Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 269

راجع أيضاً: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 165.

تمهيد

المسائل القانونية من الكثرة بحيث لاتدخل تحت حصر مما يجعل من المستحيل وضع لكل منها قاعدة اسناد خاصة بها. ولذلك فإن المشرع قد عمد إلى وضع فئات معينة تسمى بالفئات المسندة بحيث أن كل فئة منها تتضمن المسائل القانونية المتقاربة أو المتشابهة، ثم ربط كل فئة منها بقانون معين عن طريق ضابط خاص هو ضابط الإسناد. وإذا أمعنا النظر في الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري لوجدنا أنه بالإمكان تصنيفها في خمس مجموعات: المجموعة الأولى: تشمل المسائل المتعلقة بالأشخاص، وهي التي يطلق عليها إصطلاح " الأحوال الشخصية ". ويطبق عليها القانون الشخصي.

المجموعة الثانية: تشمل الأموال ويطبق عليها قانون الموقع. المجموعة الثالثة: تشمل الالتزامات التعاقدية ويطبق عليها القانون الإرادة.

المجموعة الرابعة: تشمل الالتزامات غير التعاقدية، ويطبق عليها قانون موقع الفعل المنشئ للالتزام. المجموعة الخامسة: تشمل شكل التصرفات القانونية، ويطبق عليها قانون محل الالتزام.

وسنتناول بالدراسة كل مجموعة من هذه المجموعات في فصل مستقل

الباب الثاني

الحلول الوضعية لتنازع القوانين

الفصل الأول

الأحوال الشخصية

يقصد بالأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي يطبق عليها القانون الشخصي. وتختلف الدول فيما بينها في تحديد هذا القانون. فبعضها ينيط الأحوال الشخصية بقانون الجنسية مثل القانون الجزائري، وقوانين مختلف الدول العربية، وقوانين بعض الدول الأوروبية. وبعضها الآخر ينيطها بقانون الموطن مثل القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي. وأما عن موقف الفقه، فبعضه قد انتصر لقانون الجنسية، وبعضه الآخر قد انتصر لقانون الموطن. ولكل فريق حججه (المبحث الأول).

ولما كان القانون الجزائري وكذلك قوانين مختلف الدول العربية قد جعلت قانون الجنسية هو القانون الشخصي الذي يطبق على المسائل المتعلقة بالأشخاص (الأحوال الشخصية)، فإنه من الضروري التعرض إلى الصعوبات التي تتعرض تطبيقه (المبحث الثاني).

ونلاحظ بأن الدول تختلف فيما بينها في تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، ولذلك فإنه من الضروري كذلك بيان ما يدخل منها في هذا النطاق في القانون الجزائري وكذلك في القانون المقارن (المبحث الثالث).

المبحث الأول

المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن

1- حجج مناصري قانون الجنسية:

قدم مناصرو قانون الجنسية عدة حجج لصالحه منها:

- يضمن قانون الجنسية الاستقرار بالنسبة للقانون المطبق، ولا

يثير صعوبة في تحديده. يقول الأستاذان "Batiffol et Lagarde" شارحين هذه الحجة: إذا كان القانون الشخصي هو القانون الذي يتبع الشخص بصفة مستمرة، لا يشك أحد بأن الجنسية تعتبر أحسن عامل للإسناد من الموطن، لأن هذا الأخير يمكن تغييره بسهولة على خلاف الجنسية. وإضافة إلى ذلك فإن التغيير المستمر للموطن من شأنه خلق صعوبات في تحديده، وذلك نادر الوقوع بالنسبة للجنسية⁽¹⁾.

أن الغرض من الزواج هو تكوين أسرة، ولما كانت هذه الأخيرة هي الخلية الأولى للمجتمع، فهي تهم البلد الذي ينتمي إليه الزوجان بجنسيتيهما أكثر مما تهم البلد الأجنبي الذي تكون الصدفة قد لعبت دورها في إيجادهما فيه. ولذلك فإنه ليس هناك أحسن من الجنسية كعامل إسناد للأحوال الشخصية.

إن قانون الجنسية باعتباره القانون الوطني للشخص هو الأكثر تكيفا من غيره مع مزاج من وضع من أجلهم من الرعايا. لذلك نجد رغبة هؤلاء في اللجوء إلى أحكامه أكثر من رغبتهم في اللجوء إلى قانون الموطن أو إلى قانون آخر⁽²⁾.

2- حجج مناصري قانون الموطن:

هناك عدة حجج قدمها أنصار الموطن للقول بأنه أصلح بالنسبة للأحوال الشخصية من قانون الجنسية. نذكر منها:

- Op. cit. tome. 1.n.380 note2

(1)

-Batiffol et Lagarde ,op. cit. tome, 1, n. 381

(2)

- يضمن قانون الموطن مصلحة الأفراد ذلك أنه يجنبهم من جهة الخضوع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يعيشون في وسطه، ومن جهة أخرى يجنبهم مفاجأة تطبيق عليهم قانون أجنبي لم يخطر ببالهم اختصاصه، بالإضافة إلى جهلهم بمحتواه⁽¹⁾. فالمهاجر مثلا - كما يقول الأستاذان Batiffol et Lagarde من مصلحة الخضوع لقانون المكان الذي يعيش فيه لأنه القانون الذي يعرفه ويتكيف معه غالبا⁽²⁾.

- يحافظ قانون الموطن على المصالح العليا لدول الهجرة كفرنسا مثلا، ذلك أن سياسة هذه الدول تتجه نحو ادماج المهاجرين، وبالتالي فإن خضوعهم لقانون جنسيتهم يتعارض مع هذه السياسة⁽³⁾.

- وأخيرا كما يلاحظ الأستاذ "P. Mayer" فإن أكبر فائدة لاختصاص قانون الموطن توافقه في غالب الأحيان مع قانون القاضي ذلك أن الشخص يرفع دعواه غالبا في البلد الذي يعيش فيه⁽⁴⁾.

3- تقديرنا لحجج كلا الفريقين:

إن الحجج التي رأيناها والمقدمة لصالح اختصاص قانون دون آخر ليس لها قيمة مطلقة، ذلك أن المزايا العملية لكل قانون بالنسبة للآخر ليست إلا نسبية⁽⁵⁾.

ولكن الشيء المؤكد هو أن الدول التي فيها عقد الزواج لا يزال مرتبطا بالدين كالجائر وكل الدول الإسلامية فإنها لا تستطيع أن تأخذ بقانون الموطن.

(1) انظر: Aspect philosophique ; paris, 1956, p. 381

(2) راجع: Batiffol et lagarde , op. cit. tome, n. 381

(3) انظر: P Mayer, op, cit, n, 501

(4) انظر: Op.cit. n. 501

(5) انظر: El-Geddawi (k.), op. cit. p.76

إن قانون الجنسية يفرض نفسه عليها فرضا، ذلك أنه من غير المعقول أن يخضع في الخارج إلى قانون لا ئكي شخص ينتمي إلى بلد أين قانون الأحوال الشخصية له صبغة دينية مقدسة. فينبغي إذن أن يخضع في مسائل الأحوال الشخصية إلى قانونه الديني أينما كان. وإن الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها يقع عليها واجب حماية اعتقاده بجعل قانونها ذي الصبغة الدينية يطبق عليه في الخارج كما يطبق عليه في الداخل⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية

لقد أناط المشرع الجزائري - كما نعلم - الأحوال الشخصية بقانون الجنسية. غير أن تطبيق هذا القانون قد تعترضه صعوبات في بعض الأحيان مما يجعل من الضروري التعرض لدراستها وبيان الحلول المقترحة لتذليلها.

من هذه الصعوبات المعترضة تطبيق قانون الجنسية، أن يكون الشخص متمتعا بأكثر من جنسية⁽¹⁾.

ومن هذه الصعوبات كذلك أن يجد القاضي نفسه أمام شخص بلا جنسية⁽²⁾.

ونضيف صعوبة أخرى تظهر في الحالة التي تكون فيها الدولة

التي يحمل الشخص جنسيتها من الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعددا

(1) انظر: EL- Geddawi, (k.), op. cit. p. 95

(2) انظر:

شخصيا أو تعددا إقليميا الأمر الذي يطرح مشكلة تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق.

وقد عالجنا هذه المشكلة في الفصل الذي خصصناه للنظرية العامة لتنازع القوانين، ولذلك فلا داعي لمعالجتها من جديد في هذا الفصل.

1- حالة تعدد الجنسيات:

قد تثبت للشخص عدة جنسيات في وقت واحد مما يطرح مشكلة تحديد من بين هذه الجنسيات الجنسية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تعيينه للقانون الواجب التطبيق.

لقد تصدى المشرع الجزائري لهذه المشكلة، فميز بين فرضين: الفرض الأول عندما تكون كل الجنسيات التي تثبت للشخص أجنبية، والفرض الثاني عندما توجد من بين الجنسيات التي تثبت للشخص الجنسية الجزائرية.

ففي الفرض الأول أوجب المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها. ويظهر هذا الارتباط بها من ظروف الحال كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية، أو أنه اتخذ اقليمها موطنًا لممارسة جميع نشاطاته، أو أنه التحق بإحدى الوظائف العامة فيها، أو رشح نفسه فيها لإحدى الهيئات النيابية. وهذا الحل الذي تبناه المشرع الجزائري هو الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي⁽¹⁾، وأخذت به محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي بتاريخ 1912/6/3 في قضية "Canevaro"⁽²⁾.

(1) انظر:

- Paris 15 mars 1956, J.c.p 1956, note Louis

lucas Rev. crit. dr. int. pr. 1956, 504, note Mezger

- 21 Dec. 1956, Rev. crit. dr. int. pr. 1957, 641, note Loussouarn

- 7 oct. 1967 ; J.C.P, 1968, 11.15525 note Simone - Depire, Rev. crit. dr. int. pr. 1968, 267, note lagarde

- Cass; civ. 15 mai 1974, rev. crit. dr. int. pr. 1975, 260, note Nizard

- Clunet, 1976, note alexandre

(2) انظر: - Journal de dr. int. privé. 1912, 317, Rev. crit. dr. int. privé,

1912, 331

وقد أيد معظم الفقه هذا الحل⁽¹⁾ على أساس أن مسألة تعدد الجنسيات هي مسألة واقع وليست مسألة قانون. ومن ثم لا يرجح القاضي إحدى الجنسيات على غيرها على أساس قانوني وإنما على أساس الواقع والاعتبارات العملية.

وفي الفرض الثاني، أي لما توجد من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص الجنسية الجزائرية فإنه على القاضي تطبيق، وفقا للمادة 22 من القانون المدني، القانون الجزائري.

وقد أخذت بهذا الحل القوانين العربية، كما أنه الحل الذي أخذت به اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية (المادة 3).

2- حالة انعدام الجنسية:

اختلف الفقه في كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق لما يكون الشخص عديم الجنسية.

فقال البعض يطبق القاضي قانون الدولة التي كان الشخص يحمل جنسيتها قبل انعدام الجنسية.

غير أن هذا الحل قد انتقد على أساس أنه من الممكن أن يكون هذا الشخص عديم الجنسية منذ الولادة.

(1) انظر:

Batiffol et lagarde, op. cit. tome 2 n. 81

- Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 522 bis

- Derrupé, la nationalité étrangère devant le juge français ; Rev. crit. dr. int. privé. 1959, 229 note 1.

وقال البعض الآخر يطبق القاضي قانون الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية. غير أن هذا الحل قد انتقد بدوره على أساس أن الولادة في دولة معينة قد تكون بصفة عرضية، كما أنه من الممكن أن تكون هذه الدولة هي التي حرمتها من جنسيتها.

ويذهب الرأي الراجح إلى القول بتطبيق على عديم الجنسية قانون موطنه. فإذا لم يكن له موطن يطبق عليه قانون البلد الذي فيه محل إقامته. فإذا تعذر ذلك يطبق عليه قانون القاضي الذي ينظر في النزاع. وقد ترك المشرع الجزائري أمر تحديد القانون الواجب التطبيق

على عديم الجنسية لتقدير القاضي (المادة 22 من القانون المدني).

غير أن المادة 12 من معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 والمتعلقة بمركز عديمي الجنسية، والتي صادقت عليها الجزائر في 8 جوان 1964 تجعل الإختصاص لقانون الموطن. ولذلك فإننا نعتبر من الخطأ عدم انتباه المشرع الجزائري لذلك.

المبحث الثالث

تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية

وبيان القانون الشخصي الواجب التطبيق عليها

المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية هي المسائل التي يطبق عليها القانون الشخصي الذي هو قانون الجنسية بالنسبة للجزائر. وتختلف الدول فيما بينها في تحديد المسائل التي تدخل في نطاق

الأحوال الشخصية. ففي فرنسا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية : الميراث والوصية والهبة والمشاركات المالية التي تصحب الزواج، بينما الأمر على خلاف ذلك في الجزائر إذ تعتبر هذه المسائل داخلة في نطاق الأحوال الشخصية.

وستتناول فيما يلي مختلف المسائل التي يدخلها المشرع الجزائري في نطاق الأحوال الشخصية، فنخصص مطلباً مستقلاً لكل منها.

المطلب الأول

الحالة

قد أخضع المشرع الجزائري حالة الأشخاص لقانون الجنسية (المادة 10 من القانون المدني).

وتشمل حالة الشخص مجموعة الصفات المتعلقة بالتعريف بالشخص نفسه (الإسم، الموطن)، والمتعلقة كذلك بمركزه من أسرته كالزواج والطلاق والنفقة والميراث... وتشمل أيضا الصفات المتعلقة ببيان مركزه من دولته والتي تتحدد عن طريق الجنسية، وتسمى بالحالة العامة.

ولما كانت الحالة العامة ليست مجالا لتنازع القوانين لأن كل دولة تتفرد ببيان من هم وطنيها بموجب قانون جنسيتها، فإنها تخرج من نطاق حكم المادة 10 من القانون المدني. فتبقى إذن الحالة المدنية وحدها هي التي تخضع لقانون الجنسية.

وقد خص المشرع الجزائري الجانب الثاني من الحالة المدنية وهو الجانب المتعلق بتحديد مركز الشخص من أسرته بقواعد إسناد خاصة ضبط فيها قانون الجنسية من حيث الزمان وكذلك من حيث أطراف العلاقة. فتبقى بذلك الحالة الفردية للشخص هي وحدها الخاضعة للحكم العام الوارد في المادة 10 من القانون المدني. وهذه الحالة الفردية للشخص هي التي سنتناول دراستها في هذا المطلب.

أ- الإسم: يعتبر الإسم الوسيلة التي تميز الشخص عن غيره من الأشخاص. ويتألف اسم الشخص عادة من اسمه العائلي أو لقبه (prénom)، ومن اسمه الشخصي (nom).

جاء في المادة 28 من القانون المدني الجزائري: " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب يلحق أولاده".

وبحكم أن الإسم من الحقوق للصيقة بالشخصية إذ أنه العلامة المميزة لها والحد الفاصل بينها وبين غيرها من الشخصيات التي تترخر بها الحياة الاجتماعية، فإن أنسب القوانين التي ينبغي أن يخضع لها هو القانون الشخصي الذي هو قانون الجنسية بالنسبة للجزائر.

وقد طبق القضاء الفرنسي على الإسم فيما يتعلق بنظامه أو بتغييره قانون الجنسية⁽¹⁾. غير أنه كان مترددا فيما يتعلق باكتساب الإسم بسبب الزواج بين القانون الذي يحكم آثار الزواج وبين القانون الشخصي للمعني⁽²⁾.

2- الموطن: لا تعطي الأنظمة القانونية المختلفة للموطن نفس التعريف. كما أنه حتى في القانون الداخلي لنفس الدولة نجده ينقسم إلى عدة تقسيمات. ففي الجزائر مثلا ينقسم الموطن إلى موطن عام وموطن خاص. وينقسم الموطن العام إلى موطن اختياري وموطن الزامي. الموطن الاختياري هو حسب الماجة 36 من التقنين المدني المحل الذي فيه سكناه الرئيسي. وعند عدم وجود سكن يحل محلها مكان

⁽¹⁾ انظر: -Paris 1^{er} juillet 1970, G.P 1970, 2, 247, Rev. crit. dr. int.

Pr.1970, 278 note J.Foyer.

- Loussouarn et Bourel op. cit. n. 275, p. 438

⁽²⁾ راجع:

الإقامة العادية. والمواطن الإلزامي هو المواطن الذي يحدده القانون بالنسبة لبعض الأشخاص دونما اعتبار لإرادتهم واختيارهم وهم القاصر والعجز والمفقود والغائب. جاء في المادة 37 من التقنين المدني: "مواطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو مواطن من ينوب عن هؤلاء قانونا".

أما المواطن الخاص فهو المواطن الذي يخاطب فيه الشخص بخصوص بعض أوجه النشاط المحددة على وجه التخصيص. وينقسم هذا المواطن إلى ثلاثة أنواع: مواطن الأعمال وهو المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة وذلك بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (المادة 37 من القانون المدني)، ومواطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرة من تصرفات قانونية (المادة 38 من القانون المدني)، والمواطن المختار وهو المواطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل معين (المادة 39 من القانون المدني).

فهذا الاختلاف في مفهوم المواطن داخليا وكذلك على الصعيد الدولي يطرح مشكلة اختيار القانون الذي يحدد موطن الشخص.

وباعتبار المواطن من العناصر المميزة لشخصية الشخص لأنه هو الذي يتيح لنا العثور على مكانه، فيعتبر بذلك متعلقا بحالة الشخص فيخضع بالتالي تحديده لقانون الجنسية وفقا لما جاء في المادة 10 من القانون المدني. وهذا ما أخذت به بعض الأحكام القضائية فيما يتعلق

بمواطن القصر ومواطن النساء المتزوجات⁽¹⁴⁾

ويرى الفقه الغالب بأن المواطن إذا كان من مميزات الشخصية فهو أيضا له من جانب آخر دورهم في القانون الدولي الخاص.

(1) انظر: - Paris 26 juin 1943, G.P. 1943, 2.201

فقد يتخذ كضابط للإسناد كما قد يتحدد الإختصاص القضائي على أساسه. ولذلك ينبغي إخضاع تحديده لقانون الدولة التي أتخذته كضابط للإسناد أو لقانون الدولة التي جعلت الإختصاص القضائي الدولي يتحدد بمقتضاه⁽¹⁾ وقد أخذت الكثير من الأحكام القضائية الفرنسية بهذا الحل⁽²⁾

(1) انظر: Lerebours – Pigeonière précis 6ed n.323

(2) انظر: - Loussouarn et Bourel , op. cit.n.276, p. 440

- Trib Civ. seine 6 février 1952, Rev. crit. dr. int. privé, 1952, 494, note Freyria

- Cass. civ. 21 juin 1948, J.C.P. 1948, 11, 4422, note Niboyet
Rev. crit. dr. int. privé, 1949, 557 note francescakis
- 24 juillet 1973, Rev. crit. dr. int. privé, 1974, 558.

ونتناول في الأخير النظم الخاصة بحماية القصر وذلك ببيان القانون الذي يحكمها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القاعدة العامة: خضوع الأهلية لقانون الجنسية

ينصرف مصطلح الأهلية إلى عدة أنواع من الأهلية، ولذلك فإنه من الضروري تحديد نوع الأهلية التي يشملها نص المادة 10 الفقرة الأولى من التقنين المدني الجزائري.

تنقسم الأهلية - كما نعلم - إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء. فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. والمقصود بصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق صلاحيته لأن يكون صاحب حق، كأن يكون صاحب حق ملكية أو حق انتفاع على عقار من العقارات. والمقصود بصلاحية الشخص للتحمل بالالتزامات صلاحيته بأن يكون مكلفا بالالتزام، كأن يكون مدينا لآخر بمبلغ من المال أو ملتزما تجاه مدينه بالتزام معين.

يتضح من التعريف السابق لأهلية الوجوب أنها تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسانا. فهي بذلك مرتبطة بالشخصية القانونية. فكل شخص له أهلية وجوب حتى الجنين في بطن أمه، إلا أنه بالنسبة له ذات نطاق محدود تترتب له بمقتضاها بعض الحقوق التي يقرها القانون.

المطلب الثاني

الأهلية

قد أخضعت المادة 10 الفقرة الأولى من التقنين المدني الجزائري الأهلية لقانون الجنسية. جاء فيها " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية ".

وقد أدخلت الفقرة الثانية من نفس هذه المادة استثناء على قانون الجنسية الذي يحكم الأهلية. جاء فيها: " ومع ذلك فإن التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذ كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة... " وبينت المادة 15 من التقنين المدني القانون الذي تخضع له النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية، لأن عديم الأهلية في حاجة كما نعلم إلى حماية في نفسه وفي ماله. جاء فيها: " يبين قانون الشخص الذي يجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين ".

ونتناول فيما يلي القاعدة العامة القاضية بخضوع الأهلية لقانون الجنسية (الفرع الأول)، ثم نتناول بعد ذلك الإستثناء الوارد عليها (الفرع الثاني).

وعليه فإنه باعتبار أن أهلية الوجوب هي من مظاهر الشخصية القانونية إذ تثبت للشخص بمجرد ميلاده، فإنها تخرج بذلك من نطاق نص المادة 10 من التقنين المدني، فلا تخضع بالتالي لقانون الجنسية. وهذا ما أخذ به الفقه الراجح في كل من فرنسا ومصر⁽¹⁾.

وبما أن أهلية الوجوب تكون دائما متعلقة بحق معين هل يمكن أن يتمتع به الشخص أم لا، فهي تخضع للقانون المختص بحكم هذا الحق⁽²⁾. فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث. وحق الشخص في أن يتزوج من امرأة ثانية يخضع لقانونه الشخصي وحق الشخص في أن يمتلك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية، وهكذا⁽³⁾.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والوصية وغير ذلك. وتنقسم هذه الأهلية إلى أهلية أداء عامة وأهلية أداء خاصة، فأيهما يدخل في نطاق حكم المادة 10 من التقنين المدني؟.

أهلية الأداء العامة هي تلك الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، ولذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال القانونية أو التصرفات

(1) انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 223. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 230، فؤاد ديب المرجع السابق، ص. 198 و 199. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 65.

(2) هناك آراء أخرى غير هذا الرأي، يقول رأي بتطبيق القانون الإقليمي، ويقول آخر بتطبيق القانون الشخصي.

(3) انظر: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 230.

القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في انشائها، وكذلك في ترتيب آثارها، فتخرج بذلك من نطاقها الأعمال المادية لأنها لا تحتاج إلى الإرادة مطلقا، لأن القانون هو الذي يرتب عليها الآثار القانونية المناسبة لها حتى ولو لم يرد الشخص ترتيب تلك الآثار. فمرتكب الفعل الضار مثلا يلتزم بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر بصرف النظر عن الإرادة المصاحبة للفعل، هل صدر عن عمد أم عن غير عمد.

يتضح مما سبق أن أهلية الأداء العامة محورها التمييز. ولذلك لا خلاف بين الفقهاء أن هذه الأهلية تدخل في نطاق قانون الجنسية. فقانون الجنسية هو الذي يبين لنا سن الرشد، وعوارض الأهلية، وحكم التصرفات التي يقوم بها غير المميز.

أما أهلية الأداء الخاصة فهي تتعلق بأشخاص معينين يمنحهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 420 من القانون المدني الجزائري: " لا يجوز للقضاء ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا". ومن أمثلة ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 408 من القانون المدني: " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة".

ويلاحظ أن الغرض من أهلية الأداء الخاصة ليس حماية الشخص نفسه وإنما الغرض منها هو حماية شخص آخر غيره. لذلك فإن مناطها ليس التمييز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير أو مصلحة إجتماعية. وهذا ما جعل الفقه يخرج هذا النوع من الاهلية من نطاق قانون الجنسية. وقد أخضعها الفقه الراجح للقانون الذي بحكم التصرف القانوني ذاته⁽¹⁾.

نخلص من كل ما سبق إلى القول بأن أهلية الأداء العامة هي وحدها التي تدخل في نطاق حكم المادة 10 من التقنين المدني الجزائري. أما أهلية الوجوب وأهلية الأداء الخاصة فكلاهما يخرجان من نطاقها، فلا تخضعان لقانون الجنسية.

الفرع الثاني

الاستثناء الوارد على خضوع الأهلية لقانون الجنسية

استثنى المشرع الجزائري الأهلية من الخضوع لقانون الجنسية في الحالة التي يجهل فيها المتعاقد مع أجنبي أنه ناقص الأهلية وفقا لقانونه، ويرجع جهله بنقص أهليته إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه (المادة 2/10 من القانون المدني).

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاستثناء في قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تسمى بقضية (Lizardi). وتعتبر هذه القضية الأصل التاريخي لهذا الاستثناء بالنسبة للتشريعات التي أخذت به.

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 225، هشام علي صادق، دروس في

القانون الدولي الخاص، ص. 231.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شابا مكسيكيا في الثالثة والعشرين من عمره يسمى ليزاردي اشترى من تاجر فرنسي بعض المجوهرات، وحرر لقاء ثمنها عدة سندات. ولما حل أجل الوفاء بها امتنع عن الوفاء. ولما أقيمت دعوى ضده دفع ببطلان السندات التي حررها لنقص أهليته وفقا لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة. فصدر الحكم لغير صالحه يلزمه بدفع قيمة السندات. وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن الشخص لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين العالم، وكيفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة، وأن يكون حسن النية⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقه في أساس هذا الاستثناء، فبنى البعض منه هذا الأساس على المصلحة الوطنية. فمتى كان القانون الأجنبي يضرب مصالح المتعاقد الوطني ينبغي الامتناع عن تطبيقه.

وقد انتقد هذا التبرير على أساس أنه يفرق بين الوطني والأجنبي وذلك يتناقض مع حكمة التشريع. فقواعد القانون الدولي الخاص موضوعة لحماية مصالح الوطني والأجنبي دون تمييز. إضافة إلى ذلك فإن هذا التبرير يغري بتجاهل القانون الأجنبي في كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية⁽²⁾.

وقد تلمس البعض الآخر من الفقه أساس هذا الاستثناء في فكرة النظام العام. ومن الصعب في الواقع قبول هذا الأساس لأن الرجوع

(1) انظر: Req. 16 janvier, 1861, D.P. 1861.I.193.S.1861.I.305

(2) راجع: هشام علي صادق، المرجع السابق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 234.

إلى فكرة النظام العام يكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي. وليس هذا هو حال هذا الإستثناء. باختلاف سن الرشد في القانون الأجنبي عنه في القانون الوطني لا يصطدم بحال مع فكرة النظام العام. وقد طبق القضاء الفرنسي مرارا القانون الأجنبي الذي يحدد سنا للرشد يزيد عن السن المحددة في القانون الوطني⁽¹⁾.

ومن الفقه من بنى هذا الإستثناء على فكرة الإثراء بلا سبب. فالمتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد الذي أبرمه يعتبر قد أثرى على حساب الوطني مما يبرر إخضاع النزاع بينهما لقانون المحل الذي وقع فيه الفعل مصدر الإثراء، وهو القانون الفرنسي.

وقد عيب على هذا الأساس أن القضاء الفرنسي لما قضى بصحة التصرف الذي قام به " ليزاردي " لم يأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان قد أثرى من ورائه أم لا⁽²⁾.

وأخيرا تلمس الفقه الراجح أساس هذا الإستثناء في حيثيات حكم محكمة النقض الفرنسية نفسها. فقد جاء في حيثياتها في قضية (ليزاردي) أن المتعاقد الوطني يعد معذورا في جهله بالقانون الأجنبي. ويتماشى هذا التبرير في الواقع مع الرأي القائل بأن القضاء الفرنسي

(1) انظر: Trib. civ. seine 2 janvier 1917 ; Clunet, 1918 ; 1192-

-Trib. civ. seine 30 janvier 1923, Rev. crit. dr. int. privé, 1923, 494

-Trib. gd. Inst. Paris 15 mars 1972 Rev. crit. dr. int. pri. 1973, 109, note Alexandre

(2) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 233، هشام علي صادق، المرجع السابق،

يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع. ومن شأن هذا الرأي أن يكون الأمر متروكا لتقدير القاضي. فهو الذي يقرر ما إذا كان المتعاقد مع أجنبي يعذر أم لا بجهله لأحكام القانون الأجنبي، ويراعى في ذلك انتباه العاقد الوطني وتيقظه ونوع التصرف⁽¹⁾.

وقد لاقى هذا الأساس تأييدا كبيرا عند من يقول بأن القانون الأجنبي ينبغي ألا يعامل معاملة القانون، وإنما ينبغي اعتباره عنصرا من عناصر الواقع.

شروط إعمال الإستثناء:

يتضح من الفقرة الثانية من المادة 10 التي أدخلت الاستثناء على القاعدة العامة أنه يشترط لإعماله توافر الشروط التالية.

الشرط الأول: أن يكون التصرف الذي أبرمه الأجنبي من التصرفات المالية. فتخرج بذلك من نطاق الإستثناء التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج مثلا.

وقد حاول بعض الفقه قصر مجال هذا الإستثناء على التصرفات المالية العادية أو الجارية وهي تلك التصرفات التي تتسم بالسرعة بحيث لا تترك للمتعاقد مع أجنبي فرصة البحث عن أهليته. أما تلك التصرفات المالية ذات الأهمية و التي تتطلب من المتعاقد مع أجنبي قدرا كبيرا من الحيلة والحذر واليقظة كبيع العقار أو رهنه، فتخرج من نطاق هذا الإستثناء⁽²⁾.

(1) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 233

(2) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 238

ونحن أمام إطلاق النص لا يمكننا قبول هذا التقييد، ذلك أن عبارة "التصرفات القانونية" الواردة في نص المادة جاءت مطلقة غير مقيدة بأي وصف.

الشرط الثاني: أن تعقد هذه التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها. وعليه فإنه لا مجال لإعمال هذا الاستثناء في الحالة التي يتم فيها التصرف في الجزائر وينتج أثره في الخارج. وكذلك لا مجال لإعماله في الحالة التي يتم فيها التصرف في الخارج وينتج أثره في الجزائر. وقد تساءل الفقه حول جنسية المتعاقد مع أجنبي هل يشترط أن تكون جنسيته جزائرية أم لا ؟.

لم يشترط النص صراحة أن يكون المتعاقد مع أجنبي جزائريا. غير أنه يمكن من عبارة النص: "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا"، أن نفهم منها بمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا.⁽¹⁾ ونشير إلى أن الفقه المصري يذهب إلى خلاف ذلك في تفسيره لنفس العبارة. فعبارة: "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا" الواردة في المادة 11 من التقنين المدني المصري لا تقطع عنده في الدلالة على أن المراد بالطرف الآخر هو المتعاقد الوطني⁽²⁾.

(1) علي علي سسليمان، المرجع السابق، ص 67

(2) انظر: عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 147

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص، 238

- وعن القانون السوري، انظر: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 204

الشرط الثالث: أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقصها وفقا لقانونه الوطني.

لم يتضمن نص المادة 2/11 صراحة هذا الشرط ولكنه شرط يفرضه المنطق السليم، لأنه لا يمكن تصور إعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري، ذلك أنه إذا كان يعذر المتعاقد مع أجنبي في جهله بنقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي، فإنه لا يعذر في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري.

الشرط الرابع: أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيّنه. ومعنى هذا الشرط أن يكون المتعاقد مع أجنبي معذورا في جهله بنقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد معه، ولقضاة الموضوع سلطة تقدير ذلك. ويكون هذا التقدير وفقا لمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي. فإذا كان في إمكان الرجل العادي الموجود في نفس ظروف المتعاقد مع أجنبي أن يتبين نقص أهليته فلا مجال حينئذ للتمسك بهذا الاستثناء. أما إذا كان الأمر على عكس ذلك بأن لم يكن بإمكانه اكتشاف نقص أهليته، فلا مجال حينئذ للتمسك بهذا الاستثناء.

ومتى توافرت الشروط السابقة جميعا يعد المتعاقد مع أجنبي معذورا، ويحق له حينئذ التمسك بهذا الاستثناء. فيعتبر التصرف الذي أبرمه معه صحيحا ومنتجا لآثاره.

الفرع الثالث

حماية عديم الأهلية أو ناقصها

يحتاج عديم الأهلية أو ناقصها إلى حماية في نفسه وماله. ولذلك نجد في مختلف التشريعات أنظمة قانونية خاصة تضمن له هذه الحماية. وتختلف الأنظمة من دولة إلى أخرى، بل وحتى في الدولة الواحدة نجد هذه الأنظمة متعددة. وهذا ما يجعل البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه الأنظمة ذو أهمية كبيرة.

ولما كان الغرض من هذه الأنظمة هو حماية عديم الأهلية أو ناقصها وسد عجزه عن مباشرة التصرفات القانونية لم يخضعها المشرع الجزائري لقانون الشخص الذي يتولى هذه الحماية، وإنما أخضعها لقانون الشخص الواجب حمايته.

جاء في المادة 15 من القانون المدني: " يبين قانون الشخص الذي يجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين".

ويشمل اصطلاح "الولاية" الواردة في المادة 15 الآتفة الذكر الولاية على النفس والولاية على المال.

وقد تساءل الفقه المصري: هل ينحصر نطاق الولاية الواردة في المادة 16 من القانون المدني المصري المطابقة تماما للمادة 15 من القانون المدني الجزائري في الولاية على المال دون الولاية على النفس، أم أن نطاق الولاية يشملهما معا.

يميل الفقه المصري في غالبته إلى قصر الولاية على الولاية على المال دون الولاية على النفس⁽¹⁾. وقد استند في ذلك إلى أمرين:

الأول: أن المشرع قد عبر عن الولاية في الترجمة الفرنسية لنص المادة 15 من القانون المدني بعبارة "Administration légale" أي الولاية على المال، ولم يعبر عنها بالإصطلاح العام الذي يشمل الولاية على النفس والمال معا وهو الإصطلاح: "Puissance paternelle" الثاني: ورود اصطلاح "الولاية" في نص واحد مع النظم الخاصة بحماية عديم الأهلية أو ناقصها في أموالهم.

ونعتقد أن هذا الرأي هو الذي ينبغي أن نعتقه عند تفسيرنا لإصطلاح "الولاية" الوارد في المادة 15 من القانون المدني الجزائري لأن الغرض من النظم التي نص المشرع على خضوعها للقانون الشخصي لعديم الأهلية أو ناقصها هو لسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية. وعليه فإن اصطلاح "الولاية" لا ينصرف إلى الولاية على المال. أما الولاية على النفس فهي لتعلقها بالتنظيم العائلي فتخضع لقانون آخر غير القانون الشخصي لعديم الأهلية أو ناقصها كأن تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج.

(1) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 242 و 243

- عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 252

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 264

المطلب الثالث

الزواج

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول، فلا يعتبر في بعض الدول من قبيل الزواج إلا الرابطة المؤبدة وغير متعددة. وعند بعضها الآخر يمكن أن يكون من قبيل الزواج الرابطة التي يمكن أن تنحل بإرادة أي من الطرفين ولا يترتب عنها أي إلزام كالزواج الذي عرفه القانون السوفياتي قبل سنة 1944. وفي الدول الإسلامية يعتبر من قبيل الزواج الزواج التعددي والذي يمكن أن ينحل بإرادة الزوج.

وتختلف الدول كذلك في طريقة انعقاد الزواج. فعند بعضها يعتبر الزواج نظاما مدنيا يكفي لانعقاده التقاء الإيجاب والقبول أمام موظف عام. وفي بعضها الآخر يعتبر نظاما دينيا بحيث يشترط في انعقاده مراعاة مراسيم دينية معينة.

ولا يقتصر هذا الاختلاف على مفهوم الزواج أو على طريقة انعقاده بل يمتد أيضا إلى آثاره وإلى انحلاله.

فبالنسبة لآثاره، فبعض الدول ترتب على الزواج آثارا مالية وأخرى شخصية، بينما دول أخرى لا ترتب عليه إلا الآثار الشخصية.

وبالنسبة لانحلاله، فبعض الدول تعتبر الزواج رابطة مؤبدة لا تنحل أبدا. بينما دول أخرى تعتبرها على خلاف ذلك، إلا أنها تختلف فيما بينها في كيفية انحلالها. ففي بعضها لا تنحل إلا باتفاق الزوجين،

ونلاحظ أخيرا أن المشرع قد أخضع لقانون الشخص الذي تجب حمايته القواعد الموضوعية مما يخرج من نطاق اختصاصه القواعد المتعلقة بالإجراءات والاختصاص.

وهكذا فإن الشخص الذي تجب حمايته هو الذي يبين من تثبت له الولاية أو القوامة أو الوصاية... وما هي حدود سلطات كل واحد منهم، ذلك أنها سلطات ليست مطلقة بل قانون كل دولة قد رسم لكل واحد منهم الحدود التي ينبغي عليه أن يعمل في داخلها، مثلا سلطات الولي أوسع نطاقا من سلطات الوصي أو القيم لأن ثقة القانون في الأب أو الجد بالنسبة للإبن أو الحفيد أكثر من ثقته في الوصي أو القيم بالنسبة للشخص المحمي..

وكذلك فإن قانون الشخص الذي تجب حمايته هو الذي يبين أسباب انقضاء الولاية، ومتى تنتهي مهمة الوصي والقيم، وما يستحقه كل واحد منهم من أجر.

وغني عن البيان أن خضوع المسائل الموضوعية المتعلقة بحماية عديمي الأهلية أو ناقصيها لقانون جنسيتهم ينبغي ألا يترتب عليه مساس بنطاق تطبيق قانون موقع المال الذي يحكم مسائل الحيازة والحقوق العينية⁽¹⁾.

(1) انظر: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 210

- عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 254

وفي بعضها يمكن أن تنحل بإرادة الزوج وحده، وفي بعضها الآخر يمكن للقاضي أن يحلها لأسباب محددة.

فهذا الاختلاف في مفهوم الزواج، وفي طريقة انعقاده، وفيما يمكن أن يترتب عنه من آثار، وفي كيفية انحلاله، يجعل منه المجال الرحب لتنازع القوانين.

ولما كانت مختلف جوانب الزواج لا تخضع في معظم التشريعات لقانون واحد، فإننا سنتناول كل جانب منه بصفة مستقلة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: نخصه لانعقاد الزواج.

الفرع الثاني: نخصه لآثار الزواج.

الفرع الثالث: نخصه لانحلال الزواج

الفرع الأول

انعقاد الزواج

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على جملة من الشروط ينبغي توافرها لانعقاد الزواج صحيحا، لكن دون تفرقة بين ما يعتبر منها من الشروط الموضوعية، وما يعتبر منها من الشروط الشكلية. غير أنه على صعيد القانون الدولي الخاص قد فرق بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية. فأخضع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي أخضع له الشروط الشكلية، ولا شك أنه من شأن هذه التفرقة التي ليس لها نظير في القانون الداخلي خلق صعوبة كبيرة

في تكييف شروط انعقاد الزواج لتحديد ما يعتبر منها من الشروط الموضوعية وما يعتبر منها من الشروط الشكلية. ومثل هذه الصعوبة قليلة في الدول التي يعرف قانونها الداخلي مثل هذه التفرقة.

وفيما يلي نتولى دراسة هذين النوعين من الشروط:

1- الشروط الموضوعية:

باعتبار أن الزواج يعتبر حادثا مغيرا لحالة الشخص فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية وفقا لما تقضي به المادة 10 من القانون المدني.

وقد نصت أيضا على اختصاص قانون الجنسية لحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج المادة 11 من القانون المدني. فقد جاء فيها: "الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين".

وخضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية نجده أيضا منصوصا عليه في المادة 97 من قانون الحالة المدنية. فقد اعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا "شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج".

ويلاحظ أن نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية جاء أحادي الجانب (Unilatéral) لأنه لم يتناول زواج الأجانب سواء داخل الجزائر أو خارجها. ونجد في القانون المدني الفرنسي نصا مماثلا لهذا النص هو نص المادة 170 من القانون المدني. ولم يتردد القضاء

الفرنسي في إعطائه تفسيراً مزدوجاً⁽¹⁾.

ولا يوجد في الجزائر ما يمنع من إعطاء نص المادة 97 من قانوننا نفس التفسير، فنجعل الأجانب يخضعون بالنسبة لزواجهم الذي يعقد داخل الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم خاصة وأن المادة 11 من القانون المدني تخضع بصفة عامة شروط صحة الزواج لقانون جنسية الزوجين.

أ- الصعوبات المعترضة تطبيق قانون الجنسية:

هناك صعوبات عدة تعترض تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج. وغالبية هذه الصعوبات قد تمت دراستها في القسم الذي خصصناه للنظرية العامة لتنازع القوانين، منها حالة تمتع الشخص بأكثر من جنسية، وحالة عدم تمتعه بأية جنسية، وحالة انتمائه بجنسيته إلى دولة متعددة الشرائع الداخلية، وحالة تغييره لجنسيته بعد اكتسابه لحق معين. وقد بينا الحل بالنسبة لكل من هذه الحالات .

إضافة إلى هذه الصعوبات التي ذكرناها، هناك صعوبة أخرى لم نتعرض لها في النظرية العامة لتنازع القوانين لأنها خاصة فقط بالشروط الموضوعية للزواج. فهذه الشروط تخضع - كما نعلم - لقانون جنسية الزوجين. فإذا كان الزوجان يتمتعان بنفس الجنسية فلا

توجد أي صعوبة إذ نطبق في هذه الحالة قانون جنسيتها المشتركة. لكن الصعوبة تظهر لما تختلف جنسيتهما، ونجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير الشروط التي ينص عليها الآخر.

فقد نص المشرع الجزائري على الحل لما يكون أحد الزوجين جزائرياً، فقال بأنه في هذه الحالة القانون الجزائري هو وحده المختص (المادة 13 من القانون المدني)، لكنه لم ينص على الحل لما يكون الزوجان أجنبيان. فهل نطبق قانون جنسية كل منهما تطبيقاً جامعاً، أم نطبقه تطبيقاً موزعاً. ونعني بالتطبيق الجامع أنه يجب أن تتوافر في الزوج كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته، وكذلك كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجته. ونفس الشيء بالنسبة للزوجة يجب أن تتوافر فيها جميع الشروط التي يستلزمها قانونها وكذلك الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجها. ونعني بالتطبيق الموزع أنه يجب أن تتوافر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، وفي الزوجة الشروط التي يستلزمها قانون جنسيتها فقط.

يعتبر الأستاذ (Pigeonnière-Lerebours) من المدافعين على التطبيق الجامع. وحجته في ذلك أن القانون الوطني لكل من الزوجين هدفه حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس حماية شخص الزوج أو الزوجة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Trib. grd. Inst. paris 22 janvier, 1968, J.C.P 1968.IV, 116

Rev. crit. dr. int. pr. 1969, 776

- Grenoble 19 juin 1963, J.C.P 1963.II.concl. Brouillonnet

⁽¹⁾ Précis de droit international privé, 8ed Dalloz, 1962, n. 827

وقيل أيضا دفاعا عن هذا الرأي أنه الحل الذي لا يعطي امتيازاً لأحد القانونين على الآخر⁽¹⁾.

وما يعيب التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين أنه يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً منهما، وذلك يتعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد ويتنافى أيضاً مع الغاية التي يستهدفها أنصاره وهي احترام قانون كل من الزوج والزوجة معاً⁽²⁾. إضافة إلى ذلك فإن هذا الحل سيؤدي في الواقع إلى الإكثار من الحالات التي لا ينعقد فيها الزواج لأنه لا يكفي لينعقد الزواج صحيحاً أن يستجمع أحد الزوجين في شخصه الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته، وإنما ينبغي أن يستجمع أيضاً الشروط التي يستلزمها قانون جنسية الطرف الآخر⁽³⁾.

وقد أدت هذه الانتقادات إلى هجر الفقه الغالب لهذا الحل وميله إلى الأخذ بالتطبيق الموزع⁽⁴⁾. كما أن غالبية الأحكام الفرنسية قد أخذت به⁽⁵⁾.

(33) انظر : P. Mayer, op. cit. n. 544

(2) هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 207

(3) انظر :- Elizabeth Poisson ' les relations entre époux dans les récentes codification du droit international privé, Rev. crit. dr. int. privé, 1967, 280 (4) - Batiffol et Lagarde, op. cit. 7ed, n. 414

- Bischoff, rep. Dalloz, Droit, international, V. Mariage n. 26
- Ponsard. la conclusion du mariage, in le droit international privé de la famille en France et en Allemagne - tbingen et Paris, 1954, p. 11

- Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 301
- Jean Derrupé, droit international privé, 8ed, 1988, Dalloz, p. 184

(5) انظر : Trib. civ. Seine, 5 mai, 1919, S, 1921, 29note Niboyet,
- 6 Avril 1951, Rev. crit. dr. int. pr. 1953, 586 note H.B.

- Paris 2DEC. 1966, Rev. crit. dr. int. pr. 1973, 510, note Malaurie

- Civ 6 mars 1956, J.C.P 11.9549 NOTE ALEX WELL

- Trib, Paris 15 mars 1972, Rev. crit. dr. int. pr. 1973, 510 note Alexandre

وتوجد كذلك دول كثيرة قد نصت عليه في تشريعاتها نذكر منها تشيكوسلوفاكيا⁽¹⁾، بولونيا⁽²⁾، والبرتغال⁽³⁾، والنمسا⁽⁴⁾ وتركيا⁽⁵⁾، وألمانيا⁽⁶⁾.

وحجة الآخذين بهذا الحل أن قانون كل دولة موضوع لحماية وطنيها، فلا مجال بالتالي لتطبيقه على غيرهم.

وقد لاحظ الفقه المؤيد لهذا الحل أن تطبيقه يكون صعباً بالنسبة لبعض الشروط الموضوعية مما يفرض التطبيق الجامع بشأنها. لكن السؤال المطروح: كيف يتم تحديد هذه الشروط؟

يقول الفقه الألماني بالتمييز بين الشروط التي لها صفة فردية وتلك التي لها صفة مزدوجة:

فبالنسبة للشروط التي لها صفة فردية فهي تتعلق بشخص أحد الزوجين فلا يثير بشأنها التطبيق الموزع أية صعوبة.

أما بالنسبة للشروط التي لها صفة مزدوجة فهي تتعلق بالعلاقة المراد إنشاؤها. لذلك فإن التطبيق الموزع يطرح بشأنها صعوبة كبيرة. فلا مفر بالتالي من التطبيق الجامع بشأنها.

ونلاحظ أنه إذا كان من اليسير تطبيقاً لهذا الرأي تصنيف بعض الشروط في طائفة الشروط التي لها صفة فردية مثل شروط السن والرضا والأهلية، وتصنيف بعضها الآخر في طائفة الشروط التي لها صفة مزدوجة مثل القرابة. فإن هناك شروطاً أخرى يصعب تصنيفها

(1) انظر : Art 19 L. 4Dec. 1963 sur le dr. int. privé, et de procédure, Rev, Crit. dr. int. pr. 1965, 614

(2) - Art. 14.L. 12 Nov, 1965, Rev. crit. dr. int. pr. 1966, 322

(3) - Art 49 du code civil Rev. crit. dr. int. pr. 1968, 373

(4) paragraphe 17/1 de la loi fédéral du 15 juin 1978 sur le droit. Int. privé, Rev. crit. dr. int. pr. 1978, 176

(5) - Art 12 de la loi sur le droit international privé et la procédure internationale du 20 mars 1982, Rev. crit. dr. int. pr, 1983, 141

(6) - Art 13, (1) de la loi du 25 juill. 1986 Rev. crit. dr. int. pr. 1987, 174.

في إحدى الطائفتين. من هذه الشروط شرط عدم وجود في أحد الزوجين مرض جسماني أو عقلي، أو شرط عدم وجود زواج سابق غير منحل. وتسمى هذه الشروط بموانع الزواج.

فبالنسبة للمانع الصحي فإن غالبية الفقه قد اعتبره من الموانع ذات الصفة المزدوجة⁽¹⁾، لأن هذا المانع يتعلق بالطرفين ولو كان سببه قائما في أحدهما.. وقد نصت تشريعات بعض الدول بصفة صريحة على التطبيق الجامع بشأنه مثل التشريع اليوغسلافي⁽²⁾، والتشريع البلغاري⁽³⁾.

وبالنسبة للمانع من الزواج في حالة وجود زواج سابق غير منحل والذي تنص عليه بصفة خاصة تشريعات الدول المعادية لتعدد الزوجات، فقد اعتبره بعض الفقه من الموانع التي لها صفة مزدوجة⁽⁴⁾ واعتبر البعض الآخر من الموانع ذات الصلة الفردية⁽⁵⁾.

(1) انظر: J. Mestre J. cl. dr. int. fasc. 456, A. n. 74

- Bishoff, op, cit, n. 30

- Batiffol. note Rev. crit. 1968, 299

(2) - Art 82 de la loi du 03 avril 1946, cité par Elizabeth Poisson
op. cit. p. 282

(3) Art, 24 de la loi du 9 aout 1949 sur les personnes et la familles cité par

J. Mestre, op. cit. n. 74

- Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 414

- Loussouarn et Bourel op, cit, n 303

(5) انظر: -Y. Lequette, note sous Cass. civ. 17 fev. 1982, Rev. crit dr. int
pr. 1983, 277

P. Mayer, op. cit. n. 545

Bischoff; Le mariage polygamique en droit international privé, Trav. fr.
dr. int. privé 1980, 81, Vol. 2, p. 91, et s.

ونشير إلى أن محكمة استئناف باريس قد اعتبرته من الموانع المزدوجة. وقد أبطلت على هذا الأساس زواج فرنسية مع كمروني متزوج على الرغم من أن قانونه الشخصي يبيح له تعدد الزوجات. فتكون بذلك قد طبقت القانون الوطني للزوجة تطبيقا جامعا.

ب- إعمال فكرة النظام العام بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج:

يشترط القانون لكل من الزوجين شروطا معينة لانعقاد الزواج. لكن قد توجد من بين هذه الشروط شروطا تكون متعارضة مع النظام العام السائد في دولة القاضي الأمر الذي يجعل القاضي الوطني لا يعتد بها مما يترتب عنه إما عدم إبرام الزواج الذي يجيزه القانون الأجنبي أو إبرام زواج لا يجيزه القانون الأجنبي.

وباعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، فإن نطاق إعمال النظام العام في الجزائر بالنسبة للشروط الموضوعية الواردة في القوانين الأجنبية يكون أوسع من نطاقه في الدول الغربية التي ليس للزواج فيها صبغة دينية كفرنسا مثلا.

- إعمال فكرة النظام العام في فرنسا:

يتم التمييز في فرنسا لإعمال فكرة النظام العام بين نوعين من الشروط التي تستلزمها القوانين الأجنبية لإبرام الزواج.

النوع الأول: هي الشروط المعروفة في القانون الفرنسي، لكنها منظمة فيه تنظيما مختلفا عن تنظيم القانون الأجنبي لها. فهذه الشروط

إما أن تكون أكثر تشددا في القانون الأجنبي عنه في القانون الفرنسي،
وإما أن تكون أقل تشددا فيه منه.

فالنظام العام الفرنسي لا يقف حائلا أمام الشروط التي تكون أكثر
تشددا. لكنه يقف حائلا أمام الشروط التي تكون أقل تشددا.

فلنأخذ مثلا السن المشترطة لإبرام الزواج. فإذا كان القانون
الأجنبي يشترط سنا أعلى من الذي يشترطه القانون الفرنسي فلا يكون
مخالفا للنظام العام الفرنسي، أما إذا كان يشترط سنا أقل فيكون مخالفا
للنظام العام.

ولنأخذ شرط آخر هو شرط رضا الوالدين. فإذا كان القانون
الأجنبي يشترط رضاهما بالنسبة للأشخاص الذين بلغوا سنا تفوق السن
المشترطة في القانون الفرنسي، فإن تطبيقه لا يكون مخالفا للنظام العام
لأنه في هذه الحالة يعد أكثر تشددا من القانون الفرنسي. أما إذا كان لا
يشترط رضاهما حتى بالنسبة للذين لم يبلغوا سن الرشد، فإنه يكون أقل
تشددا مما يتعين استبعاده باسم النظام العام. وهكذا بالنسبة لساائر
الشروط الأخرى.

النوع الثاني: هي الشروط غير المعروفة في القانون الفرنسي.
والمبدأ السائد بشأنها أنه لا يعتد بالشروط التي يؤدي تطبيقها إلى جرح
شعور الفرنسيين لمساسها بنظامهم الاجتماعي القائم على حرية الزواج
وعلمانيته.

وعليه فإنه يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي القانون الأجنبي الذي
لا يسمح بانعقاد الزواج بين زوجين مختلفي الديانة⁽¹⁾، وكذلك بين
زوجين مختلفي اللون⁽²⁾، كما يعتبر أيضا مخالفا للنظام العام القانون
الأجنبي الذي يشترط لانعقاد الزواج خلو الزوجين من الأمراض
جسمانية كانت أم عقلية⁽³⁾.

- إعمال فكرة النظام العام في الجزائر:

كما سبق أن قلنا قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة
الإسلامية كما أن النظام الاجتماعي والخلقي في الجزائر لا يزال
مؤسسا على الدين، ولذلك فإن نطاق النظام العام في الجزائر أوسع
من نطاقه في الدول العلمانية. فهو إضافة إلى حيولته دون الأخذ
بالشروط الأقل تشددا مثل ماهو الحال في فرنسا على نحو ما رأينا
سابقا، فإنه يحول أيضا دون الأخذ بالشروط الواردة في القانون
الأجنبي والتي تنطوي على مساس بحقوق المسلم.

وهكذا فإنه ينبغي استبعاد باسم النظام العام الإسلامي القانون
الأجنبي الذي يمنع تعدد الزوجات إذ كان الزوج قد دخل في الإسلام.
وكذلك ينبغي استبعاد باسم النظام العام القانون الأجنبي الذي يجيز
زواج مسلمة بغير مسلم.

(1) انظر:

- 17 Nov. 1922, S. 1924, 2, 65

(2) انظر:

- 6Aout 1884, Clunet, 1885, 296

(3) انظر:

- J. Mestre. Junis class. op.cit. n. 149

Loussouarn et Bourel, op. cit. p. 401, n. 306

2- الشروط الشكلية للزواج:

الشروط الشكلية للزواج ليست نفسها في مختلف الدول. ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج. وفي بعضها الآخر يشترط الشكل المدني لانعقاده. وتوجد دول تجيز إنعقاده في كلا الشكلين. بينما تكتفي دول أخرى لانعقاده برضا الطرفين فقط دون ربطه بأية شكلية.

وهذا الاختلاف يجعل بشكل أكيد موضوع الشروط الشكلية للزواج المجال الرحب لتنازع القوانين مما يجعل من الضروري تحديد القانون الذي يحكمها (أ) ثم تحديد نطاقه، لأن الكثير من شروط صحة الزواج تحتاج إلى عملية التكييف لتصنيفها في طائفة الشروط الموضوعية أو في طائفة الشروط الشكلية ذلك أن الطائفتين لا تخضعان إلى نفس القانون (ب).

أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

باعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية فهو يخضع من حيث شكله طبقا لقاعدة " Locus regit actum " لقانون محل إبرامه. غير أن هذا القانون يستبعد في الكثير من الدول لصالح القانون الوطني في حالة إبرام الزواج أمام بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج. وسنتناول فيما يلي إبرام الزواج وفقا لقانون محل إبرامه ثم إبرامه أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية.

- خضوع الزواج من حيث شكله لقانون محل إبرامه:

- إبرام الزواج في الشكل المحلي حل عالمي:

يخضع الزواج من حيث شكله في القانون الجزائري لقانون محل

إبرامه، ويستفاد ذلك من عدة نصوص:

- نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، جاء فيه: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

ويلاحظ أن هذا النص لا يتعلق إلا بالزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا مما يجعل زواج الأجانب في الجزائر غير خاضع له. ولا يوجد في اعتقادنا ما يمنع من إعطاء هذا النص صفة مزدوجة مثل ما فعل القضاء الفرنسي مع نص المادة 170 من القانون المدني الذي هو مماثل له، فيكون بذلك زواج الأجانب الذي يتم انعقاده في الجزائر خاضعا من حيث شكله للقانون الجزائري.

- نص المادة 71 من نفس القانون، جاء فيه " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج... ويضيف النص: ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

ويفيد هذا النص بمفهوم المخالفة بأن الأجانب يمكنهم عقد زواجهم في الجزائر أمام الجهات المذكورة إذ ما كانت لهم إقامة فيها منذ شهر واحد على الأقل.

- وأخيرا نص المادة 19 من القانون المدني الذي يخضع كل

العقود مابين الأحياء من حيث شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، لكن دون أن يجعل ذلك إلزاميا إذ قد أجاز إخضاعها أيضا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين.

وخضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل الذي أخذت به بصفة صريحة تشريعات الكثير من الدول العربية، نذكر منها القانون المصري⁽¹⁾، والقانون الكويتي، والقانون التونسي، والقانون اللبناني، والقانون السوري، والقانون العراقي.

ويسود هذا الحل أيضا هو الدول الإفريقية. فهو الحل المأخوذ به مثلا في غينيا والسنغال وساحل العاج والطوقو⁽²⁾. ونذكر أيضا ضمن الدول التي أخذت بهذا الحل الدول الأوربية كفرنسا وإيطاليا واليونان وألمانيا والنمسا وتشكوسلوفاكيا وألبانيا ويوغسلافيا وبولغاريا والنمسا وتركيا وإنجلترا. وأخذ به كذلك القانون الأمريكي⁽³⁾.

(1) - المادة 20 من القانون المدني. قد انتقد الأستاذ عز الدين عبد الله القضاء الذي اعتمد على المادة 20 من القانون المدني في إخضاعه لشكل الزواج لقانون بلد إبرامه. فحسب هذا الفقيه فإن نص المادة موجه أصلا إلى شكل العقود الواقعة في نطاق المعاملات المالية، وسنده في ذلك موقعه من النصوص التي عالج فيها المشرع تنازع القوانين من حيث المكان، إذ جاء هذا الموضع بين النصوص التي تضم قواعد تنازع القوانين في مواد الأحوال العينية والوقائع والتصرفات القانونية (المواد: 18 وما بعدها)، واتخذ مكانه عقب المادة 19 التي بين فيها المشرع قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية. غير أن هذا الانتقاد لم يلق تأييدا فقهيًا. فالفقه المصري في مجمله مع تطبيق نص المادة 20 على شكل الزواج.

(2) - G.A.KOUSSIGAN : les conflits interpersonnels et internationaux de lois en Afrique noire francophone, Reflexion à partir de l'expérience sénégalaise, Rev. crit. dr. int. privé, 1978, p. 641, et s.
(3) - B.HANOTIAN : Le droit international privé Américain L.G.D.J 1979, p.267 et s.

نلاحظ من خلال ما تقدم أن خضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل السائد في كل دول العالم لما فيه من التيسير على الزوجين، ذلك أنه لو ألزمتنا الزوجين بعقد زواجهما في الشكل الذي قرره قانونهما لكان ذلك متعذرا عليهما في الكثير من الأحيان.

مدى اعتبار الشكل المحلي إلزاميا:

إذا كانت كل الدول تأخذ قوانينها كما سبق أن قلنا بقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد إبرامه فإن هناك إختلافا فيما بينها حول طابعها، هل لها طابع إلزامي أم لا. ويمكن تصنيف قوانين مختلف الدول حول هذه المسألة في ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: تجعل هذه القاعدة اختيارية كالقانون المصري⁽¹⁾

والقانون العراقي (المادة 26 من القانون المدني)، والقانون الكويتي (المادة 37 من المرسوم الأميري)، والقانون السوري (المادة 21 من القانون المدني)⁽²⁾، والقانون الإيطالي⁽³⁾

المجموعة الثانية: تجعل هذه القاعدة الزامية بالنسبة للزواج المبرم

على إقليمه، واختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج. ويدخل ضمن هذه المجموعة القانون النمساوي⁽⁴⁾. والقانون الألماني⁽⁵⁾، والقانون البولوني⁽⁶⁾.

(1) قد اعتبر القضاء المصري القاعدة الواردة في المادة 20 اختيارية

(2) راجع: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 214

(3) - Art. 26 des dispositions préliminaires du code civil

(4) المادة 16 من القانون الفدرالي الصادر في 15 جوان 1978

(5) Art 13/3 de la loi du 25 juin 1986, Rev. crit. dr. int. privé, 1987, 174.

(6) - L. 12 Nov. 1965, Rev. crit. dr. int. privé, 1966, 325.

المجموعة الثالثة: تجعل هذه القاعدة إلزامية أيا كان بلد إبرام الزواج سواء أتم إبرامه في إقليمها أم تم إبرامه في الخارج. ويدخل ضم هذه المجموعة القانون اليوغوسلافي⁽¹⁾، والقانون الألباني⁽²⁾، والقانون المجري⁽³⁾، والقانون البلغاري⁽⁴⁾، والقانون التشيكوسلوفاكي⁽⁵⁾، ويمكن اعتبار كذلك القانون الفرنسي ضمن هذه المجموعة⁽⁶⁾.

بالنسبة للقانون الجزائري فإن هذه القاعدة تعتبر إلزامية إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة. ففي هذه الحالة يمكنهما إبرام زواجهما وفق قانون جنسيتهما المشتركة. ويستخلص ذلك من نص المادة 19 من القانون المدني: "ويمكن أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين"، معنى ذلك أنه إذا لم يكن مشتركا فليس أمامهما إلا الشكل المحلي.

في تطبيق القانون المحلي:

ينبغي أن نبين تطبيق قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي على زواج الجزائريين في الخارج، ثم على زواج الأجانب في الجزائر.

(1) Art. 33 de la loi du 15 juill. 1982 sur les solutions des conflits de loi , Rev. crit. dr. int. pr. 1983, 355

(2) المادة 6 من قانون 21 نوفمبر 1964

(3) - Art 12 du decret -loi n. 13/79 Rev.crit. dr. int. privé, 1981, 162

(4) - Art, 30 de la loi du 5 aout, 1949

(5) -Art 20 de la loi du 4 Dec .63 Rev. crit. cr. Int. pr. 1965, 514

(6) انظر: - Bishoff, note sous Cass. Civ 15 juin 1982 Arrêt ZAGHA

Journal de droit international privé 1982, p. 306

زواج الجزائريين في الخارج:

يجوز للجزائريين عقد زواجهم في الخارج وفق الشكل المحلي. وهذه الإمكانية قد أتاحها لهم نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية. فقد جاء فيه: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذ تم حسب الأوضاع التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

ونلاحظ أن هذا النص لا يتناول إلا الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين وبين جزائري وأجنبية. وأما الذي يعقد بين جزائرية وأجنبي فهو مسكوت عنه مما يجعلنا نستنتج أن زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي. ويرجع سبب ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم⁽¹⁾. غير أن هذا التخوف ليس في اعتقادنا في محله ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير المسلم.

وإذا كان للجزائري الحق - كما أوضحنا- في عقد زواجه في الخارج وفق الشكل المحلي، فإن هذا الحق ليس مطلقا، ذلك أن هناك أشكالا محلية قد تعتبر مخالفة للنظام العام الجزائري مما يتعين منع الجزائري من إبرام زواجه في الخارج وفقها. وهكذا فإنه يعتبر باطلا زواج الجزائري في الخارج إذا تم وفق الشكل المحلي، وكان هذا

- Issad ,op. cit. p. 254

(1) انظر :

الشكل دينيا يمس عقيدة المسلم. أما إذا كان هذا الشكل على خلاف ذلك فإن الزواج الذي يتم وفقه يكون صحيحا. وهناك بعض الدول البروتستانتية تعرف ما يسمى بالزواج الرضائي وهو الزواج الذي يتم بدون أي شكل. فمثل هذا الزواج لا يعتبر في رأينا باطلا ذلك أن جانباً كبيراً من الفقهاء المسلمين يجيزون إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات بما في ذلك إقرار الطرفين.

- زواج الأجانب :

للأجانب الخيار بين عقد زواجهم وفق الشكل المحلي وبين عقده وفق قانون جنسيتهم وهذا إذا كان الطرفان من جنسية واحدة، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين فإن الشكل المحلي يصبح حينئذ إلزامياً، ذلك ما يستخلص من نص المادة 19 من القانون المدني.

وإذا تم زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي فإنه على الزوجين احترام كل الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري كحضور شاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي، والإقامة داخل الإقليم لمدة لا تقل عن شهر⁽¹⁾.

صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم:

غالبية الدول حتى تلك التي اعتبرت قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي الزامية تسمح لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها. وقد جعلت معاهدة فينا (Vienne) المنعقدة في 24 أبريل 1948 من صلاحية رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في التصرف كضابط الحالة المدنية قاعدة حقيقية من القانون الدولي العام⁽²⁾.

(1) المادة 71 من قانون الحالة المدنية

Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 298

Batiffol et Lagarde, op. cit. t. 2, n. 424

Dominique Holleaux... op. cit. n. 1137, p. 515

هذه المعاهدة قد صادقت عليها الجزائر في 4 مارس 1964 (الجريدة الرسمية 1964 ص. 485)

كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1978 والمتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته قد اعترفت لهم هي أيضا بصلاحية إبرام زواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها شريطة أن هذه البلدان لا تمنعهم من ذلك⁽¹⁾ لم تشذ الجزائر عن هذه القاعدة. فقد اعترفت هي أيضا بصحة العقود التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل طبقاً للقانون الجزائري. فقد جاء في المادة 96 من قانون الحالة المدنية: " إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقاً للقوانين الجزائرية."

استناداً إلى هذه المادة يعتبر صحيحاً زواج الجزائريين المبرم طبقاً للقانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل في الدول المعتمدين فيها.

ونلاحظ أن هذه المادة لم تعلق اختصاص رجال الأحوال الدبلوماسيين أو القناصل على أي شرط، ولذلك لا يشترط في صحة العقد الذي يقومون بتحريره طبقاً للقانون الجزائري أن تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها مثل ما يشترط ذلك القانون المدني المصري⁽²⁾.

وإذا كان للأعوان الدبلوماسيين والقناصل على نحو ما رأينا صلاحية إبرام زواج الجزائريين، فهل لهم أيضاً مثل هذه الصلاحية في حالة الزواج المختلط؟.. قد أعطت لهم المادة 97 من قانون الحالة

- Imprimerie LAHAYE 1978, p. 283

(2) المادة 64 من القانون رقم 166 لسنة 1954 الخاص بتنظيم السلكين الدبلوماسي والقنصلي.

المدنية هذه صلاحية إذا كان الزوج جزائريا والزوجة أجنبية وتتمتع بجنسية البلد المضيف. أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد التي ستحدد بموجب مرسوم (الفقرة 2).

ونشير إلى أن هذا النص لم يتناول زواج الجزائري بأجنبي مما يتيح لنا القول بأنهم غير مختصين في هذه الحالة.

ولما أعطى المشرع الجزائري للأعوان الدبلوماسيين والقناصل الجزائريين صلاحية إبرام زواج الجزائريين في الخارج فقد اعترف بذلك بقاعدة من القانون الدولي العام وهي صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر شرط أن تكون أيضا دولهم تسمح لهم بذلك .

ب- نطاق القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج:

لما كانت شروط صحة الزواج تخضع لقانونين مختلفين، فمن اللازم تحديد نطاق القانون الذي يحكم منهما الشروط الشكلية للزواج. ويعتبر شرط " الشكل الديني " الذي تفرضه بعض الدول على رعاياها الذين يبرمون زواجهم في الخارج الشرط الوحيد الذي أثار صعوبة كبيرة في تكييفه في مختلف الدول، أما الشروط الأخرى فتكييفها لا يثير صعوبة ذات أهمية كبيرة.

تكييف شرط إبرام الزواج في الشكل الديني:

تستلزم بعض الدول على رعاياها إبرام زواجهم في الشكل الديني، ذلك هو حال اليونان قبل قانون 5 أبريل 1982⁽¹⁾، وإسبانيا قبل قانون

(1) EVANGELOS VASSILAKAKIS : Loi introduisant le mariage Civil en Grèce, Rev. crit. dr. int. privé 1982.

رقم 81/30 الصادر في 1981 (المادة 80 والمادة 50)، وهو حال إسرائيل اليوم وكذلك حال مالطا وكولومبيا⁽¹⁾.

إن الدول التي جعلت من الزواج نظاما علمانيا كفرنسا وبريطانيا وبلجيكا تعتبر هذا الشرط من الشروط الشكلية⁽²⁾. أما الدول التي تعتبر الزواج نظاما دينيا فتعتبره من الشروط الموضوعية.

وفي الجزائر تنص المادة 9 من القانون المدني أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه. ولما كان القانون الداخلي لا يعرف التفرقة بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية فإن أمر تكييف شرط المراسيم الدينية وفقا للقانون الجزائري مسألة في غاية الصعوبة. ونجد نفس هذه الصعوبة في معظم الدول العربية لأنها هي أيضا لا تعرف هذه التفرقة. ولكن بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظاما دينيا وإنما هو نظام مدني إذ لا يشترط لانعقاده حضور رجل دين أو احترام طقوس معينة فيمكن القول بأن شرط المراسيم الدينية تعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر. وقد قال بهذا التكييف الفقه المصري وقد نص القانون الكويتي عليه صراحة حسما لأي خلاف بشأنه.

(1) انظر: Paul Lagarde : Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Rec. Acad. LAHAYE 1986 , 1.note545

(2) انظر: - En France Cass. civ. 22juin, 1955, Rev. crit. dr. int. privé 1955,p.723, noteBatiffol ,D.1956, 73 note Chavrier, J.C.P 1955.11.8928 - En Belgique : Bruxelles15 nov . 1956, Rev. crit. 1962,p.76note, Rigaux. - en Angleterre, Chambre des Lords16 janvier1912, clunet, 1913,p. 636 ; High court,20 mai 1963 Clunet1965, 1436.

الفرع الثاني آثار الزواج

متى انعقد الزواج صحيحا ترتبت عنه آثاره. وتختلف هذه الآثار باختلاف التشريعات. كما أن منها التي تفرق بين الآثار الشخصية والآثار المالية، ولا تخضع النوعين لنفس القانون. فذلك كله يطرح تساؤلين: الأول: يتعلق بتحديد القانون الذي يحكم آثار الزواج(1). والثاني يتعلق بتحديد نطاق هذا القانون (2).

1- القانون المختص بحكم آثار الزواج:

قد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج بما في ذلك آثاره بالنسبة للمال لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج (المادة 12 من القانون المدني).

وقد أخذت بهذا الحل مختلف قوانين الدول العربية(1)، ويرمي هذا الحل إلى تحقيق مايلي:

- تجنب مشكلة التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج. فنصت على أن الوقت الذي يعتد به بجنسية الزوج هذا هو وقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى.
- تأمين استقرار آثار الزواج. وفي ذلك استقرار للأسرة. فلا تتغير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج، فتبقى نفسها باستمرار.

(1) القانون المصري (المادة 14 من القانون المدني)، القانون العراقي، (المادة 19 من القانون المدني)، القانون السوري (المادة 14 من القانون المدني)

- إن في تطبيق قانونين على آثار الزواج يؤدي في غالبية الأحيان إلى تعذر تطبيق أحدهما عند اختلافهما. ولذلك فإنه تجنبا لهذا المشكل فقد آثرت هذه الدول أن تكون آثار الزواج خاضعة لقانون واحد. ويعتبر هذا السبب هو الدافع كذلك بالقضاء الفرنسي إلى اختيار قانون معين لتخضع له آثار الزواج في حالة اختلاف جنسية الزوجين وهو قانون موطنهما المشترك(1).

ويرجع اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة، فهو رئيسها. وهذا ما يفسر بالطبع اختيار الدول العربية لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة أو قانون الموطن المشترك لهما. ويوم أن كانت فرنسا تعتبر الزوج هو رب الأسرة فقد أخضعت هي أيضا آثار الزواج لقانون جنسية الزوج(2).

وإذا كان الأصل - كما رأينا - هو خضوع آثار الزواج في الجزائر لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، فإن استثناء من هذا الأصل يطبق القانون الجزائري في حالة كون أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج. وقد أخذت معظم قوانين الدول العربية بهذا الاستثناء(3) ويعتبر الأستاذ Niboyet من المدافعين في فرنسا عن هذا الاستثناء(4).

(1) انظر: 559. p. 1963, Rev. crit. dr. int. privé, 1963, Civ. - note G.H Clunet, 1963, p.986 note Ponsard.

(2) Cour d'appel de Paris 15fev 1950, Rev. crit. dr. int. privé, 1950, J.C.P. 1950. 5578

20 oct 1951 Rev. crit. dr. int. pr. 1951, 656, note G.H. - Trib, Civ, Seine 31 mars 1952, Rev. crit. dr. int. pr. 1952, 330 note Batiffol

(3) انظر: Arab Belgacem : les conflits de lois relatifs à la conclusion et aux effets personnels du mariage en D.I.P. algerien et comparé, thèse doctorat, Paris 1.p. 143.144

(4) Cour de droit international privé français 2ed. 1949, n. 1496

كما أن المشروع الأولي الذي أعدته لجنة تعديل القانون المدني الفرنسي قد أخذ به⁽¹⁾.

وما يعيب هذا الاستثناء هو وقوفه حجرة عثرة أمام كل محاولة للتنسيق بين الأنظمة القانونية للوصول الى حلول موحدة.

2- تحديد نطاق القانون الذي يحكم آثار الزواج:

التمييز بين ما يعتبر من آثار الزواج الشخصية وما يعتبر من آثاره المالية هو عديم الفائدة في القانون الجزائري لأن هذا القانون قد أخضع كل آثار الزواج بما في ذلك آثاره بالنسبة لمال الزوجين لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

وإذا كانت بعض المسائل لا تطرح مشكلة في تكييفها إذ تخضع بدون خلاف للقانون الذي يحكم آثار الزواج كواجب إخلاص الزوجين لبعضهما البعض، وواجب الزوج في العدل في حالة زواجه بأكثر من واحدة، وواجب الزوجة في طاعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، فإنه في المقابل هناك مسائل أخرى تعرف مزاحمة قوانين أخرى مما يطرح صعوبة في تكييفها كواجب الزوج في الاتفاق على زوجته (أ) وأثر الزواج على حالة المرأة (ب)، وعلى أهليتها (ج).

أ- النفقة:

يوجب القانون الجزائري على الزوج الإنفاق على زوجته حسب وسعه (المادة 37 من قانون الأسرة).

وحسب المادة 14 من القانون المدني تخضع النفقة بين الأقارب للقانون الوطني للمدين بها. والسؤال المطروح: هل الالتزام بالنفقة الملقى على عاتق الزوج يخضع لنص هذه المادة أم أنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج؟.

وباعتبار أن الزوجين أجنبيان عن بعضهما البعض قبل الزواج، وأن

(1) - Art 64 . V. sur ce projet, J. Mestre Juris. Class. fasc. 546 D. n. 22

زواجهما هو الذي أنشأ هذا الإلتزام، فإنه من المنطقي في رأينا أن نكيفة على أنه من آثار الزواج. وقد جرى القضاء الفرنسي قبل دخول اتفاقية لاهاي المنعقدة في 2 أكتوبر 1973 حيز التطبيق على اعتبار النفقة الزوجية أثرا من آثار الزواج⁽¹⁾. فقد طبقت محكمة النقض على النفقة في قضية " شموني " قانون جنسية الزوجين المشتركة. ولما غير الزوج جنسيته طبقت قانون موطنها المشترك⁽²⁾.

ب- حالة المرأة المتزوجة:

قد يؤثر الزواج في بعض التشريعات على حالة المرأة فيما يتعلق باسمها، وكذلك فيما يتعلق بموطنها:

- الاسم: توجب بعض التشريعات على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها، والبعض الآخر يجعلها محتفظة باسمها (الدول الإسلامية). وتوجد دول تترك للزوجين حرية اختيار اسم عائلي مشترك يتكون من اسمهما معا⁽³⁾.

لا شك أن هذا الاختلاف بين التشريعات يطرح تنازعا حادا بين القوانين، فهل يخضع اسم المرأة المتزوجة لقانونها الشخصي باعتباره عنصرا من عناصر حالتها، أم أننا نخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزوج؟.

(1) Textes in. rev. crit. dr. int. privé, Commentaire par P. Bellet

(2) انظر: -Civ 19 février 1963, rev. crit. dr. int. privé, 1963, 559,

note G.H. Clunet 1963, 986, note A. Ponsard

-30 Oct. 1926 clunet, 1927, 690

انظر أيضا

- Chambre de requettes 27 mars 1923n 690

- انظر الاتجاه المخالف.

-Arab Belgacem, op. cit.p.160.

(3) انظر:

قد اختار القضاء الفرنسي في الحالات النادرة التي عرضت عليه القانون الذي يحكم آثار الزواج⁽¹⁾ ويؤيد غالبية الفقه الفرنسي هذا الحل⁽²⁾.

غير أن جوابا وزاريا في 1978 يصرح بأنه تخضع لقانون جنسية الزوجة الفرنسية مسألة معرفة ما إذا كان باستطاعتها حمل الاسم المتكون من اسمها واسم زوجها⁽³⁾، وهو الحل المأخوذ به في ألمانيا⁽⁴⁾. ويعتبر في رأينا الحل الأول هو الأمثل لأن الأمر يتعلق بصفة واضحة ببيان ما إذا كان للزواج أثر على اسم الزوجة.

- الموطن: بالنسبة للاختصاص التشريعي ليس هناك أهمية لتحديد موطن المرأة المتزوجة لأن المشرع الجزائري لم يأخذ أبدا موطن كضابط للإسناد. لكن المشكل يظهر لما يكون القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي يرتب جزاء على مغادرة الزوجة لمسكن الزوجية، ففي هذه الحالة من اللازم تحديد موطن المرأة المتزوجة. هل موطنها هو موطن زوجها، أم أنه يمكن أن يكون لها موطن مستقل؟.

(1) انظر: - Trib. civ. Tunis. 22 mars 1899, Clunet, 349

-Trib. civ Seine, 22 fev. 1902, et Paris 15 juin 1904, Rev. crit. dr. int. privé, 1905, 146.

Paris 13 juin 1923 Rev. crit. dr. int. privé, 1924, 394

- Niboyet, op. cit. n. 1497, p. 369

Loussouarn et Bourel, op. cit, p. 485

- Rev. crit. dr. int. privé. 1978, p. 593

P. Mayer, op. cit. p. 341, note 26.

وباعتبار - في رأينا- أن الشريعة الإسلامية التي منها استمد القانون الجزائري للأسرة أحكامه قد أعطى الحق للزوج في اختيار موطن الزوجية، فإن للزوج بذلك أثر على موطن المرأة المتزوجة. وعليه فهو يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج. فهذا الأخير هو الذي يبين ما إذا كان للزوج أثر على موطن المرأة المتزوجة، وما هي سلطة الزوج في اختيار موطن الزوجية.

ج - أهلية المرأة المتزوجة:

يؤثر الزواج في بعض الدول على أهلية المرأة المتزوجة سواء بالغائها كاملة أو بصفة جزئية⁽¹⁾. ولتحديد القانون الواجب التطبيق على المرأة المتزوجة يميز بعض الفقهاء بين فرضين.

الأول: إذا كان تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هدفه المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها فإنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج⁽²⁾.

الثاني: إذا كان هدف تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هو حمايتها ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها، فإن قانونه الشخصي هو الذي يكون حينئذ مختصا⁽³⁾.

(1) قد ألغى القانون الفرنسي نقص أهلية المرأة المتزوجة بقانون 18 فبراير 1938. ونقص أهلية المرأة المتزوجة غير موجودة حاليا في الخارج إلا بصفة استثنائية. وحسب الاستاذ فضل الله، لم تبق سوى دولة الشيلي التي تأخذ به حاليا.

V. Fadil : la famille légitime en droit international privé, Domaine de la loi applicable aux effets du mariage, Dalloz, 1977, n. 183

- Batiffol et Lagarde, op.cit. n. 436

(2) راجع:

- J. Mestre, J,cl. op. cit. fasc. 546 D. n. 124

(3)

V. aussi, Cass. civ. 27 juin 1950, Rev. crit. dr. int. privé, 1951, 277.

وفي رأينا أنه من الصعب قبول في الجزائر إخضاع أهلية المرأة المتزوجة للقانون الذي يحكم آثار الزواج في حالة كون الزوجين مختلفي الجنسية، ذلك أن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفقا لقانونها، فتصبح بالزواج ناقصة الأهلية وفقا لقانون الزوج الذي هو القانون الذي تخضع له آثار الزواج في القانون الجزائري. فالأفضل في تقديرنا إخضاع في الجزائر أهلية المرأة المتزوجة لقانونها الشخصي، فلا يترتب على الزواج أي أثر عليها.

الفرع الثالث

انحلال الزواج

1- تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج:

أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 14 من القانون المدني).

وقد أخذت أيضا بهذا الحل قوانين بعض الدول العربية مثل مصر (المادة 2/13 من القانون المدني)، وسوريا (المادة 2/12 من القانون المدني)، والعراق (المادة 3/19 من القانون المدني)، والأردن (المادة 2/14 من القانون المدني)، وليبيا (المادة 2/13 من القانون المدني)، والسودان (المادة 2/19 من القانون المدني). ويرجع سبب اختيار هذه الدول لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة إلى ما يتمتع به الزوج في مجتمعاتها من سلطات واسعة داخل الأسرة، وإلى كونه يملك إنهاء زواجه بإرادته المنفردة وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية.

أما عن اختيار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيلاحظ الكثير من الفقهاء⁽¹⁾، بأنه ليس هناك ما يبرره إذ يؤدي إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء انعقاد الزواج. فقد يسمح هذا القانون بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن أبدا في حساباتها.

ولا يخفي الضرر الذي يلحقها.

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 309.

- عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 215.

- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 238 و 239.

ولعل أفضل قانون يمكن أن يخضع له انحلال الزواج هو القانون الذي تكون الزوجة على بصيرة به. ولا يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين. ويعتبر قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين هو القانون الذي يستجيب لهذين الاعتبارين. ولذلك فقد اختارته قوانين بعض الدول كضابط للإسناد بالنسبة لانحلال الزواج كالقانون الكويتي⁽¹⁾، والقانون اليوناني⁽²⁾، وقد أخذت به أيضا اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطبيق والانفصال (المادة 8)، وإذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة، ففي هذه الحالة لا مناص من عقد الاختصاص لقانون آخر. وقد طبق كل من القانون الكويتي والقانون اليوناني - إذا لم توجد جنسية مشتركة للزوجين - قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. ولعل اختيارهما لهذا القانون يرجع إلى كون الزوجين على بصيرة كافية به. فلا يمكن لأحدهما أن يحتج بجهله به.

أما القضاء الفرنسي فقد طبق قبل قانون 1975 في حالة اختلاف جنسية الزوجين قانون موطنهما المشترك حتى لا يكون في ذلك في اعتقادنا مساس بمبدأ المساواة بين الجنسين⁽³⁾. وإذا لم يكن لهما موطن مشترك فقد طبق عليهما قانون القاضي⁽⁴⁾.

(1) المادة 40 من المرسوم الأميري رقم 5 لعام 1962

(2) المادة 16 من القانون المدني

(3) انظر: - Civ. 1.17 avril 1953 Rivière, S. 1953n.1.181 note

Batiffoll J.C.P 1953. 860 note Plaisant

(4) انظر: - Batiffoll, Clunet 1961, 734, note Goldman ; D. 1961. 437 note

G. Holleaux

وإذا كانت القاعدة في القانون الجزائري على نحو ما رأينا هو خضوع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإن هناك استثناء عليها قد أورده المادة 14 من القانون المدني ومفادها أنه: " إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده".

ونجد نفس هذا الاستثناء في معظم قوانين الدول العربية. وقد تعرض هذا الاستثناء لبعض النقد. من ذلك أنه إذا كان الغرض من هذا الاستثناء هو حماية الطرف الوطني المسلم، فإن في الأخذ بفكرة النظام العام ما يحقق نفس النتيجة. كما أن الاسترسال في الأخذ بهذا الاستثناء قد يؤدي إلى نتائج غريبة فنجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد زواجه، في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما. ومن الأوفق في رأينا أن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع دعوى الطلاق، وهذا ما أخذ به القانون الألماني. فقد استلزمت المادة 17 من قانون إصدار التقنين المدني لتطبيق القانون الألماني على التطلاق أن يكون أحد الزوجين على الأقل ألمانيا وقت رفع الدعوى⁽¹⁾.

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 318، 319.

2- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج:

إن القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون أم لا. وإذا كان معترفا به فيها فمن من الزوجين يملك إيقاعه. وما هي القيود التي ترد على استعماله، وهل يجوز التوكيل فيه أم لا ؟.

ويرجع كذلك إلى القانون الذي يحكم انحلال الزواج لمعرفة الأسباب التي تبرر التطلاق أو الانفصال الجسماني.

أما إجراءات الطلاق أو التطلاق فهي تخرج من نطاق هذا القانون وتخضع لقانون القاضي. كما تخرج أيضا من نطاقه الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق أو التطلاق للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد، مثل تحديد نفقة وقتية للزوجة، والإذن لها بالإقامة في سكن الزوجية، وتسليم الأثاث الضروري لها للاستعمال اليومي. فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي. وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي⁽¹⁾. وقد انتقد بعض الفقه هذا القضاء ويقول بإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج مع قبول بصفة استثنائية إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي المختص، ويكون ذلك باسم النظام العام أو بإسم حالة الاستعجال⁽²⁾.

(1) انظر: - Paris 4 avril 1952, Rev. crit. dr. int. privé, 1952, 739, note Holleaux

Cass. civ. 13 février 1973, Rev. crit. dr. int. privé, 1974, 631 note L. Tapor

(2) راجع: - Loussouarn et Bourel, op. cit. 333, p.532

وتثير مسألة إجراء الطلاق أمام سلطة دينية خلافا كبيرا في الفقه والقضاء. هل هي من الإجراءات فتخضع بالتالي لقانون القاضي، أم أنها من المسائل الموضوعية فتخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج. يذهب القضاء الفرنسي الى اعتبارها من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج⁽¹⁾. وقد دافع الأستاذ "PIGEONNIERE-LEREBOURS" عن هذا الاتجاه⁽²⁾.

غير أن غالبية الفقه الفرنسي والمصري يذهب الى اعتبارها من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي، والقول باعتبارها من المسائل الموضوعية يتنافى مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من اعتبار شرط الطقوس الدينية التي تشترطه بعض التشريعات من الشروط الشكلية لا الموضوعية⁽³⁾.

وبالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الزواج، فمنها ما يخضع لقانون الذي يحكم انحلال الزواج، ومنها ما لا يخضع له.

فالآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق هي التي تدخل في نطاقه مثل حق المطلقة في النفقة⁽⁴⁾، وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها، وحقها في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفيا⁽⁵⁾.

(1) انظر: Cass. civ. 29 mai, 1905, D. P. 1905. I.353 ; S. 1906. I.

161, note Piller, Clunet 1905, 1006, Rev. crit. dr. int. privé, 1905, 518.

- Req. 20 juill, 1911, S. 1912, 1.32

انظر في نفس هذا الاتجاه - Precis, 6ed, n. 337, p. 365 et s.

(2) انظر: (3) راجع هشام علي صادق المرجع السابق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص، 125

(4) يلاحظ البعض بأن حق المطلقة في النفقة بهم أيضا البلد المتوطنة فيه المطلقة لأن الأمر يتعلق بمعيشتها فيه. ولذلك فإنه ينبغي إخضاعه لقانون القاضي باسم النظام العام أو قوانين

البوليس والأمن (راجع (Loussouarn et Bourel, op. cit. n. 533

(5) راجع عبد المنعم رياض و سامية راشد، المرجع السابق، ص. 214

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 226، 227.

- فؤاد ديب المرجع السابق، ص 241.

أما الآثار التي تخص كل زوج على حدة مثل حق الزوج المطلق في أن يعقد زواجا جديدا، والمدة التي ينبغي للمطلقة انتظارها للزواج من جديد، فهي تخرج من نطاقه وتخضع للقانون الشخصي للمطلقين.

ونشير إلى أن بعضا من الفقه قد قال بإخضاع حضانة أولاد المطلقين للقانون الذي يحكم انحلال الزواج⁽¹⁾. غير أن غالبية الفقه لا يميل إلى هذا الرأي. فبعضه يقول بإخضاعها لقانون القاضي بدل القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام، وبعضه الآخر يقول بإخضاعها للقانون الوطني للولد المحضون⁽²⁾.

3- النظام العام والقانون الذي يحكم انحلال الزواج:

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول. فبعضها تعتبره رابطة مؤبدة لا تتحل إلا بوفاة أحد الزوجين. وبعضها الآخر تقبل انحلاله، غير أنها تختلف فيما بينها حول أسبابه وطرقه.

ويؤدي هذا الاختلاف في مفهوم الزواج من دولة إلى أخرى إلى الإكثار من فرص تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج.

ففي الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام يكون خاصة في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالحقوق المقررة من طرف الشريعة لمعتنقي الإسلام.

(1) انظر: Issad Mohamed, op. cit. p. 533

(2) انظر: P. Mayer, op. cit. p. 354

لكن إذا كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة قد وقع في الخارج فإن هذا القضاء يقبل الاحتجاج به في فرنسا إذا كان قد وقع وفقاً لما يقضي به قانون جنسية الزوجين المشتركة⁽¹⁾.

المطلب الرابع

النسب

يعتبر النسب من المسائل المنتمية إلى الأحوال الشخصية مما يجعل القانون الشخصي هو الواجب التطبيق عليه.

ولما كان النسب له علاقة بثلاثة أشخاص الأب والأم والطفل فإن تحديد القانون الشخصي يعتبر نتيجة لذلك من المسائل التي اختلف فيها الفقه، وتعددت بشأنها الإتجاهات التشريعية والقضائية.

يوجد اتجاه يقول بالتمييز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي. الأول يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزوج على اعتبار أن الطفل الشرعي يعد في عداد أفراد الأسرة التي أساسها الزواج، كما أنه من الأفضل أن يكون قانون واحد هو الذي تخضع له مختلف العلاقات التي تنشأ بين أفراد نفس الأسرة. أما الثاني وهو النسب الطبيعي فيخضعه لقانون جنسية الطفل لعدم مزاحمته من طرف القانون الذي تخضع له الأسرة لأنه لا يوجد ما يسمى بالأسرة الطبيعية.

وبناء على ذلك فإن القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين ينبغي أن يستبعد إذا كان الزوج هو الذي غير ديانته بأن اعتنق الإسلام بينما ظلت زوجته كتابية، ذلك أن الحكم بإنهاء الزوجية في هذه الحالة يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر من حق المسلم الزواج بالكتابية.

وينبغي أيضاً أن يستبعد القانون الأجنبي الذي يمنع انحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين إذا كانت الزوجة هي التي غيرت ديانتها بأن اعتنقت الإسلام بينما بقي زوجها على ديانته، ذلك أن الشريعة الإسلامية تمنع استمرار الزوجية في حالة اعتناق الزوجة للإسلام بينما بقي زوجها على كفره⁽¹⁾.

وفي غير الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج يكون في الغالب لما يكون هذا القانون يبيح انحلال الزواج لأسباب لا يقرها قانون القاضي أو يكون أكثر تساهلاً منه في إباحة الطلاق أو التطلق.

فقد استبعد القضاء الفرنسي باسم النظام العام تطبيق قوانين بعض الدول الإسلامية التي تبيح انحلال الزواج بإرادة الزوج وحده⁽²⁾.

(1) راجع عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 222

(2) Cour d'appel de Paris 7 juill. 1959 Clunet 1960 : note Sialleli :

Rev. crit. Dr. Int. Privé, 1960, 354 note Loussouarn.

-Cour d'Aix en provence 21 janvier 1981, Rev. crit. dr. int. privé, 1982, 297 note Legier et Mestre

-Trib. grd inst. Paris 26 janvier 1978, Rev. crit. dr. int. privé 1979, 111, note D.H.

(1) انظر : - Cass. civ. 18 Dec, 1979 Rev crit. dr. int. privé 1981, 90

- 03 Novembre 1983. Rev. crit. dr. int. pr. 1984 325 note Fadlallah.

Clunet 1984, 392 note Kahn , J.C.P., 1984 , II 20131

ونجد هذا الاتجاه سائدا في فرنسا قبل القانون الصادر في 3 جانفي 1972. فقد طبق القضاء الفرنسي على النسب الشرعي القانون الذي بحكم آثار الزواج⁽¹⁾، وعلى النسب الطبيعي قانون جنسية الطفل⁽²⁾ ويوجد اتجاه ثان يقول بتطبيق على النسب بنوعيه قانون جنسية الطفل.

ويعتبر الفقيه الفرنسي FRANCESKAKIS من المدافعين على هذا الاتجاه. وحجة هذا الاتجاه أن النسب يتعلق بحالة الطفل الشخصية⁽³⁾ غير أن هذه الحجة غير مقنعة في نظر بعض الفقهاء على اعتبار أن النسب يتعلق أيضا بحالة الأب من حيث أبوته للإبن⁽⁴⁾ ويوجد إلى جانب هذين الاتجاهين اتجاه ثالث يقول باخضاع النسب لقانون جنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوى المتعلقة بالنسب.

كما أنه من النادر أن تكون مجهولة بخلاف الأب⁽⁴⁾.

وقد أخذ القانون الفرنسي الصادر في 3 جويلية 1972 بهذا الاتجاه.

(1) انظر: - Paris 21 juin 1955, Rev. crit. dr. int. privé, 1955, 529, note Batiffol, Clunet, 1956, 1008

- Cass. civ. 4 nov 1958, Rev. crit. dr. int. pr. 1959, 303 note Francescakis, Clunet 1959, 788 note Ponsard.

(2) انظر: - Cass civ, 10 Mars 1960 D. 1960 548 note Malaurie Rev. crit. dr. int. privé. 1960, 205, note Batiffol.

-15 Dec. 1964 ; Rev. crit. dr. int privé, 1957, 551 note Lagarde. Cass. civ. 22 Mai 1957, Rev. crit. dr. int. pr. Privé 1957, 466 note Batiffol, Clunet 1957, 722, note Ponsard.

(3) - Frances cakis : une extention discutable de la jurisprudence Rivière, Rev. crit. dr. int. pr. 1956, p. 254.

(4) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 322

(5) انظر: -Loussouarn et Bourel, op.cit. n. 341, p. 539, 540

فأخضع النسب بنوعيه الطبيعي والشخصي للقانون الشخصي للأم، و في الحالة التي تكون فيها مجهولة فللقانون الشخصي للطفل.

أما في الجزائر فإن المشرع لم يبين لنا القانون الذي يخضع له النسب. وفي تقديرنا، بعد استعراض الاتجاهات السابقة، فإن القانون الذي يحكم آثار الزواج هو القانون الأنسب الذي يجب أن يخضع له النسب الشرعي على اعتبار أن الطفل يعد في نظر الشريعة الإسلامية- التي هي مصدر قانون الأسرة - أحد أفراد الأسرة التي تأسست بالزواج. إذ أن الولد للفراش. إضافة إلى ذلك فإنه من الأفضل أن تكون كل العلاقات التي تقوم بين أطرافها محكومة بقانون واحد هو قانون آثار الزواج.

أما النسب الطبيعي فلا اعتبار أنه لا يوجد ما يسمى بالأسرة الطبيعية فلا يمكن أن يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج. ومن الأنسب في تقديرنا أن يخضع لقانون القاضي لما له من اختصاص عام، وللتقليل من استعمال النظام العام الإسلامي في مواجهة القانون الأجنبي المختص الذي يأخذ بالنسب الطبيعي، ذلك أن الشريعة الإسلامية التي هي روح النظام العام في الجزائر لا تعترف بالنسب الخارج عن إطار الزواج.

المطلب الخامس

النفقة بين الأقارب

قد تكون القرابة قرابة مباشرة. وقد تكون قرابة حواشي. القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع⁽¹⁾. وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر⁽²⁾.

وتوجد إلى جانب هذين النوعين من القرابة قرابة أخرى هي القرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر. فقد جاء في المادة 35 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر".

وتختلف التشريعات في تحديد القرابة الموجبة للنفقة، كما تختلف أيضاً في تحديد شروط استحقاقها. كما توجد تشريعات لا توجب النفقة بين الأقارب. فذلك كله يوجب تحديد القانون الذي تخضع له هذه النفقة.

تنص المادة 14 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

ونلاحظ أن عبارة "بين الأقارب" الواردة في هذا النص قد وردت أيضاً في المادة 15 من القانون المدني المصري. ويتضح من الأعمال التحضيرية لهذا القانون أن هذه العبارة أضيفت لدفع "شبهة أن يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية"⁽³⁾.

(1) المادة 33 من القانون المدني الجزائري.

(2) المادة 2/33 من القانون المدني الجزائري

(3) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 334

عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 236

ونعتقد أن المشرع الجزائري أراد هو أيضاً نفس الشيء باستعماله لعبارة "بين الأقارب". فتكون بذلك النفقة الزوجية خارجة عن نطاق المادة 14 الأنفة الذكر لأنها تعتبر من آثار الزواج.

وقد لاحظ الفقه أيضاً وبحق أن استعمال المشرع لعبارة: "القانون الوطني للمدين بها" هو تعبير معيب إذ يفترض سلفاً أن الشخص مدين بالنفقة في حين أن قانون جنسيته هو الذي يحدد ما إذا كن يعد مديناً بالنفقة أم لا⁽¹⁾.

(1) راجع: عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 237.

الميراث هو خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته. ولما كان الميراث من المسائل التي تقع بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية فقد كان محل خلاف فقهي وتعدد في الاتجاهات التشريعية بشأن تحديد القانون الذي يخضع له، ثم في تحديد نطاق هذا القانون.

1- تحديد القانون الذي يخضع له الميراث:

تفرق تشريعات بعض الدول بين الميراث في العقار والميراث في المنقول. فتحضع الميراث في العقار لقانون غير القانون الذي تخضع له الميراث في المنقول. ونجد هذه التشريعات شبه مجمعة على إخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه. أما الميراث في المنقول فتختلف فيما بينها حول تحديد القانون الذي يخضع له. ففرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا تخضعه لقانون موطن المتوفي. أما النمسا والمجر ورومانيا فتحضعه لقانون جنسية المتوفي.

ويرجع سبب هذه التفرقة إلى " الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي وهي أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة، ولذلك فإنها تتبع الشخص حيث يوجد" (1).

وقد انتقد بعض الفقه هذه التفرقة لكونها تؤدي من الناحية العملية إلى ترتيب أوضاع شاذة. فنجد المنزل مثلا خاضعا لقانون بينما أثاثه خاضعا لقانون آخر. وتؤدي هذه التفرقة أيضا إلى الإضرار في كثير من الأحيان بحقوق دائني التركة وبحقوق الورثة. (1)

وعلى نقيض الدول السابقة توجد دول تؤمن بوحدة القانون الذي يحكم الميراث فتحضع التركة في مجملها لقانون واحد. غير أن هذه الدول ليست متفقة على قانون معين. فالتى تعتبره متصلا بنظام الأسرة أخضعت لقانون جنسية المتوفي كالدول العربية، واليونان، واسبانيا، وألمانيا. والتي تعتبره متصلا بنظام الأموال قد أخضعت لقانون موقع المال كبعض دول أمريكا اللاتينية. أما التى تعتبره نتيجة لواقعة قانونية هي الوفاة فقد أخضعت لقانون موطن المتوفي باعتباره قانون محل الوفاة. (2)

وباعتبار أن الميراث في الجزائر يعتبر متصلا بنظام الأسرة - إذا أنه ينظم انتقال مال المتوفي إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي تولى بيان أحكامه - فقد أخضعه المشرع إلى قانون جنسية المتوفي. جاء في المادة 16 من القانون المدني: " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

(1) راجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 80

(1) انظر: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 265

(2) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ف 110

- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 266

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتفرقة بين الميراث في العقار والميراث في المنقول الذي أخذ به القضاء الفرنسي والتي رأينا بأنها منتقدة لكونها تؤدي إلى ترتيب أوضاع شاذة، فيكون بذلك قد أخذ بالإتجاه المدافع عن إخضاع الميراث في مجمله لقانون واحد.

2- نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث:

يدخل في نطاق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة باعتباره القانون الذي يحكم الميراث المسائل التالية:

أ- أسباب الإرث كالقربة والزوجية.

ب- وقت استحقاق الإرث: هل يستحق بموت المورث حقيقة، أم أنه يمكن أن يستحق أيضا باعتباره ميتا بحكم القانون (1).

ج- شروط استحقاق الإرث: هل يشترط تحقق حياة الوارث حقيقة وقت موت مورثه، أم يكفي تحقق حياته وقت موته حكما؟ (2). وهل يرث الحمل أم لا؟ وإذا كان يرث فما هي شروط استحقاقه للميراث: هل يشترط أن يولد حيا أم لا؟ وإذا كان يشترط أن يولد حيا فمتى يعتبر مولودا حيا؟ (3). وما حكم موت اثنين من غير أن يعلم السابق منهما. هل يتوارثان أم لا؟ وإذا كانا يتوارثان، فكيف يكون التوارث بينهما؟ (4).

(1) جاء في المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

(2) تنص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا".

(3) جاء في المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا. ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

(4) جاء في المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري "إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا".

د- موانع الإرث: تمنع مثلا قوانين الكثير من الدول الإسلامية القاتل من الميراث، مع اختلاف فيما بينها حول نوع القتل المانع من الميراث وحدود هذا المنع، كما تمنع أيضا المرتد من الميراث (1). وهناك بعض المسائل الأخرى محل خلاف فقهي، هل تدخل في نطاق القانون الذي يحكم الميراث أم أنها تدخل في نطاق قانون آخر.

من هذه المسائل:

التركة الشاغرة:

يتبين من نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائرية أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الخزينة العامة.

غير أن السؤال الذي يثور هي: لأي دولة تؤول التركة الشاغرة. هل تؤول إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيتها، أم تؤول إلى الدولة التي توجد أموال التركة بإقليمها؟.

تتوقف الإجابة على هذا السؤال حسب الفقه الفرنسي والمصري (2) على تكييف أيلولة التركة الشاغرة للدولة، فإذا كيفنا حق الدولة على التركة الشاغرة على أنها حق إرث باعتبار الدولة وارثة لمن لا وارث له، اعتبرنا انتقال التركة إليها خاضعا للقانون الذي يحكم الميراث، وحينئذ تؤول التركة إلى الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أما إذا كيفنا حقها على التركة الشاغرة على أنه حق مبني على سيادتها فإن التركة الموجودة على إقليمها تؤول إليها باعتبارها مالا لا مالك له.

(1) جاء في المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري، "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم، 1 - قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أو شريكا". وجاء في المادة 138 من نفس القانون: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

(2) انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص، 355

- عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص، 263.

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 247

Niboyet. Traité, tome 4, n. 1173

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عدم اعتبار الدولة واردة وإنما تأخذ التركة على أنها مال ضائع.⁽¹⁾ وهذا التكيف هو الذي ينبغي الأخذ به في الجزائر على اعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية. وعليه فإن التركة الموجودة على إقليم الجزائر والتي لا وارث لها وفقا لقانون جنسية المتوفي تؤول إلى الدولة الجزائرية باعتبارها مالا لا مالك له. وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية ومحكمة الاستئناف المختلطة.⁽²⁾

حقوق دائني التركة:

يرى الفقه الغالب عدم إخضاع لقانون الميراث بيان مدى تعلق حقوق دائني المتوفي بمالية التركة وأثره على الورثة، لأن المسألة لاتتعلق بنظام الأشخاص، بل بنظام الأموال وسلامة المعاملات.⁽³⁾ وعليه فإن قانون موقع المال هو الذي سيطبق عليها. فإذا كانت أموال التركة موجودة في الجزائر، فإن قاعدة: " لا تركة إلا بعد سداد الديون " هي التي ستطبق عليها. ومعلوم أن الشريعة الإسلامية لا ترتب للورثة حقا على تركة مورثهم إلا بعد سداد الديون، وتنفيذ الوصايا. ينتقد الأستاذ فؤاد ديب هذا الاتجاه، ويرى أنه يترتب عنه تجزئة أموال التركة من حيث القانون الواجب التطبيق عليها: " أي تعدد القوانين التي تحكمها بتعدد الدول التي تتواجد فيها أموال التركة مما يؤدي

(1) راجع: محمد أبو زهرة، أحكام التركات والوارث، دار الفكر العربي، ص 75

(2) انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 350، هامش 3.

(3) انظر: هشام علي صادق. المرجع السابق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 246

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 350

إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي". ولذلك فهو يرى وجوب إخضاع مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة على غرار المسائل الأخرى التي ترتبط بالميراث⁽¹⁾.

غير أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على أساس أنه لا يتقرر في الشريعة الإسلامية حق لأي وارث على التركة إلا بعد سداد الديون، وتنفيذ الوصايا. فالقانون الذي يحكم الميراث يرجع إليه فقط بعد الفراغ من مسألة الديون لا قبله. يقول فقهاء الشريعة الإسلامية أن حق الورثة في الخلافة يكون بعد الديون في الرتبة وهو يتعلق بثلاثي التركة بعد الدين لا بالتركة كلها⁽²⁾.

1- النظام العام والقانون الذي يخضع له الميراث:

لما كانت الموارث مستمدة في القانون الجزائري من الشريعة الإسلامية فإن القانون الأجنبي المختص قد يستبعد باسم النظام العام كلما كان تطبيقه يترتب عنه مساس بالشعور العام عند عدم النقيض بأحكامها. وعليه فإن القانون الأجنبي الذي يقرر حق الإرث لولد الزنا يجب أن يستبعد. كذلك يجب أن يستبعد القانون الأجنبي المختص لما يكون المورث مسلما إذ أن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية. وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى. فقد

(1) المرجع السابق، ص. 271 و 272

(2) راجع: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 8.

جاء في قرارها المؤرخ في 27 ماي 1964 أن: " أحكام المواريث الإسلامية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، تعتبر من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والإجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين⁽¹⁾."

واستبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلما يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابطا للإنسان مما يهدم قاعدة الاسناد الواردة في المادة 16 من القانون المدني الجزائري والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة⁽²⁾.

المطلب السابع

الوصية

باعتبار أن الوصية وثيقة الصلة بالميراث لأنها مثله طريق من طرق الخلافة بسبب الموت، فقد أخضعها المشرع الجزائري لنفس قاعدة الإسناد التي أخضع لها الميراث، كما أنه لم يخضع شروطها الشكلية للقاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني، وإنما خصها بقاعدة اسناد خاصة بها تتلاءم مع طبيعتها. فيكون المشرع الجزائري قد أخرج بذلك الوصية

(1) مجموعة النقض، السنة 15، العدد الثاني، ص. 727

(2) راجع: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 275

وسائر التصرفات القانونية المضافة إلى ما بعد الموت من نطاق أعمال قواعد الإسناد الخاصة بالتصرفات القانونية سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل.

1- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للوصية:

تنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته."

وقد عرف قانون الأسرة الجزائري الوصية بقوله: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" (المادة 18).

وقد ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية من حيث الأحكام المطبقة عليها تصرفات المريض مرض الموت والمقصود بها التبرع⁽¹⁾ والتصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها⁽²⁾. كما ألحق القانون الأسرة الجزائرية بالوصية الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة⁽³⁾.

(1) تنص المادة 776 على مايلي: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف."

(2) جاء في المادة 777 " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ".

(3) جاء في المادة 204 " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية."

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مجال إعمال قانون الموصي وقت موته، هل يشمل سائر الشروط الموضوعية للوصية أم أن هناك بعض الشروط التي ينبغي إخراجها من نطاقه. ومرجع هذا الخلاف هو أن: " بعض هذه الشروط يرد على الوصية بوصفها تصرفا إراديا، وبعضها الآخر يرد عليها بحكم أنها لها إتصالا وثيقا بالميراث. (1)

يذهب فريق من الفقه إلى إخضاع جميع الشروط الموضوعية لقانون الموصي وقت الوفاة حتى لو تعلقت بتنظيم الوصية بوصفها تصرفا إراديا.

وهكذا فإنه حسب هذا الفقه فإن أهلية الموصي للإيصاء وأركان الوصية من رضا ومحل وسبب وعيوب الرضا تخضع جميعها لقانون الموصي وقت وفاته.

وقد أسس هذا الفقه رأيه هذا على اعتبار أن الوصية وإن كانت عملا إراديا إلا أنها تختلف عن سائر التصرفات الإرادية الأخرى من حيث أن استيفاء جميع شروطها الموضوعية لا يتحدد بصفة نهائية إلا عند وفاة الموصي. كما أنها تصرف غير لازم إذ يجوز الرجوع فيها، الأمر الذي يقتضي عدم الاعتداد بالأهلية إلا في وقت الذي ينقطع فيه تحرك الإرادة وهو وقت وفاة الموصي. (2)

ويذهب فريق آخر من الفقه إلى إخراج من نطاق قانون الموصي وقت وفاته الأهلية، وعيوب الرضا، والمحل، والنسب، وإخضاعها

(1) انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 361

(2) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 362

لقانون الموصي وقت الإيصاء على أساس أن هذه المسائل لا علاقة لها بالميراث، علاوة على أن الوصية تصرف إرادي ينبغي بالتالي الإعتداد بالإرادة وقت صدورها لا وقت الوفاة. (1)

ويفضل بعض الفقه إخضاع أهلية الموصي لكل من قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء وقانون جنسيته وقت الوفاء. وأساس الاعتداد عند أصحاب هذا الرأي بقانون جنسية الموصي وقت عمل الوصية بشأن أهلية الإيصاء هو أن الوصية تصرف قانوني، أي عمل إرادي، يلزم لصحتها كمال الأهلية وقت صدور الإرادة. وأساس اعتدادهم في نفس الوقت بقانون جنسية الموصي وقت وفاته هو أن الوصية رغم كونها تصرفا قانونيا إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها ما بقي الموصي حيا. وبهذه المثابة فإن شروطها الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصي.

غير أن أصحاب هذا الرأي لا يخضعون عيوب الإرادة إلا لقانون واحد هو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، ذلك أن عيوب الإرادة عندهم يجب النظر إليها عند عمل الوصية لأنه الوقت الذي تصدر فيها الإرادة معيبة (2).

ونعتقد أن أفضل هذه الآراء الرأي الذي يخضع جميع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته على أساس أن نص المادة 16 من القانون المدني جاء عاما .

(1) راجع: عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص. 269

- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص. 281

(2) انظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 250 و 251

ولو أراد المشرع استثناء أحد الشروط لنص على ذلك صراحة. كما أنه من محاسن هذا الرأي هو إخضاعه كل مايتعلق بتركة الهالك لقانون واحد إذ أنه لا تخفى المساوى الكثيرة المترتبة نتيجة إخضاع شروط الوصية لقوانين متعددة.

وبناء على ذلك فإنه يدخل ضمن الشروط التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت وفاته المسائل التالية: القدر الجائز للإيصاء به، تحديد الأشخاص الذين لا يجوز الإيصاء لهم، حدود حق الورثة في الاعتراض على الوصية، أهلية الموصي للإيصاء، عيوب الرضا، والمحل والسبب في الوصية.

2- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية:

قد استثنى المشرع الجزائري الشروط الشكلية للوصية من الخضوع للقاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات والمنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني نظرا للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها الوصية، فهي من جهة وثيقة الصلة بالميراث، ومن جهة أخرى تعتبر من التصرفات الإرادية.

جاء في المادة 16 من القانون المدني: " غير أنه يسري على شكل الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

والنفقة بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية للوصية وما يعتبر من الشروط الشكلية هي مسألة تكييف تخضع وفقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري لقانون القاضي.

بناء على نص المادة 16 الفقرة 2 من القانون المدني يمكن للجزائريين إجراء وصاياهم في الخارج إما وفقا للشكل المقرر في القانون الجزائري باعتباره قانونهم الوطني، وإما وفقا للشكل المحلي، أي في الشكل الذي يقضي به قانون البلد الذي تمت فيه الوصية. أما الأجانب فيمكنهم إجراء وصاياهم في الجزائر إما وفقا للشكل المقرر في قوانين بلادهم، وإما وفقا للشكل المحلي المقرر في القانون الجزائري.

الفصل الثاني

نظام الأموال

القاعدة السائدة في قوانين مختلف الدول هي خضوع الأموال إلى قانون موقعها. ولما كانت الأموال تنقسم إلى أموال مادية وأموال معنوية فإن تطبيق هذه القاعدة إذا كان لا يثير صعوبة بالنسبة للأموال المادية فإن تطبيقها على الأموال المعنوية صعب جداً، إن لم نقل بأنه مستحيل لكونها لا تشغل حيزاً مكانياً. ولذلك فإنه من الضروري أن نبحث في هذين النوعين من الأموال في مبحثين منفصلين، فنخصص المبحث الأول للأموال المادية، والمبحث الثاني للأموال المعنوية.

المبحث الأول

الأموال المادية

1- خضوع الأموال لقانون موقعه:

أخضع المشرع الجزائري الأموال إلى قانون موقعها. فقد جاء في المادة 17 من القانون المدني: "يسري على الحيازة، والملكية، والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي يترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها".

وتعتبر قاعدة خضوع المال لقانون موقعه من أقدم قواعد القانون

الدولي الخاص إذ يرجع تاريخها إلى عهد المدرسة الإيطالية القديمة. فقد قال بها فقهاؤها في مناسبات مختلفة. فبارطول (BARTOLE) قال بها بمناسبة تحديد القانون الذي يخضع له العقار من حيث تعليته. و " Jacques Revigny " قال بها بمناسبة الميراث في العقار⁽¹⁾.

وقد أكد " دارجنترية " هذه القاعدة بالنسبة للعقار. فقال بخضوعه من جميع النواحي بما في ذلك الأهلية اللازمة للتعاقد بشأن العقار، وشكل العقد، وشروط الموضوعية، لقانون موقعه.

وفي القرن التاسع عشر اعتبر " Mancini " خضوع الملكية العقارية للقانون الإقليمي استثناء على نظرية شخصية القوانين التي نادى بها تأسيسا على أن كل القوانين المتعلقة بالملكية العقارية تتعلق بالنظام العام، فتطبق بالتالي تطبيقا إقليميا.

وقد أخذ أيضا الفقيه الألماني سافيني " Savigny " بهذه القاعدة. فنظريته القائمة على التركيز المكاني للروابط القانونية تجعل المال خاضعا لقانون موقعه ذلك أن مقر العلاقات القانونية المتعلقة بالأشياء هو مكان وجود هذه الأشياء.

ولا توجد حاليا دولة لا تأخذ بهذه القاعدة. ولعل ذلك هو مدافع البعض من الفقه إلى حد القول بوجود عرف دولي يلزم الدول بالأخذ بها⁽²⁾.

(1) راجع: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 26

(2) راجع: هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط. 3. 1974 والمراجع التي أشار إليها في الهامش.

أ- تبرير قاعدة خضوع المال لقانون موقعه:

برر " Savigny " خضوع المال لقانون موقعه على أساس أن المال له مكان يوجد فيه، وأن هذا المكان هو الذي تتركز فيه العلاقات القانونية المتعلقة به. فقانون موقعه هو بالتالي أنسب القوانين لحكمه. - يعتبر قانون موقع المال القانون الذي يفكر فيه بصفة طبيعية الأطراف المعنية، إضافة إلى كونه يتطابق في الغالب مع قانون القاضي⁽¹⁾.

تتطلب سلامة المعاملات إخضاع المال لقانون موقعه إذ أنه من السهل الرجوع إليه للتحقق من وجود الحق العيني لدى المتصرف فيه، كما أنه يسهل على كل من يهمه الأمر التعرف على حال المال إذا كان عقارا، وذلك بالإطلاع بسهولة على الالتزامات المترتبة عليه في مكان وجوده.

ومن الفقه من برر خضوع العقار لقانون موقعه على أساس أنه جزء من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها، وتتنافى هذه السيادة مع إخضاع جزء من إقليمها لقانون غير قانونها.

وهناك تبريرات أخرى قال بها الفقهاء. وكل تبرير منها يتماشى مع فقه صاحبه في تنازع القوانين.

ب - صعوبة تحديد موقع المال :

بالنسبة للعقار ليست هناك صعوبة في تحديد موقعه لأنه حسب التعريف الذي أعطاه له المشرع الجزائري هو : " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف (المادة 683 من القانون المدني). ومع ذلك فقد تثار صعوبة بشأنه - وإن كانت نادرة الوقوع - وذلك لما يوجد موقعه على الحدود الفاصلة بين إقليمي دولتين. وقد اتجه الفقه في هذه الحالة بدون تردد إلى تجزئته، وإخضاع

- P. Mayer, op. cit. n. 637

(1) أنظر :

كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد بها على إقليمها⁽¹⁾، ولكن إذا وجدت اتفاقية دولية منظمة لهذه الوضعية فإن الاتفاقية هي التي ستطبق.

وبالنسبة للمنقولات المادية، فهي أيضا لا تثير في الغالب صعوبة في تحديد موقعها، لأن موقعها هو مكان وجودها الحقيقي أو الفعلي. ومع ذلك فهناك بعض المنقولات يصعب أمر تحديد موقعها لأنها دائمة الحركة كالسفن والطائرات والبضائع أثناء النقل.

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه بالنسبة للطائرات والسفن إلى عدم الاعتراف بمكان وجودها الفعلي وإخضاعها لقانون العلم، أي لقانون الدولة التي قيدت فيها وترفع علمها. ويسود هذا الحل في غالبية دول العالم⁽²⁾.

وتخضع أيضا المنقولات الموجودة على ظهر السفينة أو الطائرة لنفس القانون الذي تخضع له وسيلة النقل المحمولة على ظهرها وهو قانون العلم.

وبالنسبة للبضائع المنقولة برا على وسيلة لا تحمل علما، فباعتبار أنه لا يمكن تحديد موقعها الفعلي وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب حق عيني عليها لأنها تجتاز حدود أكثر من دولة

(1) راجع : Niboyet. Les conflits de lois relatifs aux immeubles situés aux frontières des Etats. Rev. De dr. Int. et de legisl. Comp. 1933, 468.

- Batiffol et Lagarde, op.cit tome 2. n.506. note 147.

(2) راجع في ذلك : Batiffol et Lagarde. Op. cit. tome 2. n.509. note 7.

خلال نقلها، فإن أنسب قانون يمكن أن تخضع له حسب الفقه الراجح هو قانون الدولة المرسل إليها تأسيسا على أن هذه الدولة هي المكان الذي ستستقر فيه هذه البضائع⁽¹⁾.

لكن إذا كانت البضاعة تستقر مؤقتا في مكان ما أثناء نقلها فإن من الفقه من يرى إخضاعها في هذه الحالة لقانون هذا المكان⁽²⁾.

ج - صعوبة تحديد قانون موقع المال (التنازع المتحرك) :

قد يتم نقل المنقول من دولة إلى أخرى الأمر الذي يطرح مشكل توزيع الاختصاص بين قانون موقعه السابق وقانون موقعه الجديد⁽³⁾. وقد أطلق الفقهاء على هذا المشكل اصطلاح التنازع المتغير أو التنازع المتحرك « Conflit mobile ».

وقد أعطى القضاء الفرنسي لهذا المشكل نفس الحل المعطى لتنازع القوانين الداخلية من حيث الزمان. فقال بتطبيق قانون الموقع الجديد بأثر مباشر ودون ترتيب أثر رجعي له⁽⁴⁾.

(1) راجع عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في شرح القانون الدولي الخاص، ط. 1974، ج2، ص 354.

(2) Loussouarn et Bourel. Op.cit. n.415.

(3) لا يمكن تصور قيام مثل هذا التنازع بالنسبة للحقوق المترتبة على العقارات لأنها أموال ثابتة غير قابلة للنقل من مكان إلى آخر دون تلف.

(4) أنظر : J. Foyer op. cit. p.620.

وقد ميز جانب كبير من الفقهاء القائلين بهذا الحل بين مضمون الحق ووسائل كسبه وذلك على غرار الحل المعتمد بالنسبة لتنازع القوانين الداخلية من حيث الزمان. فقالوا بخضوع مضمون الحقوق العينية التي يمكن أن يكون المنقول محلها لقانون موقعه الجديد. أما وسائل كسب الحقوق فتظل خاضعة للقانون الساري المفعول عند استعمال هذه الوسائل.

وتطبيقا لهذا الحل فإن الدائن المرتهن الذي يجيز له قانون موقع المنقول تملكه عند عدم الوفاء لا يمكنه تملكه بهذه الطريقة إذا ما نقل إلى فرنسا، لأن قانون موقعه الجديد لا يقر هذا الحق. وهذا هو التطبيق المباشر لقانون الموقع الجديد على مضمون الحق. وأيضا في المنقول الذي لا يجوز التعامل فيه وفقا لقانون موقعه القديم يصبح بالإمكان التعامل فيه إذا ما أجاز ذلك قانون موقعه الجديد، لأن الأمر يتعلق أيضا في هذا الغرض بمضمون الحق⁽¹⁾.

أما لو أن شخصا حاز منقولا من غير مالك في بلد لا يأخذ بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ثم نقل هذا المنقول إلى بلد يجيز له التمسك بهذه القاعدة، فإنه بإمكانه التمسك بها فيه في مواجهة مالكة الحقيقي، لأن الأمر يتعلق هنا بوسيلة كسب الحق. ويطبق على وسيلة كسب الحق - كما أسلفنا - القانون الساري المفعول عند استعمال هذه الوسيلة. فالشخص يعتبر قد باشر هذه الوسيلة في بلد موقعه الجديد.

(1) راجع : Batiffol et Lagarde. Op. cit. n.510

بالمثل لو أن عقدا قد تم في الخارج دون أن ينقل ملكية المنقول إلى المشتري لأن قانون الدولة التي تم فيها العقد يشترط لانتقال الملكية التسليم، وهذا التسليم لم يتم فيها، ثم نقل المنقول محل العقد إلى بلد حيث التسليم ليس لازما لانتقال الملكية. فهل يصبح المشتري مالكا له فيه ؟. الإجابة تكون بالنفي لأن رضا الطرفين قد تم في الوقت الذي كان فيه المنقول في الخارج، فيطبق عليه قانون موقعه السابق، لأن الأمر لا يتعلق بمضمون الحق، وإنما بوسيلة كسب الحق. ووسيلة كسب الحق يطبق عليها - كما أسلفنا - القانون الساري المفعول وقت استعمالها⁽¹⁾.

غير أنه إذا فرضنا وأن رضا الطرفين يعتبر مجددا بصفة ضمنية نتيجة عدم وجود إرادة مخالفة معبر عنها صراحة في الدولة التي تم نقله إليها، فإن قانون موقعه الجديد هو الذي سيكون حينئذ مطبقا عليه، فنعتبر بذلك المشتري مالكا للمنقول وفقا لقانون موقعه الجديد⁽²⁾.

إلى جانب هذا الحل هناك حل آخر يقول بأن الحق المكتسب على المنقول طبقا لقانون موقعه القديم يجب أن يبقى محترما في أية دولة انتقل إليها إعمالا لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة.

ويتطلب مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الحق المكتسب على المنقول ليبقى محترما في دولة موقعه الجديد أن تكون

(1) راجع : Batiffol et Lagarde. op. cit. n.512 note 13

(2) راجع : Batiffol et Lagarde. op. cit. n. 512. note 13

جميع عناصر نشوئه قد اكتملت في ظل القانون القديم، وألا يكون قد نشأ في ظل القانون الجديد أي حق عليه مضاد له.

وتطبيقاً لهذا الرأي فإن الشخص الذي اشترى منقولاً في ظل قانون دولة، لا يشترط التسليم لنقل ملكيته إليه، يبقى محتفظاً بهذه الملكية في الدولة التي نقل إليه على الرغم من استلزام قانون هذه الدولة التسليم لنقل الملكية.

وبالمثل فإن الشخص الذي حاز منقولاً في دولة تأخذ بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية يبقى محتفظاً بملكية هذا المنقول رغم نقله إلى دولة أخرى لا يأخذ قانونها بهذه القاعدة.

لكن إذا كان الحق لم يستكمل جميع العناصر اللازمة لنشوئه في ظل القانون القديم ثم نقل إلى دولة أخرى، فإنه لا يمكن الاعتراف به فيها حتى ولو أن قانون هذه الدولة تعتبر هذا الحق قائماً طبقاً لأحكامه. وعلى ذلك لو أن شخصاً اشترى منقولاً دون أن يتسلمه تحت سلطان قانون دولة يشترط التسليم لانتقال الملكية، فإن هذا الشخص لا يعتبر مالكا لهذا المنقول تحت قانون الدولة الجديدة التي نقل إليها على الرغم من عدم اشتراطه التسليم لنقل الملكية.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي الثاني لأنه قال بالاعتداد بقانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي يترتب عليه كسب أو فقد الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى (المادة 17 من القانون المدني).

وهذا التفسير هو الذي رجحه الفقه المصري بالنسبة لنص المادة 18 من القانون المدني المصري المقابلة لنص المادة 17 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

ونشير إلى أن التمسك بالحق المكتسب على منقول تحت سلطان قانون موقعه القديم يسقط إذا ما كان قانون الدولة التي نقل إليها لا يقر هذا الحق، وعلى ذلك فإنه لا يمكن لصاحب حق رهن على منقول التمسك به في الدولة التي نقل إليها إذا كان قانونها لا يقر هذا الحق⁽²⁾.

2 - مجال تطبيق قانون موقع المال :

يشمل قانون موقع المال المسائل التالية :

- 1- تحديد الاموال التي تدخل في دائرة التعامل، أي تلك التي تترتب عليها حقوق عينية، ذلك أن هناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها.
- 2- تحديد وصف المال أي تكييفه على أنه عقار أم منقول. وقد مضت الإشارة إلى أن هذا التكييف يعتبر من التكييفات اللاحقة إذ أنه لا تأثير له على الإختصاص التشريعي. ولذلك فهو لا يخضع لقانون القاضي وإنما للقانون المختص بحكم النزاع وهو قانون الموقع⁽³⁾.

(1) راجع : عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط، المرجع السابق، ص. 353.

- هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص. 804.

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 339.

(2) راجع : عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 394.

- هشام علي صادق : تنازع القوانين، ص. 804.

(3) راجع : هشام علي صادق، المرجع الأسبق : تنازع القوانين، ص. 805.

3- تحديد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على المال سواء كان عقارا أم منقولا. وهذه الحقوق قد تكون أصلية وقد تكون تبعية.

الحقوق الأصلية هي :

- حق الملكية وهو أوسع الحقوق العينية نطاقا لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء، فله أن يستعمله، أو يستغله، أو أن يتصرف فيه.

- الحقوق المترتبة عن حق الملكية، وهي حقوق تخول صاحبها سلطة محدودة على شيء مملوك للغير. وتشمل الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في القانون الجزائري : حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكن، وحق الارتفاق. وتشمل في مصر - زيادة على هذه الحقوق - حق الحكر.

الحقوق العينية التبعية هي الحقوق التابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به، ولذلك لا توجد مستقلة. وتشمل في القانون الجزائري الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز. ونشير إلى أنه لما كان الحق العيني التبعية لا يقوم مستقلا وإنما يتبع الحق الشخصي الذي يضمن الوفاء به، فإنه من غير الممكن لتقريره الاكتفاء بقانون موقع المال الذي يجيزه، وإنما ينبغي أن يكون القانون الذي يحكم هذا الحق الشخصي يقره أيضا. وعلى ذلك فإن الرهن القانوني الذي تقرر به بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها لا يكفي أن يقره فقط قانون الموقع، وإنما ينبغي أن يقره أيضا القانون الذي يحكم آثار الزواج.

4- تحديد السلطات التي يخولها الحق العيني المترتب على المال لصاحبه والقيود التي ترد عليها.

5- بيان أسباب كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها. وهذه الأسباب منها الخاصة فقط بالحقوق العينية، ومنها المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

بالنسبة للأسباب الخاصة فقط بالحقوق العينية، كالحيازة، والاستيلاء، والالتصاق، والشفعة، فهي تخضع بلا خلاف لقانون الموقع.

أما الأسباب المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، فتثير بعض الصعوبات، وخاصة لما يكون السبب الناقل للملكية هو العقد. ولذلك فإنه من اللازم القيام بتوزيع الاختصاص بين قانون الموقع وقانون الإرادة.

فإن كان العقد متعلقا بعقار، فإن قانون موقعه هو الذي يسري عليه. جاء في الفقرة 2 من المادة 18 من القانون المدني الجزائري : " غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه ". فحسب هذه المادة فإن موقع العقار لا يقتصر على حكم الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله، أو زواله، بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده⁽¹⁾.

غير أن أهلية المتعاقدين لا ينبغي إدراجها في نطاق تطبيقه، فهي تبقى خاضعة لقانون الجنسية وفقا لما تقضي به المادة 10 من القانون المدني. وكذلك ينبغي إخراج من نطاق تطبيقه شكل العقد، فهو يبقى خاضعا لقانون البلد الذي تم فيه التصرف (المادة 19 من القانون المدني).

(1) راجع : عبد المدمر رياض وسامية راشد، الوسيط، المرجع السابق، ص. 350.

المبحث الثاني الأموال غير المادية

الأموال غير المادية هي الأشياء التي لا تقع تحت الحس، ومع ذلك تصلح لأن ترد عليها الحقوق.

ويمكن تقسيم الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية إلى فصيلتين :

الأولى : وتسمى بحقوق المؤلف، وهي الحقوق التي ترد على كل إنتاج ذهني مبتكر سواء في مجال العلوم أو الآداب أو الفنون.

الثانية : وتسمى بحقوق الملكية الصناعية والتجارية. ويقصد بها الحقوق التي تكفل للصانع أو التاجر حماية العناصر المعنوية الأساسية في منشأته الصناعية أو في محله التجاري. ومن أمثلتها الحق في العملاء، والحق في الاسم التجاري، والحق في العلامة التجارية، والحق في النماذج الصناعية، والحق في براءة الاختراع، الخ ...

ويضاف إلى هذين النوعين من الحقوق ما يترتب على الحقوق الشخصية من الديون.

وحسب المادة 17 من القانون الجزائري يخضع المنقول لقانون موقعه. ولما كانت الأموال غير المادية تعتبر أيضا من قبيل المنقولات، فإن قانون الموقع هو الذي سيطبق عليها أيضا. ولا يوجد ما يفيد بأنها مستثناة من الخضوع له بخلاف ما عليه الأمر في مصر بالنسبة

أما إذا كان العقد متعلقا بمنقول، فباستثناء أثره في إنشاء حق عيني عليه طبقا لأحكام المادة 17 من القانون المدني، فهو يخضع من حيث شروطه الموضوعية لقانون الإرادة، ومن حيث أهلية المتعاقدين لقانون جنسيتهما (المادة 10 من القانون المدني).

6 - بيان وسائل الشهر والعلانية الواجب توافرها لنشأة الحق أو الاحتجاج به قبل الغير، ذلك أن الشهر غرضه حماية الغير واستقرار المعاملات، فلا يمكن بالتالي إخضاعه إلا لقانون الموقع⁽¹⁾.

(1) راجع : عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 351.

- عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط، المرجع السابق، ص. 351.

- إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، 1980، ص. 209.

للمادة 18 المماثلة للمادة 17 الأنفة الذكر، حيث أن الأعمال التحضيرية قد استثنت الأموال غير المادية من الخضوع لأحكامها. ولما كان المال غير المادي ليس له موقعا ماديا لأنه لا يقع تحت الحس، فإنه لا مفر من البحث عن موقع افتراضي له. وقانون هذا الموقع الافتراضي هو الذي سيطبق عليه. ونشير إلى أنه لا يوجد حل يشمل جميع الأموال غير المادية، ذلك أن لكل نوع منها محل تركيز افتراضي مستقل. وعليه فإننا نتناول فيما يلي بعضا من هذه الحقوق لبيان القانون الذي تخضع له :

1 - حق المؤلف :

يذهب الفقه الغالب إلى تطبيق على حق المؤلف قانون البلد الذي ينشر فيه المصنف لأول مرة. ويطلق عليه بلد الأصل. وقد برز اختصاص قانون بلد الأصل على أساس أن النشر هو الذي يعطي للمصنف قيمته الذاتية في إطار العلاقات الاجتماعية، ذلك أنه من تاريخ النشر يمكن القول بأن المصنف يشكل مالا يمكن الاستفادة منه من طرف الغير⁽¹⁾. فمن المنطقي بالتالي أن يكون قانون مكان النشر الأول هو الذي ينظم حقوق المؤلف والغير على المصنف.

(1) راجع : Batiffol et Lagarde. op. cit. p.180.

ويفترض هذا الحل أن المصنف قد تم نشره فعلا في بلد معين، لكن قد يحدث وأن المصنف لم ينشر بعد، أو أنه قد نشر وفي الوقت نفسه في أكثر من دولة مما يفرض البحث في هذين الفرضين عن الحل.

بالنسبة للمصنف الذي لم ينشر بعد، يذهب الفقه إلى تطبيق القانون الشخصي للمؤلف على اعتبار أن المصنف وثيق الصلة بشخص مؤلفه، كما أنه نتيجة عدم نشره لم تتعلق به حقوق الغير. وقد تبنت هذا الحل اتفاقية بارن⁽¹⁾.

وبالنسبة للمصنف الذي نشر في أكثر من دولة، تذهب كل من اتفاقية بارن وجنيف إلى تطبيق قانون الدولة التي يقرر قانونها مدة اقصر لحماية حق المؤلف⁽²⁾.

غير أنه قد اعترض على هذا الحل على أساس أنه من غير المقبول تحديد القانون المختص من بين القوانين المتزاحمة على أساس مضمونه، ذلك أن تفضيل مصلحة الغير على مصلحة المؤلف يعني اتخاذ موقف من الموضوع.

وقد دفع النقد جانب من الفقه إلى القول بتطبيق قانون موقع النشر الرئيسي. وإذا كان المصنف قد نشر في نفس الوقت في عدة

(1) راجع : Batiffol et Lagarde. op. cit. p.180

(2) أنظر بالنسبة لهاتين الاتفاقيتين : Rep. de. Dr. international 1969. tome 2. : n. 70 et s

دول، فإنه يتعين حينئذ الرجوع إلى قانون الدولة التي كان لنشر المصنف فيها أهمية أكثر من غيرها. وتحدد هذه الأهمية بالاستناد إلى قصد المؤلف آخذين بعين الاعتبار موطنه أو جنسيته. كما تحدد أيضا بالنظر إلى عدد النسخ المباعة، وما لقيه المصنف من قبول لدى القراء⁽¹⁾.

2- براءة الاختراع :

السلطة في الدولة هي التي تمنح للمخترع براءة الاختراع على اختراعه ولذلك فإنه ليس لهذه البراءة أية قيمة خارج إقليم الدولة التي منحتها. وبترتب على ذلك أن هذه البراءة لا تتمتع بأية حماية خارج حدود الدولة التي منحتها. وعليه فإن حماية براءة الاختراع لا تكون إلا وفقا لقانون الدولة المانحة لها. وإذا أراد صاحب الاختراع حماية اختراعه خارج الدولة التي منحته براءة الاختراع فعليه بالسعي للحصول على براءة الاختراع في كل دولة يريد حماية اختراعه فيها⁽²⁾.

3 - الرسوم والنماذج الصناعية :

تتطلب الرسوم الصناعية من أجل حماية حقوق أصحابها القيام

(1) راجع : Batiffol et Lagarde.op. cit. n. 531

- هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص. 815.

(2) أنظر : P. Mayer.op. cit. n. 635

بتسجيلها. وتلعب عملية التسجيل هذه بالنسبة لصاحب الحق نفس الدور الذي يلعبه نشر المصنف بالنسبة لحق المؤلف. فهو الذي يبين الوسط الذي يمارس فيه الحق. فيكون بذلك قانون هذا الوسط أحسن القوانين ملائمة له. يتضح من ذلك أن أنسب القوانين للتطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية هو قانون الدولة التي تم تسجيلها فيها.

4 - العلامات والأسماء التجارية :

الأسماء والعلامات التجارية هي وسائل للحيلولة دون المنافسة غير المشروعة. ولذلك فإن الحق عليها لا يتقرر بتسجيلها، وإنما بالأسبقية في استعمالها. وقد دفع هذا الاعتبار ببعض الفقه إلى القول بإخضاع العلامات والأسماء التجارية لقانون الدولة التي استعملت فيها لأول مرة⁽¹⁾. وقد ساد هذا الحل في فرنسا منذ القانون الصادر سنة 1857. غير أن هذا الحل قد تغير بقانون 31 ديسمبر 1964 الذي جعل اكتساب الحق في العلامة التجارية مرتبطا بالتسجيل وليس بالأسبقية في الاستعمال. فيكون بذلك القانون الواجب التطبيق في فرنسا بعد هذا القانون على الأسماء والعلامات التجارية هو قانون الدولة التي تم فيها التسجيل⁽²⁾.

(1) أنظر : Bartin. Principes. III. p. 97 et s

(2) راجع : Batiffol et Lagarde.op. cit. n. 534

- هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص. 817.

يعتبر الدين من الحقوق الشخصية، فهو بذلك يخضع لقانون الإرادة أو للقانون المحلي، ذلك أن الحقوق الشخصية - كما نعلم - إذا كانت ناشئة عن عقد فهي تخضع لقانون الإرادة، وإذا كانت ناشئة عن فعل فهي تخضع للقانون المحلي.

غير أنه يمكن النظر إلى الدين على أنه مال معنوي يمكن التصرف فيه عن طريق الحوالة مما يقتضي البحث فيما إذا كان يبقى بهذا الاعتبار خاضعا للقانون الذي يحكم الحقوق الشخصية بصفة عامة أم أن هناك قانونا خاصا به هو الذي ينبغي أن يخضع له. يفرق الفقه في إجابته عن هذا السؤال بين الديون العادية والديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول.

أ - الديون العادية :

يرى البعض من الفقه أن الديون - باعتبارها أموالا معنوية - فهي تخضع - على غرار الأموال المادية - لقانون موقعها. ويعتبر عند غالبية القائلين بهذا الرأي موطن المدين هو موقعها على أساس أنه المكان الذي يسهل فيه على الغير التعرف على الدين⁽¹⁾.

ويقصر القائلون بهذا الرأي تطبيق قانون موطن المدين على انتقال الدين في ذاته. أما العلاقة بين الدائن المحيل والمحيل له فلا تخضع له، وإنما تخضع لقانون الإرادة كما هو الشأن بالنسبة للمنقول

(1) أنظر : - Bartin. Principes. III. P. 31 et 32.

(1) أنظر :

إذ يخضع ترتيب الحق فيه لقانون موقعه. ويخضع العقد المتعلق به لقانون الإرادة⁽¹⁾.

يرفض جانب كبير من الفقه الحديث هذا الرأي، ويقول بعدم الفصل بين الدين ومصدره. فالقانون الذي يحكم مصدر الحق هو الذي يحكم أيضا قابلية الدين للانتقال أو الرهن⁽²⁾ فيتحقق بذلك وحدة القانون الذي يحكم الدين ومصدره نظرا للصلة الوثيقة بينهما⁽³⁾. وتستثنى من الخضوع لهذا القانون الإجراءات اللازم اتباعها لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين أو الغير إذ تخضع لقانون موطن المدين باعتباره القانون الذي يسهل على الغير التعرف على أحكامه مسبقا⁽⁴⁾.

أما عن العلاقة التعاقدية بين المحيل والمحال له فهي علاقة تعاقدية مستقلة عن العقد الأصلي، لذلك فهي تخضع للقانون الذي يحددانه بإرادتهما دون القانون الذي يحكم مصدر الدين⁽⁵⁾.

ويعتبر هذا الرأي هو السائد في ألمانيا وسويسرا والبلاد الإسكندنافية⁽⁶⁾.

(1) راجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 412

(2) أنظر : Batiffol et Lagarde. op. cit. n. 539 -

(3) راجع : فؤاد ديب، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 310.

(4) راجع : هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 820.

- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 311.

(5) راجع فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 411.

(6) أنظر : عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 411.

- Batiffol et Lagarde. op. cit. n. 539.

ب - الديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول :

الأوراق التي تثبت فيها الديون والقابلة للتداول قد تكون أوراقا إسمية، وقد تكون لحاملها، وقد تكون إذنية. ويختلف القانون الذي يخضع له تداول الدين باختلاف الورقة الثابتة فيها هذا الدين.

بالنسبة للدين الثابت في ورقة إسمية كالسهم والسند الرسمي، فإن انتقاله يخضع حسب الرأي الراجح للقانون الذي يخضع له الشخص المعنوي الذي أصدر السهم أو السند، وهو قانون البلد الذي وجد فيه مركز إدارته الرئيسي، كما يوجد أيضا فيه في الغالب سجله المخصص لقيد عمليات التنازل عن السهم أو السند⁽¹⁾.

وبالنسبة للدين الثابت في ورقة لحاملها مثل السهم لحامله، والسند لحامله، فهو يخضع من حيث انتقاله - وفقا للرأي الغالب - لقانون موقع الورقة الثابت فيها الدين وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه نقله على أساس اندماج الدين الذي هو منقول معنوي في الورقة الثابت بها والتي هي منقول مادي. ويحكم هذا القانون العلاقة بين الحائزين المتعاقبين للورقة ونظام تداولها. أما علاقة الحامل مع الجهة التي أصدرتها فتخضع للقانون الذي يحكم هذه الجهة⁽²⁾.

(1) راجع :

- Bartin. Principes. III. P.51

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 414.

(2) راجع : هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 822.

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 416.

وأما فيما يتعلق بالأوراق الإذنية كالسفحة أو السند الإذني أو الشيك، فيرى بعض من الفقه إخضاعها لقانون بلد الوفاء على اعتبار أنه فيه " يتحقق وجود الحق، وتثور المنازعات في شأنه، وتتخذ الإجراءات التحفظية والتنفيذية ".⁽¹⁾

بينما يرى البعض الآخر إخضاع كل التزام في هذه الأوراق لقانون البلد الذي تم فيه. فيخضع التزام الساحب لقانون بلد الإصدار، والتزام المظهر لقانون بلد التظهير، والتزام المسحوب عليه لقانون بلد القبول. وقد ساد هذا الرأي في اتفاقية جنيف المعقودة في 7 يونيو 1930 والخاصة بتنازع القوانين في الكمبيالة والسند الإذني، وتلك المعقودة في 19 ماي 1931 والخاصة بتنازع القوانين في الشيك⁽²⁾.

ويتميز الرأي الأول في تقدير بعض الفقهاء عن الرأي الثاني بوحدة القانون الذي يخضع له السند، ذلك أن الأخذ بالرأي الثاني يؤدي عمليا إلى تعدد القوانين التي يمكن أن تطبق على السند الواحد، ولا يخفى ما في هذا التعدد من مساوئ⁽³⁾.

(1) - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 415.

(2) راجع عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، الوسيط، ص 362.

- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 312.

(3) راجع فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 312.

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 415.

المبحث الثالث

الالتزامات التعاقدية

العقود التي تكون محلا لتنازع القوانين هي العقود الدولية لأنها هي التي تشتمل على عنصر أجنبي. أما العقود الداخلية فتخرج من نطاق التنازع. ولا يكفي لاعتبار العقد دوليا التصريح من طرف المتعاقدين بأنه دولي، وإنما ينبغي أن يشتمل بالفعل على عنصر أجنبي⁽¹⁾. وقد يتعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه⁽²⁾.

نتولى في المبحث الأول بيان القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وفي المبحث الثاني بيان نطاق تطبيقه.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما

(1) أنظر بشأن معايير التمييز بين العقود الدولية والعقود الداخلية.

- Dominique Holleaux. J. Foyer. G. DE. Geouffre DELAPRADELLE. OP. CIT. N. 1368 ... 1374.

(2) أنظر : هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 645.

لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر ... غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه ".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ضابطين، أحدهما أساسي وهو إرادة المتعاقدين، والآخر إحتياطي وهو مكان إبرام العقد. فيكون بذلك العقد الدولي خاضعا لقانون الدولة الذي اختاره المتعاقدان (المطلب الأول). فإذا لم يختارا قانونا معينا، فإن قانون مكان إبرامه هو الذي سيطبق عليه (المطلب الثاني). كما يتضح أيضا من نص نفس المادة السابقة أن المشرع قد استثنى العقود المتعلقة بالعقار من قانون العقد (المطلب الثالث).

المطلب الأول

قانون الإرادة

تمهيد :

قد أخضعت قوانين غالبية الدول العقود الدولية لقانون الإرادة ، وهو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين. ولم يكن قانون الإرادة هو القانون المطبق على العقود في فقه الأحوال الإيطالية القديم في القرنين الثاني عشر والثالث عشر. فقد جرى هذا الفقه على إخضاعها لقانون بلد إبرامها، كما أنه لم يقصر تطبيق هذا القانون على موضوع العقد، بل جعله يشمل أيضا شكله.

وقد تم تبرير اختصاص قانون بلد الإبرام في هذه الفترة من طرف بعض الفقهاء على أساس أنه القانون الذي يعرفه الأطراف⁽¹⁾.

وقد خطا في القرن الخامس عشر الفقيه (Ruchus curtius) الخطوة الأولى نحو اختصاص قانون الإرادة لما برر اختصاص قانون بلد الإبرام تبريرا آخر، إذ برره على أساس أنه القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف ضمنا.

وفي القرن السادس عشر خطا الفقيه الفرنسي (Dumoulin) نحو اختصاص قانون الإرادة الخطوة المتبقية. فقال إذا كان قانون بلد الإبرام يطبق على أساس أنه القانون الذي اختارته ضمنا إرادة المتعاقدين، فبالإمكان إذن أن يختارا قانونا آخر غيره ليحكم عقدهما.

وكان من شأن هذا الاستنتاج المنطقي لديمولان أن انكمش مجال إعمال قاعدة خضوع العقد لقانون بلد إبرامه واقتصر فقط على حكم شكل العقد.

وقد رحب فقهاء القرن الثامن عشر وخاصة (Boullenois) بما قرره ديمولان من خضوع العقد للقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين⁽²⁾.

وفي القرن التاسع عشر لاقت هذه القاعدة صدى كبيرا لدى مشرعي مختلف الدول، فنص جانب كبير منهم عليها صراحة في

تشريعاتهم. لكن ما أن بلغت هذه القاعدة هذا الحد من الاستقرار في قوانين مختلف الدول حتى بدأت بعض سهام النقد توجه إليها. ومن جملة ما وجه إليها من نقد ما يلي :

أولا : أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل من الأفراد العاديين، وكأنهم نظراء للمشرع. ألم يعط لهم هذا المبدأ صلاحية الحكم على القوانين ورفض منها التي لا تروق لهم⁽¹⁾. في حين أنه كما نعلم الدولة وحدها هي التي تملك صلاحية وضع القوانين وتحديد نطاق تطبيقها.

ولعل هذا النقد هو الذي دفع بالفقيه باتيفول إلى القول بأن الأطراف لا يختارون مباشرة القانون الواجب التطبيق على العقد وإنما يقومون فقط بتركيزه في مكان معين، وقانون هذا المكان هو الذي سيطبقه القاضي⁽²⁾.

ومن الردود على هذا النقد أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد سنده قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فهي التي أعطت لهم حرية اختيار هذا القانون أو ذاك، فيكون بذلك اختيار الإرادة لقانون معين مرتد في النهاية إلى سيادة القانون⁽³⁾.

ثانيا : لا بد وأن يكون هناك قانون يعطي للأطراف صلاحية اختيار القانون الواجب التطبيق، ولا يمكن أن يكون هذا القانون هو

(1) راجع : D. Holleaux. J. Foyer. G. de Geouffre. Op.cit. n.1378

(2) أنظر : Les conflits de lois en matière de contrats. n. 57 et s.

(3) راجع هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 649

(1) راجع : Batiffol et Lagarde. op. cit. n. 568

(2) راجع : عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 420، 421.

القانون الواجب التطبيق نفسه والذي اختارته إرادة الأطراف، والقول بخلاف ذلك يوقعنا في حلقة مفرغة مما يبرر القول بأن اختيار القانون الواجب التطبيق غير مستمد من الإرادة.

وقد دفع جانب من الفقه هذا الاعتراض بالقول أن كل عقد يصاحبه عقد آخر هو عقد اختيار القانون الواجب التطبيق والذي لا يخضع لقانون الإرادة وإنما لقانون القاضي⁽¹⁾.

ثالثا : قد يؤدي تطبيق قانون الإرادة إلى بطلان العقد، وهي نتيجة غير مقبولة لأنه لا يتصور أن يختار المتعاقدان قانونا يبطل تعاقدهم⁽²⁾.

لم تؤثر هذه الجملة من الانتقادات على استمرارية الأخذ بقانون الإرادة في مختلف دول العام، فمنها التي نصت على الأخذ به بشكل صريح في تشريعاتها كالدول العربية مثلا، وبعض الدول الأوربية مثل بلونيا⁽³⁾، واليونان⁽⁴⁾، وإيطاليا⁽⁵⁾، ومنها التي على الرغم من عدم النص على الأخذ به في تشريعاتها قد أخذت به محاكمها مثل

(1) أنظر : Batiffol et Lagarde. Les conflits de lois... op.cit. n.52 et s.

(2) راجع هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 651.

(3) المادة 25 من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة 1965.

(4) المادة 25.

(5) المادة 25.

فرنسا⁽¹⁾.

ويشير تطبيق قانون الإرادة بعض التساؤلات يتعين الإجابة عنها، منها : هل يشترط في قانون الإرادة أن يكون له صلة بالعقد أم لا ؟ (1)، وهل يمكن لأطراف العقد تجزئته بحيث يخضع كل جزء منه لقانون معين ؟ (2)، وأخيرا هل يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية أو المفترضة للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما ؟ (3).

1 - هل يشترط في قانون الإرادة أن يكون له صلة بالعقد ؟

جاء نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري مطلقا غير مقيد بأي قيد مما يفيد بأنه ترك للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد، ويتمشى هذا الموقف مع ما تستوجبه متطلبات التجارة الدولية⁽²⁾.

(1) - جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 05 سبتمبر 1910 : " القانون الذي سيطبق على العقود سواء فيما يتعلق بانعقادها أو آثارها أو شروطها، هو القانون الذي اختاره المتعاقدان ".

«Que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée».

(S.1911.I.129 note Lyon Caen. Journal. de dr. Int. pr. 1912. 1156 ; Rev. dr. Int. Pr. 1911, 395).

(2) راجع آراء الفقه بشأن هذه المسألة : عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق،

الوسيط، ص 374، 375. عز الدين عبد الله المرجع السابق، ص 441، هشام علي صادق،

المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 660.

2 - هل يمكن لأطراف العقد تجزئته بحيث يخضع كل جزء منه لقانون معين ؟

لم يواجه المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني سوى الالتزامات التعاقدية. فهو بذلك قد اقتدى بالمشرع المصري في المادة 19 من القانون المدني.

وقد اعتبر جانب من الفقه المصري أن الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها تمثل فقط آثار العقد دون تكوينه، مما يفيد أن المشرع لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد الأمر الذي يمكن القول معه أن العقد يمكن أن يخضع لأكثر من قانون⁽¹⁾.

ويخالف الرأي الغالب في مصر هذا الاستنتاج. فلفظ الالتزامات التعاقدية يشمل حسب الأعمال التحضيرية كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها، أي العقد في مجموعه، مما يفيد عدم رغبة المشرع في تجزئة العقد⁽²⁾.

ونعتقد أن المشرع الجزائري أراد أيضا من اصطلاح الالتزامات التعاقدية كل ما يتعلق بالعقد من حيث تكوينه وآثاره. وما يؤكد ذلك أنه استثنى في الفقرة الثانية من المادة 18 من الخسوع لقانون الإرادة العقود المتعلقة بالعقار مما يفيد أن العقود غير المتعلقة بالعقار غير

(1) أنظر : كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، فقرة 416.

(2) راجع : عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، الوسيط، ص 376.

- هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 666...668.

مستثناة. وبذلك فإن اصطلاح " الالتزامات التعاقدية " يشمل كل ما يتعلق بالعقد من حيث تكوينه وآثاره.

وقد برر الفقه الغالب في فرنسا وحدة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية أنه يحقق التجانس والانسجام بين الأحكام المطبقة على مختلف أجزاء العقد⁽¹⁾.

3 - هل يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما ؟

إذا قارنا المادة 18 من القانون المدني الجزائري مع نظيراتها في القوانين العربية لوجدنا أنها لا تشمل على الفقرة التي تقرر الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما، مما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين خلافا لغيره من المشرعين العرب الذين يعتدون أيضا بالإرادة الضمنية. وهذه الإرادة الضمنية تستفاد مثلا في القانون السوري من عبارة: " هذا ما لم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ". ونجد نفس هذه العبارة في قانون كل من مصر والكويت والعراق والأردن والسودان واليمن.

(1) أنظر : Batiffol et Lagarde. Les conflits de lois. Op. cit. n. 69 et s

المطلب الثاني

قانون مكان إبرام العقد

وفقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري فإن قانون بلد الإبرام لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين. فيكون المشرع الجزائري قد جعل بذلك من مكان إبرام العقد ضابطا احتياطيا.

وقد كان قانون بلد إبرام العقد عند الفقه الإيطالي القديم هو القانون الذي يخضع له العقد سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع. وقد برر الفقيه « Crutius » في القرن الخامس عشر اختصاصه على أساس أنه تعبير عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين. ونلاحظ أن الدول التي لا تأخذ حاليا إلا بالإرادة كضابط للإسناد، كفرنسا مثلا، قد اضطرت إلى اعتبار مكان إبرام العقد دليلا على الإرادة الضمنية وخاصة إذا أزرته عوامل أخرى كلغة العقد وموطن أو جنسية المتعاقدين⁽¹⁾

ويتطلب تطبيق قانون مكان الإبرام تعيين هذا المكان. ولا توجد أية صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين. وفي هذه الحالة فإن الفقه يقول بأن هذا

(1) أنظر : - D. Holleaux. J. Foyer. G. De Geouffre De La Prodelles. op. cit. n.1391

التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانونه.

وعليه فإن مكان إبرام العقد وفقا للقانون الجزائري إذا كان التعاقد بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك (المادة 67 من القانون المدني). ومن عيوب إخضاع العقد لقانون مكان الإبرام أن هذا المكان قد لا يكون في بعض الأحيان إلا عرضيا، وبالتالي دون صلة إطلاقا بتركيز العقد⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الاستثناءات من الخضوع لقانون العقد

جاء في الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري : " غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه " .

فالمشرع الجزائري يكون بهذه الفقرة قد استثنى العقود المتعلقة بالعقار من الخضوع للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من نفس المادة والتي تقضي بخضوع العقود إلى قانون مكان إبرامها إذا لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.

(1) أنظر : - D. Holleaux. G. De Geouffre De La Prodelles. G. Foyer. op. cit. n. 1391.

ويطبق قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المتعلقة به على جميع جوانبها. فهو لا يقتصر على حكم فقط الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله، بل يمتد ليحكم أيضا الشروط اللازمة لانعقاده. ولا يخرج من نطاق تطبيقه سوى الأهلية اللازمة للانعقاد، فهي تخضع وفقا للمادة 10 من القانون المدني لقانون الجنسية، وشكل العقد الذي تخضعه المادة 19 من القانون المدني للقوانين التي حددتها كما سنبين ذلك في موضعه من هذا الكتاب.

أما العقد المتعلق بالمنقول، فباستثناء أثره في إنشاء حق عيني عليه طبقا لأحكام المادة 17 من القانون المدني، وأهلية المتعاقدين التي تخضع لقانون الجنسية، فهو يخضع من حيث شروطه الموضوعية لقانون العقد. أما شروطه الشكلية فهي تخضع للقوانين التي حددتها المادة 19 من القانون المدني.

وهناك استثناء آخر قد أخذ به القضاء المصري ويتعلق بعقد العمل. فقد قررت محكمة النقض المصرية في أبريل سنة 1976 أنه : " يسري على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميه القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي في الخارج وكانت فروعها في مصر هي التي أبرمت هذه العقود، فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق "(1).

(1) منشور بمجموعة الأحكام الصادرة من المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة 18، مارس -

وقد أخذ أيضا بهذا الاستثناء القانون الكويتي. فقد جاء في المادة 62 من المرسوم الأميري رقم 5 لعام 1961 : " يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والبزار مع عمالهم ومستخدميه للقانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي أبرمت هذه العقود، كان القانون الكويتي هو الذي يسري ".

وقد انتقد جانب من الفقه المصري هذا الاتجاه على اعتبار أن عقد العمل يخضع في غالبية الدول إلى قواعد تنظيمية أمرة هدفها حماية العمال، ولذلك فإن أنسب قانون للجانب التنظيمي لعقد العمل هو قانون الدولة محل التنفيذ نظرا لتعلق هذا الجانب بالأمن المدني. أما الجانب غير التنظيمي فيبقى خاضعا لقانون العقد وفقا للقواعد العامة في العقود.

ويميل جانب آخر من الفقه إلى إخضاع عقد العمل لقانون بلد تنفيذ العمل في جميع الحالات سواء بالنسبة للجانب التنظيمي منه أو غير الجانب التنظيمي، وسواء كان تنفيذ العمل في مصر أم في الخارج. ويبرر هذا الفقه ذلك على أنه من شأن هذا القانون كفالة وحدة القانون الواجب التطبيق على عقد العمل من جهة، ومراعاة الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها تنظيم العمل في كل دولة من الدول من جهة أخرى. ولا يستبعد تطبيق هذا القانون حسب هذا الرأي إلا في الحالة التي يجري فيها تنفيذ عقد

المبحث الثاني

مجال تطبيق قانون العقد

لا يطبق قانون العقد على كل المسائل المتعلقة بالعقد. فأهلية المتعاقدين تخرج - كما أسلفنا القول - من نطاق تطبيقه إذ تخضع للقانون الشخصي. كما أن شكل العقد هو أيضا يخرج من نطاقه إذ يخضع للقوانين التي حددتها المادة 19 من القانون المدني.

وباستبعادنا لهاتين المسألتين من نطاق تطبيق قانون العقد، هل يمكن القول بأنه يدخل في نطاقه كل جوانب العقد، أم أنه لا يدخل في نطاقه سوى ما عبر عنه المشرع الجزائري باصطلاح " الالتزامات التعاقدية " والتي تعني آثار العقد، أما تكوينه فيخرج من نطاقه ؟. وقد أجبنا عن هذا السؤال سابقا، وقلنا بأن المراد بالالتزامات التعاقدية كل ما يتعلق بالعقد من حيث التكوين والآثار.

المطلب الأول

تكوين العقد

1 - التراضي :

يوجد التراضي باقتران إرادتين متطابقتين. ولا خلاف في الفقه في استبعاد من نطاق قانون العقد مسألة وجود الإرادة لاتصالها اتصالا وثيقا بالأهلية. أما بالنسبة للتعبير عن الإرادة تعبيرا صحيحا

العمل في أكثر من دولة، فلا مفر حينئذ من تطبيق في هذه الحالة قانون مركز إدارة الأعمال⁽¹⁾. ويوجد من الفقه من يقول بتطبيق في هذه الحالة قانون البلد الذي تم فيه التعاقد مع العامل، مع إمكانية استبعاده في الحالة التي يرى فيها القاضي بأن للعقد صلة أكبر بدولة أخرى⁽²⁾.

(1) - راجع : عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، الوسيط، ص. 385.

- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 332.

(2) - أنظر : P. Mayer. op. cit n. 726

فمحل خلاف بالنسبة لبعض جوانبها.

فمن الفقه من يخرج من نطاق قانون العقد عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ويرى إخضاعها للقانون الشخصي على أساس أنها تهدف إلى حماية المتعاقد نفسه.

غير أن هذا الرأي منتقد من طرف غالبية الفقه تأسيساً على أن عيوب الإرادة لا تتعلق بالشخص ذاته ولا تستمد مقوماتها من صفات فيه، بل من ظروف العقد. وعليه فإن القوانين المتعلقة بعيوب الإرادة لا تهدف إلى حماية المتعاقد نفسه وإنما تهدف إلى ضمان سلامة العقد بغض النظر عن الشخص الذي أبرمه، بخلاف القوانين المتعلقة بالأهلية فإنها تهدف إلى حماية الشخص ذاته في أي مكان وجد فيه. وهذا ما ذهب إلى الأخذ به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 جوان 1957⁽¹⁾.

ومن الفقه من يخرج أيضاً السكوت - باعتباره معبراً عن القبول - من نطاق قانون العقد على أساس أنه يؤدي إلى نتائج مخالفة للعدل والمنطق إذ يجعل من وجه إليه الإيجاب يُفاجأ بحكم غريب عنه مقرر في قانون لا يعرفه. ويقترح هذا الفقه تطبيق على

(1) فقد اعتبرت في هذا القرار أن الجنون يخضع للقانون الشخصي لا للقانون الذي يحكم العقود المشوبة بأحد العيوب (Batiffol note 680, Rev. Crit. 1957).

السكوت ومدى اعتباره قبولاً لقانون محل من وجه إليه الإيجاب أو قانون مركز أعماله⁽¹⁾.

وأخيراً من الفقه من يرى عدم إخضاع لقانون العقد مسألة تحديد زمان ومكان العقد في التعاقد بين غائبين إذا كانت هذه المسألة مطروحة بمناسبة تحديد القانون الواجب التطبيق، ويرى إخضاعها لقانون القاضي⁽²⁾.

2 - المحل :

يبين قانون العقد شروط محل العقد كالوجود، والتعيين، ومدى مشروعيته. وقد اختلف في الغبن. فإذا اعتبر من عيوب الرضا فإنه يجري عليه ما قلناه من الاختلاف الفقهي حول القانون الذي يحكم عيوب الرضا. وأما إذا اعتبر من عيوب العقد فإنه يخضع لقانون العقد. والمسألة مسألة تكييف في النهاية وتخضع لقانون القاضي⁽³⁾.

(1) راجع : عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 470.

- عبد المنعم رياض وسامية راشد، المرجع السابق، الوسيط، ص 387.

- هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين ص 669.

(2) أنظر : Batiffol et Lagarde. op. cit. n. 596 -

(3) راجع : عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 473.

3 - السبب :

يخضع من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد مع مراعاة فيما يتعلق بالمشروعية النظام العام في دولة القاضي إذ يمكن أن يكون السبب مشروعاً وفقاً لقانون العقد ومخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، الأمر الذي يجعل القاضي الوطني يستبعده ويطبق قانونه بدله.

4 - الجزاء المترتب عن تخلف أحد أركان العقد :

قانون العقد هو الذي يتولى بيان الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد، هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي، وتحديد من له الحق في التمسك به، وهل تلحقه الإجازة أم لا، وهل يمكن أن تتقدم الدعوى المقررة له أم لا، وما هي مدة التقادم في حالة تقريره ؟ ... الخ.

أما الآثار المترتبة على تقرير البطلان فتخرج من نطاق قانون العقد كالالتزام بالرد، والالتزام بالتعويض، لأنها لا تعتبر من الالتزامات التعاقدية ذلك أنه : " لا يمكن القول بوجود العقد بعدما قضي ببطلانه ⁽¹⁾ .

(1) - راجع: هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 673.

المطلب الثاني

آثار العقد

قانون العقد هو الذي يبين الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد. ووفقاً لأي شروط يكون الاشتراط لمصلحة الغير صحيحاً، كما أنه هو الذي يحدد مضمون الالتزامات التعاقدية مما يجعله أيضاً هو المختص بتفسير العقد.

ولما كان قانون العقد هو الذي يبين مضمون التزامات المتعاقدين فهو يقع عليه بيان طرق تنفيذها. فيبين متى يكون التنفيذ عينياً، ومتى يكون التنفيذ بمقابل، وكيفية تقدير التعويض، وما هو حكم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وما هو حكم الشرط الجزائي ؟.

وأخيراً فإن قانون العقد هو الذي يبين أسباب انقضاء الالتزام، وما يتطلبه كل سبب من شروط لصحته.

وتتطلب المقاصة والتقدم كسبيين من أسباب انقضاء الالتزام بعض الملاحظات :

بالنسبة للمقاصة فإنها لا تثير أية مشكلة لما تكون قضائية أو اتفاقية، ذلك أنه إذا كانت قضائية فإن قانون القاضي هو المختص لأن الأمر يتعلق بسلطة القاضي في سد النقص في الشروط اللازمة لوقوع المقاصة. وإذا كانت اتفاقية فإنها تشكل عقداً جديداً مستقلاً فتخضع

بالتالي لقانون العقد⁽¹⁾.

أما إذا كانت المقاصة قانونية فإن الأمر يدق بشأنها. فإذا كان الدينان خاضعين لنفس القانون فإن هذا القانون هو الذي يطبق عليها، وأما إذا كان الدينان خاضعين لقانونين مختلفين فإن عدة حلول قد اقترحت. والراجح منها هو الذي يقول بعدم قبول المقاصة إلا في الحالة التي يجيزها القانونان معاً، لأن المقاصة لا تؤدي إلى انقضاء أحد الدينين، وإنما تؤدي إلى انقضاء الدينين معاً⁽²⁾.

وبالنسبة للتقادم يذهب اتجاه فقهي إلى إخضاعه لقانون القاضي على اعتبار أنه من مسائل الإجراءات. ويسود هذا الاتجاه في الولايات المتحدة الأمريكية وفي إنجلترا. وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أنه يؤدي إلى مفاجأة الدائن الذي لم يتوقع تقادم دينه وفقاً لقانون البلد الذي رفع النزاع أمام محاكمها، ذلك أن المدين قد يقوم بتغيير موطنه، فتتغير تبعاً لذلك المحكمة المختصة.

(1) أنظر : Batiffol et Lagarde. op. cit. n.614

(2) أنظر : Cass. Ci. 13 janvier 1869. S. 1869. 1. 49. note Labbé

- Cass. Civ. 9 janvier 1934. D. P. 1934. 1.29. clunet 1934. 672 note Tager

- Cass. Civ. 1 juill. 1936. D.H. 1936. 505. Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1937. 175

وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 31 جانفي 1950 اختصاص قانون العقد، إذا كانت أحكامه تقرر مدة للتقادم المسقط أقل من تلك التي يقررها موطن المدين.

ويذهب اتجاه آخر إلى إخضاعه لقانون موطن المدين تأسيساً على أن الحكمة من التقادم هي حماية المدين من الدعوى المرفوعة ضده. وهذا ما أخذت به بعض الأحكام القضائية الفرنسية القديمة. ويميل الفقه الغالب إلى التطبيق على التقادم المسقط قانون العقد، لأنه يتعلق بموضوع الحق محل النزاع⁽¹⁾، وهذا ما اتجهت إلى الأخذ به محكمة النقض الفرنسية مؤخراً في قرارها الصادر في 23 مارس 1960⁽²⁾. ومن شأن تطبيق قانون العقد على التقادم المسقط حماية الدائن من مفاجأة سقوط دينه وفقاً لقانون لا ينتظر اختصاصه.

(1) - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 478

- هشام علي صادق، المرجع السابق، تنازع القوانين، ص 681.

- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 330.

(2) - Civ. 28 mars 1960. Revue c rit. Dr. Int. Privé 1960. 202. note Batiffol

الفصل الرابع شكل التصرفات القانونية

لم يفرق فقهاء مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة بين شكل العقد وموضوعه من حيث القانون الواجب التطبيق عليهما، فقد أخضعوهما معا لقانون واحد هو قانون محل إبرام العقد. ولم تتم التفرقة بينهما حتى جاء الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن السادس عشر وقال بإخضاع موضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين. فأصبحت بذلك قاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام قاصرة على شكل التصرف دون موضوعه.

وقد أخذت معظم دول العالم حاليا بهذه التفرقة بين شكل العقد وموضوعه من حيث القانون الواجب التطبيق عليهما. وقد درسنا في الفصل السابق القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد ونطاق تطبيقه. وسندرس في هذا الفصل القانون الواجب التطبيق على العقد (المبحث الأول)، مع تحديد تطبيقه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على شكل العقود

تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :
" تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه،

ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الوطني المشترك المتعاقدين ".
وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المادة بالقاعدة التي أخذت بها معظم قوانين دول العام، وهي قاعدة خضوع العقد من حيث شكله لقانون محل الإبرام.

والخلاف الموجود حول هذه القاعدة لا يتعلق بالأخذ بها أو عدم الأخذ بها، وإنما بمدى إلزاميتها. فهناك دول تعتبرها إلزامية مثل إسبانيا والأرجنتين والشيلي والبرتغال، وهناك دول أخرى تعتبرها إختيارية مثل ألمانيا وإيطاليا، والنمسا، والمجر، والسويد، والنرويج، ومعظم الدول العربية، وإنجلترا، وفرنسا⁽¹⁾.

وبالنسبة للجزائر إذا تمعنا في صياغة المادة 19 من القانون المدني نجد أن المشرع يفرق بين الحالة التي يكون فيها المتعاقدان مختلفي الجنسية والحالة التي يكونان فيها متحدي الجنسية، لأنه بعد أن قال بأن العقود تخضع من حيث شكلها لقانون بلد إبرامها قال بأنه يجوز أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين، مما يفيد بمفهوم المخالفة أنه إذا لم يكن هناك قانون وطني مشترك للمتعاقدين فإن قانون بلد الإبرام هو الذي سيطبق. فيكون بذلك المشرع الجزائري قد

(1) قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 28 ماي 1963 أن قاعدة خضوع العقد لمحل إبرامه لا تعارض خضوع العقود الدولية للشكل الذي يقرره القانون الأجنبي الذي يحكم موضوعه (13347 . 11 . J. C. P. 1963 . 677 . Dalloz 1963).

جعل هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف المتعاقدين في الجنسية واختيارية في حالة تمتعهما بنفس الجنسية.

وعلى كل حال سواء اعتبرنا هذه القاعدة اختيارية أم إلزامية فإنه مما لا خلاف فيه أنه قد فرضتها الاعتبارات العملية وهي التيسير على المتعاقدين ذلك أنه لو ألزمت المتعاقدين باتباع الشكل الذي يفرضه قانون جنسيتهم أو قانون موطنهما لوقعا في حرج كبير إذ قد يجهلان الشكل الذي يقرره كل من هذين القانونين، وإذا لم يجهلا هذا الشكل فقد يتعذر عليهما مباشرته في بلد إبرام تصرفهما⁽¹⁾. ويكفي هذه الاعتبارات كما يقول الأستاذ عز الدين عبد الله للأخذ بهذه القاعدة، فهي أساسها الذي تنهض عليه دون الحاجة إلى البحث عن أساس نظري. وبها يكتفي فقهاء القانون الخاص المعاصرون⁽²⁾.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون الذي يحكم شكل العقود

هناك أشكال كثيرة، منها المقررة لانعقاد التصرف، ومنها المقررة لإثباته، ومنها الخاصة بشهر التصرف، ومنها المكملة للأهلية. فلا بد إذن من تحديد من بين هذه الأشكال جميعا الأشكال التي تخضع لقانون الشكل.

بالنسبة للشكل المطلوب لانعقاد التصرف كان يشترط المشرع مثلا لصحة العقد الكتابة الرسمية، فقد انقسم الفقه إلى فريقين : يرى الفريق الأول بأن الشكل المطلوب لانعقاد التصرف يعتبر من الأمور المتعلقة بالموضوع، لأن غرض المشرع من فرضه هو لحماية رضا المتعاقدين. فهو بذلك يتعلق بجوهر العقد مما يتعين استبعاد إدخاله في مفهوم الشكل.

وقد أيدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري هذا الرأي. فقد جاء فيها ما نصه : " ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية. أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني (الرسمي) فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه الفصل من حيث الموضوع "⁽¹⁾.

ويرى الفريق الثاني من الفقه بأن الشكل المطلوب لانعقاد العقد يدخل في مفهوم الشكل، وبالتالي فإن قانون محل إبرام التصرف هو الذي يرجع إليه في بيان لزوم الشكل من عدمه. والقول بخلاف ذلك يتنافى مع فكرة التيسير التي تقوم عليها قاعدة خضوع التصرف لقانون محل إبرامه⁽²⁾.

(1) - Lousouarn et Bourel. op. cit. n. 365

(1) - راجع :

- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 488.

(2) - ص 488.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج، أ، ص، 296.

(2) أنظر :

- Lousouarn et Bourel, op. cit. n. 370

ويعتبر الرأي الثاني هو الراجح فقها⁽¹⁾. وقد أخذت به محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام لها، ومن بين هذه الأحكام حكمها الذي قضت فيه بصحة الهبة الحاصلة في كندا في الشكل العرفي بين فرنسي على أساس أن القانون الكندي يقبل الهبة في هذا الشكل مع أن المادة 931 من القانون المدني الفرنسي تستلزم فيها الرسمية⁽²⁾.

ويستثنى أصحاب هذا الرأي من الخضوع لقانون الشكل لما يشترط القانون إجراء الشكل أما موثق معين مثل ما تشترطه المادة 2128 من القانون المدني الفرنسي من إجراء الرهن الرسمي على عقار في فرنسا لدى موثق فرنسي. فوفقا لهذه المادة لا يمكن للفرنسيين في الخارج إبرام عقد رسمي على عقار موجود في فرنسا في الشكل المحلي ولو كان الشكل الرسمي⁽³⁾.

- وبالنسبة للشكل المطلوب لإثبات التصرف : فإنه يدخل بلا خلاف في مفهوم الشكل، وبالتالي فإن القانون الذي يحكم الشكل هو الذي يرجع إليه لمعرفة لزوم أو عدة لزوم شكل معين لإثبات التصرف.

- وبالنسبة للأشكال المطلوبة لإشهار التصرفات المتعلقة بالأموال : فإنها لا تخضع لقانون الشكل، وإنما تخضع لقانون موقع هذه الأموال، إذ أن الغرض من هذه الأشكال هو إعلام الغير وحماية واستقرار المعاملات المالية⁽¹⁾.

- وأخيرا بالنسبة للأشكال المكملة للأهلية : والتي هي عبارة عما يلزم اتخاذه من الإجراءات حتى يتمكن ناقص الأهلية أو نائبه من مباشرة التصرف القانوني، مثل ضرورة حصول ناقص الأهلية على إذن لمباشرة تصرف معين، ووجوب حصول الزوجة لمباشرة التجارة والمقرر في بعض التشريعات، ووجوب حصول الوصي على إذن للتصرف في أموال القاصر ..، فهذه الأشكال كلها ترتبط ارتباطا وثيقا بموضوع التصرف الذي يراد إجراؤه. ولذلك فإنها لا تخضع لقانون الشكل وإنما للقانون الذي يحكم موضوع التصرف ذاته⁽²⁾.

(1) - أنظر خاصة : Batiffol et Lagarde. op. cit. n. 600.

(2) - Malaurie. Juris Classeur, Droit international. Fasc. 5518. n. 100 et s

(3) - Cass. Civ. 29 juin 1922. D. P. 1922. 1. 27

(3) راجع : عز الدين عبد الله، ص. 499.

(1) راجع : إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 234.

(2) راجع : عز الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 506، فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 342.

- Loussouarn et Bourel. op. cit. n. 356

الفصل الخامس

الالتزامات غير التعاقدية

الالتزامات غير التعاقدية هي الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار أو المترتبة على الفعل النافع كالإثراء بلا سبب مثلاً. سنتناول في المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، وفي المبحث الثاني نطاق تطبيقه.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية

تخضع قوانين غالبية الدول الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام (1). ويوجد إلى جانب هذا الحل حلول أخرى، غير أنها لم تلق تجاوباً كبيراً من طرف غالبية الفقه ولا من طرف المشرعين نتيجة لعدم واقعيتها أو لضعف الأساس الذي تقوم عليها أو لأنها لم يمر عليها الوقت الكافي لاستقرارها (2).

1 - تطبيق القانون المحلي على الالتزام غير التعاقدية :

أخضع المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين العرب الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام.

جاء في المادة 20 من القانون المدني الجزائري : " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ... غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه " (1).

يتبين من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يأخذ بقاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدية للقانون المحلي بصفة مطلقة، بل أورد عليها استثناء لصالح القانون الجزائري والذي سندرسه فيما بعد.

أ - نشأة قاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدية لقانون المحل :

تعتبر قاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدية لقانون المحل من أقدم القواعد. فقد أخضعت مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة في العصر الوسيط الجرائم لقانون محل وقوعها. وكانت تقصد بلفظ الجرائم الجرائم الجنائية ذلك أنه لم يكن في ذلك الوقت قد انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية (2). وكانت تطلق هذه المدرسة على هذا

(1) هذه المادة مطابقة للمادة 21 من القانون المدني المصري، وللمادة 22 من القانون المدني السوري، وللمادة 27 من القانون المدني العراقي، وللمادة 21 من القانون المدني الليبي، وللمادة 66 من المرسوم الأميري الكويتي رقم 5 لعام 1961 (راجع فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 345، هامش رقم 1).

(2) راجع : علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 88.

القانون الذي يحكم الجرائم " قانون محل وقوع الجريمة " « Le loci delicti ».

وقد أخذ بهذه القاعدة الفقيه الفرنسي " دار جنترية ". كما أخذ بها فقهاء المدرسة الهولندية من بعده لتماشيها مع مذهبهم في تنازع القوانين القائم على مبدأ إقليمية القوانين.

ولم يمنع مانشيوني مذهب القائل على شخصية القوانين من الأخذ هو أيضا بهذه القاعدة. فقد اعتبرها استثناء على الأصل العام الذي يقوم عليه مذهبه في تنازع القوانين وهو شخصية القوانين.

ولم تتل من هذه القاعدة الحلول الأخرى المقترحة من طرف الفقه، بل بقيت صامدة إلى الوقت الحاضر، فلا تزال تعتبر هي الأصل في معظم قوانين دول العالم⁽¹⁾، ولأدل على ذلك من أخذ المشرع الجزائري بها، وكذلك مشرعي مختلف الدول العربية.

ب - مبررات قاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدي لقانون المحل :
لم يعتمد فقهاء مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة لتبرير اختصاص قانون المحل لحكم الالتزامات غير التعاقدية إلا على الرابطة الطبيعية الموجودة بين الفعل المادي وقانون مكان وقوعه⁽²⁾.

أما الفقهاء المعاصرون فيبرر بعضهم اختصاص قانون محل وقوع الفعل على أساس أن القواعد التي تخضع لها الأفعال الضارة

- Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 558

(1) راجع :

- Batiffol et Lagarde, op. cit. n. 556

(2) راجع :

تدخل في نطاق قواعد الأمن المدني في الدولة التي وقعت على إقليمها هذه الأفعال نظرا لكونها ترمي إلى حماية الأشخاص وأموالهم⁽¹⁾.

غير أن هذا الأساس منتقد لكون القواعد المتعلقة بالبوليس والأمن المدني تطبق تطبيقا إقليميا ولا تمتد خارج نطاق إقليم الدولة التي شرعتها. وبالتالي فإن هذا التأسيس لا يصلح لتبرير تطبيق قانون المحل، وإنما يصلح لتبرير تطبيق قانون القاضي⁽²⁾.

ويبرر الأستاذ نبوييه (Niboyet) اختصاص قانون المحل على أساس من التطبيقات لمبدأ إقليمية القوانين الذي يقوم عليه فقهه في تنازع القوانين. فهو يرى أن كل فعل يقع على إقليم الدولة يخضع لقانونها تأسيسا على أن هذا القانون هو الذي يجعل من الفعل واقعة قانونية ويرتب عليها آثارا معينة⁽³⁾.

وهناك من الفقه من يبرر اختصاص قانون المحل على أساس أنه يعتبر محايدا ذلك أنه لا يوجد في نظره أي سبب كاف لاختبار قانون الضحية بدل قانون المتسبب في الضرر، أو العكس⁽⁴⁾.

(1) أنظر :

(2) راجع : فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 347.

(3)

(4) راجع :

- Batiffol et Lagarde, op. cit. II. n. 398

- Traité, Tome 5, n. 1427

- P. Mayer, op. cit. n. 671

ج - الصعوبات المعترضة تطبيق قانون المحل :

قد تعترض تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية بعض الصعوبات منها :

1 - أن يقع المحل المنشئ للالتزام في مكان لا يخضع لسيادة أية دولة مما يجعل القانون المحلي لا وجود له كأن يقع الفعل المنشئ للالتزام في عرض البحر أو في الفضاء الخارجي الذي يعلوه. فإذا كان الفعل المنشئ للالتزام قد وقع على ظهر السفينة أو على متن الطائرة فإن قانون جنسية السفينة أو الطائرة هو الذي يكون مختصا.

وإذا كان الفعل المنشئ للالتزام يتمثل في تصادم طائرتين أو سفينتين، يتجه غالبية الفقه إلى تطبيق قانون العلم المشترك للسفينتين أو للطائرتين المتصادمتين نتيجة عدم وجود قانون آخر يزاحمه. وفي حالة اختلاف علمهما يطبق القاضي قانونه لتعذر أعمال ضابط الإسناد⁽¹⁾.

وهناك آراء أخرى قيلت بشأن هذه الحالة الأخيرة، غير أنها جميعها مرجوحة، منها الرأي الذي يقول بتطبيق قانون السفينة التي لحقها الضرر، ومنها الرأي الذي يقول بتطبيق قانون السفينة التي تسببت في الحادث، ومنها الرأي الذي يقول بتطبيق قانون علم السفينتين أو الطائرتين تطبيقا جامعا. وأخيرا منها الرأي الذي يقول بترك الحرية للمضروب في اختيار أحد القوانين.

- P. Mayer. op. cit. n. 677

(1) أنظر :

2 - الصعوبة الثانية التي تعترض تطبيق قانون المحل تكون

لما عناصر الواقعة القانونية المنشئة للالتزام تكون موزعة في أكثر من دولة، كتوزيع منتج مضر بالصحة في أكثر من دولة، أو القذف على أمواج الإذاعة أو في التلفزيون.

يقول بعض الفقهاء أن القانون المختص في هذه الحالة هو قانون محل وقوع الخطأ على أساس أن الخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه هذه المسؤولية وما الضرر إلا نتيجة له.

ويقول البعض الآخر من الفقه بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار على أساس أن أركان المسؤولية لا تكتمل إلا بتحقق الضرر. كما أن قدر التعويض المقدر للضرر لا يتحدد عادة بمدى خطورة الخطأ المقترف وإنما بقدر ما أصابه من ضرر. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية مؤخرا بهذا الرأي وذلك في قرارها الصادر في 8 فيفري 1983⁽¹⁾، كما أنه الرأي السائد في فقه وقضاء الولايات المتحدة الأمريكية قبل أن تطغى عليه النظرية الجديدة المسماة "بتطبيق القانون الملائم".

د- الاستثناء الوارد على تطبيق قانون المحل في القانون الجزائري :

لم يجعل المشرع الجزائري قاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدى لقانون المحل مطلقة، بل أورد عليها استثناء نصت عليه

- Clunet 1984. 123. note Legier

(1)

الفقرة الثانية من القانون المدني وهذا نصها : " غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر. وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ."

فوفقا لهذه الفقرة من المدة 20 يشترط لتطبيق قانون المحل على الوقائع التي تحدث في الخارج أن تكون غير مشروعة في الجزائر. فلا يكفي إذن لتطبيقها أن يكون الفعل غير مشروع في الخارج، وإنما يجب أن يكون كذلك وفقا للقانون الجزائري.

ويقوم هذا الاستثناء حسب ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري على اعتبارات تتعلق بالنظام العام، فقد جاء فيها : " إلحاق وصف المشروعية لواقعة من الوقائع أو نفي الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام ⁽¹⁾ ."

ويلاحظ أن هذا الاستثناء خاص فقط بالالتزامات المتولدة عن الفعل الضار، أما تلك المتولدة عن الفعل النافع فتخرج من نطاقه.

2 - آراء أخرى تستبعد تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية :

إلى جانب الحل المتمثل في إخضاع الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون المحل، هناك حلول أخرى غيره قال بها الفقه أو طبقها القضاء أو اخذ بها المشرعون.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 1، ص 300.

ونعرض فيما يلي لبعضها :

أ - الرأي الذي يقول بتطبيق قانون القاضي على الالتزامات غير التعاقدية. وقد برر اختصاص هذا القانون على أساس أن الالتزام غير التعاقدية يتعلق بالنظام العام في الدولة، وأنه ينشأ نتيجة للحكم الصادر بتقريره، وليس من النص الذي يورد العقاب على الفعل. إضافة إلى أن تطبيق قانون القاضي يتسم بالبساطة إذ يتلافى المشاكل التي قد تثور عند تحديد مكان وقوع الفعل الضار إذا كنا قد أسندنا الاختصاص لقانون المحل.

غير أن هذه التبريرات لم تكن مقنعة. فالقول بتعلق الالتزام غير التعاقدية بالنظام العام مخالف للحقيقة لكون النظام العام أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، وليس ضابطا للإسناد، والقول بأن الالتزام بالتعويض يجد مصدره في الحكم الصادر بتقريره وليس من النص الذي يورد العقاب على الفعل هو أيضا مخالف للحقيقة، لأن الالتزام بالتعويض يجد مصدره في التشريع الذي ينص عليه وليس في الحكم الذي صدر به. أما القول بأنه حل يتسم بالبساطة إذ يتجنب مشاكل تحديد مكان وقوع الفعل فهو كذلك مردود عليه على أساس أن الفقه القائل بتطبيق قانون المحل قد أوجد الحل المناسب لهذه المشاكل ⁽¹⁾.

(1) راجع : إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 241.

ب - الرأي الذي يقول بتطبيق القانون الملائم : بدأ يسود هذا الرأي في الولايات المتحدة الأمريكية. وقد ظهر لأول مرة في مقال للفقيه الأمريكي موريس (Morris) تحت عنوان : « the prop er Law a tort », ومنشور سنة 1951 في مجلة « Harvard law review ».

وحسب هذا الرأي يجب على القاضي أن يطبق على الفعل الضار القانون الملائم. وفي سبيل تحديده ينبغي أن نأخذ بعين الاعتبار مختلف عناصر الإسناد، ونختار منها التي لها مركز الثقل. فمثلا في حادث مرور ينبغي أن نأخذ بعين الاعتبار مكان وقوعه وجنسية المتسبب فيه وموطنه وجنسية المضرور وموطنه وإن اقتضى الأمر نأخذ أيضا جنسية وموطن خلفه. فمن بين هذه الضوابط جميعا نختار الذي له مركز الثقل ونطبق القانون الذي يشير باختصاصه باعتباره القانون الذي يعتبر أكثر ملاءمة من غيره.

وأشهر قضية طبق فيها القضاء الأمريكي هذا الحل هي قضية « BABCOCK V. JACKSON »⁽¹⁾. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصا من نيويورك اصطحب معه في سيارته المسجلة في نيويورك شخصا من نيويورك. وفي طريق العودة من الرحلة أصيبت السيارة بحادث في المقاطعة الكندية « Ottario »

(1) أنظر :

- Rev. crit. dr.int. privé 1964. note Castel

وأدى هذا الحادث إلى إصابة الراكب بالمجان بأضرار جسيمة. فقضت المحكمة العليا بتطبيق قانون ولاية نيويورك على اعتبار أنه أكثر ملاءمة من قانون المقاطعة الكندية « Ottario » الذي وقع فيها الحادث لكون وقوعه فيها لم يكن إلا عرضيا.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل

يقتصر تطبيق قانون المحل وفقا للمادة 20 من القانون المدني الجزائري على الالتزامات غير التعاقدية، وهي الالتزامات التي تنشأ عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، والالتزامات المترتبة على الفعل النافع (الإثراء بلا سبب، الفضالة، دفع غير المستحق). أما الالتزامات التي يكون مصدرها هو القانون فتخرج من نطاقه لأن القانون نفسه هو الذي يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها⁽¹⁾.

1 - الالتزامات المترتبة على الفعل الضار (المسؤولية

التقصيرية) :

قانون مكان وقوع الفعل الضار هو الذي يبين شروط قيام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، أو عن عمل الغير، أو عن الأشياء، فيبين ما إذا كان الخطأ ركنا من أركانها أم لا، وإذا كان ركنا

(1) أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج. 1، ص. 300.

من أركانها، فيبين متى يشكل التعدي خطأ، كما أنه هو الذي يبين ما إذا كان يمكن مساءلة عديم التمييز أم لا، لأن التمييز كما هو معروف عنصر في الخطأ، وبدونه لا يكون التعدي خطأ.

وإذا كانت المسؤولية مترتبة عن فعل الغير أو عن الأشياء فهو الذي يبين ما إذا كانت هذه المسؤولية تقوم على الخطأ أم تقوم بدونه. وإذا كانت تقوم على الخطأ، هل هو مفترض يقبل إثبات العكس أم خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس.

ويبين أيضا قانون مكان وقوع الفعل الضار نوع الضرر الذي يتعين التعويض عنه، هل هو الضرر المادي فقط، أم أنه يمكن أيضا التعويض عن الضرر المعنوي.

وأخيرا فيما يتعلق دائما بأركان المسؤولية التقصيرية فإن محل وقوع الفعل الضار هو الذي يرجع إليه في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولمعرفة الحالات التي تنتفي فيها العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، كحالة القوة القاهرة أو خطأ المضرور مثلا، ولمعرفة أيضا ما إذا كانت العلاقة السببية لا تتوافر إلا بالنسبة لما يعتبر ضررا مباشرا، أم أنها تتوافر أيضا لما يكون الضرر غير مباشر.

وفيما يتعلق بآثار المسؤولية التقصيرية فإن قانون محل وقوع الفعل هو الذي يتولى بيان الملزم بالتعويض، ومن له الحق فيه، وهل يمكن مساءلة المتسببين في الضرر بصفة نظامية أم لا، كما أنه هو الذي يبين متى ينشأ الحق في التعويض، وهل يمكن الجمع بين

تعويضين، وهل تتقدم دعوى التعويض، وإذا كانت تقبل التقدم فما هي مدة هذا التقدم.

2 - الالتزامات المترتبة على الفعل النافع :

الالتزامات المترتبة على الفعل النافع هي الالتزامات المتولدة عن الإثراء بلا سبب، أو دفع غير المستحق، أو من عمل الفضالة. وقد أطلق المشرع الجزائري على هذه الالتزامات اصطلاح " شبه العقود " متأثرا في ذلك بتقنين نابليون.

وبالنسبة للإثراء بلا سبب فإن قانون المحل هو الذي يبين أركانه. فيبين معنى الإثراء، ومعنى الافتقار، ومعنى انعدام السبب القانوني، وهل يشترط بقاء الإثراء إلى وقت رفع الدعوى أم لا ؟. كما يرجع إلى قانون المحل فيما يتعلق بأحكامه، وخاصة ما يتعلق بالتعويض من حيث كيفية تحديد مقداره.

وبالنسبة لدفع غير المستحق فإن قانون المحل هو الذي يبين أركانه وأحكامه.

وأخيرا بالنسبة للفضالة فإن قانون المحل هو الذي يبين أركانها وأحكامها، ويحدد التزامات الفضولي، والتزامات رب العمل، وأثر موتهما في التزامات كل منهما.

- انتهى بحمد الله -

1 – Ouvrages Généreaux :

Bartin (E) :

- Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française. 3 vol .. Paris. Domat Montchrestien. 1930, 1932, 1935

Batiffol (H.) et Lagarde (p) :

- Droit international privé, 7ed. Paris. L. G. D. I. tome 1. 1981. tome II. 1983

Derrupé (J.) :

- Droit international privé. Mémento Dalloz. 8ed. Paris 1988

Holleaux (D.). Foyer (J.). G. De Geouffre De La Pradelle

- Droit international Privé. 1987. MASSON.

Issad (M.) :

- droit international privé. Alger. O. P. U. 1986

Lerebours – Pigeonnière (P.) et Loussouarn (Y.) :

- Droit international privé. 9ed. Paris. Dalloz. 1970

Loussouarn et Bourel :

- Droit international privé. 3ed. Paris. Dalloz. 1988

Mayer (P.) :

- Droit international privé. 3ed. 1987. DOMAT. Montchresien

Noboyet (J. P.) :

- Traité de droit international privé français. 6 volumes. 1938 - 1950

Rigaux (F.) :

- Droit international de la jurisprudence française de droit international privé. Paris. Sirey. 1987

قائمة بأهم المراجع

أولا : باللغة العربية

1 - إبراهيم أحمد إبراهيم :

- تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي. ط. 1983

2 - عز الدين عبد الله :

- القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط. 9، 1986

3 - علي علي سليمان :

- مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري O. P. U.

الطبعة الرابعة 1993.

4 - فؤاد ديب :

- القانون الدولي الخاص. 1986، دمشق

5 - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد :

- الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني : تنازع

القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

- الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج. 2، ط. 1974

6 - هشام علي صادق :

- دروس في القانون الدولي الخاص، ط. 1، الدار الجامعية

للطباعة والنشر، لبنان

- تنازع القوانين، ط. 3، 1974

Gavalda (CH) :

- les conflits de lois dans le temps en droit international privé. Sirey. 1955

Lagarde (P.) :

- "le principe de proximité dans le droit international privé contemporain". Rec. Acad. LA HAYE. 1981. 1
- Recherches sur l'ordre public en droit international privé. Thèse. Paris. 1959

Legier (G.) :

- La règle locus regit actum et les conflits de lois en matière de forme. Thèse. AIX. 1976

Rigaux (F.) :

- La théorie des qualifications en droit international privé.
Rec. Acad. LAHAYE. 1966. 1

Roubier (P.) :

- Le droit transitoire. Dalloz et Sirey. 1955

Vassilakakis (E.) :

- Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe. Paris. 1987

3 – ARTICLES :

Agostini et Derruppe :

- « Le renvoi » Jurisclasseur droit international privé. Fasc 532. B. 1985

2 – Ouvrages Spéciaux, Cours, Thèses :

Ancel (B.). Lequette (Y.) :

- Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. Paris. Sirey. 1987

Arminjon (P.) :

- "Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois de juridictions auquel ils donnent lieu". Rec. Acad. LAHAYE 1949. 1

Batiffol (H.) :

- Aspects philosophiques du droit international privé. Paris. Dalloz. 1956

Benattar (R.) :

- Les problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les systèmes de droit personnel. Rec. Acad. La Haye. 1967. II

Courbe (P.) :

- les objectifs temporels des règles de droit international privé. Edition de l'université de ROUEN. 1981

Delaume (G. R.) :

- les conflits de lois à la veille de code civil. Paris. Sirey 1947

El-Geddawy (K.) :

- Relation entre système confessionnel et laïque en droit international privé. Dalloz. 1971

Franciscakis :

- La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé. Paris. 1958

فهرس موضوعات الكتاب

- 5..... مقدمة
- الفصل التمهيدي
- نظرة عامة على القانون الدولي الخاص
- المبحث الأول
- نطاق القانون الدولي الخاص
- 10..... 1 - الفقه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص
- 2 - الفقه الذي يدخل موضوع تنازع الاختصاص القضائي
- 12..... 2 - الفقه الذي يدخل مركز الأجانب في نطاق القانون الدولي الخاص
- 12..... 3 - الفقه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص
- 13..... 4 - المبحث الثاني
- طبيعة القانون الدولي الخاص
- 16..... 1 - هل القانون الدولي الخاص قانون داخلي أم قانون دولي ؟
- 1 - عرض الاتجاه الفقهي القائل بأن القانون الدولي الخاص
- 16..... 1 - عرض الاتجاه القائل بأن القانون الدولي الخاص
- 17..... 2 - عرض الاتجاه القائل بأن القانون الدولي الخاص
- 18..... 3 - الرأي الذي يمكن تبنيه

De nova (R.) :

- Les systèmes juridiques complexes en droit international privé. Rev. Crit. Dr. Int. privé. 1955. p. 1 et s

Giardina (A.) :

- Les lois étrangères rétroactives en matières de mariage et de régimes matrimoniaux. Rev. Crit. dr. int. privé. 1972. 404

Graulich :

- conflit de lois dans le temps. Rep. Dalloz. Droit international

Larcher (E.) :

- « Effets juridiques du changement de religion en Algérie ». Revue algérienne, tunisienne, et marocaine de législation et jurisprudence. 1968. pp 1054 – 1064

Linant De Belle fonds :

- la jurisprudence égyptienne et les conflits de lois en matière de statut personnel. Clunet 1960. 832

Peynard (G.) :

- Les solutions des conflits de lois en Algérie. Rev. Crit. dr. Int. privé. 1977. 388

2 - هل القانون الدولي الخاص قانون عام أم قانون خاص ؟ 19.....

أ - الرأي الذي يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً من

فروع القانون العام 19.....

ب - الاتجاه الفقهي الذي يعتبر القانون الدولي فرعاً من

فروع القانون الخاص 20.....

ج - الرأي القائل بأن القانون الدولي الخاص فرع

قانوني قائم بذاته 22.....

المبحث الثالث

مصادر القانون الدولي الخاص

المطلب الأول

المصادر الداخلية للقانون الخاص

1 - التشريع 24.....

2 - القضاء 26.....

3 - العرف 27.....

المطلب الثاني

المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص

1 - المعاهدات الدولية 28.....

تفسير المعاهدات الدولية 30.....

- التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي 32.....

- حالة تعارض المعاهدة مع تشريع داخلي سابق 33....

33..... - حالة تعارض المعاهدة مع تشريع داخلي لاحق

- التشريع الوطني والتعارض بين المعاهدة والتشريع

35..... الداخلي

2 - القضاء الدولي 35.....

الباب الأول

النظرية العامة لتنازع القوانين

تمهيد

الفصل التمهيدي

مجال تنازع القوانين وتطوره التاريخي

المبحث الأول

تحديد مجال تنازع القوانين

المطلب الأول

هل التنازع الدولي هو وحده الذي يدخل

في نطاق القانون الدولي الخاص ؟

1 - التنازع الدولي 41.....

أ - الاعتراف بالدولة 42.....

ب - الاعتراف بالحكومة 42.....

2 - التنازع الداخلي 43.....

المطلب الثاني

هل يتحدد تنازع القوانين بالعلاقات القانونية الخاصة

المبحث الثاني

التطور التاريخي لتنازع القوانين

المطلب الأول

التطور التاريخي لتنازع القوانين

قبل صدور التقنين المدني الفرنسي

- 1 - المدرسة الإيطالية للأحوال 48
- 2 - المدرسة الفرنسية 50
- ديمولان 50
- دار جنتريه 52
- 3 - فقه المدرسة الهولندية 54

المطلب الثاني

التطور التاريخي لتنازع القوانين بعد صدور التقنين المدني

الفرنسي أي بعد القرن الثامن عشر الميلادي

- 1 - فقه مانشيبي 57
- 2 - فقه سافيني 60
- 3 - ببيه 63
- 4 - بارتن 65
- 5 - نبواييه 66

الفصل الأول

في قواعد الإسناد

المبحث الأول

في تعريف قاعدة الإسناد وبيان طبيعتها

المطلب الأول

تعريف قواعد الإسناد

- 1 - الفئة المسندة 67
- 2 - ضابط الإسناد 68

المطلب الثاني

طبيعة قواعد الإسناد

- 1 - قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة 70
- 2 - قواعد الإسناد قواعد مزدوجة 70
- 3 - قواعد الإسناد قواعد محايدة 73

المبحث الثاني

في تفسير قواعد الإسناد

المطلب الأول

التكييف

- 1 - الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف لقانون القاضي 79
- تبرير إخضاع التكييف لقانون القاضي 81
- حدود التكييف وفقا لقانون القاضي 83

- مدى خضوع المال للتكييف وفقا لقانون القاضي 84.....

- التكييف وقاعدة الإسناد الواردة في معاهدة 86.....

2 - الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف للقانون المختص

بحكم النزاع 87.....

3 - الاتجاه الذي يخضع التكييف للقانون المقارن 88.....

4 - الفقه الحديث : إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية

التكييف وفقا لقانون القاضي والتوسع في مضمون

الفئات المسندة 90.....

أ - دور القانون الأجنبي في عملية التكييف 90.....

ب - التوسع في مفهوم الفئات المسندة 92.....

5 - التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري 94.....

المطلب الثاني

الإحالة

1 - التمييز بين الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من

الدرجة الثانية 98.....

أ - الإحالة من الدرجة الأولى 98.....

ب - الإحالة من الدرجة الثانية 101.....

2 - في قبول الإحالة 102.....

أ - موقف الفقه من الإحالة 102.....

- حجج مناصري الإحالة 102.....

- حجج رافضي الإحالة 104.....

ب - موقف القانون الوضعي من الإحالة 107.....

- موقف القانون المقارن من الإحالة 107.....

- موقف القانون الجزائري من الإحالة 109.....

3 - في أساس الإحالة 110.....

- الإحالة تفويض 111.....

- الإحالة حل احتياطي 112.....

- تبرير الإحالة على أساس فكرة الإقليمية 113.....

- تبرير الإحالة استنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد 115.....

- نظرية الإحالة الكلية 117.....

4 - في نطاق الإحالة 119.....

أ - استبعاد الأخذ بالإحالة لما يكون القانون الواجب

التطبيق هو قانون إرادة المتعاقدين 120.....

ب - استبعاد الأخذ بالإحالة بشأن شكل التصرفات القانونية 121..

المبحث الثالث

مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه

المبحث الرابع

في استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها

المطلب الأول

استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في قانون القاضي

- 1 - الاتجاه القائل بتطبيق القانون الجديد 128
- 2 - الاتجاه القائل بتطبيق القانون الانتقالي الداخلي 129

المطلب الثاني

استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في القانون الأجنبي 129

المبحث الخامس

تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك)

- 1 - الاتجاه القائل بالاستبعاد المطلق للقانون الجديد 132
- 2 - الاتجاه القائل بتطبيق على التنازع المتحرك قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان 135

الفصل الثاني

في القانون الأجنبي الذي تشير

قاعدة الإسناد باختصاصه

المبحث الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي

- 1 - المدرسة الهولندية 139
- 2 - نظرية الحقوق المكتسبة 141
- 3 - نظرية الاستقبال والاستيعاب 142
- 4 - تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض 144

5 - معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع 144

المبحث الثاني

إثبات القانون الأجنبي

- 1 - تحديد من يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي 147
- 2 - كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي 148
- 3 - الحل المتبع عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي 150

المبحث الثالث

تفسير القانون الأجنبي

- 1 - كيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي 154
- 2 - رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي 155

المبحث الرابع

في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق

في الدولة المتعددة الشرائع

- 1 - مدى انطباق الحل المنصوص عليه في المادة 23 من (ق.م.ج) على النوعين من التعدد التشريعي 160
- 2 - نطاق إعمال الحل المنصوص عليه في المادة 23 بالنسبة لجميع ضوابط الإسناد 161
- 3 - الحل في حالة عدم تضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية

قواعد لفض النزاع الداخلي 163

المبحث الخامس

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

المختص حقيقة بحكم النزاع

المطلب الثاني

النظام العام

1 - التطور التاريخي لفكرة النظام العام 168

2 - استحالة تحديد مجال إعمال الدفع بالنظام العام 170

3 - وقت التقييد بمفهوم النظام العام 171

4 - نسبية فكرة النظام العام 173

5 - التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي 174

6 - أثر الدفع بالنظام العام 176

أ - أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يُراد إنشاؤها في

دولة القاضي 176

أ - 1 - الأثر السلبي للنظام العام 176

أ - 2 - الأثر الإيجابي للنظام العام 179

ب - أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في

الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي 181

ج - الأثر الانعكاسي للنظام العام 183

المطلب الثاني

الغش نحو القانون

1 - نشأة الدفع بالغش نحو القانون 188

2 - شروط الدفع بالغش نحو القانون 189

أ - الشرطان المتفق عليهما للدفع بالغش نحو القانون 189

ب - الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون 192

3 - أساس الغش نحو القانون 194

4 - الجزاء المترتب على الغش نحو القانون 196

الباب الثاني

الحلول الوضعية لتنازع القوانين

- تمهيد 201

الفصل الأول

الأحوال الشخصية

المبحث الأول

المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن

1 - حجج مناصري قانون الجنسية 202

2 - حجج مناصري قانون الموطن 203

3 - تقديرنا لحجج كلا الفريقين 204

المبحث الثاني

الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية

الفرع الأول

انعقاد الزواج

- 1 - الشروط الموضوعية 229
- أ - الصعوبات المعترضة تطبيق قانون الجنسية 230
- ب - إعمال فكرة النظام العام بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج 235
- إعمال فكرة النظام العام في فرنسا 235
- إعمال فكرة النظام العام في الجزائر 237
- 2 - الشروط الشكلية للزواج 238
- أ - تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج 238
- خضوع الزواج من حيث شكله لقانون محل إبرامه 238
- إبرام الزواج في الشكل المحلي حل عالمي 238
- مدى اعتبار الشكل المحلي إلزاميا 241
- في تطبيق القانون المحلي 241
- زواج الجزائريين في الخارج 243
- زواج الأجانب 244
- صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم 244
- ب - نطاق القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج 246

- 1 - حالة تعدد الجنسيات 206
- 2 - حالة انعدام الجنسية 207

المبحث الثالث

تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية

وبيان القانون الشخصي الواجب التطبيق عليها

المطلب الأول

الحالة

- 1 - الإسم 211
- 2 - الموطن 211

المطلب الثاني

الأهلية

الفرع الأول

القاعدة العامة : خضوع الأهلية لقانون الجنسية

الفرع الثاني

الاستثناء الوارد على خضوع الأهلية لقانون الجنسية

- شروط إعمال الاستثناء 221

الفرع الثالث

حماية عديم الأهلية أو ناقصها

المطلب الثالث

الزواج

246... - تكييف شرط إبرام الزواج في الشكل الديني

الفرع الثاني

آثار الزواج

1 - القانون المختص بحكم آثار الزواج 248

2 - تحديد نطاق القانون الذي يحكم الزواج 251

أ - النفقة 251

ب - حالة المرأة المتزوجة 252

- الإسم 252

- الموطن 253

ج - أهلية المرأة المتزوجة 254

الفرع الثالث

انحلال الزواج

1 - تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج 256

2 - نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج 259

3 - النظام العام والقانون الذي يحكم انحلال الزواج 261

المطلب الرابع

النسب

المطلب الخامس

النفقة بين الأقارب

المطلب السادس

الميراث

1 - تحديد القانون الذي يخضع له الميراث 268

2 - نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث 270

التركة الشاغرة 271

- حقوق دائني التركة 272

3 - النظام العام والقانون الذي يخضع له الميراث 273

المطلب السابع

الوصية

1 - قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للوصية 275

2 - قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية 278

الفصل الثاني

نظام الأموال

المبحث الأول

الأموال المادية

1 - خضوع المال لقانون موقعه 281

أ - تبرير قاعدة خضوع المال لقانون موقعه 283

ب - صعوبة تحديد موقع المال 283

ج - صعوبة تحديد قانون موقع المال (التنازع المتحرك) 285

2 - مجال تطبيق قانون موقع المال 289

309.....	في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما ؟ المطلب الثاني
310.....	قانون مكان إبرام العقد المطلب الثاني
311.....	الاستثناءات من الخضوع لقانون العقد المبحث الثاني مجال تطبيق قانون العقد المطلب الثاني تكوين العقد

315.....	1 - التراضي
317.....	2 - المحل
318.....	3 - السبب
318.....	4 - الجزاء المترتب عن تخلف أحد أركان العقد المطلب الثاني

319.....	آثار العقد الفصل الرابع
----------	----------------------------

	شكل التصرفات القانونية المبحث الأول
--	--

322.....	القانون الواجب التطبيق على شكل العقود
----------	---------------------------------------

المبحث الثاني الأموال غير المادية

294.....	1 - حق المؤلف
296.....	2 - براءة الاختراع
296.....	3 - الرسوم والنماذج الصناعية
297.....	4 - العلامات والأسماء التجارية
298.....	5 - الديون
298.....	أ - الديون العادية
300.....	ب - الديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول

الفصل الثالث الالتزامات التعاقدية المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية المطلب الأول قانون الإرادة

303.....	تمهيد
307.....	1 - هل يشترط في قانون الإرادة أن يكون له صلة بالعقد ؟
	2 - هل يمكن لأطراف العقد تجزئته بحيث يخضع كل جزء منه لقانون معين ؟
308.....	3 - هل يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون الذي يحكم شكل العقود 324

الفصل الخامس

الالتزامات غير التعاقدية

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية

1 - تطبيق القانون المحلي على الالتزام غير التعاقدية 328

أ - نشأة قاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدية لقانون المحل... 329

ب - مبررات قاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدية

لقانون المحل 330

ج - الصعوبات المعترضة تطبيق قانون المحل 332

د - الاستثناء الوارد على تطبيق قانون المحل

في القانون الجزائري 333

2 - آراء أخرى تستبعد تطبيق قانون المحل على الالتزامات

غير التعاقدية 334

المبحث الثاني

نطاق تطبيق قانون مكان وقوع الفعل

1 - الالتزامات المترتبة على الفعل الضار

(المسؤولية التقصيرية) 337

2 - الالتزامات المترتبة على الفعل النافع 339

قائمة بأهم المراجع 340

فهرس موضوعات الكتاب 345

طبع بمطبعة دار هومه
الهاتف: 021 94.19.36 و 021 94.41.19 الفاكس: 021 94.17.75