

جامعة محمد بوضياف مسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص
السداسي الأول: "تنازع القوانين"
للسنة الثالثة قانون خاص

إعداد الأستاذ: عمارة عمارة

الموسم الجامعي: 2022/2021

• مقياس القانون الدولي الخاص •

تمهيد:

- مفهوم القانون الدولي الخاص (موضوعه - مصادره)

الفصل الأول: تنازع القوانين

- النظرية العامة لتنازع القوانين
- المدارس التي تناولت مسألة تنازع القوانين
- مناهج تنازع القوانين
- **التكييف:** - النظريات المختلفة التي تناولت مسألة التكييف
- التكييف في القانون الجزائري
- الإسناد
- مكونات قاعدة الإسناد
- **الإحالة:** - أنواع الإحالة
- بدائل الإحالة

الدراسة التطبيقية لتنازع القوانين

- القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية
- الحالة والأهلية
- القانون الواجب التطبيق على الزواج
- النفقة بين الأقارب
- الميراث والوصية والهبة
- إثبات النسب وحماية القصر والكفالة والتبني
- **القانون الذي يحكم الأحوال العينية**
- القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية
- القانون الواجب التطبيق على شكل العقد
- الإلتزامات غير التعاقدية
- موانع تطبيق القانون الأجنبي
- كيفية تطبيق القانون الأجنبي
- دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي
- دور القاضي في إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي

الفصل الثاني: الجنسية

- مفهوم ونشأة الجنسية
- الطبيعة القانونية لرابطة الجنسية
- أساس قيام الجنسية الأصلية
- الجنسية المكتسبة
- شروط إكتساب الجنسية
- آثار التجنس
- مشاكل الجنسية
- طرق حل مشاكل تعدد الجنسية
- فقد الجنسية واستردادتها والتجريد منها
- آثار فقد والتجريد من الجنسية
- تطبيقات على المنازعات المتعلقة بالجنسية

بعض المراجع :

- 1/ أصول القانون الدولي الخاص حامد زكي
- 2/ مذكرات في القانون الدولي الخاص علي علي سليمان
- 3/ القانون الدولي الخاص أعراب بلقاسم
- 4/ القانون الدولي الخاص زروتي الطيب
- 5/ القانون الدولي الخاص حسن الميمي
- 6/ القانون الدولي الخاص محند أسعد
- 7/ إثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص /د/ هشام خالد . مصر

بعض الموثيق :

- * الأمر رقم 03/05 المعدل والمتمم لقانون الجنسية المؤرخ في 27 فبراير 2005
- * القانون 10/05 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم
- * قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970 والمعدل بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 9 أوت 2014 والقانون 03/17 المؤرخ في 10 يناير 2017 .
- * قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2005.

مقدمة

باعتبار أن الدولة كيان قانوني يسعى دائما إلى الحفاظ على العلاقات القانونية التي يعقدها أفراد سكانها فإنها أوجدت نتيجة لذلك مجموعة من التشريعات لتنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم كل ذلك في إطار القوانين الداخلية كالقانون المدني والتجاري وقانون الأحوال الشخصية

ونظرا لتطور وسائل الإتصال بين الأفراد من دول مختلفة وكذا عجز القوانين الداخلية لكل دولة في حل بعض الإشكالات القانونية ذات العنصر الأجنبي . لاختلاف القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد وجدت مبادئ وقوانين تختص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في إطار القانون الدولي الخاص خاصة بنمو التجارة الدولية وانفتاح الدول على بعضها لذلك كان لزاما على رجال القانون إعداد هذا الفرع من القانون إعدادا علميا دقيقا يستجيب لمتطلبات الأفراد والدول والحفاظ على مصالحهم .

وقد حاول الفقهاء ضبط وإستخدام مصطلح القانون الدولي الخاص فكان الفقيه الأمريكي "سطوري" أول من إستخدم لهذا المصطلح في كتابه القيم ((التعليق على تنازع القوانين)) سنة 1834 وجعله فرعا مستقلا من فروع القانون وبعدها عرف مصطلح القانون الدولي الخاص إنتشارا في فرنسا وكل الدول الأوروبية رغم الإختلاف في تسميته فكان القانون الدولي الخاص بديل لتسمية تنازع القوانين .

تعريف القانون الدولي الخاص:

تختلف المدارس الفقهية في إعطاء مفهوم واحد لهذا الفرع من فروع القانون نظرا لاختلافهم في مكونات وموضوعات هذا القانون فعرف بعضهم بأنه " فرع من فروع القانون الخاص ينظم ويحكم علاقات الأشخاص القانونية ذات العنصر الأجنبي "

وأشار حسن الميمي إلى تعريف القانون الدولي الخاص في كتابه القانون الدولي الخاص إستنادا إلى رأي بعض الفقهاء فيقول بأنه " فرع من القانون الداخلي يحدد تبعية الأشخاص للنظم القانونية اذ يعين جنسية الأشخاص التابعين للدولة وينظم مركز الأجانب فيها ويضبط قواعد الإسناد التي تشير إلى القوانين التي يجب إعتدما كلما كان هناك تنازعا بين القوانين أو تنازعا حول الإختصاص القضائي "

وهذا نفس المفهوم الذي ذهب إليه الأستاذ عزا لدين عبد الله ويذهب الدكتور علي علي سليمان إلى تعريفه إعتامادا على المواضيع التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص فيقول بأنه "مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا إقترن بها عنصر أجنبي والتي تعالج مسألة الإختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية".

وهذه المحاور المذكورة في هذا التعريف ستكون المواضيع التي ندرسها بالتفصيل في مادة القانون الدولي الخاص.

مجال تطبيق القانون الدولي الخاص:

ظهرت ثلاث إتجاهات فقهية إهتمت بدراسة مواضيع القانون الدولي الخاص وكل إتجاه حاول الإهتمام بموضوع دون الآخر:

1/ الإتجاه الضيق : يتجه هذا الرأي الى التركيز على موضوع تنازع القوانين وبالتالي يهمل المواضيع الأخرى ولقد عرف إنتشارا واسعا في ألمانيا ونظرا لعدم دقته من جهة وإهماله لمواضيع هامة كالجنسية من جهة لم يلق الراجح في باقي دول العالم .

2/ الإتجاه الواسع : هذا الإتجاه يوسع من دائرة المواضيع التي تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص إلى جانب تنازع القوانين يدرج مواضيع أخرى تتمثل في تنازع الإختصاص القضائي والجنسية ومركز الأجانب نظرا لأهمية هذه المواضيع وإرتكاز مسألة التنازع عليها. وقد أخذت بهذا الإتجاه الدول اللاتينية التي تأخذ بالشرعية كفرنسا والجزائر .

3/ الإتجاه المتوسط : نجد هذا الإتجاه يخرج موضوع الجنسية والموطن من مواضيع القانون الدولي الخاص وبالتالي فهذا الإتجاه يركز على موضوع تنازع القوانين ومسألة الإختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب ولقد ساد هذا الإتجاه في إيطاليا .

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية نجد أن أغلبيتهم تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص جميع هذه المواضيع السابقة وبالتالي فمواضيع القانون الدولي الخاص هي : تنازع القوانين - تنازع الإختصاص القضائي - حالة الأجانب - الجنسية - الموطن - تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية .

علاقة القانون الدولي الخاص بالقوانين الأخرى :

أ/ علاقته بالقانون الدولي العام: ينظم كلا القوانين علاقة قانونية تتعدى حدود الدولة الواحدة بأحد عناصرها. كما تعتبر المعاهدات والعرف الدولي مصدرا لكل منهما إضافة إلى أحكام القضاء الدولي وكذا الاجتهادات الفقهية . غير أن هذا الاتفاق لا يمنع من وجود اختلافات جوهرية فبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي العام نجدها تخاطب الدول بينما قواعد القانون الدولي الخاص تخاطب الأشخاص . إلى جانب ذلك فإن قواعد القانون الدولي الخاص تصدر عن سلطة مختصة وهي السلطة التشريعية لكل دولة في حين أن قواعد القانون الدولي العام ليست لها سلطة مختصة تصدرها . وبالرجوع إلى أحكام القانون الدولي العام نجد أنه ينقصه الجزاء بالمفهوم الدقيق الذي يعرفه القانون الدولي الخاص.

ب/ علاقته بالقانون الإداري : هناك صلة في بعض الحالات بين القانون الدولي الخاص والقانون الإداري رغم أن كل دولة تتفرد بتطبيق قانونها الإداري ولا مجال للتنازع وكمثال على هذه العلاقة ماتقضي به المادة 95 من الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 والمتعلق بالحالة المدنية للجزائريين فكل التصرفات التي تعقد في الخارج وفقا لقوانين هذا البلد تعتبر صحيحة في الجزائر . ونفس الشيء بالنسبة للمادة 97 المتعلقة بإبرام عقد الزواج في الخارج .

ج/ علاقته بالقانون الجزائي : رغم أن القانون الجزائي قانون إقليمي ويطبق على الجزائريين والأجانب في إقليم الدولة الجزائري . غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 583 من ق ا ج والتي تسمح بملاحقة الجزائري الذي ارتكب جنحة وفقا للقانون الجزائري أم في نظر المشرع الأجنبي ففي هذه الحالة لا بد من الرجوع إلى القانون الأجنبي لتحديد المتابعة للشروط المحددة في المادة 582 ق ا ج

د/ علاقته بقانون المرافعات : كلاهما يختص بتنازع الإختصاص القضائي وتنظيم القواعد القانونية المتعلقة بمسألة الإختصاص .

إلا أن مسألة تنظيم الإختصاص في القانون الدولي الخاص تكون بين المحاكم الوطنية لدولة القاضي المرفوع أمامه النزاع وبين المحاكم الأجنبية بينما تنازع الإختصاص في قانون المرافعات قاصر على المحاكم الوطنية داخل الدولة الواحدة

مصادر القانون الدولي الخاص :

هناك من يجعل أن المصادر على ثلاثة أنواع وهي مصادر وطنية وأخرى دولية وهناك من يرتبها إلى مصادر رسمية ومصادر غير رسمية وكلاهما يحاول تغطية جميع الاصول التي تخرج منها القاعدة القانونية

أ/ المصادر الرسمية :

- 1- **التشريع :** ويتمثل في القوانين الصادرة عن السلطة المختصة في وثائق رسمية مكتوبة وهذا مانصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري وبالتالي أطلق البعض على هذا المصدر وكذا المصادر المذكورة في المادة الأولى ق م ج بالمصادر الوطنية باعتبارها من مصادر القانون الداخلي .
- ولقد كان التشريع الألماني الصادر سنة 1896 أول من وضع قواعد قانونية مكتوبة تتعلق بتنازع القوانين في المواد من 7 إلى 31 ثم انتشر ذلك في باقي الدول وبالنسبة للجزائر فقد نظم تنازع القوانين في المواد من 9 الى 24 من ق م ج وهناك بعض النصوص التشريعية التي تعالج بعض مسائل القانون الدولي الخاص **مثل:** الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية والمعدل بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 09 أوت سنة 2014 والقانون رقم 03-17 المؤرخ في 10 يناير 2017 .
- _ وفيما يخص وضعية الأجانب فقد ذهبت الدول إلى وضع تشريعات تخص حقوق ووضعية الأجانب ولقد نظمت وضعية الاجانب في الجزائر بالأمر المؤرخ 1966 وتشغيلهم منظمة بالأمر الصادر في 16 أوت 1971 ثم بقانون 10/81 المؤرخ في 11 يونيو 1981 .
- _ كما نظم المشرع الجزائري المهن التجارية والصناعية الحرة للأجانب بالمرسوم المؤرخ في 26 سبتمبر 1975
- _ أما فيما يتعلق بالجنسية فقد صدرت قوانين مكتوبة مباشرة بعد الإستقلال سنة 1963 والتي عدلت بالتشريع الصادر سنة 1970 والذي عدل أيضا سنة 2005 فالتشريع إذن هو الذي يحدد كل المسائل المتعلقة بالجنسية سواء من حيث اكتسابها او فقدانها والتجريد منها
- وقد نظم قانون الإجراءات المدنية بعض قواعد القانون الدولي الخاص .
- 1- مسألة الإختصاص الاقليمي وذلك في القسم الأول تحت عنوان الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب بموجب المادة 41-42 .
- 2- الإنابة القضائية الدولية بموجب المواد من 112 إلى 124 .
- 3- تنفيذ الإنابات القضائية الدولية بموجب المواد 117 إلى 124 .
- 4- في أوجه الطعن وذلك بموجب المادة 358 بحيث يمكن الطعن بالنقض في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص إذا تعلق الأمر بمخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة . وكذلك مخالفة الإتفاقيات الدولية (التي تعلق بمسائل القانون الدولي الخاص)
- 5- السندات التنفيذية الأجنبية بموجب المواد 605-608 .

6- كما نظم بأكثر تفصيل الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بموجب المواد من 1039 إلى 1961 وبذلك يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم بشكل دقيق أهم المسائل ذات الصلة بالقانون الدولي الخاص وهذا عكس التشريع السابق .

- اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة بمسائل الجنسية والمعاهدة المبرمة عام 1953 بين الدول العربية والتي تقضي لمحاربة ظاهرة انعدام الجنسية .

ولقد لعبت هذه المعاهدات دورا كبيرا في حل الاشكالات المتعلقة بمجالات القانون الدولي الخاص .

القوة الالزامية للمعاهدات :

قضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في سنتي 1930-1932 بأنه لايجوز للدول أن تحتج بتشريعيها الداخلي لكي تتخلص من التزاماتها المترتبة بمقتضى معاهدات دولية . وأيدت هذا الحكم محكمة العدل الدولية سنة 1951 وجاء هذا الحكم نتيجة لاختلاف الدول في مدى إلزامية المعاهدة فبعض الدول كفرنسا ترى أن المعاهدات ملزمة لمحاكمها والأفراد المقيمين على اقليمها بمجرد المصادقة عليها .

- وبعض الدول لاتعتد بالقوة الإلزامية للمعاهدة إلا إذا صدر تشريع خاص بذلك في قوانينها مثل إنجلترا . وفي الولايات المتحدة الأمريكية توجد معاهدات قابلة للتنفيذ بذاتها وأخرى غير قابلة للتنفيذ بذاتها فلا تنفذ إلا بعد صدور تشريع .

تعارض احكام المعاهدة مع التشريع الداخلي :

_ ماهو الحل القانوني الواجب التطبيق في حال تعارض أحكام المعاهدة مع التشريع الداخلي لدولة معينة؟
الإجابة على هذا السؤال تستدعي فرضين هما :

- أن تكون هناك معاهدة قائمة ويصدر تشريعا يتعارض مع أحكام المعاهدة فهنا لايجوز للدولة التي أصدرت التشريع التحلل من التزاماتها بما جاء في المعاهدة إلا بعد نقضها تطبيقا لقضاء محكمة العدل الدولية التي قضت بأنه لايجوز لدولة أن تتحلل من التزاماتها الدولية بتشريع داخلي وقد نص الدستور الفرنسي على هذا الحكم سنة 1948 في مادته 28 ونص دستور سنة 1956 على سمو أحكام المعاهدات . وفي هذا المجال أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 4-2-1936 بأنه إذا صدر قانون يخالف ضمنا أحكام معاهدة سابقة فيفترض أنه أراد إستثناء أحكام المعاهدة وهذا مأخذ به القضاء الأمريكي والإنجليزي غير أنه تظهر الإشكالية حين ينص القانون اللاحق على وجوب تطبيقه فلا يكون أمام القضاء إلا الإحناء أمام إرادة المشرع .

- أن يكون هناك تشريع داخلي وتبرم الدولة معاهدة تتعارض مع أحكام هذا التشريع وفي هذه الحالة تعتبر أحكام المعاهدة تنسخ النصوص التشريعية المعارضة لها مالم تقوم بنقضها بالطرق الدبلوماسية

حكم تعارض المعاهدة مع القانون الداخلي الجزائري:

في حالة وقوع هذا الإشكال لابد من الرجوع إلى نص المادة 21 ق م التي تنص على أنه (لا تسري أحكام النصوص المتعلقة بتنازع القوانين اذ تعارضت بأحكام معاهدة سابقة نافذة في الجزائر)

أما بالنسبة للنصوص الدستورية فقد نصت المادة 132 و بالنسبة للتعديل الدستوري لسنة 2016 بالقانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 فنصت على ذلك في المادة على سمو المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية على القانون جاء هذا طبقا لاستفتاء 28 نوفمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور وهذا ما نصت عليه المادة 123 من دستور 1989 في حين لم يتضمن دستور 1976 نصا على تغليب أحكام المعاهدة على أحكام التشريع الداخلي.

ونصت المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020¹ والمتعلق بالتعديل الدستوري على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط النصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

العرف الدولي : يقصد بالعرف مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من إظهار سلوك الناس على إتباعها على نحو معين زمنا طويلا مع إعتقادهم بالزامها .وبأن مخالفتها توجب توقيع جزاء مادي .

وفي هذا الإطار يعتبر العرف من أهم مصادر القانون الدولي الخاص خاصة فيما يتعلق بتنازع القوانين .وتوجد هناك بعض القواعد المستمدة من العرف الدولي المستقر منذ عهد طويل مثل : قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون المحل . وقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه . وقاعدة خضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي . وقد أصبحت هذه القواعد نصوصا تشريعية في أغلب الدول اليوم . وبالتالي قلت أهمية هذا المصدر وأصبح ينظر إليه أنه مجرد مصدر تاريخي .

وبالنسبة لمواد الجنسية فإن دور العرف يكاد يكون منعدما وذلك لاستئثار التشريع بتنظيمها ولتعلقها بسيادة الدولة. هذا رغم أن بعض شراح القانون الدولي الخاص أنكر وجود عرف دولي ملزم .

ب/المصادر غير الرسمية :

1/ الفقه : لقد ساهم الفقه الدولي بقسط كبير في تكوين قواعد القانون الدولي الخاص ومن ذلك :

- فقه المدرسة الإيطالية : نشأت في البيئة الإيطالية نظرية الأحوال (أواخر القرن 12 وبداية القرن 13) ومن أبرز فقهاءها وقد ميز فقه هذه المدرسة بين الأحوال العينية وأحوال شخصية وأخضعوا الأحوال الأولى إلى قانون الموقع والثانية لقانون موطن الشخص . ويرجع في تحديد طبيعة الأحوال إما إلى القانون الروماني أو القواعد المستمدة من القانون الطبيعي والعدالة . واستطاع فقهاء هذه المدرسة أن يقسموا هذه القواعد إلى موضوعية وقواعد خاصة بالمرافعات .

- . كما درسوا مبدأ سلطان الإرادة وقالو أن العقد يخضع لمحل إبرامه.
- . أخضعوا الجرائم لمحل وقوعها وهم أول من فرق بين الأحوال المستحسنة والمستهجنة
- . فقه المدرسة الفرنسية (1500-1590) ميزها فقيهان هما:

- **ديمولان** : الذي إبتدع فكرة التكيف وقسم الأحوال إلى عينية وشخصية

- **دارجنترية**: التمسك بمبدأ الإقليمية كأصل وإستثناء تطبيق القانون الأجنبي وقسم الأحوال إلى عينية وشخصية وجعل العينية هي الأصل .

. فقه المدرسة الهولندية أخذوا بالمبادئ السابقة ويرجع لهم الفضل في إعتناق إصطلاح تنازع القوانين لأول مرة كما جاءوا بفكرة إستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام المحلي وجاءوا بفكرة المجاملة الدولية . ثم توصلت الأعمال الفقهية فجاء الفقيه الألماني سافيني الذي أسند خضوع الروابط والعلاقات القانونية إلى المكان الذي تمت فيه انطلاقا من نظرية التركيز المكاني وطبقا لهذه النظرية تكون معايير الإسناد كما يلي :

- حالة الشخص وأهليته تخضع للموطن بإعتبار أن مركز العلاقة القانونية أو إختيار هذا الشخص لهذا الموطن - الإلتزامات التعاقدية تخضع لقانون مكان تنفيذها

- خضوع الأموال إلى قانون على أساس أن العلاقة يتحدد مركزها القانوني بمكان وجود الأموال

. وبعدها جاء الفقيه الأمريكي ستوري الذي كان السياق إلى إعطاء إصطلاح القانون الدولي الخاص وكان متأثرا بالفقه الهولندي حيث إعتق فكرة تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة .

2/ القضاء : يقصد به مجموع الحلول القضائية التي استقرت عليها المحاكم بحيث أصبحت تمثل إتجاها

واضحا ومستقرا في مسائل محددة صادرة عن القضاء الوطني أو الدولي .

أ/ القضاء الوطني : يختلف دور القضاء باختلاف الأنظمة المنتهجة من طرف الدول فإذا كانت الدولة متأثرة بالنظام الأنجلوساكسوني والتي يشارك فيها القضاء بدور كبير في تكوين القاعدة القانونية فيعتبر مصدرا هاما يصل إلى درجة الرسمية ويسمى القانون فيها "بالقانون القضائي" فتأخذ هذه الدول بحجة السوابق القضائية التي تتمتع بقوة الإلزام وبالتالي فالقاضي المعروض عليه النزاع يبحث عن الحل في الأحكام القضائية التي صدرت من قبل المنازعات المماثلة .

. وبالنسبة للدول الخارجية على النظام الأنجلو ساكسوني كالجزائر فإن القضاء لا يخلق القاعدة القانونية بل ينحصر دوره على تطبيقها وتفسيرها .

ب/ القضاء الدولي : رغم قلة أحكام القضاء الدولي إلا أنه يعتبر مصدرا هاما للقانون الدولي الخاص في

الحالة التي ترفع فيها الدولة دعوى أشخاصها نيابة عنهم إلى المحاكم الدولية عن طريق الحماية الدبلوماسية باعتبار أن هؤلاء الأشخاص لا يتمتعون بالشخصية الدولية (م 1/34 النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ومن الأحكام التي صدرت بهذا الصدد .

- بالنسبة للمشاكل التي تعترض الأجانب في دول أخرى قررت محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في 25 مايو 1926 بأن نزع ملكية هؤلاء من طرف الدول المتواجدين بها بدون تعويض يعتبر إجراء مخالفًا للقانون الدولي .

- وفيما يتعلق بتنازع القوانين فقد أصدرت المحكمة في 12 يوليو 1929 بأن كل دولة حرة في وضع قواعد التنازع التي تراها مناسبة لسياستها . عدا ماتتص عليه المعاهدات كما أصدرت أن كل دولة تستقل في وضع القواعد القانونية التي تنظم حالات تكسب جنسية أو فقدها أو أنها مسألة متعلقة بالجنسية .

تنازع القوانين

يقصد بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ذلك التزاحم والتنافس الذي يكون بين قانونين أو عدة قوانين من أجل حكم العلاقة القانونية. كما عرفه البعض بأنه تزاحم قوانين متعارضة بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل غير أن المقصود من هذه المعايير ليس هو المصارعة والغلبة لأحد هذه القوانين وفوز أحدها بحكم العلاقة القانونية.

وإنما يعني التنازع بين القوانين المفاضلة واختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة موضوع النزاع ذات العنصر الأجنبي ومن هذا لمنطلق وجهت لهذا المصطلح عدة انتقادات من طرف الفقه فظهرت تسميات كبديل لاصطلاح تنازع القوانين منها :

- تسابق القوانين - اختيار القوانين (الفقه الأنجلوساكسوني) - تزاحم القوانين - التنازع من حيث المكان

أنواع تنازع القوانين :

1- التنازع من حيث الزمان :

قد يحدث أن تتعاقب القوانين في دولة واحدة فيطرح السؤال : من القانون الذي يهتم بالواقعة القانونية أو آثارها أهو القانون القديم أم الجديد في الحالة التي تكون فيه العلاقة القانونية مستمرة إلا أن هذا النوع من التنازع ليس هو المقصود في مجال القانون الدولي الخاص إنما المقصود هو التعاقب بين قانونين صادرين عن دولتين مختلفتين .

2- تنازع القوانين الخاصة :

يرى بعض الفقهاء بأن تنازع القوانين من حيث المكان يشمل فروع القانون العام بينما يرى الأغلبية أن تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص قاصرا على مجال العلاقات القانونية الخاصة التي يحكمها القانون المدني أو التجاري أو قانون الأحوال الشخصية . وهذا المفهوم هو الذي يمتاز في بحر دراستنا أي ان التنازع قاصرا على العلاقات الخاصة والقوانين التي تحكمها .

3- التنازع الداخلي :

يحدث ذلك عند تعدد الشرائع في الدولة الواحدة سواء كانت مركبة أو بسيطة .وإذا حصل هذا التنازع فإن الاختصاص يعود إلى القانون العام الداخلي لتلك الدولة الذي يحدد لنا القانون الواجب التطبيق وهذا النوع من التنازع لا يرقى إلى التنازع المدروس في القانون الدولي الخاص .

4- التنازع الاستعماري :

يحدث بين قانون الدولة المستعمرة وقانون الدولة المستعمرة بإعتبار أن لكل دولة قانونها الخاصة قبل الإستعمار ومادامت الدولة المستعمرة قد فقدت سيادتها يكون التنازع داخليا ولا مجال للتنازع بين دولتين .

5- التنازع في حالة ضم الإقليم :

حدث في حالة ضم إقليم دولة معينة فيؤدي إلى ظهور تنازع القوانين بين الدولة الضامة وهذا الإقليم .وهذا النوع أيضا لا يرقى إلى التنازع الدولي بل هو تنازع داخلي .

شروط تنازع القوانين :

1- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي :

أي أن تكون العلاقة التي يثور بشأنها النزاع غير وطنية وبالتالي فالمقصود من العلاقة القانونية هي تلك التي يكون أحد عناصرها أجنبيا سواء من حيث محلها أو سببها أو أطرافها .

وعليه فإن علاقة الزواج التي تتم في الجزائر بين جزائريين هي علاقة وطنية لايتوفر فيها هذا الشرط . أما إذا تم الزواج بين أجنبيين في الجزائر فإن الشرط قد تحقق لأن أطراف العلاقة أجنب .

2- أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليمه :

والمقصود بذلك ألا يتمسك المشرع الوطني بتطبيق مبدأ إقليمية القوانين ويسمح لمجال تطبيق القانون الأجنبي نظرا إلى ضرورة إزدياد الحاجة إلى التعاون الدولي . لأنه أصبح مستحيلا بقاء الدولة أو المجتمع الواحد منعزلا عن بقية المجتمعات الدولية .

3- أن يكون هناك اختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي :

إن تماثل وتطابق القوانين في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع والقانون الأجنبي ينفي وجود ظاهرة تنازع القوانين وعليه يقتضي الأمر وجود تباين بينهما باعتبار أن التنازع مرتبط بوجود اختلاف في القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقة القانونية.

- وتجدر الإشارة أن تطبيق الشروط السابقة تتأكد في حالة كون القانون الأجنبي صادر عن دولة تعترف بها دولة القاضي باعتبار أن الدولة التي لا يتم الإعتراف بها طبقا لقواعد القانون الدولي العام من طرف دولة أخرى

فإنها لاتعتبر وفقا لوجهة نظرها عضوا من أعضاء المجموعة الدولية مما يترتب عدم تصور قيام التنازع بين القوانين . غير أن عدم الإعراف بالحكومات لاينفي وجود قانون هذه الدولة وفقا للرأي الفقهي الحديث رغم

التباين بين القضاء في دولة مختلفة من موقفه بصدد الإعراف بالقوانين الصادرة عن حكومة غير معترف بها بين الأخذ بها وتطبيقها في دولة القاضي وعدم الأخذ بها

المناهج المتبعة في التنازع :

والمقصود في المناهج هنا هو الطريقة التي ينتهجها أو يسلكها المشرع الوطني أو الدولي لصياغة تنظيم مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص أو أحد مواضيعه التي يجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يأخذ بهذه الوسيلة المحددة في التشريع خلال بحثه عن الحلول للعلاقة القانونية التي تتنازع بشأنها القوانين . ويمكن إجمال هذه الطرق في منهجين أساسين :

1/ المنهج التنازعي :

يقوم هذا المنهج على تكوين قواعد الإسناد التي بمقتضاها يتم إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي والمتنازع بشأنها إلى قواعد التنازع الخاصة بها في القانون الوطني لكي يتحدد فيها بعد القانون الواجب التطبيق عليها. وأخذ بهذا المنهج القضاء الداخلي الوطني في معظم الدول .

مثال: أن يتقدم زوج ايطالي بطلب التطلق من زوجته الألمانية أمام القضاء الجزائري فعلى القاضي الجزائري أن يخضع التطبيق إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى عملا بقاعدة الإسناد الجزائرية الواردة في المادة 12 من ق م ج .

خصائصه والانتقادات الموجهة إليه :

يتميز هذا المنهج بأنه يعطي الاختصاص للقانون الداخلي المرتبط بالنزاع أكثر من القوانين الأخرى التي لها علاقة بالعلاقة القانونية المتنازع بشأنها.

- كما يتميز هذا الاختصاص المطلق لقواعد التنازع لدولة القاضي باعتبار أن هذا المبدأ مقدس لاتلحق به استثناءات إلا في حالات محددة حصرا .

- ومن خصائصه أيضا أن قواعد التنازع فيه مزدوجة تبين متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي وبالتالي إختيار أنسب القوانين .

- ورغم إنتشار هذا المنهج في معظم التشريعات فلم يسلم من النقد إذ :

ينتقد هذا المنهج في حالة التنازع السلبي بحيث يتخلى كل مشرع عن حكم العلاقة القانونية فتبقى بدون حل لذا وصفه البعض بلعبة المضرب.

- كما أن الأخذ بهذا المنهج يؤدي إلى تطبيق نصوص قانونية على العلاقة ذات العنصر الأجنبي مع العلم أنها لاتتنفق مع طبيعة النزاع المعروض على القاضي .

- وانتقد هذا المنهج أيضا من ناحية عدم توقع الحلول أو معرفتها مسبقا خاصة في الحالة التي تكون فيها قاعدة التنازع مصدرها القضاء فتكون الحلول مستجيبة بمفهوم القاضي وليس للعدالة .
والخلاصة أن وظيفة قواعد التنازع طبقا لهذا المنهج تفتقد إلى الوظيفة الوقائية لأنها لاتستطيع منع قيام التنازع لذلك فوظيفتها علاجية أكثر .

2/ المنهج الموضوعي المادي:

يتم باستبعاد قواعد الإسناد في مجال العلاقات الدولية التجارية على أساس أن هناك قواعد موضوعية مادية تحتوي على حلول للعلاقات الإقتصادية والتجارية على الصعيد الدولي.
وعلى هذا الاساس إذا عرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بالعلاقات القانونية التي تتناول التجارة الدولية فإنه مطالب بالرجوع إلى هذه القواعد الموضوعية وتطبيقها مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني .

. ولم يكن هذا المنهج وليد العصر الحديث في مضمونه بل ظهر ضمنا قديما عندما كان القانون الروماني يطبق على الأصلاء فقط بينما الأجانب الذين كانوا يمارسون التجارة التي تحتاج إلى قواعد أخرى غير قواعد القانون المدني الروماني قد وضع لهم مايسمى بقانون الشعوب باعتبار قواعد الشعوب قواعد موضوعية .
وساعد على انتشار المنهج الموضوعي حديثا تطور التجارة الدولية وحاجة المتعاملين بها إلى تنظيم أنفسهم بأنفسهم ومحاولة اتحادهم في كل المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية وحتى الدول أصبحت تخضع للمعطيات الجديدة بعد أن أصبحت الدول تبرم عقودا كما يبرمها الأفراد في التجارة الدولية فساعد ذلك على رسوخ قواعد موضوعية واستقرارها بين ممارستي التجارة نتيجة عدم صلاحية القوانين الداخلية لحكم التجارة الدولية .
ويرجع الفضل كذلك إلى فضاء التحكيم الذي أباحته الدول ونظمتها في تشريعاتها الداخلية للمساهمة في خلق قواعد موضوعية يرجع إليها مباشرة عند قيام نزاع يتعلق بالتجارة الدولية .

أنواع قواعد المنهج الموضوعي :

1/ قواعد موضوعية ذات أصل تشريعي:

يعود أصل هذه القواعد إلى التشريعات الوطنية أو المعاهدات. فبالنسبة إلى القواعد ذات الأصل التشريعي الداخلي تنظم في نظم قانونية وطنية تطبق على التجارة الدولية دون التجارة الداخلية ويكثر ذلك في مجال الإستثمارات وهو ما عتمدته الدول الناصية بقصد تشجيع الاستثمارات في بلادها .
وقد يتجسد هذا الأصل التشريعي في ألمانيا الديمقراطية سنة 1979 المتعلق بالعوامل الدولية الإقتصادية حيث ورد في قواعد ألمانيا قواعد موضوعية يرجع إليها مباشرة من طرف القاضي المعروض عليه النزاع .
. وفيما يتعلق بالقواعد الموضوعية ذات الأصل الإتفاقي فهي تلك القواعد التي تتفق بشأنها الدول بخصوص جانب من جوانب التجارة الدولية والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

- إتفاقية بروكسل عام 1924 والمعدلة عام 1968 تتضمن قواعد موضوعية تتعلق بعقود النقل البحري لسفن الشحن .

- إتفاقية جنيف لعامي 1930-1931 متضمنة قواعد موضوعية خاصة بالنظام القانوني للكيميالة والسند الأردني والشيك.

- إتفاقية لاهاي لعام 1964 المتعلقة بتنظيم عملية بيع المنقولات المادية على المستوى الدولي .
- إتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 المنظمة لقواعد موضوعية خاصة بالبيع التجارية الدولية .

2/ قواعد موضوعية ذات مصدر قضائية :

إذ تعود هذه القواعد الموضوعية إلى القضاء الوطني مثلما استقر عند غالبية الدول صلاحية شرط التحكيم واستقلاله في حماية العقود التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية . كل هذه القواعد أخذ بها القضاء الفرنسي .
. وقد تعود هذه القواعد الموضوعية إلى التحكيم التجاري الدولي لتنظيم الأسواق المالية مثل : العلاقة بين البنوك أو العلاقة بين البنك وصاحب رأس المال . كما تنظم العادات التي يجري بها العمل في مجال التجارة الدولية المتعلقة بالحبوب والحرير والصوف .

خصائص القواعد الموضوعية في المنهج المادي :

- قواعد مباشرة أي أن الصلة بين القاضي والقانون مباشرة في هذا المنهج تشبه تماما تطبيق القاضي الوطني
- القواعد الموضوعية لها خصوصية التجارة الدولية .
- كما أنها طائفية من جهة تخص أشخاص التجارة الدولية وتعرفها الدول الاكثر تقدما كالدول الأوربية
- باعتبارها تعرف القواعد الموضوعية ومن جهة أخرى هي نوعية تشمل عدة أنواع من القواعد كتجارة الحبوب - الصوف - الجلد .
- إضافة إلى ذلك فهي تلقائية أي قواعد خرجت من مجتمع معين توفرت فيه شروطه الخاصة دون المرور بالرسمية المعروفة لسن القوانين في القوانين الوضعية الداخلية .

التكييف

تعريف التكييف: التكييف هو قيام القاضي بتحديد طبيعة المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق

يستخلص من هذا التعريف أن عملية التكييف هي عملية أولية أساسية يلجأ إليها القاضي بحثاً عن إيجاد الحل المناسب لتنازع القوانين خلال تفسيره لقواعد الإسناد لأن هذه القواعد أيضاً يجب أن تدرج ضمن نظام من النظم القانونية لدولة القاضي .

. لذا فمسألة التكييف مرتبطة بتنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص غير أن عملية التكييف ليست قاصرة على مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص فنجدها في القانون الجزائي بمناسبة قيام قاضي التحقيق بالتحقيق في مسألة معينة فيقوم بعملية تكييف هذه الوقائع ويعطيها الوصف القانوني النهائي رغم وجود تكييفات أخرى للقضية من أطراف أخرى كالمدعي والنيابة .

ونجد التكييف في القانون المدني يكتسي أهمية كبرى في مجال تطبيق أحكام القانون المدني وذلك من خلال قيام القاضي المدني بإجراء عملية التكييف فيما يخص النزاع ويدرجه ضمن نظام معين كعقد إيجار أو رهن أو إتفاق لتحديد القانون الواجب التطبيق .

نشأة التكييف:

إن اختلاف النظم القانونية جعل التكييف في القانون الدولي الخاص يبلغ أهمية بالغة لا يستطيع القاضي أن يتخطاها . ولقد كان العمل القضائي يقوم بعملية التكييف دون أن يبين أن هذا العمل هو تكييف خلال معالجته للنزاع المطروح أمامه . فتبع بعض الفقهاء العملية التي يقوم بها القضاء حتى وصلوا إلى أنه يقوم بعملية التكييف .

- ولقد ظهرت فكرة التكييف لأول مرة في الفقه الألماني على يد الفقيه "كان KHAN"

خلال مناقشه لبعض الأفكار القانونية عام 1981 من خلال مناقشه لفكرة التنازع المستمر أو التكييف الكامن

غير أن الفقيه "بارتان BARTIN " هو الذي أبرز فكرة التكييف وطورها إلى أن أصبحت نظرية محددة المعالم عام 1897 عندما ناقشت هذه الفكرة تحت عنوان الوصول إلى الحل النهائي لتنازع القوانين .

ثم اطلق التكييف "La quali ficcation" على هذه المشكلة وقد فرق بين التكييف السابق والتكييف اللاحق فعرف القرن التاسع عشر ميلاد التكييف كمسألة محددة المعالم رغم أن أصلها يعود الى القرن 12 بمناسبة نشأة تنازع القوانين .

أساس التكييف :

لاحظ الفقيه بارتان أن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة نهائية دون أن يصرح بها ولقد إستند بارتان لعدة قضايا من خلال درستها وتحليلها واستخلصه لفكرة التكييف أهمها :

أ/ قضية ميراث المالطي :

وقائع هذه القضية تتخلص في أن زوجين من جزيرة مالطا انتقل إلى الجزائر في عهد الإستعمار الفرنسي وأقام بها ويملك الزوج عقار وبعد وفاته طالبت زوجته بحقها على عقار زوجها المتوفي فعرضت مشكلة التكييف بمناسبة تكييف حق الزوجة.

وانطلاقا من هنا رأى بارتان أن المحكمة المعروض عليها النزاع لاتستطيع أن تعتقد أكثر من حلين هما : تكييف طلب الزوجة على أساس أنه يدخل في مضمون فكرة النظام المالي للزوجين أو تكييفه بأنه يدخل في فكرة الميراث والإختلاف في التكييف يترتب عليه الإختلاف في القانون الواجب التطبيق فإذا كيفت المحكمة حق الزوجة أنه يدخل ضمن النظام المالي للزوجين يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المالطي لان قاعدة الإستاذ الفرنسية تعطي الاختصاص في هذه الحالة إلى قانون الموطن الأول للزوجين وهو القانون المالطي الذي يعرف بأحقية الزوجة في طلبها .

بينما تكييف المحكمة لهذا الطلب على أساس أنه يدخل في مضمون حق الميراث الذي طالب به الزوجة مأسسة دعوها بنصيب الزوج المحتاج الذي يقرره قانون المالطي . يجعل الاختصاص إلى القانون الفرنسي لإن قاعدة الإسناد تشير باختصاص قانون موقع العقار وهو لايعترف للزوجة بهذا الحق وبالتالي رفض الدعوى .

ب / قضية وصية الهولندي :

قام بارتان بدراسة وصية الهولندي والتي تتخلص وقائعها في أن هولنديا قام بتحرير وصية في فرنسا في الشكل العرفي بخطة وتوقيعه طبقا للقانون الفرنسي الذي يجيز الوصية في هذا الشكل .

إلا أن القانون الهولندي في مادته 992 ق م يستلزم بصحة الوصية أن تكون في الشكل الرسمي ولو حررت خارج هولندا وقصد بذلك حماية إرادة الموصي .

فلاحظ بارتان أن صحة الوصية من عدمه يتوقف على تكييف المحكمة للمنع الذي وضعه القانون الهولندي - فإذا كان تكييف المنع بأنه يدخل في شكل الوصية وليس في موضوعها فإنه يؤدي إلى صحتها وإلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون بلد إبرامها طبقا لقواعد إسناده .

- وإذا كيف المنع على أنه يدخل في الشروط الموضوعية الجوهرية للوصية ويعتبر هذا المنع قيذا على أهلية الموصي عند إبرام وصيته فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الهولندي لإن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع الأهلية إلى قانون الجنسية وجنسية الموصي هولندية وبالتالي فالقانون الهولندي هو الواجب التطبيق فاعتنق القضاء الفرنسي سنة 1944 الحل الأول باعتبار أن القضاء الفرنسي هو المختصر كما حكم بعض القضايا الأخرى **مثل**: طلب التفريق الجسماني لإسبانيين أمام المحاكم الفرنسية وكذا طلب بطلان زواج أحد اليونانيين باعتباره تم في شكل مدني .

القانون الذي يحكم التكييف:

إذا كان هناك إجماع بين الفقهاء حول فكرة التكييف فإن هناك اختلاف حول القانون الذي يرجع إليه عند تكييف المسألة محل النزاع وهذا الخلاف كان سببا في بروز عدة اتجاهات أهمها .

1/ نظرية خضوع التكييف إلى القانون المختص بحكم العلاقة محل النزاع:

يقصد بهذه النظرية أن يرجع القاضي عند قيامه بتحديد طبيعة المسألة المتنازع فيها إلى القانون الواجب التطبيق عليها دون البحث في القوانين الأخرى باعتبار أن الرجوع إلى قانون غير القانون المختص يترتب نتائج غير مطابقة إذ قد يؤدي ذلك إلى عدم تطبيق القانون المختص رغم أن مشرعه الوطني قد أعطى له الاختصاص كذلك تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى تحقيق العدالة من خلال تطبيق القانون الأجنبي كاملا سواء قواعده الموضوعية أو التكييف .

ورغم ذلك فقد وجه إلى هذه النظرية عدة انتقادات منها أن عملية التكييف تسبق الإسناد . فلا يمكن معرفة القانون الأجنبي قبل إجراء التكييف .

2/ نظرية خضوع التكييف إلى القانون المقارن :

قال بهذه النظرية الفقيه " رابل RABEL" الذي قرر ان التكييف لاينبغي أن يخضع إلى قانون دولة معينة مفصلة عن بقية دول العالم بل لا بد من البحث للوصول إلى حل يوفق بين المطالب الوطنية والمثالية العالمية بالرجوع إلى منهج القانون المقارن الذي يؤسس قواعده على المفاهيم المختلفة لمسألة التكييف في المجتمعات والدول أي أن يتم تحديدا لتكييف عالميا يتفق مع معطيات وحاجة العلاقات الدولية بين الأشخاص أطراف العلاقة مثل استخلاص مفهوم الزوج من القانون المقارن

غير أن هذه النظرية رغم سعيها لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص وتوحيد المفاهيم إلا أنها لم تسلم من النقد. فانتقدت على أنه يصعب تطبيقها من الناحية العملية باعتبار أن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بصفة دقيقة وكذلك تهدف هذه النظرية إلى تحميل القاضي معرفة كل النظم القانونية العالمية الشئ الذي يصعب تحقيقه وذهب الفقيه الإيطالي Rolando quadri إلى توحيد المصطلح علمي دقيق حتى يزول التنازع بين

الفقه حول التكييف فيمنع بذلك مسألة علمية لا يختلف حولها انطلاقا من إخضاع التكييف لعلم القانون وحتى هذا التصور انتقد بكونه بعيدا عن الواقع العلمي والعملية .

3/ نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي :

تهدف هذه النظرية إلى إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق عليها أو مبادئ القانون المقارن . وقد أخذ بهذه النظرية أغلب الفقه بعدما أظهرها بارتان إلى الوجود وأعلنت بها التشريعات الوطنية ومنها التشريع الجزائري كما أقرتها المعاهدات الدولية كإتفاقية لاهاي لعام 1925 .

وتقوم هذه النظرية على أساس فكرة السيادة باعتبار أن رجوع القاضي الوطني إلى التكييف إنطلاقا من قانون يمثل السيادة فلا يجوز له تجاوزه لأنه يأتى بأوامر مشرعه الوطني وليس الأجنبي .

كما أن التكييف يسبق دائما عملية الإسناد .

الاستثناءات الواردة على النظرية :

1/ **بالنسبة على المال :** أن المال يمثل الثروة الوطنية لكل دولة وهو جزء من إقليم الدولة كما لها كامل السيادة عليه وهنا يخضع المال إلى قانون موقعه من حيث تكييف المال إلى عقارات أو منقولات .

2/ **بالنسبة إلى الاستحالة المادية التي تعترض القاضي:** تتمثل في الحالة التي تعرض على القاضي مسائل قانونية يجهلها قانونه الوطني فيكون أمام استحالة مادية من جهة ولكنه مطالب بالفصل في هذه المسألة من جهة ثانية وبالتالي يكون مضطرا بالرجوع إلى القانون الأجنبي المختص لتحديد طبيعة النزاع المعروض عليه كأن تعرض على القانون الفرنسي مسألة متنازع بشأنها تتعلق بالمهر أو الوقف المعروفين في الشريعة ولا يعرفها القانون الفرنسي فيكون التكييف من اختصاص القانون الأجنبي (الشريعة الإسلامية) أو يعرض على نظام الترس أو نصيب الزوج المحتاج .

3/ **تحديد القانون الذي يحكم التكييف بمعاهدة أو نص قانوني:** أي جواز تحديد القانون الذي يخضع له التكييف مسبقا سواء كان عن طريق المعاهدات المبرمة من طرف الدول والتي تنص في أحد بنودها بأنه في حالة نزاع بين الأشخاص التابعين لها يكون تحديد طبيعته وفقا لقانون معين . أو يكون هناك نص قانوني في التشريع الداخلي لقانون القاضي بفض الرجوع في التكييف إلى قانون معين . أو يكون هناك نص قانوني في التشريع الداخلي لقانون القاضي يقضي بالرجوع في التكييف إلى قانون معين .

وهو مانص عليه المشرع في المادة 21 ق م ج (لاتسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر)

4/ **تكييف الفعل:** إذ يعود تكييف الأفعال سواء الضارة التي ترتب مسؤولية تقصيرية أو النافعة المرتبة للالتزامات القانونية إلى قانون محل ارتكابها لذا فالقاضي عند تكييف هذه الأفعال مضطر إلى العودة إلى مكان ارتكابها والحكمة في ذلك اختلاف القوانين فيما بينها من دولة لأخرى .

وكل هذه الاستثناء كانت بمثابة نقد موجه لنظرية اخضاع التكييف لقانون القاضي فهذه النظرية عجزت على تغطية جميع المسائل القانونية المعروضة على القاضي .

موقف المشرع الجزائري من التكييف :

أخذ المشرع الجزائري بنظرية خضوع التكييف لقانون القاضي طبقا لنص المادة 9 من ق م ج التي تنص : (يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه).

ويستخلص من هذا النص أن المشرع قد أخذ بنظرية التكييف التي نادى بها بارتان وبالتالي فإن الرجوع إلى القانون الجزائري لتحديد طبيعة النزاع المعروض على القاضي الجزائري وإدراجه ضمن نظام قانوني معين أمر لا يمكنه تجاوزه غير أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات .

. الاستثناءات الواردة على القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري :

1/ حالة المعاهدة أو نص قانوني : تنص المادة 21 ق م ج (لاتبسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص خلاف ذلك في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في الجزائر)

وطبقا لهذا النص فالقاضي الجزائري مجبر على الرجوع إلى بنود المعاهدة النافذة في الجزائر والتي تكون قد حددت القانون الذي يحكم التكييف . ونفس الشيء ينطبق على النص القانوني الذي يلزم القاضي بالرجوع إلى أحكام هذا القانون.

2/ الاستحالة المادية للقانون الجزائري : باعتبار أن الأنظمة القانونية تختلف من مجتمع لآخر فانه قد يحدث أن بعض المجتمعات لاتعرف الأنظمة القانونية التي تحكم المجتمع الآخر ومن هذا المنطلق لو عرض على القاضي الجزائري في علاقات ذات عنصر أجنبي نظاما قانونيا يجهله فهو مطالب بالرجوع إلى القانون الأجنبي في التكييف وليست الى القانون الجزائري طبقا لنص المادة 9 ق م

مثال : أن تعرض على القاضي الجزائري مايعرف في القانون المالطي "حق الزواج البائس أو المحتاج"

3/ حالة الفعل المرتكب وخضوعه إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه : يفهم من مضمون نص المادة 20 ق م ج التي تنص (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام) أي التكييف في هذه الحالة يخضع لقانون المحل الذي ارتكب فيه الفعل باعتبار أن البلدان تختلف في تحديد مشروعية الفعل من عدمه .

4/ حالة خضوع المال إلى قانون موقعه : حيث نص المشرع صراحة على أن تكييف المال يرجع إلى قانون الدولة التي يوجد بها هذا المال وذلك في نص المادة 17 من قانون 10/05 التي تنص في فقرتها الأولى (يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها) وهذا بخلاف النص السابق الذي لم يشر صراحة إلى ذلك إذ اقتصر على اخضاع من طرف كسب المال

وحيازته والحقوق العينية الواردة عليه إلى قانون موقعه . وبالتالي يستفاد من النص القديم أن المشرع أراد ضمنا إخضاع التكييف لقانون موقع المال .

قواعد الإسناد

يتجه المشرع من أجل تنظيم حلول تنازع القوانين في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي إلى وضع قواعد موضوعية معينة يطلق عليها اصطلاح تنازع القوانين أو قواعد الإسناد. فتكون مهمة هذه القواعد إسناد الحكم إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من بين القوانين الأخرى انطلاقا من وجهة نظر المشرع. وهذا الأسلوب اعتمده المشرع الجزائري وانطلاقا من هذا لم يمكن تعريف قواعد الاسناد كما يلي :

تعريف قواعد الاسناد :

"هي قواعد قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات أو المراكز القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي ."

"هي تلك القواعد القانونية التي تحدد على وجه صحيح القانون المختص بحكم العلاقة القانونية المتضمنة العنصر الأجنبي والمرفوعة أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع "

مميزات قواعد الإسناد:

1/ قواعد الإسناد غير مباشرة : تتمثل هذه الميزة في أن قواعد الإسناد لا تنطبق هي في حدود ذاتها على النزاع المطروح أمام القاضي بصفة مباشرة بل يقتصر دورها على تحديد القانون المختص والواجب التطبيق على هذا النزاع .

ومعنى ذلك أن قواعد الإسناد ليست هي التي تعطي لنا الحلول للمسائل القانونية بل تشير الى القانون الذي نجد فيه الحل وهو القانون المختص والذي قد يكون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا .

وانطلاقا من هذه المفاهيم يرى بعض الفقهاء بأن قواعد الإسناد لا تختلف في مهمتها عن مهمة مكتب الإستعلامات في محطة نقل المسافرين ويشبهها البعض بالشرطي الذي ينظم حركة المرور .

ب/ قواعد الإسناد فردية أو مزدوجة: تتوفر غالبية قواعد الإسناد بطابع الإزدواجية والتي تعني في مضمونها متى يكون القانون الأجنبي مختصا في بعض الحالات ومتى يكون القانون الوطني مختصا في حالات أخرى وبذلك إعطاء الاختصاص لأكثر من قانون واحد .

غير أن هناك بعض الحالات يجعل فيها المشرع قاعدة إسناد فردية والتي تقتصر على تحديد متى يكون القانون الوطني مختصا مثل مافعله المشرع المدني في المادة 10 قبل تعديلها .

عناصر ومكونات قاعدة الاسناد :

تتكون قاعدة الاسناد من ثلاث عناصر يكمل بعضها البعض :

1/ الفكرة المسندة :

يجب أن يتوافر في قاعدة الإسناد في أي تشريع الفكرة المسندة والتي تعني "أنها مجموعة من الحالات القانونية تتركز حول محور واحد في المسائل القانونية مثال: ذلك الفكرة المسندة الواردة في المادة 17 ق م ج. التي تتضمن كل الحالات القانونية المتعلقة بكسب الملكية والحيازة والحقوق العينية كل هذه الأوصاف فكرة مسندة واحدة هي "مركز الأموال" .

وكذلك بالنسبة للخلافة على المال بسبب الوفاة فقد جمع المشرع الاوضاع المختلفة كشرط الإستحقاق في الميراث وصفة الوارث وأنصبة كل وارث والحرمان والإيضاء ... وغيرها فقد أدرجها جميعا في فكرة واحدة هي "الميراث" وهنا في المثالين السابقين موضوع الفكرة المسندة مسالة واحدة ففي المثال الأول تتمثل في مركز المال فقط وفي الثاني الميراث فقط .

غير أن الفكرة المسندة قد تتناول عدة مسائل قانونية مثل الفكرة المسندة الواردة في المادة 10 ق م ج التي تتناول الحالة كموضوع والأهلية كموضوع آخر .

2/ ضابط الإسناد :

هو المعيار المختار من طرف المشرع لكي يرشد القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص الذي يحكم هذه العلاقة ويتم اختيار ضابط الإسناد من عناصر العلاقة القانونية .

فإذا قرر المشرع بنص قانوني خضوع الحالة والأهلية إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص كان ذلك دليلا على أنه قد اختار الجنسية كضابط إسناد مرشدا إى القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية .
. وإذا حدد المشرع خضوع كل مايتعلق بكسب الملكية والحيازة والحقوق العينية الواردة على الملكية إلى قانون موقع المال يكون بذلك قد اختار المعيار الذي يرشد القاضي لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الأموال وهو قانون موقعها .

. وإذا كان إختيار ضابط الإسناد يرجع فيه المشرع إلى عناصر العلاقة القانونية فإن ذلك لا يتم عفويا بل يقوم بدراسة عناصر العلاقة ويأخذ بأهم عنصر والذي بالضرورة يكون له ثقل كبير ويأخذ منه ضابط الإسناد الذي يكون مرشد التطبيق للقانون مثل: إختيار عنصر الأهلية من طرف القاضي نظرا لثقل عنصر الأشخاص وأهميته القسوى خاصة في مجال الأحوال الشخصية .

. وقد تتعدد ضوابط الإسناد حيثما ترتبط العلاقة بأكثر من قانون مثل نص المادة 11 وقد يكون الهدف من تعدد ضوابط الإسناد إعطاء الأفراد فرصة اختيارهم للقانون الذي يحكم علاقتهم ويكون أكثر ملائمة وهذا مانجد المشرع الجزائري اخذ به في نص المادة 19 ق م ج

3/ القانون المسند اليه :

هو القانون التي تشير إليه قاعدة الاسناد الوطنية بأنه هو الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع بين القوانين وبالتالي هذا القانون يكون قد أرشدت إليه قاعدة الإسناد بواسطة ضابط الإسناد المختار من طرف المشرع ويعبر عن هذا القانون بالقانون المسند إليه. وقد يكون القانون المسند إليه هو القانون الأجنبي أو القانون الوطني وإذا كان القانون المسند إليه أجنبيا يجب تحديد نطاق تطبيقه بدقة .

أي هل نرجع إلى الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي أم نرجع إلى قواعد التنازع ؟
ولاشك أن حل هذا الاشكال يتوقف على معرفة مدى أخذ القاضي بالإحالة من عدمه .

الإحالة

إذا طرحت على القاضي الوطني مسألة ذات طابع أجنبي لامحالة سوف يرجع إلى قواعد الإسناد في قانونه لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة وبالرجوع إلى أحكام القانون الدولي الخاص الجزائري والنصوص الخاصة بتنازع القوانين نجد أن المشرع قد وضع مجموعة من النصوص التي تعالج العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي متضمنة في القانون المدني.

وقد رتبها المشرع انطلاقاً من المادة 09 ق م التي تتناول مسألة التكييف وتخضعه لقانون القاضي إلى نص المادة 24 والتي تنص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له اختصاص بواسطة الغش نحو القانون .

ونلاحظ أن قواعد التنازع قد تضمنت جملة من المسائل ذات الأهمية والتي ترتبط عادةً بنشاط الأفراد والعلاقات القانونية التي تكون مشتملة على عنصر أجنبي على الأقل سواء من حيث موضوعها أو أطرافها أو سببها . فكان لزاماً على كل مشرع تنظيم هذه المسائل خاصة الأحوال الشخصية وكذا الأحوال العينية. وكل ما يتعلق بالعقود الدولية وتبيان القانون الواجب التطبيق عليها سواء فيما يتعلق بجانبها الموضوعي أو الشكلي . وفي بعض الأحيان تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي على تلك العلاقات غير أن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة حول طبيعة القانون الذي يطبقه القاضي الوطني . **فهل يرجع إلى قواعد القانون الأجنبي الداخلية ويطبّقها على النزاع أو يطبق أيضاً قواعد التنازع فيه؟**

أي هل يستشير قواعد التنازع في القانون الأجنبي وبالتالي قد توجهه إلى قانون آخر ؟

فإذا أخذ بالطرح الأول أي طبق القواعد الداخلية الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة دون الرجوع إلى قواعد التنازع فيه يكون قد رفض الأخذ بالإحالة .

أما إذا رجع إلى أحكام قواعد التنازع في القانون الأجنبي يكون قد أخذ بالإحالة مع العلم أن الإحالة تطرح بمناسبة التنازع السلبي .

وقد اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بها. وجاء المشرع الجزائري فنظمها بقاعدة الإسناد خاصة في نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني وقد أغفل المشرع تنظيم هذه المسألة قبل تعديل القانون المدني بالقانون 10/05 .

غير أن **الملاحظ** لهذا النص يجده يطرح اشكالا من حيث صياغته مما أوقع بالمشرع في تناقض بين حكم الفقرة الأولى والثانية الذي يجعل صعوبة في تطبيق هذا النص من الناحية القضائية ولكن قبل التطرق إلى تحليل نص المادة 23 مكرر 1 يجدر بنا معرفة بعض المسائل المتعلقة بالإحالة .

الإحالة:

تعريفها: تعرف الإحالة بأنها اصطلاح قانوني يقصد به تلك الحالة التي يتم فيها قبول تطبيق القانون الذي يشير به قواعد الإسناد في القانون المختص من طرف القاضي المعروض عليه النزاع .

فعندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي فيكون القاضي الوطني عند رجوعه إلى هذا القانون بين أمرين :

1- أن يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ككل أي الرجوع إلى قواعده الموضوعية وقواعد إسناده. ونتيجة لذلك يترتب بضرورة استشارة قواعد الإسناد والتي قد ترفض الاختصاص مسندة الحكم إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

2- أن يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص في قواعده الموضوعية مباشرة دون استشارة قواعد الإسناد فيه. وبالتالي إذا أخذ القاضي بهذا الأمر كان مجال تطبيقه للقانون الأجنبي منحصرا في القواعد الموضوعية فقط وبالتالي عدم الأخذ بالإحالة .

أما إذا اخذ القاضي بالرأي الأول الذي يعطي لتطبيق القانون الأجنبي مفهوما واسعا يكون قد أخذ بالإحالة .
متى تطرح مسألة الإحالة ؟

- إذا اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع والقانون الأجنبي المختص فلا مجال لطرح مسألة الإحالة لأنه لا يختلف الأمر بين وجوب تطبيق القانون المختص بين قواعد إسناد قانون القاضي وقواعد إسناد القانون المختص **مثال:** عرض مسألة قانونية تتعلق بأهلية فرنسي أمام القاضي الجزائري . وطبقا لهذا المثال لا يمكن إثارة مسألة الإحالة لأن كلا القانونين يسندا حكم الحالة والأهلية لقانون الجنسية .
- وكذلك لا تثار مسألة الإحالة في الحالة التي يقضي فيها كل من القاضي الوطني والقاضي الأجنبي بحكم العلاقة القانونية .

مثال: أن تعرض على القاضي الإنجليزي مسألة قانونية تتعلق بأهلية فرنسي مقيم في إنجلترا فهنا القاضي الإنجليزي مختصا لأنه يسند الحالة إلى قانون الموطن . وإذا عرض النزاع على القاضي الفرنسي يكون أيضا مختصا لأنه يسند حكم الأهلية إلى قانون الجنسية. فهنا كل قاضي يطبق قانونه إذا عرض عليه النزاع تطبيقا لمبدأ السيادة ويسمى هذا التنازع بالإيجابي .

ب/ أن يكون هناك اختلاف بين حكم قاعدة الإسناد في قانون القاضي وحكم قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص. ويترتب على هذا الاختلاف أن يتخلى كل من القانونين عن اختصاصه للآخر.

مثال: أن يعرض نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا أمام القاضي الفرنسي. فهنا حكم قاعدة الإسناد في القانونين مختلفة باعتبار أن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تعطي الإختصاص

إلى قانون الجنسية بينما تشير قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي إلى قانون الموطن وهذا مايعبر عليه بالتنازع السلبي .

فإذا طبق القاضي الفرنسي قاعدة الإسناد الإنجليزية وجب تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المسند إليه. يكون قد أخذ بالإحالة .

بينما لو أنه لم يأخذ بقاعدة الإسناد الإنجليزية وطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص لقانون الجنسية لما كانت هناك إحالة وبالتالي يرفضها.

ظهور الإحالة:

إن ظهور الإحالة كنظرية محددة المعالم كان بعد صدور حكم قضائي من القضاء الفرنسي بصدد القضية الشهيرة التي عرفت باسم **قضية فورجو** (سنة 1874-1882) وتلخص وقائعها :
في أن فورجو شخص من أصل 'بافاري' وهو ولد غير شرعي قدم إلى فرنسا رفقة أمه وعمره لايتعدى 5 سنوات وأقاما فيها دون حصولهما على الإذن القانوني الذي يشترطه القانون الفرنسي . وبعدما شب تزوج من فتاة فرنسية ثرية . وبعد وفاتها ركت له ثروة منقولة هائلة وفي الثامنة والستين توفي دون أن يترك ورثة مباشرين (أبوين أو إخوة) فاستولت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية على الأموال التي تركها "فورجو" باعتبارها تركة بلا وارث باعتبار أن القانون الفرنسي آنذاك لايعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه وإخوته فقط .
فطالب أقارب فوجو بالميراث مستنديين إلى القانون 'البافاري' الذي لايفرق في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي . وبالتالي تطبيق قانون الجنسية لأنه هو الواجب التطبيق . فرفضت المحكمة الفرنسية طلبهم على أساس أن 'فورجو' كان موطنه بفرنسا وبالتالي يطبق عليه القانون الفرنسي .

فطعن أقارب 'فورجو' في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن حكم المحكمة مخطئ لأن "فورجو" لم يكن من الناحية القانونية له موطن في فرنسا . وأحالت القضية إلى محكمة الإستئناف التي حكمت بأن للأقارب الحق في الميراث على أساس أن القانون 'البافاري' هو الواجب التطبيق باعتباره قانون الجنسية وطبقت قواعده الموضوعية التي أعطت لهم الحق في الميراث . فطعننت مصلحة أملاك الدولة في الحكم مستندة إلى رجوع المحكمة إلى القانون 'البافاري' في قواعده الموضوعية دون الرجوع إلى قواعد إسناده التي تجعل الإخصاص في مسألة الميراث إلى قانون الموطن الفعلي للمتوفى وهو القانون الفرنسي لأن المتوفى لم يحصل على الترخيص بالإقامة .

فحكمت المحكمة برأي مصلحة أملاك الدولة ونقضت الحكم على أساس عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون 'البافاري' وأحالت القضية على محكمة الإستئناف فحكمت بما رأتها محكمة النقض الفرنسية . أي قبلت الإحالة من القانون 'البافاري' إلى القانون الفرنسي .

فطعن الورثة في هذا الحكم باعتبار تطبيقه لقواعد الإسناد "البفارية" دون قواعده الموضوعية فرفضت محكمة النقطة لهم . وبالتالي تم تطبيق الإحالة في القانون الفرنسي لأول مرة .

أنواع الإحالة :

أ/ الإحالة من الدرجة الأولى :

تكون الإحالة من الدرجة الأولى في الحالة التي تؤدي فيها تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى رجوع القاضي المعروض عليه النزاع وبالتالي تطبيق قواعد قانونه الموضوعية ويطلق على هذه الحالة الرجوع .

مثال: أن تعرض على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا فيطبق عليه القانون الإنجليزي لأن قاعدة الإسناد الفرنسية تسند الحكم إلى قانون الجنسية في مسألة الأهلية. وبالرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الإنجليزي نجدها تحيل إلى قانون الموطن فيطبق القاضي الفرنسي قانونه على هذا الإنجليزي.

ب/ إحالة من الدرجة الثانية :

وهي الحالة التي يتعدد فيها التخلي عن الحكم في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي انطلاقاً من قانون القاضي مروراً بالقانون المختص وانتهاء بتطبيق دولة ثالثة .

مثال: أن تعرض مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي على القضاء الفرنسي ويكون متوطناً في إيطاليا. فقاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي نجدها تعطي الإختصاص إلى قانون الموطن فيرجع القاضي إلى القانون الإيطالي ويطبق في قواعده الموضوعية فيكون بذلك قد أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية . وقد يحيل القانون الإيطالي إلى قانون آخر فنكون أمام إحالة من الدرجة الثالثة أو الرابعة الخ. مع العلم أن القانون الفرنسي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط.

الموقف الفقهي والتشريعي من الإحالة:

أ/ **الموقف الفقهي :** كان لصدور الحكم في قضية 'فورجو' بداية نقاش حاد بين الفقهاء حول مدى الأخذ بالإحالة بين فريق رافض لها وآخر مؤيد لها .

أ) **الرأي المؤيد للإحالة :**

اعتمد الفقهاء المؤيدون للإحالة على الحجج التالية :

- يرى أنصار الإحالة بأن القاضي المعروض عليه النزاع مجبر على تطبيق القانون الأجنبي ومجبر أيضاً على الإنصياع لما تأمر به قواعد الإسناد في هذا القانون باعتبار أن قاعدة الإسناد في قانونه هي التي تأمره بذلك . وعليه يعامل هذا القانون الأجنبي ككل لايتجزأ لافرق بين قواعده الموضوعية وقواعد التنازع فيه . وبالتالي إذا تخلى القانون الأجنبي عن اختصاصه وأسند الحكم إلى قانون آخر فما على القاضي إلا الأخذ بالقانون الذي أحال عليه القانون المختص .

- إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق قانون القاضي إذا أشارت قواعد الإسناد إلى قانون أجنبي فلا يبقى متمسكا بتطبيق هذا القانون إذا كان هذا الأخير قد تخلى عن الاختصاص لقانون آخر وإذا طبق هذا القانون الأجنبي يكون قد طبق طبقة رغما لإرادة المشرع الذي يسنه .

- ويستند أنصار الإحالة أيضا إلى تسهيل مهمة القاضي في حالة الأخذ بالإحالة في الدولة المركبة .
مثال: الولايات المتحدة الأمريكية فلو كان شخصا أمريكيا متوطنا في فرنسا وتصرف تصرفا يتعلق بأهليته وعرض النزاع على القاضي الفرنسي فلو لم يأخذ بالإحالة فإنه مطالب بالرجوع إلى كل الشرائع الأمريكية من أجل معرفة القانون المختص وهذا أمر صعب .

ب / الرأي الرفض للإحالة :

- يرى الراضون للإحالة بأن قواعد الإسناد الوطنية عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي المختص تعني قواعد الموضوعية فقط لأن قواعد الإسناد فيه وضعت للعنصر الأجنبي . كما أن الأخذ بقواعد الإسناد قد يجعل العلاقة بدون حل في الحالة التي يتخلى فيها كل قاضي على الحكم .

- ويستند أيضا إلى معارضة الإحالة إلى أن سلطة القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقات ذات العنصر الأجنبي يستمدتها من القانون الأجنبي ولا يستمدتها من هذا القانون .

- إن الأخذ بالإحالة فيه ظلم وهضم لحقوق الأفراد في بعض الحالات **مثال :** أن يعرض على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بطلب الحجر للسفه على شخص انجليزي متوطن في فرنسا فلو أخذ بالإحالة لطبق القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد الإنجليزية لأن مسألة السفه طبقا للقانون الإنجليزي تخضع للموطن . وبالتالي يتم الحجر على هذا الشخص وتتوقف جميع تصرفاته القانونية .

أما لو لم يأخذ بالإحالة فيطبق عليه القانون الإنجليزي (ق الجنسية) وبالتالي فالقانون الإنجليزي لايعرف نظام الحجر وعليه تبقى جميع تصرفاته قانونية .

بدائل الإحالة :

ا/ تطبيق القواعد الموضوعية :

وذلك في الحالة التي يتخلى القانون الأجنبي عن الاختصاص اقتراح بعض الفقهاء الفرنسيين "لورابوار يحونبير " أن قانون القاضي يتضمن نوعين من قواعد الإسناد .قواعد أصلية التي تعطي الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق وإذا رفض هذا الأخير الاختصاص وأسندته إلى قانون القاضي يطبق القاضي قواعد الاحتياط في قانونه على النزاع .وقد حصر من قال بهذا الرأي تطبيق القواعد الاحتياطية في الحالة والأهلية والميراث في المنقول فقط وهذا ماجعل هذا الرأي منتقد وذلك بالتساؤل حول معيار الحالات الأخرى الذي يبقى مجهولا .

إضافة إلى ذلك فإن فكرة القواعد الاحتياطية إلى جانب القواعد الأصلية هي قول وهمي لم تعمل به أي دولة في تشريعها .

ب/ تطبيق قانون القاضي طبقاً لمبدأ إقليمية القوانين :

مفاد هذا الاقتراح أن القاضي المعروض عليه النزاع إذا وجد أن القانون الأجنبي المختص قد تخلى عن الحكم في العلاقة فالقاضي هنا يطبق قانونه الوطني لا على أساس الإحالة وإنما على أساس المبدأ العام في قانون القاضي والمتمثل في "إقليمية القوانين" . وقد برر **Niboyst** (نيبواييه) ذلك بأن تخلي القانون الأجنبي عن الاختصاص يجعل العلاقة القانونية التي هي محل البحث علاقة " بدون قانون " وبالتالي " بدون وطن " ولما كانت كل العلاقات لا بد أن تخضع إلى قانون دولة ما فمن المعقول والمنطق أن تخضع لقانون القاضي باعتباره هو المختص بحكم العلاقات التي تقع فوق إقليمه طبقاً للأصل العام وهي "إقليمية القوانين" في حالة تخلي القانون الأجنبي عن الحكم .

ورغم ذلك فقد انتقد هذا الحل لمغالته في جعل العلاقة القانونية بلا قانون يحكمها ولا وطن لها بمجرد تخلي القانون الأجنبي عن اختصاصه . وهذا ما لم يحدث في الواقع .

ج/ الإحالة المزدوجة (الكلية) : نادى وأخذ بها القضاء الإنجليزي .

.ملخص هذه النظرية أن القاضي الإنجليزي نفسه موضع قاضي الدولة الأجنبية التي أشارت إلى قاعدة الإسناد الإنجليزية إلى اختصاص قانونها ليفصل في النزاع بدلاً عنه .

فإذا كان القانون الأجنبي يقبل الإحالة قبل بها القاضي الإنجليزي وأخذ بها وإذا كان القانون الأجنبي يرفض الإحالة فيرفضها هو أيضاً وأهمية قضية أثيرت بصدد الإحالة الكلية في القانون الإنجليزي قضية « روز **Ross** » إنجليزية متوتنة في إيطاليا وعرضت على القاضي الإنجليزي .

فطبقاً لقاعدة التنازع الإنجليزية تقضي بأن يطبق على ميراثها قانون آخر موطن لها وهو القانون الإيطالي . فإذا كان القاضي الإيطالي هو الذي ينظر هذا النزاع سوف يطبق قانون الجنسية للمورث (الميراث في المنقول) طبقاً لقاعدة التنازع في قانونه فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الإنجليزي وبالرجوع إلى القانون الإنجليزي نجده يحيل إلى القانون الإيطالي باعتباره قانون موطن المورث والقاضي الإيطالي لا يقبل الإحالة وبالتالي يطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي فيكون هو الواجب التطبيق .

وطبقاً لهذا المثال على القاضي الإنجليزي أن يأخذ بنفس الحل ويفصل في النزاع طبقاً للقانون الإنجليزي وهذا هو الحل الذي كان القاضي الإيطالي سوف يطبقه .

- كذلك لو عرض نزاع على القاضي الإنجليزي يتعلق بإنجليزي توفي على مال منقول في ألمانيا فينظر إلى الحل الذي سوف ينتهجه القاضي الألماني ومادام هذا الأخير يأخذ بالإحالة فإنه سوف يطبق على هذا الشخص القانون الألماني طبقاً لإحالة القانون الإنجليزي وهو نفس الحل الذي يقبل به القاضي الإنجليزي .

للإشارة فإن قاعدة التنازع في القانون الألماني تسند حكم الميراث إلى قانون الجنسية

2/ الموقف التشريعي من الإحالة :

هناك من قبل الإحالة وهناك من رفضها.

*ومن التشريعات التي قبلت الإحالة ونظمتها في قوانينها الداخلية. القانون البولوني لعام 1965. القانون التشيكوسلوفاكي 1963 وقد أخذت بالإحالة سواء من الدرجة الأولى أو الثانية. وبعض التشريعات أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى فقط كالتشريع الياباني لعام 1868. وكذا القانون الألماني وقد أخذ بالإحالة كل من القضاء الفرنسي والإنجليزي والنمساوي والبلجيكي بالإحالة .

*وهناك بعض الدول لم تأخذ بالإحالة مطلقا منها التشريع الإيطالي 1942 والقانون اليوناني 1946 وكذا التشريع البرازيلي 1942 والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يميل بصفة عامة إلى رفض الإحالة. كما رفضتها هولندا والبلاد الأسكندنافية كما رفضتها الدول العربية كالتشريع المصري .

*وتجدر الإشارة أن اتفاقية لاهاي لعام 1955 قضت بقبول الإحالة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية من قانون الجنسية إلى قانون الموطن وترفضها في الحالة العكسية على أن يستبعد الأخذ بالإحالة في حالة أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانو الإرادة أو القانون الخاص بشكل التصرفات القانونية .

موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري صراحة على رفض الإحالة وهذا ماجاء في نص المادة 23 مكرر 1 من القانون رقم (10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005) التي تنص : (إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص)

*وبالتالي تساير القانون الجزائري القوانين العربية وخاصة القانون المصري الذي يقضي صراحة برفض الإحالة في المادة 27 من القانون المدني المصري.

وقد نظم المشرع الجزائري على الإحالة الداخلية في المادة 23 ق م ج والتي لاترقى إلى مفهوم الإحالة الدولية والذي يفهم من موقف المشرع الجزائري من الإحالة هو مرعاته خاصة للأجانب المتوطنين بالجزائر والذي لو أخذ المشرع الجزائري بالإحالة لطبق عليهم القانون الجزائري خاصة إذا كانت قوانينهم تحيل إلى قانون الموطن في مجال الأحوال الشخصية حتى يوسع من دائرة تطبيق القانون الجزائري نظرا لكثرة الأجانب بالجزائر .

ورغم أن الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني جاءت واضحة في رفض الإحالة حينما أقرت بتطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي دون الرجوع إلى القواعد الخاصة بتنازع القوانين في حالة إسناد حكم العلاقة المتنازع بشأنها أمام القاضي الجزائري إلى قانون أجنبي .

*غير أن الخلل كان في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي ناقضت حكم الفقرة الأولى بحيث تنص الفقرة الثانية (غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص) وقد جاء في هذه الفقرة بحكم يقضي بقبول الإحالة من قواعد التنازع في القانون الأجنبي

المختص الذي يسند العلاقة للقانون الجزائري ولو سلمنا بهذا الحكم لما إستقام ولما اتزن النص لأنه يبدو من صياغة الفقرة الثانية أنها جاءت كاستثناء عن حكم الفقرة الأولى التي رفضت صراحة الأخذ بالإحالة فكيف يمكن تفسير مناقضة الإستثناء للأصل العام . وجعل حكم الأصل لاغيا أو في دائرة العدم . وهنا تطرح الإشكالية التالية :

- إذا ما طرح على القاضي الجزائري مسألة تتعلق بتنازع القوانين وكانت فيها إحالة فما هي الفقرة التي يطبقها من نص المادة 23 مكرر 1 ؟

وفي تفسيرنا لهذا النص لا يخلو الأمر من فرضين اثنين حول من هو المخاطب بهذا النص ؟
أولا = إذا كان المخاطب بالفقرة الثانية هو القاضي الجزائري وهذا هو الأصل لأن القاضي مرتبط دائما بتشريع بلده. نجد المشرع هنا قد وقع في تناقض فلا يعقل الإتيان بحكمين متناقضين وفي نفس النص وبالتالي لامحال للفقرة الثانية في النص لأنه لا يعقل إعطاء حكمين متناقضين وفي نفس المسألة ونطالب القاضي بالتطبيق وعليه ضرورة تعديل أو إلغاء هذه الفقرة .

ثانيا = إذا كان القاضي الأجنبي هو المخاطب وهذا ما يبدو من محتوى الفقرة الثانية بحيث إذا أحالت قواعد التنازع في دولة القاضي الأجنبي على تطبيق القانون الجزائري فيمكن تطبيق أحكامه وهنا كأن المشرع الجزائري يعطي إذنا للقاضي الأجنبي بتطبيق القانون الجزائري إذا تمت الإحالة إليه .

_ ويتصور هذا الطرح في حالة الإحالة من الدرجة الثانية . كأن تعرض أمام القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر فهنا القاضي الإنجليزي يحيل على تطبيق القانون الجزائري في هذا النزاع فإذا قبل القانون الفرنسي الإحالة هنا طبق أحكام القانون الجزائري الذي أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي كما ورد في النص وهذا أقرب تفسير لهذه الفقرة غير أن هذه المسألة تصطدم بأمرين :
إذا كانت هذه الفقرة تتجه بالخطاب للقاضي الأجنبي فلا يستقيم ذلك من الناحية القانونية لأنه لا يعقل أن يقوم المشرع الوطني بتشريع يكون المخاطب به القاضي الأجنبي وهذا يتعارض ومبدأ السيادة كما أن القاضي لا ياتمر إلا بأوامر مشرعه .

إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق فلا داعي لأن يستأذن القاضي الأجنبي من المشرع الوطني بل يطلب من الأطراف إثبات القانون الأجنبي الذي أحال عليه فقط .
وعليه وطبقا للفرض الثاني فلا محل للفقرة الثانية وعليه فصيافة نص المادة 23 مكرر 1 جاءت معيبة وبالتالي لا بد من التدخل لتعديل الفقرة الثانية أو إلغاؤها .

وخلاصة القول أن نص المادة 23 مكرر 1 جاءت صياغتها معيبة لإحتوائها على حكمين متناقضين . فالفقرة الأولى تنص على عدم الأخذ بالإحالة وذلك بالرجوع إلى القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي

وتطبيقها مباشرة بينما يبدو من صياغة الفقرة الثانية الأخذ بالإحالة في حالة ما إذا أشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي

المختص بتطبيق القانون الجزائري وهذا الحكم لم نجده في الفقرة الأولى وعليه حتى يستقيم النص لابد من إلغاء الفقرة الثانية أو تعديل مضمونها. كأن يستبعد المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة كأصل وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى . وبأخذ بالإحالة كإستثناء في الفقرة الثانية خاصة في مواد الأحوال الشخصية بإعتبار أن الجزائر يكثر فيها الأجانب خاصة من الدول التي تتعدد فيها التشريعات . وهذا ما يفسح له المجال لتطبيق قانونه ويخفف العبئ على القاضي الجزائري .

خلاصة : يبدو أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 مكرر 1 قد أراد الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ورفضها في حالة الإحالة من الدرجة الثانية .

وعليه فإذا أحالت قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بالقانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري إنطلاقا من الأخذ بالإحالة ورغم أن قصد المشرع هو الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى إلا أن صياغة النص غير سليمة على النحو السابق ذكره .

خاصة وأن أغلب التشريعات العربية رفضت الأخذ بالإحالة لذا الواجب على المشرع التدخل لتصويب النص وإزالة التناقض الحاصل بين الفقرة الأولى والثانية من المادة 23 مكرر 1 .

الدراسة التطبيقية لتنازع القوانين

قبل الدراسة التفصيلية لمسألة تنازع القوانين لابد من معرفة قواعد الإسناد التي رتبها المشرع الجزائري. واختارها تماشيا مع الواقع الذي يحكم العلاقة القانونية وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد وضع قواعد الإسناد التي تحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ورتبها على النحو التالي:

- قواعد إسناد خاصة بالتكييف واردة في المادة 09 ق م
- قواعد إسناد تدرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية إنطلاقا من الحالة والأهلية وانتهاء بالهبة والوقف من المادة 10 إلى 16 ق م .

- قواعد إسناد تتعلق بالمال والقانون الذي يحكمه في المواد 17 و 17 مكرر .

- قواعد إسناد تتعلق بالإلتزامات التعاقدية المادة 18 ق م .

- قواعد إسناد تنظم العلاقات القانونية من حيث شكلها المادة 19 ق م .

- قاعدة إسناد تتعلق بالاختصاص والإجراءات م 21 مكرر ق م .

- قاعدة إسناد تعلق بالإحالة الداخلية المادة 23

- قاعدة إسناد تتعلق بالإحالة المادة 23 مكرر 1

- قاعدة إسناد تتعلق بحالة عدم تطبيق القانون الأجنبي المادة 24

إضافة إلى بعض القواعد الأخرى التي تدخل في المبادئ العامة إلى تطبيق القواعد الرئيسية والتي يجب على القاضي الجزائري الأخذ بها وعليه تكون دراستنا وفق التسلسل الذي وضعه المشرع الجزائري

القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية :

أ/ مفهوم الأحوال الشخصية :

المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الإجتماعية ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون

حكم محكمة النقض المصرية 1934/06/21

. وبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري نجده يعتبر مواد الأحوال الشخصية تتمثل في الحالة والأهلية العامة .

وحماية ناقص الأهلية والزواج . والمشارطات المالية التي تصحبه والطلاق . والتعريف الجثماني . والنسب

والولاية والوصاية والقوامة والكفالة والنفقة بين الأقارب . والميراث والوصية والوقف .

إختيار ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية :

تختلف الدول في تحديد المعيار المعتمد لتحديد ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية بين قانون الجنسية وقانون الموطن ولكل فريق حجج يعتمد عليها .

1/ خضوع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية :

أخذ التشريع الجزائري بهذا الضابط إقتداء بالدول العربية الأخرى وكذا معظم التشريعات الأوروبية وقد برر أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم بالحجج التالية:

- إن إختيار الجنسية كضابط لخضوع الأحوال الشخصية إلى جنسية الفرد يحقق الثبات والاستقرار مادامت الجنسية ثابتة وعسيرة التغير عكس الموطن .

- إن القانون الوطني يطبق على الرعايا سواء كانوا متواجدين فوق الإقليم الوطني أو خارجه تطبيقا لمبدأ سيادة التشريع ولا يتحقق ذلك إلا إذا أنبأت الأحوال الشخصية بضابط الجنسية .

- إناطة الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية يؤدي إلى عرس الشعور في نفسية الفرد وذلك ببقائه مرتبطا بدولته مهما كان بعيدا عنها .

- إن وجود القنصليات خارج الوطن يهدف إلى حماية حقوق رعايا الدولة . وبالتالي يستطيع هؤلاء الرعايا التقدم إلى هذه القنصليات للمطالبة بتطبيق قانون جنسيتهم فيما يخص العلاقة القانونية التي تخص الأحوال الشخصية .

موقف المشرع الجزائري في حالة تعدد الجنسية أو إنعدامها :

قد يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بشخص له أكثر من جنسية ففي هذه الحالة طبقا للمادة 1/22 من قانون 05/10 يطبق القاضي الجنسية الحقيقية هذا في حالة ما إذا كان هذا الشخص أجنبيا (بجنسيته) - أما إذا كان جزائريا فالقانون الجزائري هو الواجب التطبيق بغض النظر عن الجنسيات الأخرى التي يحملها المادة 2/22 ق م .

وفي الحالة التي تتعدم فيها الجنسية للشخص يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة م 3/22 وهذا يعكس القانون القديم الذي كان ينص في هذه الحالة على تحويل القاضي عيين القانون الواجب التطبيق .

موقف المشرع الجزائري في حالة الدولة التي تعدد فيها الشرائع :

وتتمثل هذه الصورة في الحالة التي يحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع المتعلقة بالأحوال الشخصية مثل و م أ بحيث نجد لكل إقليم تشريع خاص به . ففي هذه الحالة يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها . حل هذه المشكلة وبالتالي يحيل على أي القوانين يطبق وتسمى هذه الإحالة الداخلية وهذا مانصت عليه المادة 23 من قانون 10/05 .

2/ خضوع الأحوال الشخصية لقانون الموطن :

هذا التصور سائدا منذ المدارس الفقهية القديمة ولقد أخذت بهذا الرأي الدول الأنجلو أمريكية مستندة في ذلك إلى المبررات التالية :

- . أن موطن الأسرة دائما وموحدا وبالتالي وجوب الأخذ به في مجال الأحوال الشخصية مادامت الأسرة دائما تسعى إلى توحيد تطبيق قانون واحد على أحوالها الشخصية وهو قانون الموطن . وهذا عكس الجنسية لأن الأسرة قد تتعدد الجنسية فيها بالنسبة لأفرادها. أما موطن الأسرة هو دائما موطن الأب أو الزوج .
- . كما يستند أنصار الموطن إلى حجة مفادها أن الشخص يستحيل إنعدام موطنه وفي المقابل قد تتعدم جنسيتهم فحتى لا تبقى أحوالهم الشخصية بلا قانون يحكمها وبالتالي بدون بلد ينتمي إليه . يجب الأخذ بقانون الموطن .
- . ضابط الموطن يحقق الاستقرار ويخدم مصالح المهاجرين الذين استقروا في الدولة الأجنبية وبالتالي أصبحوا يعرفوا قانون موطنهم ربما أكثر من قانون جنسيتهم.
- . و خلاصة القول أن إختيار أو تغليب أحد الضابطين على الآخر يعود إلى ظروف كل دولة ومصالحها فالدول التي تصدر أبنائها يكون من مصلحتها أن تأخذ بقانون الجنسية لكي تحافظ على رعاياها حتى لا يندمجوا في مجتمعات أخرى .
- . أما الدول التي تستقبل الأجانب دون أن يغادرها أبنائها فمن مصلحتها الأخذ بضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية حتى تفسح مجالا واسعا للقاضي الوطني لتطبيق قانونه .

القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية في القانون الجزائري:

1/ الحالة والأهلية:

- 1/ الحالة : يجب التمييز في هذا المجال بين حالة الشخص الطبيعي وحالة الأشخاص المعنوية .
- . فحالة الشخص الطبيعي هو مجموع الصفات التي تحدد ذاته وتحدد مركزه من أسرته أو دولته وتسمى الحالة المدنية التي تحدد ذاته . والتي تشمل صفات الفرد الطبيعية كأن يكون متزوجا أو أعزبا بالغا سن الرشد أو ناقص الأهلية مسلم أو غير مسلم
- . فحالة الشخص المدنية إذن تخضع إلى قانون الجنسية وفقا لما نصت عليه المادة 10 من قانون 10/05 بقولها (تسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم ..).
- ولقد كان النص السابق ينص صراحة على إخضاع الحالة إلى قانون الجنسية بالنسبة للجزائريين حتى ولو كانوا متواجدين في دولة أجنبية وبذلك كانت المادة 10 قاعدة إسناد فردية تماشيا مع القانون الفرنسي في المادة الثالثة المادة 10 قبل التعديل (تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية . ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها . إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقصا الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل تتبعه .

فإن هذا السبب لايؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة أما الأشخاص الإعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها التي تمارس نشاطها في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري (ورغم حذف كلمة الجزائريين من الفقرة الأولى من المادة 10 إلا أن المقصود من النص يبقى على الأصل مادام المشرع يولي عناية بالغة بالنسبة للأحوال الشخصية وبالتالي يستبعد تطبيق قانون الموطن كما أن الأجانب يخضعون إلى قانون جنسيتهم أيضا فيما يتعلق بالحالة . وفي هذا المجال أصبحت المادة 10 قاعدة إسناد مزدوجة فبينت متى يكون القانون الوطني واجب التطبيق و متى يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق . أما بالنسبة لحالة الشخص المعنوي فتتمثل في تلك المسائل والنظم القانونية التي تتعلق بتأسيسه وكيفية الإعتراف له بالشخصية المعنوية .وكيفية انحلاله

وقد نصت المادة 3/10 من القانون 10/05 إعتقاد معيار الإدارة الرئيسي أي قانون البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للشركة وعادة مايكون المكان الذي تعقد فيه الجمعيات العامة وإبرام العقود . فتنص (أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الإجتماعي الرئيسي والفعلي)

. والملاحظ أن النص السابق قد خلا من هذا الحكم الذي جاء إستجابة لما دعت إليه الضرورة خاصة بتطور الإستثمار وكثرة الشركات الأجنبية والتي في الغالب يكون مركزها ببلدانها وإخضاع حالتها إلى قانون الدولة التي تنتمي إليها فيه تشجيع وتسيير بعملها .

.ويعمل بهذا النص في الحالة التي لاتمارس فيه هذه الشركات نشاطا في الجزائر وفي المقابل يكون مقرها الرئيسي بالجزائر أو في دولة أجنبية وهذا ما تدعمه المادة 50 ق م ج .

أما إذا مارست هذه الشركات نشاطا في الجزائر فإن القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الجزائري طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 10 (غير أنه إذا مارست الأشخاص الإعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري) وبالتالي يكون المشرع غلب معيار النشاط على معيار الإدارة الرئيسي .

ولقد أخذت معظم الدول المصدرة للشركات بقانون مركز الإدارة لأنه يناسب مصالحها .

غير أن هناك من يرى بالأخذ بقانون الجنسية للشركاء المؤسسين لهذه الشركة وبالتالي لابد من البحث عن جنسية الشركاء لكي يعرف القانون الذي تخضع له حالة الشخص الاعتباري وهذا المعيار صعب المنال .

والمقصود بها هنا أهلية الأداء والتي تعني صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يعتد به القانون . ومناطق أهلية الأداء التمييز . وبالتالي يتلقى الشخص بموجبها الحقوق ويتحمل الإلتزامات . أي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية

. وعليه يمكن القول أن أهلية الوجوب ليست هي المقصودة هنا بإعتبارها تتمثل في صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتثبت منذ الميلاد .

وكذلك بالنسبة إلى الأهليات الخاصة الأخرى مثل : منع رجال القضاء والمحامين من شراء الأشياء المتنازع بشأنها في دائرة إختصاص المحاكم التي يعملون بها .

- عدم قابلية المال للتصرف كمن وقف مالا لا يستطيع التصرف فيما وقفه لا لنقص في أهليته بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف .

- المنع من التصرف . فالمرضى مرض الموت ممنوع من التصرف في ماله في حدود معينة لمصلحة الورثة . بحيث إذا تجاوز هذه الحدود لم يسر تصرفه في حقهم

- والنائب ممنوع من شراء ماوكل في بيعه لمصلحة الأصل .

موقف الأنظمة القانونية من القانون الذي يحكم الأهلية :

_بالنسبة للقوانين العربية والأوربية تخضع الأهلية لقانون الجنسية

_بالنسبة للولايات م أ تخضع الأهلية للقانون الذي يحكم التصرف

_الأرجنتين . إنجلترا والبرازيل والأرغواي وجواتميالا تخضعها لقانون الموطن

_المكسيك . فينزويلا . الشيلي . تخضعها إلى قانون مختلط أي تخضع الوطنيين لقانون الجنسية . وبالنسبة

للأجانب تخضع أهليتهم لقانون الموطن

_البلاد الأسكندنافية تأخذ بنظام مختلط بالنسبة للقانون الذي يحكم الأهلية ولكن عكس النظام السابق

. أي تأخذ بقانون الموطن بالنسبة للوطنيين وبقانون الجنسية بالنسبة للأجانب

القانون الذي يحكم الأهلية في القانون الجزائري :

أسند القانون الجزائري الأهلية إلى قانون الجنسية تطبيقا لنص المادة 10 قانون 10/05 وبالتالي طبقا

لهذا النص يسري قانون الجنسية على الجزائريين حتى ولو تواجدوا في دولة أجنبية وبالمقابل يخضع

الأجانب أيضا إلى قانون جنسيتهم فيما يتعلق بالأهلية إذا ما عرض نزاع بشأنهم أمام القاضي الجزائري

وقد أخذت كل القوانين العربية بقانون الجنسية وكذا فرنسا وأغلب القوانين الأوربية .

- أما في و م أ تخضع لقانون المحل الذي أبرم فيه العقد وأخذ القانون السوفياتي وفي انجلر ودول أمريكا

اللاتينية تخضعها لقانون الموطن .

وعليه فقانون الجنسية هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص بالغاً سن الرشد أو ناقص الأهلية . كما يبين

لنا مدى قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية

. كما يبين لنا عوارض الأهلية كالجنون والسفه الخ

الإستثناءات الواردة على الأصل العام :

القاعدة العامة تقضي بتطبيق قانون الجنسية على أهلية أداء الشخص ومع ذلك فإن المشرع الجزائري قد

وضع لها إستثناء بحيث يتم تطبيق قانون القاضي بدلا من قانون جنسية الشخص وهذا ما تنص عليه

المادة 2/10 بقولها (ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها .إذا كان

أحد الطرفين أجنبيا ناقصا الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل تبينه .فإن هذا

السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة)

فطبقا لهذه الفقرة حتى يطبق القاضي الوطني قانونه على أهلية أجنبي لابد من توفر شروط هي:

1/ أن يكون التصرف المالي أجنبيا . وبالتالي تخرج التصرفات الأخرى كالزواج

2/ أن يكون التصرف قد تم في الجزائر وأنتج آثاره فيها أيضا . ويشترط تحقق هذين الأمرين معا في

الجزائر .

3/ أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري وهذا الشرط يحتوي

على شرطين هما نقص أهلية الأجنبي بالنسبة لقانونه والشرط الثاني أن يكون كامل الأهلية وهي سن 19

سنة كاملة طبقا للقانون الجزائري.

4/ أن يكون نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف المتعاقد مع الأجنبي تبينه أي

يشترط أن يكون المتعاقد مع الأجنبي حسن النية . ولا يعلم فعلا نقص أهلية هذا الأجنبي إلا إذا كان

صغير أو يسهل على هذا المتعاقد تبيين نقص الأهلية . وبالتالي لا يحكم بهذا الشرط إذا كان يعلم أو من

السهل أن يعلم نقص أهلية الأجنبي

5/ غير أن الفقه اختلف في مسألة كون الطرف الثاني أجنبيا أي هل وضع هذا الحكم من أجل حماية

أفراد الدولة الواحدة أم وضع من أجل حماية المصلحة الوطنية ؟

_فإذا قلنا أن هذا الحكم جاء خاضا بحماية الوطنيين فإن ذلك يعني أن يكون المتعاقد مع الأجنبي

جزائريا وهذا هو المستخلص من نص المادة 108 والتي تستفاد من قول المشرع (إذا كان أحد الطرفين

أجنبيا ...) وبالمقابل يفهم أن الطرف الثاني جزائريا

_أما إذا أخذنا بالقول الثاني الذي يركز على حماية المصلحة الوطنية فلا داعي لأن يكون المتعاقد

الأخر وطنيا بل قد يكون أجنبيا

مصدر هذا الإستثناء :

يعود سبب ظهور هذا الإستثناء أي خضوع الأهلية إلى قانون القاضي إلى القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية ليزاردي Lizardi.

وتتلخص وقائعها في أن شخصا من أصل مكسيكي يسمى ليزاردي اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي قيمتها ب 80 ألف فرنك وبالمقابل وقع صكوكا يتم سداد كل واحدة حين يحل أجلها .
ولما حان وقت دفع قيمة الصكوك أحجم ليزاردي عن ذلك مدعيا أنه ناقص الأهلية طبقا لقانون بلده المكسيكي الذي كان يحدد سن الرشد ب 25 سنة وكان عمره لايتعدى 23 سنة . فرفع ضده بائع المجوهرات الفرنسي دعوى يطالب فيها بدفع المبلغ المستحق مؤسسا دعواه على أن هذا الشخص بالغ الرشد وفق القانون الفرنسي الذي يحددها ب 21 سنة . فحكم القضاء الفرنسي لصالح المواطن الفرنسي .
بتطبيق القانون الفرنسي كإستثناء من القاعدة العامة والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية على كل المسائل المتعلقة بالأهلية .

وقد برر القضاء الفرنسي هذا الإستثناء على أساس المصلحة الوطنية وبالتالي يستبعد القانون الأجنبي إذا كان تطبيقه ضارا بالمصلحة العامة.

وبالنسبة لهذه القضية فقد بررت المحكمة حكمها بما يلي :

- أن المكسيكي كان بالغ سن الرشد وفقا للقانون الفرنسي
 - أن المتعاقد الفرنسي كان حسن النية وبالتالي بعد عذره بجهل القانون الأجنبي عذرا مقبولا .
- وانطلاقا من هذه القضية أصبح هذا الإستثناء معمولا به ونصت عليه معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري .

2/ الزواج:

الزواج هو الأساس الذي تقوم عليه الأسرة . وهو منح أفسح المجالات في العلاقات القانونية سواء منها الداخلية أو تلك المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصة التي تتعدد فيها المسائل القانونية وتثور بصدد مسألة تنازع القوانين . وبالتالي صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق .

ويعود السبب في ذلك إلى الإختلاف في وجهة نظر الأنظمة القانونية في مفهوم الزواج سواء فيما يتعلق بشروط صحته أو مسألة إشهاره أو انحلاله وآثاره .

لذلك تظهر صعوبة في كبيرة في تكييف كل المسائل المتعلقة بالزواج باعتبار أن الزواج يبدأ عادة بالخطبة لذلك ينبغي تحديد القانون الذي يحكمها قبل التطرق إلى القانون الذي يحكم شروطه الموضوعية والشكلية وكذا آثاره وانحلاله .

القانون الذي يحكم الخطبة:

الخطبة مقدمة للزواج وعليه فهي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد القانون الذي يحكمها بقاعدة إسناد خاصة فهي تخضع للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية خاصة فيما يتعلق بشروطها الموضوعية كشرط من يحرم بينهما الزواج وهو قانون جنسية الخاطب والمخطوبة ويطبق القانون تطبيقاً موزعاً إلا في الموانع فيطبق تطبيقاً جامعاً وهذا قياساً على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج . أما فيما يتعلق بشروطها الشكلية فهي تخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 من ق م ج التي تجعل شكل التصرف يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه التصرف أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف .

وبالنسبة إلى قواعد الإثبات التي يرجع إليها لإثبات الخطبة فإنها تخضع إلى القانون الذي يحكم شكل التصرف المنصوص في المادة 19 السالفة الذكر .

وفيما يتعلق بآثار الخطبة كعدم جواز الخطبة على الخطبة فإنها تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج على الآثار المترتبة وقت الزواج والتي تناولنها لاحقاً .

ومادامت الخطبة مجرد وعد بالزواج فإنه يجوز العدول عليها طبقاً لنص المادة الخامسة من قانون الأسرة غير أن العدول المصحوب بأفعال خاطئة التي تلحق أضراراً مادية أو معنوية بأحد الطرفين فإنه يستوجب التعويض ممن وقع منه الفعل الخاطئ مما يترتب المسؤولية التقصيرية وعليه تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية طبقاً للمادة 20 من ق م ج ويطبق قانون المحل الذي وقع فيه العدول المضر بالطرف الآخر

- أما فيما يتعلق بالهدايا فقد اختلف الفقه في شأنها فذهب البعض إلى إخضاعها إلى قانون جنسية الطرفين على أساس أنها تدخل في مسألة انعقاد الخطبة .

بينما يرى البعض الآخر أن الإلتزام برد الهدايا يرجع إلى قانون محل تحقق الإثراء باعتباره تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب

. وفي كل هذه الأحوال يمكن استبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق على الخطبة إذا كان مخالفاً للنظام العام

القانون الذي يحكم الزواج:

1/ الشروط الموضوعية والقانون الذي يحكمها:

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تحكم الزواج من حيث انعقاده وآثاره وانحلاله .

- وقد نظم مسألة إبرام عقد الزواج وشروطه الموضوعية (أركانه) بقاعدة إسناد خاصة في المادة 11 ق م ج . وشروط الزواج الموضوعية تتمثل في الرضا أهلية الزواج والصداق والولي وانعدام الموانع ... ويرجع لتكييف هذه الشروط إلى قانون القاضي طبقا للقاعدة العامة ولقد نصت المادة 11 على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية وأسندتها إلى قانون جنسية الزوجين فنص (يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين)

- والملاحظ أن صياغة النص جاء متناسبة مع الغرض الذي أعدت لأجله خاصة بعدما تدارك المشرع النقص في النص القديم بحيث أضاف لفظة (الموضعية) بأنها هي المقصودة .

-ولا توجد أي صعوبة في تطبيق قانون جنسية الزوجين على شروط موضوعية في حالة التي تتحد فيها جنسية الزوجين

غبي أنه يطرح التساؤل حول القانون الواجب التطبيق في حالة اختلاف جنسية الزوجية فهل نطبق قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة أو تطبيقهما معا .

للإجابة على هذا التساؤل ذهبت التشريعات وكذا الأحكام القضائية إلى تطبيق أحد الإتجاهات التالية .

1- التطبيق الجامع:

المقود من التطبيق الجامع لقانون جنسية كلا الزوجين هو أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون جنسية الزوج في كل من الزوج نفسه والزوجة أيضا .

وفي نفس الوقت يجب أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسية الزوجة وفي الزوجة نفسها وفي الزوج أيضا وإذا تخلف شرط من الشروط المطلوبة في القانونين في أحد الطرفين أو كلاهما كان الزواج غير صحيح

وقد عمل بهذا المنهج القاضي الفرنسي بهدف جعل رابطة الزواج صحيحة في نظر كل من دولة الزوج والزوجة

غير أن هذا المذهب صعب التطبيق إن لم نقل مستحيلا باعتبار اختلاف التشريعات في وضع الشروط الموضوعية

ورغم صعوبة تطبيقه إلا أنه يؤخذ به ويطبق فيما يتعلق بموانع الزواج وهذا نظرا لخطورتها إذ يجب هنا الأخذ بالتطبيق الجامع .

2- التطبيق الموزع:

يميل الفقه الحديث إلى قانون تطبيق قانون جنسية أطراف العلاقة الزوجية تطبيقا موزعا والمقصود بالتطبيق الموزع أنه يكفي لصحة عقد الزواج أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسية الزوج أن تتوفر فيه فقط دون اشتراط توفرها في الزوجة

- وأن تتوفر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون جنسية الزوجة في الزجة فقط دون اشتراط توفرها في الزواج

- وهذا ما اسقر عليه العمل القضائي ويبدو أنه هو المقصود من مضمون المادة 11 ق م ج بحيث تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين وفقا للتطبيق الموزع غير أنه يمنع تطبيقه فيما يخص موانع الزواج فلا يطبق عليه إلا التطبيق الجامع.

- وقد نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية على القانون يحكم الشروط الموضوعية للزواج في الحالة التي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية واعتبرته صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان الزواج .

وبالمقابل فإن الأجانب الذين يتم زواجهم بالجزائر يخضعون إلى قانون جنسيتهم .

. ونلاحظ أن بعض الدول نصت صراحة في تشريعاتها على الأخذ بالتطبيق الموزع منها : ألمانيا .

تركيا . بلونيا . البرتغال . والنسما ... ما عدا موانع الزواج التي أخضعتها إلى التطبيق الجامع .

الإستثناء الوارد على حكم المادة 11 :

أورد المشرع استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة 11 مضمون هذا الاستثناء هو جعل

الاختصاص للقانون الجزائري وحده فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج إذا كان

أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وهذا الاستثناء يرد عليه هو الآخر استثناء يتعلق بالأهلية. إذ تبقى خاصة إلى قانون جنسية كل من طرفي

العلاقة الزوجية .

وهذا ما نصت عليه المادة 13 من ق م ج بقولها (يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص

عليها في المادتين 11 و12 إذ كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج)

ب/ الشروط الشكلية للزواج والقانون الذي يحكمها:

الشروط الشكلية للزواج تعني تلك الأوضاع اللازمة لإظهار إرادة الزوجين إلى العلم الخارجي مثل :

المسائل المتعلقة بشهره وتحريره وإعطاء الوكالة فيه

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده لم ينظم هذه المسألة بقاعدة إسناد خاصة ولذلك لا بد من الرجوع

إلى قاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرفات الواردة في المادة 19 من ق م ج التي تنص (تخضع

التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون

الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها

(الموضوعية)

وطبقا لهذا النص فإن القانون الذي يحكم شكل الزواج هو محل المحل الذي تم فيه الزواج ويجوز أيضا

أن يخضع لقانون الوطن المشترك أو لقانون جنسيتهم إذا اتحدت جنسية المتعاقدين أو للقانون الذي

يسري على أحكام الزواج الموضوعية وعليه فإن الزواج الذي يعقده الجزائريين في الخارج وفقا لشكل البلد الذي يتواجدون به يعتبر صحيحا . كما يجوز لهم أيضا أن يلجأوا إلى القنصلية الجزائرية لاتباع الشكل المطلوب في القانون الجزائري طبقا لنص المادة |71 والمادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري .

والملاحظ أن قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل هي قاعدة معروفة منذ القدم تسمى بقاعدة لوكيس التي اعتنقتها أغلب التشريعات مع الاختلاف في مدى إلزاميتها مدى إلزامية قاعدة

ا/ قاعدة LOCUS ملزمة:

ذهبت بعض الدول في تشريعاتها إلى جعل القواعد التي تحكم شكل التصرف إلى قانون المحل قواعد إلزامية أمره لايجوز مخالفتها على الإطلاق ومن هذه التشريعات قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الإنجليزي والقانون الياباني ومن سار في هذا الإتجاه .

ب/ قاعدة LOCUS اختيارية:

لم تجعل الدول العربية والدول الأوروبية قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل قاعدة إلزامية بل جعلتها إختيارية وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده أعطى الإختيار للمتعاقدين بين شكل الزواج وفقا لقانون المحل الذي تم فيه وبين شكله وفق قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية كالتصرف .

وهذا ما هو واضح في نص المادة 19 خاصة بعد تعديلها بالقانون 10/05 التي نصت صراحة على أن قاعدة لوكيس اختيارية من خلال قول المشرع ويجوز ذكرها لعدة ضوابط أخرى غير ضابط المحل . وهذا ما تدعمه نصوص قانون الحالة المدنية خاصة المادة 71 والمادة 97 التي تجيز للجزائريين في البلاد الأجنبية أن يتقدموا إلى القنصلية الجزائرية لعقد زواجهم وفقا لقانون جنسيتهم .

وعليه يعتبر الزواج الذي تم في شكل يتطلبه بلد أجنبي يعتبر صحيحا في البلد الآخر وهذا ما نصت عليه إتفاقية لاهاي لسنة 1902 (يعتبر الزواج الحاصل من حيث الشكل طبقا لقانون البلد الذي يباشر فيه صحيحا في كل مكان آخر) م 05

- أما بالنسبة للدول التي تجعل شكل الزواج ركنا موضوعيا كاليونان فقد أعطتها إتفاقية لاهاي السابقة الحق في رفض الزواج الذي يتم لرعايتها ويكون مخالفا للشكل الديني وهذا حسب نص المادة الخامسة من إتفاقية لاهاي بقولها (ومع ذلك فمن المنفق عليه أنه يجوز للبلاد التي يتطلب قانونها شكلا دينيا للزواج ألا تعترف بصحة الزواج المعقود بين رعاياها في الخارج في غير الشكل الديني المطلوب)

القانون الذي يحكم آثار الزواج :

يرتب الزواج آثارا منها الشخصية ومنها المالية :

فالآثار الشخصية هي مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوج والزوجة وهذا ما نصت عليه المادة 36 من قانون 02/05 الخاص بقانون الأسرة .

أما بالنسبة للآثار المالية فتتمثل في الذمة المالية لكل من الزوجين وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها لا ترتب أي أثر مالي باعتبار أن الذمة المالية لكل من الزوجين مستقلة إستقلالاً تاماً بحيث يحتفظ كل طرف من أطراف العلاقة الزوجية بحريته الكاملة في إدارة وتسيير أمواله والتصرف فيها غير أن هذا لا يمنع من اتفاق الزوج والزوجة على كيفية إدارة أموالهما بشرط ألا يؤدي ذلك إلى جعل أموالهما مشتركة بينهما مثلما هو معروف في الأنظمة الغربية وهذا ما نصت عليه المادة 37 من قانون الأسرة قانون 02/05 .

_ وفي الأنظمة الغربية يرتب الزواج آثار مالية إلى جانب الآثار الشخصية والآثار المالية هي مجموعة من القواعد القانونية أو الإتفاقية التي تبين حقوق كل من الزوجين والتزاماته. وذلك في كل ما يتعلق بملكية الأموال وإيراداتها وإدارتها والإنتفاع بها . وهذه الأنظمة السائدة في الغرب قد تكون قانونية بحيث تكون واجبة الإلتباع مالم يتفق الزوجان على نظام آخر وقد تكون إتفاقية يعتمدها الطرفان بمقتضى عقد خاص غير عتد الزواج يسمى مشاركة الزواج / القانون الذي يحكم آثار الزواج في الدول الغربية :

الأنظمة الغربية غير موحدة بخصوص القانون الذي يحكم آثار الزواج خاصة منها المالية . فنجد أن القانون الفرنسي يخضع آثار الزواج الشخصية إلى قانون جنسية الزوج . أما الآثار المالية فقد اختلف الفقه بشأنها فاعتبرها بعض الفقهاء داخلة في نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي فهي تخضع لقانون الجنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج . وهناك طائفة من الفقهاء والأحكام القضائية أخرجت آثار الزواج من نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي اختلف في القانون الذي يحكمها . فهناك من أخضع الآثار المالية إلى قانون الإرادة سواء كانت الإرادة ضمنية أو صريحة . وهناك من أخضعها إلى القانون الذي يحكم الموضوع على أساس أنها واقعة وبالتالي يحكمها ما يحكم الواقعة

- وأخضع بعض الفقهاء آثار الزواج إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين توحيداً لمصالح الأسرة والمساواة بين الزوج والزوجة وهذا ما كانت تأخذ به ألمانيا الإتحادية واليونان والبرتغال - كما أخضع جانب من الفقه آثار الزواج إلى قانون الموطن المشترك الذي استقر فيه الزوجان باعتبار أن إرادتهما قد انصرفت إلى إختيار قانون الموطن على آثار الزواج المالية . / القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج في التشريع الجزائري :

يسند التشريع الجزائري الآثار المالية والشخصية للزواج إلى قانون جنسية الزوج فتنص المادة 12 من القانون المدني 10/05 (يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج)

- **والملاحظ** على هذا النص أنه نص صراحة على خضوع كل من الآثار الشخصية والمالية إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج وهذا عكس النص السابق قبل التعديل الذي كان يركز على الآثار المالية دون أن يذكر الآثار الشخصية وفي هذا أكثر وضوح ودقة لأن كلا الأثرين مهمين .
- وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد هذه الآثار مفصلة في المادة 36 والمادة 37 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمعدل والمتمم لقانون الأسرة .
- ويستنتج من قاعدة الإسناد الواردة في المادة 12 من ق م ج أن المشرع بتحديدده للقانون الذي يطبق ويعد به وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج. نجده من جهة غلب وفضل قانون جنسية الزوج باعتباره رب الأسرة ومن ثم يعطيه القانون سلطة رعايتها.
- ومن جهة أخرى فقد أعتبر أن آثار الزواج تظل خاضعة إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج حتى ولو غير جنسيته بعد قيام الرابطة الزوجية. وتبرير ذلك أن حقوق وواجبات الطرفين قد نشأت مع قيام الزواج وانعقاده وقبلت بها الزوجة وليس من العدل أن تتغير بناء على إرادة الزوج المنفردة لأنه غير جنسيته .
- غير أنه كان من الأفضل على المشرع في الحالة التي تصبح فيها جنسية كل من الزوج والزوجة جنسية واحدة أن يخضع هذه الآثار إلى قانون الجنسية المشتركة وليس إلى قانون جنسية الزوج وق إبرام عقد الزواج . وذلك توحيدا للنظام القانوني الذي يحكم الزواج وحتى لا يكون هذا القانون المطبق قانون غريب وأجنبي على كلا الزوجين .

الاستثناء الوارد في المادة 13 بالنسبة إلى آثار الزواج:

إذا كان الزوج جزائريا فإنه في هذه الحالة تكون العلاقة الزوجية ومايرتب عليها من آثار الزواج خاضعة لقانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج طبقا للقاعدة العامة الواردة في نص المادة 12. غير أن المشرع أخضع آثار الزواج التي تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبيا إلى القانون الجزائري وحده وهذا استثناء من الأصل العام الذي يجعل خضوع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج . وبالتالي يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان الزوج أجنبيا وفي المقابل الزوجة جزائرية كاستثناء من القاعدة العامة .

القانون الذي يحكم بطلان الزواج :

يتجه الرأي الراجح في الفقه إلى اخضاع الزواج الباطل إلى نفس القانون الذي يحكم الشرط الذي تخلف والذي كان سببا في بطلان الزواج

مثال ذلك: أن القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج هو قانون جنسية الزوجين ويترتب على ذلك أن قانون جنسية الزوجين هو الذي يحكم بطلان الزواج .

القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية:

1/ في القانون الجزائري :

- وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق أو التفريق الجسماني في المادة 2/12 من ق م ج حيث تنص (ويسري على انحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى)
- **والملاحظ على هذا النص أنه نظم التفريق الجسماني وهو نظام غير منصوص عليه في قانون الأسرة** وغريب على التشريع الجزائري وبالتالي فهذا الحكم لا يطبق إلا على الأجانب فقط .
- وكذلك يفهم من نص المادة 12 أن المشرع أغفل الإشارة إلى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة مادام أن قانون الأسرة يقرر ذلك في المادة 48 منه. ولكن الشيء الذي يقرر ذلك أن الطلاق والتطليق طبقا للقانون الجزائري يجب أن يكون بناء على حكم قضائي طبقا للمادة 49 من ق أ ج .
- وبالتالي يخضع التطليق والتفريق الجسماني طبقا لنص المادة 12 إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهو ما أخذت به معظم الأنظمة
- وبالتالي فالمشرع الجزائري اعتد بجنسية الزوج وحدها وهذا بخلاف الشروط الموضوعية للزواج التي أخضعها إلى قانون جنسية كل من الزوج والزوجة.
- وتجدر الملاحظة أن إخضاع حل الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى منتقد من طرف الفقه على أساس أنه ينطوي على ظلم واجحاف في حق الزوجة لأنها قد تتزوج تحت سلطان قانون جنسية زوجها الذي لا يجوز الطلاق ثم يتجنس بجنسية دولة يجيز قانونها الطلاق فيرفع الزوج دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة فيحكم له بذلك فتظلم الزوجة لذلك نجد الآراء قد باينت في الأنظمة الغربية كما سنرى .

نطاق تطبيق القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية:

- يحدد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة إلى التطليق والتفريق الجسماني من له الحق في الطلاق وكيفية ممارسته وكذا الأسباب التي يجب توافرها لجواز الحكم بالتطليق والتفريق الجسماني كما يحدد لنا قانون جنسية الزوج كل القواعد المتعلقة بقواعد الإثبات والأدلة الواجب توافرها وتقديمها .
- كما يحدد لنا قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أهم آثار انقضاء الزواج كتقدير أحوال النفقة المطلقة. وكذا التعويض لأحد الزوجين في حالة وجوده ويحدد لنا أيضا ما يسقط من التزامات بين الزوجين نتيجة الإنفصال .

- للإشارة فإن مسألة الإجراءات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية سواء عن طريق التطليق أو التفريق الجسماني تخضع إلى قانون القاضي لأنها تعتبر من النظام العام وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 21

- وللجزائريين المتواجدين في الخارج التقدم إلى القنصليات الجزائرية لإجراء الطلاق

الإستثناء الوارد على نص المادة 12 :

وضع المشرع الجزائري استثناء في المادة 13 ق م ج متعلقا بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج في الحالات التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا. بحيث يخضع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده.

غير أن الإشكال يطرح في الحالة التي تتشأفيها الرابطة الزوجية جزائرية ثم يغير الزواج جنسيته فتصبح الأطراف كلهم أجنب بما فيها الزوجة . فهل تخضع إلى القانون الجزائري أم إلى قانون الجنسية الجديدة؟ - **نلاحظ** في هذا الصدد أن القضاء المصري قد طبق قانون الجنسية الذي نشأت فيه العلاقة الزوجية .ويبدو أن هذا الحكم ينطبق مع مقصود المشرع الجزائري بحيث يخضع حل الرابطة الزوجية في هذه الحالة إلى القانون الجزائري رغم أن الأطراف كلهم أصبحوا أجنب .ويبدو أن تبرير ذلك يرجع إلى أساس الغش نحو القانون .

ب/ في القوانين الغربية :

لقد اختلفت الأنظمة الغربية في القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق أو التفريق الجسماني ومن ذلك نجد :

- القانون اللبناني الذي ينص في قانون سنة 1940 على أنه يسري على انحلال الزواج قانون آخر جنسية مشتركة اكتسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى فإذا لم توجد هذه الجنسية المشتركة سوى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

- أما في فرنسا فقد كان القضاء يخضع التطليق والإنفصال الجسماني لقانون جنسية الزوجين فإن اختلف جنسية طبق التوزيع وبالتالي يحم بالطلاق للزوج الذي يسمح قانونه بالطلاق في الحالة التي يكون قانون الزوج الآخر يمنعه وهذا ماطبق في قضية السيدة Ferrari « فيراري » . ثم عاد القانون الفرنسي إلى إخضاع التطليق والتفريق الجسماني إلى قانون الموطن المشترك للزوجين فإن لم يكن لهما موطنا مشتركا سرى على التطليق قانون القاضي .

القانون الذي يحكم النسب:

يعتبر النسب من المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية وهذا مانص عليه المشرع ونضمه في قانون الأسرة . غير أن موضوع النسب وخاصة مسألة إثباته لم يتناوله المشرع في قواعد الإسناد إلا بموجب القانون 10/05 حيث وضع قاعدة إسناد خاصة في المادة 13 مكرر بقولها (تسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل).

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فينظر إلى جنسية الأب وقت الوفاة)

إذن فالمشرع أخذ في مسألة إثبات النسب بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل مهما كانت الجنسية التي كان يحملها قبل ذلك.

أما في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل فينظر إلى جنسية الأب وقت الوفاة .

- ويتم إثبات النسب وفقا لما نصت عليه المادة 40 ومابعداها من قانون الأسرة بكافة طرق الإثبات بما فيها الطرق العلمية الحديثة .

. وتجدر الإشارة إلى أن الأنظمة الغربية تسند مسألة إثبات النسب إلى قانون جنسية الأم على أساس أنها المحور الأساسي في العلاقة الزوجية

وذهب رأي آخر إلى إخضاع النسب إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج أما فيما يخص الولد الطبيعي فيخضع إثبات نسبه إلى قانون جنسية الطفل.

القانون الذي يحكم الكفالة والتبني:

الكفالة إلتزام على وجه التبرع بموجبها يتم القيام بولد قاصر بنفقة وتربية ورعايته مثل قيام الدولة بابنه ويتم بعقد شرعي . ولقد أدخلها المشرع في نطاق الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص وذلك بالنص عليها في المادة 13 مكرر 1 بقولها (يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل ...)

والملاحظ أن المشرع قد أخضع شروط صحة الكفالة إلى قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول ويكون تطبيق ذلك في حالة اختلاف جنسيتها تطبيقا موزعا .

وينظر إلى قانون الجنسية وقت إجراء الكفالة . وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد شروط صحة الكفالة مبسطة في أحكام المادة 116 وما بعدها.

- أما بالنسبة إلى آثار الكفالة المنصوص عليها في المادة 120 ق أ ج وما بعدها فقد أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون جنسية الكفيل وقت إجرائها.

والملاحظ أن المشرع في هذا المجال قد أضاف مسألة التبني التي لايعترف بها قانون الأسرة الجزائري

ورتب عليها نفس أحكام الكفالة وهذا الحكم ينطبق ويطبق على الأجانب دون الجزائريين باعتبار أن القانون الجزائري يجعل التبني ممنوع شرعا وقانونا طبقا لنص المادة 46 من ق أ ج . هنا المشرع يضع نفسه في موقف حرج في حالة تطبيق أحكام التبني مع أن قانونه الداخلي يمنعه وهذا مايجعله يتأثر بالأنظمة الغربية واستجابة لمرعاة مصالح الأجانب نتيجة النداءات الدولية .

القانون الذي يحكم النفقة بين الأقارب :

أدرج المشرع الجزائري النفقة بين الأقارب ضمن الأحوال الشخصية ووضع لها قاعدة إسناد خاصة بها في المادة 14 ق م ج التي تنص (يطبق القانون الوطني على الإلزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها)

- وقبل دراسة القانون الواجب التطبيق على الإلتزام بالنفقة يجدر بنا معرفة مايلي :

أ/ المقصود بالنفقة :

النفقة بين الأقارب هي تلك النفقة التي تقرر وفقا للقواعد الموضوعية العادية التي تحددها القوانين في مختلف الدول والتي يكون الهدف منها حماية أطراف العلاقة العائلية المعوزة التي لاتقدر على الحياة بمفردها ومن ذلك تخرج كل من :

- النفقة الوقتية التي يقرها القاضي أثناء نظر الدعوى للزوجة وهذه النفقة يحكمها قانون القاضي وليست المقصودة في نص المادة 14 ق م ج .

- وتخرج أيضا النفقة الزوجية والتي تكون واجبة على الزوج اتجاه زوجته فهذه النفقة تعتبر من آثار الزواج تقوم بقيامه وتنعدم بانعدامه .

ب/ المقصود بالقرابة :

المقصود بالقرابة في نص المادة 14 ق م ج . الصلة التي تقوم بين الأقارب والمبنية تارة على رابطة الدم أو الأصل المشترك الذي يجمع بين الأشخاص . وتارة أخرى على المصاهرة . وقد تكون هذه القرابة مباشرة أو قرابة حواشي أو مصاهرة مثل : قرابة الإبن بزوجة أبيه وقرابة الأب بزوجة إبنه فكلها قرابة مصاهرة .

القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب :

أسند المشرع الجزائري الحكم الوارد في المادة 14 إلى قانون المدين بها أي قانون جنسية الشخص المطالب بهذا الالتزام المتمثل في النفقة على أقاربه لأن قانون جنسية المدين بالنفقة هو القانون الواجب التطبيق وليس قانون جنسية الشخص الذي وجدت النفقة من أجله .

- وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجده أنه كان يعبر النفقة من النظام العام لذا يجب أن يسري عليها القانون الفرنسي الحديث يميل إلى جعل الاختصاص للقانون الذي يحكم آثار الزواج أو القانون الذي يسري على علاقة النبوة

- وقد قررت اتفاقية لاهاي لسنة 1956 الالتزام بالنفقة نحو الأولاد وجعلت الاختصاص لقانون الموطن العادي للولد . فإذا كان هذا الموطن يرفض الحق في النفقة فإن الاختصاص يكون للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولة القاضي المعروض عليه النزاع.

القانون الذي يحكم حماية القاصر :

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالوصاية والولاية والقوامة وحدد القانون الواجب التطبيق عليها فتتص المادة 15 من ق م ج 10/05 (يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالوصاية والولاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايه)

- والمقصود من الولاية في هذا النص الولاية على المال وليست الولاية على النفس لأن هذه الأخيرة تدخل في آثار الزواج وبالتالي يطبق عليها القانون الذي يحكم آثار الزواج.

- والحكمة من الولاية على المال المقصودة في هذا المجال أن ناقص الأهلية يحتاج إلى نظام يحميه وإلى من يتولى أمر شؤونه المالية التي يحتاج إلى من يسيروها ويديرها وقد يكون ذلك عن طريق الوصاية أو الولاية أو القوامة .

- **والملاحظ** أن المشرع قد قرر الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته فيما يتعلق بالشروط الموضوعية دون قانون جنسية الشخص الذي يقوم بالحماية المقررة قانونا على ناقص الأهلية . ويبدو أن المشرع قد فضل قانون جنسية المحمي لأن هذه النظم القانونية إنما جاءت لحماية ناقص الأهلية والغائبين وسد عجزهم الذي يصادفهم عند القيام بالتصرفات القانونية مما يستلزم الأمر خضوع تلك الحماية إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته باعتباره القانون الذي يحكم أهليته . وعليه يجب الرجوع إلى قانون جنسية المحمي لمعرفة كل المسائل المتعلقة بالوصاية والولاية والقوامة . غير أنه في بعض الحالات يمنع الوصي أو القيم عن قبول الوصاية والولاية والقوامة فيثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق ؟

- ذهب رأي إلى الأخذ بقانون جنسية الشخص المحمي لتحديد أسباب الإمتناع
- ذهب رأي ثان إلى الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي يقوم بالحماية لتقدير أسباب الامتناع لأنه من غير المعقول أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافا لما يقضي به قانون جنسية هذا الرأي هو الأقرب للصواب .

القانون الذي يحكم حماية القصر في النظم الغربية:

أخذت الدول اللاتينية وفرنسا بإخضاع المسائل الموضوعية إلى قانون جنسية ناقص الأهلية . أما بالنسبة للدول الأنجلوأمريكية فهي تخضع هذه المسألة لقانون موقع المال وبالنسبة للإجراءات فهي تخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة .

الاستثناء الوارد على الأصل العام في المادة 15 على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بالنسبة للتدابير المستعجلة في الحالة التي يكون فيها القصر وعديمي الأهلية والغائبين موجودين في الجزائر وقت اتخاذ التدابير أو تعلقت التدبير بأموالهم الموجودة في الجزائر وقت الأخذ بالتدابير .

القانون الذي يحكم الميراث والوصية:

1/ **الميراث** : نظم المشرع الجزائري وكذا الدول العربية مسألة الميراث وأدخلها ضمن نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي أخضعها إلى قانون الجنسية سواء كان الميراث واقفا على عقار أو منقول بحيث تنص المادة 16 ق م ج من قانون 10/05 بقولها (يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته) وعليه بين قانون جنسية المتوفي شرط استحقاق الإرث ومن هم الورثة وماهي مرتبة كل منهم وماهو نصيبه . ويبين موانع الإرث وحالات الحجب

ويستبعد تطبيق قانون الجنسية إذا كان مخالفا للنظام العام كتوريث غير مسلم للمسلم أما التركة التي لاوراث لها فهي تؤول إلى بيت المال أو الخزينة العامة .

القانون الذي يحكم الميراث في الدول الغربية:

- تدخل بعض التشريعات الميراث في الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفي .
- وبعض التشريعات تفرق بين الميراث في العقار والمنقول. فيخضع الميراث في العقار لقانون موطن العقار . والميراث في المنقول لقانون موطن المورث . وهذا ماأخذت به فرنسا وانجلترا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية .
- أما إيطاليا وألمانيا واليونان فقد أخضعتة كله إلى قانون الجنسية بالنسبة للمورث سواء وقع على عقار أو منقول .

بينما يرى نيواييه أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية وسياسية واجتماعية إذ أن خضوع العقار لقانون والمنقول لقانون قد يرتب مشاكل من حيث تطبيق القانون مثلما حدث في ايصاء حفيدة جورج ساند بمنزل للأكاديمية الفرنسية في فرنسا لكنها توفيت في إيطاليا فخضع الأثاث للقانون الإيطالي بينما للمنزل للقانون الفرنسي .

2/ الوصية : هي كل تصرف في التركة يضاف إلى مابعد الموت وهي تتعقد عند صدورها من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موته وقبول الموصي له . وعليه يجب أن تتوفر لدى الموصي أهلية التبرع عند صدورها بما أن الوصية عمل إرادي لذى فالرأي السائد أن أهلية الموصي تخضع لقانون جنسيته وقت عمل الوصية وهو الرأي المعمول به في فرنسا وهو أيضا المستخلص من نص المادة 16 ق م ج والمادة 17 من ق م المصري باعتبارهما مستمدتا من المادة 29 من القانون البولوني . وطبقا لنص المادة 16 من ق م ج تخضع الوصية من حيث شروطها الموضوعية إلى قانون الجنسية بالنسبة للموصي وقت وفاته أما في فرنسا وانجلترا و وم أ وبعض التشريعات التي تلحق الوصية بالميراث وبالتالي تدخلها في نظام الأحوال العينية .

- فتخضع الوصية بالعقار لقانون الموقع .والوصية بالمنقول لقانون موطن الموصي وقت وفاته .
شكل الوصية : يلاحظ أن المشرع في نص المادة 16 قبل التعديل كان يخضع شكل الوصية إما لقانون جنسية الوصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وهذا طبقا للفقرة الثانية من المادة 16 ق م ج غير أنه بتعديل القانون المدني بالقانون 10/05 حذف هذه الفقرة وهذا يدل على أن شكل الوصية يخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 التي تنظم القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف .

كما أن للأجانب في الجزائر أن يحرروا وصاياهم في الشكل المعمول به في الجزائر. أما رعايا الجزائر في الخارج فإن لهم أن يقوموا بعمل وصاياهم سواء طبقا لشكل المحل أو للشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري وأن يودعوا وصاياهم على سبيل الأمانة بالقتنصليات الجزائرية .

وقد أضاف المشرع الجزائري التي تنفذ بعد الموت وهي تصرف المريض مرض الموت المقصود بها التبرع الذي تنص عليه المادة 1/777 من ق م ج وقد ألحقها المشرع بالوصية وبالتالي تسري على نفس الأحكام الخاصة بالوصية سواء فيما يتعلق بالشروط الموضوعية أو الشكلية .

القانون الذي يحكم الهبة والوقف:

أدخل المشرع الجزائري كل من الهبة والوقف في نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي أخضعها للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية وهو قانون الجنسية وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 16 من ق م ج بقولها (يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها) وينظر إلى قانون الجنسية وقت إجراء التصرف أو وقت القيام بالهبة والوقف باعتبار أنها تنفذ في ذلك الوقت وبالتالي فهي تختلف عن الميراث والوصية باعتبار أنهما ينفذان بعد الموت فيطبق عليها قانون الجنسية وقت الوفاة.

. ونلاحظ أن كلا من القانون المصري والليبي قد أخرج الهبة من نطاق الأحوال الشخصية وأدرجها في القانون المدني كعقد من العقود الناقلة للملكية وعليه فطبقا للقانون المصري والليبي تخضع الهبة لقانون العقد.

. ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول الهبة والوقف إلا بموجب القانون 10/05 وبالتالي كانت تدرج ضمن القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص انطلاقا من نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .

القانون الواجب التطبيق على المال :

إذا كان ضابط الإسناد كما سبقت الإشارة إليه في الأحوال الشخصية يستمد من أطراف العلاقة القانونية باعتبار أن الأشخاص هم العنصر الغالب ومن ثم خضوعها إلى قانون الجنسية أو الموطن. فإن ضابط الإسناد في الأحوال العينية يختلف عنه حيث يستمد من موضوع العلاقة القانونية على أساس أن موضوعها هو المال وهو العنصر المهيمن وله ثقل كبير من حيث الأهمية بالنسبة إلى أطراف العلاقة ومن ثم جرى العمل على إخضاع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المتعلقة بالمال إلى قانون موقعها .

مفهوم الأحوال العينية :

الأحوال العينية هي كل ما يتعلق بالمسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان ماديا كالحقوق العينية الواقعة على العقار أو المنقول وكل حقوق الملكية وأسباب كسبها من حيازة وشفعة أو كان هذا المال معنويا **مثل:** حق المؤلف .براءة الاختراع والملكية الصناعية

نشأة قاعدة قانون موقع المال :

تعود قاعدة قانون موقع المال إلى القرون الوسطى وقد تطورت عبر مراحل متعددة نتيجة للإسهامات الفقهية إلى أن وصلت إلى قاعدة منظمة في كل التشريعات . ويمكن أن نقف على أهم المحطات التي مرت بها هذه القاعدة على النحو التالي :

- 1- المعالم الأولى لظهور هذه القاعدة تعود إلى القرن 13 وذلك حين تسأل الفقيه 'بارتول' عن مدى حق الأجنبي في البناء فوق العقار الذي يملكه ؟ وقد أجاب عن هذا التساؤل بنفسه بأن قانون موقع العقار هو الذي يحكم ذلك .
 - 2- تأكدت هذه القاعدة في القرن 16 على يد الفقيه الفرنسي 'دارجنتره' وذلك من خلال دفاعه على مبدأ إقليمية القوانين وتطبيقه دون استثناء مما جعل المال يخضع إلى قانون موقعه نيجة للأخذ بهذا المبدأ .
 - 3- ظهرت هذه القاعدة مرة أخرى في القرن 19 على يد الفقيه الإيطالي 'مانشيني' حينما نادى بشخصية القوانين وذلك بامتداد القانون إلى خارج حدود الدولة واستثنى من هذا الأصل المال وأخضعه إلى قانون موقعه على أساس أن ذلك من النظام العام .
 - 4- يعتبر الفقه الألماني من المدارس التي أكدت على وجود قاعدة قانون موقع المال بزعامه الفقيه 'سافيني' وذلك من خلال نظرية التركيز المكاني والتي تهدف إلى تطبيق قانون موقع العقار لأن مصالح الشخص تتركز عادة في المكان الذي يوجد فيه أمواله .
- وهكذا نشأت قاعدة قانون موقع المال وأصبحت منصوص عليها في التشريع الجزائري حيث نظمها بنص المادتين 17 و 17 مكرر من القانون المدني .
- ولقد استندت قاعدة قانون موقع المال إلى عدة مميزات منها :
- أن تطبق هذه القاعدة يؤدي إلى استقرار المعاملات وذلك بالرجوع إلى قانون موقع المال الذي يبين لنا مدى وجود الحق العيني الذي يريد الشخص نقله إلى الآخر
 - تتحقق هذه القاعدة حماية للغير وذلك بسهولة الرجوع إلى حالة العقار من خلال موقعه والإطلاع على مالق به من رهون وتأمينات وبالتالي يكون على بينة من أمره كما أن كل مايتعلق بالشهر والتسجيل تخضع لقانون موقع العقار .
 - وهذه المبررات أيضا نظرية التركيز المكاني الذي ذكرناه سابقا
 - اعتبر أغلب الفقهاء أن العقارات جزء من إقليم الدولة وبالتالي فهي تبسط سيادتها عليه ومن المعقول أيضا أن يخضع لقانونها حتى توفر الدولة قدرا من الحماية لمصالحها

- ومن المبررات أيضا أن المحاكم المختصة بالنظر في النزعات المتعلقة بال عقار تكون عادة هي محاكم الدولة التي يوجد بها هذا المال. سواء كان عقارا أو منقولا ومن ثم خضوعه إلى قانون موقعه

القانون الذي يحكم المال المادي:

القانون الذي يحكم العقار:

يخضع المال من حيث التكييف لقانون موقع المال عملا بالاستثناء الذي وضعه بارتان وأخذ به القانون الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 17 ق م .

ومن حيث القانون الواجب التطبيق على العقارات فإنه لا يوجد أي إشكال بحيث أنها مادامت ثابتة في مكان واحد فإنه يطبق عليها قانون موقعها وهذا مأخذت به جميع التشريعات ويشمل تطبيق قانون موقع العقار كل ما يتعلق بحق ملكية هذا العقار وطرق كسب الملكية من حيازة وشفعة. كما يشمل كل الحقوق العينية العقارية الأخرى من انتفاع وسكن وإرتفاق ويشمل التقادم المكسب وطرق الإشهار الواجبة للحقوق العقارية وحقوق الإمتياز الواردة على العقار

وهذا مانصت عليه المادة 17 بقولها (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار) وقد أخذ القانون المصري المادة 18 بهذا وكذا القانون السوري المادة 19 والقانون العراقي المادة 24.

- **والملاحظ** على هذا النص أنه جاء خاصا بالعقار المتواجد في مكان واحد. غير أن الإشكال يطرح في الحالة التي يكون فيها العقار يقع جزء منه في دولة وجزء منه في دولة أخرى فيصعب تطبيق الأصل العام نظرا لصعوبة تحديد موقعه وبالتالي القانون الذي يحكمه. وهنا ذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع كل جزء منه إلى قانون الدولة التي يقع فيها. مالم توجد في هذا الشأن اتفاقية فإن وجدت فهي التي تطبق .

- أما مسألة العقد الذي ينشئ حقا عينيا على عقار أو ينقله أو ينصبه. فما هو القانون الذي يخضع إليه؟

ونلاحظ في هذا الصدد أنه تباينت الآراء :

- إذ يرى 'نبوييه' إخضاع العقد والواقع على عقار لقانون موقع العقار سواء من حيث المضمون أو الشكل أو الأثر وهذا هو مذهب 'دارجنترية' وهذا المذهب أخذت به المدرسة الهولندية وكذا الفقه الأمريكي بزعامة 'ستوري'

- أخذ القضاء الانجليزي بهذا الرأي غير أن الفقه الحديث جعله يعدل عن هذا الرأي وأصبح يخضع العقد الواقع على عقار إلى قانون العقد وليس لقانون الموقع أما القضاء الفرنسي فقد أخذ في البداية برأي

'دارجنترية' غير أنه استقر على إخضاع العقد الواقع على عقار من حيث الأهلية لقانون الجنسية ومن حيث الشكل لقانون المحل ومن حيث الموضوع لقانون الإرادة وهذا ما أخذ به القضاء الألماني .

موقف المشرع الجزائري:

العقد المبرم في شأن العقار طبقا للقانون الجزائري يخضع لقانون موقع العقار وليس لقانون الإرادة . وهذا ما يبرر الاستثناء الوارد على نص المادة 18 من ق م ج . فبعدما نص على الأصل العام بإخضاع العقود على قانون الإرادة جاء الاستثناء في الفقرة الأخيرة (غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه) وهو نفس الحكم الذي أخذ به القانون المصري .

- وطبقا لهذا الاستثناء يخضع العقد الواقع على عقار لقانون موقعه أما بالنسبة إلى الأهلية فهي تخضع إلى قانون الجنسية. أما بالنسبة لشكل العقد فهي تخضع للقواعد المنظمة في المادة 19 وهي قانون المحل طبقا لقاعدة **Locus** أو الضوابط الأخرى المنصوص عليها في المادة 19.

2/ القانون الذي يحكم المنقولات المادية:

أصبح المنقول يخضع لقانون الموقع في كل التشريعات ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في نص المادة 17 بقوله (ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها) يستفاد من هذا النص أن القاعدة العامة هي خضوع المنقولات إلى قانون موقعها الفعلي أو الحقيقي وقت تحقق سبب حيازتها أو ملكيتها أو فقدها ...

غير أنه يطرح التساؤل في الحالات التي تخص بعض المنقولات كالسفن والبضائع باعتبارها تتحرك من مكان إلى آخر . وطبقا لذلك ماهو القانون الذي يحكمها ؟

للإجابة على هذا التساؤل نورد أهم الآراء الفقهية في هذا الشأن ومحاولة ترجيح أهمها.

1/ السفن والطائرات والبضائع والقانون الذي يحكمها:

الأصل أن السفن تعتبر منقولا غير أنه في بعض النواحي تعتبر عقار وبالتالي يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاعها إلى قانون البلد الذي تحمل علمه وكذلك الأمر بالنسبة للطائرات نظرا لكثرة تنقلها من جهة وصعوبة تحديد القانون الذي يحكمها في حالة كونها متواجدة بالمناطق التي لاتخضع لسيادة الدول وبالتالي فالمكان الذي يعد به هنا هو مكان وجودها القانوني وهذا مادعمته إتفاقية بروكسل لسنة 1926 التي تقضي بإخضاع رهن السفينة والبضائع الموجودة عليها لقانون العلم ونفس الشيء بالنسبة للطائرات .

- ونظرا للحركة السريعة للبضائع تواجدها في بعض الأحيان في موانئ دول لاعلاقة لها بقانون هذه الدولة وليس للمتعاملين علما بقانون الدولة التي ترسو البضاعة فوق إقليمها وهذا ماجعل الأراء الفقهية تختلف في شأن القانون الواجب التطبيق على البضائع .
- إذ يرى فريق من الفقه أن القانون الذي يحكم البضاعة المتنقلة هو القانون الشخصي لمالكها ومن ثمة متى عرفنا الشخص المالك للبضاعة عرفنا القانون الذي يحكمها .
- ويرى فريق آخر إخضاعها لقانون العلم الذي يحكم وسيلة النقل كما جاء في إتفاقية بروكسل السابقة حتى ولو كانت هذه الوسيلة (سفينة .طائرة) راسية فوق إقليم دولة لاعلاقة لها لابلبضاعة ولا بوسيلة النقل .
- ويعتقد آخرون أن البضاعة تخضع لقانون الدولة التي تتجه إليها على أساس أنها هي التي سوف تستقر بها أما بقية الدول التي تمر بها فلا صلة لها بالعقود التي قد تجري فوق إقليمها .

ب/ القطارات والعربات والقانون الذي يحكمها :

بالنسبة إلى القطارات والعربات دأب المجتمع الدولي إلى البحث عن توحيد الأحكام القانونية المتعلقة بكل الحقوق العينية المترتبة على التصرفات الواردة على القطارات وذلك عن طريق الإتفاقيات ولقد إتجهت الأراء إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها بقانون الدولة التي توجد بها القطارات . وبالنسبة للسيارات باعتبارها منقولا ماديا فالقانون الذي يحكمها هو قانون مكان تواجدها الفعلي . غير أن هناك رأيا فقهيا أخضع كل من القطارات والعربات وكذا السيارات إلى قانون الدولة التي تم تسجيلها فيها وذلك على غرار السفن والطائرات.

التنازع المتحرك (المتغير):

تطرح الإشكالية في حالة إنتقال المنقول المادي من مكان إلى آخر ويكون قد تعلق به حقوق في كلا الإقليمين أو في أحدها .فهل تكون أمام مايعرف بالتنازع المتحرك والسؤال الذي يطرح هنا .ماهو القانون الذي يطبق ؟

وتثور الصعوبة أكثر عندما تتحقق الحيازة أو أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية على المنقول في ظل قانون قديم يعترف بها ثم تنتقل إلى قانون جديد لايعترف بها وفي هذا الصدد هناك رأيين حول هذا الإشكال .

ا/ يرى جانب من الفقه ضرورة تطبيق القانون الجديد بدلا من القانون القديم وذلك على أساس أنه يوفر سلامة المعاملات بين المتعاقدين لأنهما يعرفان قواعد القانون الجديد أكثر من غيره ويحقق لهم بذلك الطمأنينة.ذو هذه الصورة قريبة من نازع القوانين من حيث الزمان التي تقضي بتطبيق القانون الجديد تطبيقا فوريا وبصورة مباشرة .وبالتالي تطبق أيضا على تنازع القوانين من حيث المكان مثال : لو فرضنا وجود منقول في دولة لايعترف قانونها بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ثم نقل من طرف حائزه

إلى دولة أخرى تبقى قانونها بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .فطبقا للرأي السابق يعبر الحائز مالكا للمنقول طبقا للقانون الجديد وليس القديم .ونفس الشيء ينطبق على قاعدة تسليم المنقول (بين دولة تعتبر التسليم ناقلا للملكية وأخرى تعتبر الملكية تنتقل ولو بدون تسليم)

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد باعتباره يؤدي إلى إهدار الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم .

ب/ ذهب فريق آخر من الفقه في حالة تنقل المنقول من دولة إلى أخرى إلى إحترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون الذي نشأت فيه تلك الحقوق .حتى ولو نقلت إلى سلطة قانون دولة لايعترف بها شريطة أن يكون اكتسابها إكتسابا صحيحا وأن جميع عناصرها قد تم تحت سلطان القانون القديم وألا تكون مخالفة للنظام العام في القانون الجديد

مثال: أن يمتلك شخص في الجزائر منقولا بمجرد عقد البيع دون أن يتسلمه فلو إنتقل هذا المنقول إلى سويسرا مثلا التي تشترط التسليم في المنقول كي تنتقل الملكية فإن المشتري طبقا لهذا الرأي يبقى مالكا له على الرغم من عدم تسلمه .لأن هذا الحق تم في ظل القانون القديم ويجب إحترامه .

موقف المشرع الجزائري :

يبدو أن المشرع الجزائري قد حرص على ضرورة الإحرام الدولي لنهاذ الحقوق المكتسبة وهذا مايستفاد من صياغة المادة 17 من خلال إعطائه الاختصاص التشريعي إلى قانون الجهة التي يوجد بها المنقول عند تحقق السبب الذي أدى إلى حيازته أو تملكه أو ترتيب الحقوق العينية الأخرى .

3/ القانون الذي يحكم المال المعنوي :

يقصد بالمنقولات المعنوية تلك الحقوق المعنوية كحق المؤلف وبراءة الإخراع والعلامة التجارية ونظرا لأهمية هذا المنقول نظمه المشرع الجزائري بقاعدة إسناد خاصة واردة في نص المادة 17 مكرر من قانون 10/05 من القانون المدني .

والظاهر من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أخضع الأموال المعنوية إلى قانون محل وجودها وقت تحقق أسباب الحيازة والملكية وجميع الحقوق العينية وبالتالي يكون قد قاربها في الحكم إلى المنقول المادي فنص المادة 17 مكرر (يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها) غير أن مايميز المنقول المادي عن المنقول المعنوي من حيث الإسناد إلى محل وجودها وقت ترتيب الحقوق أو فقدها .أن المشرع في المنقول المعنوي فرق وفصل موقع كل منقول معنوي على حدى وأعطاه حكما خاصا به وفقا لما يلي :

1- الملكية الأدبية والفنية :

نصت المادة 17 مكرر على محل وجود هذا المنقول المعنوي بقولها (يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازها)

رغم أن بعض الفقهاء قد اعتبرها كالمنقولات المادية وبالتالي فهي تخضع لقانون موقعها فافترضوا أن موقعها المكان الذي نشرت فيه لأول مرة وهذا الحكم أخذت به اتفاقية برن لسنة 1886 والمعدلة سنة 1948 كما أن محل نشر المؤلف هو الذي يبين مدى الحق ومدته وكذا يبين لنا طبيعة الملكية .

. وجاء حكم المشرع الجزائري واضحا حين كيف الملكية الأدبية والفنية وألحقها بالمنقول المعنوي وحدد مكانها بمكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه . غير أن هذا الحكم قد يواجه إشكالات وبالتالي لا يمكن تحديد محل وجوده بدقة كنشر المؤلف في عدة بلدان في وقت واحد .

تكفلت إتفاقية برن السابقة بحل هذا الإشكال بحيث يعمل بقانون البلد الذي يمنح أقل مدة للحماية وهذا الحكم دعمته إتفاقية جنيف المنعقدة سنة 1952 بينما يرى جانب من الفقه إخضاعه إلى قانون البلد الذي م فيه النشر الأساسي

أما إذا لم ينشر المؤلف وبقي مخطوطا فالواضح من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري لم يشترط النشر فقط لتحديد محل وجود هذا المنقول المعنوي بل إعتد كذلك بحالة إنجاز المؤلف يعني أن يكون صاحب هذه الملكية الأدبية أو الفنية قد فرع من انجازه لهذا الحق وبالتالي يعتد بهذا المحل الذي تم فيه الإنجاز .

وفي هذا المجال في حالة عدم نشر المؤلف يرى البعض إخضاعه إلى القانون الشخصي للمؤلف وهذا ماأخذت به اتفاقية برن .

بقيت مسألة الإعتداء على حق المؤلف في بلد وتم رفع الدعوى في بلد آخر . هنا يرى البعض إختصاص قانون البلد الذي وقع فيه الإعتداء ويرى آخرون إختصاص قانون البلد الذي رفعت فيه الدعوى وهو قانون القاضي . ويرى آخرون تطبيق كلا القانونين

2/ براءة الاختراع:

يعد محل وجودها البلد الذي منحها وبالتالي يسري عليها قانونه وفقا لنص المادة 17 مكرر (ويعد محل وجود براءة الاختراع للبلد الذي منحها)

3/ الملكية الصناعية:

يعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعي وفقا لنص المادة 17 مكرر البلد الذي سجلا فيه أو أودعا فيه. وفي هذا المجال نجد بعض الفقهاء إخضاعها لقانون موقعها أي مكان تواجدها والبعض الآخر يقرر إخضاعها لقانون الدولة التي تمنح حمايتها .

4/ العلامة التجارية:

حدد المشرع الجزائري على مكان أو محل العلامة التجارية بمنشأة الإستغلال وذلك بقوله في المادة 17 مكرر (ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الإستغلال) وبالتالي الهيئة التي تستقل هذه العلامة على سلعتها تكون محلا لهذه العلامة التجارية وفي هذا المجال يرى البعض إخضاعها لقانون البلد الذي إستعملت فيه لأول مرة .

5/ الإسم التجاري:

يعد محل وجود البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للمحل التجاري وفقا للنص المادة 17 مكرر (ويعد محل وجود الإسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري)

الحالات التي تخرج من نطاق قانون موقع المال:

1- الميراث: اعتبره المشرع الجزائري من الأحوال الشخصية وفقا لنص المادة 16 وبالتالي فالأموال الموروثة تخضع لقانون الجنسية وليس لقانون موقعها رغم أن الميراث من طرف كسب الملكية.

2- الوصية: اعتبرها أيضا المشرع الجزائري من الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة 16 والتي تخضع لقانون الجنسية خاصة فيما يتعلق بشروطها الموضوعية غير أن مسألة شهر الوصية يخضع لقانون موقع المال الذي ترد عليه الوصية.

القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية (قانون الإرادة) :

مر قانون الإرادة بعدة مراحل حتى وصل إلى مبدأ عام مقرر بجميع التشريعات والمقصود بالالتزامات التعاقدية في مجال القانون الدولي الخاص هو تلك التصرفات الإرادية التي يجريها الأفراد فيما بينهم في مجال العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها قانون الإرادة.

و طبقا لذلك تخرج العقود الوطنية. وكذا الوصية من نطاق الإلتزامات التعاقدية في هذا المجال ويخرج أيضا العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية .

ولقد ساهم في تطور قانون الإرادة المدرسة الإيطالية وكذا بعض الفقهاء ومنهم سافيني والفيلسوف كانت والفقير ديملان

- كما أخذت به إتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1954 فيما يتعلق بتنازع القوانين في البيوع ورغم ذلك لم يسلم هذا المبدأ من النقد .

قانون الإرادة:

بينت المادة 18 من قانون 10/05 من القانون المدني القانون الذي يحكم الإلتزامات التعاقدية فتنص: (يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد)

- والملاحظ هنا أن المشرع قد حدد ضابط الإسناد أنطلاقاً من إرادة المتعاقدين الصريحة وبذلك يكون المشرع أغفل النص على الإرادة الضمنية التي يمكن أن تكتشف من الظروف الملايسات الي يمكن من خلالها كشف الإرادة الضمنية . كما فعلت بعض التشريعات ومنها التشريع المصري في المادة 19 من القانون المدني والتي تنص (....أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه) وهذا ماذهب إليه المشرع السوري والأردني والعراقي الخ

غير أن الشئ الإيجابي في نص المادة 18 من قانون 10/05 نجد أن المشرع لم يجعل الإرادة مطلقة بل وضع قيوداً على حرية المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بحيث يكون هذا القانون المختار له صلة بالمتعاقدين كأن يختار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه أو أن تكون لهذا القانون صلة بالعقد كأن يختار قانون محل تنفيذ العقد وهذا مأخذ به الفقيه

وهذا المبدأ لم يكن سائداً في النص القديم بحيث كان ينص على تطبيق قانون المحل الذي يبرم فيه العقد مالم يختار المتعاقدين قانوناً آخر . وبالتالي فالنص القديم قد جعل ضابطاً أصلياً وهو الإرادة وقد جعلها مطلقة وأساس يعمد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق . وضابطاً استثنائياً وهو المحل وبالتالي اقتصر على ضابطين فقط وهما قانون الإرادة والمحل إلا أن نص المادة 18 من قانون 10/05 قد وسعت من دائرة الضوابط التي تحكم الإلتزامات التعاقدية في الحالة التي لا توجد فيها الإرادة الصريحة أو الضمنية وهذا تماشياً مع التشريعات خاصة العربية التي أخذت بضوابط أخرى غير ضابط الإرادة . ولعل الحكمة في ذلك هي جعل القاضي يرجع إلى هذه الضوابط عند غياب الإرادة دون أن يعمد إلى اسخلاص هذه الإرادة بنفسه وبالتالي يلجأ إلى تركيز العقد . وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا مايؤدي إلى إعطاء مجالاً واسعاً للقاضي لإعمال السلطة التقديرية التي قد تضر بالمتعاقدين .

وهذه الضوابط رتبها المشرع الجزائري كما يلي :

قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة:

وسع المشرع الجزائري من دائرة القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية بحيث في حالة غياب الإرادة بين المتعاقدين فإنه يجب الأخذ بصفة تلقائية بقانون الموطن الفعلي المشترك للمتعاقدین إذا إتخذا موطنا . أو الأخذ بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین إذا كانت لهما جنسية واحدة وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون 10/05 (وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة)

قانون محل إبرام العقد :

بعدما كان ينص المشرع الجزائري على هذا الضابط في النص السابق قبل تعديله وجعله كضابط احتياطي يسند إليه القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية تلقائيا في حالة انعدام الإرادة . جاء النص الحالي ووضعه في المرتبة الرابعة بحيث يطبق قانون محل إبرام العقد بصفة تلقائية إذ لم توجد إرادة بين المتعاقدين أو لم يكن لهما موطنًا مشتركًا أو جنسية مشتركة . وهذا حسب ما نصت عليه المادة 18 من قانون 10/05 (وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد) غير أن هذا الضابط أو الأساس عرض للنقد خاصة في الحالة التي يكون هذا المحل بعيد الصلة بالعقد أو المتعاقدين كأن يكون هذا التعاقد في هذا المحل عرضا . وهذا ما جعل المشرع الجزائري لايوليه أهمية كبيرة بقدر أهمية الضوابط السابقة ولذا جعله في المرتبة الأخيرة . وعلى هذا الأساس يكون نص المادة 18 من قانون 10/05 قد جاء متكاملًا في أحكامه في الضوابط القانونية التي رتبها وفقا لأهميتها . وبالتالي يكون قد فادى العيوب التي كانت تشوب النص السابق خاصة فيما يتعلق بقانون الإرادة في حد ذاته التي جعلها مطلقة . وكذا اقتصره على ضابطين فقط . غير أن التساؤل المطروح هو حول ترتيب هذه الضوابط فهل يأخذ بها القاضي ويطبقها وفق ترتيب النص أم لا ؟

إن المتمعن لصياغة النص يجد أن المشرع قد أوردها وفق الترتيب السابق لذا لا بد من احرام هذا الترتيب وهذا ما تدعمه عبارة (وفي حالة عدم إمكان ذلك) أي في حالة عدم وجود الإرادة نطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم تحقق أحد هذين الضابطين ولم تكن إرادة يطبق قانون المحل لذا فالترتيب مهم حتى لا يجعل سلطة تقديرية للقاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق

قانون الإرادة في الدول والتشريعات الغربية :

بالنسبة للدول الغربية الوضع غير مستقر بالنسبة للضوابط المعمول بها فمثلا التشريع الألماني يعطي الأولوية إلى ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدین أمام الضوابط الأخرى . - ذهب التشريع السويسري إلى الأخذ بضابط محل تنفيذ العقد . - أما القضاء الفرنسي فكانت أحكامه غير مستقرة فذهب في بعض الحالات إلى الأخذ بالجنسية المشتركة تارة وبقانون محل إبرام العقد تارة أخرى وبقانون مكان تنفيذ العقد في بعض الحالات

وقد أخذت اتفاقية لاهاي لعام 1956 في بيع المنقولات المادية بضابط قانون موطن البائع في حالة سكوت المتعاقدين .

مدى قوة نصوص القانون المختار:

- ذهب رأي إلى أن إختيار قانون معين يجعل نصوصه تفقد صفتها القانونية ويرتب على ذلك أن إلغاءه أو تعديله لا يؤثر في بنود العقد . باعتبار أن هذا القانون أصبح من شروط العقد (قضية شركة الملاحة 1950/06/21) القضاء الفرنسي

- وذهب رأي آخر إلى أن النصوص القانونية للقانون المختار من طرف المتعاقدين لاتنصهر إنصهارا تاما ولاتفقد صفتها القانونية ويرتب على ذلك حتمية تعديلها في حالة تعديل القانون أو إلغاءه .

نطاق تطبيق قانون الإرادة:

- الجوانب القانونية التي يطبق فيها قانون الإرادة :

تتمثل في ثلاث جوانب أساسية للعقد سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث أسباب إنقضاء الإلتزامات المترتبة عليه

- فمن حيث تكوين العقد يبين قانون الإرادة مدى توفر الأركان والشروط سواء ماتعلق بركن الرضا أو المحل أوالسبب وكل مايرتب عن تخلف هذه الجوانب

- كما يبين هذا القانون كل الآثار المترتبة على العقد كبيان المسفدين من العقد وطرق تنفيذ العقد وبيان قواعد فسخه

- ومن حيث إنقضاء الإلتزام التعاقدى يبين طرق إنقضاء العقد كالتقادم المسقط

الحالات التي تستبعد من نطاق قانون الإرادة :

1- العقود الواردة على عقار: حيث نصت المادة 18 من قانون 10/05 في الفقرة الأخيرة (غير أنه

يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه) وهذا فيما يتعلق بالحقوق العينية كما سبق وأن ذكرنا

2- شكل العقد: بحيث يخضع شكل العقد إلى أحكام المادة 19 كما سوف نرى .

3- أهلية المتعاقدين: باعتبار أن الأهلية لصيقة بالشخص فهي تخضع لقانون الجنسية طبقا لما نصت عليه المادة 10 ق م ج

4- عقود العمل : باعتبار أن عقود العمل يغلب عليها الجانب التنظيمي مما يجعل جل قواعدها أمره وبالتالي لاتخضع لقانون الإرادة وهذا مأخذ به محكمة النقض المصرية في أبريل نة 1976 وكذا القانون الكويتي

5- عقود الأحوال الشخصية : خضع لقانون الجنسية وهذا حسب مآرئناه ابتداء من المادة 10 إلى

المادة 16 من القانون المدني .

المادة 19 قبل التعديل (تخضع العقود ما بين الأشياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجب أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين)
القانون الذي يحكم شكل العقد :

نظم المشرع الجزائري شكل العقود بقاعدة إسناد خاصة في نص المادة 19 من ق م ج قانون 10/05 التي تنص (تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية)

والملاحظ على هذا النص أن المشرع قد أخذ بالقاعدة التقليدية والشهيرة كأصل عام وهي قاعدة Locus التي تقضي بخضوع العقود من حيث الشكل لقانون المحل.

- وفي المقابل نجد المشرع قد أجاز خضوع العقد من حيث الشكل إلى قانون الموطن المشترك وهو المكان الفعلي الذي يتواجد به المتعاقدان. نظرا لما يوفره هذا الضابط من ضمان سلامة المعاملات وحرية المتعاقدين بأحكام القانون الذي يعيشان تحت ظله حتى ولو اعتبرا أجنبيين على هذا الموطن .
- كما أبقى المشرع على ضابط الجنسية المشتركة بحيث إذا إتخذا المتعاقدان في الإنتماء إلى وطن واحد جاز هما إخضاع عقدهما لقانون الجنسية المشتركة مادام يعرفان هذا القانون وصلتهما به قوية
- كما أضاف المشرع في النص المعدل بالقانون 10/05 ضابطا رابعا يخضع إليه شكل العقد وهو خضوعه للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية أي للقانون الذي يحكم موضوع العقد وهذا توحيدا للقانون الذي يحكم العقد شكلا وموضوعا.

وهذا ما يجعل المشرع الجزائري يتدارك النقص الحاصل في النص قبل التعديل الذي كان ينص على ضابطين فقط وهو خضوع شكل العقد لقانون المحل . ويجوز أن يخضع لقانون الوطني المشترك . وطبقا لذلك جعل بعض الباحثين يجعلون قاعدة **Locus** إلزامية وهذا في الحالة التي لا تكون فيها جنسية مشتركة بالنسبة للمتعاقدين وفق النص القديم.

وطبقا لنص المادة 19 من قانون 10/05 يكون المشرع قد ساير التشريعات التي أخذت بهذه الضوابط نظرا لأهميتها وصلتها بالعقد والمتعاقدين ولذلك يكون النص متكاملا ويفسح المجال للمتعاقدين لاختيار الشكل المطلوب الذي يفرغ فيه عقدهما . دون مراعاة الترتيب الوارد في النص .

قاعدة لوكيس Locus :

ظهرت هذه القاعدة منذ القرن 12 و 13 (منذ القرون الوسطى) على يد المدرسة الإيطالية القديمة بمناسبة بحثها في شكل وصية ثم تحريرها من طرف أحد سكان مدينة ' مديد ' وهو في مدينة 'فينيس'
بحيث كان قانون المدينة الأولى يستلزم لصحة الوصية حضور 7 شهود بينما يشترط قانون المدينة الثانية حضور 3 فقط . وقد اعبر القضاء أن الوصية صحيحة مادامت قد تم في مدينة فينيس بحضور 3

شهود . ثم توسعت المدرسة الإيطالية واعتبرت الوصية صالحة في كل مكان مادامت صحيحة في مكان تحريرها .

وأخذ فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة يطبقون هذه القاعدة على كل التصرف شكلا أو موضوعا . إلى أن جاء الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن 16 عشر وفصل بين الموضوع والشكل فأخضع الموضوع إلى قانون الإرادة وأبقى الشكل خاضعا إلى قانون المحل . ثم أخذت بهذه القاعدة معظم تشريعات العالم مع الإختلاف في مدى إلزاميتها .

وأخذ به القانون الجزائري في المادة 19 وجعل للمتصرف الخيار في إخضاع شكل التصرف إما لقانون الموطن المشترك أو لقانونهما الوطني أو للقانون الذي يحكم الأحكام الموضوعية للعقد .

مبررات قاعدة Locus:

من أهم مبررات هذه القاعدة:

مدى ملاءة للشكل المحل لسلامة المعاملات بين المتعاقدين نظرا لكون قواعد الشكل الخاضعة للمحل تكون سهلة ومعروفة لدى المتعاقدين . كما أن قواعد المحل واجبة الاحترام وهذا مايؤدي إلى الإستقرار في المعاملات وعدم التخوف في القوانين الأخرى التي قد لايعرفها المتعاقدان

حالات تطبيق قاعدة Locus والموانع الواردة على تطبيقها:

/ حالات تطبيق قاعدة Locus:

1- الأحوال الشخصية: إذ تعتبر مجالا واسعا لتطبيق هذه القاعدة خاصة في مجال الحالة المدنية التي يتمتع بها الشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته فكل من يثبت في المحررات والوثائق يخضع إلى قانون المحل وفقا لقاعدة Locus ونجد تطبيق ذلك في قانون الحالة المدنية الجزائري لسنة 1970 في المادة 96 التي تعتبر كل التصرفات التي تجري في بلد أجنبي صحيحة إذا حررت طبقا لقانون هذا البلد .

2- الزواج : يجيز أغلب التشريعات الأشكال المتبعة من طرف رعاياها في الدول الي يعقدون زواجهم بها وهذا ماأخذ به المشرع الجزائري مالم تخالف هذه الأشكال النظام العام أو الأداب العامة . وتجدر الملاحظة هنا أنه يمكن تطبيق قانون الجنسية أي الوطن على شكل الزواج إذا طلب الجزائري المقيم في الخارج ذلك أمام القنصليات طبقا لنص المادة 71 و 97 من قانون الحالة المدنية وهذا توسيعا لقاعدة لوكيس

3- الإلتزامات التعاقدية : إذ يخضع جانبها الموضوعي لقانون الإرادة وفقا لنص المادة 18 أما جانبها الشكلي فيخضع لقانون المحل أو الموطن المشترك أو قانون الوطن المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية .

4- **الإلتزامات التجارية** : تطبق القاعدة خاصة ما يترتب عن الورقة التجارية السفتجة بحيث يقول الرأي الراجح فقها إلى إخضاعها من حيث الشكل إلى قانون المحل الذي تم إنشاؤها فيه .
غير أن إتفاقية جنيف سنتي 1931-1932 اعتبرت الأوراق التجارية القابلة للتداول قد اشترطت فيها الدول المتعاقدة أن يطبق عليها شكل الورقة قانون الجنسية للمتعاقدين .

ب/ موانع تطبيق قاعدة Locus :

1- **قانون موقع العقار** : يكاد يجمع الفقه والقانون بأن الشكل المتعلق بالتصرفات الواردة على العقار تخضع إلى قانون محله وليس إلى قاعدة Locus.

وهذا ما يستخلص من مضمون الفقرة الأخيرة من المادة 18 ق م ج

2- **الغش نحو القانون** : ويتمثل في الحالة التي يلجأ إليها المتعاقدان من أجل التحايل على القانون الذي يحكم العلاقة القانونية فإن هذا الشكل الذي يتضمن التحايل يكون غير مقبول لأنه مشوب بالغش . وهذا ما يؤدي إلى منع تطبيق قاعدة لو كيس وفقا لنص المادة 24 (أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون)

3- **النظام العام** : مخالفة شكل التصرف للنظام العام يؤدي لامحالة إلى منع الشكل المقرر طبقا بقاعدة لو كيس باعتبار أن النظام العام هو عبارة عن جزء من سيادة الدولة مثال : الشكل الديني لعقد الزواج عند بعض الدول كالليونان التي تعتبره شرطا موضوعيا وبالتالي وجوب إبرام عقد الزواج أمام رجل الدين وإلا كان هذا الزواج باطلا . فهذا الشكل يعتبر باطلا في الجزائر

4- **الإحالة** : ويتمثل هذا المانع من تطبيق قاعدة Locus في الحالة التي تتخلى فيها قواعد الإسناد عن إختصاصها لصالح قوانين دول أخرى . ومنه إذا أحال القانون الوطني إلى قانون دولة أخرى.

فإن هذا التخلي يعد مانعا من تطبيق قاعدة Locus وبالتالي عدم تطبيق قانون محل إبرام التصرف بل القانون الذي مت الإحالة إليه في الحالة التي يكون فيها القانون الوطني أو قانون المحل يأخذ بالإحالة

شكل التصرف الذي تحكمه قاعدة Locus :

يقصد بشكل التصرف القانوني الإطار الذي تصب فيه الإرادة وإظهارها إلى العالم الخارجي ويترتب على هذا المفهوم أن هناك إشكالا لإثبات التصرف. وأشكالا مقررة لإنعقاد العقد وأشكالا مكملة للأهلية لذلك يجب التمييز بين مختلف هذه الأشكال وبيان أيهما يخضع لقاعدة Locus.

ا/ الشكل المطلوب لانعقاد العقد :

أي اعتبار الشكل كركن من أركان العقد لذا لا بد من وافر هذا الركن لإكتمال التصرف لكن ماهي الأسس التي تعتمد عليها لتحديد ما إذا كان هذا الشكل مطلوباً لصحة التصوّف القانوني أم أنه مجرد إظهار الإرادة للعالم الخارجي ؟

- يرى جانب من الفقه وبعض التشريعات أنه يجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم موضوع العقد لتحديد ما إذا كان هذا القانون يستلزم شكلاً معيناً فيجب توفره وإلا كان التصرف باطلاً أما الأوضاع الخارجية فتخضع لقانون المحل.

- ويعتقد آخرون أنه يجب الرجوع إلى قانون المحل الذي أبرم فيه الصرف لتحديد الشكل المطلوب فإذا كان هذا المحل يعتد بالشكل العرفي مثلاً للتصرف . كان هذا التصرف صحيحاً مادام مطابقاً لشكل المحل الذي أبرم فيه حتى ولو كان قانون الموضوع لا يعتد بالشكل العرفي بل يشترط الرسمية وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي إذ حكم بصحة هبة عقارية تمت فيها في شكل عرفي بين فرنسيين في كندا مع أن القانون الفرنسي يستلزم الرسمية

غير أن الفقه والقضاء هنا يستثنيان الشكل المطلوب لإبرام بعض التصرفات كالرهن الرسمي الذي يجب إجراؤه أمام الموثق فهذا الشكل لا يخضع لقاعدة **Locus** بينما ذهب التشريعات العربية ضرورة الرجوع إلى القانون الشخصي وبالتالي يعتبر الشكل المطلوب لانعقاد العقد من القواعد الموضوعية التي شرعت من أجل حماية رضاء العاقد ومن ثمة فهي مكتملة للأهلية الواجبة في عملية إنعقاد العقد وبالتالي فالمادة 883 ق م ج الإشكال لا يخضع لقاعدة لو كيس مثل الشكلية في الرهن الرسمي الذي يطبق عليه قانون الموضوع

ب/ الشكل المكمل للأهلية :

تعتبر قوانين الدول العربية أن بعض الأشكال المطلوبة لانعقاد العقد قاعدة موضوعية شرعت لحماية رضاء العقد فالشكلية حسب هذا الرأي مكتملة للأهلية وبالتالي فهي تخضع لقانون الجنسية وهذا ما أخذ به الفقه والقضاء في مصر . وأغلب الدول العربية كالجزائر ومن الأمثلة على ذلك الترشيد القانوني لناقص الأهلية حتى يزاول التجارة عن طريق الإذن الذي يعطي له من طرف المحكمة . طريق الإذن الذي يعطي له من طرف المحكمة .

- الإذن الذي يعطي للوصي حتى يقوم بالتصرف في أموال القاصر . وهذا هو الحكم المستخلص من حكم المادة 15 ق م ج .

ج/ الأشكال المتعلقة بالشهر :

إذ من المتفق عليه أن شهر التصرفات العقارية بطريق التسجيل أو القيد يخضع لقانون موقع العقار لضمان سلامة المعاملات وبالتالي فيعد هذا مانعاً من تطبيق قاعدة **Locus**.

وبالنسبة لشهر التصرفات الواقعة على منقولات يرى القضاء الفرنسي إخضاعها لقانون الموقع الفعلي للمنقول.

د/ الشكل المطلوب لإثبات التصرف :

يرى الفقه في فرنسا إخضاعه لقانون المحل مثل تحرير الورقة كتابة أو شهادة الشهود أو إثبات التاريخ أو التوقيع أو المصادقة عليه ...

وبالتالي فإن الشكل المادي الخارجي يخضع لقانون المحل .وهذه المسألة لم يختلف الفقه في شأنها .

و/ الأشكال المتعلقة بالمرافعات :

تتمثل في إجراءات التقاضي وسير الدعوى والمعمول به فقها وقضاء عند أغلب التشريعات أن كل المسائل المتعلقة بالمرافعات أمام المحكمة المختصة تخضع لقانون القاضي .

وهذا الحكم قد أخذ به المشرع الجزائري في التعديل الأخير بحيث أسند كل القواعد المتعلقة بالإختصاص والإجراءات لقانون الدولة التي ترفع فيها الدولة وهذا مانصت عليه المادة 21 مكرر بقولها (يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات)

القانون الذي يحكم الإلتزامات غير التعاقدية :

نظم المشرع الإلتزامات غير التعاقدية بقاعدة إسناد خاصة في نص المادة 20 التي تنص (يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلزام) ويقصد بالالتزامات غير التعاقدية كل الإلتزامات المتولدة عن الأفعال الضارة المرتبة للمسؤولية التقصيرية أو الناتجة عن الأفعال النافعة كالإثراء بلا سبب والأعمال الفضولية .

ويتعدى مضمون هذه القاعدة إلى الإلتزامات الناجمة عن الجرح وأشباه العقود وتجدر الملاحظة أن المشرع أسند الإلتزامات غير التعاقدية إلى قانون محل وقوعها. غير أنه لم يفرق بين الأفعال الضارة وبين الأفعال النافعة إذ تدخل جميعا في مضمون القاعدة وبالتالي يحكمها قانون واحد وهو قانون التي هي المحل وهذا التطبيق ليس المقصود منه قاعدة **Locus** بشكل التصرفات .إنما هو تطبيق لقاعدة أخرى **Loxloci delicti**.

موقف المشرع الجزائري من الفعل الضار:

جعل المشرع الجزائري مسألة تكييف الفعل الضار وجعله غير مشروع ليس القانون المحل وحده بل لابد من اشتراك القانون الجزائري. بحيث أوجب أن يكون الفعل غير مشروع طبقا لقانون البلد الذي وقع فيه وغير مشروع طبقا للقانون الجزائري لكي تأخذ بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في الفقرة الأولى. وبالتالي فإن قانون المحل لا يطبق في الحالات التي يكون فيها الفعل مشروعاً في الجزائر وغير مشروع طبقاً للقانون الذي وقع تحت ظله .

فتتص الفقرة الثانية من المادة 20 بقولها (غير فيما أنه يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لاتسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه) ولعل هذا الموقف تشترك فيه أغلب التشريعات العربية .

والحكمة في ذلك أن المشرع لم ينشأ أن يسأل الأشخاص عن الأفعال التي يقومون بها وتكون مشروعة طبقاً للقانون الجزائري حتى وإن كانت غير مشروعة طبقاً لقانون البلد الذي وقعت فيه وعليه يطبق قانون المحل في الحالة التي يكون فيها الفعل غير مشروع في القانونين معا .
- وإذا كان الفعل مشروعاً طبقاً لقانون البلد الذي وقع فيه وغير مشروع طبقاً للقانون الجزائري ويطبق أيضاً قانون المحل.

. وفي كل هذا حاول المشرع تغليب مصلحة الشخص مرتكب الفعل وإخضاعه لقانونه إذ كان الفعل الذي أتاه بلد أجنبي غير مشروع وفي الجزائر يعد مشروعاً وفي هذه الحالة لاتخضع الالتزامات غير التعاقدية للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من نص المادة 20 ق م ج .

مبررات قانون محل وقوع الفعل :

ليست العبة بتحديد قانون المحل بأشخاص أطراف العلاقة القانونية وليست العبرة أيضاً بموضوع العلاقة الذي يتمثل في الإلتزام بالتعويض عما يحدثه الفعل الضار .
ولكن العبرة بمصدر الواقعة وهو الفعل الضار وذلك عملاً بمشروعية الفعل من عدمه وقد اعتمد الفقه في برير قاعدة خضوع الفعل إلى قانون المحل الذي وقع فيه مجموعة من المبررات أهمها :

- الصلة التي ربط بين قانون المحل وحياتة مجتمع الدولة:

يعتبر قانون المحل الأكثر قدرة من القوانين الأخرى من حيث تحديد الأثر بالنسبة للأفراد مادام هذا القانون معروف لديهم مما يجعله هو الأقرب إلى حكم سلوكهم داخل هذا المجتمع الذي يضم كل من أطراف العلاقة والقانون وكذا الفعل .

- خضوع الفعل إلى مبدأ الإقليمية :

يعود تطبيق قانون المحل على الفعل الضار إلى النتيجة المنطقية لتطبيق مبدأ إقليمية القوانين الذي يقضي بأن كل الأفعال التي تقع فوق إقليم الدولة تخضع إلى قانون تلك الدولة

- **خضوع الفعل إلى نظرية الركن المكاني :**

يرى BATIFFOL أن تبرير تطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل الضار يعود إلى تطبيق نظرية التركيز المكاني المعمول بها في حل تنازع القوانين . ويعني ذلك أن تركيز العلاقة الناجمة عن الفعل الضار يجب أن يكون بالرجوع إلى السبب المنشئ للإلتزام . أي تحديد المكان الذي تم فيه ارتكاب الفعل وهو الذي قامت عليه العلاقة القانونية .

مبدأ الشرعية :

إن قانون المحل هو المختص بتحديد مدى مشروعية الفعل الذي يقع تحت سلطانه . وتبرير ذلك أن الجرائم المدنية تخضع لقانون محل وقوعها لتعلقها بمسألة الأمن المدني . وعلى هذا الأساس تخضع الإلتزامات غير التعاقدية لمحل وقوعها من حيث التكيف ولا تخضع إلى القاعدة العامة في التكيف التي تقضي بخضوعه إلى قانون القاضي .

نشأة قاعدة محل وقوع الفعل :

يعود ظهور هذه القاعدة إلى العصور الوسطى حيث عرفت في فقه الأحوال الإيطالية القديمة حيث كانت الإلتزامات غير التعاقدية الناتجة عن الجرائم تخضع إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه الفعل وكان يقصد بالجريمة الجنائية لأنه لم يكن يفرق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية آنذاك .

- وقد أكد الفقيه دارجنترية في القرن 16 قاعدة خضوع الفعل الضار إلى قانون محل وقوعه وذلك طبقاً لمبدأ إقليمية القوانين وقد سار هذا المنوال في الفقه الهولندي .

- ثم تأكدت هذه النظرية على يد الفقيه الإيطالي مانثيني وذلك كإستثناء من نظريته التي كان ينادي بها وهي شخصية القوانين بحيث جعل الفعل الضار لا يخضع لقانون الشخص الذي ارتكبه بل يخضع إلى قانون المحل .

وهذا الحكم أخذ به الفقيه BATIFFOL في القرن 19 غير أنه أرجع القاعدة إلى نظرية التركيز المكاني .

أما الفقيه الألماني سافيني أخضع الإلتزامات غير التعاقدية لقانون القاضي وبالتالي خرج عن القاعدة العامة .

أساس تحديد قانون المحل الذي وقع فيه الفعل :

1/ وقوع جميع عناصر الواقعة في دولة واحدة :

لا توجد صعوبة في الحالات التي تقع جميع عناصر الفعل في دولة واحدة سواء كان ذلك بالنسبة إلى الفعل الضار أو النافع . وذلك بالرجوع إلى إعمال قاعدة الإسناد الواردة في المادة 20 التي تعطي

الإختصاص لقانون هذه الدولة باعتباره قانون المحل الذي وقع فيه الفعل فتنص (...قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام)

2/ توزيع عناصر الفعل على عدة دول :

قد تتوزع عناصر الواقعة بين عدة دول كأن يقع الخطاء في دولة بينما يتحقق الضرر في دولة أخرى
مثال: إقدام شخص على وضع قنبلة في طائرة وتنفجر في دولة أخرى.أو أن يقوم شخص بإرسال رسالة إلى شخص آخر مقيم في دولة أخرى تتضمن هذه الرسالة قذفا وشتما.وهذه الجرائم يعبر عنها بالجرائم المستمرة .

غير أن القضاء اختلف في تحديد القانون الواجب التطبيق بين قانون نشوء الفعل وقانون تحقق الضرر إلى مايلي :

- 1- ذهب البعض إلى تطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الخطأ على أساس أن المسؤولية التقصيرية تهدف في قواعدها إلى حماية المجتمع من كل الأعمال غير المشروعة .باعتبار أن قواعد المسؤولية التقصيرية تعتبر من الأمن المدني بالنسبة إلى الدولة التي وقع فيها الخطأ.
 - ب- ذهب فريق آخر إلى الإعتداد بعنصر الضرر في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى أهميته التي أصبح يتمتع بها بالنسبة إلى قيام المسؤولية التقصيرية التي أصبحت تقوم على جبر الضرر ولاتعطي أهمية إلى عنصر الخطأ .
- كما أن الضرر يعتبر ماديا وبالتالي يسهل تركيزه في محل معين وهذا الرأي سائدا عند أغلب الفقهاء .

3- حالة توزيع الضرر على عدة دول :

في الحالة التي يتوزع فيها الضرر بين عدة دول فإن الاختصاص يوزع بين هذه الدول وفقا لرأي بعض الفقهاء بحيث ينص قانون كل دولة بالجزء الذي وقع فوق إقليمه
في حين ذهب البعض الآخر إلى إعطاء الإختيار إلى الشخص المضرور بأن يختار قانونا واحدا من ضمن تلك القوانين يحقق له مصالحه.

بينما يذهب آخرون إل أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي وقعت فيها الواقعة التي أدت إلى حدوث الضرر . ويذهب البعض إلى الأخذ بقانون البلد الذي وقعت فيه الواقعة الرئيسية التي أدت إلى حدوث الضرر .

. ويطبق قانون المحل بالنسبة للأفعال النافعة باعتباره النتيجة الإيجابية للفعل بحيث يبرز إلى العالم الخارجي أكثر من الفعل الغير النافع.

4/ تطبيق القانون الملائم:

تعتبر هذه النظرية حديثة إذ نشأت في أمريكا على يد الفقيه **Morris** :
وتهدف هذه النظرية إلى البحث عن القانون الملائم الذي تتحقق الفائدة بتطبيقه بحيث تذهب إلى
بحث كل حالة على حدى . وتطبق في كل حادث القانون الذي يلائمه دون التقيد بمبدأ معين
وهي أقرب من نظرية التركيز التي وضعت في نطاق العقود . وقد انتهج الفقيه **Morris**
في تحديد القانون الملائم هو الذي تتركز في نطاقه أكثر النقاط عدداً كأن يقع حادث مرور في
ألماني من طرف فرنسي يقود سيارة مسجلة بفرنسا ويصيب به فرنسياً كان برفقته . فإذا طبقنا المبدأ
العام فالقانون الواجب التطبيق هو الألماني باعتباره قانون المحل . وإذا أخذنا نظرية القانون الملائم
يطبق القانون الفرنسي لأنه هو الأصلح ويقضي بالتعويض خاصة المعنوي هذا الأخير لا يعترف به
القانون الألماني .

كما انتهج **Morris** النهج الكيفي وذلك بتحديد النقاط ذات القيمة الأكثر والتي تدور حولها
محاور النزاع .

وأشهر قضية أثرت بصددها نظرية القانون الملائم هي قضية **Babcock et Jackson**

نطاق تطبيق قانون المحل على الالتزامات غير التعاقدية :

/ بالنسبة للفعل الضار :

يطبق قانون المحل مع مراعاة الإستثناء الوارد في المادة 20 وعليه يبين قانون المحل ركن الخطأ
ومتى تقوم المسؤولية ونوعها . كما يحدد أهلية مرتكب الخطأ .
كما يبين الضرر الذي يلحقه التعويض سواء كان أدبياً أو مادياً . كما يبين الأسباب التي تؤدي إلى
حدوث الضرر سواء منها المباشرة أو غير المباشرة . أو الأسباب التي تؤدي إلى دفع المسؤولية
مثال: أن يقع فعل ضار في الجزائر وعرض النزاع على القاضي الفرنسي فيطبق القاضي القاعدة
العامّة " تطبيق قانون المحل " لذلك يجب عليه تحديد .

- التعويض عن الضرر الذي كان نتيجة للخطأ طبقاً للمادة 124 من قانون 10/05

- تحديد ما إذا كانت المسؤولية ناتجة عن الاستعمال التعسفي للحق المادة 124 مكرر من قانون
10/05 .

آثار تطبيق قانون المحل على الفعل الضار :

يشمل نطاق تطبيق قانون المحل الآثار القانونية المتولدة عن الفعل المرتكب والذي ترتبت عنه
المسؤولية .

- ومن أهم الجزاءات المترتبة عن المسؤولية التعويض لذا يرجع إلى قانون المحل لمعرفة المسائل
المتعلقة بالتعويض ومتى يكون ذلك وكيفية تقديره وطبقاً للمثال السابق يرجع القاضي إلى المواد
126 - 131 من قانون 10/05 والتي بدورها تحيل إلى المواد 182 - 182 مكرر من ق م .

- كما يبين قانون المحل حالة تعدد المسؤولين وبالتالي يبين لنا مسؤولية كل واحد منهم وبالرجوع إلى المثال السابق يتم إعفاء المتسبب في الضرر سواء أحدث هذا الضرر بفعل منه أو امتناع أو بإهمال أو عدم حيطة في الحالة التي يكون فيها الشخص غير مميز وهذا ماتتص عليه المادة 125 من قانون 10/05 .

ب/ بالنسبة للفعل الضار:

تطبق القاعدة السابقة على الفعل النافع وعليه يرجع إلى قانون المحل لتحديد الالتزامات غير التعاقدية كتحديد المسائل المتعلقة بالإثراء بلا سبب.

فلو عرض على القاضي الفرنسي مسألة الإثراء بلا سبب أو الدفع غير المستحق أو الفضالة التي وقت حدوثها في الجزائر . فطبقا للقاعدة السابقة يرجع القاضي إلى أحكام الإثراء بلا سبب طبقا للمادة 141 و 142 مثلا .

ويرجع أيضا إلى المواد 143- 144 وما بعدها لتحديد أحكام الدفع غير المستحق وبيان أحكام الفضالة يرجع إلى المواد 150 و 151 وما بعدها .

القانون الذي يحكم قواعد المرافعات ومسائل الإختصاص :

كل المسائل المتعلقة بالإجراءات المدنية وكذا سير الدعوى وكل القواعد التي تحكم الاختصاص كانت محل خلاف بين الفقهاء في القانون الواجب التطبيق عليها ؟ فهل تخصها للأصل العام الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية ؟

ولنا أن نشير هنا أن القوانين العربية أخضعتها لقانون القاضي . ونفس الحكم أخذ به القانون الجزائري حيث أخضع قواعد الإختصاص ومسائل الإجراءات إلى قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات والحكمة في اخضاع قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات لقانون القاضي يقتضيها التنظيم العام لمرفق العدالة والقضاء في الدولة فتطبق إذا على سبيل الإلزام .

موانع تطبيق قانون المحل:

يستبعد تطبيق قانون المحل الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية إذا خالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر . وهذا مانصت عليه المادة 24 من قانون 10/05 .

ويحل محل القانون المخالف للنظام العام القانون الجزائري.

فتتص : (لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر . أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون .

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة)

ونفس الحكم ينطبق على مسألة الغش نحو القانون .

موانع تطبيق القانون الأجنبي:

1/ عدم تطبيق القانون الأجنبي للمصلحة الوطنية أو لمصلحة الفصل في النزاع

ويمكن تلخيص بعض المسائل التي تمت دراستها في المواضيع السابقة الخاصة بتنازع القوانين وهذه الحالات إما أن تكون وفق نصوص خاصة أو واردة على أساس المصلحة سواء الوطنية منها أو تلك المتعلقة بالنزاع في حد ذاتها . فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي

1- بالنسبة لتصرف الأجنبي ناقص الأهلية المتعلق بالمال لسبب في خفاء المادة 2/10 ق م

2- يستبعد كذلك تطبيق القانون الأجنبي بواسطة التكيف مثل إستبعاد تطبيق القانون الهولندي في وصية الهولندي . وكذا في حالته .

3- إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان غير معروف لدى القاضي (حق الزوج المحتاج) .

4- بالنسبة للإستثناء الوارد في المادة 13 ق م ج لا يطبق القانون الأجنبي .

5- بالنسبة للشخص الذي له أكثر من جنسية ومن بينها الجنسية الجزائرية فيطبق عليها القانون

الجزائري دون الأجنبي المادة 22 ق م من قانون 10/05 .

6- كذلك يطبق قانون القاضي الجزائري في الحالة التي يتعذر فيها إثبات القانون الأجنبي الواجب

التطبيق مثل: عدم إختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما واستحالة تركيزه في مكان معين . حسب

نص المادة 23 مكرر قانون 10/05 .

7- يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الفعل غير مشروع طبقا للقانون الأجنبي مشروعا في

الجزائر وطبقا للمادة 2/20 ق م ج .

8- لا يطبق القانون الأجنبي أيضا في حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 2/15 وذلك

فيما يخص التدابير المستعجلة الخاصة بالقصر وعديمي الأهلية والغائبين الموجدين في الجزائر

وقت اتخاذ هذه التدابير

2/ استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام :

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي وكان هذا الآخر يتعارض مع النظام العام يمكن

استبعاده. لكن قبل التطرق لأهم الأحكام الخاصة بالنظام العام ما المقصود بالنظام العام ؟

. النظام العام هو مجموعة من الأسس السياسية والإقتصادية والإجتماعية والمعتقدات الدينية

والحضارية التي تسود في مجتمع معين في وقت معين ويتضح من هذا المفهوم للنظام العام أنه

مسألة نسبية يختلف مفهومه من مجتمع لآخر لذا يترك مسألة تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل

دولة . وقد عرضت محكمة النقض الفرنسية النظام العام الوطني بأنه يتوقف إلى حد كبير من الرأي

السائد في كل عصر

شروط التمسك بالدفع بالنظام العام :

1- أن يتم تعيين القانون الأجنبي من طرف قاعدة الإسناد الوطنية وبالتالي لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذ أستبعد تطبيق القانون الأجنبي لسبب آخر 'غير النظام العام' مثل أن يكون قانون القاضي إقليمي. أو يكون القانون المختار من طرف المتعاقدين دون أن تكون له أي صلة بهما أو بالعقد (الإحالة)

2- أن يتعارض القانون الأجنبي مع مقتضى من مقتضيات النظام العام السالفة الذكر والمحددة من طرف القاضي .

3- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى أي ينظر إليها وقت رفع الدعوى حتى ولو كان الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام ثم بعد ذلك تم التمسك بالدفع به فينظر إلى وقت رفع الدعوى . وهذا عكس قاعدة الإسناد إذ الحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو نشوء الحق حتى ولو تغيرت قاعدة الإسناد مثل : الطلاق في فرنسا قبل 1884 والتبني قبل سنة 1929 وإثبات النسب قبل 1912 .

آثار التمسك بالدفع بالنظام العام :

يترتب على التمسك بالدفع بالنظام العام إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويعوض في ذلك قانون القاضي .

ويمكن أن يكون تدخل القاضي وفصله في مسألة النظام العام بطريقة سلبية أو إيجابية .

ا/ إذ يتم بطريقة سلبية في الحالة التي يقتصر فيها دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي لأنه يتلاءم مع قوانينه الداخلية ويرفض الطلب بتطبيق هذا القانون ويقف القاضي موقفا سلبيا .(يتقدم فرنسي بطلب الطلاق في اسبانيا)

ب/ يقف القاضي موقفا إيجابيا أي في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام يقدم القاضي حلا لحكم القضية وليكن قانونه مثال: أن يتقدم يونانيين مقيمان في فرنسا بطلب عقد قرانهما في الشكل الديني طبقا لقانون جنسيتها . فيستبعد تطبيق هذا القانون لمخالفته النظام العام في فرنسا . ويعقد زواجهما طبقا للشكل المدني وفقا للقانون الفرنسي وقد طرحت بهذا الصدد قضية على القضاء الفرنسي تتمثل في أن أمريكي يدعى Nilson Moris قد تزوج من فرنسية

تدعى Jeanne Aubert التي احتفظت بجنسيتها عند الزواج وكانت ممثلة غير أن زوجها اشترط أن لا تعود لمهنة التمثيل ولكنها عادت فرفع الأمر للقضاء فاستبعد القاضي الفرنسي تطبيق القانون الأمريكي رغم أن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق القانون الأمريكي الذي يجيز للزوجة التمثيل دون إذن زوجها وقالت المحكمة في حكمها الصادر في 08 أبريل 1930 " أنه إذا كان قانون أجنبي يمنح الزوجة أهلية غير محدودة تسمح لها بممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة

زوجها فإن هذا القانون يكون مخالفا للنظام العام في فرنسا من هذه الناحية ويمكن استبعاده وهكذا

كسب الزوج الدعوى

موقف المشرع الجزائري :

لقد اعتنقت أغلب التشريعات لوضعية الدفع بالنظام العام فنص على ذلك القانون الفرنسي والبلجيكي والقانون الألماني وكذا أخذ به القضاء الإنجليزي . كما نص على هذا المبدأ القانون الجزائري وكل القوانين العربية وجاء ذلك في نص المادة 24 من القانون المدني بقولها (لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر...) والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يترك المسألة التي أشارت إليها قاعدة الإسناد الجزائرية وأرشدت إلى تطبيق القانون الأجنبي وتبين للقاضي الجزائري مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام .لم يتركها بدون حل بل كانت تدخله إيجابيا .أي بعد رفض القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أعطتنا الحل وهو تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة .وهذا مانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 24 المعدلة بالقانون 10/05 بقولها (يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة) وبالتالي تكون المادة 24 أمرة وليست ناهية فحسب.

وتأخذ بعض القوانين وكذا القضاء بتطبيق مايعرف بالأثر المخفف والأثر الانعكاسي للنظام العام

3/ إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون :

يقصد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط الإسناد بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق.وقد يقع هذا التحايل بتغيير الجنسية حتى يتهرب من تطبيق قانون الأحوال الشخصية كما قد يتم التهرب بتغيير مكان المنقول بنقله إلى إقليم آخر . أو يقوم المتعاقدين باختيار قانون يطبقانه على عقدهما غير القانون الواجب التطبيق تهربا من بعض الالتزامات كالضرائب.

مصدر نظرية الغش نحو القانون :

عرف الغش نحو القانون في القانون الفرنسي غير أنه لم يتبلور في قالب نظرية منظمة إلا بعد منتصف القرن 19 وذلك بمناسبة القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي وهي

قضية السيدة بوفرمون Beau ffe rmont :

وتتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الجنسية تزوجت من ضابط فرنسي فاكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج ثم بعد ذلك حصل بينهما انفصال جسماني فأرادت الطلاق غير أن القانون الفرنسي لم يكن يبيح الطلاق يومئذ فذهبت إلى ألمانيا وتجنست بجنسية إحدى مقاطعاتها فحصلت على حكم بالطلاق

طبقا لقانون جنسيتها الجديدة ثم ذهبت إلى برلين وتزوجت بأحد الأمراء الرومانيين فرجع الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب فيها بإعتبار التطليق باطلا وبالتالي بطلان زواجها. فحكم له القضاء الفرنسي مبررا ذلك بأن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي وبعدها عرفت هذه النظرية إنتشارا في أغلب تشريعات العالم .

موقف المشرع الجزائري :

إن المتتبع لأحكام القانون الدولي الخاص الجزائري يجد أن المشرع قد تدارك النقص الحاصل في هذه المسألة ورتبها وفقا لقاعدة الإسناد الخاصة بمخالفة النظام العام والآداب العامة وبالتالي يكون قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يثبت له الغش نحو القانون وذلك في نص المادة 24 بقولها (.... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون)

ولا شك أن هذا النص جاء مسائرا للتطورات الحاصلة على مستوى التشريع ومحاولة سد الفراغ الحاصل في النصوص وبالتالي قطع الطريق أمام الأشخاص الذين يلجؤون إلى تغيير ضوابط الإسناد تهربا من تطبيق القانون الواجب التطبيق .

وكان هدف المشرع حماية مصلحة أطراف العلاقة القانونية من جهة وحماية القانون في حد ذاته وجعل أحكامه واجبة التطبيق

. غير أن المشرع الجزائري قد أغفل عن مسألة القانون الواجب التطبيق إذ أثبت أن هناك غشا نحو القانون وكان عليه أن يلحق أحكام الغش نحو القانون بأحكام مخالفة للنظام العام . وبالتالي تطبيق القانون الجزائري في هذه الحالات .

الفقرة الأخيرة من المادة 24 (ولما سكت المشرع الجزائري عن ذلك يمكن أن نستنتج أن القانون الواجب التطبيق في حالة ثبوت الغش هو القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد قبل تغييرها من الأفراد)

أساس الغش نحو القانون :

أرجع بعض الفقهاء الغش نحو القانون إلى نظرية الصورية المعروفة في القانون المدني التي تقترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي يستتر عقدا حقيقيا وبالتالي فإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة. غير أن هذا الأساس الحقيقي للغش نحو القانون لأن العاش يقوم بتصرف ظاهر حقيقي غرضه غير مشروع ولا يخفي بذلك إرادته

. وأرجعه البعض الآخر إلى نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبار أن المتعسف في استعمال حقه كالعاش نحو القانون لأن كلاهما يتبع له القانون رخصة فيسئ إستعمالها . غير أن الغش نحو القانون أخطر من التعسف في استعمال الحق باعتبار أن الغش يمس مصلحة عامة والتعسف يصيب مصلحة شخصية .

ولقد أرجع بعض الفقهاء الغش نحو القانون إلى المسؤولية التقصيرية وأقرب أساس للصواب والمنطق هو التعسف في استعمال الحق .

شروط الدفع بالغش نحو القانون :

- لابد من توافر شرطين:

- ا/ ان يغير الغش ضابط الإسناد كأن يغير الشخص الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول . أو كأن يختار المتعاقدان قانونا غير القانون الواجب التطبيق (الركن المادي) .
- ب/ ان يكون تغيير ضابط الإسناد بسوء نية قصد التهرب من القانون الواجب التطبيق غير أن هذا الشرط كان محل نقد باعتبار أن البحث في نفس الإنسان يتيح المجال للقضاة للإستبداد والخطاء في الحكم... (الركن المعنوي) .

الجزاء المترتب على الغش نحو القانون :

يرى بعض الفقهاء أنه يجب حرمان التصرف المشيب بعيب الغش من أي أثر قانوني واعتباره باطلا سواء في الوسيلة أو في الغاية كأن يقع التجنس غشا نحو القانون للوصول إلى التطبيق فإن هذا التجنس يكون باطلا ويترتب على بطلانه بطلان التطبيق . ولعل حجة ذلك أن الآثار المترتبة على التصرف تكون عديمة الأهمية إذا لم يتحقق الأثر الذي إرتكب الغش من أجله لذلك لاتفرض على هذا الشخص آثارا لم يبحث عنها . وبالرجوع إلى قضية مدام دي بوفرمون نجد أن عدم إحداث الطلاق لأثره في فرنسا أدى إلى فشلها في الغاية من تجنسها وبالتالي لايهمها ما يترتب على هذه الجنسية من آثار قانونية .

. ويرى جانب آخر من الفقه أن يقتصر الجزاء على عدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد ذو الشأن الغش من أجله وهذا مأخذت به محكمة النقض الفرنسية ويكتشف ذلك من حكمها في قضية مدام دي بوفرمون إذ اعتبرت تطليقها عديم الأثر بفرنسا ولم تحكم ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية . وفي علاج مسألة الجزاء المترتب على الغش نحو القانون رأى الفقيه باتيفول التمييز بين حالتين :
ا/ أن يقع الغش نحو القانون في تصرف قانوني كالتجنس وفي هذه الحالة يمكن أن تندمج الغاية بالوسيلة وبالتالي وجوب عدم الإعتراف بأي أثر لا للغاية ولا للوسيلة .

ب/ أن يقع الغش نحو القانون في عمل مادي كتنقل منقول إلى بلد تهربا من القانون الواجب التطبيق وفي هذه الحالة يقتصر الجزاء على اعتبار الغاية غير المشروعة عديمة الأثر في دولة القاضي دون أن يمتد ذلك الجزاء إلى غير ذلك من الآثار فلو تلف هذا المنقول في البلد الذي إنتقل إليه لطبق عليه قانون هذا البلد .

علاقة الغش نحو القانون بالنظام العام :

رأى بعض الفقهاء أن الغش نحو القانون ماهو إلا صورة من صور الدفع بالنظام العام باعتبار أن كلا المفهومين يهدفان إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي .

إلا أن هناك من الفقهاء من اعتبر طبيعتها مختلفة إذ في الدفع بالنظام العام يرد تجنب مضمون القانون الأجنبي لتعارضه مع وجهة نظر قانون القاضي كما أنه ليس للأطراف أي باعث غير مشروع في اختيار هذا القانون بينما الدفع بالغش نحو القانون يقوم على إعتبار وجود إحتيال وبالتالي يستبعد تطبيق هذا القانون ليس لمخالفته لنظرة قانون القاضي وإنما يستبعد لفكرة الباعث غير المشروع من طرف الأطراف .

كيفية تطبيق القانون الأجنبي:

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فكيف يتسنى للقاضي المعروض عليه النزاع تطبيق هذا القانون؟ وماهي الأسس التي يعتمد عليها سواء من حيث تحديد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي أو من حيث تحديد دور القاضي في البحث عن مضمون قواعد هذا القانون؟

الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق :

يمكن تلخيص أهم الإتجاهات الفقهية التي قامت بدراسة مسألة الطبيعة القانونية التي تعطى للقانون الأجنبي المختص أو الأساس القانوني الذي يمكن الإعتماد عليه من طرف القاضي اتجاه تطبيق القانون الأجنبي فوق إقليم دولته وفق النظريات التالية :

1/ نظرية الحقوق المكتسبة :

سادت هذه النظرية في البلاد الأنجلوساكسونية التي ترى أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في بلده إحتراماً منه للحق المكتسب الذي رتبته هذا القانون لصاحب الحق . وبالتالي يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي ماهو إلا اعتراف بالحق المكتسب الذي نشأ تحت سلطان هذا القانون الأجنبي . ويعاب على هذه النظرية أن قواعد التنازع هي التي تحدد لنا القانون الواجب التطبيق وبالتالي فإنه في الحالة التي لاتشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي لانقول لصاحب الحق أن له حقاً مكتسباً .

2/ نظرية تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة :

والمقصود من هذه النظرية أن القاضي الوطني عندما ترشده قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فيقوم بتطبيقه ليس باعتباره قانوناً وإنما باعتباره قانوناً وإنما باعتباره واقعة من بين الوقائع التي تثار بصدد النزاع المطروح.

وقد نادى بهذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي غير أن الفقهاء نتيجة لهذا الطرح قالو بأن القانون الأجنبي لايمكن للقاضي تطبيقه من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به الخصوم وبالتالي يفقد جانب

الإلزام فيه وهذا هو الرأي السائد في الدول الأنجلوأمريكية . غير أن التطبيقات القضائية تبين أحكاما مختلفة .

كما أن الخصوم أن يقوموا بتقديم أدلة إثبات هذا القانون وتطبيقا لذلك إذا أخطاء القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يخضع إلى رقابة المحكمة العليا . لأنها محكمة قانون .
ويعاب على هذه النظرية التناقض الذي وقعت فيه حين إعتبرت أن القاعدة القانونية تفقد عنصر الإلزام بداية في حين أن قاعدة الإسناد الوطنية يقيد لها عنصر الإلزام .
3/ نظرية الإستقبال أو الإندماج :

تنطلق هذه النظرية من أن تطبيق القانون الأجنبي يكون باعتباره قانونا وليس واقعة ويعود أصل نظرية الإستقبال إلى الفقه الإيطالي التي تعني في مضمونها أن الإستقبال والإستيعاب يجعل القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي على أساس أنه أصبح مندمجا في قانونه الوطني . فيصبح تطبيقه يشبه تطبيق لقاعدة من قواعد التنازع في قانونه الوطني
غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول صورة الإندماج :

- فذهب التقليديون إلى أن الإستقبال أو استعاب القانون الأجنبي يكون ماديا موضوعيا شأنه شأن القانون الداخلي وبالتالي يصبح هذا القانون الأجنبي مندمجا بمضمونه في قانون القاضي وعند تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي فهو يطبقه كقانون وطني وليس كقانون أجنبي
- وذهب المحدثون إلى أن الإندماج لا يمس المضمون بل يمس الشكل وبالتالي فإن القانون الأجنبي يبقى متحفظا بكيانه القانوني وصفته الأجنبية وشبهوا القانون بالعرف .
وتطبيقا لهذه النظرية يفترض علم القاضي بالقانون الأجنبي ويمكنه أيضا التفسير وهذا أهم إنتقاد وجه لهذه النظرية (صعوبة على القاضي . وكذا التفسير) .

4/ نظرية التفويض :

أي يطبق على أساس أنه تعويض من المشرع الأجنبي بحيث تكون قد قبلت قاعدة الإسناد بتطبيقه في قانون القاضي . وتزعم هذا الرأي طائفة من الفقهاء في فرنسا والألمان .
غير أن هذه النظرية لم تعرف الرواج لا في فرنسا ولا في ألمانيا باعتبار أن الفقه الفرنسي يعتبر القانون الأجنبي واقعة كما أن التعويض يفترض معرفة المفوض وهنا هو مجهولا .

5/ نظرية المجاملة الدولية :

شاهدت هذه النظرية في فقه المدرسة الهولندية والمقصود بهذه النظرية أن الدولة في وضعها لقواعد التنازع في قانونها ليست ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي . أما إذا قبلت ذلك فإنما يكون على أساس المجاملة الدولية وما أعيب على هذه النظرية هو أن وضع قواعد التنازع يخضع لأهواء

المشرع كما أن هذه النظرية لاتقوم على أساس قانوني صريح بل تقوم على أساس قواعد شبيهة بالقواعد الأخلاقية .

دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي :

1/ الموقف الفقهي من دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد:

1- وجوب تطبيق قاعدة الإسناد :

يتجه الفقه الحديث في فرنسا إلى القول بضرورة تطبيق القانون الأجنبي ولو لم يتمسك به الخصوم . إذ يجب عليه تطبيقه من تلقاء نفسه . وكذا ساد هذا الرأي في مصر . والحجة في ذلك أن مشرع القاضي قد أمر بتطبيق القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد الوطنية فهي التي أعطت لقواعد القانون الأجنبي قوة الإلزام وبالتالي فالقاضي يقوم بتنفيذ أوامر مشرعه في تطبيق القانون الأجنبي والمنتبع لنصوص قواعد الإسناد الجزائرية أنها أخذت بهذا الموقف وهو المستنتج من صياغتها وذلك بإرشادها إلى تطبيق القانون الأجنبي إذا أشارت إليه قواعد الإسناد وبالتالي فالقاضي الجزائري يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به الخصوم . ويترتب على ذلك أن قواعد الإسناد من النظام العام .

2/ عدم إلزامية قاعدة الإسناد:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن قاعدة الإسناد ذات طبيعة إختيارية وطبقا لذلك فإن القاضي المعروض عليه النزاع غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المختص من تلقاء نفسه بل يقوم بتطبيق القانون الأجنبي إذا تمسك به الخصوم صراحة وعليهم إثباته باعتبار أن القاضي لايفترض فيه العلم بالقانون الأجنبي كما يفترض علمه بالقوانين الداخلية . ونتيجة لذلك فإن قواعد الإسناد ليست من النظام العام .

غير أن بعض القوانين نجها قد نصت صراحة على إلزامية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي عندما تأمر به قواعد الإسناد الوطنية مما يجعل هذا الرأي بعيدا عن الصواب .

ب/ موقف القضاء من دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد:

1/ موقف القضاء الفرنسي وبعض الدول الأوربية :

عمل القضاء الفرنسي التقليدي على تطبيق القانون الأجنبي المختص بشرط أن يتمسك به الخصوم على العموم .

غير أن موقف محكمة النقض الفرنسية لم يكن مستقرا . بحيث قضت في البداية بأن قاعدة الإسناد ليست ملزمة للقاضي باعتبارها ليست من النظام العام وهذا ما يترجمه الحكم الصادر عن المحكمة الفرنسية في قضية الزوجين الإسبانيين بتاريخ 12/05/1959 .

ثم غيرت موقفها واعتبرت القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد التي تثبت إلى القانون الأجنبي المختص . وهذا ماتعبر عنه الأحكام الصادرة عنها مثل حكم 02 مارس 1960 وحكم 11 أكتوبر 1988 و 18 أكتوبر 1988 بحيث أشارت محكمة النقض في هذه الأحكام بأن قضاة الموضوع الذين لم يطبقوا القانون الأجنبي على أساس عدم تمسك الخصوم به يعتبر خرق للمادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسي التي تلزم القاضي الفرنسي الفصل في النزاع المعروض عليه وفقا لما أشارت إليه قواعد الإسناد

.وفي ألمانيا وسويسرا وإيطاليا يعمل القضاء على إلزام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع تطبيق القانون الأجنبي ولو لم يتمسك به الخصوم وهذا ماقضت به محكمة النقض الإيطالية في تاريخ 1949/04/28 .

2/ موقف قضاء الدول العربية :

إن المتتبع لقضاء الدول العربية بصفة عامة يجده فقيرا من حيث الاجتهاد أو القضاء في هذا المجال غير أن هناك بعض الأعمال على قلتها لمحكمة النقض المصرية إذ قضت في حكم لها صادر في 07/ يوليو سنة 1965 أن يتمسك بالقانون الأجنبي لا يعد أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها . ومن ناحية إلزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد قضت في 2 مارس 1960 بإلزام إحدى قواعد الإسناد المتعلقة بنص المادة 14 باعتبارها من النظام العام وفي الجزائر ينذر ذلك . دور القاضي في إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي :

1/ موقف الفقه :

- اتجه الفقه إلى ثلاث اتجاهات أساسية :

(ا) افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي :

ترجم هذا الإتجاه الفقهاء المؤيدين للمدرسة الإيطالية هذه المدرسة التي تعتبر القانون الأجنبي ذا طبيعة قانونية وليس عنصرا من عناصر الواقع وبالتالي يفترض في القاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي مثل علمه بالقوانين الوطنية . ويترتب على ذلك أن عبئ الإثبات على عاتق القاضي كما له أن يطالب بتطبيقه من تلقاء نفسه .

(ب) عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي :

إن إفتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي أمرا صعبا ومستحيلا لأنه لايعتبره قانونا بمفهومه الدقيق الذي يطلق على القوانين الداخلية إذ هو مجرد واقعة تحيط بالعلاقة المتنازع في شأنها . . وكنتيجة لهذا المفهوم لايمكن للقاضي تطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تمسك به الخصوم وقاموا بإثباته والبحث عن أحكامه .

ج) التعاون بين القاضي والمتقاضي :

وذلك باعتبار أن القاضي هو المخول بالفصل في النزاع والخصوم يهتمهم الأمر بالنسبة إلى الوصول إلى الحلول القانونية والمقنعة.

وعليه فإذا طالب الخصوم تطبيق القانون الاجنبي فعليهم تقديم مصدر هذا القانون ويقوم القاضي بالتحقق منه ومن صحته . وكذا له سلطة في تفسيره .

ولاشك أن هذا الإتجاه يوفق بين الاتجاهين السابقين لأنه يجعل لكل من القاضي والمتقاضي دورا متكاملًا وهما في إيجاد الحلول القانونية وفي مجال تنازع القوانين . خاصة في مسألة البحث عن أحكام القانون الأجنبي وقواعده وطرق إثباته .

موقف القضاء في مسألة إثبات القانون الأجنبي :

طبقا للرأي السائد في فرنسا ومصر والدول التي اعتبرت أن القانون الأجنبي واقعة فإن على الخصوم إثباته وليس القاضي ملزما بمعرفته وتتم عملية الإثبات في فرنسا أن يطلب من الخصوم شهادة بإثبات القانون الاجنبي ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات وذلك إما بالأخذ برأي أحد رجال القانون أو الرجوع إلى كتاب في الفقه ...

أما القضاء الإنجليزي فقال أن للقاضي أن يحكم بما يعرفه من القانون الأجنبي إذا كان هذا القانون مشهورا ويجيز إثباته بشهادة الشهود ...

والمتتبع للقضاء الجزائري لا يجد أحكاما بهذا الصدد نظرا لحدثته ولكن نجده تناول مسألة إثبات القانون الأجنبي في نص المادة 23 مكرر (10/05) التي تنص (يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه)

لكن النص لم يبين لنا على من يقع عبئ الإثبات هل على القاضي أم على الخصوم ؟ والقريب للصواب هو أن يكون على الخصوم وذلك تأثرا بالمشعر الفرنسي والمصري اللذان يعتبران القانون الأجنبي واقعة وكذا بالرجوع إلى قواعد الإسناد الجزائرية.

والشئ الإيجابي في هذا النص هو إقراره لتطبيق قانون القاضي الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي وهذا تماشيا مع التشريعات العالمية الحديثة وبالتالي يطبق القاضي في هذه الحالة أقرب القوانين له وهي قانونه .

الطعن في حكم القاضي أمام محكمة النقض إذا أخطأ في تطبيق القانون الأجنبي :

يرى قضاء محكمة أحكام النقض الفرنسية وبلجيكا أنه لايجوز الطعن بالنقض في أحكام القاضي في حالة خطئه في تطبيق القانون أو تفسيره باعتبار أن وظيفة محكمة النقض توحيد حكم القانون الداخلي ولا يتصور هذا الدور بالنسبة للقانون الأجنبي . غير أن محكمة النقض الفرنسية قبلت الطعن في حالة تشويه ومسح القانون الأجنبي ...

أما في إيطاليا فتقبل محكمة النقض الطعن لخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وهذا الرأي السائد في الإتحاد السوفياتي والنمسا ...

ولقد اخذ الفقه في مصر برأي محكمة النقض الفرنسية أي عدم الطعن. غير أن هناك رأيا فقهيا آخر يقول بأن محكمة النقض تراقب تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت قاعدة التنازع المصرية تلزم بتطبيقه. أما المشرع الجزائري فطبقا للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية نجده يجيز الطعن بالنقض لمخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية فقط. ويعني ذلك عدم جواز الطعن بالنقض في غير الأحوال الشخصية .

وأبق المشرع على هذا الحكم في المادة 6/358 في القانون 09/08 الخاص بالإجراءات المدنية والإدارية . وجاء في الفقرة 07 الطعن بالنقض في حالة مخالفة الإتفاقيات الدولية والتي غالبا ماتكون منظمة لأحرى مسائل القانون الدولي الخاص كتنظيم مسائل الحكم وبالمقابل قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي أو مسائل الجنسية وبالتالي فالمشرع وسع نسبيا من دائرة الطعن بالنقض فيما يتعلق بالخطأ أو مخالفة للقانون الأجنبي .