

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع : 03

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص : قانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ :

بلعبدون عواد

الشعبة : حقوق

من إعداد الطالب :

بوسماحة نبيل

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

عبد القادر مشرفي

الأستاذ

مشرفا مقرا

بلعبدون عواد

الأستاذ

مناقشا

خالد زواتين

الأستاذ

السنة الجامعية : 2019/2018

نوقشت يوم : 2019/07/10

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى من بذلا كل ما في وسعهم من أجل أن أسلك طريق العلم والمعرفة.....إلى والدي أطال الله في عمرهما.

إلى مؤسسة الجيش الوطني الشعبي

إلى كل العائلة

إلى كل الأصدقاء:إلى الدكتور قمر اوي عز الدين

إلى أخي محمد إطار بوزارة الدفاع وطني

إلى اللواء علي عكروم رئيس دائرة الإمداد والتنظيم بوزارة الدفاع الوطني.

إلى الدكتور المحترم لقام يوسف

إلى الأستاذ بن ديمراد ياسين

إلى كل من قدم لي دعمه ولو بكلمة طيبة

كلمة شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، والحمد لله تعالى على نعمة التي لا تعد ولا تحصى، وعلى توفيقه وتسهيله لي في انجاز هذا البحث. أقدم جزيل شكري للأستاذ الفاضل "مشرقي عبد القادر" على تفضله بالإشراف على هذه المذكرة، وعلى جهوده المبذولة في متابعته، وحرصه الدائم على إتمامها على أحسن وجه، فكل التقدير له على ملاحظاته وتوجيهاته القيمة طيلة انجاز هذا البحث كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

المقدمة

ان المجتمع ليس بمعزل عن بقية المجتمع ات وكذلك الأفراد في تعاملاتهم دا خل الإقليم الدولة أو خارجه، مع نظرائهم من الأفراد الدولة أو مع أشخاص ينتمون الى دولة أخرى، لذلك كان من الضروري البحث عن قانون يحكم هذه العلاقات لتحقيق قدر أكبر من العدالة. ونظرا لاختلاف القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد داخل كل مجتمع عن الآخر، كان من الضروري البحث عن قانون يراعي هذا الاختلاف، ويحكم العلاقات الخاصة بين الأشخاص مختلفي الجنسية.

ولأن القانون الدولي ينظم علاقات الدول فيما بيننا، والقانون الدولي الخاص ينظم العلاقات الخاصة للأشخاص داخل المجتمع غير أن العلاقات القانونية محل الدراسة ليس مجالها علاقات الدول ، ولا هي قاصرة على العلاقات داخل الدول الواحدة مثل الدول المركبة، بل قد تكون بين شخصين من دولتين مختلفتين ، أو يكون محلها أو سببها يقع في دولة أخرى، مما يعني ان القوانين السابقة جميعها ويشتى أنواعها لا يمكنها أن تنظم هذه العلاقات، وهذا الذي يدفع بالبحث عن القانون المناسب لتنظيمها، وهو قانون يتعدى الحدود الإقليمية للدولة دون أن يرقى الى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي، وهو ما يسمى القانون الدولي الخاص الغرض الأساسي من قواعد تنازع القوانين هو مساعدة الدول في وضع قوانين عصرية لمعاملات مضمونة بغية زيادة توافر الائتمان المضمون، مما يعزز نمو القطاع المحلي ويزيد التبادل التجاري بوجه عام ، ولتحقيق هذا الغرض، ينبغي أن يشر قانون المعاملات المضمونة من المقرضين المحليين والأجانب على سواء، ومن غيرهم من الائتمانات وينصب الجانب الأكبر من أحكام قانون المعاملات، قانون المعاملات المضمونة على التعامل مع المانحين والدائنين المضمونين والأطراف الثالثة المدينة والأطراف الثالثة الدائنة

التي توجد جميعها في الدولة ذاتها، كما أنه موج ه لمواجهة اتفاقيات الضمان، التي تشمل المرهونات الموجودة وحتى نكون امام تنازع القوانين يشترط أن تمتد هذه العلاقة القانونية المتنازع عليها الى إقليم أكثر من دولة، وأن ينص المشرع المعروض امام المحاكمة النزاع

المشتمل على عنصر أجنبي على امكانية تطبيق القانون الأجنبي كما يجب أن يكون القوانين المتنازعة مختلفة في احكامها

وتبرز أهمية هذا الموضوع في أنه يعتبر اضافة في مجال القانون الدولي، وأيضاً في حال اشكالات تنازع القوانين فيما يتعلق بللقانون الذي يخضع له

أما عن أسباب اختياري هذا الموضوع، أنه لم يمر على أي أحد، وأن قام باستخراج وثائق الحالة المدنية، وأثناء قيامي باستخراجها من مصلحة الحالة المدنية، دفعني الفضول الى معرفة القانون الواجب التطبيق عليها

أما الأهداف المتوخاة من هذه الدراسة فتتمثل في، تبيين الاختلاف بين قوانين الدول الذي يثير نزاعاً فيما بينها كلما اتصلت هذه القوانين بعلاقة قانونية تدرج ضمن العلاقات القانونية عنصراً أجنبياً.

و منه خرجنا بالإشكال القانوني الآتي : ما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ؟ وما هو الضابط المعتمد في تحديد هذا القانون؟

و عليه طرح الأسئلة الفرعية الآتية : لماذا تتنازع القوانين على حالة واحد في أزمة مختلفة، قد تكون قصيرة المدى أو طويلة؟

فما الدافع إلى التنازع بين قوانين أو أكثر من حيث الزمان والمكان لحكم وضع قانوني واحد؟

وللإجابة على الإشكالية التي يثيرها هذا البحث، قمنا بتقسيم دراستنا إلى فصلين، نتناولنا في الفصل الأول نطاق تنازع القوانين، وتم تقسيمه إلى مبحثين . المبحث الأول تطرقنا فيه إلى مفهوم تنازع القوانين أما المبحث الثاني تم الإشارة فيه إلى المبادئ العامة لحل تنازع القوانين.

قمنا بتقسيم دراستنا إلى فصلين، نتناولنا في الفصل الأول نطاق تنازع القوانين، وتم تقسيمه إلى مبحثين مفهوم تنازع القوانين أما المبحث الثاني المبادئ العامة لحل تنازع القوانين.

أما الفصل الثاني تم التطرق فيه إلى التطبيقات العملية لتنازع القوانين، وتم تقسيمه إلى
مبحثين المبحث الأول، القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية أما المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق على الأحوال المالية.

الفصل الأول

المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين.

يقصد بتنازع القوانين تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية خاصة تشمل على عنصر أجنبي، مثال ذلك أن يعقد جزائري زواجه من تونسية بفرنسا . فهذه العلاقة ترتبط بأكثر من دولة : الجزائر بالنظر إلى جنسية الزوج، وتونس بالنظر إلى جنسية الزوجة، وفرنسا باعتبارها المكان الذي أبرم فيه عقد الزواج.

والسؤال المطروح هنا هو أي قانون من القوانين الثلاثة يجب تطبيقه على عقد الزواج؟ فالعلاقة مبدئياً يتزاحم على حكمها ا لقوانين الجزائري والتونسي و الفرنسي، هذا التزاحم هو الذي يطلق عليه تنازع القوانين .

المطلب الأول: تعريف حالة تنازع القوانين وخصائصها**الفرع الأول: تعريف حالة تنازع القوانين**

قديمًا ساد مبدأ إقليمية القانون في الدول المختلفة، لأنه يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة على جميع العلاقات القانونية والأشخاص والأموال في إقليمها وكلما تشددت الدولة في التمسك بفكرة السيادة وتعصبت في تطبيق مبدأ إقليمية القانون ، كما استحالة قيام أي نوع من التنازع بين قوانينها وقوانين الدول الأخرى في العلاقات القانونية ، لأن القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة على كل القضايا والأشخاص والأموال داخل إقليم الدولة هو قانونها الوطني، ولا يمكن إفساح المجال لتطبيق قانون آخر في إقليمها ، وهذا ما كان يجري قديمًا عندما كانت الدول تصر على تطبيق مبدأ إقليمية القانون بتشدد وتعصب .

فبتطور التجارة الدولية واختصار المسافات بين البلدان وسهولة المواصلات واتساع حركات التنقل والانفتاح الهائل بين شعوب العالم واحتواء إقليم كل دولة فضلا عن أبنائها عدد من أبناء الدول الأخرى وارتباطهم بعلاقات قانونية مختلفة كل ذلك أدى إلى تنازل الدول عن التشدد والتعصب في التمسك بالسيادة ومبدأ إقليمية القانون المطلق واعترفت بمبدأ إقليمية القانون النسبي . وهكذا لم يعد نشاط الفرد مقتصرًا على إقليم دولته بل جاوزه إلى علاقات

قانونية مع أفراد ينتمون إلى دول أخرى، مما أدى إلى قيام مجموعات قانوني مشوبة بعنصر أجنبي يمتد اثارها من النطاق إقليمي إلى النطاق الدولي .

ففي تنازع القوانين لابد من إسناد حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لقانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها ، ولذلك يمكن تعريف تنازع القوانين بأنه التنازع الحاصل بين قوانين دولتين أو أكثر على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي في علاقة قانونية خاصة تتصل في عنصر أو أكثر

الفرع الثاني : خصائص قاعدة الاسناد

ان قواعد الاسناد لا تعطي الحل النهائي للنزاع بمعنى اخر انها لا تعيش مباشرة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وانما تعين لنا قانون الدولة الواجب التطبيقه على النزاع المطروح على القاضي فقاعدة الاسناد المتعلقة بالاهلية مثلا لا تحدد السن القانوني الذي عند بلوغه يعد الشخص كامل الاهلية¹.

ثانيا قواعد مزدوجة

فهي قواعد تمنح الاختصاص للقانون الوطني تارة ولللقانون الاجنبي تارة اخرى مثل ما ورد في المادة 16 من ق م ج والتي اخضعت التركة للقانون الوطني للمورث، فالجنسية هنا تمثل ضابط الاسناد والقانون الواجب التطبيق بهذا سيكون اما القانون الداخلي الجزائري او قانونا اجنيا لجنسية المورث²

ثالثا: قواعد محايدة

يكون تعيين القانون الواجب التطبيق دون القيام بالمقارنة بين القوانين المتواجدة لمعرفة النتائج التي نصل اليها لان ذلك متوقف على معرفة القانون الذي سيطبق على النزاع هو ما يقصد به الفقه التقليدي بالطابع المحايد لقانون الاسناد فهي قواعد عمياء

¹ - اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين الجزائري الطبعة 9 دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع

الجزائر 2006 ص 70

² -

بتحقيق العدالة شكليا او حسابية وهي اسناد العلاقة المطروحة بطريقة آلية الى اكثر القوانين ارتباطا بهذه العلاقة وفقا للسياسة التشريعية لدولة القاضي مثل اسناد اثار الزواج في مصر لقانون جنسية الزواج.

فصفة الحيادية تعن ان القاعدة تشير الى اكثر القوانين اتصالا بالعلاقة . وبصرف النظر عن مضمون هذا القانون اي عن النتيجة المادية المتحققة على اثر هذا الارشاد الذي تقوم به القاعدة

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

اعتمد الفغقه على مبدأين في حل مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان :

اولا:مبدأ عدم رجعية القوانين :

ينتج القانون اثر مستقبلا هذا يعني انه ليس للقانون اثر على الوقائع التي حدثت في الماضي في ظل نص معين فلا يتصور قانون اليوم ليخاطب الافراد وبحاسبتهم على الوقائع حدثت في الماضي فهذا المبدأ تقرر في الاصل لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم للمبدأ أهمية من الناحية العدل الحرص على استقرار والمعاملات تطبيق هذا المبدأ في القانون الجزائري: نص¹ المادة 02 من قانون العقوبات ونص المادة 46 من الدستور 1996

الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ:

. القانون الجنائي الاصلح للمتهم²

. النص صراحة على سريان التشريع على الماضي

. القوانين المفسرة

(ب)مبدأ الأثر المباشر او الفوري

¹المادة من دستور 1996

- جميل الشراوي . مبادئ القانون صفحة 139 فقرة 54²

ان تطبيق هذا المبدأ يمنع ازدواج القانون الذي يحكم القانون بمجر
د صدور القانون الجديد يمتد سريانه وسلطاته الى المساس بالمركز القانونية التي تتحقق
في ظلّه سواء كانت قد تكون قبل نفاذه او بعد نفاذه وبذلك تحقق وحدة القانون في تنظيم
المسألة الواحدة

المطلب الثاني: أنواع تنازع القوانين و شروطه

من المتفق عليه أن تنازع القوانين يطرح إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على
العلاقة القانونية فهو يصنف إلى عدة أنواع سنتناولها في الفرع الأول (ولقيام حالة تنازع
القوانين لا بد من توافر شروط فصلها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع تنازع القوانين

يأخذ التنازع صوراً مختلفة فقد يكون بين قوانين داخلية تستند جميعها إلى سلطة
واحدة، أو بين قوانين دول مختلفة، فهل تدخل صور التنازع هذه جميعها في دراسة القانون
الدولي الخاص، أو أن ذلك يقتصر على التنازع الدولي دون الداخلي؟ ف للإجابة على هذا
التساؤل لابد لنا من دراسة أنواع تنازع القوانين المتمثلة في :
أولاً : التنازع الدولي و التنازع الداخلي للقوانين¹..
ثانياً: تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع القوانين من حيث الزمان .

1- أعراب بلقاسم، نفس المرجع السابق، ص 73

ثالثا : التنازع الإيجابي و التنازع السلبي للقوانين .

أولا: التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين.

فالأول يتولد من تنازع قوانين دول ذات سيادة في قضية مشوية بعنصر أجنبي أي تنازع القوانين من حيث المكان وهو الذي يهتم به القانون الدولي الخاص¹، أما تنازع الداخلي فهو قد يظهر سياسيا بين قوانين ولايات دولة بسيطة لا يطبق فيها مبدأ الوحدة القانونية ، كما كان الوضع سابقا في فرنسا إلى عام 1804 وفي بولونيا إلى عام 1918، أو قد يظهر بين قوانين ولايات دولة مركبة، لأن كل ولاية قانونها الخاص، كما هو الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية و سويسرا.

وقد يظهر هذا التنازع أيضا في دولة تتعدد فيه الشرائع تعددا شخويا بسبب تعدد الطوائف الدينية و الأقليات فيها وتمتع كل طائفة منها بحق تطبيق شريعتها الخاصة، كالتنازع الذي يحصل بين شرائع المذاهب والطوائف المختلفة في لبنان².

ثانيا : تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع القوانين من حيث الزمان

ان القوانين بعد إصدارها ونشرها تصبح نافذة سارية المفعول بحيث يمكن تطبيقها على الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط الواردة في نصوص التشريع. غير أن تطبيق هذه القوانين قد يطرح مشكلة تنازع القوانين ، و هو تواجد قاعدتين تشريعتين أو أكثر صادرة عن سلطات مختلفة، أو عن نفس السلطة وذلك لتطبيقها على نفس الواقعة القانونية³.

1- حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين و المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص 20.

2- غالب علي داودي ، نفس المرجع السابق ، ص 73

3- علي فيلال ، مقدمة في القانون ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005 ، ص 254

وفي حالة ما إذا القواعد القانونية صادرة عن سلطات مختلفة ، أي عن سيادات مختلفة (دول أجنبية) فنحن بصدد تنازع القوانين من حيث المكان ويتعلق الأمر بتواجد أجنب في دولة غير دولتهم (قانون الدولي الخاص) وأما إذا كانت القواعد القانونية صادرة عن نفس السلطة التشريعية ، فنحن أمام تنازع القوانين من حيث الزمان الذي يحدث عند تواجد قانون قديم و قانون جديد كل واحد منهما يحكم نفس الواقعة القانونية .

ولهذا يجب التطرق إلى حلول هذه المشكلات وهذا من خلال دراسة نطاق تطبيق القانون من حيث المكان والزمان.

1- نطاق تطبيق القانون من حيث المكان:

تطبيق القانون من حيث المكان تحكمه قاعدتان أساسيتان وهما مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

- مبدأ اقليمية القوانين: جميع القوانين الصادرة في الدولة تكون واجبة التطبيق على جميع مناطق إقليم الدولة وعلى جميع الأشخاص المقيمين فيه، وطنيين كانوا أم أجنب، وبالمقابل لا يمتد نطاق القانون الوطني إلى خارج إقليم الدولة . تنص المواد 04 من ق م ج : « تطبيق القوانين في التراب الجمهورية جزائرية الديمقراطية الشعبية » و المادة 03 م ق ع : « يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب على أراضي الجمهورية...»

وتنص المادة 12 من الدستور : « تمارس سيادة الدولة على مجالها البري، ومجالها الجوي، وعلى مياهها.

كما تمارس الدولة حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف

مناطق المجال البحري التي ترجع إليها.»

- مبدأ شخصية القوانين :

قانون الدولة يطبق على جميع الوطنيين المنتسبون إليها سواء كانوا يقيمون عليها أو خارج هذا الإقليم، ولا يسري على الأجانب ح تى ولو كانوا مقيمون بإقليم الدولة¹. كما أن أساس هذا المبدأ هو الجنسية التي تعتبر رابطة سياسية وقانونية بين المواطن ودولته وهي نوعان: الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة ، الأولى تكتسب بولادة الشخص حيا أما الثانية يتمتع بها الشخص ويكتسبها في تاريخ لاحق على ولا دته بتحقق شروط معينة ، يحدد قانون الجنسية لكل دولة شروط اكتساب الجنسية مثل الإقامة لمة محددة ، الزواج .. والجزائر تأخذ برابطة الدم، فكل من ولد بأبوين من جنسية جزائرية يكون جزائريا أينما كان و مكان ولادته . أما النوع الثاني من الدول يأخذ برابطة الإقليم، فهذه الدول تربط منح الجنسية بولادة الشخص ولو كان أبواه لا يحملان جنسية تلك الدولة².

- استثناءات :

- في مجال القانون الدولي الخاص : يتمتع تطبيق القانون الوطني على بعض الأشخاص المتواجدين على اقليمها مثل الدبلوماسيين التابعين لدول أخرى كما يسمح للقانون الأجنبي بأن يحكم بعض الوقائع (الوقائع ذات العنصر الأجنبي) التي تحدث على اقليم الدولة ، مثل أهلية الأجانب.

2- نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان:

- **الفرضية:** يفترض الحديث عن تطبيق القانون من حيث الزمان ، وجود قانونين (قانون قديم و قانون جديد) يتنازعان التطبيق .
- **الحل:** الأصل في سريان القانون من حيث الزمان أن يمتد نطاق تطبيقه من تاريخ نفاذه حتي وقت انقضاء العمل به .

- **الوقائع الممتدة في ال زمان:** من الوقائع ما ينشأ و يستمر في الزمان و تتولد آثاره مستغرقة الفترة التي ينتهي فيها سريان قانون معين و يبدأ فيها نفاذ قانون جديد حل محله ،

1- محمد حسين منصور ، مدخل الى القانون القاعدة القانونية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010، ص 283.

2-فاصلة دروس غير مطبوعة لمقابلة على طلبة ليسانس جنائي، جامعة وهران، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2013-2014.

- فتكون الواقعة قد بدأت في ظل القانون القديم ثم أنتجت آثارها في ظل قانون جديد ، فيثور التساؤل الآتي : أي القانونين أحق بحكم الواقعة ؟ هل هو القانون القديم الذي نشأت في ظله ؟ أم هو القانون الجديد الذي أنتجت آثارها في ظله ؟
- مثال: شخص بلغ سن الرشد في ظل قانون يحدده ب 18 سنة، ثم حل محله قانون جديد حدد سن الرشد ب 21 سنة، فما حكم هذا الشخص ؟
- هل يظل رشيدا بحكم أنه قد بلغ سن الرشد وفق القانون القديم ؟
- أم يعود قاصرا من جديد وفقا للقانون الجديد ؟
- اعتمد الفقه على مبدأين في حل مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان : مبدأ عدم رجعية القوانين و مبدأ الأثر الفوري للقانون ، بالإضافة لبعض الحلول التشريعية التي وضعها المشرع بصدد حالات معينة من التنازع الزماني .
- مبدأ عدم رجعية القوانين:
 - معناه القانون لا يسري على الوقائع والتصرفات التي تمت في الماضي والاستثناءات الواردة عليه هي:
 - نص صريح على رجعية القوانين المادة 02 من ق ع.
 - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم.
 - القوانين المتعلقة بالنظام العام.
 - القوانين المفسرة.

ب- مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد :

- معناه القانون يطبق فوراً من تاريخ نشره على:

- كل المراكز القانونية التي يبدأ تكوينها بعد نفاذه.

ثالثاً : التنازع الايجابي والتنازع السلبي

التنازع السلبي: وفيه قواعد الاسنادي القانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص للقانون الأجنبي وهنا تظهر فكرة الاحالة ومثال انجليزي متوطن بالجزائر فوفقاً لقواعد الاسناد الجزائرية فان القانون الانجليزي هو المختص ووفقاً لقواعد الإسناد في القانون الانجليزي فان القانون الجزائري هو المختص مثلاً اذا طرح هذا النزاع على القاضي الجزائري فهل يتبع قاعدة الاسناد الانجليزية اما أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الانجليزي؟
مثال: تخضع التركة المنقولة في القانون المتوفي بينما في القانون السويسري تخضع لقانون موطن المتوفي فاذا توفي سويسري الجنسية متوطن في تركيا وترك اموال منقولة فيها يظهر تنازع سلبي بين قانونين السويسري والتركي لأن قاعدة الاسناد التركية تعطي الاختصاص في هذه المسألة المشوبة بعنصر أجنبي القانون السويسري , بينما قاعدة الإسناد السويسرية تعطي الاختصاص فيها لقانون التركي مما يؤدي إلى ظهور الاحالة¹.

التنازع الايجابي: في هذا التنازع يقع الشخص تحت سيادة دولتين . ار أكثر لارتباطه بكل منهما من خلال حملته جنسيتها مما يعطي لكل دولة منها حق ادعاء السيادة عليه واعتباره من وطنيتها , وقد اعتمدت هذا الحكم اتفاقية لاهاي لعام 1930 في جنسية دولتين او أكثر فانه يمكن لكل دولة من هذه الدول أن تعده من وطنيتها وقد ذكرنا أسباب التعدد والوسائل الكفيلة بمعالجة في الصفحات السابقة².

1- اسعد محند ،، القانون الدولي الخاص .تنازع القوانين ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر صفحة 128 .

2- محمد محسن مدخل الى القانون القاعدة القانونية طبعة 1 لبنان ص 303 .

ولنا أن نذكر في هذا الإطار المشاكل التي تترتب على مزدوج الجنسية التي بعضها تتعلق بمركزه القانوني وبعضهم الآخر يتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له.

فمن الفقه من يرى أن التنازع الذي يحدث بين القوانين الطائفية أو الإقليمية ليس هو تنازع القوانين على اعتبارها قوانين صادرة عن دولة واحدة ، بينما يرى فقه ثان أن ذلك التنازع يدخل في مفهوم تنازع القوانين بل ويتم حله بنفس أسلوب حل تنازع القوانين الصادرة عن عدة دول. والحقيقة أن لا إشكال يطرح على اعتبار أنه متى تعين تطبيق قانون أجنبي وليكن قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا طائفيًا أو إقليميًا ، فإن المشرع الجزائري قد فوض قواعد التنازع الاجنبية متى وجدت في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ومتى تعذر وجود ذلك فإن الحل يكمن في تطبيق القانون الغالب في حالة التعدد الطائفي . والقانون العاصمة في حالة التعدد الإقليمي طبقا للمادة 23 من ق م ج ¹.

ثانيا: امكانية تطبيق القانون الأجنبي

ينبغي لقيام حالة تنازع بين القوانين أن يقبل القاضي الوطني احتمالية تطبيق قانون آخر غير قانونه الوطني لحكم مسألة محل التنازع ، لأن التمسك بنظرية سيادة القانون الوطني سيؤدي حتما إلى القضاء على ظاهرة تنازع القوانين تماما بوجود سوى القانون الوطني فقط.

والقيام حالة التنازع ينبغي عدم التمسك بنظرية كل من الإقليمية القوانين وشخصية القوانين التي تعني أولهما تطبيق القانون على كل من هو موجود داخل إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسيته أو موضوع سرقة أو سبب نشوئها أو محل تنفيذها أما الثانية فتعني وجود معيار محدد لحكم مسألة معينة كأن يكون قانون الجنسية مثلا هو القانون الواجب التطبيق على مسألة معينة . وبالعوم فإن وجود هذه النظريتين يوجب علينا اتباع أحكام

1- علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1984 ، ص 62

قانون بعينه دون غيره، وبالتالي يعدم وجود حالة التنازع من أساسها وهذا يفترض وجود تشريع داخلي يتضمن قواعد تسمح وتشير لنا بتطبيق القانون الأجنبي، وهو ما اصطلح على تسميتها بقواعد الإسناد التي يتنازل بموجبها القاضي الوط ني عن الحكم بموجب قانونه لصالح الحكم بقانون آخر أجنبي عنه ، وهو ما يعتبر خروجاً عن المبدأ واستثناء عن الأصل الذي يعطي الاختصاص، ويفرض على القاضي الحكم بقانونه الوطني¹.

ثالثاً: التباين بين قوانين الدول المتنازعة

هو شرط بديهي لقيام حالة التنازع ، اذ لو كانت جميع القوانين والتشريعات المعالجة لمسألة محل البحث متناظرة ومتشابهة وموحدة ، فإن معنى ذلك أن الحكم الذي يقرره أحدهم كحل لهذه المسألة سيكون هو نفسه الذي يقرره غيره من القوانين الأخرى، سواء كان هذا القانون هو قانون وطني أم أجنبي.

المبحث الثاني: المبادئ العامة لحل تنازع القوانين

القاضي ملزماً باختيار القانون الواجب التطبيق وامام حتمية الاختيار يلزم لأن تطرح قاعدة القانون الدولي الخاص لكي يتمكن القاضي من تطبيق قاعدة الاسناد فلا بد له أن يكشف او لا عن مضمونها. وتفسير قاعدة الاسناد يثير لدى فقه القانون الدولي عدة مشاكل اهمها مشكلة التكييف ، ومشكلة الاحالة ثم مشكلة الاسناد الى قانون دولة تتعدد فيها التشريع.

1- حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، دار الثقافة العربية ، العراق ، 1999 ، ص 18

و تحديد طبيعة النزاع وادراجه في احدى الفكر المسند على الوجه السالف . هي مسألة أولوية يتعين البت فيها اولا لكي يتسنى للقاضي معرفة القانون الواجب التطبيق وتعرف هذه المسألة والتي سنتصدى لدراستها في الفصل الأول من هذا الباب باسم التكييف¹.

وإذا ما تم القاضي تكييف النزاع المطروح أمامه على الوجه ا لسالف وتحدد له بناء على ذلك القانون الواجب التطبيق . فعليه أن يتصدى بعد ذلك للإجابة على تسائل آخر يتعلق بالمقصود بهذا القانون . فإذا ما تعلق النزاع مثلا بأهلية شخص انجليزي الجنسية وأصبح من المتعين بناء على ذلك تطبيق القانون الانجليزي من ون الانجليزي .. فهل يعني ذلك رجوع القاضي الى هذا القانون في جملته بما يترتب على هذا القول من الضرورة استشارة قواعد الإسناد في القانون الانجليزي والتي قد تقضي بتطبيق قانون آخر مثل قانون الموطن في هذه الحالة . وأخيرا فقد يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعد فيها الشرائع تعددا داخليا مثل القانون الأمريكي والذي يتضمن شرائع داخلية تختلف باختلاف الولايات. وهنا يتعين على القاضي أن يحدد أيضا أي من هذه الشرائع هو الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه . إذ أن هذا التحديد يعتبر في واقع الأمر تفسير للمقصود بالقانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الاسناد بتطبيقه. ويقتضي ذلك ضرورة التعرض لمشكلة الاسناد الى قانون دولة متعددة الشرائع.

اولا: تعريف التكييف التكييف

هو تحديد الوصف القانوني وهو في تنازع القوانين يقصد به تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيدا لاسناده القانون معين . يفلا يمكن تطبيق قواعد الاسناد في الدولة القاضي المعروض أمامه النزاع مالم يقيم القاضي

1- عكاشة محمد عبدالعال تنازع القوانين مصدر سابق. صفحة 89 هامش رقم 02

بعملية اولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع وار جاعه رده الى احدى النظم الطوائف القانونية التي حددها المشرع كل منها قاعدة اسناد تخصصها ومثالها الأهلية الشروط الشكلية للعقد والشروط الموضوعية للعقد المسؤولية التقصيرية لذا فالتكييف عملية لازمة لابد أن يقوم بها القاضي فيما يخص مختلف النزاعات مدنية أم جنائية أم ادارية لكنه هنا يقوم بتحديد الوصف اقاونوي التكييف لموضوع النزاع تمهيدا للتطبيق الحائم الموضوعي في القانون المدني او الجنائي ومثاله فيما يخص العقد لابد من يكيف هذا العقد ما اذا كان عقد بيع أم ايجار ويطبق بعدها الأحكام الموضوعية التي تحكم عقد البيع مثلا اذا استنتج من خلال التكييف أنه عقد بيع¹.

في حين أن هدف التكييف اي التنازع القوانين هو تحديد الوصف القانوني نسمو ضوع النزاع الذي يخص علاقة قانونية مشوية بعنصر أجنبي وذلك لأجل ردها الى احدى الطوائف القانونية التي حدد المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة اسناد ومن ثم تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المختص الذي اشارت اليه قاعدة الإسناد².

وهذا بالتحديد ما أشارت اليه التعريف الذي تقدم ذكره من المهم ملاحظة أن ايراد تعبير موضوع النزاع كان مقصودا كان محلا لخلاف فقهي بناء على كل ماسبق يمكننا تعريف التكييف عموما بأنه تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لاعطائها وصفها الحق ووضعتها في أن اللائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون او عملية تحديد الوصف القانوني او الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية.

1- ممدوح عبد الكريم القانون الدولي الخاص الجزائري - دار القافة للنشر والتوزيع عمان الأردن - الطبعة 2005 صفحة45

2- عليوش قربوع كمال القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين دار هومة - الجزائر الطبعة الثانية سنة 2007 ص 9123-سليما مرقس نظرية العقد نشر والطبع للجامعات المصرية القاهرة 1956 ص 28 - 29 طبعة

ثانيا: نشأة نظرية التكييف

عقب BARTIN تدين نظرية التكييف باسمها وأهميتها الحالية إلى الفقيه الفرنسي بارتن نشر مقاله الشهير والذي لفت الأنظار فيه إلى أهمية التكييف وضرورة خضوعه لقانون القاضي LEX FORI قد سبق له أن أبرز هذه المشكلة في مقال له نشر KAHN رغم أن الفقيه الألماني "كاهن" في ألمانيا وانتهى فيه إلى نتيجة مشابهة لتلك التي توصل إليها بارتن من بعد , إلا أن الفقه الفرنسي يصر مع ذلك على اعتبار بارتن الرائد الحقيقي لنظرية التكييف¹.

أن هناك 3 أنواع من التنازع تواجه أعمال قواعد القانون الدولي الخاص :
أوضح "KAHN" التنازع الصريح للقوانين ويجد مصدره في اختلاف قواعد الاسناد في الدول المختلفة فبعض الدول تخضع حالة الأشخ اص وأهليتهم لقانون الجنسية , بينما يخضع لبعض حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الموطن " أما النوع الثاني من التنازع فهو المتعلق بتنازع ضوابط الاسناد المستخدمة بوصفها الوسيلة المستخدمة لتعيين القانون الواجب التطبيق وذلك على فرص تماثل هذه الضوابط².

فعلى الرغم من أن الكثير من الدول تخضع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الموطن أو محل الإقامة المعتادة إلا أن المقصود بالوطن أو محل الإقامة المعتادة من دولة إلى أخرى. وقد وضع بارتن نظريته في التكييف بعد تحليل للقضاء الفرنسي السابق , وقد استند العالم الفرنسي³ بصفة خاصة إلى قضيتين أصبحتا من القضايا الشهيرة في فقه القانون الدولي الخاص, وهما قضية "ميراث المالطي" و"قضية الهولندي"⁴.

1- محمد عبد العال: تنازع القوانين مصدر سابق صفحة 101 هامش رقم 03

2 -Ancl *B* qualification. Rép.dr.int.2e éd tome 111. No 8 et ss' Falcon. bridge. Conflit rule-and characterization. Can Bar. Review 1952.103.264

3 -Batifole et Lagarde op. cit.tome 1 no 29:2.477.

4- جابر جاد عبد الرحمان القانون الدولي الخاص التقيض بغداد 1947 طبعة 02 صفحة 522

و من ثم فإنه فرض على الدول القيام بتوحيد قواعد تنازع القوانين فيما بينها و إضافتها على ضوابط الإسناد التي تستخدمها ذات المفهوم فإنه يبق سبب آخر للتنازع يتمخض عن الاختلاف القائم بين أنظمة القانون الداخلي حول تحديد طبيعة العلاقات القانونية أو ما يعرف بتنازع التكييفات . "

تلك النتيجة التي توصل إليها Kahn ألا وهي استحالة القضاء النهائي على تنازع القوانين، عن طريق التحليل المنطقي، توصل إلي ها أيضا الأستاذ BARTIN عن طريق منهجه العلمي القائم على تحليل بعض أحكام القضاء الغربي في قضيتين أصبحتا القضايا التقليدية في أدبيات القانون الدولي الخاص وهما : قضية ميراث "مالطي" وقضية وصية "الهولندي".

أ- قضية ميراث مالطي:

تتعلق وقائع هذه القضية في أن الزوج ين يتيمع كلاهما بالجنسية المالطية تزوجا في جزيرة مالطا واتخذا منها أول موطن للزوجية وبعد ذلك هاجر إلى الجزائر التابعة لفرنسا في ذلك الوقت ، حيث تملك الزوج بعض العقارات فيها.

بعد أن توفي الزوج أذعت الزوجة أمام محكمة الجزائر أن لها حق على عقارات الزوج الست لي الجزائر و هو حق مقرر لها بمقتضى نصوص القانون المالطي ويعرف بتصيب الزوج المحتاج

فما هي طبيعة نصيب الزوج المحتاج ؟ هل نصيب الزوج المحتاج يعد حقا يدخل في فكرة النظام المالي للزوجين ، أم أنه حق في الإرث؟

مما لا شك فيه أن اختلاف التكيف ادعاء الزوجة على العقارات المملوكة لزوجها المالطي المتوفي والكائنة في الجزائر يترتب بالضرورة اختلاف القانون الواجب التطبيق على المسألة المفروضة على القاضي وعلى الحل النهائي لها.

فإذا انتهت المحكمة إلى تكييف ادعاء الزوجة على أنه يتعلق بالنظام المالي للزوجين فإنه القانون الواجب التطبيق وفق القواعد الإسناد الوراثية في معارض ، هو القانون المالطي، بوصفه قانون من طن الزوجية الأول ، اعتبارا على أنه قانون الادارة الضمنية للمتعاقدین (الزوجين).

وفي هذه الحالة يتعين الحكم بأحقية الزوجة في طلبها تطبيقا للأحكام القانون المالطي الذي يحكم النظام المالي للزوجين والذي يقرر بأحقية الزوج الذي يظل على قيد الحياة في الحصول على نصيب الزوج المحتاج.

أما إذا انتهت المحكمة إلى تكييف ادعاء الزوجة على أنه ي تصل بفكرة الميراث فإن القانون الواجب التطبيق ، وفقا لقاعدة الإسناد الوراثية هو القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار ويترتب على هذا التكييف الأخير رفض ادعاء الزوجة لأن القانون الفرنسي لا يعرف الحق المسمى "بنصيب الزوج المحتاج"¹.

ب- قضية وصية الهولندي :

تتلخص وقائع هذه القضية في أن هولنديا أجرى حين مروره بفرنسا وصية خطية طبقا للقانون الفرنسي بالمخالفة لها ينص عليه القانون الهولندي الذي يتطلب لصحة الوصية وجوب إجرائها أمام الموثق ، وإثر ذلك توفي هذا الهولندي بفرنسا ،نزاع بين الموصى له وورثة الموصي ، إذ اعتبر مورثة الموصي أن القانون الهولندي حينما يتطلب وجوب إجراء الوصية أمام الموثق فإنه يقصد بذلك حماية أهلية الموصي وأن ذلك من شأنه أن يخضع هذه الوصية لقانون جنسية الموصي وقت إجرائه لهذه الوصية أي للقانون الهولندي ، وهو قانون سيؤدي أعماله لبطلان هذه القضية أما الموصى له فإنه تمسك بكون المسألة تتعلق

1- حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، لبنان ، 2003، ص66-67

هنا بمسألة شكلية و أن ذلك يؤدي لإخضاعها للقانون الفرنسي بوصفه قانون محل إجراء هذه الوصية ، وهو قانون يجيز كلا الوصيتين :

أي الوصية الخطية و الوصية الرسمية ويؤدي أعماله لصحة هذه الوصية .

وعليه فإنه بالرجوع لهاتين القضيتين اللتين سبق للقضاء الفرنسي الفصل فيهما ، فإنه يتضح لنا أن تكييف العلاقة المعروضة أمام القضاء الوطني سيؤثر حتما على تحديد القانون الذي يطبق بشأنها وسيؤدي بالتبعية أما قبول الطلب أو رفضه لصاحبه¹ .

ثالثا : القانون الذي يحكم التكييف

تعددت الاتجاهات بشأن القانون الذي يحكم التكييف ويمكن التفرقة في هذا الصدد بين الاتجاه الذي نادى به الأستاذ بارتن وهو الاتجاه السائد الآن في العديد من التشريعات الوطنية بشأن القانون الدولي الخاص و الذي وفاه يتضح التكييف لقانون القاضي أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه الذي نادى به الفقه الألماني و الإيطالي وفقا لهذا الفقه يخضع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع.

ثالثا: القانون الذي يحكم التكييف

تعددت الاتجاهات في شأن هذا الموضوع, فاذا كان الحل السائد في القانون المقارن هو اعمال قانون القاضي الا أن هناك اتجاهين آخرين بعدما من يعتمدها وينادي بهما , مقتضى أو لهما اخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق ذاته, و خلاصة ثانيهما اخضاعه للقانون المقارن وفي ذلك تفصيل تعرضه في مطالب ثلاثة

1- حبار محمد، القانون الدولي الخاص ، نفس المرجع السابق ص70.

أ- نظرية اخضاع التكييف القانون القاضي

Bartin صحيح أن اخضاع التصنيف القانون القاضي حل يدين بالفصل للفقهاء الفرنسي كان قد سبقه في تقرير حل مماثل أطلق عليه اسم التنازع "الكامن Kahn" الألماني الفقيه أو "المستتر" إلا أن الفصل في اقامة نظرية متكاملة البنين في شأن التكييف يرجع لبارتن" الذي توصل من خلال بحثه لأحكام القضاء الفرنسي الى ان القضاء يجري بطريقة ضمنية وصامته عملية تكييف الى حتى يمكنه وصل المسألة القانونية المطروحة باحدى الفكر المسند, ومن أبرز القضايا التي اعتمد عليها في تحليله الطي اجراه قضية "ميراث" المالطي ووصية الهولندي اللتين عرضا لهما قبلا¹.

وترتبط بالتكييف مسألتان أثارهما بارزتان اعتبرهما استثنائيتين من رأيه التكييف القانون القاضي.

1- هذا الاستثناء يقوم على التمييز بين نوعين من التكييف:

التكييف الأولي: يقصد به ذلك التكييف الذي يقوم به القاضي الوطني بداءه لتحديد قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق في قانونه الوطني².

التكييف الثانوي: ويقصد به ذلك التكييف الذي يثار في ظل القانون الأجنبي الذي يشير التطبيقه في قاعدة الاسناد الوطنية. كان الفقيه بارتان يرى أن التكييف الأولي هو وحده الذي يخضع للقانون الوطني للقاضي المعروض أمامه النزاع, أما تائنتوي فكان يرى اخضاعه للقانون الأجنبي الذي يشير الى تطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية.

1- Bartin مبادئ القانون الدولي الخاص الجزء الأول صفحة 228.

2- دريال عبد الرزاق نفس المرجع السابق , صفحة 75.

ب التكييف يخضع للقانون الذي يحكم النزاع:

يذهب رأي في الفقه على رأسه الأستاذ ديسبانية في فرنسا إلى اجتماع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع. فاذا أشارت قاعدة الإسناد إلى أن الأهلية يحكمها قانون الجنسية الشخص وقت إبرام التصرف فإنه يجب الرجوع الى القانون ذاته لتحديد المقصود بالأهلية والقانون بهذا الرأي يستندون إلى أمرين:

أولهما: أن عملية التكييف هي جزء لا يتجزأ من مكونات قاعدة الاسناد الوطنية التي تمنح الاختصاص الكامل لهذا القانون بما في ذلك مسألة التكييف.

ثانيهما: أنه يجب أن يتم التكييف وفق المفاهيم التي يقرها القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد وأي تكييف بالرجوع لغير هذا القانون يعني تطبيقا له في حالات لا ينطبق فيها. فلو خلص القاضي في وصية الهولندي مثلا الى تكييف المسألة الخاصة بحظر اجراء الوصي في الشكل الخطي العرفي .

ج - اجراء التكييف وفقا للقانون المقارن

القول باخضاع التكييف للقانون المقارن هو مذهب الاستاذ ابل حيث يرى عدم التقيد, عند اجراء التكييف , بقانون وطني للدولة محددة ووجوب أعماله في ضوء أفكار عالمية تكون دراسة مقارنة لقوانين الدولة المختلفة¹.

ويستند الأستاذ رابل في تدعيم نظريته هذه الى حجة تبدو ظاهرة المنطق مؤداها أن قاعدة الاسناد قد وضعت لسد حاجة المعاملات الدولية وأن من شأن الأخ ديبها تطبيق قوانين

1 - باتيفول ولا جارد, المرجع السابق فقرة 295 ص 483 ماير, القانون الدولي الخاص فقرة 129 صفحة 119

مختلف الدول ومن ثم يجب يتحدد مضمون الفكرة فيها تحديدا عالميا يلبي حاجة المعاملات التي وضعت القاعدة من أجلها¹.

والحال كذلك فإنه يتعين اجراء هذا التحديد بمقارنة قوانين الدول المختلفة لبلورة الفكرة واستجلاء مضمونها. ويتم ذلك كله دون التقيد بالتكييف المعتمد في دولة بعينها فهذا المسعي يمكن معه الكشف عن تكييف عام يجعل لقواعد الاسناد معنى مصطبغا بصيغة عالمية فاذا أريد مثلا تحديد مضمون الفكرة المسندة في قاعدة الاسناد القائلة باخضاع الوصاية على القاصر القانون جنسيته , فان من الأوفق تحديد معنى الوصاية وفقا لمفهوم مجرد يستخلص من دراسة القوانين المختلفة دراسة مقارنة دون التقيد بالمفهوم الثابت في قانون القاضي.

الفرع الثاني: نظرية الإحالة:

نظرية الاحالة لديها عدة تساؤلات سوف نحلها تبعا للنقاط التالية : اولاً: مقصود بالاحالة ونوعيتها : يتضمن قانون كل دولة قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع المطروح أمام القاضي وقواعد اسناد غير مباشرة مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي وفي هذا الصدد قد تثار مشكلة التنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي وبأخذ هذا التنازع صورتين هما:

1- التنازع الايجابي:

نكون بصددده في حال كانت قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص الى قانونها بمعنى أن كل قانون يتمسك باختصاصه ومثال ذلك التنازع بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي في شأن ميراث منقول جزائري متوطن ومتوفي في فرنسا فهذا يتمسك القانون الجزائري باختصاصه طبقا للمادة 16 مدني باعتباره قانون جنسية

1 -Barin principes..op.cit.p.229

المورث، والقانون الفرنسي أيضا يكون مختص طبقا لقواعد الإسناد الفرنسية التي تخضع ميراث لمينقول لقانون آخر موطن للمالك ، فهنا يمكن لكل قاضي التمسك باختصاصه وفقا لقواعد الإسناد في قانونه وذلك بأن يطبق القاضي الجزائري، القانون الجزائري على ميراث الجزائري المتوفي في فرنسا ولا يأخذ بحكم القاضي الفرنسي بينما يطبق القاضي الفرنسي القانون الفرنسي اذ طرح عليه النزاع ولا يعتد بحكم القانون الجزائري¹.

2- التنازع السلبي: نكون أمام هذه الصورة من التنازع في حال قضت قواعد الإسناد في

قانون كل دولة اها علاقة بالنزاع بعدم اختصاصها وذلك باسناده إلى قانون أجنبي غير قانونها وهنا تظهر لنا فكرة الاحالة . فمثلا لو تعلق النزاع بأهلية انجليزي متوطن بالجزائر وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري فانه وفقا لقواعد الإسناد في قانونه سيحيل الاختصاص للقانون الجزائري أي قانون موطنه وبذلك فأمام هذا الاشكال نتساءل عن أي القانونيين نطبق لحل النزاع وهل يمكن للقاضي اللجوء مباشرة الى تطبيق القواعد الموضوعية في انشأت الأجنبي المختص؟

ظهرت الإحالة لأول مرة في عام 1841 امام المحاكم الانجليزية ولم تتبلور الفكرة الى نظرية امام المحاكم الفرنسية عام 1878 وتتخلص وقائع FORGO قانونية الا في قضية فورج هذه القضية فيمايلي:

- ان فورجو ولد باقليم بافاريا في المانيا من زواج غير شرعي ،ويتمتع بالجنسية البافارية عندما رحل م ع والدته الى فرنسا وعمره خمس سنوات مات فيها في الثامنة والستين من عمره دون أن يترك أية وصية ودون أن يكسب أي موطن قانوني في فرنسا ذلك أن اكتساب الموطن القانوني في فرنسا يتطلب الاذن الرسمي الخاص بالموطن ، ولم يثبت أن فورجو قد حصل على هذا الاذن فاعتبر محتفظا بموطنه القانوني في بافاريا.

1- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والأردني والمقارن الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، صفحة 58.

ولم يكن لفرجو أبا ولا أما ولا زوجة لأنها قبله أو أولادا يرثونه . ثار نزاع بين الحواشي "فرجو" الذين جاؤه من بافاريا للمطالبة بحقهم في التركة . مصلحة أملاك الدولة الفرنسية التي استولت على الأموال التي تركها على أساس تدخل في الحكم التركة التي لا وارث لها¹.

وأقامت إدارة الدومين العام² بشأن تطبيق القانون الفرنسي على أساس أن قواعد التنازع في القانون البافاري - وهو القانون المختص وفقا لقواعد الاسناد الفرنسية تقضي في الحالة بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفي . ولما كان الموطن الفعلي لفرجو في فرنسا , فيكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على الدعوى.

ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية , أقرت في حكمها الصادر في يونيو وجحة نظر إدارة الدومين العام الفرنسية وقبلت بذلك احالة قاعدة الاسناد البافارية إلى أحكام القانون الفرنسي في شأن الميراث.

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالاحالة من الدرجة الأولى . أي الاحالة التي تؤدي الى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي.

ومهما يكن من أمر تطور القضاء في فرنسا أو في غيرها من الدول واحتمالات هذا التطور فان الحقيقة التي لا تقبل ا لجدل هي أن قضية "فرجو" قد نبهت الأذهان لأول مرة الى أهمية مشكلة الاحالة, وكانت بذلك نقطة البداية التي أثارت جدلا فقهيًا صاحبًا حول هذه المشكلة لم ينتهي بعد حتى وقتنا هذا.

1- استاذ. بلعير عبد الكريم, محاضرة في القانون الدولي الخاص على ضوء تعديلات التي جاء بها القانون 1005 لسنة 2005 السنة الجامعية 2007 . 2006 جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون.

2- هشام خالد, القانون الدولي الخاص , الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي, اسكندرية, مصر, 2010, ص 568 و569 و570.

ومن جانب آخر ، ففي ألمانيا صدر القانون الدولي الخاص الألماني في 18/08/1892 وتعتبر المادة 27 منه "أول نص تشريعي وطني يقرر قبول الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى".

وذهب المادة إلى قصر الإحالة من القانون الأجنبي إلى القانون الألماني في حالات محدد تتعلق بالمسائل الآتية:

أ- حالة الشخص أهليته.

ب - الشروط الموضوعية لانعقاد الزوجية

ج - النظام المالي للزوجية.

د- ميراث الأجانب المتوطنين في ألمانيا.

ورغم ذلك فإن القضاء المحكمة العليا في ألمانيا قد استقر على قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى القانون الألماني ، في غير الأحوال المنصوص عليها صراحة في المادة 27 وهذا يعني أنه قرر قبول الإحالة من الدرجة الأولى كأصل عام و أنه علاوة على ذلك قرر قبول الإحالة من الدرجة الثانية".

وقد اتخذ القانون الدولي الخاص الألماني الجديد و الصادر 25 جوبلية 1982 موقفا متميزا بصدد نظرية الإحالة ، حيث نصت المادة 4 منه على أنه ؛ "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية ، فإنه يجب أن تطبق قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة وبالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة - الإسناد ، ويجب أن تطبق القواعد الداخلية الألمانية (المادية) إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني".

وهكذا يبين لنا الشارع الألماني أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى و التي بمقتضاها يحيل القانون الأجنبي إلى القانون الألماني وكذا أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية حيث يحيل القانون الأجنبي لقانون أجنبي آخر¹.

ثانيا : أنواع الاحالة.

الإحالة صورتان :فقد تكون إحالة من الدرجة الأولى ، وقد تكون من الدرجة الثانية.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من نظرية الاحالة

يظهر لنا موقف المشرع الجزائري من الاحالة من نص المادة 23 مكرر 1 من ق.م. التي تنص على أنه اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبيق منه الا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري اذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"

يتضح لنا من الفقرة الثانية لنص المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاحالة الدرجة الأولى فقط أي الحالة التي يرجع فيها القانون الأجنبي الاختصاص للقانون الجزائري , أما في غير هذه الحالة فطبقا للفقرة الأولى من نفس المادة فان القانون الجزائري يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند اليه ولو كان يرفض الاختصاص ويسنده الى قانون آخر².

ففيما يتعلق بالاتجاه المؤيد لهذه النظرية فانه تبنى الحجتين السابق الاشارة لهما أعلاه. أما الاتجاه المعارض لهذه النظرية , فانه بالاضافة للحجتين السابقتين المأخوذ بهما

1- هشام خالد ، المرجع السابق،ص 571.

2- - نسرين شريقي. نفس المرجع السابق ص 48 2 - حبار محمد, نفس المرجع السابق. ص 82.

في ظل الفقه الفرنسي , فانه أضاف حجة ثالثة تتمثل في قوله أن الأخذ بنظرية الاحالة سيؤدي بنا الاخضاع الأجانب غير المسلمين المقيمين بالجزائر لقانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الاسلامية وهو ما يتعارض مع ارادة المشرع الجزائري كما انه لا يتمشي أيضا مع رغبة الأجانب المقيمين بالجزائر أنفسهم.

وبفهم من نص المادة 23 من ق.م.ج أن مشرعنا يستبعد كمبدأ عام الأخذ بنظرية الاحالة,ونه يعتمدها استثناء وذلك في الحالة التي تشير فيها قاعدة الاسناد الواردة بالقانون الأجنبي لتطبيق القانون الجزائري , وهو ما يفيد تبنيه لما اصطلح على تسمية بالاحالة من الدرجة الأولى وحدها أو ما يسمى بحالة الرجوع ومثل هذا الحل يبقى محبدا لأنه سيؤدي بالقاضي الجزائري الى تطبيق القانون الوطني ويجنبه بذلك صعوبة البحث عن القانون الأجنبي والتعرف على أحكامه والتي كثيرا ما قد تكون صعبة المنال بالنسبة اليه خاصة اذا تعلق الأمر بنظام قانوني غريب النظام القانوني الجزائري.

المطلب الثاني: تطبيق القانون الأجنبي

عندما تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الوطني فان هذا الأخير هو الواجب التطبيق. أما اذا كان القانون المشار اليه قانونا أجنبيا

فالى أي مدى يلتزم القاضي بتطبيقه؟ وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على ا لخصوم اثبات مضمون هذا القانون؟ وهل يعد هذا القانون الأجنبي قانونا ويظل محتفظا بطبيعته بالرغم من تجاوزه للحدود الاقليمية للدولة التي سنته أم أنه يعتبر مجرد وقائع يتعين على الخصوم اثباتها وتقديم الدليل حول مضمون هذه القواعد؟ تلك هي أهم الإشكالات التي تثار به ذا الصدد ومن أجل الكشف وبحث هذه الاشكالات القانونية يتعين علينا معالجة ذلك وفق فكرتين أساسيتين , نبحث في الفرع الأول أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القضاء الوطني وفي الفرع الثاني نتطرق الى موانع

تطبيق القانون الأجنبي . نتبع في ذلك المنهج التحليلي وا لمقارن والنقدي مسترشدين ببعض القوانين المقارنة بخصوص التعامل مع القانون الأجنبي من حيث الأساس وكيفية التطبيق السليم له¹.

الفرع الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القضاء الوطني

نظرا للصفة المزدوجة لقاعدة الاسناد , فان أعمالنا لها قد تؤدي بنا لإخضاع العلاقة المعروضة اما للقانون الوطني أو الاجنبي وحينئذ تثار عدة تساؤلات تتعلق بتحديد المقصود بعبارة القانون الأجنبي , وبيان أساس تطبيقنا له , وكذا البحث عن المركز القانوني للقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني . وهي كلها تساؤلات ذات أهمية قصوى تقتضي منا التعرض لها بالتحليل.

اذا كان القانون يطبق داخل الحدود الإقليمية للدولة التي سنته كأصل عام . الا أن القانون قد يمتد تطبيقه إلى الخارج هذه الحدود خصوصا اذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبيا . فهل تحتفظ هذه القواعد القانونية المطبقة بأوصاف القاعدة القانونية عن المشرع ليطبقها القاضي الوطني؟

اولا: أساس تطبيق القانون الأجنبي

أن مسألة تحديد الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام الوطني أثارت جدلا فقهيًا في القانون المقارن يمكن في النظريات التالية:

1- فكرة الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي لنظرية الأنجلو أمريكية:

1- بلماضي عمر,اشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية. عدد 02. كلية الحقوق الجزائر 2008 , ص 349.

يعتبر جانب كبير من الفقه الأنجلو أمريكي أن القاضي الوطني وهو يطبق القانون الأجنبي لا يعد أن يكون مجرد اعتراف بالحق الذي تم اكتسابه في الخارج ، فمثلا إذا طرحت أمام القاضي الإنجليزي مسألة الاعتراف بزواج أبرم وفقا للقانون الجزائري فإن هذا القاضي لا يستطع أن يعترف بهذا الزواج وشرعيته إلا وفقا للشروط والأوضاع التي يحددها القانون الجزائري للاعتراف بهذا الزواج، ومدلول ذلك أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فإنها تهدف إلى الاعتراف بالحق الذي نشأ وفق هذا القانون ، إذ أن القانون الأجنبي لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر هذا الحق (الذي نشأ في الخارج) أو الواقعة المكتسبة للحق وكل من يريد التمسك بنشأة هذا الحق في الخارج يقع عليه عبء الإثبات ، ويثبت القانون الأجنبي الذي يعتبر سببا في اكتساب هذا الحق ومتى تمكن الخصم من إثبات حقه وفقا للقانون الأجنبي فما على القاضي إلا الاعتراف بهذا الحق الذي نشأ وتم اكتسابه وفقا لقانون أجنبي¹ .

إن مرتكزات هذه النظرية غير صائبة إلى حد بعيد على اعتبار أن مسألة الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج التي تنشأ صحيحة وفقا للقانون الذي قامت في ظلها مسألة ليست محل جدل وخلاف ، شريطة أن يكون هذا الحق المكتسب لا يخالف النظام العام في دولة القاضي، ومن جهة ثانية لا يمكن الفصل بين الاعتراف بحق نشأ في الخارج والقانون الأجنبي الذي نشأ في ظلها الحق المكتسب² .

2- القانون الأجنبي مسألة واقع (المدرسة الفرنسية)

إن بعض الفقه في فرنسا - باتيفول ولاجارد . يعتبر أن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني ما هو إلا عنصرا من عناصر الواقع، وينطلقون من فكرة مفادها أن

1- سامية راشد، قاعدة الإسناد أمام القضاء، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 37.
2- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 24.

كل قاعدة قانونية لها عنصر عقلي وهي عامة ومجردة وعنصر الإلزام الذي يضيف على القاعدة قوتها الملزمة وتظل القاعدة تتمتع بهذين العنصرين متى طبقت داخل الدولة التي سنتها، ومتى طرحت هذه القاعدة أمام قاضٍ آخر بوصفها قانوناً أجنبياً فإنها تفقد عنصر الإلزام وتطبق بوصفها واقعة ثبت وجودها أمام القاضي، ويتعين على الخصوم إثبات هذا القانون وكل خطأ في تفسير هذا القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتباره مسألة واقع.

إن الفقه لم يرحب بهذه النظرية بل انتقد النظرية عند تقريره بأن القانون الأجنبي يتحول إلى واقعة وأن القاضي الذي يطبق هذا القانون لا يخاطب بالأحكام التي ترد في هذه القاعدة، فهذا فيه نوع من المجازفة

والمجاز ولا يصح التسليم به، فالقاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها سواء طبقت من

طرف القاضي الوطني أو طبقها قاضي أجنبي بوصفها قانوناً أجنبياً¹

ومن خلال ما سبق فإن المشرع الجزائري لا ينكر الصفة القانونية للقانون الأجنبي لكن يخضع لمعاملة تختلف عن القانون الوطني، وبناء على ذلك فإنه من يتمسك بالقانون الأجنبي عليه إثباته وكذلك فإنه متى كان القاضي الجزائري عالماً بالقانون الأجنبي طبقه من تلقاء نفسه.

ثانياً: مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

إن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يجد أساسه في أن اختصاص هذا القانون قد تحدد بأمر من المشرع الوطني الذي جعل إرادته في قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيق هذا القانون، وقد بينا سابقاً بأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته بالرغم من أن تطبيقه يكون حتى خارج حدود الدولة التي شرعته لذا نكون أمام إشكالات مفادها هل

1- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 40.

القاضي الوطني يلتزم بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أم به يتحمل ذلك الخصوم؟ وكيف يتم تفسير هذا القانون؟ هل وفقا لقانون الدولة الشارعة له أم وفقا لقانون القاضي؟ وفي حالة حصول خطأ في تفسير هذا القانون هل للمحكمة العليا دور في الرقابة على صحة تطبيق وتفسير هذا القانون؟

يبرز موقف المشرع الجزائري م ن خلال نص م 23 مكرر ق م ج حيث جاء فيها "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

إذا كانت قاعدة الإسناد المشار إليها في القانون الوطني هي المحدد للقانون الواجب التطبيق عند النزاع وهذه القاعدة لها صفة الإلزام، ويجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه¹

لقد ذكرنا بأن القاضي يلعب دورا إيجابيا في إثبات القانون الأجنبي متى كان عالما بمضمونه ، كما أن للخصوم دورا في ذلك لكن الإثبات الذي نقصده لا يهدف إلى إخضاع القانون الأجنبي لقواعد الإثبات القضائي إذ أن طرق إثبات هذا القانون تكتسي نوعا من الخصوصية تميزها عن الطرق المحددة قانونا للإثبات الوقائع دون أن يعني ذلك قطع الوصال بينهما وفي هذا الخصوص فإن بعض التشريعات المقارنة

لم تحدد صراحة طرق الإثبات مما جعل القضاء يجتهد في تحديد هذه الطرق واستقر العمل في القانون المقارن على أن هناك أصل وهو الإثبات بكافة الطرق التي تمكن من تحقيق الغرض² .

1- هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1968، ص 267. د. علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 135.

2- شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، الإسكندرية، 1987، ص 05.

الفرع الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي أو في القانون الذي يتعين بمقتضاها في القانون الواجب التطبيق يتوجب عندئذ العمل بمقتضى القانون الذي رسي الإسناد إليه لتطبيق قواعده الموضوعية ، و مع ذلك فإن تطبيق القواعد الموضوعية للقانون المعين قد يصطدم واقعا بمانع يحول دون تطبيق هذا القانون لوجود مانع يدعو إلى استبعاده . فموانع تطبيق القانون الأجنبي في النظام العام و الغش نحو القانون . فما هو المقصود بهما ؟ و هل يمكن تطبيقهما في القانون الدولي الخاص؟

أولا: الدفع بالنظام العام.

تنص م 24 ق م ج في جزئها الأول على عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر، والمقصود بالنصوص السابقة المواد من والى 23 ق م ج.

1- فكرة النظام العام

لم يكن دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد معروفا في القديم، بل كان دور النظام العام يستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص القانون الإقليمي ولم يبرز دور النظام بمفهومه الحديث إلا في القرن 19 على يد الفقيه الألماني سافيني.

حيث يؤكد الفقه الحديث في مجموعه أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في المجتمع ، ففكرة النظام العام هي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان و الزمان ، فما قد يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى ، و ما يصطدم مع النظام العام في داخل نفس

الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمراً منافياً للنظام العام في وقت آخر، فالنظام العام على هذا النحو فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض و بالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق، إلا أنه وبالرغم من إخفاق الفقه في ضبط فكرة النظام العام إلا أن الفقه ومهما كانت اتجاهاته فإنه يلتقي في فكرة أساسية و هي استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية في الدولة¹.

2- شروط الدفع بالنظام العام

هناك ثلاثة شروط أساسية:

- يجب أن يكون هناك ثمة صلة بين النزاع المطروح وبين دولة القاضي.
- يجب أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد في قانون القاضي.
- يجب أن يكون القانون الأجنبي المطبق يختلف مع النظم العام في دولة القاضي.

3- آثار الدفع بالنظام العام.

أ- الأثر السلبي :

نصت م 24 ق م ج على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر وهو ما يقصد به الأثر السلبي للدفع بالنظام العام، لكن هناك من الفقه من يقول بالاستبعاد الكلي و هناك من يرى الاستبعاد الجزئي أي ينحصر استبعاد القانون الأجنبي في الجزئية التي يتعارض فيها مع فكرة النظام العام في دولة القاضي ، وهذا الرأي الراجح.

ب - الأثر الإيجابي :

يتمثل الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي وتطبيق القانون الوطني لهذه الدولة (دولة القاضي) فهذا التطبيق القانون الوطني هو ما يعرف بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام²

1- محمد خيرى كصير، نفس المرجع السابق، ص 133.

2- يخلف عبد القادر دروي غير مطبوعة ملقاة على طلبة ماستر 1، جامعة وهران، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014-2015.

ج - الأثر المخفف :

ويتعلق هذا الأثر بالحقوق التي تنشأ في دولة أجنبية و تثار أمام القاضي الجزائري، فهل تكون لها آثار في قانونه إذا كان مخالف للنظام العام؟

إن القانون الأجنبي لا يستبعد في جميع الحالات التي يخالف فيها النظام العام لدولة القاضي إذا اكتسب الحق في الدولة الأجنبية، حيث يمكنه الاحتجاج بآثاره و هذا ما يعرف بالأثر المخفف للدفع بالنظام العام ومثال ذلك عدم تردد المحاكم الفرنسية في الاعتراف بآثار الطلاق الواقع في الخارج ولو كان قد تم بناء على أسباب لا يقرها القانون الفرنسي ، بينما لا تقر هذه المحاكم إيقاع الطلاق في فرنسا لتعارضه مع نظامها الداخلي¹.

ثانيا: الغش نحو القانون

قد يلجأ أطراف العلاقة إلى تغيير ضابط الإسناد وتغييره يتغير القانون الواجب التطبيق. كتغيير الجنسية أو الموطن وهذا التغيير في حد ذاته مشروع، ولكن قد يلجأ أطراف العلاقة إلى تغيير ضابط الإسناد بشكل متعمد للتهرب من أحكام القانون المختص حقيقة بحكم المسألة. فيصبح قانون آخر مختص بحكم المسألة وهذا ما يصطلح عليه بالغش نحو القانون والذي يمكن تعريفه بأنه ق يام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا.

1- نشأة الدفع بالغش نحو القانون

تعتبر القضية المشهورة في فقه القانون الدولي الخاص بقضية الأميرة "بوفرمون" و قد كانت السيدة البلجيكية الجنسية قد تزوجت من ضابط فرنسي هو الأمير "دي بوفرمون"

1- محمد خيربي كصير، نفس المرجع السابق، ص 144.

"أصبحت فرنسية بالزواج، وفي سنة 1874 أرادت هذه السيدة الطلاق من زوجها الضابط الفرنسي - إلا أن القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق ، فتجنست الأميرة بوفرمون بجنسية إحدى الدويلات الألمانية وهي دوقية :ساكس التمبورج سنة 1875:و التي يسمح قانونها بالطلاق ، فحصلت على حكم بالتطليق طبقا لقانون جنسيتها الجديدة و تزوجت في برلين بالأمير الروماني بيسكو وعادت إلى فرنسا وعاشت معه هناك ، فرغ الزوج الأول الضابط الفرنسي دعوى إلى القضاء الفرنسي طالبا طلاقها منه ، و بالتالي بطلان الزواج المترتب عليه . فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1878 ان تجنس هذه السيدة بالجنسية . الألمانية قد تم "غشا نحو القانون الفرنسي".

ولقد فتحت هذه القضية الباب لاهتمام الفقه بفكرة الغش نحو القانون فهناك من أيد هذه الفكرة و البعض الآخر هاجمها لكن القضاء الفرنسي أيدها.

الفصل الثاني

كانت اتجاهاته فانه يلتقي في فكرة أساسية و هي استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية في الدولة¹.

2- شروط الدفع بالنظام العام

هناك ثلاثة شروط أساسية:

- يجب أن يكون هناك ثمة صلة بين النزاع المطروح وبين دولة القاضي.
- ، يجب أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي . يجب أن يكون القانون الأجنبي المطبق يختلف مع النظم العام في دولة القاضي.

3- آثار الدفع بالنظام العام.

أ- الأثر السلبي :

نصت م 24 ق م ج على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر وهو ما يقصد به الأثر السلبي للدفع بالنظام العام، لكن هناك من الفقه من يقول بالاستبعاد الكلي و هناك من يرى الاستبعاد الجزئي أي ينحصر استبعاد القانون الأجنبي في الجزئية ال تي يتعارض فيها مع فكرة النظام العام في دولة القاضي ، وهذا الرأي الراجع

ب - الأثر الايجابي :

يتمثل الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي وتطبيق القانون الوطني لهذه الدولة (دولة القاضي) فهذا التطبيق للقانون الوطني هو ما يعرف بالأثر الايجابي للدفع بالنظام العام².

ج - الأثر المخفف :

ويتعلق هذا الأثر بالحقوق التي تنشأ في دولة أجنبية و تثار أمام القاضي الجزائري، فهل تكون لها آثار في قانونه إذا كان مخالف للنظام العام؟

1- محمد خيرى كصير، نفس المرجع السابق، ص 133

2- يخلف عبد القادر دروي غير مطبوعة ملقاة على طلبة ماستر 1، جامعة وهران، كلية الحقوق، السنة الجامعية

الفصل الثاني : التطبيقات العملية لتنازع القوانين

بعد استعراضنا لكل مفهوم تنازع القوانين، تفسير قاعدة تنازع القوانين وتطبيق القانون الأجنبي، نأتي الى دراسة مسألة تطبيق قاعدة التنازع أي تحديد قواعد الاسناد بالنسبة للفئات القانونية الموجودة في القانون الداخلي وهي:

- الأحوال الشخصية الأحوال العينية

- الوقائع والنصوص القانونية

يتعلق الأمر بتحديد القانون الواجب التطبيق على فئات القانونية.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

إن قواعد الإسناد في اغلب التشريعات تجعل مسائل الأحوال الشخصية خاضعة لقانون الجنسية (قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها) وفي بعض الأحيان يصعب تجديد قانون الجنسية بسبب تعدد و ازدواج او انعدام الجنسية أو تغييرها فما هي الحلول التي جاءت بها قواعد الاسناد في قانون الجزائري؟ ونقسم مبحثنا إلى مطلبين نعالج في مطلب الأول مفهوم الأحوال الشخصية أما المطلب الثاني فنخصصه المختلف المسائل التي يدخلها المشرع الجزائري في نطاق الأحوال الشخصية وبيان القانون الذي يحكمها¹.

المطلب الأول: مفهوم الأحوال الشخصية

يقصد بعبارة الأحوال الشخصية والتي يسميها مشرعنا بشؤون الأسرة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص علما أن الشخص قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا اعتباري أو معنويا والمقصود بعبارة الأحوال الشخصية موضوع دراستنا هي المسائل المتعلقة بشخص الطبيعي وحده على أن الجدي ر بالملاحظة هنا هو أن مفهوم الأحوال الشخصية يختلف من دولة لأخرى . بينما تدرج أهمية عندنا على سبيل المثال ضمن مسائل الأحوال الشخصية، فإنها تعتبر في القانون المدني المصري عقدا ماليا عاديا.

1- غالب علي داودي، نفس المرجع السابق، ص 151

الشخصية وان المسألة هنا تبقى تكليف وعليه، فإننا في الجزائر ونحن بصدد تحديدنا لمسائل أحوال شخصية، فإننا نرجع شأنها القانون الأسرة الجزائري وحدها¹
الفرع 1: تعريف الأحوال الشخصية وتحديد مواضعها.

" تسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"

1- تعريف الأحوال الشخصية:

إن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة المواد المتعلقة بالمركز القانوني لشخص الطبيعي معتبرا في حد ذاته وفي علاقاته العائلية وتبين هذه المادة أن الأحوال الشخصية تخضع لقانون الوطني أي لقانون جنسية الشخص (ق الشخصي)².

على عكس دول الأخرى التي تربط الأحوال الشخصية بقانون المواطن مثل القانون الإنجليزي والامريكي ولا يزال جدل قائما في الفقه حول المفاضلة بين هذين الضابطين الجنسية من جهة والمواطن من جهة أخرى فيرى أنصار الجنسية أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته هو أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بأحوال الشخصية.

ومن جهة أخرى التحقق من انتماء الشخص الى دولة معينة هو أمر ليس بالعسير، خلال لما عليه الحال بالنسبة للمواطن حيث يسهل لشخص تغييره.

أما أنصار المواطن فهم يرون العكس أي أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بموطنه هو أكثر القوانين ملائمة بحكم المسائل المتعلقة بأحوال الشخصية، ذلك أن استقرار الشخص في مكان معين يجعل ارتباطه بهذا المكان أقوى من ارتباطه بالدولة التي ينتمي إليها بجنسيته³.

ثانيا : تحديد المواضع التي تدخل في تكوين الأحوال الشخصية في الجزائر

تحدد مواضع التي يظمها مشرنا في قانون الأسرة الجزائري، باعتبارها تدخل في تكوين الأحوال الشخصية عندنا، بما يلي : الحالة، الأهلية، الروابط الزوجية (التي تضم كلا من الخطبة وتكوين عقد

1- حبار محمد، نفس المرجع السابق ص 111.

2- عليوش قريوع كمال، نفس المرجع السابق ص 187

3- هشام علي صادق، نفس المرجع ص 192

الزواج من ناحيتين الموضوعية والشكلية وأثاره وتحديد طرق انقضائه) والنسب ونفقة بين الأقارب، حماية القصر، مثيرات، الهبة والوقف.

كما أن الميراث والوصية تدرجان في فرنسا ضمن طائفة الأموال بينما يعتبران عندنا من قبيل مسائل الأحوال¹.

الفرع 2: بيان القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية

يخضع مشرعنا كل مسائل الأحوال الشخصية (شؤون الاسرة) لقانون الجنسية.

غير أن تطبيق قانون الجنسية يضع لنا هنا إشكالية:

قد يكون الشخص متعدد الجنسيات أي يكون هذا الشخص حاملا لأكثر من جنسية، كما أنه قد يتعلق الأمر بشخص لا يحمل أية جنسية والذي يعرف اصطلاحا بشخص عديم الجنسية. وقد تعرض مشرعنا لكلا الحالتين وأورد لكل منهما حكما خاصا بها.

أولا: حالة تعدد الجنسيات

تثبت لشخص عدة جنسيات في وقت واحد مما يطرح مشكلة تحديد من بين هذه الجنسيات اجنبية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تعيينه للقانون الواجب التطبيق.

لقد تصدى المشرع الجزائري لهذه المشكلة فميزتين فرضيتين:

الفرضية (1): عندما تكون كل الجنسيات التي تثبت لشخص اجنبية

الفرضية(2): عندما توجد من بين الجنسيات التي تثبت لشخص الجنسية الجزائرية.

ففي الفرضية الأولى : اوجب المشرع الجزائري في المادة 22 في القانون المدني تطبيق قانون الجنسية الفعلية لشخص وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها. ويظهر هذا الارتباط بها من ظروف الحال كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية، أو أنه إتخذ إقليمها موطن لممارسة جميع نشاطاتها، أو أنه التحق بإحدى الوظائف العامة فيها، اذ رشح نفسه فيها لإحدى الهيئات النيابية.

وهذا الحل الذي تبناه المشرع الجزائري وهو الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، وأخذت به محكمة

التحكيم الدائمة بالاهاي بتاريخ 03/06/1912 في قضية كانيفارو.

الفرضية الثانية: أي لما توجد من بين جنسيات التي يتمتع بها الشخص الجنسية الجزائرية فانه على

القاضي تطبيق، وفقا للمادة 22 من ق المدني القانون الجزائري.

وقد أخذ بهذا الحل القوانين العربية كما أنه الحل الذي أخذت به إتفاقية لاهاي سنة 1930 الخاصة ببعض المسائل تنازع القوانين في الجنسية (المادة 03).

ثانيا : حالة انعدام الجنسية

اختلف الفقه في كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق لما يكون الشخص عديم الجنسية فقال البعض تطبيق القاضي قانون الدولة التي كان الشخص يعمل جنسيتها قبل انعدام الجنسية، غير أن هذا الحل قد أنتقد على أساس أنه من الممكن أن يكون هذا الشخص عديم جنسية منذ الولادة، وقال البعض الآخر تطبيق القاضي قانون الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية . غير أن هذا الحل قد أنتقد بدوره على أساس أن الولادة في دولة معينة قد تكون بصفة عرضية كما أنه من الممكن أن تكون هذه الدولة هي التي حرمتها من جنسيتها.

ويذهب الرأي الراجح إلى القول بتطبيق على عديم الجنسية قانون موطنه، فإذا لم يكن له موطن يطبق عليه قانون البلد الذي فيه محل إقامته، فإذا تعذر ذلك يطبق عليه قانون القاضي الذي ينظر في النزاع.

وفي هذه الحالة نص المشرع الجزائري في المادة 22 الفقرة الأخيرة من القانون المدني في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، كما أن المادة 12 من معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 ومتعلقة بمركز عديمي الجنسية، والتي صادقت عليها الجزائر في 8 جوان 1964 تجعل الاختصاص لقانون الموطن¹.

المطلب الثاني: نطاق الأحوال الشخصية.

أوضحنا آنفا أن الأحوال الشخصية هي كل من الحالة المدنية والأهلية والروابط الزوجية والميراث والوصية والهبة والوقف ولهذا سنقسم دراستنا في هذا المطلب إلى نقطتين ندرس في الأولى الحالة المدنية والأهلية والزواج ونخصص النقطة الثانية لدراسة العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي والتي تتمثل في الوصية، الميراث، الهبة، الوقف.

1- أعراب بلقاسم، نفس المرجع السابق، ص206.

الفرع الأول: القانون الذي يحكم الحالة الأهلية والزواج.

أولاً: الحالة المدنية:

وهنا لا بد من التفريق بين حالة الشخص الطبيعي وحالة الشخص المعنوي.

حالة الشخص الطبيعي : ويقصد بها مجموع الصفات التي تحدد مركز الشخص الطبيعي داخل أسرته والتي تعرف بالحالة المدنية لشخص الطبيعي وتدرج ضمنها المسائل المتعلقة بالصفات الطبيعية لشخص طبيعي من حيث كونه ذكرا او انثى او راشدا أو قاصرا او متزوجا أو اعزب أو أرملًا أو أبا أو ابنا وما إذا كان سليم القوى العقلية أم مصاب بعاهة من شأنها التأثير على ملكاته العقلية وما إذا كان مسلما أم أنه يدين بدين سماوي آخر¹.

وقد تشمل حالة الشخص مجموعة الصفات المتعلقة بالتعريف بالشخص نفسه (الإسم، الموطن). فيما يتعلق بالاسم: فهو الوسيلة التي تميز الشخص عن غيره من الأشخاص ويتألف اسم الشخص عادة من اسمه العائلي أو لقبه ومن اسمه الشخصي . وقد جاء في المادة 28 من قانون المدني الجزائري ما يلي: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فاكثر، ولقب يلحق اولاده".

وبحكم أن الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهو الذي يميزه عن شخصيات التي تزخر بها الحياة الاجتماعية فإن انساب القوانين التي يجب أن يخضع لها هو قانون الشخصي أي قانون الجنسية بالنسبة للجزائر تطبيق المادة 29 من قانون المدني الجزائري.

فيما يتعلق بالموطن : ينقسم الموطن بالنسبة للجزائر إلى قسمين م وطن عام وموطن خاص : وينقسم الموطن العام إلى موطن اختياري وموطن الزامي.

الموطن الاختياري حسب نص المادة 36 من التقنين المدني وهو المحل الذي فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكن يحل محلها مكان الإقامة العادية . والموطن الإلزامي هو موطن الذي يحدده القانون بالنسبة لبعض الأشخاص دون الأخذ بالاعتبار إرادتهم واختياراتهم كالقاصر والعجوز والمفقود والغائب .

تطبيق المادة 37 من التقنين المدني : " موطن القاصر والمحجور عليه و المفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا"

1- حبار محمد، نفس المرجع السابق، ص115

أما الموطن المختار فهو الموطن الذي يخاطب فيه الشخص بخصوص بعض أوجه النشاط المحدد على وجه التخصيص . وينقسم هذا الموطن إلى ثلاث أنواع : موطن الأعمال وهو المكان الذي يمارس فيه تجارة او حرفة وذلك بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة.

وموطن ناقص الأهلية بالنسب لمن يعتبر أهلا بمباشرة تصرفات القانونية لهذا القاصر مادة 38 من قانون المدني الجزائري وموطن مختار وهو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل معين (المادة 39 من ق م ج) . يخضع تحديد الموطن لقانون الجنسية لأنه هو الذي يتيح لنا العثور على مكان الشخص وذلك لأنه متعلق بحالة الشخص ومن عناصر المميّزة لشخصيته وقد يتخذ كضابط للإسناد كما قد يتحدد الاختصاص القضائي على أساسه.

وقد اخضع المشرع الجزائري حالة الأشخاص لقانون الجنسية أو ما يسمى بالقانون الوطني تطبيقا للمادة 10 / 1ق م ج التي تنص : " على انه يسري على حالة الأشخاص... قانون الدولة التي ينتمون إليهم بجنسيتهم" ¹ ومضى ذلك أنه إذا اقتضى الأمر البحث في مسألة تخص حالة الشخص الطبيعي بدءا من ولادته إلى حين وفاته فإنه يتم الرجوع في هذه المسألة إلى قانون الجنسية.

وهذا بالنسبة للجزائر ولا يستثنى من هذا سوى تلك الحالة التي يكون من شأن هذا القانون المطبق المساس بالنظام العام الجزائري كتطبيق قانون اجنبي يخص زواج مسيحي بمسلمة وهذا يتعارض بدون جدال مع ما هو مقرر بالجزائر من عدم صحة زواج المسلمة بغير مسلم فلا يمكن تطبيقه².

2- حالة الشخص الاعتباري: أما حالة الشخص الاعتباري ما يتعلق بها من تمتع هذا الشخص بالشخصية معنوية ومن تنظيمه وتكوينه وإرادته وتصرفاته فقد تناولنا الفقرة 3 من المادة 10 من ق م ج اما الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات

1- اعرب بلقاسم، نفس المرجع السابق، ص 210 وص 211.

2- حبار محمد ، نفس المرجع السابق، ص 115

وغيرها، التي تمارس نشاط في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري". وعلى ذلك فتخضع حالة الشخص الاعتباري للقانون الجزائري إذا كان يتخذ فيها مركز نشاطه. أما إذا لم يكن له في الجزائر مركز نشاط، فإن العادة جرت على أن يطبق على احواله الشخصية قانون الدولة التي يتخذ فيها مركز إدارته الرئيسي¹.

ثانيا: الأهلية

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له مثل هذه الحقوق أو تحمله للالتزامات ومن هذا التعريف للأهلية يستخلص أن الأهلية نوعان: أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

فأهلية الوجوب يقصد بها مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات أي أنها صفة تنقرر بالشخص والتي من شأنها أن تجعله صالحا لأن يتعلق به حق أو أن يلزمه التزام ومثل هذه الأهلية تثبت لشخص بغض النظر عند مدى بلوغه أو عدم بلوغه سن التمييز وبغض النظر عن إصابته بعارض من عوارض التمييز في جانبه من عدمها كما أنها قد تثبت للجنين أيضا عن مدى صلاحية الشخص المباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزاما. أي أنها صفة تقوم في الشخص فتجعله صالحا لأن يباشر بنفسه عملا قانونيا أو قضائيا خاصا بالحقوق وبالواجبات التي تتعلق به، وهي تكتمل ببلوغ الشخص 19 سنة كاملة (المادة 40 فقرة 2 من ق م ج) مع وجوب خلو هذا الشخص الطبيعي من العوارض التي من شأنها أن تؤثر على قدرته في التقدير إما بصفة كلية أو بصفة جزئية. وقد يتولى مشرعنا بتحديد القانون الذي يحكم أهلية الشخص الطبيعي في المادة 1/10 من ق م ج بنصه ضمنها على أنه " يسري على أهلية الأشخاص الطبيعيين" قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". والمقصود بالأهلية المنصوص عليها في المادة 1/10 من ق م ج هي الأهلية الأداء العامة، وهي تلك

1- علي علي سليمان، مذكرات في قانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، ص64-65.

الأهلية التي كما سبق التأكيد على ذلك، تتقرر للشخص الطبيعي متى بلغ سن الرشد المحدد في قانوننا المدني ببلوغه 19 سنة كاملة ودون أن يكون مصابا بعارض من عوارض الأهلية (المادة 2/40 من ق م ج) لأن مشرعنا يعتبر أن الشخص الطبيعي ببلوغه سن 19 سنة كاملة فإنه يصبح حينها أهلا المباشرة كل التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزام، مع ما يؤدي إليه ذلك من استبعاد كل من اهلية الوجوب واهلية الأداء الخاصة من نطاق تطبيق نص المادة 1/10 من ق م ج.

وعليه، فإنه إذا اشترط مشرعنا في تصرف ما يجريه الشخص الطبيعي أهلية خاصة، فإنه يسري بشأن اهلية الخاصة هنا نفس القانون الذي يحكم موضوع التصرف ذاته. ومثال ذلك ما ينص عليه مشرعنا في الماديتين 402 و 403 من ق م ج . شأنه في ذلك شأن أغلب التشريعات في العالم، من منع القضاة والمحامين وأشخاص آخرين تولى تحديدهم في هاتين الماديتين من شراء الحقوق المتنازع عليه امام المحاكم التي عملوا بها أو التي يمارسون نشاطهم بدائرة اختصاصها.

ففي هذه الحالة، فإنه يتعين الرجوع لقانون القاضي المعروض امامه النزاع بخصوص هذه المسألة وهو الذي يحدد لنا ما إذا كان الأمر يتعلق هنا بالأهلية أو بمسألة أخرى، كما أن هذا القانون هو الذي يحدد لنا أيضا ما إذا كنا هنا بصدد مسألة تتعلق بأهلية عامة أو بعدم أهلية خاصة.

وإضافة لما سبق، فإن قانون الجنسية هو الذي يحدد لنا مدى توافر الأهلية في الشخص الطبيعي، ويبين لنا متى يصبح الشخص الطبيعي بالغ الرشد من عدمه، ويوضح لنا التصرفات التي يبقى هذا الشخص الطبيعي أهلا للقيام بها وتلك التصرفات التي يمنع عليه القيام به. كما أن هذا القانون هو الذي يوضح لنا الحالة التي يكون فيها الصبي مأذونا له بإدارة أمواله ويحدد لنا أجزاء المترتب على كل تصرف من هذه التصرفات التي قد يقوم باجرائه لها . كما أن القانون هو الذي يحدد لنا عوارض الأهلية ويبين لنا أثرها على التصرف الذي يتم مباشرته. غير أنه قد يحدث هنا أن يقوم جزائري باجراء معاملة مع

أجنبي، ويتبين لنا أن الأجنبي يعتبر كامل الأهلية طبقاً للقانون الجزائري ولكنه يبقى ناقص الأهلية طبقاً لقانون جنسيته. فحينئذ يقتضي الأمر التعرض لحكم هذه الحالة بإشارة إلى قضية مشهورة باسم قضية "ليزاردى" الذي سبق الفصل فيها من محكمة نقض الفرنسية بالحكم السابق اصداره بتاريخ 16/01/1861¹.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن بائع مجوهرات فرنسي الجنسية قام بإجراء معاملة تجارية مع شخص مكسيكي الجنسية يدعى " ليزاردى" الذي كان يبلغ حينها 23 سنة، وتسلم منه التاجر الفرنسي سفاتج (كمبيلات) على سبيل الوفاء بقيمتها. ولما حل أجل الوفاء بهذه الكمبيلات أن القانون جنسيته المحدد بالقانون المكسيكي يحدد سن الرشد ب 25 سنة وأنه وقت إجرائه لهذه المعاملة مع التاجر الفرنسي فإنه كان يبلغ 23 سنة فقط، وهو ما اعترض عليه التاجر الفرنسي محتجاً بأن ليزاردى كان كامل الأهلية وقت إجراء المعامل معه وفق أحكام القانون الفرنسي الذي كان يحدد سن الرشد حينها بالنسبة للشخص الطبيعي ببلوغه 21 سنة.

ولما تم عرض هذا النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية، فإنها أقرت بصحة المعاملة التي تمت بين الطرفين ووضعت لذلك شروط أخذ بها المشرع المصري عنها ونقلها عن المشرع الجزائري في المادة 2/10 من ق م ج التي ورد النص عليها بما يلي: " ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة". وتحليلنا للحكم الوارد بفقرة 2 من المادة 10 من ق م ج فإننا نستخلص الشروط المتصلة قانوناً لتطبيق هذا الاستثناء وهي شروط تتمثل في مايلي:

1 - حبار محمد، نفس المرجع، ص 116-118.

- 1- أن يكون التصرف الذي تم إجراؤه بين الطرفين تصرفا ماليا. ومعنى ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق بشأن مسائل الأحوال الشخصية لأن الأمر يتعلق هنا بنص استثنائي لا يجوز.
- 2- أن يكون هذا التصرف أبرم في الجزائر ورتب آثاره بها. علما أن هذين الأمرين يبقيان هنا متلازمين.
- 3- أن يكون أحد الطرفين جزائريا وكامل الاهلية طبقا للقانون الجزائري، وأن يكون الطرف الآخر المتعامل معه أجنبيا.
- 4- أن يكون الطرف الأجنبي المتعامل مع هذا الجزائري كامل الاهلية طبقا للقانون الجزائري وناقصها طبقا لقانون جنسيته.
- 5- أن يكون الطرف الجزائري حسن النية بشأن هذه المعاملة المالية التي أجزاها مع هذا الأجنبي. وعليه، فإذا إذا كان أهلية هذا الأجنبي ظاهرا للعيان فإنه لا مجال لتطبيق نص المادة 2/10 من ق أ. وإذا توافرت هذه الشروط الخمسة مجتمعة، فإنه يترتب على ذلك قرار صحة المعاملة التي تمت بين الطرفين¹.

ثالثا: الزواج

إن الزواج هو أكثر مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير النزاع والخلاف بين الدول، نظرا لاختلاف فكرة الزواج من بلد لآخر، واختلاف شروط وشكل انعقاده وآثاره وانقضاءه. فقد كيف قانون دولة معينة العلاقة التي تكون بين رجل وامرأة على أنها علاقة زواج في حين يراها قانون دولة أخرى علاقة غير مشروعة، ولكن تجدر الإشارة أن عقد الزواج قبل انعقاده قد يمر بمقدمة ألا و هي الخطبة. فما هي الطبيعة القانونية للخطبة وماهو ياترى القانون الواجب التطبيق؟

1-حبار محمد، نفس المرجع، ص 119.

الخطبة هي إظهار الرغبة في الزواج أو كما جاءت بصريح نص المادة 05 من ق أج " الخطبة وعد بالزواج" فهي وسيلة للتعرف بين الخطبين وليست التزاما قانونيا على عكس بعض التشريعات التي تعتبر الخطبة عقد له قوته الملزمة وفي حالة العدول عنه يترتب مسؤولية عقدية (كما هو الشأن في القانون الانجليزي).

- ولتحديد القانون الذي تخضع له الخطبة فانه يجب معرفة ما إذا كانت تعتبر من الأحوال الشخصية أم لا؟

المشرع الجزائري لم يتعرض للقانون لذا يتعين الرجوع للقواعد العامة وبما أنه تناول الخطبة في قانون الأسرة فقد اعتبرها من الأحوال الشخصية، وبالتالي فهو يخضعها لقانون جنسية الخطبين، فإذا كان الخطيبان من جنسية واحدة فلا إشكال، أما إن كان من جنسيتين مختلفتين فهنا تظهر صعوبة التطبيق، علما أنه إذا كان أحد الخطبين جزائريا فإنه يتعين تطبيق ق أج، ولتحديد كيفية إعمال القانون الواجب التطبيق يجب أن نميز بين المسائل التالية:

- شروط الخطبة:

وهنا يجب توفر الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون كل من الطرفين، أما الشروط الشكلية والمقصود بها الصيغة التي تتم بها الخطبة فإنها تخضع لقانون الدولة التي تتم فيها وفقا للرأي الغالب وهناك من يرى بأنه لا مانع من إخضاع الشكل القانوني الوطني المشترك.

- العدول عن الخطبة:

الذي هو حل للخطبة فيجب أن يسري عليه القانون الذي يحكم انحلال الزواج . إلا أنه قد تتدخل فكرة النظام العام لوقف تطبيق القانون الأجنبي " كأن يلزم أحد الطرفين بإتمام الزواج" وهذا يتنافى مع النظام العام لما فيه إكراه مباشر على الزواج وقد أخضعت الخطبة إلى قانون العقد ويترتب على فسخها المسؤولية التقصيرية والتي تخضع إلى المحل الذي تمت فيه الخطبة.

وكما سبق القول لنا القول أن الزواج يثير تنازعا بين القوانين من جانب انعقاده وآثاره

وانحلاله إذن فالإشكال الذي يتبادر لنا هو :

فيما يتمثل القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله؟

وللإجابة على التساؤل نقتراح النقاط التالية:

1- القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.

2- القانون الواجب التطبيق على آثار وانحلال الزواج.

1- القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج:

لصحة انعقاد الزواج يجب توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية فماهي ياتري وماهو

القانون الواجب التطبيق؟ للإجابة سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الشروط

الموضوعية والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

1-1 القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج :

تتمثل الشروط الموضوعية للزواج في الأركان المتمثلة في العاقدین (الزوج والزوجة)

المعقود عليه الاستمتاع الذي يقصده الطرفان)، الصيغة (التراضي) والتي اعتبرها المشرع

الجزائري الركن الوحيد في عقد الزواج وهذا في المادة 09 من ق.أ.ج من الأمر 05 - 02

والرضا هو تطابق إرادة الزوجين الإحداث الزواج ويكون بالإيجاب والقبول. هذا من جهة إلا

أن عقد الزواج يحتاج لشروط الصحة والتي هي حسب ق.أ.ج المنصوص عليها في المادة

09 مكرر، أهلية الزواج والتي حددها المشرع الجزائري في المادة 07 من ق.أ.ج بسن 19

سنة كاملة بالنسبة للمرأة والرجل معا، الولي الذي جعله المشرع الجزائري في المادة 11 من

ق.أ.ج بالمعنى أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر هي تختاره.

الصداق وهو المبلغ من المال يقدم للزوجة بغرض النكاح طبقا للمادة 14 من نفس

القانون، إضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية وهو كل مانع يحول دون إتمام الزواج

وقد تكون موانع مؤبدة (سبب دائم لا يزول) وأخرى مؤقتة (تزول بزوالها) طبقا للمادة 23

من ق أ ج ، إضافة إلى اعتبار المانع الصحي من موانع الزواج. ويجب الإشارة إلى أن الموانع هي من النظام العام.

- إذا كانت هذه هي الشروط الموضوعية لصحة الزواج فكيف تكيف إذن؟

- لتحديد القانون الواجب التطبيق هنا ظهرت 3 اتجاهات وهي:

أ- **الاتجاه الأول:** وهو إسناد الشروط الموضوعية إلى قانون محل إبرام الزواج وهذا دون

التمييز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية

ب - **الاتجاه الثاني:** وهو الذي يتجه حول إخضاع الشروط الموضوعية إلى موطن الزوجين

ج - **الاتجاه الثالث:** وهو الغالب والذي يخضع الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية

الزوجين والذي أخذت به كل من فرنسا وألمانيا وحتى اتفاقية لاهاي 1902 المادة 01 منها.

وكذلك القانون الجزائري في المادة 11 من ق م ج التي تنص على " يسري على الشروط

الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" إلا أنه لا توجد أية

صعوبة في إخضاع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية إذا كان الزوجان يتمتعان بجنسية

موحدة غير أن الإشكال يطرح حين يكونان مختلفي الجنسية فكيف يطبق قانون الجنسية

إذن؟

سبق القول بأن المادة 11 ق م ج أخضعت الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية

كل من الزوجين إلا أنه هناك استثناء ورد في المادة 13 ق م ج "يسري القانون الجزائري

وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا

وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج¹

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومه،

الجزائر، 2008، ص 235.

1-2 القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

باعتبار الزواج تصرف قانونيا من الناحية الشكلية فإنه يخضع لقاعدة لو كس غير أن الدول تختلف في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أم إلزامية .
القانون الجزائري يعتبر هذه القاعدة إلزامية في الحالة التي يكون فيها الزوجين متحدي الجنسية وفي حالة اختلاف جنسيتها فتخضع الشروط الشكلية لمحل الإلزام وهذا طبقا لنص المادة 19 ق م ج "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"، أما بالنسبة للزواج الذي يعقد في الخارج فقد أجازته القانون فنصت المادة 97 ف 2 من ق.ح.م التي نصت على " ويجري مثل ذلك بالنسبة لزوج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية" استثنت زواج الجزائرية بأجنبي وأشارت إليها في المادة 31 من ق أ.ج. حيث اشترطت إجراءات خاصة وهي الحصول على ترخيص تسلمه المصالح الإدارية الخاصة بشؤون الأجانب في الجزائر، وقد تضمنت تعليمة وزارية مشتركة بين وزير الداخلية ووزير العدل إضافة إلى شرط الإسلام في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب بالزواج من جزائرية¹.

2- القانون الواجب التطبيق على آثار وانحلال الزواج:

متى انعقد الزواج صحيحا ترتبت عنه آثار إلا أنه مع استمرار الحياة الزوجية قد تصطدم بعقبات وتصبح الحياة المشتركة مستحيلة فيلجأ الزوجين إلى حل هذه الرابطة. إذن في ماذا تتمثل آثار هذا الزواج وانحلاله وما هو القانون الواجب التطبيق؟ وهو ماسنجيب عنه:

1- زروتي الطيب ، نفس المرجع السابق، ص 159 .

2-1 القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

تعتبر آثار الزواج كل ما يترتب من التزامات على طرفي العلاقة الزوجية، وتتمثل في الآثار الشخصية والآثار المالية.

أ- الآثار الشخصية : والمتمثلة في الحقوق والواجبات الزوجية المتبادلة وهي التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحق الزوجة في العدل في حالة التعدد وكذا العشرة الزوجية والوفاء.

ب- الآثار المالية: وتشمل المهر والذمة المالية وحق التوارث بين الزوجين وحق الإنفاق¹ وهذا الأخير الذي هو من واجب الزوج، وإن الآثار المالية ليس لها أساس في الشريعة الإسلامية حيث لا يترتب على الزواج أثر مالي بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف بأمواله الخاصة، إذن فما هو القانون الذي تخضع له هذه الآثار في التشريع الجزائري ؟

إن المشرع الجزائري أخضع الآثار دون التفريق بين الآثار الشخصية والمالية إلى قانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج في المادة 12 فقرة 1 من ق م ج والتي تنص على "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج" وهذا كقاعدة عامة والاستثناء واردة في المادة 13 ق م ج المذكورة سابقا وهو تطبيق القانون الجزائري وحده في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا.

2-2 القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج:

لقد أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج دون تمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا طبقا للمادة 12 ف 2 ق م ج التي تقضي بأنه "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."

1- مالكي محمد الأخضر، دروس مطبوعة، المركز الجامعي خنشلة، كلية الحقوق، السنة الدراسية 2011/2012.

ويرد على الأصل في ق ج في المادة 12 فقرة 2 ق م ج المذكورة سابقا الاستثناء الذي نصت عليه المادة 13 ق م ج والذي يخضع انحلال الزواج إلى القانون الجزائري وحده في حالة كان أحد الزوجين جزائريا.

وأما إجراءات الطلاق فهي إجراءات تحفظية التي تتخذ أثناء سير الدعوى للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد كتحديد النفقة أو تسليم متاع البيت تخضع كلها لقانون القاضي وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي وقد أيده غالبية الفقه الفرنسي والمصري.

أما بالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية فتارة تخضع لقانون الذي يحكم انحلال الزواج وهي الآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق وتارة أخرى تخضع للقانون الشخصي للمطلقين كالعدة وحضانة الأولاد يخضعها غالبية الفقه إما لقانون القاضي بدل القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام أو إلى القانون الوطني المحضون المحكمة العليا 29 ماي 1969 الذي حكم بأن الحاضنة لم تكن أهلا للحضانة بغيابها الطويل عن البيت وانشغالها بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، كما أن قرار المحكمة العليا الصادر في 9 مارس 1987 ملف رقم 45186 قرر بأنه " حيث أن السيدة تقيم بفرنسا مونبيليه وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر وحيث أن حكم الحاضنة غير نهائي، فمتى رجعت إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها."

-النسب : هو انتماء الابن إلى أبويه ويتم ذلك من خلال وسيلتين:

النبوة : هي انتساب الابن إلى أبويه بموجب رابطة الدم والنبوة لها صورتين:

نبوة شرعية : وهي انتساب الابن إلى أبويه ترتبط فيما بينهما رابطة زواج شرعية.

نبوة طبيعية : أي انتساب الابن إلى أبوين لا ترتبط بينهما علاقة شرعية .

- ونجد أن هناك ثلاث آراء في الفقه في مسألة النبوة:

الرأي الأول : يري أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب الذي يتم الانتساب إليه.

الرأي الثاني : يري أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الابن.

الرأي الثالث : يري أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الاثنين.

- بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد نص في المادة 13 مكرر من ق م ج على أنه يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل¹.

- **النفقة بين الأقارب**

هي واجبة على الأولاد البالغين تجاه الأصول وواجبة على الأصول على الأولاد. نصت عليها المادة 14 من ق م ج على أنه "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب".

- **حماية القصر :**

نصت المادة 15 من ق م ج على أنه:

يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته. غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر².

1- أعراب بلقاسم، نفس المرجع السابق، ص 256.

2- يخلف عبد القادر، نفس المرجع السابق.

الفرع الثاني : القانون الذي يحكم العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي

أولا : الهبة والوقف.

1- الهبة

عرفت المادة 202 من ق أج الهبة بما يلي :

الهبة تملك بلا عوض " ، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على انجاز الشروط أن المشرع الجزائري لم يذكر كلمة عقد بقصد اخراج هبة من طائفة العقود ، او نزع صفة العقد عنها، لان هذا الاحتمال ينفيه نص المادة 206 من نفس القانون الذي ينص على أن الهبة تتعد بالإيجاب والقبول ، مما يجعلها في مفهوم هذا القانون عقد كسائر العقود تنطبق عليه القواعد العامة التي تنظم مختلف العقود سواء كانت تبرعات أو غيرها¹ . ونلاحظ أن مصدر هذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامي ، وعلى الأخص انه مأخوذ من مختصر خليل المالكي بنصه من غير زيادة ولا نقصان ، وهو نفس التعريف السابق.

ويمكن أن نستنتج أن الهبة تتكون من عنصرين :

عنصر مادي : وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض (ما بين الأحياء...)**عنصر معنوي أو قصدي :** وهو نية التبرع.**-العنصر المادي: ويشمل:**

إن الهبة عقد بين الأحياء: فهي لا بد فيها من إيجاب و قبول متطابقين ، ولا تتعد بارادة الواهب المنفردة ، وهذا هو الذي يجعلها تختلف عن الوصية وهذا ما نصت عليه المادة 206 من ق أج وهو موافق لما جاء في الفقه الإسلامي الذي ورد فيه (اما الهبة فلا بد فيها من إيجاب و قبول عند جميع الفقهاء).

1- عبد الرزاق السنهوري ، العقود التي تقع عن ملكية "الهبة والشركة"، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، الجزائر،

إن الواهب يتصرف مال له : ويخصص الهبة بين عقود التبرع بوجه عام، ان الواهب يتصرف في ماله ذلك أن الهبة تدخل في عموم عقود التبرع، وتتخصص الهبة في أن الواهب يلتزم باعطاء شيء ، وانها من اعمال التصرف ، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل ، فالقيام والالتزام بعمل او الامتناع عن عمل كما في عارية الاستعمال والوديعة ، لا يكون هبة وان كان تبرعا والهبة تملك العين والمنفعة لا المنفعة فقط. وبالإضافة الى ذلك فانه يلاحظ انه اذا كانت الهبة لا تتحقق الا اذا كانت سببا في اثناء الموهوب له ، فلا يمنع ذلك كما قال الأستاذ المرحوم السنهاوري من أن تكون بعوض الأمر كذلك فقد اورد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 202 من ق أ ج ، كبقية القوانين الأخرى.

- العنصر المعنوي : نية التبرع:

لا يكفي لتحقيق الهبة أن يتصرف الواهب في مال دون عوض ، بل يجب الى جانب ذلك قيام العنصر المعنوي في الهبة ، وهو نية التبرع ، فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع ، كان يوفي بالتزام طبيعي ، مثلا تجهيز الاب ابنته او اعطاء الأب ابنه المهر ليعينه على الزواج ، ففي جميع الأحوال انما يوفي الأب بالتزام طبيعي ، فهو لا يتبرع ، ويكون تصرفه هذا وفاء لاهبة.

وتنتفي نية التبرع على عطايا المكافاة ، وهي العطايا المقدمة على خدمة أو تصنيع ، فمن يمنح خادما مالا مكافاة له على اخلاصه في العمل لا يعطي هبة ، ولكنه يفي بالتزام طبيعي وكذلك من يعطي الشخص مالا ولكنه لا يقصد به التبرع المحض ، بل يقصد جني منفعة مادية او ادبية ، فتنتفي في هذه الحالة نية التبرع، ولا يعتبر التصرف هبة.

بعد تعديل أحكام تنازع القوانين بقانون 05-10 فقد أدرجت فقرة ثانية في المادة 16 من ق م ج خاصة بقاعدة التنازع في شأن الهبة والوقف، وقد أسندت الهبة إلى قانون جنسية الواهب وقت إجرائها، هذا الحل:

1- يتمشى مع تصنيف الهبة من الأحوال الشخصية باعتبارها تصرفا بدون عوض الواهب وهو الطرف المهم فيه ويتعين حمايته بقانونه الشخصي.

2- الهبة عقد فوري الأثر ولا يترأخي تنفيذها لما بعد الموت ومن ثم فقانون جنسية الواهب وقت إجرائها هو المناسب عوض قانون جنسيته وقت موته لأن تطبيق هذا الأخير قد ينجز عنه ارتباك في المعاملات و عدم استقرارها في حالة اختلاف هذا القانون في أحكام الموضوعية عن قانون جنسية الواهب وقت إجرائها لاسيما أن ملكية وحياسة الشيء الموهوب قد انتقلت إلى الموهوب له وربما تصرف فيه.

3- نظرا لارتباط الهبة بعلاقات الأسرة والميراث فقد كفل المشرع حماية خاصة للورثة والمحلل البعض الأحكام الموضوعية يكتشف ذلك، هناك المادة 776 من ق.م ج أي قلبت عبئ الإثبات، فعلى من يدعي خلاف هذه القرينة أن يثبت ذلك بل ويجوز للورثة الإثبات بكل الطرق أن التصرف حصل في مرض الموت دون اعتبار لتاريخ حصوله مالم يكن ثابت التاريخ ومهما كانت التسمية التي يضيفها الأطراف على التصرف فإن حصوله في مرض الموت هو قرينة على أنه تبرع، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري.

أما شكل الهبة فطبقا للمادة 19 من ق م ج تخضع لقانون محل إجرائها (الفقرة الأولى) أو الجنسية الواهب (الفقرة الثانية باعتباره القانون المختص بحكم موضوع التصرف.

وطبقا للقانون الجزائري تجب الرسمية والشهر في هبة العقار وهذا لا يخل أيضا باختصاص قانون موقع العقار بالنسبة لانتقال المال الموهوب و الاحتجاج بها تجاه الغير.

2- الوقف:

وبالنسبة للوقف الذي هو نظام خاص للانتفاع بالمال ومقرر في الشريعة الإسلامية، ورغم أنه توجد بعض الأحكام المشابهة له في النظم الغربية فيبقى نظاما أصيلا في الشريعة الإسلامية كما أن المشرع الجزائري قد صنفه ضمن الأحوال الشخصية وخصه بتنظيم خاص من حيث إنشائه وأنواعه وطرق إدارته و استغلاله، وبالنظر لما يثيره من منازعات ذات عنصر أجنبي خاصة بمناسبة الوقف على جهات خيرية غير وطنية معروفة، رأى المشرع أن يضبط قاعدة التنازع الخاصة به بمناسبة تعديل القانون المدني ، فنظمه ضمن الفقرة

الثانية من المادة 16 والتي نصت على أنه يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت اجرائهما.

إن اختيار قانون الجنسية الواقف وقت اجراء الوقف ملائم لطبيعة هذا النظام باعتبار الواقف الطرف الذي يرصد المال للجهة المحبس عليها بما يشترطه من شروط سواء أن تعلق الأمر بالوقف الأهلي أو الوقف الخيري العام وكذلك خاصية الفورية بعد انشائه مباشرة ولو تراخي تنفيذه لما بعد وفاة الواقف وأيضا طبيعته التأييدية للجهة المرصودة عليها أو ماله إلى الجهة بر عامة¹.

ثانيا : وصية Le testament

الوصية: هي عقد من عقود التبرع المضافة إلى ما بعد الموت ينقل بموجبه الموصي le testateur

ملكية أمواله إلى شخص آخر هو الموصى له le legataire تنص المادة 184 ق أ.ج.

- ما هي الأموال التي يمكن نقل ملكيتها بموجب الوصية ؟

أموال الموصي التي يمكن أن تكون محل الوصية هي تلك التي تكون خاضعة لملكيته وقت الإيلاء أو سوف تصبح ملكا له قبل وفاته عينا او منفعة.

هل يمكن للموصي أن يتبرع بجميع أمواله ؟

هل يمكن للموصي ان يتبرع بجميع امواله

لا يمكن للوصية أن تتجاوز حدود 1 / 3 التركة ، أما فيما يتجاوز ذلك فلا يمكن أن ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة المادة 185 قانون الأسرة

- هل يمكن تعليق الوصية على شرط ؟

يمكن ذلك وفي هذه الحالة ، لايمكن تنفيذها إلا إذا تحقق هذا الشرط إذا كان هذا الشرط غير مشروع بطل وبقي العقد صحيح المادة 199 ق أ.ج.

1 - الطيب الزروتي، نفس المرجع السابق، ص 204-206.

متى تبطل الوصية ؟ المادة 201 من ق أ ج تبطل الوصية في الحالات التالية:

- حالة وفاة الموصى له قبل الموصي.

- حالة رد الوصية¹.

ثالثا : الميراث

الميراث هو خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته. و لما كان الميراث من المسائل التي تقع بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية فقد كان محل خلاف فقهي وتعدد في الاتجاهات التشريعية بشأن تحديد القانون الذي يخضع له، ثم في تحديد نطاق هذا القانون. و باعتبار أن الميراث في الجزائر يعتبر متصلا بنظام الأسرة. إذ أنه ينظم انتقال المال المتوفي وإلى ورثته من أقربائه ، كما أن القانون الأسرة هو الذي تولى بيان أحكامه. فقد أخضه المشرع إلى قانون جنسية المتوفي. جاء في المادة 16 من ق م ج : "يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

يتبين من نص المادة 18 من ق أ ج أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الخزينة

العامة².

1- أعراب بلقاسم ، نفس المرجع السابق ، ص 276-277.

2- أعراب بلقاسم ، نفس المرجع السابق، ص 268-269.

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الأحوال المالية.

سنتناول في هذا المبحث دراسة القانون الذي يحكم الالتزامات العقدية والغير العقدية (المطلب الأول)، (أما المطلب الثاني) نتناول فيه دراسة القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية والمعنوية.

المطلب الأول : القانون الذي يحكم الالتزامات العقدية والغير العقدية

تقسم الالتزامات إلى عقدية و غير عقدية ، نخصص لكل منها فرع.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

يطبق على التصرفات القانونية أي العقود و التي تكون محلا لتنازع القوانين بحيث تشمل على عنصر أجنبي كمحل الإبرام أو التنفيذ أو الموضوع أو الأطراف القانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين ، أما شكلها فتخضع لقانون الشكل.

و المراد بالتصرفات القانونية هنا تلك التي تتم بين الأحياء ، فلا تشمل الوصية ، كما أنها لا تشمل التصرفات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية عموما.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على العقود**1- حالة تطبيق القانون المختار (قانون الإرادة):**

حسب ما تنص عليه المادة 18 ق.م.ج ما قبل التعديل من القانون المدني الجزائري أن المشرع قد أعطى مطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما.

إلا انه بعد التعديل جاء في نص المادة 18 ق.م.ج يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

س/ فهل للمتعاقدين مطلق الحرية في اختيار قانون أجنبي يسري على عقدهما؟

ج/ حتى يختار المتعاقدان قانون أجنبي يسري على عقدهما حسب المادة 18 من ق م ج يجب ان يكون له صلة حقيقية المتعاقدان أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو قانون موقع المال محل التعاقد¹.

لكن الواضح والأرجح هو الرأي الذي قيد اختيار المتعاقدان بتوافر صلة ما بين العقد أو المتعاقدان وبين القانون المختار. لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدهما قانونا لا صلة له مطلقا بهما ولا بعقدتهما دون أن يكون من وراء ذلك تحايل أي هروب من القانون الواجب التطبيق لأن الغش نحو القانون وسيلة يتبعها القانون الأجنبي.

2- حالة عدم إمكانية تطبيق القانون المختار:

قلنا انه يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق كأصل إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد لكن في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد فقد ذهب المشرع في هذه الحالة تطبيق القانون المشترك أو الجنسية المشتركة وذلك حسب المادة 18 ف2. وفي حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

حسب المادة 18 ق.م.ج فانه قانون بلد الإبرام لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين فيكون المشرع الجزائري قد جعل بذلك من مكان إبرام العقد ضابطا احتياطيا².

وعليه فإن مكان إبرام العقد وفقا لقانون المدني الجزائري بين غائبين هو المكان الذي يعمل فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك م 67 ق.م. ج. ف3.

1-الطيب الزروتي، نفس المرجع السابق، ص 239

2- علي علي سليمان ، نفس المرجع السابق، ص 114.

3- حالة العقود المتعلقة بالعقار :

وهو الاستثناء من الخضوع لقانون العقد: جاء في الفقرة 4 من المادة 14 " غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" فالمشرع الجزائري يكون بهذه الفقرة يكون قد استثنى العقود المتعلقة بالعقار من الخضوع للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي تقضي بخضوع العقود إلى مكان الإبرام إذا لم يتفق المتعاقدان إلى مكان آخر. ويطبق قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المتعلقة به على جميع جوانبه..

وهو لا يقتصر على حكم فقط الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله، بل يمتد ليحكم أيضا الشروط اللازمة لانعقاده ولا يخرج عن نطاق تطبيقه سوى الأهلية اللازمة لانعقاد فهي تخضع وفقا للمادة العاشرة ق.م.ج لقانون الجنسية ويشكل العقد الذي تخضعه المادة 19 ق.م.ج للقوانين التي حددتها.

ثانيا: أركان العقد و آثاره**1- الرضا**

لا شك في أن تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين يخضع لقانون العقد إذا كان التراضي كافيا، أما إذا كان مطلبا في شكل معين فإن الشكل يخضع لقانون الشكل..

فرأي بارتان أنها تخضع لقانون الشخص باعتبارها تهدف إلى حماية إرادته ويفرق بعض الفقهاء بين عيوب الإرادة و عيوب الرضا من غلط، وتدليس وإكراه واستغلال، ليست عيوباً في الشخص نفسه ولكن في العقد وبذلك يخضع لقانون العقد إما عيوب الإرادة و عوارض الأهلية مثل نقص الأهلية ، الجنون، السفه، الغفلة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية وتخضع لقانون الشخص . وفي الجزائر فيعتبر الاستغلال عيباً في الشخص ويدخل في حماية ناقصي الأهلية.

2- المحل

يخضع محل العقد وشروطه من حيث كونه معيناً أو قابلاً للتعيين ، وممكناً ومشروعاً، لقانون العقد¹.

3-السبب

السبب يخضع لقانون العقد غير انه إذا كان غير مشروع طبقاً لقانون القاضي طبق القاضي قانونه استجابة لفكرة النظام العام في بلده وقد اختلف في العيب هل يعتبر عيباً في الشخص أو عيباً في العقد؟ إذا اعتبر عيباً في العقد خضع لقانون العقد وإذا اعتبر عيباً في الشخص خضع لقانون الشخص.

4-آثار العقد

قانون العقد هو الذي يبين الأشخاص الذين ينصرف إليهم اثر العقد غير أن القانون يفرق بين تحديد مضمّن الالتزامات التعاقدية وبيان طرق تنفيذها وكذلك تفسير العقد وأيضاً أسباب انقضاء الالتزام

- البطلان والإبطال والفسخ

إذا ترتب البطلان على تخلف ركن من أركان العقد خضع للقانون الذي يخضع له هذا الركن وإذا ترتب الإبطال على تخلف شرط الأهلية أو على عيب من عيوبها خضع الإبطال لقانون الشخص مع ملاحظة الاستثناء الوارد في المادة 10 ق.م.ج أما إذا ترتب الإبطال عن عيب من عيوب النص فإن الإبطال يخضع لقانون العقد ويخضع الفسخ لعدم تنفيذ الالتزامات والدفع بعدم تنفيذها لقانون العقد.

1- علي علي سليمان، نفس المرجع السابق ، ص 119

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على شكل العقود

تنص المادة 19 من ق م ج على ما يلي : تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

و لقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المادة بالقاعدة التي أخذت بها معظم قوانين دول العالم، وهي قاعدة خضوع العقد من حيث شكله القانون محل الإبرام.

و الخلاف الموجود حول هذه القاعدة لا يتعلق بالأخذ بها أو عدم الأخذ بها ، و إنما بمدى إلزاميتها. فهناك دول تعتبرها إلزامية مثل إسبانيا و الأرجنتين و الشيلي و البرتغال ، و هناك دول أخرى تعتبرها اختيارية مثل ألمانيا و إيطاليا و النمسا و المجر و السويد و النرويج و معظم الدول العربية ، و إنجلترا و فرنسا.

أما بالنسبة للجزائر إذا تمعنا في المادة 19 ق م ج قبل التعديل نجد أن المشرع يفرق بين الحالة التي يكون فيها المتعاقدان مختلفي الجنسية و الحالة التي يكونان فيها متحدي الجنسية ، لأنه بعد أن قال بأن العقود تخضع من حيث شكلها لقانون بلد إبرامها قال بأنه يجوز أن تخضع للقانون المشترك للمتعاقدين، مما يفيد أنه إذا لم يكن هناك قانون وطني مشترك بين التعاقدين فإن قانون بلد الإبرام هو الذي سيطبق.. و لقد قال الأستاذ أعراب بلقاسم بان المشرع الجزائري قد جعل هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف المتعاقدين في الجنسية و اختيارية في حالة تمتعهما بنفس الجنسية

من خلال ما رأينا في هذا البحث نستنتج أن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من الناحية الموضوعية يخضع في الأصل لقانون الإرادة، لكن أورد المشرع الجزائري الاستثناءات المذكورة في المادة 18 من ق م ج ، وفي حالة العقود المتعلقة بالعقار تطبق قانون موقعه

أما من الناحية الشكلية فإن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون محل الإبرام كأصل واستثناءا يجوز تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية¹.

الجزائريون القانون الجزائري الجزائري على الدعوى المدنية ، مع أنهم يطبقون على الدعوى الجزائرية القانون الجزائري وحده ، و أن الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية من الدعوى الجزائرية تبقى مستقلة عنها ، و يسري عليها قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام دائما ، و قد تكرر هذا الحل في الاجتهاد القضائي الفرنسي و أيد الفقه كذلك هذا الاجتهاد ، و أما إذا رفعت الدعوى المدنية مستقلة عن الدعوى الجزائرية أمام المحاكم المدنية فسوف تطبق هذه الأخيرة القانون المختص طبقا للمادة 01/ 20 ق.م².

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على مركز الأموال.

اتفقت معظم التشريعات على تطبيق قانون موقع المال على العقار والمنقول فهذه القاعدة تعتبر قاعدة قديمة يرجع تاريخها إلى المدرسة الإيطالية ويعتبر قانون موقع المال القانون الذي يطبق على الأحوال العينية وتشمل هذه الأحوال كل الحقوق العينية الواقعة على عقار أو منقول كما تشمل حق الملكية وأسباب كسبه من حيازة وشفعة وغيرها وسنتطرق في هذا المطلب إلى البحث على القانون الواجب التطبيق الأحوال العينية أي جميع الحقوق العينية الواردة على العقارات والمنقولات.

1 - الطيب الزروتي ، نفس المرجع السابق، ص 233.

2- الطيب الزروتي، نفس المرجع السابق، ص210.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية.

أولاً: القانون الواجب التطبيق في تكييف المال عقارا أو منقول.

قبل أن نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق في تكييف المال عقارا أو منقول يجدر الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية والمتمثلة في القانون الذي يحكم تكييف المال إذ يعتبر هذا التكييف استثناء عن القاعدة العامة في التكييف الموضوعية من طرف الفقيه بارتن والتي تقضي بأن التكييف يخضع لقانون القاضي كقاعدة عامة أما تكييف المال فهو استثناء سواء كان عقارا أو منقولا فإنه يخضع لقانون موقع المال و قد اخذ المشرع الجزائري بهذا الاستثناء وهذا ما أكدته المادة 17 في 3 من ق م ج التي تنص " يخضع تكييف المال سواء كان عقار أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"

1- الحقوق العينية الأصلية الواقعة على العقار.

يجدر بالتذكير بأن الحقوق العينية الأصلية تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله و استغلاله و التصرف فيه و قد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها بحسب اختلاف مضمون هذه الحق.

3- العقد المنشأ للحق العيني الوارد على العقار

العقد بصفته تصرفا إراديا فإنه يخضع من حيث الموضوع للقانون الذي يختاره المتعاقدين في الأصل ومن حيث الشكل يخضع لقانون المحل في الأصل ومن حيث الأهلية يخضع لقانون الجنسية ، أما بالنسبة للموقف المشرع الجزائري فقد اخضع العقد المبرم بشأن عقار إلى قانون موقع هذا العقار وتعتبر هذه القاعدة استثناء عن القاعدة العامة التي تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين وهذا ما أكدته المادة 18 من ق.م.ج التي تنص " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية

المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه¹.

إن نطاق تطبيق هذا الاستثناء محدد بما ينشئ العقد الوارد على عقار من حقوق عينية أما بالنسبة لأهلية المتعاقدين فإنها تخضع لقانون الجنسية وبالنسبة للحقوق الشخصية التي ينشأها العقد فإنها تخضع لقانون الإرادة كما أن شكل العقد يخضع لقانون المحل وكنتيجه لما تقدم ذكره فان العقد المبرم في شان عقار يخضع من حيث موضوعة لقانون موقع العقار طبقا للاستثناء المذكور أنفا أما ما ينشأه العقد من حقوق شخصية أو من حيث أهلية المتعاقدين أو من حيث شكله فلا تدخل في نطاق الاستثناء وبما أن الاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه فيجب قصره على ما تقدم فقط².

ثانيا: القانون الواجب تطبيقه على المنقول

إن تطبيق قانون الموقع على المنقول فهو الذي يثير صعوبة إذا انتقل المنقول من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى.

1- تطبيق قانون الموقع على المنقول.

والمراد بالمنقول هنا هو المنقول المادي المفرد أما المنقول المعنوي فسوف نتكلم عنه فيما بعد وأما المنقول غير المفرد والذي يدخل في مجموعة مالية مثل التركة فانه يخضع لقانون جنسية المورث عند موته بينما هو يخضع لقانون جنسية المورث عند موته كما رأينا بينما هو يخضع لقانون آخر موطن للمورث في أكثر القوانين الغربية ويطبق قانون موقع المنقول على كل ما يرد عليه من حقوق عينية ويحدد مدى هذه الحقوق وطرق اكتسابها وانتقالها وانقضائها ويحدد آثارها ويقرر ما إذا كان يجب شهرها وكيف يتم شهرها³.

1- محمد عبد المنعم، نفس المرجع السابق، ص 350.

2- عليوش قريوع كمال، نفس المرجع السابق، ص 282

3- عليوش قريوع كمال، نفس المرجع السابق، ص 286.

2- تغيير موقع المنقول

قلنا أن تطبيق قانون الموقع بالنسبة إلى المنقول يثير كثيرا من الصعوبات حين يتغير موقع المنقول من إقليم إلى إقليم فيترتب على انتقاله ما اصطلح على تسميته بالتنازع المتغير أو المتحرك.

فحين ينتقل المنقول من إقليم إلى إقليم آخر ويكون قد تعلقت به حقوق في كلا الإقليمين أو في أحدهما فالى أي القانونين يخضع؟ إلى قانون موقعه القديم أم إلى قانون موقعه الجديد؟

هذه المشكلة التي أثارت مسألة التنازع المتحرك وسندرس هذه المسألة بالتفصيل عند دراستنا لنظرية احترام الحق المكتسب فنقول أن هناك رأيين لحل مشكلته.

أ- الرأي الأول

يرى أن يطبق على هذا التنازع ما يطبق على التنازع بين القوانين الداخلية من حيث الزمان من القواعد ففي هذا التنازع من حيث الزمان إذا صدر قانون جديد كان له أثر مباشر على كل ما يحدث تحت سلطانه من وقائع وما يترتب من آثار دون أن يكون له أثر رجعي يستند إلى الماضي ويكون الأمر كذلك أيضا في التنازع المتحرك فإذا انتقل المنقول الى اقليم آخر خضع لقانون موقعه الجديد بصرف النظر عما يكون تعلق به من الحقوق تحت سلطان القانون القديم أولا: لو حاز شخصا منقولا من غير المالك في اقليم دولة لا يعرف قانونها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ثم انتقل بهذا المنقول الى اقليم دولة يعرف قانونها هذه القاعدة فطبقا للأثر المباشر لقانون الموقع الجديد يكون له أن يتمسك بهذه القاعدة متى توافرت له شروطها ويتملك المنقول.

ب- الرأي الثاني

هو الاحترام الدولي لنفاذ الحق المكتسب وطبقا لهذا الرأي متى كسب حق على منقول طبقا لقانون موقعه القديم فيجب أن يظل هذا الحق محترما تحت سلطة قانون الموقع الجديد مالم ينشأ تحت سلطان هذا القانون حق مضاد له. ولكن يشترط أن يكون الحق الذي نشأ تحت سلطان قانون الموقع القديم قد تم تكوينه وفقا للأحكام هذا القانون، وألا يكون مخالفا للنظام العام في دولة قانون الموقع الجديد. وسنصل هذه الشروط فيما بعد.

كما أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الرأي على ما يظهر إذ تدل عبارة المادة 17 "ويسري بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب أو فقد الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى"¹.

وقد سبق أن قلنا أن القانون الواجب التطبيق على السفن هو قانون العلم، وكذلك تخضع الطائرات لقانون العلم الذي تحمله وهذا هو ما استقر عليه القضاء الفرنسي وهو الذي قرره معهد القانون الدولي ببروكسل في اجتماعه المنعقد في سنة 1985، وهو الذي أخذ به كذلك مجموعة بوستامنت.

وقد قلنا أن البضائع المحطة على السفن تخضع كذلك القانون علم السفينة. أما البضائع المحملة على وسائل النقل لا تحمل علما، فقد كان سافيني يرى إخضاعها لقانون الشخصي لمالكها، ولكن يرى بعض الفقه الحديث إخضاعها القانون محل وصولها على انه اذا ما حدث أن استقرت هذه البضائع في مكان ما استقرارا مؤقتا خضعت القانون هذا المكان وقد اتفق في معاهدة برن المنعقدة في سنة 1952 على إخضاع عربات السكك الحديدية القانون الدولة التي تملكها. أما السيارات فقد رأى بعض الفقهاء إخضاعها لقانون الدولة التي تحمل لوحة باسمها بينما رأى البعض الآخر إخضاعها لقانون محلها الفعلي².

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم المال المغنوي.

1- أعراب بلقاسم، نفس المرجع السابق، ص 289.

2- عبد المنعم رياض، نفس المرجع السابق، ص 354.

المنقول المعنوي هو عبارة عن أشياء غير ملموسة و لا تقع تحت الحس البشري و لكنها تصلح لأن تكون محلا للحق ، وتشمل الحقوق التي ترد على الأموال المعنوية على نحو المشار إليه مما يسمى بالملكية الأدبية والصناعية و الفنية أو كما يسميها البعض بالحقوق الذهنية كما هي الحال بالنسبة إلى حق المؤلف، ويشمل أيضا مفهوم المال المعنوي ما يترتب على الحقوق الشخصية من ديون باعتبارها أموالا معنوية صالحة للتعامل فيها عن طريق ما يسمى بالحوالة.

بعد صدور الأمر 58 / 75 المتضمن لق.م. ج اتضح من خلاله أن المشرع الجزائري لم يشير إلى ضابط إسناد خاص بالأموال المعنوية و إنما اقتصر على تنظيم المنقولات المادية فحسب مما اعتبر ذلك فراغا تشريعيا أدى إلى تطبيق الآراء الفقهية و الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأموال المعنوية¹.

إلا أن المشرع قد تدارك هذا النقص و سده باصدار القانون 10/05 الذي تضمنت المادة 17 مكرر و التي تنص "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها". فمن خلال المادة يتضح أن المشرع قد أخضعها إلى نفس ضابط الإسناد الذي أخضع له الأموال المادية، لما أن المشرع عمل على وضع معايير أخرى بواسطتها يسهل عملية تحديد محل وجود تلك الأموال المعنوية و ذلك على النحو التالي²:

أولا : الملكية الأدبية و الفنية (المادة 17 مكرر/ 2)

فإن محل وجود هذه الأموال المعنوية سواء كانت أدبية أو فنية هو مكان نشرها الأول أو إنجازها وبالتالي العبرة بأول نشر أو إنجاز³.

1- طيب الزروتي، نفس المرجع السابق، ص 217.

2- أعراب بلقاسم، نفس المرجع السابق، ص 294.

3- طيب الزروتي، نفس المرجع السابق، ص 218.

ثانيا: براءة الاختراع (المادة 17 مكرر/3):

السلطة في الدولة هي التي تمنح للمخترع براءة الإختراع على اختراعه، فمحل وجود البراءة هو بالبلد الذي اعترف للمخترع بحقه في براءة الاختراع و منحها له وفقا لقوانين هذا البلد.

ثالثا: الرسم و النموذج الصناعيين (المادة 17 مكرر/4)

فيحدد محل وجودها بالبلد الذي تم فيه تسجيل أو إيداع الرسم أو النموذج ومن ثم فإن قانون هذا البلد هو الذي يطبق.

رابعا: العلامات التجارية (المادة 17 مكرر/5:)

لقد حددت هذه الفقرة الضابط الخص بمحل تواجد العلامات التجارية الذي هو منشأة الاستغلال أي أنها الموجودة في المكان الذي توجد فيه هذه المنشأة التي تستغل العلامة التجارية

خامسا: الاسم التجاري (المادة 17 مكرر/6):

حدد محل وجود الاسم التجاري بالمكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لمحل التجاري و بالتالي في حالة التعدد الاستعمال الاسم التجاري فالعبرة بقانون البلد الذي يوجد فيه مقره الرئيسي¹ .

1- أعراب بلقاسم، نفس المرجع السابق، ص 296.

خاتمة

بعد دراستنا هذه تبين لنا، أن القانون الدولي الخاص في كل دولة يحتوي على قواعد التنازع الوطنية التي تعين القانون الواجب التطبيق على العلاقات المتنوعة للأشخاص ذات البعد يعد ضرورة لتطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي الى جانب احتواءه على انفرادية التي تساهم في ترجيح مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية مقارنة بمركز القانون الأجنبي الذي يطبقه القاضي ذاته.

وتبيننا لنا أن القاضي قد يطبق قانونه الخاص على النزاع المطروح أمامه تطبيقا انفراديا استثنائيا على نحو لا ينافيه فيه أي قانون أجنبي . رغم أننا امام نزاع ذات عنصر أجنبي، تعطي الفرضية بحسب طبيعتها للتنازع على الاختصاص بين قانون القاضي والقانون الأجنبي.

وهكذا فانه يمكن اجمال التوصيات التي تم التوصل اليها بالشكل الآتي .

1. ابراز الدور المهم الذي قام به القضاء في تطوير هذه النظرية، وذلك حث المحاكم ومطالبها بضرورة الاهتمام بالقضايا المعروضة أمامها والتي تثير مسائل أولية يتطلب الفصل فيها .
2. ينبغي أن ينص القانون في اطار الأحكام المتعلقة بتنازع القوانين اذا كان القانون الساري في دولة متعددة الوحدات أو في احدى وحداتها الإقليمية هو القانون المنطبق .
3. الاهتمام بهذا الموضوع ليس فقط في الكليات القانونية وإنما في المعاهد القضائية ووجوب اعداد القضاة على الدرجة عالية من كفاءة العلمية والفقهية وعلى دراية بمادة تنازع القوانين .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا القوانين:

الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

المراجع باللغة العربية

ثانيا المؤلفات:

أ - الكتب

(1) بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر (نظرية التكييف)، دراسة تحليلية ونقدية، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008. توزيع ، الجزائر، 2001 .

(2) حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، 2013.

(3) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تتازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

(4) حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تتازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

(5) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول، تتازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومه، الجزائر، 2008.

- 6) دريال عبد الرزاق ، الوافي في القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة الجزائر، 2010.
- 7) سامية راشد ، قاعدة الإسناد أمام القضاء، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 8) شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، الاسكندرية، 1987.
- 9) طيب الزروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، . الجزائر، 2000.
- 10) عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 11) عبد الرزاق السنهوري ، العقود التي تقع على الملكية "الهبة والشركة"، الطبعة 2 ، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 1987.
- 12) عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المعرفة الجامعية، 2004.
- 13) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 14) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 15) علي فيلاي، مقدمة في القانون ، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 16) عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء 1، الطبعة الأولى، دار الهومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

- (17) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- (18) محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة مفتوحة، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 1999.
- (19) محمد حسن منصور، مدخل إلى القانون القاعدة القانونية، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية.
- (20) محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية. 1943.
- (21) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الغربي الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- (22) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء 1، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 1998.
- (23) محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- (24) نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- (25) هشام خالد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، اسكندرية، مصر، 2010.
- (26) هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالاسكندرية 1971.

(27) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة

الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984

ب- المراجع باللغة الفرنسية

1. Barin Irincipes ..op . cit.p.229
- 2 .Ancel B qualification.Rép.dr.int.2éd tome 111. No 8 et ss
falcon.bridge conflie rule
- 3.Batifole et lagarde op.cit.tome 1 no 29.P.477

الفهرس

إهداء

الشكر

2.....مقدمة

5.....الفصل الأول: نطاق تنازع القوانين

.....المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين

.....المطلب الأول: تعريف حالة تنازع القوانين و خصائصها

.....الفرع الأول : تعريف حالة تنازع القوانين

.....الفرع الثاني: خصائص تنازع القوانين

.....المطلب الثاني: أنواع تنازع القوانين وشروطه

.....الفرع الأول : أنواع تنازع القوانين

.....الفرع الثاني : شروط قيام حالة التنازع

.....المبحث الثاني : المبادئ العامة لحل تنازع القوانين

.....المطلب الأول :نظرية التكييف والإحالة

.....الفرع الأول: نظرية التكييف

.....الفرع الثاني : نظرية الإحالة

.....المطلب الثاني: تطبيق القانون الأجنبي

.....الفرع الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي و مركزه أمام القضاء الوطني

- الفرع الثاني : استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....
- الفصل الثاني : التطبيقات العملية لتنازع القوانين.....
- المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.....
- المطلب الأول : مفهوم الأحوال الشخصية
- الفرع الأول : تعريف الأحوال الشخصية و تحديد مواضعها.....
- الفرع الثاني : بيان القانون الذي يحكم مسائل الأحوال
- المطلب الثاني: نطاق الأحوال الشخصية.....
- الفرع الأول: القانون الذي يحكم الحالة والأهلية والزواج.....
- الفرع الثاني : القانون الذي يحكم العلاقات المالية ذات الطابع
- المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الأحوال المالية.....
- المطلب الأول : القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية والغير التعاقدية
- الفرع الأول: تحديد القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية
- الفرع الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير التعاقدية.....
- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية.....
- الفرع الثاني : القانون الذي يحكم المال المعنوي
- خاتمة.....
- قائمة المراجع.....

..... الفهرس



ملخص المذكرة

جاءت هذه المذكرة بعنوان "تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان في القانون الدولي الخاص" بهدف بيان القواعد الموضوعية والقضايا التي ساعدت في حل مشكلة التنازع، وتوضيح أثر الاحالة وقواعد الاسناد لحل مشكلة تنازع القوانين، وتكمن أهمية البحث في أنه يكشف مواقع الخلل في أسس وقواعد تطبيق القانون الدولي الخاص.

وعند عرض مشاكل قانونية مدنية كالزواج والميراث والتجارة على القضاء للفصل فيها يجد القاضي أنه امام اكثر من قانون يحكم الحالة فالقضاء يلعب دورا مهما في تنازع القوانين، على أنها مسألة تقريرية وليست تقويمية، وأن المشرع والقضاء يعملان وفق لنظرية الامتداد والتكامل،

الكلمات المفتاحية:

- 1/ تنازع القوانين /2 خصائص مفهوم تنازع القوانين
- 3/ الجذور التاريخية لنظام تنازع القوانين /4. الأذكار والحلول الحديثة لمشكلة تنازع القوانين.