جامعـة أكلـي محند أولحـاج –البويـرة
كلية الحقـوق و العلـوم السياسيـة
قسم القانـون الخـاص

إختصاص القانون الوطني في حل النزاعات المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية والإدارية
تخصص : قانون دولي خاص

إعداد الطالبة **تحت إشراف الأستاذ:**
باهية عبدات **د. حمزة قتال**

لجنة المناقشة

الأستاذ:بلعزوز رابح.....**رئيسا**

الدكتور: حمزة قتال .....**مشرفا ومقررا**

الأستاذ: معزوز أعلي.....**عضوا**

تاريخ المناقشة:2016/09/29

السنة الجامعية: 2016/2015

شكر وتقدير

أول شكر لرب العزة جلّ جلاله، الذي وهبني الحياة، رزقني وأعانني وأنار طريقي.

أتوجه بخالص شكري وامتناني وعرفاني إلى الأستاذ المشرف الدكتور حمزة قتال الذي كان نعم الموجه والمرشد، فلم يبخل علي بتوجيهاته القيّمة فقدم لي العون أمدني يد المساعدة وزوّدني بالمعلومات اللازمة لإتمام هذا العمل.

فجزاك الله خيرا.

ولا يفوتني أن أشكر أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة، وكل الأساتذة الأفاضل الذين ساهموا في تعليمي وتكويني.

كما لا أنسى كل من ساعني من قريب أو بعيد.

أرجو من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفيد منه كل طالب علم.

وشكرا

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى:

-من أعطتني من دمها وروحها وعمرها حبا ودفعا لغد أجمل،

رمز الحنان حبيبة قلبي الأولى...**أمـــي**.

-من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم،

رمز الرجولة مثل الأبوة الأعلى...**أبـــي**.

-من عشت معهم حلاوة الدنيا ومرها،

القلوب الطاهرة النفوس البريئة ... **إخوتـــي**.

-من رافقني وساندني في دربي ...**شريـك حياتـــي**.

-إلى كل أصدقائي وصديقاتي في الدراسة، العمل، البيت كل بإسمه.

باهية

مقدمة

كان ولايزال وسوف يبقى العالم متألفا من عدة دول، هذا الكيان القانوني ذو الشخصية الدولية والذي قوامه استقرار جماعة من الأفراد على جزء معين من كوكبنا وقد سيطرت عليهم هيئة حاكمة ذات سيادة، هذه الأخيرة التي تفترض وجود نظام قانوني خاص بكل مجتمع والقائم على أسس منبثقة من عاداته وظروفه وحاجاته ومثله العليا، فلكل دولة قانون له نفوذ يتحدد سريانه بحدود الدولة الإقليمية ويملك إختصاص في مواجهة أشخاص معينين وهم الوطنيين، وكل قانون يملك مساحة من النفوذ والإختصاص، تنتهي هذه المساحة حيث تبدأ مساحة نفوذ واختصاص قانون آخر.

ومقابل ذلك يمكن أن يتجاوز القانون في نفوذه واختصاصه مساحته، فيمتد على مساحة قانون آخر في مناسبات تتمثل بحركة الأشخاص والأموال بين منطقة نفوذ قانونين أو أكثر، حيث اختصرت المسافات في هذا العصر، أصبح الإنتقال بين الأشخاص مسألة في غاية البساطة والسرعة، أصبحت الدولة في وقتنا هذا تضم فضلا عن مواطنيها عددا لا يستهان به من مواطني الدول الأخرى، فيرتبط هؤلاء المواطنين الذين وجدوا فيها بعلاقات قانونية[1].

هذا الأمر الذي أدى إلى تعقيد العلاقات القانونية بين المجتمعات وتنوع القواعد القانونية التي تحكمها مما يؤدي إلى اختلاف أحكام التشريعات في الدول المختلفة، مما يجعل قوانين الدول تحتفظ كل منهما بصلتها بالعلاقة القانونية التي تنشأ إثر تلك الحركة، وهو ما يفضي إلى تداخل اختصاص ونفوذ هذه القوانين بمناسبة تلك العلاقات ويترتب على ذلك ما يصطلح عليه في فقه القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، وهو من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص

(1) إن العلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحده، أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة لأنه تتنازع على حكمها قوانين عدة دول تتصل بها في عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية، فإذا طبق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بأطراف العلاقة وانتفاء العدالة وإعاقة التعامل بين أفراد الدول المختلفة وعرقلة التجارة الدولية والحيلولة دون الإزدهار الثقافي والعلمي والإقتصادي بين الدول. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص11.

الذي سيثير نزاع فيما بينها كلما اتصلت علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية أو أكثر، أي تزاحم وتداخل عدة قوانين تتجاذب حكم العلاقة لتعدد إنتماءات العلاقة بين هذه القوانين، بحيث لم يعد مبدأ الإقليمية معمولا به بشكل مطلق إذ فرضت العلاقات الدولية نفسها وأصبحت واقعا دوليا لا يمكن تجاهله[1].

ولدفع هذا التنازع وتمكينا لهذه العلاقة أن تشق طريقها في ثقة واطمئنان مع وضع حدود، يبذل فقه القانون الدولي الخاص جهده في وضع قواعد قانونية لحل هذا التنازع باختيار وترجيح أحد القوانين المتنازعة وتفضيله حتى يسري على موضوع العلاقة القانونية ليحكمها سواء أكان هذا القانون القانون الوطني أم القانون الأجنبي، وتسمى هذه القواعد بقواعد تنازع القوانين و هي قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني تكون مهمتها فض التنازع بإسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة[2].

وإذا كان الهدف من قواعد القانون الدولي الخاص هو تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي وتحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بها، كان من واجب القاضي البحث عن القانون الواجب والأكثر ملائمة والبحث في اختصاصه من عدمه للفصل في المنازعات.

(1)-يعرف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية والشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الإختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبين كيف تنفذ الأحكام والأوامر الأجنبية، ويعتبر موضوع تنازع القوانين من المواضيع المتفق عليها بالإجماع بل وإن قواعد القانون الدولي الخاص لم توضع في بادئ الأمر إلا من أجل التصدي لمعالجته.أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، دون دار نشر، مصر، دون تاريخ نشر، ص216.

(2) –إن وجود عدة قوانين لحكم العلاقة القانونية يستلزم بالضرورة تحديد قانونا واحدا بالذات لحل المشكلة كلها أو جزء منها، وهذا التحديد يتم عن طريق إختيار أفضل القوانين من وجهة نظر المشرع الوطني في الدولة المعروض النزاع أمامها، وعليه فتنازع القوانين هو تسابق أو تفاضل أو إختيار قانون واحد من مجموعة من القوانين لحكم علاقة قانونية ذات أبعاد دولية أو لها إرتباطات بأكثر من دولة واحدة. عبد الكريم ممدوح، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص16.

فالواقع أن مختلف الأنظمة القانونية تتحفظ عن إعمال القانون الأجنبي سواءً بإقرار مجالات تطبيق خاصة للقانون الوطني وحده أو التحفظ عن تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من اختصاصه، وهذا هو موضوع الدراسة والبحث وعليه فالإشكال المطروح هو:

ما هي الحالات التي يختص فيها القانون الوطني في حل النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي؟

وتظهر أهمية هذا الموضوع في أن القاضي قد تواجهه حتما بعض النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي التي قد يتوقف الفصل فيها على تطبيق القانون الوطني وتمييزها بالتالي عن النزاعات الداخلية، وذلك بإظهار الوظيفة الفعالة للقانون الوطني في حل مثل هذا النوع من النزاعات باعتبار أن هذه العلاقات الدولية الخاصة تثير من المشكلات وتثير من الخلاف والجدل مالم يثره موضوع آخر، وهذا ما يؤكد دراسة تحليلية دقيقة لهذا الموضوع لذلك إرتأينا أن نعالج أهم جوانب إختصاصه.

ولقد إعتمدنا في دراستنا لموضوع إختصاص القانون الوطني في حل هذا النوع من النزاعات على المنهج التاريخي والتحليلي والمقارن، ذلك أن المنهج التاريخي وكما يرى (مونتيسكيو) يساعد على التعرف على القديم بهدف الإستعمال الأمثل للجديد، ولأن مادة تنازع القوانين وظهور العلاقات القانونية وأسلوب فض منازعاتها كان في مجملها ذات أصول تاريخية قديمة، أما المنهج التحليلي فيظهر في تحديد حالات وسبل إختصاص القانون الوطني عن طريق تحليل النصوص القانونية وإظهار من حين لآخر بعض المواقف والأراء الفقهية والقضائية، في حين استنادنا على المنهج المقارن يكون بالمقارنة بين النظام القانوني الجزائري وباقي الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة لها بغية الوصول لنتائج تتلاءم وموضوع البحث.

وهذا كله من خلال تقسيم موضوع الدراسة إلى فصلين، حيث في الفصل الأول نقوم بإظهار الإختصاص الأصلي للقانون الوطني من خلال مبحثين، بحيث يتضمن المبحث الأول الحالة التي يختص فيها القانون الوطني باستبعاد الإسناد أما المبحث الثاني فسنعالج فيه إختصاص القانون الوطني في الإسناد، في حين سنتناول في الفصل الثاني الإختصاص

الإحتياطي للقانون الوطني بإبراز ذلك من خلال مبحثين حيث نشير في المبحث الأول لحالة تطبيق القانون الوطني بموجب الإحالة من الدرجة الأولى وحال تعذر إثبات القانون الأجنبي، أما المبحث الثاني فسنتطرق لاختصاص القانون الوطني حال تحقق أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي

الفصل الأوّل:

إختصاص القانون الوطني

بصفة أصلية

تختصّ المحاكم الوطنية بفض المنازعات التي تثور في إقليم الدولة سواءً كانت هذه المنازعات ذات صفة وطنية بحتة أم كانت تتضمن عنصرا أجنبيا [1]، فالقاعدة العامة أن القانون الوطني يحكم العلاقات القانونية الوطنية الصرفة، إذ لا يبسط إختصاصه العام على أجنبي أو موضوع هو في الخارج إذا لم تكن له رابطة أو مبرر داخل البلاد، إلّا أنه وكاستثناء على ذلك قد يختص في هذا النوع من الروابط أي العلاقات ذات البعد الدولي لإرتباط عناصر العلاقة القانونية بتلك الدولة التي تحكم المحكمة باسمها سواءًا كان هذا الإرتباط شخصيا أو إقليميا[2] .

وباعتبار هذا الإختصاص يتعلق بالسيادة، فكل دولة حرة في تنظيم إختصاص محاكمها الوطنية على المستويين الداخلي والدولي دون قبول أي تدخل خارجي من هيئة أودولة أجنبية باعتبار أن ذلك من إختصاصها المانع، لذا فلا يمكن أن تخضع أية دولة لأي تدخل خارجي عندما ترسم إختصاص محاكمها الوطنية، ولها أن توسع الإختصاص أوتضيقه أوتعدله أوتغيره تبعا لمصالحها الوطنية، ولا ترد على حريتها في ذلك سوى القيود التي ترتضيها هي لنفسها بإرادتها واختيارها في المعاهدات والإتفاقيات التي تصادق عليها[3].

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الفصل إختصاص القانون الوطني في حل النزاعات الدولية عند استبعاد تطبيق قواعد الإسناد(المبحث الأول)، كما سنتطرق لدراسة إختصاص القانون الوطني في حل هذا النوع من النزاعات الدولية حال الإسناد (المبحث الثاني).

(1)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية-تنازع الإختصاص القضائي-تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص2.

(2)- عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص245.

(3)- غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص (الجنسية_الموطن_مركز الأجانب وأحكامه في القانون المقارن)، الجزء الأول، دون دار ولا تاريخ نشر، ص 182.

المبحث الأول:

إختصاص القانون الوطني عند استبعاد تطبيق قواعد الإسناد

تستقل كل دولة بتحديد قواعد الإختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فقواعد الإختصاص الدولي لا ترتبط كأصل عام –ورغم ما قد توحي به تسميتها-بقواعد القانون الدولي العام وإنّما تضع كل دولة القواعد التي تحدد إختصاص محاكمها دوليا بما يحقق أهدافها الإجتماعية والإقتصادية التي ترمي إليها سياستها التشريعية[1]، بحيث لايجوز للأفراد أن يخرجوا عليها باتفاقهم وإرادتهم المنفردة، فإذا حدث أن تحققت لمحكمة وطنية ما سبب من أسباب الإختصاص الأصلي فليس للأفراد أن ينزعوا منها هذا الإختصاص بالإتفاق[2]، وتحديد حالات إختصاص القانون الوطني بالمنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا بصفة أصلية وبانتفاء عنصر الإسناد يكون إما بتطبيقه القوانين ذات التطبيق المباشر(المطلب الأول)، أو بتطبيقه القواعد الموضوعية في المنهج الموضوعي(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إعمال القوانين ذات التطبيق المباشر

هناك قواعد قانونية يجب أن تطبّق في كافة الأحوال والظروف وبغض النظر عن الأشخاص والموضوع، بعبارة أخرى لا مجال لقيام التنازع وإنّما يطبّق القانون الوطني وحده[3] وباعتبار أن كل دولة لها الحرية الكاملة في تحديد إختصاص قانونها الوطني فعلى الدول فيما بينها أن تحترم ذلك، وفيما يلي سنتطرق لدراسة مفهوم القوانين ذات التطبيق المباشر(الفرع الأول)، بعدها سنتطرق لتحديد مجالات إعمال القوانين ذات التطبيق المباشر(الفرع الثاني).

---

(1)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص6.

(2)- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 617.

(3)- عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص 188.

الفرع الأول: مفهوم القوانين ذات التطبيق المباشر

لقد وضع المشرع قواعد قانونية آمرة واجبة التطبيق على كافة الروابط القانونية التي تدخل في سريانها أيًّا كانت طبيعتها وطنية أم دولية وقد بدأ ذلك مع زيادة السياسة التدخلية للدولة[1]، فتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات نتيجة التأثر بالمذاهب الإشتراكية التي سادت حتى في عقر دار النظم الرأسمالية ذاتها وفي مطلعها المجال الإقتصادي، فالدولة عبر نظامها القانوني هي التي تسهر على تنظيم ورعاية الكثير من المسائل الإقتصادية[2]، فوسيلة الدولة لهذا التدخل هو القانون فأخذت في إصدار قوانين التوجيه الإقتصادي والإجتماعي[3]، كما تدخّلت الدولة لحماية الطرف الضعيف في كثير من العقود[4]، ولذلك كان لا بد للمقنن من تأكيد الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي يفرضها وقد تدعّم ذلك بظهور أفكار جديدة كفكرة النظام العام الإقتصادي، وفكرة النظام العام الإجتماعي.

وعند الرجوع إلى الفقه نجده لم يتفق على تسمية واحدة لهذه القواعد، فالإتجاه التقليدي يطلق على تلك القواعد قوانين الأمن والبوليس وهو ما مال إليه القانون الفرنسي عام 1804م حينما نص صراحةً في المادة الثالثة فقرة01 على أنه (قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم).

هذه التسمية تبرز أن هدف هذه القواعد هو إقامة النظام على إقليم الدولة وتطبق داخل حدود إقليم الدولة، وتطبق داخل حدوده على كل شخص، وكل شيء، وكل رابطة قانونية تدخل في مجال سريانها ولا تمتد خارج الإقليم الوطني[5] .

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، مصر، 2008، ص ص 201، 202.

(2)- عبد العال عكاشة محمد، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 535.

(3)- ومن قوانين التوجيه الإجتماعي والإقتصادي نجد قوانين الأسعار، الرقابة على النقد والإئتمان، عمليات البنوك والصرف وأسعار الفائدة والعمليات الجمركية، القوانين الخاصة بحماية المستهلك والمستأجر والعمال...إلخ.

(4)- عبد العال عكاشة محمد، المرجع نفسه، ص535.

(5)- راجع أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص202.

بينما اعتمد اتجاه آخر "مصطلح القوانين ذات التطبيق المباشر أو الضروري"، هذا المصطلح حديث إبتدعه الفقيه (فرنسيسكاكيس) الذي عرف تلك القوانين بأنها القوانين التي يستوجب إحترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع وحماية المصالح الوطنية والسياسية، ويطبّق بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية داخلية كانت أو تتّصف بالأجنبية وتطبّق على المتواجدين على إقليم الدولة، وقد ازداد نطاق مبدأ إقليمية هذه القواعد بتطور الدولة وتدخّلها في المجال الإقتصادي والإجتماعي[1] .

وقد فضّل جانب من الفقه ومن بينهم الفقيه (MANCINI) تسمية القواعد محل البحث "قواعد النظام العام أو قواعد النظام العام" الإقليمي لأن هدفها هو المحافظة على سيادة النظام على الإقليم الذي تسري فيه، أو تسميتها" قواعد النظام العام الوقائي" لأنها لازمة لحماية التنظيم السياسي والإقتصادي والإجتماعي للدولة ووقائية من كل ما يمسه، أوتسميتها "قواعد النظام العام التوجيهي" لأنها تهدف إلى توجيه الأنشطة الإنسانية لخدمة ما تبتغيه الدولة وراء سياستها الإقتصادية والإجتماعية [2] .

أما القانون الجزائري فنجده قد حذى حذو القانون الفرنسي إذ نص في المادة الخامسة من القانون المدني الجزائري على أن (يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن).

وتعتبر هذه الأراء كلها وجهات نظر الفقهاء، إلّا أن اصطلاح القواعد ذات التطبيق المباشر أو الفوري إصطلاح جامع حيث يشمل قواعد البوليس والأمن التي يطبقها القاضي مباشرة وغيرها.

ويظهر أن القواعد التي يغطيها هي ضرورية من حيث التطبيق أي مدى إلزاميتها وذلك حماية للتضامن الإجتماعي و الإقتصادي لمجتمع بلد القاضي، وأن لقانون القاضي بصدد هذه القواعد إختصاصًا عاديًا لا استثنائيًا كما هو الحال في الدفع بالنظام العام، وأن تطبيق تلك

(1)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين)، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2000، ص ص84، 85.

(2)- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص254.

القواعد لا يقتصر على الإقليم بل وحتى على خارجه طالما كان ضروريًا لإدراك أهدافها[1].

الفرع الثاني: مجالات إعمال القوانين ذات التطبيق المباشر

إن تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر أي قواعد الأمن والبوليس يكون ضروريا لإدراك الهدف الذي يسعى إليه المشرع الوطني من وضع هذه القواعد، وهي القواعد التي قد تلزم تدخل الدولة والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الوطنية الحيوية والضرورية والإقتصادية والإجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم إحترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها وطنية كانت أم دولية[2]، ولقد تطوّرت قواعد قانون البوليس والأمن، والسبب الجوهري في ذلك يرجع إلى تدخّل الدول في المجالات المتعددة والرّحبة للقانون الخاص ومن أبرز هذه المجالات نجد مجال العقود(أولا)، ومجال حماية القصر وعديمي الأهلية(ثانيا)[3] .

أولا: مجال العقود

إنّ تكاثر النصوص القانونية في مجال العقود وتضييق النطاق على إرادة المتعاقين يقودنا إلى القول بأن قانون الإرادة قد بدأ في الزّوال، بحيث لم تعد هذه الإرادة تتمتع بحرية كاملة[4] فتقلص دور الإرادة الفردية وتراجع مبدأ سلطان الإرادة الأمر الذي أدى إلى أن مظاهر تدخل الدولة ممثلة في فكرة النظام العام الإقتصادي وما تولد عن ذلك من ظهور نظم جديدة كفكرة العقد المفروض[5]، ففي عقد العمل مثلًا تتعدد القواعد الآمرة الخاصة بتنظيم مواعيد العمل والأجر وحق العامل إلى غير ذلك، فتخضع علاقة العمل في نهاية الأمر للقواعد الآمرة في قانون الدولة التي يجري على إقليمها تنفيذ العمل، لأن علاقة العمل لا تدخل ضمن مفهوم

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص255.

(2)- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية) دار قنديل، عمان، طبعة 2004، ص ص45،46.

(3)- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003، ص58.

(4)- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، المرجع نفسه، ص58.

(5)- عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص536.

العقود التي تنظّمها قواعد تنازع القوانين، لأنه ليس من المعقول أن تحكم بالإرادة أو وفق قانون أجنبي [1] .

فعلاقة العمل متصلة بالدولة باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة، وإن الدّولة بقانون العمل إنما تسعى لتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الأضعف، ومثل هذه الأمور لا تتحقّق إلا إذا تم تطبيق القانون الوطني أي قانون دولة المحكمة بالذات إلا في حال وجود معاهدة[2] وهذا ما نصت عليه المادة 21ق م ج (لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الجزائر).

وقد اتفق فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر وفرنسا على ضرورة خضوع علاقات العمل إلى النصوص االآمرة المقرّرة بقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ علاقات العمل، لتعلق الأمر بالحماية وعدم رغبة المشرع تطبيق أحكام قانون دولة أجنبية[3].

وبالتالي فإن علاقات العمل تتطلب الإنسجام العام داخل المجتمع، ومتعلقة بأمنه المدني وتسعى إلى استقرار المعاملات وحماية نظام المجتمع ككل، وهذا وبطبيعة الحال يتحقق بقواعد قانونية وطنية موحدة[4]، فبالرجوع للقانون الجزائري نجد أنه يطبّق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي قانون العمل الجزائري متى نصّ المشرّع صراحةً وأوجدت أحكام آمرة على ذلك وهذا لارتباط العلاقة بين الطرفين بمسألة النظام العام الإجتماعي[5].

إن الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها نجده يتضمن قواعد تطبق على كل عقد أبرم في إطار تنفيذ الخوصصة وذلك مع الإستقلالية التامة بالنسبة للقانون الواجب التطبيق[6].

---

(1)- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، المرجع نفسه، ص59.

(2) أنظر عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص 189.

(3)- عبد الكريم ممدوح، المرجع نفسه، ص 189.

(4)- عبد الكريم ممدوح، المرجع نفسه، ص 190.

(5)- بن عزوز بن صابر، الوجيز في قانون العمل الجزائري، الكتاب الأول، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص54.

(6)-كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر،2011، ص81.

إن الأمر رقم 01-04 هو الذي ينظم عمليات خوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية، على هذا الأساس فإن القانون العام هو الذي يحدّد القرار المتعلّق بنقل المؤسسات العمومية إلى القطاع الخاص، كذلك هو الذي يحدّد الأشخاص التي يمكنها إقتناء تلك المؤسسات وهو الذي يحدّد طرق التقويم وشروط الخوصصة[1] .

هذه القواعد بمثابة قوانين أمن تنص مباشرة على القانون الواجب التطبيق، ولا يمكن للقاضي أن يتجاهلها أو أن يطبق قوانين أو إتفاقيات أخرى مكانها، وهي تعتبر قوانين فردية إقليمية وجدت من أجل حماية وتنظيم مؤسسات الدولة، فالمشرع هو الذي يحدد عن طريق الصياغة التي ينتهجها ما يدخل من المسائل في مجال تنازع القوانين والمسائل الأخرى، ويكون للقاضي دورا هاما عند الفصل في العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي وقد يرتكز على الوقائع أو المفاهيم القانونية [2].

ثانيا: مجال حماية القصر وعديمي الأهلية

لقد تقرّر حماية القصر وعديمي الأهلية عن طريق عقد الإختصاص للقانون الشخصي الخاص بالشخص المراد حمايته وهذا تبعًا لما هو منصوص في اتفاقية لاهاي 1902م والمتعلقة بالوصاية على القصر[3].

لكن وما هو ملاحظ في الآونة المعاصرة أن هذه الحماية تناط في بعض الدول وفي فروض عديدة لبعض الجهات القضائية والإدارية الخاصة بالدولة التي يقيم فيها القاصر مثلاً، مما يستبعد اللجوء للقانون الشخصي لذاك الشخص المراد حمايته.

هذا ما أوضحته بطريقة جليلة الحكم الشهير لمحكمة العدل الدولية بأن السويد لم تخل بإلتزاماتها المترتبة على معاهدة لاهاي المبرمة سنة 1902م والمتعلقة بالوصاية على القصر وذلك حينما طبقت على قاصر هولندي "boll" متوطن في الإقليم السويدي القوانين السويدية

(1)- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع نفسه، ص81.

(2)- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع نفسه، 83 .

(3)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

المتعلقة بحماية القصر، وهذا على الرّغم من أن المعاهدة كانت وكما سبق أن أشرنا تقضي بتطبيق القانون الشخصي أي (القانون الهولندي) على مسائل الوصاية، ولهذا السبب لجأت المحكمة لتبرير حكمها على أساس فكرة قواعد النظام العام، وركّزت على الطابع الإداري للهيئات القائمة بتنفيذ القانون السويسري، إذ اعتبرت دولة ما أنه لا يمكن تحقيق الهدف من تطبيق أحد قوانينها والخاص بحماية القصر إلا عن طريق تطبيق هذا القانون على ناقصي الأهلية المقيمين على إقليم تلك الدولة[1] .

وبالرجوع للقانون الجزائري وبالتحديد في المادة 15 من ق م ج نجده قد أخذ بالقانون الشخصي فيما يخص الشروط الموضوعية الخاصة بالوصاية على القصر وعديمي الأهلية لكنه أورد إستثناء على ذلك، إذ منح الإختصاص للقانون الجزائري إذا تعلق الأمر بتدبير إستعجالي وكان القاصر وعديم الأهلية موجود في الجزائر وقت إتخاذ هذه التدابير[2]، ففي مسائل الولاية على المال يمكن تصور حالة وفاة الأبوين في حادث بالجزائر، فيعين القاضي له وبصفة إستعجالية وطبقا للقانون الجزائري قيما بصفة مؤقتة يتولى إدارة شؤونه المالية في حدود السلطات الممنوحة له[3].

وفضلًا عن هذه الأمثلة يوجد العديد منها في شتى المجالات و التي تثير مشكلة تطبيق قوانين البوليس، وتجمع هذه القوانين جلها فكرة صدورها للإستجابة لمقتضيات آمرة إجتماعية وإقتصادية وتعلقها جميعًا بالنظام العام[4] ، فمصدر هذه القواعد وطني وهي تنطبق على كافة المعاملات بصرف النظر عن كونها وطنية خالصة أم مشتملة على عنصر أجنبي، وهي تجعل

(1)- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 59.

(2)- تنص المادة 15 "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 وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

(3)-حنان خوادجية سميحة، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القصر، ملتقى بجاية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2014، ص233-234.

(4)- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 59-60.

قانون القاضي في خصوص المسألة المطروحة قانونا لا يقبل أي مزاحمة من قبل أي قانون أجنبي، ذلك لأن تلك القواعد على عكس حال قواعد التنازع تتسم بالطابع الإنفرادي من حيث دلالتها على القانون الواجب التطبيق ولأنها لاتحدد سوى حالات الإختصاص التشريعي للدولة التي أصدرتها، فهي لا تبالي بالحالات التي يعقد فيها الإختصاص لقانون أجنبي[1].

المطلب الثاني:

إعمال القواعد الموضوعية الوطنية في المنهج الموضوعي

إنّ عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات الحياة الدولية للأفراد وخصوصًا في الجانب الإقتصادي، الوقت الذي تعاظمت فيه حركة التجارة والمبادلات عبر الحدود، كانت الحاجة إلى إيجاد حلول موضوعية تلائم المعطيات الجديدة وتعمل على تلافي الإختلاف الناتج عن تباين القوانين الوطنية والذي كان عائقًا أمام تطور التجارة الدولية الحديثة[2]، فظهرت قواعد قانونية في المنهج الموضوعي، هذا الأخير الذي يقصد به استبعاد تطبيق قواعد التنازع في مجال العلاقات الدولية على أساس وجود قواعد موضوعية (مادية) تشتمل على حلول للعلاقات الإقتصادية والتجارية على المستوى الدولي، وهذه القواعد تكون إما ذات أصل داخلي سواءً كانت تشريعية أو هي مستمدة من القضاء الوطني، وهي معدة لحكم علاقات خاصة دولية، وإما هي قواعد ذات أصل دولي من القانون الإتفاقي أو القانون التلقائي أو أرساها القضاء الدولي[3].

وبما أننا في صدد دراسة حالات إختصاص القانون الوطني في حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي لذا فستكون دراستنا مختصرة فقط على القواعد الموضوعية ذات المصدر

(1)-رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص96.

(2)- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 59-60.

(3)- نسرين شريقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، الطبعة1، مكتبة بلقيس، الجزائر، 2013، ص 27.

الوطني، وفيما يلي سنتعرض لدراسة مفهوم هذه القواعد الموضوعية الوطنية(الفرع الأول)، ثم سنتطرق لتحديد تطبيقات القواعد الموضوعية في القانون الوطني(الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد الموضوعية الوطنية في المنهج الموضوعي

كثيرا ما نصادف أحكام تشريعية وتطبيقية أو مبادئ قررها القضاء تخص المعاملات الدولية، من ذلك الأحكام التشريعية الخاصة بالرقابة على الصرف والتنظيم الوطني الخاص بالإستيراد وتصدير البضائع، إذ تلك القواعد من أصل داخلي ولكنها معدة أساسا لحكم العلاقات الدولية وأول صعوبة تثيرها تلك الأحكام هي عدم تحديد مجال تطبيقها بدقة، وبالتالي فإن التمييز بينهما فيما يخص ما هو خاص بالعلاقات الدولية وما هو خاص بالعلاقات الداخلية يبقى مشكلا وينبغي الحسم فيه بصفة أولية، وعلة ذلك هو إختلاف التشريعات الوطنية حسب التكييف الخاص لكل مسألة[1].

وتنقسم القواعد الموضوعية من حيث المصدر الذي تستمد منه قوته إلى قواعد ذات أصل تشريعي وقواعد ذات مصدر قضائي[2].

أولاً: القواعد الموضوعية التشريعية

إن القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي الداخلي هي تلك القواعد التي يضعها المقنّن الوطني في كل دولة ولا تسري إلا على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وقد راعى المشرّع عند سنّها خصوصية المعاملات التجارية الدولية[3]، ويمكن القول بأنه لا يخلو أي نظام قانوني لأية دولة من الدول من وجود قواعد موضوعية تحكم التجارة الدولية بقواعد ذات صفة

(1)-الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية دار الحكمة، الجزائر، 1997، العدد 1، ص89.

(2)- عبد الكريم بلعيور، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، كلية الحقوق –بن عكنون، جامعة الجزائر،2007-2008، ص27.

(3)-راجع الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص ص81.

ذاتية وخاصة في مجال الإستثمارات، وهو ما تعتمده الدول النامية بقصد تشجيع الإستثمارات في بلادها[1].

ومن أمثلتها نجد الأحكام التشريعية الخاصة بالتعاون التنموي والصناعي وتحويل التكنولوجية الواردة في التقنين اليوغسلافي سابقًا الصادر 1978م، وكذا الأحكام المقررة في مدونة المصطلحات التجارية الأمريكية، فقد روعي في سن هذه الأحكام كلها المتطلبات الحديثة للتبادل التجاري الدولي وتطبق إذا ثبت الإختصاص التشريعي[2].

بالإضافة إلى ذلك نجد القانون التشيكوسلوفاكي الصادر في 04 ديسمبر1963م والمسمى بقانون الروابط القانونية في العلاقات القانونية التجارية الدولية أو(تقنين التجارة الدولية)، من ذلك أيضًا قانون ألمانيا الديمقراطية قبل الوحدة الألمانية 1990م الصادر في 05 فيفري 1976 م والمتعلق بالعقود الإقتصادية الدولية، كما يدخل في عداها أيضا ما تتضمنه العديد من القوانين المعاصرة في مختلف الدول والمتعلقة بالإستثمارات الأجنبية، كما نذكر من الناحية التاريخية القوانين المختلطة التي كانت سارية في بعض البلدان والتي كانت تقوم على قواعد موضوعية تطبق على العلاقات التي يكون أطرافها أحدهم أوكلاهم أجنبيًا مثل القانون المدني المختلط المصري1875م[3] .

إن كل هذه القوانين المشار إليها هي قوانين داخلية ولكنها وضعت بشكل يلائم الطبيعة الخاصة للعلاقات التي تتسم بها العلاقات الخاصة الدولية في المجال التجاري بوجه خاص فقد روعي في سنها المتطلبات الحديثة في التجارة الدولية [4].

(1)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص29.

(2)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص81-82.

(3)- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص264-265.

(4)- الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص89.

ثانيًا: القواعد الموضوعية التي أرساها القضاء الوطني

تعود بعض القواعد الموضوعية من حيث إرسائها وثباتها في المعاملات التجارية الدولية إلى القضاء الوطني، وذلك تجاوبا منهما مع ما يجري به العمل من معطيات تقتضيها ضرورة الحياة التجارية الدولية التي لا توجد في مجالات أخرى وخاصة على مستوى التنظيم التشريعي الداخلي[1].

لقد رسخ الإجتهاد القضائي في بعض الدول قواعد خاصة تطبق مباشرة في مجال التجارة الدولية والتي تقدم حلولا موضوعية تتجاوب ومقتضيات الحياة الدولية للتجارة عبر الحدود[2].

ومن هذه القواعد التي أرساها القضاء الوطني ما قرره الإجتهاد القضائي الفرنسي من إستبعاد تطبيق المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الخاصتين بحظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص العامة، إذا ما تعلق الأمر بعقد أبرم لتلبية متطلبات التجارة الدولية وضمن الشروط المناسبة للأعراف التجارية الدولية، إذ أقرت محكمة النقض الفرنسية في قضية جلاكيس وفي قضايا أخرى تالية قاعدة موضوعية تطبق مباشرة على المبادلات التجارية الدولية بدلا من اللجوء إلى منهج التنازع، وتتمثل في الإعتراف بمشروعية شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة مع الأشخاص الأجنبية، كما أرست نفس المحكمة قاعدة موضوعية أخرى هي مبدأ إستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم عن العقد الأصلي موضوع التحكيم من حيث صحته أو بطلانه، ومن حيث القانون الواجب التطبيق عليه ومن ثم أصبح شرط التحكيم لا يرتبط بالعقد الأصلي وجودا وعدما[3]، كذلك الأمر بالنسبة إلى شرط الوفاء بالذهب أوعلى أساس قيمته بالنسبة لعقود التجارة الدولية بدلا من الوفاء بالعملة النقدية الورقية المتداولة خروجا عن البطلان أو الحضر المقرر في التشريعات الداخلية [4].

(1)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص30.

(2)-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 264-265.

(3)- الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص90.

(4)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص30.

وتتميز هذه القواعد بأنها قواعد خاصة بالتجارة الدولية حسب فئة تجّار الدّول دون سواهم فكلّما عرض أي نزاع يتعلّق بالعلاقات القانونية التي تتناول التجارة الدولية أمام أي قاضي من قضاة الدول المتنازعة بشأنها، فإنه مطالب بالرجوع إلى هذه القواعد الموضوعية وتطبّق مباشرة دون الرّجوع إلى قواعد التنازع في قانونه وهو ملزم بتطبيقها[1] .

والخلاصة أن القضاء أرسى مبادئ إعتبرها قواعد موضوعية تطبق على العقود الدولية دون اللجوء إلى منهج الإسناد أو الإستئناس به، بل من الممكن أن نضيف إلى المبادئ السابقة إهتمام الفقه الحديث بقواعد مادية أخرى لا تزال في طور النمو والنضج كي تصبح قواعد موضوعية صالحة للتطبيق في علاقات التجارة الدولية، ومن ذلك شرط حق المعارضة وشرط حصة الأسد حيث يحاول بعض الفقهاء إضفاء طابع المشروعية عليها في العلاقات الدولية مع أنها شروط باطلة في المعاملات الداخلية[2].

الفرع الثاني: تطبيقات القواعد الموضوعية الوطنية

إن الروابط والمعاملات الإقتصادية والتجارية تعتبر المجال والأرض الخصبة لهذه القواعد الموضوعية، سواءً منها ما كان أطرافه جميعًا من أشخاص القانون الخاص أو كان أحد أطرافه دولة معينة[3]، وإن إعمال القواعد الموضوعية لا ينحصر في حالات الخلاف والنزاع بين أطراف التجارة الدولية كما هو الحال في قواعد التنازع، بل يمكن الإستعانة بهذه القواعد في المراحل الأولى لنشأة روابط تلك التجارة، فقد رأينا أن العقود النمطية والشروط العامة والعادات و الأعراف المهنية تساعد في حسن إبرام الإتفاقيات الدولية، ولا نتجاوز الحقيقة إذا قلنا أنها تقل إلى حدّ كبير فرصة حدوث النزاع، فعن طريق تلك القواعد يعرف كل طرف سلفًا حقوقه والتزاماته وحتى إن أخل بها فتوقع عليه جزاءات ذاتية معروفة في أوساط التجارة الدولية[4] ،

(1)- نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 28.

(2)- الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص96.

(3)- نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 28.

(4)- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 271.

وقد ساهم القضاء والتشريع مساهمة فعالة في إرساء تلك القواعد، ولعل من أهم تلك القواعد المادية ذات الأهمية قاعدة صحة شرط التحكيم الواردة في العقود الدولية التي تكون فيها الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة طرفًا فيها.

وبالرجوع للقانون الفرنسي نجد أنه قد تبنى في بداية الأمر موقفًا عدائيًا بصدد إمكانية قبول التحكيم في العقود الإدارية، حيث نجد في نص المادتين 83 و1004 من قانون المرافعات الفرنسي والتي أصبحت بمقتضى القانون الصادر في 05 يوليه 1972 م تشكل المادة 2060 من القانون المدني ومحتواها(يحظر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات).

ولقد ذهب الفقه الفرنسي إلى أن الحظر الوارد في المادة 2060 ق م فرنسي ينحصر مجال إعماله في مجال التّحكيم الداخلي دون الدولي.

ولقد ذهبت أحكام القضاء الفرنسي العادي في هذا الإتجاه، حيث استبعد الحظر بشكل نهائي فيما يتعلق بالتحكيم بشأن المنازعات الخاصة الدولية، فقد ذهبت محكمة اسئناف باريس في العديد من أحكامها إلى مد نطاق إعمال الحل الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي، من أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل في إيطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية على النصوص الأجنبية التي تتبنى ذات الحظر، حيث قضت بأن الحظر الوارد على في قبول شرط التحكيم يعمل في إيطار العلاقات الوطنية، ومثل هذا الحظر لا يعدّ متصلًا بالنظام العام الدولي، ويكفي للحكم بصحة شرط التحكيم الوارد في عقد الأشغال العامة أن يكون هذا الشرط وارد في عقد دولي يبرم للوفاء باحتياجات التجارة الدولية وفقًا للشروط المتماشية مع أعراف التجارة[1] .

والأمر ذاته بالنسبة للقانون الجزائري، فقد صدر الحظر بصورة صريحة في التشريع الجزائري وبالضبط في المادة 442 من الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية

(1)- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، 2007، ص 69-70.

الملغى والتي تنص على أنه (لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم).

وبالتالي وما يفهم من هذا النص أن التشريع الجزائري قد رفض في بداية الأمر اللجوء للتحكيم التجاري الدولي بنص صريح وقاطع لحل النزاعات التجارية الناجمة عن العلاقات الدولية[1].

ورغم أن المادة 442 فـ3 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر كانت تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات، إلا أنه من حيث التطبيق وما جرى به العمل يلاحظ تخفيفات لهذا المبدأ، إذ عمدت الدولة الجزائرية إلى قبول مبدأ التحكيم الدولي في كثير من معاملاتها الخاصة الدولية، من ذلك الإتفاق المبرم بين فرنسا والجزائر في 1963/05/26، والإتفاق المبرم بتاريخ 1965/07/29 بين نفس الدولتين، الإتفاق المبرم بين شركة سونطراك وشركة جيتي بيتروليوم في 1968/10/19، وكذلك البروتوكول الموقع عليه من طرف وزير الطاقة الجزائري في ذات التاريخ[2].

هذه الإتفاقيات كلها تقضي باللجوء إلى تحكيم دولي خاص هذا فضلا عما درجت عليه عقود القانون الخاص التي تبرمها الشركات الوطنية الجزائرية من قبول مبدأ التحكيم الدولي كوسيلة لفض المنازعات بينها وبين الشركات الأجنبية المتعامل معها.

لكن ورغم غموض الموقف الرسمي للجزائر تجاه التحكيم الدولي سابقا إلا أن الوضع قد إتضح تدريجيا[3]، وذلك نظرا للتحولات الإقتصادية والتجارية والإنفتاح الواسع الذي عرفته الجزائر بتوجهها نحو إقتصاد السوق، الأمر الذي جعلها تغيّر الكثير من مواقفها الرسمية بتبنّيها أحكام جديدة تخص نظام التّحكيم في حل هذا النوع من النزاعات، وقد تجسّدت في المرسوم

(1)- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ترجمة فائز أنجد، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر، ص119.

(2)- الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص ص96-97.

(3)- الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص97.

التشريعي 09/93 الذي عدّل قانون الإجراءات المدنية وبالتحديد المادة 442 [1]، حيث سمح المشرع بموجب هذا التعديل للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يلجأوا إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم التجارية الدولية بعد أن كان النص القديم يحظر عليهم اللجوء إلى التحكيم[2].

كما حاولت أن تواكب التطورات نظرا للظغوطات والحتمية التجارية الدولية التي فرضت على الجزائر، فوسّعت من نطاق تطبيقه عن طريق القانون رقم09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد نضمته بصفة مفصّلة، فقد وضع المشرع الوطني قواعد موضوعية لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية وهذا لمواكبة الواقع العملي في المعاملات الإقتصادية والمتطلبات الحديثة[3]، ومن هذه القواعد ما نصت عليه المادة1006 والمواد1039 إلى1062 ضمن الفصل الثاني من الكتاب الخامس تحت عنوان الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي .

فاستنادًا للمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على أنه: (يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها)، كما تبنت المبدأ الخاص باستبعاد حضر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص العامة إذا تعلق الأمر بعقود مبرمة بغرض تلبية مقتضيات التجارة الدولية، وهذا وتحديدًا في الفقرة الثالثة من نفس المادة[4] .

إن القواعد الموضوعية قواعد مباشرة تقدم حلولا مباشرة للمسألة المعروضة على القاضي ولا تحيل على غيرها لمعرفة الحل، ويترتب على ذلك أن العلاقة أو الصلة بين القاضي

(1)- نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص إدارة وأعمال، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، 2014، ص1.

(2)- الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص97.

(3)- نورة حليمة، المرجع السابق، ص 2.

(4)-تنص المادة 3/1006 ق إ م إعلى: (ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إيطار الصفقات).

والقانون مباشرة تشبه تماما حالة تطبيق القاضي للقانون الوطني عندما تكون العلاقة وطنية ويكون النزاع بين مواطنين حيث يرجع بطريقة مباشرة إلى القواعد الموضوعية، فكذلك الأمر عندما يعرض على القاضي الوطني أو المحكمة أمرا يتعلق بالتجارة الدولية فيطبق القواعد الموضوعية عليها بصفة مباشرة، وبالتالي فقواعد المنهج الموضوعي وغيرها ليس هدفا بحد ذاته وإنما لإظهار إختصاص القانون الوطني[1].

(1)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص31.

المبحث الثاني:

إختصاص القانون الوطني في الإسناد

تعتبر قواعد الإسناد الوسيلة الفضلى التي يضعها المشرع الوطني لإختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية وأكثرها إيفاء لمقتضيات العدالة[1]، وبالرجوع للقانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد تطرق إلى قواعد الإسناد في المواد من 09 إلى 24 ومن هذه القواعد ما يصاغ على شكل مزدوج وما يصاغ منها على شكل منفرد، بالإضافة إلى ذلك قد نجد وضمن قواعد التنازع آليات قانونية مساعدة لتطبيق قواعد الإسناد والتي من خلالها يمكن تطبيق القانون الوطني وحده .

وفيما يلي سنتطرق لدراسة الحالة التي يختص فيها القانون الوطني في إعمال ألية تطبيق قواعد الإسناد(المطلب الاول)، كما سنتعرض لدراسة إختصاص القانون الوطني بموجب الإسناد(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إختصاص القانون الوطني في إعمال آلية تطبيق قواعد الإسناد

قد يحدث أن تثار بمناسبة حل البعض من النزاعات ذات العنصر الأجنبي مشاكل أولية يقتضي البث فيها أولا للفصل في النزاع الأصلي، وبفحص القانون المدني الجزائري نجد هناك بعض الأليات القانونية لتطبيق قواعد الإسناد التي يسند الإختصاص من خلالها للقانون الوطني دون غيره، ومن هذه القواعد نجد المادة 09 م ج التي تسند تكييف العلاقات الدولية الخاصة إلى القانون الوطني(الفرع الأول)، والمادة 22 التي ترجح الجنسية الجزائرية حال تعددها ضمن جنسيات أجنبية(الفرع الثاني).

(1)- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، 2009، ص 577.

الفرع الأول: القانون الوطني هو المرجع في التكييف

بتشعّب علاقات الأفراد ومنازعاتهم، وباتصالها بأكثر من دولة واحدة فإنه ومن المتصوّر أن يدّعي قانون كل دولة قابليته وأحقيته في تكييف المسألة محل النزاع [1] ولما كانت قوانين الدول تختلف فيما بينها بشأن تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المختلفة التي يثيرها النزاع، فما هو معتبر من الشكل في بلد قد يعتبر من الأهلية في بلد آخر، لذا أجمع الفقهاء وفي مقدمتهم"WOLF، kAHN، BARTIN "، على منح الإختصاص للقانون الوطني المعروض عليه النزاع في تحديد الطبيعة والوصف القانوني لتلك المسألة، فقد يظهر للقاضي الإختلاف في تحديد الطوائف التي يمكن ردّ هذه المسألة إليها[2] .

وفيما يلي سنتطرق لدراسة الأساس القانوني لإخضاع التّكييف للقانون الوطني (أولا)، وتحديد مجالات ونطاق إخضاع التّكييف للقانون الوطني (ثانيا).

أولا: نشأة ومضمون نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي

إرتبط ظهور التكييف بالقضاء الفرنسي، ومن أبرز القضايا التي أكدت نشأته هما قضية ميراث المالطي حكم إستئناف الجزائر في 1889/12/24، وقضية وصية الهولندي حكم محكمة أوليان في 1857/08/04.

وتتلخص وقائع قضية ميراث المالطي أن زوجين مالطيين تزوجا في مالطا واتخذاها موطنهما الأول، ثم هاجرا إلى الجزائر المحتلة حينئذ حيث تملك الزوج عقارات ثم توفي فيها دون أن يوصي بشيء، فادعت الزوجة بأن لها نصيبا من عقارات زوجها الكائنة بالجزائر طبقا للقانون المالطي الذي يعطي لمن بقي من الزوجين حيا حقا يسمى بنصيب الزوج المحتاج، وهو

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص276.

(2)-جمال الدين صلاح الدين، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(الإختصاص القضئي الدولي-تنازع القوانين)، جامعة الأزهر، الإسكندرية، 2009، ص 154. عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص44. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص277.

نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي أو القانون الفرنسي[1].

فالمسألة تتمثل في تحديد الوصف القانون الملائم للحق المطالب به وهو نصيب الزوج المحتاج، هل هو حق لها بسبب بقائها المالطي بوصفه قانون موطن الزوجية الأول حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هو حق في الإرث فيحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق الذي طالبت به، وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث[2].

وبالتالي وما هو ظاهر أن هناك اختلاف بين الأنظمة القانونية حول تكييف إحدى المسائل، وهذا الإختلاف قد أدى إلى اختلاف قاعدة الإسناد المطبقة ومن ثم اختلاف في القانون واجب التطبيق [3] .

ثانيا: نطاق إخضاع التكييف للقانون الوطني وتطبيقاته في بعض التشريعات

إن التكييف وباعتباره مسألة أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق يكون بالرجوع لقانون القاضي، مع ذلك لم يتقرّر إعمال قانون القاضي على التكييف على نحو مطلق [4] وفيما يلي سنتطرق لدراسة نطاق خضوع التكييف لقانون القاضي مع التعرض لتطبيقاته في بعض الشريعات.

1-: نطاق خضوع التكييف للقانون الوطني

إن موضوع النظرية عند بارتن ينحصر فيما أسماه بالتكييف الأولي أو الإختصاصي وقد أورد تحفظا واستثناءات عليه، بحيث اعتبر أن التكييف الذي يخضع له القاضي هو التكييف

(1)- حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة من أجل الحصول عل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2010 -2011، ص54.

(2)- حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائر والمقارن، المرجع السابق، ص54.

(3)- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 71-72.

(4)- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص114.

الأولي اللازم لمعرفة القانون المختص ومتى تم الوقوف علية كان هو المرجع في تحديد التكييفات اللازمة من بعد ذلك للفصل في المنازعة، ومع ذلك فإن تكييف مسألة معينة على أنها من مسائل الأهلية أو من الشكل هي مسألة تكييف أولي يتوقف عليه تحديد قاعدة التنازع ومن ثم القانون الواجب التطبيق ولذلك يخضع لقانون القاضي[1] .

أما بخصوص التّحفظ الذي أورده بارتن مؤداه أن مايثور من تكييفات لاحقة تطرح بمناسبة إعمال القانون الأجنبي المختص فينفرد بها هذا الأخير، فالتكييفات اللاحقة الخاصة بالتمييز بين أهلية التصرف وأهلية الإدارة وماهو القصر والبلوغ وماهي عوارض الأهلية فيتكفل بتحديدها القانون الشخصي أي قانون الجنسية أو قانون الموطن[2] .

أما الإستثناءات التي أوردها فتتمثل في:

-تكييف المال وتحديد طبيعته من حيث كونه عقار أو منقول يتحدد بالرجوع إلى قانون موقعه لا إلى قانون القاضي لاعتبارات مستمدة من أهمية المال وارتباطه بالحياة الإقتصادية في كل دولة.

-تكييف وصف المال وتحديده هل هو مشروع أم لا، وهل هو جريمة جنائية أو مدنية يجب أن يتم وفقا للمكان الذي حدث فيه ولا يجب أن يتوقّف وصف هذا المال على محض الصدف[3] .

-إذا تعلق موضوع النزاع بنظام غير معروف في قانون القاضي كنظام الوقف فيجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يخضع التكييف للقانون الأجنبي الذي يعرف ذلك النظام[4].

-إذا وجدت معاهدة بين الدول تقضي بإخضاع التكييف بالنسبة لبعض المسائل فيها لقانون أجنبي فيجب العمل بهذا القانون احتراما لهذه المعاهدة باعتبارها جزء من القانون الداخلي[5] .

(1)- عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص119.

(2)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 108.

(3)- جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص217-220.

(4)- نسرين شريقي، المرجع السابق، ص38.

(5)- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص225.

2-: تطبيقات نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي في بعض التشريعات

إن قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي تبنتها معظم الدول من ذلك مثلا ما توصل إليه القضاء الفرنسي باعتماده لهذه النظرية عندما رفض الإستجابة لطلب زوجة المالطي، كما نصت عليه القوانين العربية وأخضعتها لقانون القاضي،فالقانون المدني المصري نجده قد نص في المادة 10منه أنه في حال وجود قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون واجب التطبيق من بينها فإن القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوعها[1] .

كما جاء في المادة 9 من القانون المدني الجزائري ما يلي: [إن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق].

أما فيما يخص الإستثناءات التي أوردها الأستاذ بارتن فهي مستبعدة تماما في بعض الدول ويرو أن تطبيق قانون القاضي شامل لكل المسائل[2] ، لكن وبالجوع للقانون الجزائري فنجد أن المادة 09 السالفة الذكر أكدت أن القانون الجزائري أخذ بنظرية بارتن واعتمدت التكييف الأولي لكنها لم تشر إلى الإستثناءات فنجده قد أدرجها ضمن قواعد التنازع حيث نص صراحة على استثناء تضمنته م17ق م ج وهو المتعلق بحالة خضوع تكييف المال لقانون الموقع وهو إستثناء حقيقي يخرج عن القاعدة الواردة في المادة 09، كما نص في م 1/20ق م ج على حالة خضوع تكييف الفعل المنشئ للإلتزام يخضع للمكان الذي وقع فيه، أضف إلى ذلك الإستثناء الوارد في المادة 21 م ج والذي يقضي باستبعاد نصوص المواد من 09-20 حال وجود نص في معاهدة نافذة في الجزائر وهو استثناء من المادة 09 [3].

(1)- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص132.

(2)- نسرين شريقي، المرجع السابق، ص39.

(3)- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص108. نسرين شريقي، المرجع السابق، ص ص 37-38.

الفرع الثاني: ترجيح الجنسية الوطنية حال تعددها ضمن جنسيات أجنبية

تعرف الجنسية على أنها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة، يرسم القانون نظامها منذ نشأتها إلى زوالها والأثار المترتبة على ذلك بوصفها تمس كيان الدولة وتكشف عن الولاء، وهي بهذه المثابة تعد معيارا لتوزيع الأفراد بين الدول المختلفة في المجال الدولي، وإلى جانب ذلك فهي عنصر من عناصر الحالة المدنية للأفراد بثبوتها ونفيها يتقرر لهم الحقوق والإلتزامات[1].

وإذا كان الأصل هو حرية الدولة في تنظيم جنسيتها على النحو الذي تراه محققا لسياستها السكانية[2]، فلا ريب أن هذا الحال يقود إلى تعقيدات وأوضاع شاذة وإهدار للمراكز القانونية للأفراد، فظهرت حالات يفتقر فيها الفرد إلى جنسية وهي ما أطلق عليها الشراح ظاهرة اللاجنسية أو إنعدام الجنسية أو التنازع السلبي للجنسيات، كما ظهر من الجانب الآخر حالات يتراكم لدى الفرد جنسيات مختلفة وهي الحالات التي إصطلح الشراح على تسميتها إزدواج الجنسية أو تعدد الجنسات أو التنازع الإيجابي للجنسيات[3]، وهو بذلك لا يفيد المعنى المقصود لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ذلك أننا لسنا بصدد إختيار القانون الواجب التطبيق على مركز قانوني معين بين عدة قوانين مختلفة، فالمسلم به في المشكلة التي نعالجها الآن أن قانون كل دولة هو صاحب الولاية التشريعية الوحيدة في تنظيم جنسية هذه الدول، والفرض أن عدة قوانين إنطبقت على شخص معين فأصبح متعدد الجنسيات والمشكلة هي ترجيح جنسية واحدة بين هذه الجنسيات الثابتة قانونا، أي إنكار هذا الولاء المزدوج أو المتعدد ونسبة الشخص إلى دولة واحدة [4].

(1)- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص15.

(2)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ص378.

(3)- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص42.

(4)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص380.

وعلى هذا النحو يتضح أن المقصود باصطلاح التنازع الإيجابي للجنسيات هو الحالة التي يتمتع فيها الشخص بجنسية أكثر من دولة واحدة وفقا لأحكام قانون دولتين أو أكثر، مما يصعب تحديد القانون الواجب تطبيقه على مسائل أحواله الشخصية إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها، حيث تدعي كل دولة من الدول التي يتمتع بجنسيتها السيادة عليه بوصفه أحد وطنييها وتصر على تطبيق قانونها الوطني على أحواله الشخصية، فيحصل من جراء ذلك ما يسمى بالتنازع الإيجابي للجنسيات[1].

وتجري غالبية التشريعات ويتواتر العمل ويستقر الفقه الغالب على ضرورة التفرقة بين فرضين: أولهما الفرض حيث تثور المسألة المتعلقة بازدواج الجنسية أو تعددها أمام السلطات الإدارية أو القضاء في دولة من الدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها، وثانيهما خاص بالوضع حيث يثور التنازع بين جنسيات أجنبية أي ليس من بينها جنسية دولة القاضي من بينها[2].

وبما أننا بصدد دراسة حالات إختصاص القانون الوطني في حل التنازع، فسنكتفي بدراسة الفرض الأول الخاص بحال تراكم الجنسيات والتي من بينها جنسية دولة القاضي (أولا)، وبيان تطبيقاته في القانون الجزائري والمقارن (ثانيا).

أولا: جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة

يتفق الفقه الراجح على أن متعدد الجنسية يعتبر من الوطنيين في نظر كل من الدول التي يحمل جنسيتها[3]، فإذا كان الشخص من تابعية دولة المحكمة التي تنظر النزاع، تطبق المحكمة في هذه الحالة قانونها الوطني على أحواله الشخصية (lex fori)[4]، ويتم ذلك دون إلتفات لما إذا كان هذا الشخص مرتبطا من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا، وما إذا

(1)-غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص88.

(2)- عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص658، 659.

(3)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص396.

(4)- غالب علي الداودي، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص88.

كانت له مصالح على إقليمها أم لم تكن له مصالح، يعيش هذه الجنسية فعلا وواقعا أم كان بينه وبينها هجر مديد[1].

وأساس هذا الحل أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة فلا يقبل المشرع الوطني الإحتكام بشانها لغير قانونه الوطني والقاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطني، فالغلبة في ذلك تكون لقانون القاضي دائما[2]، فكل دولة من الدول تضطلع بوضع قواعدها الخاصة بجنسيتها وعلى ضوء ظروفها ومصالحها، وتكون الجنسية هي أداتها لتحديد عنصر السكان فيها ويكون من ثم على السلطات المختصة إدارية كانت ام قضائية بوصفها من عمال النظام الداخلي أن تتصاغ لأوامر مشرعها [3].

إن هذا الإتجاه يتبلور في إعمال قانون جنسية القاضي في جميع الفروض دون مغايرة ودون نظر لطبيعة المسألة الأصلية المرتبطة بها مسألة الجنسية [4].

ثانيا: تطبيقاته في القانون الجزائري والمقارن

إذا ثار التنازع بين جنسيتين وكانت إحداهما جنسية دولة القاضي المعروض عليه النزاع والذي عليه البث في حكم هذا الولاء المزدوج للشخص الذي يحمل جنسية دولة القاضي وجنسية دولة أخرى، فيكاد يجمع الشراح أن هذا الشخص يعتبر وطنيا في كل دولة يحمل جنسيتها[5].

والحل ذاته الذي إعتمده القانون الجزائري وذلك بصريح العبارة في نص المادة 2/22 بنصه كالأتي :"غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك

(1)- عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص661.

(2)- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص88.

(3)-عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص662.

(4)- عبد العال عكاشة محمد، المرجع نفسه، ص663.

(5)- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، ص50.

الدول"، فالمعمول به لحل هذا النوع من التنازع هو أن يعتمد القاضي بقانون جنسيته إذا كانت من ضمن الجنسيات المتنازعة فالقانون الوطني هو المرجع في مثل هذه الحالة[1].

فإذا كان الشخص متعدد الجنسيات طرف نزاع في علاقة مسائل الأحوال الشخصية أمام قاضي جزائري ويحمل من بين الجنسيات المتعددة الجنسية الجزائرية، فعلى القاضي أن يعتمد جنسيته ويطبق قانونه الوطني في كل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وهذا الحكم يقوم كما سبق أن أشرنا على إعتبار الجنسية مسألة ترتبط بالسيادة وعلى قاضي النزاع إذا كانت جنسيته من بين الجنسيات المتعددة أن يختارها ويطبق قانونها بوصفها المرجحة على بقية الجنسيات لأنها الأقرب إليه[2].

وقد أكدت هذا الحكم العديد من التشريعات العربية، منها القانون المصري وذلك في نص المادة 25 ق مدني بنصه كالأتي:"...على أن الأشخاص الذي تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية جنسية تلك الولة فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه"[3].

وقد أكدت المادة الثالثة من إتفاقية لاهاي لسنة 1930 هذا المعنى حينما قررت أنه لو كان للشخص جنسيتان أو أكثر جاز لكل من الدول التي يتمتع بجنسيتها أن تعتبره من رعاياها[4].

فالواقع أن هذا الإتجاه لاقى إنتشارا واسعا، إذ به تقول غالبية التشريعات وتطبقه أحكام القضاء في العديد من الدول وينتصر له الفقه المعتمد في كثير من البلدان، فلقد أخذ به صراحة كل من المشرع العراقي(م 23 مدني)، والسوري(م27 مدني)، والأردني(م26 مدني)

(1)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص142.

(2)- نوارة حسين، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، مداخلة في بجاية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2014، ص ص 35، 36 .

(3)- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص50.

(4)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 397.

والمغربي والتونسي، وبه أيضا قالت كثير من التشريعات الأجنبية كالإسباني(م2/29 مدني)، البولوني(م1/20 دولي خاص)، البرتغالي(م27 ق الجنسية)...إلخ.

كما تواترت أحكام القضاء وأقوال الفقهاء على الأخذ به عند كثير من التشريعات التي لم تفرد له نص، من ذلك ما عليه الحال في فرنسا وتركيا وإيطاليا...إلخ[1].

المطلب الثاني:

إختصاص القانون الوطني بموجب قواعد الإسناد

تعتبر قواعد الإسناد قواعد وطنية في مصدرها، أي أن المشرع الوطني يضعها مبدئيا بملء حريته واستقلاله مراعيا في ذلك طبيعة النزاع وسيادة الدول على إقليمها وحاجة التعامل الدولي والمصلحة المشتركة للدول[2]، والأصل أن تصاغ قاعدة التنازع صياغة مزدوجة لإتاحة الفرصة للقانون الأجنبي للتطبيق أمام المحاكم الوطنية وذلك بجعل ضابط الإسناد فيها مجردا[3]، كما قد تصاغ في شكل منفرد مكتفية ببيان مجال إختصاص القانون الوطني وحده وتسمى قاعدة تنازع قاصرة[4].

وفيما يلي سنتعرض لدراسة إختصاص القانون الوطني بموجب قواعد الإسناد الفردية(الفرع الأول)، وكذا اختصاصه حال تطبيق قواعد الإسناد المزدوجة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إختصاص القانون الوطني بموجب الإسناد الأحادي

إن قوام حل التنازع في منهج الإسناد يكون باختيار المشرع قاعدة الإسناد الأنسب والأكثر ملائمة في ظل السياسة التشريعية والمصلحة الوطنية[5]، وعليه فقد تصاغ وكما سبق أن ذكرنا

(1)- عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص ص665- 666.

(2)- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص595.

(3)- يكون الهدف من وجود القواعد المزدوجة إنتفاء القانون الذي يحقق الحل المناسب والمتوافق مع مقتضيات المنطق والعدالة والإنصاف .

(4)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص95.

(5)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ، ص80.

قاعدة التنازع بشكل منفرد بمنح الإختصاص للقانون الوطني وحده، ومن أبرز الأمثلة على ذلك المادتين 10 و13 والتي من خلالهما أورد المشرع إستثناءات يطبق من خلالها القانون الوطني سواءً ما تعلق منها بأهلية الأشخاص الوطنية في تصحيح تصرفاتهم المالية المبرمة مع أجانب(أولا)، أو حال مباشرة الأشخاص الإعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر(ثانيا). أو زواج الوطنيين مع أجانب(ثالثا)،

أولا: تطبيق القانون الوطني على الأهلية حماية للعاقد الوطني

يعتبر موضوع الأهلية من أهم المواضيع في الأحوال الشخصية والتي يمكن أن يثور بشأنها تنازع بين القوانين[1]، والمقصود بالأهلية هنا في تنازع القوانين هو أهلية الأداء العامة التي ترتبط بسن التمييز [2]، والقاعدة العامة هي إخضاع أهلية الأداء العامة للشخص لقانون الدول التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته وهذا ما نجده في المادة1/10 مدني جزائري[3].

إلا أن إطلاق هذا المبدأ بلا حدود قد يؤدي أحيانا إلى حدوث أضرار بمصالح الوطنيين أو الأموال الوطنية عند وجود أطراف أجنبية في هذه المعاملات المالية أو التجارية[4]، لذا نجد إستثناء من تطبيق قانون الجنسية على الأهلية في غاية الأهمية أساسه المصلحة الوطنية وهو مانصت عليه المادة 2/10 م ج بقولها"ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر

(1)- أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص92.

(2)-إن أهلية الأداء العامة هي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق والتحمل بالإلتزامات أو صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية بوجه عام، ولذلك فأهلية الوجوب ليست المقصودة في مجال الاحوال الشخصية لأنها عبارة عن صلاحية الشخص لتلقي الحقوق تثبت لصاحبه منذ الميلاد وتخضع لقانون الدولة التي سوف يتمتع الشخص بحقوقها إقليميا[2]، كذلك الأمر بالنسبة إلى الأهليات الخاصة فتستبعد من مجال الأحوال الشخصية ومن هذه الأهليات الخاصة نجد عدم أهلية رجال القضاء والمحامين من شراء الأموال المتنازع بشأنها أمام هذه الفئة في المحاكم التي يعملون بها كذلك منع النائب من شراء ما عهد إليه ببيعه. عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص76.

(3)- (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم)، يقابلها في القوانين العربية م11/ 1 م مصري، م 1/12 م سوري، م 12 /1 م أردني، م 1/18 م عراقي (مع اختلاف في الصياغة).

(4)- عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص84.

وتنتج أثارها فيها إذا كان أحد أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

وطبقا لهذا الإستثناء تخضع الأهلية لقانون القاضي الوطني وليس قانون جنسية الشخص[1]، وفيما يلي سنتطرق لدراسة أساس هذا الإستثناء(أولا) والشروط الواجب توافرها لإعماله(ثانيا).

1-: أساس خضوع أهلية الأشخاص للقانون الوطني

إن خضوع أهلية الأشخاص الوطنية فيما يخص تصرفاتهم المالية مع أجانب قد إستقى أساسه من مسلك القضاء الفرنسي، وكان أول حكم في هذا المعنى هو حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يناير 1861 في قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تسمى قضية ليزاردي[2].

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصا من أصل مكسيكي يسمى ليزاردي قام بشراء مجوهرات من تاجر فرنسي ووقع صكوكا تدفع مبالغها حين يحل أجل كل واحدة منها، ولكنه لما حان وقت الدفع أحجم عن ذلك مدعيا أنه ناقص الأهلية طبقا لقانونه المكسيكي الذي كان يحدد سن الرشد ب25 سنة وكان عمره لا يتعدى 23 سنة، فرفع ضده بائع المجوهرات دعوى طالبا فيها بدفع المبلغ المستحق وذلك على أساس أنه بالغ سن الرشد وفقا للقانون الفرنسي الذي يحدده ب21 سنة، فحكم القضاء الفرنسي لصالح المواطن الفرنسي النتعاقد مع المكسيكي وذلك بتطبيق القانون الفرنسي كاستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بتطبيق قانون الجنسية على كل المسائل المتعلقة بالأهلية[3].

(1)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص155.

(2)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص301.

(3)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص79.

وقد حاول الفقه الفرنسي أن يرد هذا القضاء إلى أصول فقهية عامة، فذهب البعض إلى الإستناد إلى فكرة المصلحة الوطنية ومقتضى هذه الفكرة الإمتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي في الأهلية في العلاقات المالية متى كان تطبيقها يضر بمصالح العاقد الوطني[1].

واتجه جانب آخر من الفقه إلى الإستناد إلى الفكرة النظام العام إذ يتعين إستبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام مادام أن تطبيق هذا القانون يضر بمصالح الوطنيين، وفريق ثالث من الشراح الفرنسيين يميل إلى الإستناد على فكرة الإثراء بلا سبب ذلك أن المتعاقد الأجنبي قد أثرى على حساب الطرف الوطني[2].

إلا أن الرأي الراجح يميل إلى تأسيس الفكرة على مبدأ الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، ذلك أن قضاء النقض الفرنسي عدا العاقد الوطني معذورا في جهله بالقانون الأجنبي وهو مبرر كاف للإمتناع عن تطبيق هذا القانون لأن الجهل بالقانون الأجنبي هو جهل بالواقع وليس جهل بالقانون تدفعه قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر[3].

2-: شروط إعمال القانون الوطني على أهلية المتعاقد الوطني مع الأجنبي في العلاقات المالية

يستفاد من نص المادة 2/10 وما انتهى إليه فقه القانون الدولي الخاص بصفة عامة أنه يشترط للتمسك بالمصلحة الوطنية وإحلال القانون الجزائري محل قانون جنسية الأجنبي مايلي:

-أن يكون التصرف ماليا:وهذا الشرط يعني أن تصرفات الأجنبي التي تخضع لقانون القاضي في مجال الاهلية هي تلك التصرفات المالية[4]،(بيع،إيجار مثلا) أما إذا كانت خاصة بالأحوال الشخصية مثل الزواج والوصية فلا يعمل قانون القاضي وإنما تطبق القاعدة العامة بدله[5]،

(1)- جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص390.

(2)- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 303.

(3)- جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص390.

(4)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص8.

(5)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص155.

والعلة في ذلك أن علاقات الأحوال الشخصية مما يحتاج إلى قدر كبير من الحيطة وبالتالي لا يعذر المرء بجهله بصفة من صفات الطرف الآخر[1].

-أن يبرم التصرف في الجزائر وينتج أثاره فيه: ويعني هذا الشرط أنه لا يكفي تحقق أحد الشرطين بأن يبرم التصرف في الجزائر ولكن ينتج أثاره في الخارج، أو يبرم في الخارج وينتج أثاره في الجزائربل لابد من تلائم الأمرين معاوحصولهما في الجزائر معا، أي أن يكون كل من الأمرين متلازمين لا يستغني أحدهما عن الآخر لكي يتحقق الشرط[2].

-أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري: هذا الشرط في حقيقة الأمر يتضمن شرطين أحدهما يتعلق بقانون جنسية الشخص حيث يشترط القانون الجزائري لكي يطبق عليه هذا الإستثناء أن يكون ناقص الأهلية أي لم يبلغ سن الرشد الحددة في قانونه، أما الشرط الثاني فيتعلق بالقانون الجزائري حيث يشترط في هذا الشخص أ يكون بالغا السن القانونية المحددة في القانون الجزائري وهي 19 سنة فإذا تحقق هذا الشرط يمكن أن يطبق على هذا الشخص بالنسبة إلى أهليته قانون القاضي[3].

-أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الوطني تبينه: فخفاء نقص أهلية الأجنبي يترجم حسن نية المتعاقد الآخر الذي يجب حمايته، ولا شك أن حسن النية الناشئ عن الجهل المغتفر بأحكام القانون الشخصي للمتعاقد الأجنبي هو مما يدخل في السلطة التقديرية للقاضي يقدره حسب ظروف الحال[4]، بمعنى يجب أن يكون المتعاقد مع الأجنبي حسن النية عند تعاقده معه بحيث لا يكون على علم بأن الأجنبي ناقص الأهلية أو من السهل عليه أن يعلم بذلك كأن يكون المتعاقد معه صغير السن مما يدل على

(1)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص78.

(2)- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، طبعة2013، ص222. جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص391.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص155.

(4)-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص66. عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص78.

نقص أهليته، ولذلك يتطلب من المتعامل الوطني ألا يكون مقصرا في تبصره وإحتياطه ويقاس سلوكه بمعيار الرجل العادي[1].

وخلاصة القول أن إذا ماتوافرت هذه الشروط فيتم استبعاد نقص أهلية الأجنبي المؤسس على السبب المجهول بعذر من الطرف الآخر وهو ما يقتضي الحكم بصحة ما أبرم من التصرفات في الإقليم الجزائري وحماية الأطراف حسنة النية .

ثانيا: تطبيق القانون الوطني على نشاط الأشخاص المعنوية الأجنبية

لقد أدى التطور المعاصر للحاجات والظروف الإقتصادية والإجتماعية إلى الإعتراف لجماعات من الأشخاص كالشركات والجمعيات أو لجماعات من الأموال كالمؤسسات بالشخصية القانونية، ولم يعد نشاط هذه الكيانات قاصر على المعاملات المحضة بل إمتدت عبر الحدود في صورة الشركات المتعددة الجنسيات، وهذا ما أدى إلى إثارة مشكلات تنازع القوانين وكيفية إختيار القانون الذي يحكم النظام القانوني لهذه الأشخاص الإعتبارية[2].

ويدخل ضمن هذا النظام القانوني للأشخاص الإعتبارية كل مايتعلق بتكوينه وتمتعه بالشخصية القانونية وإدارته وتمثيله، وفيما يخص التصرف المنشئ له وكذا طريقة تعديله والأثار القانونية المترتبة على ذلك كذلك طريقة حله وتصفيته[3].

وبالرجوع إلى المادة 3/10 م نجد المشرع الجزائري قد أخذ معيارا موحدا يمكن من خلاله معرفة القانون الذي يحكم الشخص الإعتباري، هذا المعيار هو مقر الإدارة الرئيسي والفعلي وقد أخذ به الفقه الغالب وقننته معظم التشريعات[4]، إلا أن الفقرة الرابعة من نفس المادة قد أوردت إستثناءً عنها يجعل القانون الوطني الجزائري هو المختص في حال ممارسة الشخص الإعتباري

(1)-عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص78.

(2)- جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص 261.

(3)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص150.

(4)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص75.

الأجنبي نشاطه في الجزائر[1] بقولها(غير أنه إذا مارست الأشخاص الإعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري).

وبالتالي إذا كان مقر الإدارة الفعلي والرئيسي للشخص المعنوي موجودا في الخارج ومارس نشاطا في الجزائر وثار النزاع بشأن ذلك النشاط فلا يطبق القانون الأجنبي بل يخضع في ممارسة ذلك النشاط للقانون الجزائري، أي أن القانون الجزائري هو المرجع في مثل هذه الحالة بوصفه قانون محل ممارسة النشاط[2]، ذلك لتأثير ذلك النشاط على المصالح الإقتصادية والتجارية للدولة [3].

ثالثا:تطبيق القانون الوطني على الزواج حماية للزوج الوطني

يعتبر الزواج من أفسح الروابط العائلية مجالا لتنازع القوانين ومن أهم مسائل الأحوال الشخصية قاطبة، ويثير الزواج تنازعا بين القوانين من ناحية إنعقاده وأثاره وإنحلاله لذا نجد المشرع الجزائري قد أخضعها لقانون جنسية الزوجين وذلك في المادة 11 و12 م ج، لكن هناك استثناء هام خروجا على القاعدة السابقة أقرها المشرع في المادة 13 بقوله"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواجإلا فيما يخص أهلية الزواج".

وهذا يعني تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائري عند إبرام الزواج سواء فيما يخص شرط صحة الزواج (أولا)، أو أثاره(ثانيا)، أو إنحلاله(ثالثا).

1- :تطبيق القانون الوطني على الشروط الموضوعية للزواج

إن الشروط الموضوعية للزواج هي تلك اللازمة لقيام رابطة الزوجية ويترتب على تخلفها إنتفاء الزواج أو وجوده مع بقائه قابلا للإبطال ويتعلق عموما بأركان عقد الزواج من تراضي

(1)- عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص75.

(2)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص150.

(3)-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص613.

ومحل وسبب[1]، وقد حرص المشرع الجزائري على النص صراحة على قاعدة الإسناد في م 11 التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق عليها بحيث أخضعها في حال كون الزوجان أجنبيين لقانون جنسية كل منهما عملا بالتطبيق الموزع إلا فيما يتعلق بموانع الزواج فيعمل التطبيق الجامع للقانونين معا[2].

غير أنه أورد تحفظا على المبدأ العام في م 13 والذي يعني أن تقدير صحة الشروط الموضوعية للزواج يكون طبقا للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا، ونطاق هذا التحفظ الوارد في هذه المادة لا يؤثر في مجال تطبيق هذا الإستثناء إلا بالنسبة للأجنبي وحده الذي يبقى خاضعا فيما يتعلق بأهليته لقانون جنسيته، وقد حدد المشرع الوقت الزمني الذي يعتد فيه بهذا الإستثناء وهو كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ولا يغير في الأمر إذا ما صار أحد الزوجين أجنبيا وقت رفع الدعوى، فلو تزوج جزائري بفرنسية لخضع الزواج للقانون الجزائري بالنسبة لجميع الشروط الموضوعية باستثناء أهلية الزواج فتبقى خاضعة لقانون كل زوج على حدى[3].

وقد تقرر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أوالعكس باطلا طبقا للقانون الجزائري وصحيحا طبقا للقانون الأجنبي، ومثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي إلى طائفتها (القانون اليوناني،الإسرائيلي مثلا)، ومثال الحالة الثانية عدم صحة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم، ومع ذلك تستثني المادة13 السابقة مسألة واحدة من إختصاص القانون الجزائري وهي شرط الأهلية التي تظل محكومة بالقانون الوطني للزوجين[4].

(1)- أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص278.

(2)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائري، 2010، ص18.

(3)- يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص53-54.

(4)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص163.

2- :تطبيق القانون الوطني على أثار الزواج

تترتب على عقد الزواج الذي استوفى أركانه وشروطه وصار نافذا العديد من الأثار القانونية[1]، ومادامت رابطة الزواج رابطة قانونية وإجتماعية فإن أثارها تستند إلى أسس قانونية وأخلاقية ودينية، ومن ثم هناك أثار شخصية يعبر عنها بحقوق وواجبات الزوجين اتجاه بعضهما البعض وأثار مالية تخص تنظيم أموال الزوجين[2].

وقد وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد في المادة 2/12 م بنصه كالأتي"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الأثار الشخصية والمالية والتي يرتبها عقد الزواج"، فقد إعتبر المشرع أن الوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية الزوج هو وقت إنعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى دفعا لمشكلة التنازع المتحرك الذي ينشأ بتغيير الزوج جنسيته بعد الزواج ورغبة منه في الحفاظ على استقرار الحياة الزوجية باستمرار خضوع أثارها لنفس القانون الذي خضع له الزواج عند الإنعقاد[3].

لكن واستثناءً من هذا الأصل أقرت المادة 13 تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت إنعقاد الزواج[4]، وهذا الإستثناء خاص بالزوجة إذا كانت جزائرية لأنه لو كان الزوج جزائري فإن تطبيق القانون الجزائري يكون في هذه الحالة إستنادا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 12[5]، حيث بين المشرع الجزائري أنه إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت إبرام الزواج فلا يطبق القانون الأجنبي وإنما يطبق القانون الجزائري وهذا كضمانة أضافها المشرع لحماية مصالح الزوجة الجزائرية، حيث أن تطبيق القانون الجزائري عليها بدلا من تطبيق القانون الأجنبي يوفر لها في الغالب الحماية الكاملة[6].

---

(1)- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص287.

(2)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص170.

(3)-يوسف مسعودي، ، المرجع السابق، ص143-144.

(4)- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص171.

(5)- يوسف مسعودي، ، المرجع السابق، ص151.

(6)- نوارة حسين، ملتقى بجاية، المرجع السابق، ص46.

3- :تطبيق القانون الوطني على إنحلال الزواج

ينتهي عقد الزواج عادة بالوفاة أو بالطلاق أو بالتفريق أو البطلان أو بالإنفصال الجسماني، وانتهاء الزواج بالوفاة لايثير أي مشكلة بين القوانين عكس باقي الأسباب الأخرى التي تثير تنازعا بين القوانين لاختلاف الأحكام في التشريعات[1]، وقد ميزت معظم القوانين العربية بين الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني وأخضعت كل مسألة لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين على عكس المشرع الجزائري الذي وحد القانون الذي يحكم إنحلال الزواج دون تمييز بحيث أخضع الكل إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا تطبيقا للمادة 12"ويسري على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[2].

لكن الإستثناء المقرر في المادة 13 يتسع لكي يسمح بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا تعلق الأمر بالطلاق أوالتطليق أوالإنفصال الجسماني متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج بصرف النظر عن جنسية الزوج وقت إنقضاء الزواج[3].

وما يمكن استنتاجه في الأخير أنه قد تم تكريس القانون الجزائري على القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري من خلال نص المادة 13 بحيث نجد المشرع قد أحال القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه إلى القانون الجزائري وهذا تفضيل لتطبيق القانون الجزائري خاصة في ظل عرض النزاع على قاضي جزائري وأمام محاكم جزائري، كما أن إخضاع مثل هذا النزاع للقانون الجزائري إنما هو حماية للمبادئ التي تقوم عليها الأحوال الشخصية في الجزائر سواءً من حيث توفر أركان عقد الزواج وشروط صحته والأثار القانونية الناتجة عنه أوفك الرابطة القانونية.

---

(1)- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص171.

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص179-180.

(3)- كمال عليوش قربوع، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، ملتقى بجاية، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ببجاية، 2014، ص146.

الفرع الثاني:إختصاص القانون الوطني بموجب الإسناد الثنائي

إن العنصر المميز لقاعدة تنازع القوانين هو عنصر أو معيار ربط موضوعي يربط العلاقة القانونية بنظام قانوني محدد قد يكون نظام قاضي الدعوى أو نظاما قانونيا أجنبيا وهذا ما يعبر عنه بثنائية قاعدة التنازع ومثال ذلك المادة 16 م ج التي أخضعت التركة للقانون الوطني للمورث.

فالجنسية تمثل هنا عامل الربط الموضوعي والقانون الواجب التطبيق سيكون القانون الداخلي الجزائري أو قانونا أجنبيا وفقا لكون المورث يحمل الجنسية الجزائرية أو جنسية أجنبية[1].

وبما أننا في صدد دراسة حالات إختصاص القانون الوطني فسنكتفي بدراسة قانون القاضي بوصفه القانون الوطني باعتباره محل الدراسة، وعليه سنتطرق فيما يلي للأحوال التي يطبق فيها القانون الوطني سواء تعلق ذلك بالأحوال الشخصية أو العينية(أولا)، أو تعلق الامر بالإلتزامات التعاقدية أو غير التعاقدية(ثانيا).

أولا: تطبيق القانون الوطني في مجال الأحوال الشخصية والأحوال العينية

1-مجال الأحوال الشخصية:

إن تحديد ما يدخل في مجال الأحوال الشخصية يختلف من دولة لأخرى فيقتصر هذا الإصطلاح في بعض الدول على الحالة والأهلية في حين يشمل في دول أخرى إلى جانب ذلك الوصية والميراث والنسب والنفقة[2]، والمشرع الجزائري فلم يعرف المقصود بالأحوال الشخصية لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة ولكن يفهم من تصفح مضمون قانون الأسرة أين يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية العامة وحماية عديمي الأهلية وناقصيها والعلاقات بين أفراد الاسرة كالزواج والمشارطات المالية التي تصحبه وإنحلاله وأثاره والبنوة

(1)- عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص76.

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص146.

وإثبات النسب والولاية على النفس والنفقة بين الأصول والفروع وبين الأقارب والوقف والميراث والوصية والكفالة[1].

وقد إختلفت التشريعات حول القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية أهو قانون الموطن أم قانون الجنسية، فالبعض أخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي والبعض الآخر أخذ بقانون الجنسية، أما المشرع الجزائري فقد أسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية وقد عبر عن ذلك بتعبيرات مختلفة باختلاف ضوابط الإسناد فسماه مرة بالقانون الوطني ومرة أخرى بالقانون الذي ينتمي إليه الزوج إلى غير ذلك[2].

وبالرجوع للتشريع الجزائري نجده قد نص على مجموعة من قواعد الإسناد المزدوجة في مجال الأحوال الشخصية، من ذلك مثلا قاعدة الإسناد التي جاءت بها المادة 10 من القانون المدني والتي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية فقد تشير باختصاص القانون الوطني وذلك بحسب الجنسية التي يحملها المعني، كذلك المادة 16 من القانون المدني التي تخضع الميراث لقانون جنسية الهالك، فالجنسية هنا تمثل عامل الربط الموضوعي والقانون الواجب التطبيق قد يكون القانون الداخلي[3]، وهذا في حال إذا كان المعني بالأمر يحمل جنسية دولة القاضي الوطني وبالتالي عقد الإختصاص له بصفته القانون الوطني.

2-مجال الأحوال العينية:

تشكل الأموال مجالا خصبا لتنازع القوانين لتنوعها وسهولة تنقلها باستثناء العقار بين مختلف الدول سواءً ما تعلق منها بالنقود والسندات والأسهم التي تتغير قيمتها في البورصات المحلية والعالمية، أم بالأشياء المادية كالمجوهرات، أم بالأشياء المعنوية كبراءة الإختراع وحق المؤلف، وتتمتع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها بأهمية بالغة لما لها من إنعكاسات

(1)-أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص84

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص141.

(3)-حكيم شاوش، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009/2006، ص 11.

على سياسة الدول الإقتصادية والإجتماعية وعلى مصالح الأفراد والشركات في شتى بقاع الأرض[1].

ويعد إخضاع الأموال لقانون موقعها من المبادئ السائدة في القانون الدولي الخاص وتأخذ بها غالبية تشريعات العالم ومن بينها التشريع الجزائري الذي خص لها قاعدة إسناد في المادة 17 و17 مكرر، ويشمل إختصاص قانون موقع العقار بيان نظام الأموال وتقسيماتها إلى عقارات ومنقولات وقد رأينا أن أغلب القوانين الحديثة أسندت هذه المسألة كاستثناء من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي إلى قانون موقع المال[2].

وعليه إذا كان الضابط هو مكان وجود العقار وكان العقار موجودا فوق الإقليم الجزائري فالعبرة بعقد الإختصاص للقانون الجزائري بصفته القانون الوطني.

ثانيا: تطبيق القانون الوطني على الإلتزامات التعاقدية وغير التعاقدية

1-مجال الإلتزامات التعاقدية:

يقصد بالإلتزامات التعاقدية التصرفات الإرادية ذات الطابع المالي التي تتم بين الأحياء مثل العقود[3]، حيث تعتبر العقود من أهم المسائل في القانون الدولي الخاص خاصة في موضوع تنازع القوانين لما قد تثير من مشاكل في تحديد القانون الواجب التطبيق على أية نزاعات يمكن أن تحدث في هذا المجال، والمقصود بهذه العقود هي العقود الدولية المشوبة بعنصر أجنبي دون العقود الداخلية، ولتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والتي تحتوي كسائر العقود على جانب موضوعي وجانب شكلي يجب الرجوع لقاعدة الإسناد

(1)-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2011، ص160.

(2)- يشمل إختصاص قانون موقع العقار أحكام بعض طرق كسب الملكية العقارية من حيازة وشفعة والتصاق وأثارها وانتقالها وانقضائها، أما بعض الأسباب الأخرى فتخضع للقانون الشخصي. راجع الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص209.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع نفسه، ص239.

الوطنية[1]، وقد نص التقنين المدني على القاعدة التي تحكم الإلتزامات التعاقدية حيث نص في المادة18 م ج على القانون الذي يحكم موضوع التصرف أما المادة 19 م ج فهي خاصة بشكل التصرف[2].

1-1:الجانب الموضوعي للعقد

لقد خص المشرع الجزائري موضوع التصرف بقاعدة إسناد في المادة 18 والتي تنص:"يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"، فالملاحظ أن المشرع قد أقر مبدأ حرية الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ولكن ربط حريتهم في الإختيار بضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد من ناحية أطرافه أو موضوعه.

على هذا الأساس قد يكون القانون المختار من المتعاقدين هو قانون القاضي الوطني مما يستدعي إختصاصه في حل النزاع المتعلق بموضوع العقد أي عقد الإختصاص لقانون القاضي بوصفه القانون الوطني بناء على ضابط قانون الإرادة.

1-2:الجانب الشكلي للعقد

إن المقصود بفكرة شكل العقد هو الإيطار الذي تفرغ فيه إرادة الأطراف[3]، وهذه الشكلية تحقق فائدة لأصحاب العلاقة والإئتمان العام واستقرار المعاملات ليعرف كل واحد حقه ويقف عند حدوده كالديون والبيوع والعقود ولأن الذاكرة قد تخون الأطراف أو قد تمضي سنوات طويلة على التصرف بحيث لا يوجد أحد يؤكده لولا هذه الشكلية[4].

وقد أصبح من المتعارف عليه منذ القدم أن التصرفات القانونية تخضع من حيث الشكل لقانون محل الإبرام وذلك بهدف تيسير على الأطراف حيث يكفي أن تتم الإجراءات الشكلية في التصرف وفقا لقانون الدولة التي يتم فيها إبرام التصرف لما في ذلك من سهولة عملية تتمثل

(1)-أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص136.

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص239.

(3)-أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص141.

(4)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص140.

في قدرة الأطراف على العلم بأحكام القانون والعمل بها[1]، وقد خص المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بشكل التصرفات وذلك في المادة 19 م ج بحيث أخضعها لقانون محل الإبرام وهي قاعدة إختيارية [2]، وعليه إذا كان القانون الجزائري هو مكان إبرام التصرفات القانونية فينعقد الإختصاص له في حال حصول التنازع حول الشكل الواجب إتباعه لإتمام التصرف.

2-مجال الإلتزامات الغير تعاقدية:

إن المقصود بالإلتزامات غير التعاقدية هي تلك الإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار – المسؤولية التقصيرية – وعن الفعل النافع-الإثراء بلا سبب- هذا وقد إتجهت معظم التشريعات إلى تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للإلتزام وذلك بسبب الصلة الوثيقة التي تربط الأفعال بإقليم الدولة التي تقع فيها مما ينعكس أثره على المجتمع[3].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 20 ق م ج(يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام)

وعليه وما يتضح من فحوى هذه المادة ذات الطبيعة المزدوجة والتي قد تشير إلى إختصاص القانون الوطني كما قد تشير إلى إختصاص القانون الأجنبي حسب الضابط المشار أعلاه إمكانية عقد الإختصاص للقانون الوطني (الجزائري) في حال وقوع الفعل المنشئ للإلتزام فوق التراب الوطني.

وعليه نخلص إلى أن القانون الوطني يختص بموجب قواعد الإسناد المزدوجة استنادا إلى ضابط الإسناد سواء كان هذا الضابط ضابط الجنسية أو ضابط الإرادة أو من الضوابط المكانية، وبالتالي متى كان مقر الضابط هو القانون الجزائري، أو كان المعني بالنزاع يحمل الجنسية الجزائري، أو اتجهت إرادة الأطراف لاختيار القانون الجزائري، فيعقد بالتالي الإختصاص للقانون الوطني عملا بقواعد الإسناد المشارة إليها أعلاه.

(1)-أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص141.

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص235.

(3)-أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص144.

الفصل الثاني:

إختصاص القانون الوطني

بصفة إحتياطية

للقانون الوطني في مسائل تنازع القوانين إختصاص إحتياطي إلى جانب الإختصاص الأصلي، إذ يطبق على جميع المسائل حتى ما كان منها ذات طابع دولي بحيث يظهر القانون الوطني مرة أخرى من أجل فض التنازع الناجم عن العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، ويسترجع بالتالي القانون الوطني ولايته العامة، بحيث نجده يتفوق في حالات ومراحل عديدة بناءً على الدور الإحتياطي الممنوح له من طرف مشرعه الوطني من أجل توسيع نطاق ودائرة إختصاصه، والتهرب بذلك من تطبيق أحكام القانون الأجنبي.

إذ الأصل هو إطلاق الإختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، وهذا من أجل تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الدولية الخاصة، ويظهر الدور الإحتياطي للقانون الوطني من خلال إعمال الإستثناءات التي تبرز بعد تعيين القانون الأجنبي كما هو الحال حال إستحالة إثبات القانون الأجنبي أو حال الإحالة من الدرجة الأولى لصالح القانون الوطني أضف إلى ذلك حالة الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون، وفيما يلي سنعالج هذه النقاط في مبحثين على التوالي حيث نتعرض لدراسة تطبيق القانون الوطني بموجب الإحالة من الدرجة الأولى وحال تعذر إثبات القانون الأجنبي (المبحث الأول)، كما سنتطرق لعرض الحالات التي يطبق فيها القانون الوطني بسبب تحقق أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي(المبحث الثاني).

المبحث الأول:

تطبيق القانون الوطني بموجب الإحالة من الدرجة الأولى وحال تعذر إثبات القانون الأجنبي

يتكفل المشرع الوطني في كل دولة بتنظيم العلاقة الخاصة ذات الطابع الدولي بواسطة قواعد الإسناد التي تكون أحادية أو ثنائية الجانب[1]، كما يمكن أن تشير هذه القواعد إلى إختصاص القانون الأجنبي ويرفض هذا الأخير الإختصاص ويحيله إلى القانون الوطني، وهذه الحالة التي تعرف بحالة الرجوع للقانون الوطني أي الإحالة من الدرجة الأولى و بذلك إسناد الإختصاص للقانون الوطني، كما قد يحدث أن تشير قاعدة الإسناد لاختصاص القانون الأجنبي ويتعذر على القاضي البحث والكشف عن مضمونه فيسند الإختصاص بالتالي للقانون الوطني كذلك.

وفيما يلي سنتطرق لدراسة إختصاص القانون الوطني بموجب الإحالة من الدرجة الأولى (المطلب الأول)، وكذا إختصاصه حال تعذر إثبات القانون الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تطبيق القانون الوطني بموجب الإحالة من الدرجة الأولى

إن خصوصية قواعد الإسناد باعتبارها تمثل أنظمة وطنية لتنازع القوانين تؤدي إلى إختلافها من دولة لأخرى لا سيما في مسائل الأحوال الشخصية التي تسندها بعض الدول لقانون الجنسية وبعضها الآخر لقانون الموطن وهو ما يؤدي حتما لحصول تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وبين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المعين، ومثال ذلك التنازع الحاصل بين القانون الجزائري والقانون الإنجليزي في شأن تصرف إنجليزي متوطن في الجزائر يتعلق بحالته وأهليته، حيث نجد قاعدة الإسناد الإنجليزية تقضي بإخضاع أهلية الشخص

(1)-سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص577.

للقانون الجزائري باعتباره قانون موطنه، في حين قاعدة الإسناد الجزائرية تقضي بإخضاعها لقانون الجنسية، فالملاحظ أن كلا القانونين يتخلى عن الإختصاص التشريعي ويسند كل منهما حكم النزاع لصالح القانون الآخر[1] وهنا تثار وتطرح مشكلة الإحالة والتي يقصد بها تلك النظرية التي تقضي بوجوب تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في القانون الوطني مادامت هاتان القاعدتان الواردتان في القانونين مختلفتين من حيث الحكم[2].

وللإحالة صورتان إحالة من الدرجة الأولى وهي حينما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى قانون أجنبي فيحيل هذا الأخير ويرد الإختصاص لقانون القاضي مرة أخرى، وإحالة من الدرجة الثانية وصورتها أن يحيل القانون المختص إلى قانون آخر غير قانون القاضي[3].

وبما أننا بصدد دراسة حالات إختصاص القانون الوطني فستقتصر دراستنا على الإحالة من الدرجة الأولى بالتطرق لقبول الإحالة من الدرجة الأولى لصالح قانون القاضي(الفرع الأول)، مع بيان تطبيقاتها في التشريع الجزائري(الفرع الثاني).

الفرع الأول: قبول الإحالة من الدرجة الأولى لصالح قانون القاضي الوطني

يرجع الفضل في تنبيه الأذهان إلى مشكلة الإحالة إلى قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي في الربع الاخير من القرن 19 عام 1878م والتي عرفت في فقه القانون الدولي الخاص بقضية forgo والتي تتلخص وقائعها في أن شخصا يدعى فورجو هو ولد غير شرعي يحمل الجنسية البافارية قدم إلى فرنسا وكان عمره 5 سنوات أقام بها حتى سن 68 ولم يكن له موطن في فرنسا، ثم توفي تاركا ثروة منقولة ولم يكن له زوجة ولا أولاد وقد ثار نزاع أنذاك بين أقاربه الطبيعيين من الحواشي من جهة الأم، والحكومة الفرنسية حول من تؤول

(1)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص112،113.

(2)-جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص614.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص114.

إليه الثروة محور النزاع حيث كان النزاع يثور حول القانون الواجب التطبيق على الميراث هل هو القانون البافاري (قانون الموطن الأصلي) بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية أم القانون الفرنسي (قانون الموطن الفعلي للمتوفي عند وفاته).

وباعتبار أن القانون الفرنسي لا يورث الحواشي فقد محكمة النقض في حكمها باعتبار التركة شاغرة وتؤول إلى الدولة لما لها من سيادة على الاموال التي لا مالك لها ولا وارث، وعلى هذا النحو أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الإحالة من قاعدة الإسناد في القانون البافاري إلى أحكام القانون الفرنسي المتعلق بالميراث[1].

أولا: حجج الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لدى الفقه التقليدي

لقد أدلى أنصار الإحالة في فرنسا بعدة حجج تأييدا لموقف القضاء وتتمثل فيما يلي:

-فكرة الإسناد الإجمالي التي مقتضاها أن قاعدة الإسناد تنفذ إسنادا إجماليا للقانون الأجنبي[2] بحيث أن كل دولة حرة في تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال والفروض التي تراها مناسبة ولكنها إذا قضت بتطبيقه فعليها أن تطبقه ككل لا يتجزأ، وهو الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية والإذعان لما تشير به إذ من غير المعقول أن نطبق قانون دولة في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالإختصاص لنفسه وفقا لما تقضي به قواعده الخاصة بالتنازع[3].

-أن الاخذ بنظرية الإحالة يؤدي إلى تعميم الحلول فيما يعرض من نزاع أمام محاكم الدول المختلفة، إذ لو حكم القاضي الوطني وفقا لقاعدة الإسناد في قانونه فقط فإن حكمه يتمتع بقوته في داخل بلاده فإذا أريد الإحتجاج به في بلد القانون الاجنبي أو في بلد آخر يأخذ بالإحالة فإن هذه البلاد سوف لا تقيم له وزنا لأنه صدر في نظرها وفقا لقانون غير مختص بعكس الحال

(1)-عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص190. نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 42.

(2)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص93.

(3)-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص442.

إذا ما أخذ بالإحالة فإن حكمه في هذه الحالة يعتد به في هذه البلاد لأنه جاء متفق مع ما تقضي به محاكمها[1].

-أنه من غير المعقول إرغام القانون الأجنبي على الإختصاص لما في ذلك من مساس بسيادة الدولة الأجنبية التي يقحم قانونها على التطبيق، إذ كيف يعقل أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مع أن قواعد التنازع فيه تتخلى عن الإختصاص لصالح قانون القاضي، ولتفادي هذه المعاملة غي المنطقية يستحسن الأخذ بالإحالة المقررة في القانون الأجنبي[2].

-أن إعمال قواعد الإسناد يقود إلى الفصل في النزاع بذات الطريقة التي سيفصل بها قاضي الدولة الأجنبية لو أن النزاع قد عرض عليه، ويحقق بالتالي إتساقا في حلول تنازع القوانين بين الدول التي على صلة بالنزاع وذلك يؤدي إلى تيسير تنفيذ الاحكام الأجنبية[3].

أن الاخذ بالإحالة يستجيب للروح العامة المسيطرة على تنظيم تنازع القوانين وهي الروح الوطنية، فلا شك أن قبول الإحالة من الدرجة الاولى سيؤدي إلى إختصاص قانون القاضي وتوسيع دائرة سلطانه بشأن العلاقات الخاصة الدولية، كما يؤدي قبول الإحالة إلى تسهيل مهمة القاضي الوطني في هذا الفرض فهو يعرف قانونه أكثر من غيره[4].

ثانيا: حجج الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لدى الفقه الحديث

لقد حاول جانب من الفقه إقتراح حلول ونظريات تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي حال الإحالة من الدرجة الأولى وهي:

1-نظرية الإسناد الإحتياطي:

تزعم هذه النظرية الفقيه الفرنسي ليروبور بيجونيير ومقتضاها أن قواعد الإسناد في كل دولة تتضمن قواعد إحتياطية أو تبعية إلى جانب القواعد الأصلية، والمشرع الوطني حين يسند

(1)-جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص621.

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص117.

(3)-حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص95.

(4)-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص444.

العلاقة إلى قانون أجنبي لا يقصد من ذلك أن يفرض على هذا القانون قبول الغختصاص التشريعي، وهو لا يقر لنفسه لما في ذلك من إخلال بواجب الإحترام المتبادل بين الدول والتدخل في سيادة دولة أجنبية ومن ثم يجب البحث عن قانون آخر يكون هو الواجب التطبيق بواسطة قاعدة إسناد إحتياطية تقع في نطاق تفسير قواعد الإسناد الوطنية[1].

وحسب هذه النظرية إن التنظيم الوطني لحل تنازع القوانين لا يتم في معزل عن النظم القانونية الأخرى، فقواعد التنازع الوطنية توضع بافتراض أن هناك اشتراك في وجهات النظر بينها وبين قواعد التنازع الأجنبية، فإذا كانت هذه الاخيرة ترفض الغختصاص لقانونها فهذا يعني إنتفاء ذلك الإشتراك ويفرض على القاضي البحث عن إسناد إحتياطي للمسألة محل النزاع هو لا يكون إلا لصالح قانون القاضي[2].

2-نظرية إقليمية القوانين:

لقد حاول الأستاذ الفرنسي(NIBOYET) أن يتلمس للحلول القضائية في فرنسا أساسا قانونيا في الفرض حيث تكون الإحالة من الدرجة الأولى، حيث ذهب للقول أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي تعرض الإختصاص على القانون الأجنبي فإذا رفض الإختصاص المعروض عليه فإنه يجب عقد الإختصاص للقانون الوطني نزولا على حكم الاصل العام وهو إقليمية القوانين، فليس من المعقول أن تبقى رابطة قانونية ما على إرتباط بالقانون الفرنسي(قانون القاضي) بغير قانون يحكمها، فالنظام العام يرفض أن تكون ثمة علاقة ضالة بلا وطن وهو ما يلزم معه العودة بصورة آلية إلى قانون القاضي الوطني بوصفه صاحب الإختصاص الأصلي لحكم النزاعات التي تثور فوق إقليمه[3].

(1)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص120.

(2)-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص450،زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص120.

(3)-عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص216. نسرين شريقي، المرجع السابق، ص46.

3-نظرية تنسيق الحلول:

وقال بها الفقيه الفرنسي(BATTIPOL) ومقتضاها أن قبول الإحالة لا يعني تنازلا من قواعد التنازع الوطنية لصالح نظيرتها الأجنبية حيث أن إعمال هذه الأخيرة لا يكون بغير أمر قواعد التنازع الوطنية، وهنا يبرز معنى التناسق بين قواعد التنازع، فالإحالة تؤكد التعاون بينهما وتداخلهما المتبادل بدلا من تجاهل إحداها الأخرى وهي تؤدي على هذا الأساس إلى حل مشكلة التنازع بين السيادات الكامن في ظاهرة التنازع فيه وإلى تطبيق القاضي قانونه الوطني وبالتالي توسيع نطاقه ليشمل المنازعات التي تمس المصالح المباشرة لدولته[1].

ثالثا:الأساس الفعلي للإحالة من الدرجة الأولى

بالرجوع إلى قضية فورجو التي قرر فيها القضاء الفرنسي لأول مرة قبول الإحالة إلى قانون القاضي يكشف إلى حد كبير عن أحد الاسباب الهامة التي دعت هذا القضاء إلى الأخذ بفكرة الإحالة من الدرجة الأولى، فقبول المحكمة إحالة القانون البافاري إلى القانون الفرنسيكان لتحقيق هدف واضح هو حماية المصالح الوطنية.

كما يرجع ذلك إلى ميل القضاة بصفة خاصة إلى تطبيق قانونهم الوطني والإقلال بقدر الإمكان من فرص ص تطبيق القوانين الأجنبية لما يواجهون من صعاب عند البحث عن مضمونها والكشف عن أحكامها، فالقاضي يفضل ببساطة تطبيق الاحكام الموضوعية في قانونه حتى لا يجهد نفسه لعناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي وهو يسعى في هذا السبيل إلى استخدام كافة الوسائل الفنية التي تمكنه من تحقيق هذا الهدف، ومن بين هذه الوسائل قبول الإحالة من الدرجة الأولى[2].

(1)-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص451-452.

(2)-أنظر هشام علي صادق، المرجع السابق،107،106.

الفرع الثاني: تطبيقات الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري

في هذا الفرع سنتطرق لدراسة مدى تكريس الإحالة من الدرجة الأولى ضمن القانون الجزائري(أولا)، مع بيان الإستثناءات الواردة عليها بتحديد نطاق الإحالة من الدرجة الأولى(ثانيا).

أولا: تكريس الإحالة من الدرجة الأولى ضمن المادة 23 مكرر1 م ج

قبل تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 10/05 كان الفقه مختلفا حول ما إذا كان المشرع قد إعتمد الإحالة أم لم يعتمدها والسبب في ذلك عدم وجود نص يقضي بذلك، لكن وبموجب التعديل الجديد أضاف نصا قانونيا وهو الماة 23 مكرر 1 حيث أفصح عن موقفه من الإحالة من الدرجة الأولى[1] والتي تنص على أن(إذا تقرر أن قانونل أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان.

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

وهذا النص مستحدث بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، فالقارئ للفقرة الثانية يجد أن المشرع الجزائري قد أخذ صراحة بالإحالة كون أن النص شمل على عبارة (إحالة قواعد التنازع إلى القانون الجزائري) ونحن نعلم أن الإحالة هي نظرية تقضي بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقا لقانون القاضي في حال إختلاف ضابطي الإسناد في كلا القانونين، فهذا الحل الجديد لتنازع القوانن هو حكم لا يؤثر في تطبيق القانون الجزائري بين المقيمين في الخارج مادام ضابط الإسناد للأحوال الشخصية في الجزائر هو قانون الجنسية، فإذا عرض على القاضي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي فإنه يرفض

(1)-حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون والمقارن، المرجع السابق، ص64.

الإختصاص ويحيله مرة أخرى إلى القانون الجزائري وهذا طبقا للحل الوارد في الفقرة الثانية من م 23 مكرر1 ق م ج[1].

وهذا على الرغم من التناقض الموجود في الفقرة الأولى من نفس المادة والتي تأمر القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه دون النظر في قواعد إسناده فالإسناد فيه موضوعي، في حين تأمر الفقرة الثانية القاضي أن يستشير قواعد الإسناد تلك لتحيل إلى القانون الجزائري فيطبقه فالإسناد فيها إجمالي[2].

والتطبيق الصحيح لنص المادة 23 مكرر1 يقتضي التمييز بين الفروض التالية:

الفرض الأول:يجب على القاضي الجزائري أن يرجع إلى قواعد التنازع في القانون الاجنبي المسند إليه طبقا للقانون الجزائري فإذا قبل الإختصاص طبق القاضي قواعده الموضوعية كمرحلة ثانية، ومثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حاص بأهلية مواطن إنجليزي متوطن في إنجلترا فيطبق القاضي الجزائري في النهاية القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي مادام هذا الاخير يقبل الإختصاص.

الفرض الثاني:إذا رفض القانون المسند إليه الإختصاص فالأمر لا يخرج عن أحد الإحتمالين، إما أن تحيل قواعد الإسناد في ذلك القانون على قانون القاضي ففي المثال السابق لو أن المواطن الإنجليزي كان متوطنا في الجزائر فطبق للفقرة الثانية من م23 مكرر1 فتطبق حينئذ القواعد الموضوعية في القانون الجزائري، أما الإحتمال الثاني فهو أن يحيل القانون الاجنبي المختص على قانون أجنبي آخر كأن يكون المواطن الإنجليزي في المثال السابق متوطنا في فرنسا أو ألمانيا ففي هذه الحالة تطبق الأحكام الداخلية في القانون الإنجليزي وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 وهذا بغض النظر عن موقف القانون المسند إليه مرة ثانية ما إذا كان يقبل أو يرفض الإختصاص[3].

(1)-رقية وزري، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا، الجزائر، 2009/2006.

(2)-حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص64.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص126-127.

ثانيا: نطاق تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى

يستثنى الفقه من نطاق الأحوال الشخصية بعض المسائل، أي العودة إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص واستحالة تطبيق القانون الوطني، ومن هذه المسائل التي تخرج من نطاق دراستنا نجد:

1-إستبعاد الإحالة حال الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين :

بالرجوع للقانون الجزائري نجد أن المشرع قد أخضع موضوع التصرفات القانونية للقانون المختار من المتعاقدين وهو قانون الإرادة[1]، بحيث إذا اختار المتعاقدين قانونا أجنبيا معينا لحكم العقد الدولي المبرم بينهم فليس للقاضي أن يستشير قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون وإنما عليه أن ينفذ مباشرة الأحكام الموضوعية في القانون المختار ويطبقها على واقعة الدعوى ويرجع السبب في ذلك إلى أن ضابط الإرادة يتنافى في ذاته مع الأخذ بالإحالة في هذا الفرض[2]، وعليه فإن الأخذ بالإحالة من شأنه التعارض والإخلال بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية وقد تؤدي إلى إحلال قانون آخر غير القانون المتفق عليه علما أن قاعدة قانون الإرادة عالمية مقررة في كل الأنظمة القانونية ويسري على الضابط الأساسي وعلى الضوابط الإستثنائية قانون محل الإبرام والجنسية المشتركة والموطن المشترك ومكان التنفيذ، وقد إعتمدت هذه القاعدة في فرنسا وانجلترا وأخذت بها إتفاقية لاهاي لسنة 1955 والمتعلقة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية[3].

2-إستبعاد الإحالة فيما يخص شكل التصرفات القانونية:

فمادام أن المتعاقدين قد أفرغو تصرفهم في الشكل الذي يتطلبه قانون بلد الإبرام فلا يجوز التمسك بغير ذلك ببطلان التصرف بدعوى أنه لم يستكمل الشكل الذي يتطلبه القانون المختص

(1)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص123.

(2)-هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1986، ص83.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص123.

بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة التي أبرم فيها التصرف[1]، فقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام قاعدة عالمية مقررة في كل الأنظمة القانونية ويرجع تبنيها لاعتبارات عملية هي افتراض أن أطراف التصرف يعرفون أحكام قانون المحل عند إقدامهم على إبرامه[2]، ويصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد[3]، وعليه يجب استبعاد الإحالة في هذا الموضوع تلافيا للمخاطر التي تنجم عن الأخذ بها والتي قد تؤدي إلى إبطال التصرف شكلا، غير أنه إذا كان الشكل ركنا موضوعيا في التصركما هو الشأن بالنسبة لبيع العقار في القانون الجزائري فيسري قانون الموقع على الشكل أيضا وليس القانون المحلي[4].

وما يمكن أن نخلص إليه في هذا المطلب هو أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى من طرف المشرع الوطني من شأنها توسيع مجال تطبيق القانون الوطني في مسائل تنازع القوانين والتخفيف على القضاء الوطني عبء البحث في القوانين الأجنبية فضلا عن كون تلك القوانين ترفض الإختصاص قطعيا وتحيله إلى قانون القاضي الوطني.

المطلب الثاني:

تطبيق القانون الوطني عند تعذر إثبات القانون الأجنبي

يفترض على القاضي أن يطبق القانون المختص من تلقاء نفسه، ولكن المعاملة الواقعية للقانون الأجنبي وافتقاده لعنصر الإلزام في غير بلد صدوره يجعله يختلف عن القانون الوطني، ومن ثم فالأصل أن الطرف الذي له مصلحة في تطبيق قانون أجنبي عليه أن يتمسك باختصاصه ويثبت مضمون وشروط تطبيقه فلا يفترض معرفة القاضي كافة قوانين العالم، ولكن مع ذلك لا يجب أن يكون موقفه سلبيا اتجاه القانون الأجنبي بل عليه أن يسعى للبحث

(1)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص111.

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص122.

(3)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص111.

(4)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص122.

عنه والتعرف عليه وتحديد مضمونه في حدود إمكانية علمه وليس في ذلك إخلال بواجب الحياد مادام القاضي مؤتمرا بتطبيق القانون الاجنبي بواسطة قاعدة التنازع الوطنية.

ولكن إذا استنفذ القاضي في وقت معقول كل الوسائل المتاحة له للتعرف على القانون الأجنبي وتعذر عليه إثباته أو تحديد مضمونه أو أنه وصل إلى طريق مسدود لانعدام النص الموضوعي الواجب التطبيق فلا يبقى أمامه إلا تطبيق قانونه الوطني باعتباره يسترجع ولايته العامة إستنادا لمبدأ إقليمية القانون[1].

وفيما يلي سنتطرق في هذا المطلب لموقف الفقه حال إستحالة إثبات القانون الأجنبي(الفرع الأول)/ وترجيح قانون القاضي من بين المواقف المختلفة مع بيان تطبيقاته في التشريع الجزائري(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأراء الفقهية حول استحالة إثبات القانون الأجنبي

إذا قام القاضي الوطني ببذل كل الجهود واستنفاذ كل الوسائل للتثبت من القانون الأجنبي المختص، وجابهته صعوبات مادية وقانونية حالت دون استدلاله على ما أراد وتعذر عليه إثباته فيستوجب البحث عن حل بديل في هذا الحال وهذا ما أدى إلى ظهور مواقف مختلفة واتجاهات بشأن هذه المسألة[2] نجمها في 3 إتجاهات إتجاه يرى برفض الدعوى (أولا)، وآخر يقول بتطبيق قانون غير قانون القاضي(ثانيا)، والثالثبوجوب تطبيق قانون القاضي(ثالثا).

أولا: رفض الفصل في الدعوى

ومؤدى هذا الرأي أنه مادام قد تعذر تطبيق القاعدة القانونية واقعيا لنقص القانون الأجنبي وخلوه من الحكم الواجب تطبيقه أو لعدم إمكان الكشف عنه فلا مناص أمام القاضي إلا الحكم برفض ورد الدعوى[3]، فوظيفة القاضي هي الفصل في النزاعات التي تعرض عليه والتي تتعلق

(1)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق،ص13.

(2)-غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص266.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص258.

بالحقوق وبالمراكز القانونية إذ تستدعي أن يطبق عليها القواعد القانونية، فإذا انعدمت من الناحية الواقعية بخلو القانون الواجب التطبيق منها أو انعدمت من الناحية الحكمية بتعذر الكشف عن مضمونها فاستحال إعمالها مع وجودها فلا مفر من رفض الدعوى[1].

إن هذه النظرية قد قبلت عام 1954 في قضية "WALTON" عندما وقع حادث اصطدام بين سيارتين لمهندسين أمريكيين يعملان في المملكة العربية السعودية في (أرامكو)، حيث رفض المدعى دعواه أمام محكمة نيويورك وتوصلت المحكمة وفق قواعد التنازع عندهم لتطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار(قانون م.ع.س)، طلبت المحكمة إثبات القانون السعودي فعجز عن ذلك وتمسك بدفوع واهية لذلك قررت المحكمة رد الدعوى لعدم التمكن من إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق[2]، وهذا ما جعل المشرع في ولاية كاليفورنيا عام 1957 من تعديل قانون المرافعات بما يضمن إعطاء الحق للمحكمة الأمريكية في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي في أن يطبق قانونها الوطني أو تمتنع عن النظر في الدعوى[3].

إلا أن هذا الحكم القاضي برد الدعوى قد تعرض لنقد شديد لأن القاضي الذي يرفض الدعوى مع إختصاصه يعد نكلا لأداء العدالة لا سيما أن هناك وسائل قانونية توصله إلى إقرار الحماية المطلوبة كالرجوع للمصادر الإحتياطية في القانون في حال عدم وجود نص تشريعي[4]، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 01 م ج[5].

(1)-حمزة قتال، دورالقاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص205.

(2)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص227.

(3)-غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص266.

(4)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص258.

(5)-تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعدالعدالة).

ثانيا: تطبيق قانون غير قانون القاضي

من الحلول التي أتى بها هذا الإتجاه نجد تطبيق المبادئ العامة السائدة في الدول المتمدنة(1)، وتطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي(2).

1-تطبيق المبادئ العامة السائدة في الدول المتمدنة:

يرى البعض أن إذا استحال على القاضي أن يتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي فعليه أن يطبق المبادئ العامة أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة أو المبادئ السائدة في الدول المتمدينة[1]، ويمكن الكشف عنها عن طريق العقل والإنصاف والعدالة لأنها تطبيقا لنظرية القانون الطبيعي التي نادى بها فقهاء القانون ومنذ فجر التاريخ[2]، وقد تبنت بعض الأحكام الأمريكية والفرنسية هذا الرأي الذي يقوم على أساس إفتراض تطابق القانون الأجنبي الذي إستحال الكشف عنه مع ما يسمونه بالمبادئ السائدة في الأمم المتمدينة.

غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أنه يفتقر إلى السند القانوني السليم كما يخول للقاضي في حقيقة الأمر قدرا كبيرا من التحكم، بل وإن القاضي قد ينتهي عملا إلى تطبيق قانونه تحت ستار ما يسمى بالمبادئ المستقرة[3]، كما أن تطبيقها يؤدي إلى اختلاف الأحكام من محكمة لأخرى نظرا لعمومية هذه المبادئ وسعتها[4].

2-تطبيق القانون الاقرب إلى القانون الأجنبي المختص:

إن هذه النظرية تقوم على أساس أن القانون في العالم ينقسم إلى مجموعات أوعوائل كالقانون الأجلوسكسوني، الجرماني، اللاتيني، الإسلامي الإشتراكي...إلخ[5]، فإذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الامريكي مثلا وتعذر على القاضي الكشف عن مضمونه فله أن يطبق

(1)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص167.

(2)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص228.

(3)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص167.

(4)-حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص207.

(5)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص268.

القانون الإنجليزي باعتباره من نفس العائلة[1] على إعتبار أن هذا القانون الأخير متماثل في أحكامه مع القانون الواجب التطبيق أصلا فيكون الحل المتوصل إليه هو نفسه أو قريب منه[2].

ومع ذلك فإن هذا الرأي يصطدم بعقبات تجعل تحقيق النتيجة التي يبغيها محل شك كبير فمن الصعب عملا إن لم يكن من المستحيل التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة[3]، فالإشتراك في المصدر أو الإنتماء إلى عائلة قانونية لا يعني حتما تطابق أوتماثل الحلول الموضوعية في القوانين، إذ كل نظام له مقوماته الذاتية والقانون يتغير بتطور المجتمع[4] كما أن المشرع غالبا ما يستوحي قواعده القانونية من عدة قوانين بحيث لا يمكن القطع بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه[5].

ثالثا: تطبيق قانون القاضي

يرى أنصار هذا الرأي أن تطبيق القانون الأجنبي يشكل استثناءً من القاعدة العامة وما دام قد تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب الإختصاص الأصلي طبقا لقواعد التنازع فيستعيد قانون القاضي ولايته بما له من إختصاص إحتياطي[6]، كما أنه أكثر ملائمة لحكم النزاع وأقدر على تحقيق العدالة لاعتبارات عملية عديدة وفي نفس الوقت يؤدي إلى تجنب إمكان الإمتناع عن فض النزاع ورفض نظره خاصة إذا كان الأمر يتطلب تنفيذ الحكم في دولة القاضي[7]، وقد أخذ القضاء الإنجليزي بهذا الحل على أساس وجود التماثل بين القانون الأجنبي وقانون القاضي وقد انتقدت هذه النظرية من حيث أن افتراض التماثل بين القانون الأجنبي وقانون القاضي مجرد حيلة قانونية وأن مادامت قاعدة الإناد في قانون القاضي

(1)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص168.
(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص258.
(3)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص168.
(4)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص258.
(5)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص168.
(6)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص259.
(7)-غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص267.

قد أناطت الإختصاص لقانون أجنبي فلا تسوغ العودة التلقائية لقانون القاضي مرة أخرى، أضف إلى ذلك أن الولاية العامة لقانون القاضي تنطبق على العلاقات الداخلية دون العلاقات الدولية التي تحدد الإختصاص بشأنها قواعد الإسناد مهما كان القانون المسند إليه وطنيا أم أجنبيا[1]، وبالرغم من هذه الإنتقادات إلا أنه يعتبر أرجح الحلول دوليا لأنه يعد من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا.

الفرع الثاني: ترجيح قانون القاضي وتطبيقاته في التشريعات المقارنة

من المسلم به فقها وقضاءً أن قانون القاضي هو المرجع حال إستحالة إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق حيث تعتبر هذه النظرية أسلمها وأقربها إلى الواقع وتحقيقا للعدالة واستجابة للسيادة والملائمة والعقلانية[2]، وفيما يلي سنتطرق لمبررات تطبيق قانون القاضي الوطني(أولا)، وتطبيقاته في بعض التشريعات(ثانيا).

أولا: مبررات تطبيق قانون القاضي الوطني حال تعذر إثبات القانون الأجنبي

لقد ظهر الإختلاف في تبرير الأساس القانوني لتطبيق قانون القاضي حال تعذر إثبات القانون الأجنبي وفيما يلي سنتطرق لهذا الإختلاف في التبرير(1)، مع بيان الأساس القانوني لتطبيق قانون القاضي(2).

1-الإتفاق على قانون القاضي والإختلاف في تبريره:

بالرغم من إتفاق أنصار هذه النظرية على تطبيق قانون القاضي إلا أنه قيلت عدة تبريرات بشأن هذه المسألة منها أن القانون الوطني يتشابه مع أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وهذه الوجهة الإنجليزية[3]، وعلى من يدعي عكس هذا الإفتراض أن يقيم الدليل على ذلك فكأن القانون الوطني لا ينطبق من الوجهة النظرية بصفته هذه وإنما بوصفه قانونا أجنبيا،

(1)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص259.

(2)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص229.

(3)-عبد الكريم ممدوح، المرجع نفسه، ص229.

وقد أخذ على هذا الرأي قيامه على أساس المجاز أو الحيلة ولما كان أساس الحيلة هو الوهم والبعد عن الواقع فإنه يجب الحد من النتائج المترتبة عليها في أضيق الحدود وقصرها على الغاية التي يسعى إليها القانون[1].

أما القضاء الفرنسي فإنه يعتبر تطبيق قانون المحكمة على أساس أنه يمثل الإختصاص العام وأنه يعتبر صاحب الولاية العامة أصلا في كافة المنازعات وأيضا يقوم على أساس عملي واقعي حتى تتمكن المحكمة من إصدار القرار[2]، وقد انتقد هذا الرأي بدوره لأن القول بالولاية العامة لقانون القاضي يصدق على العلاقات الداخلية دون العلاقات الخاصة الدولية التي تحدد الإختصاص بشأنها قواعد الإسناد مهما كان القانون المسند إليه وطنيا أم أجنبيا[3].

وهناك من يبرر تطبيق قانون القاضي على أساس أن له إختصاص إحتياطي عام لاستحالة تطبيق القانون الاجنبي صاحب الإختصاص الأصيل بموجب قاعدة الإسناد الوطنية ويعد هذا التبرير هو الصحيح والراجح فقها[4].

2-الأساس الفعلي لتطبيق قانون القاضي

استند هذا الإتجاه على عدة حجج في تبرير ما ذهب إليه وهي كما يلي:

أن قانون القاضي في مسائل تنازع القوانين إختصاص إحتياطي عام، إذ يطبق على جميع المسائل حتى ما كان منها ذات طابع دولي.

أن النظم القانونية عموما قد إتجهت مؤخرا إلى توسيع دائرة إختصاص القانون الوطني، فهناك قوانين التوجيه الإقتصادي والحماية الإجتماعية التي تتزايد عددها بتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات، فهي من قوانين التطبيق الضروري وعليه لا يبدوا غريبا أن يطبق القاضي قانونه عند إستحالة تطبيق القانون الآخر.

---

(1)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص169.

(2)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص229.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص259 وهشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ص169.

(4)—حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص211.

أن تطبيق قانون القاضي للقانون الوطني يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، كما أنه أعلم بأحكامه وأسهل تطبيقا من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص[1].

ويبقى القول بتطبيق قانون القاضي عند تعذر تطبيق القانون الأجنبي حلا مبررا ذلك أن قانون القاضي ليس غريبا عن المنازعة المطروحة إذ يتصل بها على الأقل من ناحية أنه قانون المحكمة المعروض أمامها، كما يعتبر تطبيق قانون القاضي حلا عادلا لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب عن رفض دعواهم ولأجل هذا أكده الفقه والقضاء وتبنته العديد من التشريعات[2].

ثانيا: التشريعات التي أخذت بإعمال قانون القاضي حال تعذر إثبات القانون الأجنبي

1-في القانون المقارن:

إن تطبيق القانون الوطني يبرر لما له من إختصاص إحتياطي في الأحوال التي يتعذر فيها الكشف عن مضمون القانون الاجنبي صاحب الإختصاص الأصلي وهو المبدأ الغالب في فرنسا ومصر، وقد تبنته العديد من التشريعات من بينها نجد القانون الإيطالي لعام 1995 في المادة 2/24 التي تنص:(إذا تعذر على القاضي ولو بعد الإستعانة بالخصوم أن يثبت مضمون القانون الأجنبي المختص فإن عليه أن يطبق ضوابط الإسناد الأخرى الخاصة بالفرض المماثل، فإن تعذر ذلك طبق القانون الإيطالي)، والقانون النمساوي لعام 1979 في المادة 2/4 التي تنص(إذا لم يبحث عن القانون الأجنبي في فترة معقولة رغم الجهود المكثفة فيجب أن يطبق القانون النمساوي)، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في المادة 2/16 التي تنص (يطبق القانون السويسري إذا لم يستطع إثبات مضمون القانون الأجنبي)، وقانون أصول المحاكمات المدنية التركي في المادة 76 التي تنص(إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي

(1)-حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع نفسه، ص212.

(2)-حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص212.

المختص يطبق حكم القانون التركي في النزاع المعروض)، والمادة 142 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني(إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقا للقانون اللبناني)، كذلك مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل 32 فقرة 4 حيث ينص (...وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي ويجب في جميع الحالات إحترام مبدأ المواجهة) [1].

أما بالنسبة للقضاء المصري ففي مشروع القانون المدني المصري والمادة 24 منه التي كانت تنص على أنه(في جميع الحالات يقرر فيها أن قانونا أجنبيا هو المختص يطبق القانون المصري إذ كان غير ممكن إثبات وجود القانون الأجنبي أو مدلوله)،إلا أن هذا النص لم يظهر في التقنين[2].

2- التشريع الجزائري:

لقد تبنى المشرع الجزائري ذات الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حال إستحالة الكشف عن مضمون القانون الاجنبي، وهو حكم مقرر في نص المادة 23 مكرر التي تنص(يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه)، إلا أنه يتعين التذكير أن هذا الحل إستثنائي ولا يلجأ إليه كحل سهل إذ أن كلمة تعذر الواردة في المادة تفيد ضرورة إستنفاذ الوسائل المعقولة في التحري وبذل جهد معتبر لإثبات القانون الأجنبي والتعرف على مضمونه من القاضي والأطراف لا سيما من يتمسك بتطبيقه وذلك بمنحه الوقت المقبول لإقامة الدليل عليه وإثباته[3].

وعليه وطبقا للمادة 23 مكرر السالفة الذكر يجب على القاضي في حال ما إذا تعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي سواء إلتزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمعونة

(1)-حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص213.

(2)-سهام عكوش، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا، ملخص مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إيطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009، ص50.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص260.

الخصوم أن يطبق القانون الوطني تسهيلا لمهمته في فصله للنزاعات الدولية الخاصة، الأمر الذي قد يؤدي إل توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني في حل مثل هذه النزاعات.

المبحث الثاني:

تطبيق القانون الوطني حال تحقق أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي

قد يرفع النزاع الذي يشتمل على عنصر أجنبي إلى القاضي الوطني لكن قد يتضح لهذا الاخير أن قاعدة الإسناد قد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي تصطدم أحكامه بالمبادئ السائدة في دولته أي بمبادئ النظام العام والأداب العامة في قانونه، الأمر الذي يستوجب عليه استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام[1]، ومن جهة أخرى قد يتضح للقاضي من ظروف الدعوى وملابساتها أن الخصوم قد تعمدوا أن يغيرو من ضابط الإسناد حتى يتسنى لهم الإفلات من أحكام القانون المختص ويؤكد الفقه الحديث حق القضاء في سد الطريق أمام تحايل الخصوم على هذا النحو بإعمال نظرية الغش نحو القانون ومؤدى ذلك أن يمتنع القاضي عن إعمال حكم القانون الذي يسعى الخصوم إلى تطبيق أحكامه عن طريق التحايل والتصدي لتطبيق القانون الذي كان مختصا أصلا بحكم النزاع[2].

وبالتالي إذا تأكد القاضي من وجود هذه الموانع كان لزاما عليه أن يطرح حكم قاعدة الإسناد جانبا ويترك الحكم لقانونه الوطني، ومن هذا المنطلق إتضح لنا جليا أن هناك حالتين أساسيتين لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وإحلال محله القانون الوطني وهما حالة الدفع بالنظام العام(المطلب الأول) وحالة الدفع بالغش نحو القانون(المطلب الثاني) .

المطلب الأول:

تطبيق القانون الوطني عند الدفع بالنظام العام

إذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض فإن هذا لا يعني كما قرر البعض أنه قد منح توقيعا على بياض لمشرعي دول العالم جميعا إذ من غير المعقول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته

(1)-نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دارهومة، الجزائر، 2005، ص111.

(2)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص184.

أي مع المثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولة القاضي وبهذا تكون فكرة النظام العام بمثابة صمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع[1].

وعليه إذا تأكد القاضي الوطني من مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام في دولته فعليه أن يطرح حكم قاعدة التنازع جانبا ويترك الحكم لقانونه الوطني[2]، وفيما يلي سنتناول فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي (أولا) ثم شروط الدفع بالنظام العام(ثانيا) ثم أثاره(ثالثا).

الفرع الأول: مفهوم وتطور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي

إذا كان هناك محا اتفاق في القانون الدولي الخاص فقها وقضاءً وتشريعا فإنه يكمن واضحا في مبدأ النظام العام وتأثيره على تنازع القوانين، إذ لا توجد دولة في العالم لا تجعل النظام العام سببا نحو عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه وفق قواعد الإسناد الوطنية[3]، وفيما يلي سنحاول التعرف لمفهوم فكرة النظام العام (أولا) وتطوه هذه الفكرة (ثانيا).

أولا: مفهوم فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي

قد يظهر للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية يحوي أحكاما أو قواعد تصادم المفاهيم الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، عند ذلك يرفض القاضي تطبيق هذا القانون الأجنبي حفاظا على نظامه الوطني وحماية من الأحكام التي تتعارض تعارضا صارحا مع مفاهيمه، ففي هذه الحالة يقال أن القانون الأجنبي يتم استبعاده لأنه مخالف للنظام العام[4].

فإذن النظام العام في إيطار تنازع القوانين هو دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي، ويجب

(1)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص186.

(2)-جابر جاد عبد الرجمن، المرجع السابق، ص554.

(3)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص195.

(4)-عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص 521.

أن يكون معيار الدفع بالنظام العام مبنيا على المنطق والضرورة وأن تراعى عند استعماله خصوصيات المعاملات الخاصة الدولية وحاجياتها، حيث يتعين أن يكون القاضي متفتحا على القانون الأجنبي ومتفهما لدور قاعدة الإسناد الوطنية ودور الدفع بالنظام العام[1].

ومن هذا المنطق تلعب فكرة النظام العام دورا هاما في نطاق القانون الدولي الخاص باعتبارها الأداة التي عن طريقها منع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولي وذلك على الرغم من اختصاصه، فهو يبدو وكوسيلة دفاع هامو وضرورية يتعين أن يتسلح بها أي قاضي وطني يفصل في نزاع ذو طابع دولي، وقد استقر العمل والأخذ بالدفع بالنظام العام في العديد من النظم القانونية بل وقننته العديد من التشريعات الوطنية في مختلف دول العالم ومنها التشريع المصري الذي نص في المادة 28 ق م :"لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة الخاصة بتنازع القوانين إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر"[2].

كما نجد التشريع الجزائري قد نص على ذلك في المادة 24 **م ج** :"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائري، أوثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون .

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأ؟جنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

والغرض من النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهوم المادة 24 م ج هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الخاص حسب قواعد التنازع الوطنية لأن مضمونه لا يتفق مع أسس النظام القانوني لبلد القاضي أو يعرّض في الصميم مصلحة وطنية للخطر وبالتالي حلول

(1)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.271

(2)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص 143-144.

القانون الوطني محله، وهكذا يصبح النظام العام في القانون الدولي الخاص بمثابة نقطة تفتيش جمركية لمضامين القوانين الأجنبية ووسيلة لتقيمها قبل منح تأشيرة الدخول لها لبلد القاضي[1].

ثانيا: تطور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي

إن أصل فكرة النظام العام يرجع إلى فقه نظرية الأحوال الشخصية في القرن الثالث عشرة ميلادي إذ نجد الفقيه (bartol) أحد مؤسسي نظرية الأحوال البارزين قد فرّق بين نوعين من الأحوال الاحوال الملائمة والأحوال البغيضة[2]، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى لو غادر الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها[3]، ولا يسوغ للقاضي الوطني بالتالي تطبيقها لمخالفتها لقين وبادئ نجتمعه إذ يعتبر الفقه هذه التفرقة نواة فكرة النظام العام بالمعنى الحديث أي بوصفها وسيلة لمنع تطبيق القانون الأجنبي المتعارضة مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني، وبالرغم من قدم الفكرة على النحو المذكور فإن أول استعمال لاصطلاح النظام العام الدولي كان على يد الفقيه الهولندي (huber) في القرن 17[4].

غير أن الفضل في إبراز فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص على النحو المفهوم لدى الفقه الحديث هو الفقيه الألماني (سافيني) في القرن 19 من خلال عرضه لفكرته في الإشتراك القانوني[5]، إذ أوضح الفقيه أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي إلا إذا توف بينه وبين القانون الوطني إشتراك قانوني يبرز هذا التطبيق الذي استقت قوانينها من

(1)-أما الغرض من النظام العام في القانون الداخلي هو إبطال إتفاقيات الأطراف التي يكون موضوعها أو سببها بمفهوم المادتين 96 و97 مخالفا للأسس الرئيسية التي يقوم عليها نظام المجتمع بمعنى مخالفة هذه الإتفاقيات للقواعد الآمرة والناهية، كذلك يعني السماح للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه تطبيق قاعدة قانونية ولو لم يتمسك بها الخصوم.

(2)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق،ص 186.

(3)-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص290-291.

(4)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص186.

(5)-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص292.

القانون الروماني، أما إذا لم يتحقق هذا الإشتراك كان هناك تعارض بين القانون الأجنبي وقانون القاضي مما يقتضي استبعاد الأول[1].

وقد أفاد الفقه الحديث من فكرة الإشتراك القانوني التي اعتمدها سافيني في تشييد نظرية النظام العام غير أن هذه الفكرة لم تعد تتحدد بأن مناطها وحدة المصدر التي هي وليدة التطور التاريخي على نحو ما قال به سافيني، بل يقصد بفكرة الإشتراك القانوني في الوقت الحاضر مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافرا تنافرا واضحا مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي، وعلى هذا النحو يعتبر الدفع بالنظام العام دفعا إستثنائيا عاما يقيد من حكم قواعد الإسناد حيث يقصد به استبعاد القانون الأجنبي المختص إختصاصا عاديا طبقا لقاعدة الإسناد في كل حالة يتخلف فيها الإشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي[2].

الفرع الثاني: شروط وأثار الدفع بالنظام العام

يثير الدفع بالنظام العام مسائل معقدة نظرا لتباين المواقف الفقهية والقضائية على الصعيد العملي وعليه ولتحريك الدفع بالنظام العام يستوجب وباتفاق الفقه توافر شروط معينة لتحريكه(أولا)، كما يترتب على ذلك آثار(ثانيا).

أولا: شروط الدفع بالنظام العام

يتطلب الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق وإحلال قانون القاضي محله توافر شرطان وهما ثبوت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي(1) وتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لتحريك الدفع واستبعاد القانون الأجنبي.

(1)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص186-187..

(2)-عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق،ص 532.

1-ثبوت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي:

وهذا يعني أنه هو القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، فالنظام العام يأتي كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق فإذا لم يكن هذا القانون مختصا فلا محل للتمسك بالنظام العام[1] مادامت توجد وسائل عادية أخرى لاستبعادهمن ذلك أن يثبت الإختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا بصفته قانون موقع المال أو بوصفه من قوانين البوليس والأمن وفي حالة كون القانون الاجنبي يرفض الإختصاص ويحيل حكم العلاقة إلى قانون القاضي[2].

2-توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لتحريك الدفع واستبعاد القانون الاجنبي:

ويقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي إختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية[3]، وللإشارة فإن هذه المقتضيات تختلف من مجنمع لآخر ومن زمن لآخر حتى داخل المجتمع نفسه فتعدد الزوجات في قواعد الاحوال الشخصية يعتبر مخالفا للنظام العام في الدول المسيحية لكنه جائز في البدان الإسلامية، والشيوعية في المجتمع الصيني تعد من النظام العام بينما في المجتمع الأمريكي تعتبر مخالفة للنظام العاموالسبب في هذا الإختلاف راجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من دولة لأخرى.

كما تتغير أيضا مقتضيات النظام العام حسب الزمن وحتى في المجتمع الواحدفمثلا نجد الطلاق مخالف للنظام العام في الدول الغربية ومنها فرنسا وإيطاليا وغيرها في زمن مضى ثم أصبح جائز حديثا في تشريعات هذه الدول إذا توافرت أسباب أو مبررات ذلك[4].

(1)-جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص563.

(2)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص278،279.

(3)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع نفسه، ص279.

(4)-نسرين مباركي، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا، الجزائر، 2008-2009، ص12.

ولتقدير هذا التعارض يتمتع القاضي بسلطة واسعة في ذلك حسب المفاهيم السائدة في دولته شرط ألا يكون هناك إفراط أو تفريط حفاظا على التوازن بين ضمان سريان المجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية من جانب وحماية النظام العام الوطني من جانب آخر[1].

ثانيا:أثار الدفع بالنظام العام

إذا حدث وأن تعارضت قاعدة القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي نجم عن ذلك آثارا عديدة تتخذ ثلاث صور الأولى يطلق عليها الاثر السلبي وهو استبعاد القانون الاجنبي جزئيا أو كليا (1)، والثانية بالأثر الإيجابيوهي ثبوت الإختصاص للقانون الوطني(2)، والثالثة هي الأثر المخفف بحيث هناك بعض الحقوق لا يسمح القانون بنشوئها لكنه يسمح بأن ترتب أثارها إذا ما نشأت في الخارج.

1-الأثر السلبي للنظام العام:

يتفق الفقه على أن إعمال الدفع بالنظام العام يرتب أثرا هاما يظهر الوظيفة الوقائية للدفع بالنظام العام والتي تتمثل في استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، فالدفع بالنظام العام يقي النظام القانوني الوطني من أسباب الضعف التي عساها أن تتسرب إليه من الانظمة القانونية الأجنبية التي قد تحمل من المبادئ والأسس ما يخالف قيم وأخلاقيات المجتمع الوطني والتي يرغب كل مشرع في المحافظة عليها لأنه يرى فيها أسباب قوة وتماسك مجتمع دولته[2].

وقد أكدت غالبية الفقه في كل من فرنسا ومصر أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلية وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي[3]، فمثلا لو تعلق النزاع المطروح أمام القضاء الجزائري بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب فإنه يتعين استبعاد هذا

(1)-قتال حمزة، دورالقاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص159.

(2)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص202، 203.

(3)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص200.

الشرط وحده لمخالفته للنظام العام وتبقى الشروط الأخرى خاضعة للقانون الاجنبي مادامت لا تتعارض مع النظام العام الجزائري[1].

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناء يتمثل في حالة ما إذا كان هناك إرتباط بين أجزاء القانون الأجنبي إرتباط السبب بالنتيجة أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود القانون الأجنبي بحيث يكون من المستحيل استقلالا واستبقاء باقي القواعد ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كليا[2].

2-الأثر الإيجابي للنظام العام:

إذا ما تم للقاضي استبعاد القانون الاجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الإستبعاد، ويؤكد القضاء الفرنسي مؤيدا من الفقه الغالب وجوب تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بدلا من القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه[3].

وبالرجوع لنص المادة 24 السالفة الذكر يظهر لنا جليا إقتران الأثر السلبي بالأثر الإيجابي إذ أن الإستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الاجنبي يرتب الإحلال الكلي أو الجزئي لقانون القاضي، والملاحظ في نص المادة أن المشرع الجزائري على غرار القوانين العربية الأخرى حدد القانون المختص بعد استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام وهو القانون الجزائري وهذا ما نصت علية الفقرة الثانية من المادة 24 م ج[4].

3 –الأثر المخفف للنظام العام:

يقتضي فهم فكرة الأثر المخفف للنظام العام التمييز بين الحالة التي نكون فيها بصدد إنشاء الحقوق في دولة القاضي، حيث يكون للنظام العام أثره كاملا وبين الحالة التي تنشأ فيها

(1)-نادية فوضيل، المرجع السابق، ص123.

(2)-حمزة قتال، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون تيارت، العدد 01، 2005، ص73

(3)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص203.

(4)-نسرين شريقي، المرجع السابق، ص107.

الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية مخالف للنظام العام وتنتج أثارها في دولة القاضي حيث يعترف ببعضها وهذا يكون للنظام العام أثرا مخففا وتستند فكرة الأثر المخفف للنظام العام إلى أن هناك حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي مع النظام العام سواء نشأ الحق موضوع النزاع في الخارج أو في دولة القاضي، وهناك حالات يتعارض فيها فقط إذا نشأ في دولة القاضي دون أن يكون لنفاذ هذا الحق تعارض مع النظام العام، إذ أن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر بنفاذه بقدر ما يتأثر بنشأته[1].

وما يمكن أن نخلص إليه في هذا الفرع أن المشرع الجزائري قد أمر بتطبيق القانون الجزائري أو قانون قاضي الدعوى في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الوطني.

المطلب الثاني:

تطبيق القانون الوطني حال الدفع بالغش نحو القانون

تعتبر حالة الدفع بالغش نحو القانون من القواعد الأساسية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، وقد أقدمت بعض التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري على إدخال نظرية الدفع بالغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع الوطنية، حيث أصبح للقاضي المختص الفصل في قضايا التنازع أن يعتمد على نصوص قواعد الإسناد المنظمة لحالة الدفع بالغش نحو القانون لأجل حل القضايا المشتملة على عنصر أحنبي والمنطوية على شبهة الغش تجاه القانون[2].

وقد نص المشرع الجزائري على حالة الدفع بالغش نحو القانون في المادة 1/24 بنصه كالآتي:(لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة في الجزائر أو ثبت الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون)، وغنى عن

(1)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص210.

(2)-أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد 01 2015، ص231.

البيان قد يكون القانون المغشوش هو قانون القاضي، وعليه سنتناول مفهوم ونشأة نظرية الغش نحو القانون (الفرع الأول)، مع بيان الشروط الواجبة للدفع بالغش نحو القانون والأثار المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول مفهوم ونشأة نظرية الغش نحو القانون

إن من يراجع القضاء أن يكون حسن النية ولم يرتكب إحتيالا أو خدعة حتى يستفيد من حماية القانون له، وهذه نظرية عامة معروفة بأن الغش نحو القانون لا يعطي لصاحبه وضعا أو حقا أو مركزا وفي كافة فروع القانون، إذ في الأحوال الإعتيادية ينظر إلى الأمور من الظاهر وإن الباعث على القيام بها ليس مهما للبحث عنه ما لم ينص أو يشترط القانون ذلك، فمبدأ حسن النية وعدم الإضرار مفاهيم يستلزمها القانون والغش في التنازع له مفهوم خاص وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع بدراسة مفهوم الدفع بالغش نحو القانون (أولا)، والتعرض لنشأته(ثانيا).

أولا: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون

يتوافر الغش نحو القانون أو التحايل في مجال العلاقات الدولية الخاصة في حالة قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد وبقصد التهرب من أحكام ذلك القانون المختص أصلا بحكم العلاقة ووصولا إلى تطبيق قانون آخر عليها يتفق ومصالحهم[1]، فالغش نحو القانون دفع ثان إلى جانب النظام العام يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفا خاصة تسمح بإسنادها إليه بدلا من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلا والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية[2].

(1)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص220.

(2)-جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص574..

فالمعلوم أن القانون ظاهرة إجتماعية وهو يختلف بالتالي من دولة إلى أخرى، والمعلوم كذلك أن القانون يضع من الضوابط والحدود التي تنظم حياة الأفراد داخل المجتمع ، وقد يستشعر الأفراد ثقل التنظيم الذي يتضمنه قانون دولة معينة فيلجأون إلى الهروب منه سعيا في تطبيق التنظيم المنصوص عليه في قانون آخر يكون متماشيا مع مصالحهم[1].

فإذن لجوء الأفراد إلى الغش أو التحايل في محيط العلاقات الخاصة الدولية يكون بهدف إنشاء علاقة أو مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، أو كان ذلك القانون يتطلب لإنشاء تلك العلاقة أو المركز شروطا أكثر شدة من تلك التي يتطلبها القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد الجديد الذي تم التوصل إليه بالغش أو التحايل نحو القانون[2].

ويمكن أن يظهر هذا الغش في كافة الأحوال التي يكون فيها عنصر الإسناد متوقفا على إرادة أشخاص العلاقة ، ففي مواد الأحوال الشخصية قد يكون عنصر الإسناد الجنسية أو الموطن فيلجأ الأفراد إلى تغيير جنسيتهم أو موطنهم لإعمال قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق للتخلص من الأحكام الناهية أو المانعة في هذا القانون أو للتمتع ببعض الحقوق التي لا يقرها عليهم هذا القانون ، وفي الأحوال العينية عنصر الإسناد هو موقع المال فيلجأ الأفراد إلى تغيير هذا الموقع بغية إعمال قانون الموقع الجديد الذي يخولهم حقوقا جديدة ما كانت مقررة لهم في قانون الموقع القديم ، كذلك الحال بالنسبة للتصرفات القانونية فقد يهيئ الأفراد المجال للغش نحو القانون الذي يحكمها من حيث الشكل أو الموضوع بانتقالهم إلى بلد يخفف عنهم ذلك أو بالنص في العقد على إخضاعه لقانون بلد آخر لا يمت لهذا العقد بصلة من أجل التخلص من بعض الموانع الواردة في قانونهم الأصلي الواجب التطبيق، ففي كل هذه الأحوال يستبعد القانون الأجنبي ويطبق القانون الوطني لأن الغش يفسد كل شيء[3].

(1)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص220.

(2)-جمال محمود الكردي، المرجع نفسه، ص ص221-222.

(3)-جابر جاد عبد الرحمن، المرجعالسابق، ص ص574-575.

ثانيا:نشأة نظرية الغش نحو القانون

نشأت نظرية الغش نحو القانون في فقه القانون الدولي الخاص على إثر قضية شهيرة طرحت على القضاء الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر[1]، قد ظهرت لأول مرة بمناسبة قضية الأميرة دي(بوفرمون) وتتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تدعى "دي بوفرمون" تزوجت من أمير فرنسي واكتسبت الجنسية الفرنسية فأرادت بعدها الطلاق والإنفصال عنه، لكن أحكام القانون الفرنسي وقفت عقبة أمامها دون تحقيق رغبتها بحيث لم يكن يسمح بالطلاق أنذاك، ولذلك تجنست الزوجة بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق وتحصلت بذلك على الطلاق من زوجها الفرنسي[2].

بعد ذلك تزوجت بأمير روماني يدعى "بيبسكو" وأقامت معه في فرنسا، وحدث بعد ذلك أن رفع زوجها الأول الأمير الفرنسي دعواه طالبا ببطلان الزواج الثاني بناء على أن تجنس الزوجة لم يكن حقيقيا وليس بغرض أن تكون مواطنة ألمانية بل لغرض تغيير ظروف الإسناد وبالتالي تغيير القانون الواجب التطبيق، وهذا ما تحقق فعلا حيث أنها طلقت ومن ثم تزوجت مرة ثانية وعادت للعيش من جديد في فرنسا كما كانت سابقا، وهذا التصرف يشكل غشا نحو القانون الفرنسي مما يبرر عدم الإعتراف بالطلاق وبالزواج الثاني لها في فرنسا وتبقى على ذمة الزوج الأول الفرنسي أن ما فعلته هو احتيال وغش[3].

وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية فقد قضت لصالح الزوج الأول واستندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون، إذ أن تغيير السيدة المذكورة لجنسيتها قد قصد به أساسا التحايل على أحكام القانون الفرنسي وانتهت بذلك المحكمة إلى عدم نفاذ

(1)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص222.

(2)-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص314.

(3)-عبد الكريم ممدوح، المرجع السابق، ص205.

الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة، ومن هذا التاريخ استقر القضاء الفرنسي الأخذ بنظرية الغش نحو القانون[1].

الفرع الثاني:شروط وأثار الدفع بالغش نحو القانون

لقد أجمع الفقه على وجوب توافر شروط معينة للدفع بالغش نحو القانون، كما يترتب عن تحريك هذا الدفع آثار معينة، وفيما يلي سنتعرض لشروط الدفع بالغش نحو القانون (أولا) مع بيان الآثار المترتبة عن ذلك (ثانيا).

أولا:شروط الدفع بالغش نحو القانون

لقد اتفق الفقه على ضرورة توافر شرطين لإمكانية الدفع بالغش نحو القانون بالإضافة إلى شروط أخرى مختلف فيها.

1-الشروط المتفق عليها:

وتتمثل في شرطين أساسيين هما:

1-1:التغيير الإرادي في ضابط الإسناد:

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في الغش وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، ويكون ذلك بتغيير ضابط الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول[2]، ومن أمثلة ذلك نجد مثلا إذا كان قانون جنسية الزوج لا يتيح له الطلاق فقد يعمد الزوج في هذه الحالة إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون يسمح له بالطلاق، وبالمثل قد يعمد الشخص إلى تغيير موقع المنقول تهربا من أحكام قانون الموقع وسعيا وراء

(1)-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص315.

(2)-نسرين شريقي، المرجع السابق، ص112.

تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقا لمصالحه[1]، كما يجب أن يكون هذا التغيير في الضابط فعليا ومشروعا[2].

وغنى عن البيان قد يكون القانون الذي قصد التهرب منه هو قانون القاضي.

1- نية التحايل أو الغش نحو القانون

يشترط لإمكان إعمال الدفع بالغش نحو القانون إتجاه نية الأفراد إلى تجنب القانون المختص أصلا بحكم العلاقة[3]، أي تجنب الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق بمعنى أن الدافع لتغيير ظرف الإسناد الإرادي أضحى هدفا عوض أن يكون وسيلة، ويكتفي بعض الفقهاء بشرط توافر قصد الغش عند مرتكبه إذا كان التصرف بالإرادة المنفردة أما إذا التصرف بأكثر من إرادة تعين أن يكون الباعث الدافع إليه مشتركا[4].

2-الشروط المختلف فيها:

بالإضافة إلى الشرطين السابقين يشترط بعض الفقهاء توافر شرطين آخرين هما

2-1:حصول الغش نحو قانون القاضي:

وهذا يعني أن لا مجال للدفع في مواجهته إذا ارتكب الغش نحو القانون الأجنبي، ذلك لأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي[5]، وقد أجاز المشرع الجزائري وعملا بنص المادة 1/24 إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون

(1)-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص211.

(2)-لأن لو كان تغيير ضابط الإسناد صوري فهنا لا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون فإذا غيّر شخص موطنه صوريا فلا عبرة بهذا التغيير فالعبرة بالموطن الحقيقي، أما المشروعية فهي تكون مثلا حال تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية فإنه في هذه الحالة لا يجوز الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى .أنظر نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 112 وهشام علي صادق، المرجع السابق، ص214.

(3)-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص227.

(4)-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص295.

(5)-نسرين شريقي، المرجع السابق، ص113.

الجزائري فقط بل يشمل مصطلح "نحو القانون" في لغة تفسير النصوص القانونية كل القوانين سواء تعلق بقانون القاضي أم القانون الأجنبي[1].

2-2: أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة:

أي يجب ان تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة أما إذا كانت أحكام مكملة فلا يتحقق الغش نحو القانون لأن الأحكام مكملة يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها[2]، ولكن غالبية الفقه ترى أن العبرة هي بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم إذ من الممكن أن ينحرف الأفراد عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة سواء كانت آمرة أو مكملة، ففي مجال العقود الدولية مثلا حيث يتمتع الأفراد بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يحق للأفراد مع ذلك الخروج بالرخصة التي خولها إياها المشرع عن هدفها وهي تيسير المعاملات الدولية فلا يجوز للأفراد تحويل عقد وطني في جميع عناصره إلى عقد دولي باختلاف العنصر الاجنبي فيه وذلك بقصد إخضاعه إلى قانون غير القانون الوطني المختص أصلا بحكم العقد[3].

ثانيا:أثار الغش نحو القانون

إذا ثبت الغش نحو القانون وكان الأمر مرفوعا إلى المحكمة الوطنية التي تحايل الأفراد على قانونها فإنها تستبعد القانون الأجنبي وتطبق قانونها الوطني هي حتى تستطيع أن تفوت عليهم غرضهم بإبطال النتائج التي قصدوا تحقيقها وفقا للقانون الأجنبي والتي لا يعترف بها قانونها أو يبطلها، وعليه ففي حالة تغيير الجنسية أو موقع المال أو الموطن لا تتعرض المحكمة للجنسية الجديدة أو للموطن الجديد ولا تتكرهما وإنما تتكر النتائج التي أريد الحصول عليها من وراء هذا التغيير[4].

(1)-أحمد دغيش، المرجع السابق، ص237.

(2)-نسرين شريقي، المرجع السابق، ص113.

(3)-نادية فوضيل، المرجع السابق، ص134.

(4)-جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص580.

والخلاصة التي يمكن أن نخلص إليها من دراستنا لهذا المطلب أن القاضي يلتزم بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص لفض النزاع المعروض عليه، وأساس ذلك هو قاعدة الإسناد الوطنية إلا أن تطبيق هذه الأخيرة قد يتعطل وذلك في الحالة التي يكون القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام في بلد القاضي أو أن تطبيقه جاء نتيجة الغش والتحايل على ضوابط الإسناد نفسها.

خاتمة

إن الخلاصة التي يمكن أن نخلص إليها في الأخير هي أن إمكانية إسناد الإختصاص للقانون الوطني في حل النزاعات المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، يجدر أولا أن تكون هناك حالة تنازع بين القوانين الأجنبية والقانون الوطني وهذا النزاع الذي يثور بسبب عنصر أجنبي يشوب العلاقة المطروحة أمام القاضي الوطني، ضف إلى ذلك إختلاف أحكام التشريعات بين هذه القوانين، وعليه فانعدام العنصر الأجنبي يؤدي إلى إخراج النزاع من دائرة القانون الدولي الخاص.

ونحن من خلال دراستنا لموضوع حالات اختصاص القانون القانون الوطني في فض مثل هذه النزاعات الناجمة عن العلاقات الدولية، استنتجنا أن للقانون الوطني دور ووظيفة فعالة في القانون الدولي الخاص سواءً كان ذلك أصلا أم إحتياطا.

ففي المرحلة الأولى أين يمنح الإختصاص لقانون القاضي الوطني وكأصل عام وبالأولوية عن القانون الأجنبي، يكون إما حال إنتفاء عنصر الإسناد وذلك عن طريق مجموعة من مناهج التنازع، هذه الأخيرة التي تعتبر قواعدها آمرة ومصدرها القانون الوطني والتي عملها وهدفها حماية المصالح الوطنية سواءً ما تعلق منها بمنهج التطبيق المباشر أوالفوري أوالمنهج الموضوعي، فلمثل هذه القواعد القدرة على جلب الإختصاص للنظام التشريعي وهي قواعد تشير بالطابع الإنفرادي من حيث دلالتها على القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع، بحيث يتم إعمالها والأخذ بها في حدود ما يتطلبه مضمونها وأهدافها، حيث نجد أن إعمال هذه المناهج والأخذ بها يؤثر على مبدأ المساواة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني وذلك بترجيح القانون الوطني بمنحه السيادة الكاملة.

كما يختص وبصفة أصلية كذلك عن طريق الإسناد أحاديا كان أم ثنائيا، ففي الحالة الأولى يكون مراعاة لاعتبارات المصلحة الوطنية إجتماعية كانت أو إقتصادية، وذلك حماية لمصلحة العاقد الوطني فيما يخص تصرفاته المالية أو الشخصية المبرمة مع أجانب، حيث

يمنح الإختصاص للقانون الوطني بالأفضلية عن القوانين الأجنبية تجنبا للإضرار بمصالح الوطنيين، أما الحالة الثانية فتكون عن طريق الإسناد المزدوج الذي يضمن توزيعا عادلا للمهام بين القوانين والذي من خلاله يمكن إسناد الإختصاص للقانون الوطني وهذا يكون حال تعلق ضابط الإسناد بدولة قانون القاضي الوطني سواءً كان هذا الضابط مكانيا أو شخصيا أو ضابطا إراديا.

ففي كل هذه الحالات يطبق القانون الوطني أصلا وبالأولوية على القانون الأجنبي وهذا كله بناء على اختيار من طرف المشرع الوطني عند سنه لهذه القواعد القانونية.

أما المرحلة الثانية التي يمنح من خلالها الإختصاص للقانون الوطني وبصفة إحتياطية، أي الحالة التي يكون من خلالها توسيع دائرة اختصاص قانون القاضي الوطني فتتمحور هذه الحالات في الحالة التي تقوم قاعدة الإسناد بمنح الإختصاص للقانون الأجنبي ويقوم هذا الأخير برفضه قطعا وإحالته لقانون القاضي الوطني، أي أن القانون الوطني يختص وكاستثناء فقط في حالة رد الإختصاص له ورغبة من القانون الأجنبي المختص أصلا.

كما قد يختص القانون الوطني إحتياطا كذلك في الحالات التي يستبعد فيها القانون الأجنبي بسبب تعطيل عمل قواعد الإسناد سواء ما تعلق منها بالحالة التي يتعذر فيها الكشف عن مضمون القانون الأجنبي وتخفيف العبء عن القاضي الوطني بتطبيقه لقانونه مباشرة أو حالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام بحيث يتوقف عمل قاعدة الإسناد بمنع إختصاص القانون الأجنبي كلما تعارضت أحكامه مع المثل العليا والأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي، أضف إلى ذلك حالة التغيير في ضابط الإسناد بهدف التهرب من أحكام قانون القاضي وسعيا في تطبيق قانون آخر.

وهكذا ومن خلال تحليلنا لمختلف الحالات التي يختص من خلالها قانون القاضي الوطني نلمح نوع من التحيز لقانون القاضي من طرف مشرعنا الوطني وهذا تطابقا مع واقع الحال والمصلحة الوطنية، وعليه حتى يختص القانون الوطني يقتضي الأمر إتحاد وتطابق الإختصاص القضائي مع الإختصاص التشريعي.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين،تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الأجنبية)دار قنديل، عمان، طبعة 2004.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، دون دار نشر، مصر، دون تاريخ نشر.

3- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، طبعة 2003.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2008.

5- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، (تنازع القوانين)، مطبعة الفسيلة، الجزائر، طبعة .2000

6- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، طبعة .2010

7- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص،الجزءالأول، ترجمة فائز أنجد، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1989.

8- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين-الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، طبعة2013.

9- بن عزوز بن صابر، الوجيز في قانون العمل الجزائري، الكتاب الأول، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة .2008

10- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة .1970

11- جمال الدين صلاح الدين، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(الإختصاص القضائي الدولي-تنازع القوانين)، جامعة الأزهر، الإسكندرية، طبعة .2009

12- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة .2005

13- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، طبعة 2007.

14- رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2004.

15- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، طبعة، 2009.

16- عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2005.

17- عبد العال عكاشة محمد، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2007.

18- علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000.

19- غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص (الجنسية_ الموطن_ مركز الأجانب وأحكامه في القانون المقارن، الجزء الأول، دون دار ولا تاريخ النشر.

20- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، طبعة2011.

21- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2006.

22- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة2011.

23- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاءالوطني، دارهومة، الجزائر، طبعة 2005.

24- نسرين شريقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، مكتبة بلقيس، الجزائر، طبعة 2013.

25- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية-تنازع الإختصاص القضائي-تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2004.

26- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، طبعة 1986.

ثانيا: المقالات:

1-أحمد دغيش الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر، العدد 01، مارس2015.

2- الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والساسية، دار الحكمة، الجزائر، الجزء 35/رقم 1-1997.

3- حمزة قتال، التطور التشريعي لمبادئ تنازع القوانين ضمن تعديلات 2005، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد01، 2005.

4- سميحة خوادجية حنان، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القصر، ملتقى بجاية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2014.

5- كمال عليوش قربوع، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، ملتقى بجاية، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ببجاية، 2014.

6- نوارة حسين، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، مداخلة في بجاية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2014.

ثالثا:الرسائل والمذكرات:

1-حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة من أجل الحصول عل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق،2010-2011.

2- يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مجال الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان،2011/.2012

3- سهام عكوش، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا ،ملخص مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إيطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009.

4- حكيم شاوش، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006، 2009.

5- رقية وزري، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا، الجزائر، 2009/2006.

6- نسرين مباركي، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة نهاية الدراسة لنيل إجازة المدرسة العليا، الجزائر،2009/2008.

7- نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص إدارة وأعمال، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، 2014.

رابعا: المحاضرات

-بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، كلية الحقوق –بن عكنون، جامعة الجزائر،2007-2008

خامسا:النصوص القانونية:

- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفهرس:

مقدمة.....1َ

الفصل الأول :إختصاص القانون الوطني بصفة أصلية.....5

المبحث الأول:إختصاص القانون الوطني باستبعاد تطبيق قواعد الإسناد.....7

المطلب الأول:إعمال القوانين ذات التطبيق المباشر.....7

الفرع الأول:مفهوم القوانين ذات التطبيق المباشر.....8

الفرع الثاني: مجالات إعمال القوانين ذات التطبيق..... 10

أولا:مجال العقود.....10

ثانيا:مجال حماية القصر وعديمي الأهلية.....12

المطلب الثاني:إعمال القواعد الموضوعية الوطنية في المنهج الموضوعي.....14

الفرع الأول:القواعد الموضوعية الوطنية في المنهج الموضوعي.....15

أولاً:القواعد الموضوعية التشريعية.....15

ثانيًا:القواعد الموضوعية التي أرساها القضاء.....17

الفرع الثاني:تطبيقات القواعد الموضوعية الوطنية.....18

المبحث الثاني:إختصاص القانون الوطني في الإسناد.....23

المطلب الأول:إختصاص القانون الوطني في إعمال آلية تطبيق قواعد الإسناد.....23

الفرع الأول:القانون الوطني هو المرجع في التكييف.....24

أولا :نشأة ومضمون نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي.....24

ثانيا :نطاق إخضاع التكييف للقانون الوطني وتطبيقاته في بعض التشريعات.....25

الفرع الثاني:ترجيح الجنسية الوطنية حال تعددها ضمن جنسيات أجنبية.....28

أولا:جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة.....29

ثانيا:تطبيقاته في القانون الجزائري والمقارن.....30

المطلب الثاني:إختصاص القانون الوطني بموجب قواعد الإسناد.....32

الفرع الأول: إختصاص القانون الوطني بموجب قواعد الإسناد الفردية.....32
أولا:تطبيق القانون الوطني على الأهلية حماية للعاقد الوطني.....33
ثانيا:تطبيق القانون الوطني على نشاط الأشخاص المعنوية الأجنبية..... 37
ثالثا:تطبيق القانون الوطني على الزواج حماية للزوج الوطني.....38
الفرع الثاني:تطبيق القانون الوطني بموجب قواعد الإسناد الثنائية.....42
أولا:تطبيق القانون الوطني في مجال الأحوال الشخصية والأحوال العينية.....42
ثانيا:تطبيق القانون الوطني على الإلتزامات التعاقدية وغير التعاقدية.....44
الفصل الثاني:إختصاص القانون الوطني بصفة إحتياطية.....48
المبحث الأول:إختصاص القانون الوطني بموجب الإحالة من الدرجة الأولى وحال تعذر
إثبات القانون الأجنبي.....49
المطلب الأول:إختصاص القانون الوطني بموجب الإحالة من الدرجة الأولى.....49
الفرع الأول:قبول الإحالة من الدرجة الأولى لصالح قانون القاضي الوطني..... 50
أولا:حجج الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لدى الفقه التقليدي.....51
ثانيا:حجج الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لدى الفقه الحديث.....52
ثالثا:الأساس الفعلي للإحالة من الدرجة الأولى.....54
الفرع الثاني:تطبيقات الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري.....55
أولا:تكريس الإحالة من الدرجة الأولى ضمن المادة 23 مكرر1 م ج.....55
ثانيا:نطاق تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى.....57
المطلب الثاني:تطبيق القانون الوطني حال تعذر إثبات القانون الأجنبي.....58
الفرع الأول:الأراء الفقهية حول استحالة إثبات القانون الأجنبي.....59
أولا:رفض الفصل في الدعوى.....59
ثانيا:تطبيق قانون غير قانون القاضي.....61
ثالثا:تطبيق قانون القاضي.....62

الفرع الثاني:ترجيح قانون القاضي وتطبيقاته في التشريعات المقارنة.....63
أولا:مبررات تطبيق قانون القاضي الوطني حال تعذر إثبات القانون الأجنبي.....63
ثانيا:التشريعات التي أخذت بإعمال قانون القاضي حال تعذر إثبات القانون الأجنبي.....65
المبحث الثاني:تطبيق القانون الوطني حال تحقق مانع من موانع تطبيق القانون
الأجنبي 68
المطلب الأول:تطبيق القانون الوطني حال الدفع بالنظام العام.....68
الفرع الأول:مفهوم وتطور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.....69
أولا:مفهوم فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.....69
ثانيا:تطور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.....71
الفرع الثاني:شروط وأثار الفع بالنظام العام.....72
أولا:شروط الدفع بالنظام العام.....72
ثانيا:آثار الدفع بالنظام العام.....74
المطلب الثاني:حالة الدفع بالغش نحو القانون.....76
الفرع الأول:مفهوم ونشأة الدفع بالغش نحو القانون.....77
أولا:مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.....77
ثانيا:نشأة نظرية الغش نحو القانون.....79
الفرع الثاني:شروط وأثار الدفع بالغش نحو القانون.....80
أولا:شروط الدفع بالغش نحو القانون.....80
ثانيا:أثار الغش نحو القانون.....82
خاتمة:.....84
قائمة المراجع:.....86
الفهرس:.....91