جامعة اكلي محند اولحاج –البويرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

التطور التشريعي لقواعد تنازع القوانين في القانون القانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية والإدارية

تخصص : قانون دولي خاص

إعداد الطالبة

بومكواز زهرة

تحت إشراف

الاستاذ: قتال حمزة

السنة الجامعية 2016/2015

كلمة الشكر

اللهم إن نسألك إيمانا دائما وقلبا خاشعا وعلما نافعا ونستعين بعافيتك ونتجرع من علمك ونحمدك على تسهيلك لطريقنا راجينا منك العفو والمغفرة.

يشرفني ان أتقدم بالشكر الجزيل إلى:

الأستاذ المشرف- قتال حمزة – الذي كانت نصائحه وتوجيهاته بمثابة الدليل المساعد لي.

وإلى كل من ساعدني من بعيد أو من قريب ونسأل الله عز وجل أن يجزي الجميع خير الجزاء ويثبتهم جزيل الثواب، ويوفقنا ويسدد خطانا إنه نعم المولى ونعم النصير.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

أحمد الله وأشكره على كل ما رزقني وأنعمني به ووفقني في إنجاز هذا العمل الذي أهديه إلى من أوصى على طاعتهما الله وسيد الأنبياء وحث على الإحسان إليهما حتى الفناء أمي و أبي أطال الله عمرهما في طاعته.

وإلى كل أفراد عائلتي كبيرهم وصغيرهم.

إلى كل أقاربي وأخص بالذكر عمي وعائلته.

وإلى جميع أصدقائي و صديقاتي الذين عرفتهم خلال مشوار دراسي.

مقدمة

رغم انقسام العالم إلى دول متميزة، إلا أن هذا لم يمنع الأفراد من مختلف الدول لأن يتعاملوا عبر الحدود بشتى صور التعامل ، فضلا عن تنقل هؤلاء الأفراد من الدول التي ينتمون إليها إلى الدول الأخرى، و من ثم نرى على إقليم كل دولة فضلا عن رعاياها، عددا من الأجانب عنها، يتعاملون فيما بينهم وبين مواطنيها

لتنظيم هذه العلاقات تكون فرع من فروع القانون يبحث أساسا في تنظيم علاقات الأفراد التي تتميز عن غيرها بأن أحد عناصرها يتسم بأنه عنصر أجنبي[1].

ولأن القانون العام الدولي ينظم علاقات الدول فيما بينها، والقانون العام الداخلي فينظم علاقات الدول باعتبارها صاحبة السيادة مع مواطنيها والقانون الخاص فينظم العلاقات الخاصة للأشخاص داخل المجتمع ،غير أن العلاقات القانونية محل الدراسة ليس مجالها علاقات الدول، ولا هي قاصرة على العلاقات داخل الدولة الواحدة، بل قد تكون بين شخصين من دولتين مختلفتين، او يكون محلها أو سببها يقع في دولة أخرى، مما يعني أنَ القوانين السابقة جميعها وبشتى أنواعها لا يمكنها أن تنظم هذه العلاقات ، وهذا الذي يدفع بالبحث عن القانون المناسب لتنظيمها، وهو قانون يتعدى الحدود الإقليمية للدولة دون أن يرقى إلى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي، وهو ما يسمى بالقانون الدولي الخاص[2].

والظاهر أن هذا العمل العلمي يشكل جزء من التكفل التام بكل الانشغالات الفقهية والقضائية الجزائرية بشأنه في حالته قبل التعديل ولا سيما النقص الملاحظ الذي أفرزه التطبيق

(1) ـ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2008 ، ص3. نسرين شريقي القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013 ،ص 8 .

(2)

(3) ـ حمزة قتال، مطبوعة المبادئ العامة لتنازع القوانين، خاصة بطلبة الماستر،2015 . 2016 ،ص1 .

(4) ـ نسرين شريقي القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار بلقيس للنشر،الجزائر،2013 ،ص 8 .

العلمي وكذلك إدراج أحكام جديدة اقتضتها الظروف الراهنة لتطور المجتمع الجزائري خاصة والاستفادة من التطور التشريعي الحاصل في القانون المقارن .[1]

وقد عدّل القانون المدني[2] في جزء مهم من أحكامه بموجب القانون رقم 05 . 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، وهذا التعديل يندرج ضمن مشروع إصلاح العدالة الواسع، وهو الانشغال الذي أولته القيادة السياسية للبلاد أهمية قصوى وسخرت له كل الإمكانيات الضرورية المادية والبشرية والعلمية وكل ذلك من اجل جعل المنظومة التشريعية الجزائرية تستجيب للمقاييس الدولية من حيث العصرنة والشمول والثقافية القانونية والاستغلال التام لقطاع العدالة لأداء مهامه الأساسية كما هي مقررة دستوريا[3] .

وحلول قانون الدولي الخاص في أي دولة إنما تمثل انعكاس السياسة التشريعية الوطنية على الصعيد الدولي، لأنها حلول تفيض من السيادة الوطنية تعبر عن الاهتمامات الوطنية للتنظيم الدولي لمجالاته المختلفة وتمثل وسيلة للحفاظ عن المعالم الحيوية الوطنية والدفاع عنها، وقواعدها غالبا ما تكون آمرة ليست مجالا لاختيار ، بل وتقمع مجالات التلاعب والغش بها برد الأطراف عن قصدهم، هذه المسائل تصدق على كل المجالات الخاصة بهذا الفرع القانوني، تنازع القوانين. وتنظيم وضعية الأجانب، سواء تعلق الأمر بإنشاء الحقوق أو بالاعتراف بها وحمايتها[4].

وإذا كانت حلول تنازع القوانين . الموضوع المعني في هذه الدراسة . حلول وطنية يفترض فيها كفاية التطبيق وشمولها مختلف مجالات العلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، العلاقات المالية ، والعلاقات الشخصية ، الأموال والتصرفات والوقائع القانونية ، فإن المشرع يتخير من خلال الحل المعتمد أفضل تنظيم لها ، وغالبا ما تكون تلك الحلول مما استقر عليه العمل القضائي و تأصلت فقهيا بعد ضبطها[5].

---

(1) ـ الطيب زروتي، نفس المرجع ،ص245 .

(2) ـ الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

(3) ـ الطيب زروتي، نفس المرجع ، ص246.

(4)ـ الطيب زروتي ، المرجع السابق ،ص247 .

(5) ـ الطيب زروتي، نفس المرجع، ص284 .

ومن الجائز أن تكون الحلول المعتمدة مأخوذة من تجارب وأنظمة قانونية أخرى مثلا أن معظم القوانين العربية تأثرت في تنظيم احكام تنازع القوانين بالقانون المصري والذي استقى بدوره كثيرا من حلوله من النظام القانون الفرنسي . إذا حاولنا استعراض بعض التجارب القانونية في القانون المقارن في مجال تنازع القوانين ، نجد أن التقنين الفرنسي كانت أحكام تنازع القوانين قليلة و كانت متناثرة ضمن النصوص الموضوعية إلا أنه رغم النقص التشريعي في هذا الصدد استطاع الفقه والقضاء الفرنسيان تشييد نظرية متكاملة لأحكام تنازع القوانين بفضل العمل الدؤوب واجتهاد محكمة النقض الفرنسية .[1]

وفي نطاق القوانين العربية نجد القانون الجزائري والقانون المصري والقانون السوري....إلخ، كل هذه القوانين أوردت أحكام تنازع القوانين في القسم الأول ضمن الأحكام العامة للقانون المدني، وقد حددت تلك القوانين طوائف الإسناد الأساسية، الأشخاص ،الأموال و التصرفات و الوقائع القانونية ، وقد ثبتت ضوابط الإسناد الأساسية المعروفة أيضا بقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي والقانون المحلي بوصفه قانون محل الإبرام أو قانون موقع المال وأخذت بقانون الإرادة فيما يخص التصرفات القانونية.[2]

إذا حللنا الأحكام العامة السابقة لتنازع القوانين في القانون الجزائري يتضح أن مجمل الأحكام كانت واردة في التقنين المدني، والتنظيم الذي نهجه المشرع الجزائري في القانون المدني، مطابق في أغلبه للقانون المصري، حكما وصياغة، فقد خص المشرع الجزائري المواد من 9 إلى 24 لأحكام تنازع القوانين المكاني، وعليه فالإشكالية المطروحة :

ما هي مظاهر تطور قواعد التنازع ضمن تعديلات القانون المدني بموجب قانون 10.05؟

والإجابة على هذه الإشكالية يستوجب إتباع المنهج التحليلي لأحكام تنازع القوانين الدولي في القانون الجزائري بعد التعديلات الحاصلة بموجب قانون 05 . 10 المذكور أعلاه.

(1) ـ نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 5 .

وقد اعتمدنا لبيان هذا كله على الخطة الثنائية ، إذا عالجنا موضوع بحثنا عبر فصلين ، حيث خصصنا الفصل الأول: للمبادئ العامة لتنازع القوانين ، من خلال مبحثين عالجنا في المبحث الأول : استحداث آليات جديدة لإعمال قواعد الإسناد ، والمبحث الثاني: حلول جديدة في التعامل مع القانون الأجنبي . في حين خصصنا الفصل الثاني : الحلول الوضعية لتنازع القوانين . من خلال مبحثين ، المبحث الأول : تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، اما المبحث الثاني : الحلول الوضعية في شأن المعاملات المالية

الفصل الأول

القواعد العامة لتنازع القوانين

الفصل الأول

القواعد العامة لتنازع القوانين

تعتبر أحكام تنازع القوانين من المواضيع الأكثر حساسية بالتطور الدولي السياسي و الاقتصادي والاجتماعي ، لذا فإن تفتح المجتمع الجزائري على المجتمعات الأخرى مع تطور وسائل النقل والاتصال، وتزايد العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الجزائريين وغيرهم ، وتطور أساليب التعامل التجاري، وتبني الجزائر نظام الاقتصاد الحر ، ورغبتها الواضحة للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة ، كل هذه الأسباب دفعت المشرع إلى الشروع في مراجعة النصوص المتعلقة بتنازع القوانين بموجب القانون 05 . 10 لأجل "...مطابقتها مع المعايير والأسس الموحدة للتعامل في عالم اليوم والقيم الإنسانية المشتركة ، المكرسة في المواثيق والعقود والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر...."[1].

ونريد أن نحدد مظاهر تأثر النصوص المعدلة المنظمة لمبادئ تنازع القوانين بهذه المعايير والقيم العالمية ، وما إذا استطاع المشرع أن يواكب التطورات الحاصلة في العلاقات الدولية الخاصة ، وذلك من خلال دراسة التعديلات التي خصت بها آليات إعمال قواعد الإسناد (المبحث الأول) ، ثم آليات التعامل مع القانون الأجنبي المختص(المبحث الثاني).

(1) ـ حمزة قتال، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005، مجلة البحوث العلمية في الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد الاول، افريل 2015، .ص01.

المبحث الأول

استحداث آليات جديدة لإعمال قواعد الإسناد

لقد اعتمد المشرع الجزائري ضابط الجنسية كأصل عام في مسائل الأسرة لتحديد القانون المختص لحكم هذه المسائل، غير أن إعمال هذا الضابط يثير مشاكل وصعوبات وهذا ما جعل المشرع يعتمد حلولا لمواجهتها (المطلب الأول)، ولأجل التيسير على القاضي في تطبيق القوانين الأجنبية ومواجهة الصعوبات التي تواجهه، وتحقيق التنسيق بين الأنظمة القانونية اعتمد المشرع الإحالة من الدرجة الأولى (المطلب الثاني)، كما قد تعرض على القاضي مسائل يفتقر النظام القانوني الوطني لقواعد إسناد تنظمها فأوجد المشرع حلا يتمثل في المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مواجهة مشكلات إعمال ضابط الجنسية

يثير ضابط الإسناد صعوبات عديدة من الناحية العملية وذلك عند إعماله من طرف القاضي الوطني، وقد وضع لها المشرع حلولا خاصة بها ، هذه الصعوبات تتمثل في حالة اختصاص قانون دولة متعددة الشرائع وهذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول) وحالات انعدام أو تعدد الجنسية(الفرع الثاني).

الفرع الأول : اختصاص قانون دولة متعددة الشرائع

قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، هذا التعدد يثير مشكلة تحديد الشريعة الداخلية التي ستطبق على النزاع، فهل لما يواجه القاضي هذا المشكلة يقف عند حدود الدولة المتعددة الشرائع ويترك لقانونها مهمة تحديد الشريعة الداخلية المختصة أم أنه يسترشد بقانونه في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق؟،وقد إقترح الفقه عدة حلول لحل هذا المشكل (أولا)، وقد تصدى المشرع وضع آلية ترشد القاضي الوطني لتحديد التشريع(ثانيا) .

أولا: الخلاف الفقهي حول تحديد التشريع الداخلي المختص

عرفت مسألة تحديد التشريع الداخلي المختص لقانون دولة مركبة خلافا فقهيا بين رأي يقول بتطبيق قانون القاضي (1)، ورأي آخر يرى بوجوب تطبيق القانون الأجنبي المختص(2).

1-تطبيق قواعد الإسناد لقانون القاضي:

يتجه رأي في الفقه إلى القول بأن تحديد الشريعة الداخلية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الدولي في قانون القاضي يمكن أن يتم بمقتضى تلك القاعدة ذاتها، وعلى القاضي أن يعمل تلك القاعدة ولو كان النظام القانون المركب واجب التطبيق يتضمن قواعد تتكفل بتحديد الشريعة الداخلية وفض التنازع الداخلي، ويدعم هذا الرأي عدة حجج[1]:

-لا تتمتع القواعد القانونية الأجنبية بالصفة القانونية، إلا إذا تم استقبالها في النظام القانون الوطني، فلا يمكنها إذن حل أي مشكلة قانونية كتحديد الاختصاص مثلا إلا إذا تم هذا الاستقبال.

- أن التنازع بين التشريعات الداخلية في دولة مركبة وإن كان داخليا فهو يعد جزء من القانون الدولي الخاص تختص بحكمه قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي.

-إن إعمال قاعدة الإسناد لقانون الدولة المركبة لتحديد التشريع الداخلي المختص يستلزم من القاضي إعمال ضابط إسناد قد يكون مختلفا عن المعتمد في قاعدة الإسناد الوطنية وتكييفها يعتمد مفاهيم أجنبية قد تساعد على إهدار الاعتبارات التي تنهض عليها قاعدة الإسناد الوطنية[2].

يفرق أنصار هذا الاتجاه في إعمال قاعدة الإسناد الوطنية بين ضوابط الإسناد، فإذا كان الضابط ماديا كالموطن وموقع المال مثلا فالأمر سهل لأنه يتعلق بالإقليم الذي يتوطن فيه الشخص أو موقع المال، أما إ ذا كان ضابط الاختيار معنويا لا يمكن إدراكها بالحس او

(1) ـ راجع : أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص321.

(2) ـ حمزة قتال، المرجع السابق، ص3.

تركيزها في مكان أو إقليم معين، ومنها ضوابط الجنسية وإرادة الأطراف إذا كان القانون واجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية هو قانون الجنسية لأن الدول ذات النظام القانوني المركب أو متعدد الشرائع لها جنسية واحدة[1].

و يتجه رأي إلى إعمال ضابط الجنسية حسب الشكل القانوني للدولة الأجنبية، فإذا كانت الدولة فدرالية أمكن إحلال ضابط الموطن محل ضابط الجنسية، أما إذا كانت الدولة بسيطة أمكن تحديد الشريعة الداخلية بإعمال ضابط الموطن بدلا من ضابط الجنسية[2].

أما بالنسبة لضابط إرادة المتعاقدين فقد يحل الأطراف التنازع الداخلي باختيارهم الصريح أو الضمني للشريعة الواجبة التطبيق، كأن يحدد قانون دولة فإن لم يفعلوا تعين إعمال قواعد حل التنازع الداخلي في القانون الأجنبي المختص بحيث يمكن القول بأن إرادتهم اتجهت ضمنيا إلى إعمال تلك القواعد، فإذا انعدمت هذه القواعد تطبق ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي والتي تطبق عند انعدام الإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط الموطن المشترك أو محل الإبرام[3].

2-تطبيق قواعد القانون المختص (قاعدة التفويض):

يرى الفقه الغالب أن على يرجع إلى القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع في نظامه لتحديد أي الشرائع أو القواعد الداخلية المختصة [4]، أي أن قانون القاضي لا يحدد بصفة مباشرة الشريعة الواجبة التطبيق ولكنه يفوض القانون المختص في ذلك التحديد ولهذا سميت هذه الفكرة بفكرة التفويض[5]، ويستند إلى عدة حجج هي:

- ينحصر دور قاعدة التنازع الدولي في قانون القاضي في اختيار القانون الواجب التطبيق، إن وضيفتها هي فض التنازع بين قواعد ذات سيادة قوانين داخلية في دولة ما.

(1) ـ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 223.

(2) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص323-324.

(3) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص324.

(4) ـ أحمد عبد سلامة، المرجع نفسه، ص324.

(5) ـ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية ، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)،مؤسسة الثقافة الجامعية،مصر،2006،1،ص421.

– إن القانون الواجب التطبيق هو الأقدر على رسم نطاق تطبيق قواعده الداخلية.

– إن الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق لتحديد شرائعه الداخلية المختصة، لا يعني قبول الإحالة التي تكون بين قوانين دول وبين قوانين داخلية كما أن الأمر يتعلق بالتكيفات الثانوية تخضع للقانون واجب التطبيق[1].

ثانيا : المشرع يأخذ بقاعدة التفويض :

لقد حسم المشرع مسألة تحديد التشريع الداخلي في الدولة متعددة التشريعات وذلك بموجب المادة 23 من القانون المدني[2]، التي عالجتها عن طريق إعمال قاعدة التفويض أي تفويض القانون الأجنبي المختص نفسه ليحدد أيا من الشرائع الداخلية هي المختصة في حل النزاع.

إن نص المادة 23 جاءت في صياغة عامة شاملة تسمح باتساعه بصور التعدد الإقليمي والشخصي على حد سواء، ذلك لأن الشرائع المتعددة في دولة تكون في جملتها قانون هذه الدولة سواء أكان التعدد إقليميا أم شخصيا[3].

ونكون بصدد التعدد الإقليمي عندما تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا.

ونكون بصدد التعدد الشخصي عندما تختص كل طائفة من المتمتعين بجنسية الدولة كما هو الشأن في مصر ولبنان ومعظم دول الشرق الأوسط، وغالبا ما يكون التعدد الشخصي على اعتبار الديانة أو الجنس[4].

---

(1) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 326 ،325.

(2) ـ تنص المادة 23 من القانون المدني على ما يلي: " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه ".

(3) ـ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 ،ص110.

(4) ـ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق،ص110.

الفرع الثاني: حالة تعدد الجنسية و انعدامها

قد تطرأ أمام القاضي صعوبات في بعض الأحيان مما يجعل من الضروري التعرض لدراستها وبيان الحلول المقترحة على المسألة المعروضة أمامه، وذلك بشأن الأشخاص الذين يتمتعون بأكثر من جنسية (أولا)، أو الذين ليست لهم جنسية أصلا(ثانيا)، وهذا ما نصت عليه المادة 22 من القانون المدني:

"في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة ".

فحددت بالتالي القانون المختص في هذه الحالات وسندرس بالتالي كل حالة على حدى[1].

أولا: تعدد الجنسيات

بغض النظر عن أسباب تعدد الجنسية ووسائل معالجتها، فإن اعتماد الجنسية كضابط لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية وتقرير الاختصاص لقانون الجنسية لحكمها، وهذا ما ميزته المادة 22 من القانون المدني الجزائري في حال تعدد الجنسيات لشخص واحد بين حالتين[2]:

(1) ـ قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان2005المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، العدد44 الصادر في 26-06-2005.

(2) ـ نوارة حسين، إشكالات التنازع في مسائل الأحوال الشخصية وارتباطها بالجنسية كضابط إسناد، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ،جامعة عبد الرحمن ميرة،بجاية،أفريل،2014،ص35..

1-تمتع الشخص بعدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية

لو ثار نزاع يتعلق بشخص يتمتع بعدة جنسيات ومن بينها الجنسية الجزائرية، وجب على القاضي الجزائري أن يأخذ بالجنسية الجزائرية ويطبق القانون الجزائري، وهذا هو الاتجاه الغالب في القانون المقارن الذي يأخذ بقانون جنسية دولة القاضي الناظر في النزاع دون التقصي ما إذا كان هذا الشخص مرتبطا فعلا بإقليم هذه الدولة أم لا[1].

فرابط الجنسية يكفي بحد ذاته لتبرير تطبيق قانون هذه الدولة وقد نصت المادة 22 من القانون المدني الجزائري وتبرير هذا الموقف يأتي من الصفة السيادية للدولة في تحديدها للأفراد الذين يشكلون رعاياها، فالدولة وحدها التي تحدد عنصر السكان فيها، فبعض التشريعات أخضعت مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية مستندة في ذلك إلى أسس متعددة مستمدة من فكرة سيادة الدولة على رعاياها، بالإضافة إلى أسس دينية واجتماعية تسمح له بتعقب مواطنيه حتى خارج إقليمها[2].

2-تمتع الشخص بعدة جنسيات أجنبية

عند تمتع الشخص بعدة جنسيات وليس من بينها الجنسية الجزائرية فطبقا للمادة 22 من القانون المدني الجزائري فإن القاضي يأخذ بالجنسية الحقيقية، أي الجنسية الفعلية، أو الواقعية أي الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها ، باعتبار أنها تتفق مع الأساس الذي تقوم عليه فكرة الجنسية وارتباط الشخص بها ارتباطا حقيقيا في مجتمع وطني[3].

تعتبر الجنسية الحقيقية عن حقيقة هذا الارتباط بالحالة الواقعية التي تقوم على أقوى رابطة بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها[4].

---

(1) ـ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، الأردن ،2011، ص110-111.

(2) ـ محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص111.

(3) ـ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان،2008 ، ص734.

(4) ـ عبده جميل غصوب، المرجع نفسه،ص735.

ويستند تقدير القاضي هنا إلى التبعية الفعلية وليس للتبعية السياسية للفرد تجاه دولة ما على الرغم من عدم وجود معيار واضح لتحديد الجنسية الفعلية[1].

ثانيا: انعدام الجنسية

لو ثار نزاع يخص شخصا لا يتمتع بآية جنسية فطبقا لنص المادة 22 /3 من القانون المدني الجزائري بإعطاء الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن وفي حال عدم وجود موطن فيطبق قانون محل الإقامة[2]، أي بتحديد القانون الشخصي لعديم الجنسية باعتباره القانون الذي يحكم أحواله الشخصية.

كان نص المادة قبل التعديل 2005 تترك للقاضي سلطة تعيين القانون الشخصي لعديم الجنسية ، وهو حكم يتعارض مع أحكام الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن عملا باتفاقية نيويورك المؤرخة في 28 سبتمبر 1954م والتي انضمت إليها الجزائر في 8 جوان 1964م،وهي تقضي بتطبيق قانون الموطن على عديمي الجنسية وإلا فقانون محل الإقامة ، إذن فالنص الجديد بعد تعديل 2005 جاء منسجما مع الحكم الوارد في الاتفاقية الدولية المذكورة[3].

المطلب الثاني:

قبول الإحالة من الدرجة الأولى

يقصد بالإحالة تلك النظرية التي تقوم بوجوب تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في القانون الوطني، مادامت هاتان القاعدتان في القانون مختلفتين من حيث الحكم، وكان التنازع سلبيا بينهما[4].تعتبر الإحالة نظرية حديثة نسبيا ظهرت لأول مرة في القضاء الفرنسي (الفرع الأول)، وقد عرفت الإحالة اختلافا فقهيا بين

(1) ـ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص112.

(1) ـ محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص113.

(2) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق ،ص258.

(3) ـ جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر1970، ص614.

مؤيد ومعارض (الفرع الثاني)، وقد تأثر المشرع بهذا الخلاف الفقهي حيث اعتمد الإحالة بعد أن اكتفى منها بالدرجة الأولى (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإحالة ذو نشأة قضائية

أثيرت مشكلة الإحالة لأول مرة بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص تعرف باسم قضية ميراث "فورجو" وتتلخص وقائع هذه القضية في أن بافاريا يدعى فورجو وهو ابن طبيعي ولد في بافاريا وانتقل إلى فرنسا مع أمه واستقر بها دون أن يكتسب مع ذلك موطنا قانونيا وفقا لأحكام القانون الفرنسي ، وظل موطنه القانوني بذلك في بلده الأصلي بافاريا وموطنه الفعلي في فرنسا ، ولما توفي عن ثروة منقولة تركها في فرنسا أثير النزاع أمام القضاء الفرنسي حول القانون الواجب التطبيق على التركة.[1]

رغم أن قاعدة التنازع الفرنسية المختصة تقضي في هذه الحالة بتطبيق القانون البافاري بوصفه قانون موطن المتوفي ، إلا أن إدارة الدومين العام في فرنسا قد طالبت مع ذلك بتطبيق القانون الفرنسي ، وكانت الإدارة المذكورة تسعى من وراء مطالبها بتطبيق هذا القانون إلى الاستفادة من أحكامه التي تعتبر التركة في هذا الفرض شاغرة على أساس أن المطالبين بها من الحواشي الذين لا يحق لهم الميراث ، ويترتب على ذلك أن تؤول ملكية التركة إلى الدولة ـ ممثلة في إدارة الدومين العام ـ باعتبارها مالكة للأموال التي لا مالك لها بمقتضى المادة 317 من القانون المدني الفرنسي .

أقامت إدارة الدومين العام طلبها بشأن تطبيق القانون الفرنسي على أساس أن قواعد التنازع في القانون البافاري ـ وهو القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية ـ تقضي في هذه الحالة بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفي ولما كان الموطن الفعلي في فرنسا فيكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على الدعوى [(2)].

(1) ـ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2007 ،ص ص 150 ،151.

حفيظة السيد حداد، نفس المرجع، ص152 .

لما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية ، أقرت في حكمها الصادر في 24 /7 /1878 وجهة نظر إدارة الدومين العام الفرنسية وقبلت بذلك إحالة قاعدة الإسناد البفارية إلى أحكام القانون الفرنسي في شان الميراث ، ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ، أي الإحالة التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي [1].

الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي حول الإحالة

عرفت الإحالة جدلا فقهيا واسعا بين فقهاء القانون الدولي الخاص وقد تمحور هذا الاختلاف في اتجاهين اثنين الأول يرفض الإحالة(أولا)، والثاني يرى بإعمالها(ثانيا).

أولا: الاتجاه الرافض للإحالة

يذهب رافضو الإحالة إلى القول أنه إذا أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنه يقتضي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي لأن الإسناد إلى القانون الأجنبي يجب أن يكون إسنادا موضوعيا لا إجماليا وحججهم في ذلك[2]:

ـ إن قواعد التنازع سواء في قانون القاضي أو في القانون الأجنبي تعد من قواعد القانون العام وبتلك المناسبة فهي إقليمية التطبيق ولا يطبقها إلا قاضي الدولة التي وضعتها، وعلى ذلك إذا اختارت قاعدة التنازع الوطنية قانونا أجنبيا فلا يطبق منه إلا القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع فيه، لأن قواعد التنازع لها وظيفة سياسية هي الفصل بين السيادات التشريعية في الدول التي على صلة بالمسألة محل النزاع[3].

ـ إن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يقودنا إلى حلقة مفرغة، فقد يؤدي إعمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي إلى رفض الاختصاص وإحالته إلى قانون أجنبي آخر وإعمال قواعد التنازع في هذا الأخير، وقد تنتهي إل رفض الاختصاص وإحالته إلى قانون أجنبي آخر الذي قد يحيل

(1) ـ حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق، ص 152 .[1]

(2) ـ راجع : عبده جميل غصوب، المرجع السابق،ص90.

(3) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص444.

بدوره إلى القانون الأجنبي المختص، ولا مجال للخروج من تلك الحلقة إلا بإهمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي واجب التطبيق أصلا وتطبيق القواعد الموضوعية فيه[1].

ـ إن الأخذ بالإحالة قد ينجر عنه أحيانا الإجحاف بحقوق الأفراد وتطبيق نظم قانونية عليهم ليسوا خاضعين لها أصلا وغير مقررة في بلادهم، ومثال ذلك إذا تعلق الأمر بأهلية إنجليزي متوطن بالجزائر وعرض النزاع على القاضي الجزائري فإنه سيطبق عليه قانونه، لأن القانون الأجنبي الذي هو المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي سيحيل الاختصاص إلى هذا الأخير..

ـ منع إلزام القاضي بحل التنازع مرتين وقد يكون القانون الواجب التطبيق مختلفا في المرة الثانية عنه في المرة الأولى[2].

ثانيا: الاتجاه المناصر للإحالة

يذهب الفقه المناصر للإحالة إلى القول بأنه إذا اختارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي قانونا أجنبيا ليحكم النزاع المطروح على القاضي الوطني، فإنه يتعين على هذا الاخير أن يبدأ باستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ليكشف عما إذا كان كانت قواعد الإسناد الأجنبية تعترف بالاختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختار لتطبق على موضوع النزاع، أم أنها ترفض منحه هذا الاختصاص وتشير إلى قانون أجنبي آخر ليحكم المسألة المعروضة على القاضي، ولقد أستند الفقه الناصر للإحالة على مجموعة من الحجج[3] هي:

ـ تقوم الحجة الأولى ، التي يسند إليها أنصار الإحالة، على فكرة الإسناد الإجمالي، ومفاد هذه الحجة أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون ككل لا يتجزأ ، في قواعده الخاصة بالتنازع وفي قواعده الموضوعية[4]، واحتراما لفكرة

(1) ـ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين)،مطبعة الفسيلة ،الجزائر،2013،ص ص118 –119.

(2) ـ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013 ،ص45.

(3) ـ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص153–154.

(4) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص443.

الإسناد الإجمالي يتعين على القاضي الوطني إذا ما أشارت قاعدة إسناده باختصاص قانون أجنبي أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون، أما إذا أشارت هذه القواعد بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي طبقه، وإلا أمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي، والقول بإعمال قواعدها الموضوعية دون قواعد إسناده رغم رفض هذه الأخيرة الاختصاص وهو ما يتضمن إهدار لإرادة المشرع الأجنبي[1] .

ـ إن إعمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي يقود إلى الفصل في النزاع بذات الطريقة التي كان سيفصل بها قاضي الدولة الأجنبية لو رفعت إليه الدعوى، ويحقق بالتالي اتساقا في حلول تنازع القوانين بين الدول التي على صلة بالنزاع ، وذلك يؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الوطنية في الخارج[2].

ـ إن قبول الإحالة من الدرجة الأولى سيؤدي إلى تطبيق القانون الوطني وتوسيع دائرة سلطانه بشأن العلاقات الخاصة الدولية، كما سيؤدي إلى قبول الإحالة إلى تسهيل مهمة القاضي الوطني في هذا الفرض، وهو يعرف قانونه أكثر من غيره.

ـ أن قبول الإحالة يؤدي إلى استقلال حل النزاع على اختيار المحكمة وسد الطريق أمام الأطراف في المنازعة إلى الغش نحو القانون[3].

الفرع الثالث: الإحالة في القانون الجزائري

كان القانون المدني قبل تعديله بموجب القانون 10/05 خاليا تماما من الإشارة إلى الإحالة، حيث لم يتضمن الإشارة لا بقبولها ولا برفضها، وهذا ما جعل موقف المشرع الجزائري من فكرة الإحالة غامضا، الأمر الذي أثار خلافا فقهيا حول ما إذا كان بين رافضين وداعمين لها[4].

(1) ـ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص154.

(2) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص443.

(3) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص444.

(4) ـ حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه ،جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق،2010-2011،ص97.

فهناك من رأى باستحالة اعتماد المشرع للإحالة طالما أن قانون الأحوال الشخصية ليس علمانيا، ويرى البعض بأنها غير مقبولة طبقا للقانون الجزائري وهي استثناء يجب النص عليه صراحة ولا يجب أن يستنتج بطريق الاستنتاج أو القياس[1].

أما الاتجاه الفقهي الداعم للإحالة فمنهم من يرى بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالإحالة مادام لم يوجد نص صريح بذلك، لكونها استثناء يجب النص عليه، لو أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية أن يوسع من مجالات تطبيق القانون الجزائري على الاجانب المتوطنين في الجزائر مادام قانون هؤلاء هو الذي يحيل إلى القانون الجزائري[2].

قد أفصح المشرع الجزائري من موقفه بموجب التعديل الجديد 20 جوان 2005 وذلك في نص المادة 23 مكرر 1[3].

يتضح لنا من نص هذه المادة وجود تناقض بين فقرتين فالأول أن القاضي الجزائري يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه ولو كان يرفض الاختصاص ويسنده إلى قانون آخر، أما الفقرة الثانية فالمشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط أي الحالة التي يرجع فيها القانون الأجنبي الاختصاص للقانون الجزائري فيطبقه فالإسناد فيها إجمالي[4]، وهذا الوضع كما يرى الأستاذ عمارة بلغيث يجعل القاضي على حيرة من أمره إما بالأخذ بالإحالة وهو بذلك قد خالف قاعدة آمرة في الفقرة الأولى، وإما لا يأخذ بالإحالة وهو بذلك قد خالف الفقرة الثانية التي تأمره بالأخذ بها وهي قاعدة آمرة، وفي كلتا الحالتين يعتبر

(1) ـ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول ، قواعد التنازع ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1989،ص 107 .

(2) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق،ص125.

(3) ـ تنص المادة 23مكرر على ما يلي : "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".

(4) ـ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق،ص48.

موقفه من الإحالة تجاوزا للسلطة يترتب عليه إلغاء الحكم الذي سيصدره ويقترح حلا لذلك وهو تعديل المادة 21 مكرر 1 وذلك بحذف الفقرة الثانية وتبني الإحالة من الدرجة الأولى[1].

إن التطبيق الصحيح للنص السابق يجب على القاضي الجزائري أن يرجع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه طبقا للقانون الجزائري، وهنا يقتضي التمييز بين فرضين:

الفرض الأول إذا قبل الاختصاص طبق القاضي قواعده الموضوعية كمرحلة ثانية ومثال ذلك، أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع خاص بأهلية مواطن إنجليزي متوطن في إنجلترا فيطبق القاضي الجزائري في النهاية القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي مادام هذا الأخير يقبل الاختصاص.

أما الفرض الثاني إذا رفض القانون المسند إليه الاختصاص فالأمر لا يخرج عن أحد الاحتمالين، إما أن تحيل قواعد الإسناد في ذلك إلى قانون القاضي ففي المثال السابق لو أن المواطن الإنجليزي كان متوطنا في الجزائر فطبقا للفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 فتطبق حينئذ القواعد الموضوعية في القانون الجزائري، أما الاحتمال الثاني فهو أن يحيل القانون الأجنبي المختص على قانون أجنبي آخر فيطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون المسند إليه[2].

نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 23مكرر1 وسع من مجال تطبيق القانون الجزائري في مسائل تنازع القوانين وخفف على القاضي الجزائري عبء البحث في القوانين الأجنبية، فضلا من كون تلك القوانين ترفض الاختصاص قطعيا وتحيل إلى قانون القاضي[3].

(1) ـ حمزة قتال، المرجع السابق،ص99.

(2) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق، ص ص126-127.

(3) ـ الطيب زروتي، المرجع نفسه ،ص127.

المطلب الثالث

إعمال المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص

من المظاهر البارزة لتأثر المشرع الجزائري بالظروف الدولية والمقاييس العالمية اعتمادا للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص سوف نرى مفهومها (الفرع الأول)، ثم إن المشرع قد قصرها على موضوع تنازع القوانين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم المبادئ العامة

عرفت المبادئ العامة بأنها حلول، وإن بدت خاصة بكل دولة على حدى إلا أنها صارت تراثا قانونيا مشتركا واكتسبت طابعا عالميا بسبب قيمتها العقلانية والمنطقية، وبالشعور بأنها أضحت بطبيعتها مشتركة بين كل النظم القانونية ومجردة من كل الخصوصيات الوطنية لتبدو وكأنها نتاج الفكر القانون والتقاليد المشتركة[1].

وينصرف معنى مبادئ القانون الدولي الخاص إلى المبادئ الأكثر شيوعا ليس في القانون الجزائري فحسب وإنما المعترف بها أيضا في النظم القانونية المقارنة، ويتم الرجوع إلى القانون المشترك للأمم، القواعد والعادات والدولية، الأحكام عبر الدولية للقانون التجاري الدولي، ومن أمثلة تلك المبادئ قاعدة ضرورة تنفيذ العقد الدولي بحسن نية وقرينة ضمان تبديل العملة في العقود الدولية ومبدأ تضييق اللجوء إلى الفسخ وعدم التعسف في استعماله وغيرها[2].

لقد نصت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الدول المتمدنة أي المتحضرة أي ذات السيادة تعتبر مصدرا من مصادر القانون الدولي، وظيفة المحكمة هي الفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي العام، كما يمكن لها أن تنظم علاقات قانونية يكون موضوعها الأفراد (أشخاص طبيعية واعتبارية) في القانون الدولي الخاص[3].

---

(1) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص161.

(2) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق،ص48.

(3) ـ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق،ص34.

الفرع الثاني: المبادئ العامة مصدر لقواعد الإسناد

لقد جعل المشرع من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مصدرا رسميا احتياطيا خاصا بقواعد تنازع القوانين، يلجأ إليها القاضي فيما لم يرد نص خاص بشأنه في مسائل تنازع القوانين، ولكن بموجب تعديل 20 جوان 2005 أضيفت المادة 23مكرر2 للقانون المدني التي تنص على "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"[1].

إن الرجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين ليس أمرا سهلا، فالكشف عنها يتطلب جهدا ووقتا طويلا ويمكن للدراسات المقارنة والمجهودات الفقهية أن تلعب دورا مهما في هذا الشأن كما تجسدها أعمال بعض الهيئات العلمية كمجمع القانون الدولي واللجوء إلى الاتفاقيات الدولية في حال انعدام تنازع القوانين، فعلى القاضي أن يستمد القاعدة من الاتفاقية الدولية لفض التنازع بخصوص مسألة لا تدخل أصلا في نطاق تلك الاتفاقية، فإذا أمكن القاضي الكشف عن قاعدة التنازع الملائمة من خلال المبادئ العامة لنظرية التنازع، فإنه يجب على القاضي عند تخير تلك القاعدة مراعاة اكتسابها لصحة القاعدة العامة المشتركة وتخلها من الخصوصيات الوطنية للنظام القانوني الذي ينتمي إليه[2].

وللمبادئ العامة لتنازع القوانين وضائف عدة تضفي عليها طابعا ملزما يقتضي احترامها فهي تساهم في سد ثغرات النظام القانوني ومواجهة الحالات التي لا توجد فيها قاعدة تنازع القوانين، وهي تقدم الحل الموضوعي المباشر للنزاع والقضاء على مشكلة التنازع ذاتها وتقييد إطلاق أحكام القانون الداخلي، وهي تساعد على توحيد الحلول بتقريبها بين النظم القانونية وتفتح باب الاجتهاد أمام القاضي ليجاري بذلك الاتجاهات المعاصرة التي تخلف عنها قانونه[3]

(1) ـ نص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني التي تنص" تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"

(2) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 161.

(3) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 161.

المبحث الثاني

حلول جديدة في التعامل مع القانون الأجنبي

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص القانون الأجنبي لحكم مسألة قانونية ما يتعين على القاضي أن يطبق أحكام هذا القانون، غير أنه إذا كان هذا القانون غير صادر عن المشرع الوطني قد تحول دون تطبيقه ثغرات منها تعذر إثباته (المطلب الأول)، أو أن أحكامه تتعارض مع النظام العام الوطني(المطلب الثاني)، أو ثبت أن اختصاصه قد انعقد نتيجة غش نحو القانون (المطلب الثالث)، فحينئذ يمتنع القاضي عن تطبيقه ويطبق قانونا غيره، هذه الحالات أضافها المشرع الجزائري بموجب تعديل 2005 للقانون المدني.

المطلب الأول

تطبيق قانون القاضي عند استحالة إثبات القانون الأجنبي

عندما يتعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي تثار مسألة القانون البديل الذي يسد هذا الفراغ، وقد اختلف الفقه والقضاء فهناك من يدعو إلى تطبيق قانون القاضي (الفرع الاول)، وقد كان للمشرع الجزائري موقفا صريحا حيث أسند الاختصاص للقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الفقه الراجح يدعوا إلى تطبيق قانون القاضي

في حال ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي يطبق قانون القاضي بما له من اختصاص احتياطي عام، وذلك عندما يتعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل لحكم النزاع ذي الطبيعة الدولية بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، والحق أن إعمال قانون القاضي كمبدأ عام هو حل مبرر[1].

وقد استند هذا الاتجاه إلى عدة حجج:

(1) ـ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007،ص435

– أن قانون القاضي في مسائل تنازع القوانين اختصاص احتياطي عام، فهو يطبق على جميع المسائل حتى ما كان منها ذات طابع دولي[1].

–أن النظم القانونية قد اتجهت في الآونة الأخيرة إلى توسيع دائرة اختصاص القانون الوطني فهناك قوانين التوجيه الاقتصادي والحماية الاجتماعية التي تزايد عددها بتزايد تدخل الدولة وتدخلها في كافة مجالات النشاط الفردي أو الخاص، فهي من قوانين التطبيق الضروري التي يطبقه القاضي بالأولوية على أي قانون أجنبي، وعلى ذلك لا يبدو غريبا أن يطبق القاضي قانونه إذا استحال عليه تطبيق القانون الاجنبي .

–إن تطبيق القاضي لقانونه يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، فلا شك أن القاضي أكثر علما بأحكامه وهو أسهل عليه عمليا في التطبيق وأكثر أمنا ووقاية من مخاطر تطبيق قانون أجنبي آخر[2].

–إن إعمال قانون القاضي كمبدأ هو حل مبرر وأيضا حل عادل، لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب على رفض دعواهم[3].

الفرع الثاني: المشرع يسند الاختصاص إلى قانون القاضي احتياطيا

تبنى المشرع الجزائري الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وذلك بموجب تعديل 2005 للقانون المدني إذ تنص المادة 23مكرر "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الاجنبي الواجب تطبيقه"[4].

وعليه وطبقا لنص المادة 23 مكرر السالفة الذكر، يجب على القاضي عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي سواء التزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمعونة الخصوم أن

(1) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص578.

(2) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه،ص579.

(3) ـ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص435–436.

(4) ـ تنص المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق".

يطبق القانون الوطني، وفي نظرنا أن إقرار المشرع لهذا الرأي له أسباب كما أنه يحقق عدة أهداف منها[1] .

– يجعل كل من القاضي والخصوم دورا هاما في إيجاد الحلول الوضعية في مجال تنازع القوانين، وخاصة في مسألة البحث عن أحكام القانون الأجنبي وقواعده وطرق إثباته[2].

–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 تطبيقه، فلا يبقى أمامه إلا تطبيق قانونه الوطني باعتباره يسترجع ولايته العامة استنادا لمبدأ إقليمية القانون[3].

– إن تطبيق القانون الأجنبي يشكل استثناءً من القاعدة العامة، ومادام قد تعذر الكشف عن القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصلي طبقا لقواعد التنازع، فيستعيد قانون القاضي ولايته بما له من اختصاص احتياطي.

–القول بالولاية العامة لقانون القاضي يصدق على العلاقات الداخلية دون العلاقات الخاصة الدولية التي تحدد الاختصاص بشأنها قواعد الإسناد مهما كان القانون المسند إليه أجنبيا أم وطنيا[4].

المطلب الثاني

استبعاد القانون الأجنبي لتعارضه للنظام العام

رغم أن الفقه الحديث مجمع على أهمية دور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض هذا القانون مع النظام الأسس الجوهرية في المجتمع، إلا أنه ظل

(1) ـ حمزة قتال ،المرجع السابق ، ص16 .

(2) ـ عبد الكريم بلعيور، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء تعديلات التي جاء بها القانون 10/05 سنة2005،جامعة الجزائر، كلية الحقوق بين عكنون،2007–2008.

(3) ـ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة،الجزائر،2010،ص13.

(4) ـ الطيب زروتي ، المرجع السابق،ص259.

مختلفا حول تحديد مضمونها، ذلك لأنها فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض، وقد عرف بأنه دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها القانوني في مجتمع دولة القاضي[1].

فيمكن للقاضي الوطني أن تطبيق القانون الأجنبي بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية مخالف للنظام العام في بلد القاضي المعروض عليه النزاع، مما يدفعه إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام [2]،وقد تبنى المشرع هذا المبدأ بموجب نص المادة 24 من القانون المدني التي تنص "لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

لذا سنتناول شروط فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي (الفرع الأول)، ثم أثاره(الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام

متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا فإن تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب العامة، بأن لا تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة بحيث يجب توافر شرطان هما: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع (أولا)، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني (ثانيا)[3].

أولا: اختصاص قانون أجنبي يحكم النزاع

لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الوطني، وذلك حتى في حالة وجود تنازع قوانين داخلي باعتبار أن القوانين المتنازعة صادرة كلها من المشرع الوطني، غير أن الفقه يستثني مع ذلك حالة الدول الفيديرالية

(1) ـ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 17 .

(2) ـ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق،ص103.

(3) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص599 .

التي تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة تمام الاستقلال في هذه الحالة وجود اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني[1].

أما إذا لم يكن القانون الأجنبي مختصا بحكم النزاع مادامت توجد وسائل أخرى لاستبعاده، كأن يكون قانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا بوصفه من قوانين البوليس والأمن أو في حالة كون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل حكم العلاقة إلى قانون القاضي كذلك يستبعد القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين إذا تعلق الأمر بالتصرفات الإرادية إذ لا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام[2].

ثانيا: تعارض أحكام القانون الاجنبي مع النظام العام

لا يكفي أن يكون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ملائما لحكم النزاع المعروض، بل وجب أيضا أن يكون متماشيا مع المبادئ والقيم الاساسية لمجتمع دولة القاضي وغي متعارض معها، ويؤكد الفقه أن العبرة في تقدير التعارض في فحص كل مسألة على حدى وأن يكون ذلك بوقت نظر الدعوى وليس بالوقت الذي ينشأ فيه المركز القانوني محل النزاع[3].

الفرع الثاني: أثار الدفع بالنظام العام

قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام ترتب على ذلك أثران: أحدهما سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي(أولا)، والثاني هو إيجابي يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد(ثانيا)، وهناك بعض الحقوق لا يسمح القانون بنشوئها لكنه يسمح بأن ترتب أثارها إذا ما نشأت في الخارج وهذا هو الأثر المخفف(ثالثا)[4].

(1) ـ جمال محمود الكردي تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2005، ص199.

(2) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق،ص250.

(3) ـ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق،ص178.

(4) ـ بلقاسم أعراب، المرجع السابق،ص176.

أولا: الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد أحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، غير أن خلافا فقهيا ثار حول قدر الاستبعاد أيكون جزئيا أم كليا؟.

يرى الفقه الراجح وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي فقط دون باقي الأجزاء، بحيث يستطيع القاضي الوطني أن يقتصر على تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي تتعارض مع النظام العام في دولته[1]، ذلك أن مخالفة إحدى قواعد القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام لا تنزع عنه صفة القانون الملائم وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية[2]، كما أن عدم التوسع في إعمال الدفع بالنظام العام يكفل احترام قاعدة الإسناد الوطنية، ويجب استحداث الأثر السلبي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية بوصفه ضرورة تقدر بقدرها، فلا ينبغي الإسراف في استعماله إلا بالقدر الذي يمنع المساس بالقواعد الأساسية في قانون القاضي، لأن الدفع بالنظام العام إنما يهدف إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام ومتى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك أمرا مقبولا[3].

غير أن هذا الحل عليه استثناء يتمثل في الحالة التي يترتب فيها على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبي أن يفقد هذا القانون سبب وجوده أصلا، فإذا تبين أن بقية أجزاء القانون الأجنبي غير المخالفة مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة، أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود ذلك القانون الاجنبي بحيث يكون من المستحيل استبعادها واستبقاء باقي القواعد، فيجب حينئذ استبعاد القانون الأجنبي برمته[4].

(1) ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص202 .

(2) ـ حمزة قتال، التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين، المرجع، ص19.

(3) ـ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،ص602.

(4) ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص203.

ثانيا: الأثر الإيجابي للنظام العام

يرتب إعمال الدفع بالنظام العام أثرا إيجابيا يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد وذلك لحكم العلاقة المطروحة أمام القضاء، والإحلال قد يتم بشكل صريح أو قد يقع ضمنيا.

ويكون إحلال قانون القاضي بشكل صريح في الأحوال التي يرتب تطبيقه فيها إنشاء علاقة لم يكن يسمح بإنشائها القانون الأجنبي المستبعد، أما الإحلال الضمني عندما يسمح القانون الأجنبي بنشوء علاقة لم يكن يسمح القانون الوطني بإنشائها[1].

ورغم أن الفقه الغالب يؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي يبقى الحل الراجح، ويرى بعض الفقه الألماني أنه في حال استبعاد القانون الأجنبي لا ينبغي إحلال قانون القاضي محله دائما، وإنما يتعين البحث في القانون الأجنبي عن نص بديل يحكم المسألة التي كان يحكمها النص الذي تبين مخالفته للنظام العام، ويستند ذلك إلى قرار صادر عن محكمة ألمانية استبعدت النص الوارد في القانون السويسري الواجب التطبيق والذي يقضي بعدم قابلية الدين للسقوط بمرور الزمن لأنه مخالف للنظام العام وبدلا من تطبيق قانون ألماني لجأت تبحث عن نص بديل في القانون السويسري نفسه[2].

إلا أن هذا الرأي محل نقد لكون القاعدة القانونية الأجنبية المطبقة في هذه الحالة لا علاقة لها بالنزاع، كما أنه لا يمكن تطبيقه في أغلب الحالات التي يصعب فيها العثور على نص قانوني بديل فيبقى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد أسلم الحلول وأفضلها بل ويتفق مع ما يرى به الفقه الغالب وما تتبناه العديد من التشريعات[3]، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 2/24 من القانون المدني[4].

(1) ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص205-206.

(2) ـ عبده جميل غصوب، المرجع السابق،ص218.

(3) ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص209.

(4) ـ نص المادة 24فقرة 2 من القانون الجزائري "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"

ثالثا: الأثر المخفف للنظام العام

يقتضي فهم فكرة الأثر المخفف للنظام العام التمييز بين فرضين :الأول حيث يراد إنشاء حق أو مركز قانوني داخل دولة القاضي، فإن النظام العام ينتج أثاره كاملة بالوجهين السلبي والإيجابي هذا هو الاثر العام، أما الفرض الثاني التي تنشأ فيها الحقوق في الخارج وفقا لقانون أجنبي مخالف في حكمه للنظام العام الوطني، فالنظام العام لا ينتج في هذا الفرض الذي نحن بصدده كامل أثاره بل يجب على القاضي أن يعترف بأثار المركز القانوني الذي نشأ بالخارج أو بعضها وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام[1].

ويستند 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 أخرى يتعارض مع النظام العام إذ أن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر بنفاذه بقدر ما يتأثر بنشأته[2] .

ولهذا حكم القضاء الفرنسي بعدم جواز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على المنقول ولو كان هذا الحق قد أكتسب في الخارج وفقا للقانون الذي تشير قواعد التنازع الفرنسية باختصاصه، مادام قد تبين للمحكمة أن هذا القانون قد أجاز مبدأ نزع الملكية بدون تعويض لأن الاعتراف في فرنسا بحق الملكية المكتسب في الخارج يتعارض مع النظام العام الفرنسي[3].

(1) ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص210-211.

(2) ـ حمزة قتال، المرجع السابق،ص21.

(3) ـ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص(الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004،ص210.

المطلب الثالث

استبعاد القانون الأجنبي المختص بواسطة الغش

قد يتبين للقاضي الوطني من ظروف الدعوى أن اختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع المعروض عليه كان نتيجة تحايل الخصوم على ضوابط الإسناد نفسها، إذ تعمدوا تغيير ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص، ولسد الطريق أمام هذا التحايل استقر الفقه والقضاء على إعمال نظرية الغش نحو القانون ومن ثم استبعاد تطبيق القانون الاجنبي رغم اختصاصه[1].

هذا الاستثناء اعتمده المشرع بموجب التعديل الجديد 2005 بموجب المادة 24 من القانون المدني، وعليه سوف نتناول ماهية الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الاجنبي (الفرع الاول)، ثم أثاره(الفرع الثاني).

الفرع الاول: الغش تحويل الإسناد إلى قانون غير مختص

يتم الغش نحو القانون بأنه التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي[2].

وقد نشأ الدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد تطبيق قواعد القانون الاجنبي في القضاء الفرنسي(أولا)، وله شروط محددة(ثانيا)، كما أن له نطاق معين(ثالثا).

أولا: الغش نحو القانون ذو نشأة قضائية

ظهرت الحاجة للدفع بالغش نحو القانون ابتداء من نهاية القرن التاسع عشر وعلى مستوى القضاء الفرنسي الذي طبقه لأول مرة بتاريخ 1878/03/18 انطلاقا من القضية المشهورة المعروفة بقضية الأميرة "bauffremon "التي حاولت الحصول على التطليق من

(1) ـ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق،ص103.

(2) ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص542.

زوجها الامير الفرنسي، والزواج مرة أخرى من أمير روماني يدعى"bilesco" لكن القانون الفرنسي لم يكن يسمح بذلك فلجأت إلى ألمانيا وحصلت على جنسيتها لتحل محل الجنسية الفرنسية واستطاعت بموجبها الحصول على التطليق دون إذن زوجها الفرنسي وتزوجت بالأمير الروماني وأقامت معه في فرنسا فرفع زوجها الأول دعوى لإبطال الزواج الثاني لكون الطلاق غير صحيح لأنه تم بعد تغيير ضابط الجنسية، لكن القضاء الفرنسي أنصفه وحصل على مبتغاه بموجب الحكم الشهير الصادر في 1878/03/18 من محكمة استئناف باريس ثم أيدته محكمة النقض بإبطال زواج الثاني على أساس الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها وهذا ما يشكل غشا نحو القانون[1].

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الاجنبي، كما طبقها القضاء في دول عديدة مثل بلجيكا وانجلترا واتجهت بعض الدول إلى سن نصوص صريحة لها مثل المجر واسبانيا والجابون ويوغسلافيا سابقا[2]، وقد اعتمد المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون..."[3].

ثانيا: شروط الفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطان الأول هو أن يتم إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد وهو الركن المادي، والثاني توافر نية الغش وهو الركن المعنوي[4].

(1) ـ أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون بتيارت، ،العدد الأول،أفريل2015،ص232.

(2) ـ حمزة قتال، المرجع السابق، ص22.

(3) ـ المادة 24 من القانون المدني كانت تنص على النظام العام فقط ولكن بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 أدخل المشرع فكرة الغش نحو القانون .

(4) ـ أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان ،2004 ، ص ص160 -163

1-التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

يشترط القضاء لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في الغش وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد ويكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول ويشترط أن يكون التغيير فعليا وليس صوريا، ومن جهة أخرى يشترط أن يكون التغيير مشروعا، أما إذا كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية فإنه لا يجوز الاعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى، فالدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها[1].

2-نية الغش: تعتبر نية الغش الركن المعنوي للغش نحو القانون، إذ أن الشخص يهدف من خلال التغيير الإرادي في ضابط الإسناد إلى التهرب من أحكام القانون الواجبة التطبيق أصلا[2]، ويمكن إثبات هذه النية من الوقائع قد يكون كشف الدافع عند الأفراد صعبا[3]، وللقاضي سلطة التقصي عن نية الغش واستظهارها من خلال الوقائع المطروحة أمامه واستخلاص هذه النية من ظروف الدعوى من مسائل الواقع التي تخضع لمطلق تقدير القاضي[4]، كالتلازم الزمني بين الإجرائيين المادي أي تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، كما لو تجنس بجنسية جديدة وقام فور تجنسه بالحصول على التطليق الذي لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به، وكأن يكون القانون الذي سعى الأفراد إلى تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية[5].

(1) ـ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص315-316.

(2) ـ عبده جميل غصوب، المرجع السابق،ص186.

(3) ـ جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص577.

(4) ـ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص317.

(5) ـ نادية فوضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2006،ص ص80-81.

الفرع الثاني: أثار الدفع بالغش نحو القانون

اختلف الفقه حول أثر الدفع بالغش نحو القانون أن يقتصر على النتيجة التي تسعى إليها الشخص وهي تطبيق القانون الذي يحقق مصالحه (أولا)، أم يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا(ثانيا).

أولا: عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة

يرى جانب من الفقه أن أثر الغش لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد فقط، بل إنه يتناول أيضا الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة الغير مشروعة.

وعل ذلك فإن أثر الغش في قضية الأميرة "دي بوقمون " لا يقتصر على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته الأميرة وفقا لقانون جنسيتها الجديدة (القانون الألماني) بل يتعين القول أيضا بعدم الاعتداد بالتجنس بالجنسية الألمانية وهي الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة للتوصل إلى الطلاق من زوجها الأول[1]، ليس من المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد ويعترف ببعض أثاره غير المهمة في نظر الفاعل ولا يعترف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليها نيته، لهذا السبب ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش[2].

غير ان هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها ان الوسيلة التي تم بها نزع الاختصاص عن القانون المختص أصلا وإثباته لقانون آخر ثم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة، وأن الشخص يفترض ان كافة الشروط قد توافرت فيه والمعقول في هذه الحالة أن الجزاء يكون عدم الاعتداد بالتجنس في القضية التي طرح فيها النزاع فقط[3].

(1) ـ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص323 .

(2) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق،ص301.

(3) ـ حمزة قتال ، المرجع السابق،ص168.

ثانيا: عدم النفاذ يقتصر على النتيجة

يتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى التوصل إليها حينما قام بتغيير ضابط الإسناد[1]، لأن العبرة في التصرف بمقصده وغايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده أما الأثار الأخرى المنجرة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم في نظر الغاش مادام لم يقصدها، ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه ويستدل هؤلاء الفقهاء بموقف محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة دي بوقمون سالفة الذكر حين اكتفت محكمة النقض بالقول أن تطليقها لا يعتد به في فرنسا ولم تقض ببطلان تجنسها بالجنسية الأجنبية[2].

كما أنه مادام الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي يعتبر وسيلة علاج احتياطية لحماية قاعدة الإسناد، فيجب استعمالها في الحدود التي تحقق هذه الغاية، وعليه فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه والذي هو محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل فلا حاجة إذن لتتبع بقية الأثار لإبطالها[3].

فأثر الغش إذن هو مجرد أثر حلولي أو استبدالي بمعنى ان القانون المختص أصلا يحل محل القانون الذي حاول الخصم أن يتوصل إلى تطبيقه، سواء كان القانون الوطني أم القانون الأجنبي مكان القانون الأجنبي المختص بطريق الغش[4].

(1) حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص323.

(2) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق،ص301.

(3) ـ حمزة قتال، المرجع السابق،ص169.

(4) ـ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق،ص325،324.

الفصل الثاني

الحلول التفصيلية لتنازع القوانين

الفصل الثاني

الحلول التفصيلية لتنازع القوانين

تتضمن الحلول التفصيلية لتنازع القوانين، تحديد قواعد الإسناد بالنسبة للفئات المسندة التي وضعها المشرع لحل كل مشكل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على الفئات القانونية ، تضمن المشرع الجزائري هذه الفئات القانونية في المواد من 10 إلى 20 من التقنين المدني، وهي منقسمة إلى فئتين المتمثل في مسائل الأحوال الشخصية والقانون الذي يحكم الأموال .

تتمثل الأحول الشخصية الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب عليها أثار قانونية في حياته الاجتماعية ، والمشرع الجزائري في نظامه القانوني لم يعرف الأحوال الشخص في القانون المدني أو في قانون الأسرة وإنما حدد فقط نطاقها ، وبخصوص ضابط الإسناد الذي يطبق على طائفة الأحوال الشخصية فمن الدول من أسندتها لقانون جنسيتها ، ومنها من أسندتها لقانون الموطن .

أما بخصوص القانون الذي يحكم الأموال فموضوع النزاع هو المال وليس عنصر الأشخاص ولذلك جرى العمل منذ القديم على إخضاع العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي المنصبة على المال وخاصة منها الأموال المادية، وعليه سنتناول المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية (المبحث الأول)،ثم القانون الذي يحكم الأموال المادية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تنازع القوانين في مسائل قانون الأسرة

تعتبر الأحوال الشخصية المجال الخصب لتنازع القوانين، ويعود السبب في ذلك إلى تشعب مواضيعها وتعلقها بالنظام العام الذي يميزها عن باقي المجالات حيث يعد الانتماء الديني مصدرها في معظم قوانين الدول.

وإذا كانت الأحوال الشخصية موضوعا يتسع فيه الخلاف فيما بين قوانين مختلف الدول، فإن الزواج من الأحوال الشخصية موضوع يبلغ فيه هذا الخلاف حده، ذلك لأن الفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها الزواج تختلف من مجتمع إلى آخر وهو في بعض المجتمعات متصل بالدين[1].

وهذا الاختلاف يثير التنازع بين قوانين الدول ويدفع الدول إلى بذل المزيد من العناية لتنظيم الاختصاص القانوني عن طريق وضع قواعد إسناد معينة يحدد بموجبها القانون الذي يحكم الزواج وأثاره(المطلب الاول)، والأمر كذلك بالنسبة لانحلال الزواج والأثار الناجمة عنه(المطلب الثاني)، كما ينقضي الزواج بطريق طبيعي لوفاة أحد الزوجين وهذا لا يثير أية مشكلة إلا فيما يتعلق بأثار هذا الانقضاء من حيث الميراث أو الوصية(المطلب الثالث).

(1) ــ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008 ص397.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وأثاره

الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان، وهو رابطة رجل وامرأة تكون العشرة حلال بينهما، ويقصد منها دوام الرابطة وتترتب عليه أثار مهمة والتزامات متقابلة لذلك لجات التشريعات في جميع الدول على تنظيمه تنظيما دقيقا[1].

إذ يعتبر الزواج من التصرفات الإرادية ولذلك من الطبيعي أن تكون له شروط موضوعية وأخرى شكلية وذلك حتى يرتب عقد الزواج جميع أثاره القانونية من أثار شخصية وأثار مالية، وعليه سنخصص هذا المطلب لدراسة الاقتصار على الشروط الموضوعية (الفرع الأول)، وكذلك أثار الزواج الشخصية والمالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاقتصار على الشروط الموضوعية

إن مسألة تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية هي مسألة تتعلق بالتكييف وتخضع إلى قانون القاضي طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 9 من القانون المدني الجزائري.

والمقصود بالشروط الموضوعية تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها، فإذن هي من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج وهي تتعلق بالإرادة كتوافر الأهلية ورضا المتعاقدين وموافقة الولي على النفس للزوجة أو القاضي إذا اقتضى الأمر وشاهدان والصداق[2].

توجد في القانون المقارن ثلاث اتجاهات في تحديد القانون المختص يحكم الشروط الموضوعية للزواج أولها يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين وأخذ بهذا الحكم كلا من القانون الإنجليزي والدول الإسكندنافية، والاتجاه الثاني يسندها لقانون محل إبرام عقد

(1) ــ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2005 ،ص103.

(2) ـ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص130.

الزواج دون التمييز بين الشكل وموضوع الزواج وهذا الحكم معتمد من قبل القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية، بينما هناك اتجاه ثالث نادى بإخضاع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وأخذ به كل من الدول العربية والقانون الألماني[1].

بينما في القانون الجزائري نص في المادة 11 م ج المعدلة قد تم ضبط صياغة المادة بموجب تعديل 20 جوان2005 تم إخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، ويلاحظ أن النص الجديد جاء أدق من النص القديم، إذ كانت المادة 11 تنص على القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج دون تحديد نوع هذه الشروط هل هي شروط موضوعية أم شروط شكلية ؟ وقد تدارك المشرع هذا النقص من خلال التعديل من خلال التعديل الجديد للقانون المدني ووضح أن هذه المادة تعني الشروط الموضوعية دون الشروط الشكلية[2].

ونصت المادة 11 م ج على أن الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين فقانون كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما ويعتد بهذا القانون وقت إبرام الزواج فقط ، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك فلا يتأثر عقد الزواج بهذا التغيير، وليس في إخضاع شروط الزواج الموضوعية لقانون الجنسية أية صعوبة إذا كان الزوجين متفقين الجنسية، ولكن تظهر الصعوبة حين يختلفان في الجنسية فهل تخضع الشروط الموضوعية حينئذ لقانون جنسية كل منهما معا وهذا ما يسمى بالتطبيق الجامع(1) أم أنه يكفي أن تتوافر في كل منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط وهذا ما يسمى بالتطبيق الموزع(2)[3].

1 _التطبيق الجامع: المقصود من التطبيق الجامع لقانون جنسية الزوجين هو أن تتوافر الشروط الموضوعية لصحة الزواج في كل زوج وفقا للقانونين معا، أي أن يتم تطبيق القانونين معا ويستوفي في عقد الزواج الشروط الموضوعية المقررة في قانون الزوج والزوجة معا.

(1) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق، ص160.

(2) – عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص83.

(3) – علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص69.

غير أن هذا الرأي أنتقد لأنه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين[1].

2-التطبيق الموزع: ومعنى ذلك أن تتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية الخاصة به في قانونه الوطني فقط، أي تطبيق قانون كل من الزوجين موزعا وليس جمعا بحيث يكتفي لانعقاد الزواج صحيحا أن تتوافر في كل واحد من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه الوطني فقط دون الأخذ بنظر الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر من شروطه الموضوعية[2].

والقانون الجزائري أيضا أخذ بالتطبيق الموزع في نص المادة 11 من القانون المدني المعدل وأكد على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية بقوله أنه يشترط أن لا يخالف الطرف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج[3] .

الفرع الثاني: أثار الزواج الشخصية والمالية

تترتب على عقد الزواج واجبات متقابلة منها ماهي شخصية تقع على عاتق الزوجين كواجب الإخلاص والمطاوعة والنفقة وأخرى مالية كارتباط الزواج بالنظام المالي للزوجين(أولا)، وهذه الالتزامات المالية والشخصية لابد لها من قانون يحكمها ويسري عليها(ثانيا)[4].

(1) – غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص166.

(2) – غالب علي الداودي، المرجع نفسه، ص167،166.

(3) – ورد في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري ما يلي: "إن الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"

(4) – حسن الهداوي، المرجع السابق، ص111.

أولا: مضمون أثار عقد الزواج

تترتب على عقد الزواج أثار مالية وأخرى شخصية، فالأثار الشخصية هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين كالنفقة وإقامة الزوجة مع زوجها كالطاعة وحسن المعاشرة والإخلاص والمعاملة بالمعروف[1].

أما الاثار المالية فهي غير معروفة عندنا لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على أي أثر مالي بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة في إدارته وتسييره والتصرف فيها وهو ما يعرف بنظام الانفصال المالي عكس بعض الدول الغربية حيث تكون أموال الزوجين مشتركة بينهما وهي عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية أو الاتفاقية[2].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج

لقد نص المشرع الجزائري على أنه يسري قانون جنسية الزوج على الأثار المالية لعقد الزواج وهذا حسب نص المادة 12 م ج ضمن تعديل 2005، كما أن القانون الواجب التطبيق على الأثار الشخصية لعقد الزواج هو حسب نص المادة 12 م ج قانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج أيضا.

غير أنه فيما يخص النسب وعلى الرغم من كونه أثر من أثار الزواج فقد خصه المشرع بنص خاص في المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري[3]، حيث أخضعته لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، والأمر نفسه فيما يتعلق بالاعتراف بالنسب وإنكاره فإذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل طبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة[4].

(1) – غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص170.

(2) – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص73–74.

(3) – تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على النسب و الاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة ".

(4) – عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق،ص90.

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالنظم القانونية التي تحمي ناقصي الأهلية أو الغائبين كالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية التي تحمي هذه الفئات في المادة 15 من القانون المدني الجزائري[1].

والمقصود بالولاية في هذا المجال الولاية على المال وليست الولاية على النفس لأن هذه الأخيرة تدخل في أثار الزواج ومن ثمة فهي تخضع إلى القانون الذي يحكم أثار الزواج.

وما يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد قرر الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته دون قانون جنسية الشخص الذي يتولى بالحماية المقررة قانونا على ناقص الأهلية وفضل قانون جنسية المحمي عن قانون جنسية الشخص الذي يقوم بالحماية باعتباره القانون الذي يحكم أهليته[2].

بعد تعديل 2005 أضاف المشرع الجزائري الفقرة الثانية وفيها أورد استثنائين على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى والتي أخضعت النظم القانونية التي تحكم ناقصي أو عديمي الأهلية أو الغائبين إلى قانون جنسية الشخص المحمي وذلك :

-في حالة وجود ناقصي الأهلية أو عديمي الأهلية أو الغائبين فوق الإقليم الجزائري وتتخذ تدابير استعجالية في شأنهم فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق وليس قانون جنسية الشخص المحمي.

-إذا كانت أموال ناقصي أو عديمي الأهلية أو الغائبين موجودة في الجزائر واتخذت في شأنها تدابير استعجالية فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق عليها وليس قانون جنسية الشخص المحمي[3].

ويبدو ومن خلال الاستثنائين المذكورين أن المشرع الجزائري قد فضل في حالة تنازع القوانين بين قانون جنسية الشخص المحمي وقانون مكان وجود المال حيث أخضعه إلى

(1) - أنظر المادة 15 من القانون المدني الجزائري.

(2) - عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص96.

(3)- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص418.

القانون الجزائري باعتباره قانون موقع المال وأخضع التدابير الاستعجالية إلى القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي.

المـطـلب الثـانـي

انـحـلال الزواج

الزواج مثله مثل كل العقود والعلاقات القانونية يبدأ وينتهي فهو ينتهي بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة وهو حق من حقوق الرجل أقرته الشريعة الإسلامية ولم يرد في القانون المدني الجزائري نص يقضي بالطلاق بالإرادة المنفردة[1]، ولكنه يتم بموجب حكم قضائي وهذا منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 منه[2].

وإلى جانب الطلاق الذي يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية يوجد التطليق الذي يؤدي بدوره إلى انحلال الزواج بناء على طلب الزوجة في حالات معينة[3].

بعض الدول ذات الغالبية كما هو الحال عند الطوائف المسيحية الكاثوليكية ترى بان الرابطة الزوجية لا تنقضي إلا بالوفاة وقد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول الغربية نظاما آخر لا تعرفه التشريعات العربية يسمى التفريق الجسماني[4]، وهو عبارة عن مباعدة مادية بين أطراف العلاقة الزوجية دون حل رابطة الزواج غير أن هذه الطريقة ليست دائما تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية فقد يعود الزوجان إلى ما كان عليه قبل انتهاء فترة التفريق الجسماني، وقد لا يعودان إلى ذلك ويتحول هذا الانفصال إلى انحلال الزواج بصفة نهائية عن طريق القضاء[5].

---

(1)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص91.

(2)- تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري" يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

(3)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص178.

(4)- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص140،141.

(5)- عبد الكريم بلعيور ، المرجع السابق، ص62.

أما الدول العربية فتسمح بالطلاق حسبما جاءت به الشريعة الإسلامية من طلاق بإرادة منفردة للزوج أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين، وعليه سنتطرق إلى القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية (أولا)، وقواعد الإسناد التي تحكم أثار انحلال الزواج (ثانيا).

الفرع الأول: القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية

لقد تباينت القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على حالات انحلال الزواج فمنها الولايات المتحدة الأمريكية أسندتها لقانون القاضي لكونه قانون موطن الزوجين أو أحدهما على عكس بعض التشريعات تطبق قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت الزواج ومنها من تطبق قانون الموطن المشترك في حال اختلاف جنسية الزوجين[1].

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد أسند انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في المادة 12 من القانون المدني قبل تعديل 2005 والتي تنص على "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، وهذا دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والانفصال الجسماني[2].

ولكن المشرع بموجب تعديل 2005 أراد تفادى النقص الذي كان موجودا في المادة 12 المعدلة حيث أصبحت ليست قاصرة على انحلال الزواج بل شملت انحلال الزواج والانفصال الجسماني المعمول به في الغرب مع إبقاء قاعدة الإسناد التي تحكم النوعين موحدة وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[3].

ويلاحظ أن إخضاع حل الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى منتقد من طرف الفقه على أساس أنه ينطوي على ظلم وإجحاف في حق الزوجة لأنها قد تتزوج تحت سلطان قانون جنسية زوجها الذي لا يجيز الطلاق ثم يتجنس بجنسية دولة يجيز قانونها الطلاق فيرفع الزوج دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة ويحكم له بالطلاق فتظلم

(1)- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص141.

(2)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص181،180.

(3)- الطيب زروتي، المرجع السابق،ص181،180.

الزوجة لذلك ذهب الفقه إلى القول بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وليس قانون جنسيته وقت رفع الدعوى[1].

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم أثار انحلال الزواج

تتمثل أثار الطلاق والانفصال الجسماني في المسائل المتعلقة بالإجراءات الوقتية (1)، وأيضا فيما يتعلق بالحضانة(2).

أولا :القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية

الإجراءات الوقتية ذات الطابع الاستعجالي كالنفقة الوقتية تخضع لقانون القاضي وهي النفقة التي يحكم بها القاضي كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق بمثابة إجراء يقوم به القاضي لصالح الزوجة من أجل المحافظة على الحد الادنى لمعيشتها والقانون الذي يحكمها هو قانون القاضي لأنها تعتبر من النظام العام[2].

لكن المشرع الجزائري وبموجب تعديل 2005 أضاف نصا قانونيا وهو المادة 21 مكرر والتي تنص "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أ أو تباشر فيها الإجراءات" والتي اخضعتها لقانون القاضي المعروض عليه النزاع.

أما النفقة الزوجية في حالة انفصال الزوجين فتخرج عن الفكرة المسندة لأثار انحلال الزواج وبالتالي لا يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج وإنما يسري عليها القانون الذي يحكم أثار الزواج وتخضع لقانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج[3].

لقد أدرج المشرع الجزائري النفقة بين الأقارب ضمن الاحوال الشخصية ووضع لها ضابط إسناد خاص بها حيث أخضعها لقانون المدين بها أي لقانون جنسية الشخص المطالب بهذا

(1)- عليوش قربوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة ببجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،ملتقى وطني، تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية،23 و24 أفريل،2014، ص145.

(2)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص194.

(3)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص194.

الالتزام المتمثل في النفقة على أقاربه هو الواجب التطبيق وليس قانون جنسية الشخص الذي وجدت النفقة من أجله[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من القانون المدني الجزائري بقولها "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"[2].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الحضانة

إن أهم الأثار التي يخلفها الانفصال الجسماني بين الزوجين مسألة الحضانة وتمثل مرحلة من مراحل الولاية على النفس وباعتبارها من أثار انحلال الزواج تخضع للقانون الجزائري[3].

"و الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" وذلك حسب المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري[4].

وتباينت التكيفات في شأنها فمنهم من رأى أن الحضانة كأثر من أثار الطلاق أو التطليق على اعتبار أن التنازع حولها لا يثور إلا بمناسبة انحلال الزوجية بالطلاق أو التطليق[5].

أما القانون الجزائري فلم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وبما أن تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري[6]، فإن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لأن المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بأثار الطلاق طبقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري[7].

(1)- نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق،ص95.

(2)- تنص المادة 14 من القانون المدني الجزائري على" يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"

(3)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص185.

(4)- أنظر المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

(5)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص185.

(6)- تنص المادة 9 م ج "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

(7)- نص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري على ما يلي" ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" .

لقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية وإيطالي إذ المحكمة قد طبقت المادة 2/12 م ج التي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي وهو قانون الزوج، قدمت الزوجة طعنا طالبت فيه بنقض الحكم الصادر بتاريخ 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس.

ونظرا لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و13 من القانون المدني[1].

وقد قررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض الحكم واعتبرت الحضانة من أثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا الاساس تخضع الحضانة للقانون الجزائري[2].

المطلب الثالث

العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي

تتمثل هذه العلاقات في الروابط المالية ولكن ذات طابع شخصي بحيث تخضع أيضا للقانون الشخصي وأحكامها في القوانين العربية مستمدة من الشريعة الإسلامية وهي تتمثل في

الميراث والوصية وغيرهما من التصرفات المضافة لما بعد الموت وكذلك الوقف والهبة[3].

إن انتهاء الشخصية القانونية للإنسان تنقضي بحلول أجله بوفاة حقيقية أو حكمية، وتنجر عنها عدة أثار مادية ومعنوية وتلك الأثار المادية تركته التي سيخلفه عليها ورثته بقوة القانون أو الشرع وهو الميراث القانوني، أما الثاني أي الميراث الإيصائي فبسبب التصرف الإرادي،

(1)- عليوش قربوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، المرجع السابق،ص149.

(2)- عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص149.

(3)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص195.

ولهذا وضع المشرع قاعدة إسناد تخضع لها (الفرع الاول)[1]، كما يقوم الشخص بتصرف قانوني بإخراج الملكية من ذمة الواهب وانتقالها لفائدة الموهوب له أو حبس المال عن التملك على وجه التأبيد أو التصدق لفائدة شخص طبيعي أو معنوي، ولهذا وضع قاعة إسناد تخضع لها الهبة والوقف(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الميراث والتصرفات المضافة لما بعد الموت

إذا توفي شخص وترك وراءه أمولا فإن أمواله تسمى تركة وتنتقل إلى من يخلفه، والخلافة بسبب الموت نوعان الأول خلافة إجبارية وهي تثبت بحكم القانون ويطلق عليها الميراث وأخرى اختيارية وهي تثبت بإرادة الموصي ويطلق عليها الوصية لذلك يجب دراسة أحكام الميراث (أولا)ثم دراسة أحكام الوصية (ثانيا)[2].

أولا: القانون الواجب التطبيق على الميراث

تختلف الانظمة القانونية في تكييف طبيعة الميراث فبعضها يعدها من مسائل الاحوال العينية على أساس أن موضوع العلاقة محل النزاع هو المال وهي منقسمة فيما بينها حول إعمال وسريان قانون واحد على كل مشتملات التركة عقارات أو منقولات إلى قانون موقعها، ذلك لأن الميراث قوامه شيء مالي يتم تملكه بتحقيق موت صاحبه وأن العبرة بموضوع التركة هو المال وليس بصاحبها[3].

ومنها ما يفرق بين العقار والمنقول، فالأول يطبق عليه قانون موقع العقار استنادا لفكرة حماية الثروة الوطنية في الدولة التي تقع فيها تلك الأموال ومن ثم ارتباطها بالنظام العام تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات والتوافق مع الاختصاص القضائي وإعمال قانون المكان الذي يتواجد بها العقار يفتح المجال أمام تعدد القانون المختص بتعدد الدول التي يتواجد بها العقار، وقد أخذت بهذا الراي العديد من الدول العربية والغربية[4]، أما بالنسبة للمنقول يطبق عليه قانون

(1)- زبيدة إقروفة ، المرجع السابق، ص261.

(2)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص28.

(3)- محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص392.

(4)- غالب علي الداودي ،المرجع السابق، ص282.

موطن المتوفى مثلما هو الحال في بعض الدول ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية وفرنسا، وأخذت بعض الدول مثل النمسا والمجر ورومانيا بقاعدة إخضاع الميراث في المنقول لقانون جنسية المتوفى، ويرى" NIBOYER" أنه يستحسن إخضاع الميراث كله لقانون موقع المال وذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية[1].

وبعض الانظمة يعد الميراث من مسائل الاحوال الشخصية كألمانيا واليونان وسائر قوانين الدول العربية ومنها القانون الجزائري الذي ضمن أحكامها في قانون الاسرة وأحال عليه القانون المدني في المادة 747[2]، بالنظر إلى أن الأشخاص هم العنصر الغالب ومركز العلاقة القانونية رغم الصبغة المالية التي تتسم بها الإرث إلا أنها تعتبر نتيجة نابعة من علاقة أسرية إذ "المصلحة العائلية وتنظيم الاسرة وكفالة التضامن بين أفرادها هو الذي يهيمن على ايلولة التركة فالأمر يتعلق بخلافة أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال"[3].

اختلفوا في تحديد المعيار الذي يتضبط به القانون الشخصي هل هو الجنسية أو آخر موطن أقام به المورث قبل الوفاة أو مكان الوفاة ، والاتجاه الذي ارتضاه المشرع الجزائري في حسم التنازع حول الميراث هو تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها المورث وقت الوفاة على التركة دون اعتبار لطبيعتها عقارا او منقولا ودون اعتبار كذلك لمكان تواجدها سواء داخل الإقليم الوطني أو خارجه وذلك حسب نص المادة 16 م ج ، والوقت الذي يبدأ فيه سريان معيار الجنسية هو وقت الوفاة بالذات لا قبله بحسب عبارة المشرع في نهاية الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني وقت وفاته[4].

بهذا النص وحد المشرع القانون الذي يسري على الميراث وتجنب ازدواجية الإسناد، وتخضع منازعات الميراث في الجزائر من حيث الاختصاص وإجراءات التقاضي وفق قانون

(1)- محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص392.

(2)- تنص المادة 774 ق م ج(تسري أحكام قانون الاحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعل إنتقال أموال التركة)

(3)-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص930.

(4)- محمود جمال الكردي، المرجع السابق،ص407 .

القاضي المطروح عليه النزاع أو تباشر فيها الإجراءات لاتصالها بالنظام العام[1]، وذلك حسب المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري[2].

يطبق قانون موقع المال على الحقوق الواردة على العقارات مثل تحديد حقوق دائني المتوفى بأمواله وشهر حق الإرث وأثار هذا الشهر والجزاء المترتب على عدم الشهر، تنظيم حالة الشيوع وإدارة الأموال الشائعة وكيفية إنهاء حالة الشيوع وكل المسائل المتعلقة بانتقال ملكية أموال التركة وهناك حالات تخالف النظام العام كأن تجيز لغير مسلم أن يرث المسلم عدم تطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته[3].

أما بالنسبة للتركة الشاغرة وهي تتخلف عن المتوفى من غير وارث فهذه التركة وإن كانت تؤول إلى الخزينة العامة للدولة، فهل يكون ذلك على أساس أن الدولة وارثة لها أم على أساس أنها مالكة للتركة التي لا وارث لها، وقد اختلفت التشريعات في تحديد تلك التركة فبعض القوانين اعتبرتها ميراثا وبالتالي فالدولة وارثة لرعاياها في الداخل والخارج وهو ما جاء به القانون الالماني والسويسري، بينما ذهبت قوانين أخرى ومنه القانون الجزائري إلى اعتبار الدولة الجزائرية مالكة للتركة التي بدون وارث على أساس أنها صاحب السيادة[4]، وهو ما تنص عليه المادة 773 م ج[5]، والمادة 180 من قانون الأسرة الجزائري[6].

---

(1)- نص المادة776 من القانون المدني " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال المرض بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ويسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي إلى هذا التصرف" .

(2)- نص المادة21 مكرر من القانون المدني الجزائري على مايلي" يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فبها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"

(3)- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول(تنازع القوانين)،مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص ص 185،186.

(4) ـ الطيب زروتي، المرجع السابق، ص ص185 ،186 .

(5)- تنص المادة77 3 ق م ج(تعتبر أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم).

(6)- تنص المادة 180 ق أسرة (يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:1مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع ،2الديون الثابتة في ذمة المتوفى،3الوصية، فإذا لم توجد ذووا فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة).

وما يفهم من هذين النصين أن التركة تؤول إلى الدولة الجزائرية بناءً على ممارستها للسيادة على إقليمها وليس بوصفها وارثا بمقتضى قانون الميراث وعليه فإن التركة الشاغرة تخرج فكرة الميراث في القانون الجزائري.

ثانيا: الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

الوصية هي تصرف إرادي في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ينقل بمقتضاها الموصي إلى الموصي له على وجه التبرع ملكية كل أو بعض أمواله أو أي حق من حقوقه المالية ويلحق بها في الحكم التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت[1]، كعقود التوريث فتمثل نوعين من التصرفات: الأول يتعلق بالتصرفات الصادرة من المريض مرض الموت ويكون مقصودا بها التبرع وهذا ما نصت عليه المادة 776 م ج[2]، والثاني يخص التصرفات التي تصدر لأحد الورثة ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة وقد تضمنت ذلك المادة 777 م ج[3].

وتلتقي الوصية بالميراث إذ تتحقق كل منهما الخلافة في المال بسبب الموت غير ان سبب الوصية يختلف عن سبب الميراث، إذ تجد سبب الوصية هو إرادة الموصي المنفردة في حين سبب الميراث هو الشرع أو القانون، وقد ادخل المشرع الجزائري نظام الوصية في نطاق الاحوال الشخصية لما للوصية من علاقة وطيدة بالإرث والقرابة التي تربط هذا الاخير بالروابط العائلية رغم الصفة المالية التي تطغى عليها على غرار بعض الدول تنظر إلى الوصية على انها ترتبط بالمال ويترتب على ذلك خروجها من نطاق الاحوال الشخصية وإدراجها ضمن الاحوال العينية[4] .

(1)- محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص407.

(2)- تنص المادة 776 ق م ج (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال المرض بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ويسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف).

(3)- نصت المادة 777 ق م ج(يعتبر التصرف وصية وتجري علية أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدى الحياة).

(4)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص100.

بعد تعديل 2005أصبحت المادة تنص فقط على ما يلي: "يسري على الميراث والوصية... قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، وبالتالي فقد ألغي الاستثناء[1].

فبالنسبة للشروط الموضوعية المتعلقة بالوصية حسب المادة 1/16 فقد أخضعتها لقانون جنسية الموصي وقت وفاته ذلك ان المشرع الجزائري جعل من الوصية موضوعا من مواضيع الاحوال الشخصية، بينما تخضعها الدول التي تدخلها ضمن الاحوال العينية إلى قانون موقع العقار إذا كان محل الوصية عقارا وإلى قانون موطن الموصي وقت وفاته إذا كان محل الوصية منقولا[2]، ويسري قانون جنسية الموصي وقت وفاته على مقدار الوصية للأشخاص الذين تجوز لهم الوصية، شروط صحة الوصية والجزاء المترتب على مخالفة أحكام الوصية، أما فيما يخص أهلية الموصي فتخضع لقانون جنسيته وقت الوصاية[3].

الفرع الثاني: الهبة والوقف

لم يتطرق المشرع الجزائري قبل التعديل في نصوصه التشريعية المنظمة لقواعد الإسناد الجزائرية التي حددت الحالات التي تعتبر من الأحوال الشخصية والقانون الذي يحكم الهبة والوقف، رغم أن قانون الأسرة قد عرف الهبة في المادة 202 بأنها "تمليك بلا عوض"، والوقف في المادة 213 بأنه" حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق" وهو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية، وعدم تنظيم المشرع الجزائري لهذه الحالات بقواعد إسناد خاصة بها يعد نقصا وفراغا تشريعيا مما جعل رجال وشراح القانون الدولي الخاص يخضعونها إلى قانون الجنسية على أساس أحكام القواعد العامة للقانون الدولي الخاص.

وقد تفطن المشرع الجزائري أخيرا إلى الفراغ الذي كان يسود قواعد التنازع الجزائرية بصفة عامة وتدارك النقص الذي مس بعض مواد الاحوال الشخصية حيث وضع لها قواعد

(1)- (القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو المعدل والمتمم للقانون المدني.

(2)- دليلة تريكي، القانون الواجب التطبيق على الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، جامعة عبد الرحمن ميرة ببجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، يومي 23و24 أفريل،ص256.

(3)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص101.

إسناد جديدة تحكمها[1]،فقد نظم المشرع الجزائري في التعديل الجديد المادة 2/16 م ج حيث أضيفت قاعدة إسناد جديدة حددت القانون الواجب التطبيق على إثبات تصرف الهبة والوقف بقانون جنسية الواهب وليس قانون جنسية الموهوب له لأن التصرف يصدر بناءً على إرادة الواهب وذلك وقت قيامه بهذا الإجراء وهو ما جاءت به صياغة المادة 2/16 حيث تنص على: "يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما"[2].

المبحث الثاني

القانون الذي يحكم الاموال

الأموال قد تكون حقا ماديا أو معنويا، منقولا أو عقارا وقد يكون المال موضوع العلاقة القانونية مما يثير تنازعا بين قوانين ذات المساس بالعلاقة ذات العنصر الاجنبي، ولتحديد قاعدة الإسناد لتعيين القانون المختص وكيفية إعماله يستلزم أولا وقبل كل شيء تحديد طبيعة المال لمعرفة ما إذا كان ماديا أو معنويا منقولا أو غير منقول[3]، فإن تطبيق هذه القاعدة إذا كان لا يثير صعوبة بالنسبة للأموال المادية فإن تطبيقها على الاموال المعنوية صعب جدا إن لم نقل بأنه مستحيل لكونها لا تشغل حيزا مكانيا[4]، ولذلك فإنه من الضروري أن نبحث في هاذين النوعين من الاموال عن القانون الذي يحكم الاموال المادية(المطلب الأول)، ثم القانون الذي يحكم الأموال المعنوية(المطلب الثاني)، كما يمكن أن يقوم شخص بتصرف إرادي بغية تحقيق آثار قانونية ذات طابع مالي التي يجيزها الافراد فيما بينهم في مجال العقود الدولية والتي يكون أحد عناصرها أجنبيا، وعليه ما هو القانون الذي يحكم التصرفات الإرادية (المطلب الثالث).

(1)– عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص103

(2)_ نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 67.

(3)_ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص129.

(4)_ بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص281.

المطلب الأول

الأموال المادية

المال المادي هو كل شيء ملموس له قيمة مالية ووجود مستقل عن وجود الإنسان ويمكن حيازته وتملكه والتعامل والانتفاع به ماديا[1]،وقد أخضع المشرع الجزائري الأموال إلى قانون موقعها طبقا للمادة17 من القانون المدني، حيث خص الفقرة الأولى لتكييف المال(الفرع الأول)،أما الفقرة الثانية للقانون الذي يحكم العقار (الفرع الثاني)، والفقرة الثالثة خاصة بالقانون الذي يحكم المنقول (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تكييف المال

طبقا للمادة 9 من القانون المدني يخضع التكييف للعلاقة القانونية محل النزاع إلى قانون القاضي بوصفه تكييفا للإسناد، وقد أقر الفقه استثناءات على قانون القاضي بشأن التكييف، من ضمنها تكييف المال، فقانون الموقع هو الذي يختص ببيان طبيعة المال ما إذا كان عقار أم منقول بما يترتب على ذلك من أثار، وهو حكم يتفق مع النظام القانوني المقرر للمال حسب قانون موقعه.

تجدر الملاحظة إلى أن القانون الجزائري لم ينص سابقا على هذا الحكم، وبعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 خص المشرع الفقرة الأولى من المادة 17 لتكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها المال، وبالتالي تكييف المال لا يخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 9 من القانون الجزائري والتي تخضعه لقانون القاضي بل أصبح استثناء منصوص عليه بقاعدة إسناد خاصة تجعله من اختصاص قانون موقع المال.

(1)- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص192.

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم العقار

أخذ المشرع الجزائري على غرار بقية القوانين الأخرى بقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 17 ق م ج المعدلة بقانون 10/05 على أنه : " يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار".

تترتب على تقسيم الأشياء إلى منقول وعقار نتائج قانونية مهمة أهمها خضوع العقار وأي تصرف فيه لقانون موقعه في تشريعات معظم الدول الأوروبية والعربية للاعتبارات السياسية والقومية والأمنية العديدة أهمها الأرض وما يتصل بها من عقارات جزء لا يتجزأ من التراب الوطني "الإقليم" الذي هو عنصر أساسي من عناصر الدولة لاتصاله بصميم السيادة[1].

-خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الفائدة لجميع الناس من حيث الإشهار والعلانية[2].

ـ خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن استقرار المعاملات وتوحيد وتماثل الحلول والاحكام بين الدول المختلفة لأنه يؤدي إلى تطبيق قاعدة واحدة عليه في قوانين جميع الدول.

ـ خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي ويسهل على المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالعقار وكذا الدوائر التي يرجع إليها في التنفيذ على العقار، تكون عادة هي محاكم الدولة التي يوجد فيها هذا المال سواء كان عقارا أو منقولا من ثم خضوعه لقانون موقعه[3].

ـ خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن الدولة حماية اقتصادها والمحافظة على ثرواتها الوطنية.

يشمل اختصاص قانون موقع العقار أحكام بعض طرق كسب الملكية العقارية من حيازة وشفعة وأثارها وانتقالها وانقضائها، أما بعض الأسباب الأخرى كالميراث والوصية فتخضع للقانون الشخصي، أما العقد تطبيقا لنص المادة 18 فقرة 3 ق م ج يسري عليه قانون الموقع،

(1)- بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص284.

(2)- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص194.

(3)- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص194.

كما بين قانون موقع العقار ما يرد على العقار من حقوق عينية أصلية، كالانتفاع والاستعمال والسكن والارتفاق.

إذا كان العقار الذي يقع في دولة واحدة لا صعوبة في تحديد القانون الذي يحكمه فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى العقار الذي يقع في جزء منه في دولة والجزء الآخر في دولة أخرى، مما يصعب تحديد موقعه وبالتالي القانون الذي يحكمه، وقد ذهب الرأي الراجح فقها إلى إخضاع كل جزء إلى قانون الدولة التي يقع فيها، وفي حالة وجود حقوق الارتفاق بينهما فإن قانون دولة العقار الخادم هو الذي يعمل به وليس قانون دولة العقار المخدوم وذلك لأن الأول هو المثقل بالارتفاق وهذا طبقا للرأي الراجح.

الفرع الثالث: القانون الذي يحكم المنقولات

الاموال المنقولة هي التي يمكن نقله بسهولة من مكان لآخر دون أن تتعرض لتغيير أو تلف[1]، إذا استقر المنقول المادي في دولة معينة، فتحديد القانون الواجب التطبيق عليه لا يثير إشكالا حيث يطبق عليه قانون هذه الدولة باعتباره قانون موقعه وقت تحقق السبب الذي تترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق الأخرى أو فقدها وهذا ما نصت عليه المادة3/17[2]. ولكن نظرا لكون وسائل النقل دائمة الحركة في أماكن خاضعة لسيادة دول أخرى أو غير تابعة لآية دولة فيصعب تحديد موقعها الفعلي والتي تعرف بالمنقولات المادية (أولا)،وأيضا انتقال المنقول المادي الذي ورد عليه الحق من إقليم دولة لأخرى وهو ما يعرف بالتنازع المتحرك(ثانيا).

أولا : المنقولات المادية

تخضع المنقولات المادية في القانون الجزائري لقانون موقعها ، وهذا وفقا لنص المادة 17 فقرة 3 من ق م ج، إن المقصود بالمنقول المادي حسب نص المادة هو المنقول المادي المنفرد ففي حالة استقرار المنقول المادي في دولة معينة ، فتحديد القانون الواجب التطبيق عليه لا يثير أي إشكال حيث يطبق عليه قانون الدولة باعتباره قانون موقعه وقت تحقق السبب الذي

(1)– غالب علي الداودي، المرجع نفسه، ص196.

(2) ـ عبد الكريم لعيور، المرجع السابق، ص 122.

أدى إلى كسب الحيازة أو فقدها، لكن الإشكال قد يثور في بعض المنقولات التي يصعب تحديد موقعها الفعلي، كالسفن البحرية والطائرات (1)، والقطارات(2)، كذلك البضائع الموجودة عليها(3).

1ـ بالنسبة لوسائل النقل مثل السفن والطائرات: يسري عليها قانون العلم وهو قانون مكان قيدها كما يسري هذا القانون على المنقولات الموجودة عليها ولو كانت في ميناء أو فضاء دوليين ولكن في حالة التوقف المؤقت في ميناء أو مطار معلوم بسري عليها قانون هذه الدولة باعتباره قانون موقعها الحقيقي.

2 ـ بالنسبة للقطارات وعربات السكك الحديدية : فيما يخص إنشائها وتنظيم عملية النقل فيها، فإنها نظمت بأحكام اتفاقيات دولية أخضعتها لقانون الدولة التي توجد فيها، أما السيارات فيطبق عليها قانون موقعها الفعلي.

3 ـ بالنسبة للبضائع: أثناء عملية النقل كالأمتعة التي يحملها المسافر معه والبضائع المصدرة من دولة لأخرى ، وإذا كان من الصعب تحديد موقعها الحقيقي إلا أن الرأي الراجح فقها مستقر على إخضاعها لقانون البلد المصدر إليه إذا كانت منقولة برا، أو الجو فقد رأى بعض الفقهاء إسنادها إلى قانون علم السفينة أو الطائرة، وإذا استقرت البضائع أثناء التنقل استقرارا مؤقتا فتخضع لقانون مكان استقرارها.

ثانيا: صعوبة تحريك المال (التنازع المتحرك)[1].

تثور الصعوبة في انتقال المال من دولة لأخرى عندما تتحقق الحيازة أو أي سبب من أسباب الحقوق العينية على المنقول في ظل القانون القديم يعترف بها ثم ينتقل إلى موقع جديد، فهل يطبق قانون موقعه القديم أم قانون موقعه الجديد؟[2]، و هذا ما أثار مشكلة التنازع المتحرك ولهذا اقترح الفقه حلان هما نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)(1)، ونظرية النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة(2) وما موقف المشرع الجزائري(3).

(1)– التنازع المتحرك تنازع دولي يحدثه الشخص فهو لا يلغي قانون موقع المنقول الجديد قانون موقعه القديم، أما التنازع الزمني تنازع داخلي يحدثه المشرع في التنازع الزمني القانون الجديد يلغي القانون القديم.

(2)– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1006.

1_نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد):

يتجه هذا الأري إلى تطبيق قواعد التنازع الزماني المطبق في القوانين الداخلية التي تقضي بتطبيق القانون الجديد.

ـ في مجال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لو فرضنا منقول في دولة لا تعترف بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ثم نقل من طرف حائز إلى دولة يقر قانونها بالقاعدة فالتطبيق المباشر والفوري للقانون الجديد يعد الحائز مالكا للمنقول والعكس صحيح[1]، ومثال ذلك إذا تعلق انتقال الملكية في المنقول بتسليمه، حيث ان القانون السويسري لا يعترف بانتقال الملكية فب المنقول إلا إذا تم تسليمه، بينما القانون الجزائري يثبت انتقال الملكية دون التسليم وقد تم شراء هذا المنقول في سويسرا وكان لم يتسلمه بعد فلا يعتبر مالكا، ثم نقل إلى دول لا تشترط التسليم في عقد البيع كالجزائر فتطبيقا لهذا الراي الذي يأخذ بالقانون الجديد يصبح المشتري مالك للمنقول والعكس صحيح[2].

ـ في مجال رهن حيازة المنقول الذي يولي الدائن في تمليك المرهون، بحيث لو فرضنا وجود رهن حيازي على منقول في دولة تجيز للدائن تملك المنقول إذا لم يوفي المدين بالدين المضمون كما هو الحال في التشريع الهولندي ثم نقل المنقول إلى دولة أخرى لا يعترف قانونها للدائن المرتهن بحق تملك المنقول المرهون، فتطبيقا لقاعدة تطبيق الأثر الفوري للقانون ليس لهذا الدائن المرتهن في ظل قانون هذا البلد أن يمتلك المنقول[3].

لقد أنتقد هذا الاتجاه من حيث أن الأخذ بالأثر الفوري للقانون الجديد يؤدي إلى إهدار الحقوق المكتسبة التي تكون قد تم الحصول عليها بطريقة صحيحة وقانونية في ظل القانون القديم، إضافة إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد[4].

2ـ نظرية نفاذ الدولي للحقوق المكتسبة:

(1)– الطيب زروتي، المرجع السابق، ص215.

(2)– عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص114.

(3)– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1006.

(4)– الطيب زروتي، المرجع السابق، ص216.

يرى جانب من الفقه أنه متى نشأ حق تحت سلطان قانون معين فإن الحق يبقى ساريا حتى ولو انتقل المنقول إلى موقع جديد، حيث يجب احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم طالما اكتسب هذا الحق اكتسابا صحيحا وأن جميع عناصره اكتملت في ظل القانون القديم، وأن جميع عناصره اكتملت في ظل القانون القديم ألا ينشأ حق مضاد لها في القانون الجديد ألا يكون هذا الحق في دولة القانون الجديد[1].

و تطبيقا لهذا الرأي إذا بيع في الجزائر منقول موجود بها من غير تسليمه فتنتقل الملكية بمجرد العقد ولو انتقل هذا المنقول إلى بلد ثان يتطلب قانونه التسليم كالقانون السويسري مثلا.

3ـ موقف المشرع الجزائري

يتضح لنا من خلال مضمون المادة 3/17 م ج [2] قد أخذ بنظرية النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة وهو ما يقتضي بضرورة تطبيق قانون الدولة التي يوجد به المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتبت عليه الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية

الاموال المعنوية هي الأموال غير المادية وهي عبارة عن أشياء غير ملموسة لكنها تصلح ان تكون محلا لحق مالي [1].

ونظرا لصعوبة تركيز الأموال المعنوية مكانيا لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها بشأن ما يرد عليها من حقوق، ومن ثم يختلف القانون المختص على فئات الملكية الفكرية والقيم المنقولة فيما يرد عليها من حقوق، وعلى هذا الأساس إن الحلول المقررة في القانون المقارن غير موحد مادام لكل منقول معنوي طبيعته الخاصة التي تقضي تحديد القانون الذي

(1)– عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق،ص113.

(2)– تنص الماد 3/17 على :"ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الاخرى"

يحكمه بحسب تركيز موقعه وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى[1].

على هذا الأساس فما هو القانون الواجب التطبيق على الملكية الصناعية والأدبية(الفرع الأول)، وما موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الملكية الأدبية و الصناعية

تثير الحقوق التي تترتب على الإنتاج الفكري أو الفني أو الأدبي مشكلات كثيرة في القانون الدولي الخاص بسبب صعوبة تحديد الملكية الأدبية في ميدان العلوم والفنون والآداب لتعلق هذه الحماية بحقوق الإنسان[2]، لذا سعت الدول إلى عدة اتفاقيات تهدف إلى حماية إنتاج مواطنيها الفكري والادبي والملكية الصناعية[3]، وعليه فما هو القانون الواجب التطبيق على الملكية الادبية (أولا) وكذلك فيما يتعلق على الحقوق المتعلقة بالملكية الصناعية والتجارية (ثانيا).

أولا: حقوق الملكية الادبية و الفكرية

إن هذه الحقوق تنتشر في بلد ولكن تستعمل وتستغل في بلدان أخرى بل إنها مسخرة للانتشار العالمي في ظل تقدم وسائل الاتصال الحديثة كالأنترنيت[4]، ولكن بشأن ما تثير من مشكلات كثيرة في القانون الدولي الخاص بسبب صعوبة تحديد مكان تمركزها ماديا، ولكن ذلك لم يمنع من التفكير في حماية الملكية الأدبية لتعلق هذه الحماية بحقوق الإنسان، وتعد حقوق المؤلف من الحقوق الملكية الفكرية المتمثلة في الأعمال الأدبية والفنية .

يطبق قانون البلد الذي ينشر المصنف فيه لأول مرة ويطلق عليه بلد الأصل على أساس أن النشر هو الذي يعطي للمصنف قيمته الذاتية في إطار العلاقات الاجتماعية ، ذلك من تاريخ النشر يمكن القول بأن المصنف يشكل مالا يمكن الاستفادة منه من طرف الغير فمن

(1)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص217.

(2)- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص205.

(3)- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص197

(4)- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص218.

المنطق أن يكون قانون مكان النشر الأول هم الذي ينظم حقوق المؤلف ، وهذا حسب المادة 17مكررالفقرة 2 ق م ج ، في حالة عدم نشر المصنف يذهب الفقه إلى تطبيق القانون الشخصي للمؤلف على اعتبار أن المصنف وثيقة الصلة بشخص مؤلفه.

في حالة نشر المؤلف لأول مرة في عدة بلدان فالقانون الواجب التطبيق هو حماية البلد الذي يمنح أقل مدة الحماية.

ثانيا: الملكية الصناعية

تتمثل في الرسوم والنماذج والعلامة التجارية وبراءة الاختراع والاسم التجاري وقمع المنافسة غير المشروعة[1]، إن أحكام فئة الملكية الصناعية منظمة دوليا بأحكام موضوعية وقواعد تنازع فضلا عما تقرره التشريعات الوطنية من تنظيم داخلي لها ، ففي القانون الجزائري إن براءات الاختراع تخضع لقانون البلد المانح للبراءة بعد إيداع الطلب، بغض النظر عن جنسية المخترع ومكان حصول الاختراع ،والحكم نفسه فيما يخص العلامات التجارية.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري

بموجب تعديل قانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 للقانون المدني أدرجت مادة جديدة ضمن أحكام تنازع القوانين وهي المادة17مكرر وقد نصت على ما يلي: "يسري على الاموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الاخرى أو فقدها.

ويعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الاول للمصنف أو إنجازه.

ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها.

ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجل وأودع فيه.

ويعد محل العلامة التجارية منشأة الاستغلال.

(1)- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص167.

ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري"[1].

وأخيرا نجد المشرع قد أقر ضوابط لأهم فئات الملكية الفكرية حسب تركيزها الموضوعي وبمراعاة المعايير المقرة في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة وما يجري عليه العمل فقها وقضاءً في القانون المقارن، وبهذا الإنجاز يعد القانون الجزائري في مصاف القوانين الحديثة التي قننت أحكام التنازع للملكية الفكرية[2].

المطلب الثالث

الالتزامات التعاقدية

يقصد بالالتزامات التعاقدية، التصرفات القانونية لإظهار الارادة بغية تحقيق اثار قانونية والالتزام التعاقدي هو حالة قانونية مصدرها العقد ويكون على شخص القيام بعمل معين او عدم القيام بعمل معين ذي قيمة مالية[3].

ويقصد بالالتزامات التعاقدية في مجال تنازع القوانين العقود المشوبة بعنصر اجنبي التي يتم الرجوع في اي نزاع يثور بشأنها الى قواعد الاسناد، في القانون الدولي الخاص لتعيين القانون الواجب تطبيقه على النزاع[4].

والمشرع الجزائري قد نظم قواعد الاسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية في المادتين 18 و19من القانون المدني بعد التعديل 20 جوان 2005 حيث تناولت المادة 18 قاعدة الاسناد التي تحكم العقد من الناحية الموضوعية (الفرع الاول)اما المادة 19 فقد حددت قاعدة الاسناد التي تحكم العقد من الناحية الشكلية(الفرع الثاني)

الفرع الأول: القانون الذي يحكم موضوع التصرف القانوني:

(1)- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

(2)- الطيب زروتي، المرجع السابق،ص221.

(3)- غالب علي الداودي، المرجع السابق،ص209.

(4)- غالب علي الداودي، نفس المرجع، ص209.

يحكم موضوع التصرف القانوني عدة قواعد اسناد ،أهمها قاعدتي قانون الإرادة وقانون محل ابرام العقد وهذا ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني.

وتاريخيا ترجع نشأتها الى المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة قانون مكان إبرامها شكلا وموضوعا على أساس إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت الى اختيار هذا القانون[1].

ولكن بارتول زعيم المدرسة الايطالية القديمة كان يخضع أثار العقد إلى قانون محل إبرام العقد وأثاره غير المباشرة إلى قانون محل التنفيذ ،ولما جاء الفقيه ديمولان في أواخر القرن 16 فكيف المشارطات المالية ، بأنها عقود في قضية زوجين من مدينة جاني وأسند الى قانون موطن الزوجية بدلا من قانون محل انعقادها مؤكدا أن المتعاقدين أحرارا في اختيار قانون غير قانون محل الإبرام ولهما أن يصرحا بذلك في العقد، وأصبح موضوع العقد يخضع للقانون المختار بينما بقي شكله خاضعا لقانون محل إبرامه[2].

تبنى القضاء الفرنسي القديم، نظرية ديمولان، وما إن حل القرن 19 حتى اعتمد هذا الضابط معظم القوانين.

و عليه سوف نتطرق إلى مضمون قاعدة الإسناد الذي يحكم موضوع التصرف القانوني (أولا)، ثم نطاق تطبيق قانون الإرادة (ثانيا).

أولا : مضمون قاعدة الإسناد الذي يحكم موضوع التصرف

تنص المادة 18 ق م ج أنه على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إما صراحة أو ضمنيا ،ولكن إذا لم تكن الإرادة صريحة طبقا للقانون الجزائري فلا بد من الأخذ بالقاعدة التي تجعل الاختصاص إلى قانون مكان إبرام العقد ،ومدى اختيار المتعاقدين القانون الذي يحكم عقدهما.

(1)- الطيب زروتي، المرجع السابق،ص239.

(2)-الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص239.

(3)- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 122 .

إذا كانت إرادة المتعاقدين صريحة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، في هذه الحالة ليست هناك صعوبة في تحديد القانون وعلى القاضي الذي يعرض عليه النزاع في هذا الشأن أن يطبق القانون المختار من طرف المتعاقدين، وليست له سلطة تقديرية[1].

مما لا يجوز مخالفته في حالة اختيار قانون طرف المتعاقدين هذا قبل التعديل أما بعد التعديل جاءت المادة أكثر وضوحا بالنسبة إلى تطبيق القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين حيث تضمنت الفقرة الأولى ضابطا واحدا وهو إرادة المتعاقدين الصريحة شريطة أن تكون لهذا القانون المختار علاقة او صلة حقيقية إما بالمتعاقدين أو بالعقد وهذا ما نصت عليه المادة 18 فقرة الأولى ، مما يدل أن إرادة المتعاقدين صريحة[2].

ليست دائما إرادة المتعاقدين صريحة ،بل قد يسكت المتعاقدين عن رغبتهما في اختيار تطبيق قانون معين على عقدهما ، مما يؤدي بالقاضي المعروض عليه النزاع إلى اللجوء إلى البحث عن إرادتهما الضمنية من خلال الظروف المحيطة بإبرام العقد، أما بعد التعديل 2005 فإن المشرع قد جاء بضابطين هما[3].

ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين وهذا حسب نص المادة 18 الفقرة 2.

أما الضابط الثاني هو محل إبرام العقد ، في حالة عدم اختيار المتعاقدين قانونا يطبق على عقدهما وقد لا يتحدان في الموطن ولا الجنسية ففي هذه الحالة القانون الذي يحكم العقد هو قانون المحل الذي أبرم فيه العقد وهذا ما نصت عليه المادة 18 الفقرة 3 .

يبدوا من خلال صياغة نص المادة بعد التعديل 2005 اشترط المشرع أن يكون القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد نفسه وبالتالي لم تعد حرية المتعاقدين مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد.

ثانيا: نطاق تطبيق قانون الإرادة على موضوع العقد

---

(1) ـ عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص122.

(2) ـ عبد الكريم بلعيور، نفس المرجع، ص122.

1ـ الجوانب القانونية للعقد التي تطبق عليها قانون الإرادة

يمكن حصر الجوانب القانونية التي يطبق فيها قانون الارادة على العقد الدولي في ثلاثة جوانب أساسي لا يخرج عنها نطاق قانون الارادة وهي من حيث تكوينه(1)، وأثاره (2)،وانقضائه(3).

1 ـ 1 :من حيث تكوين العقد : أهم المجالات التي يطبق فيها قانون الارادة على العقد هي المسائل القانونية المتعلقة بتكوينه من حيث ضرورة توفر الأركان والشروط سواء ما تعلق بركن التراضي أو المحل أو السبب[1].

ـ ركن التراضي: يعود الاختصاص الى قانون الارادة لأنه هو الذي يحدد لنا متى يتطابق الايجاب بالقبول، وهو الذي يحدد

كيفية التعبير عن الارادة، وهل يكفي التعبير عنها ضمنيا ام صريحا؟ و يحدد زمان و مكان انعقاد العقد.

أما بالنسبة لعيوب الرضا فقد اختلف الفقه في شأنها فهناك من يرى بضرورة إخضاعها إلى قانون الجنسية لأنها تهدف إلى حماية الشخص و ليس العقد ، وذهب فريق أخر إلى التمييز بين عيوب الارادة من نقص الاهلية والعته والسفه والغفلة والجنون أخضعها إلى قانون الجنسية على أساس أنها من الأحوال الشخصية ، و بين عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والاكراه اخضعها الى قانون الارادة على أساس أنها عيوب لا تمس الشخص وإنما تمس العقد في حد ذاته وبالتالي فالقانون الملائم هو قانون الارادة[2].

ـ محل العقد: كل المسائل القانونية المتعلقة بالمحل تخضع لقانون الارادة فهو الذي يبين لنا الشروط الواجب توافرها فيه ومدى قابليته للتعامل من عدمه وكيفية تعيينه وطريقة تحديد وجودة من عدمها و امكانية تواجده.

(1) ـ نسرين شريقي و سعيد بوعلي، المرجع السابق،ص83.

(2)– عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق،ص129.

و يرى البعض الفقهاء فيما يخص قابلية المحل للتعامل فيه فيجب الرجوع إلى قانون موقع المال إذا كان المحل مال، أو إلى قانون مكان التنفيذ إذا كان المحل عملا[1].

ـ **السبب:** بين لنا قانون العقد متى يكون السبب موجودا أولا، مشروع أو غير مشروع غير أنه إذا كان السبب غير مشروع طبقا لقانون القاضي يمكن لهذا الاخير استبعاد قانون العقد لتعارضه مع النظام العام[2].

1-2 ـ من حيث أثار العقد والالتزامات الواردة فيه:

يخضع لقانون الارادة أثر العقد من حيث الأشخاص، أي الأثر بالنسبة للمتعاقدين والغير، فقانون الارادة هو الذي يحدد مدى انصراف العقد الى الخلف العام . وهو الذي يحدد انصراف العقد الى الغير بالاشتراط لمصلحة الغير[3].

ـ **بالنسبة الى تنفيذ العقد:** يحدد قانون العقد الالتزامات الواردة في العقد والواجب تنفيذها، كما يحدد طرق تنفيذ العقد عينا كان أو لا، ويحدد لنا كيفية تقدير التعويض وعناصره وما هي احكام الشرط الجزائي الوارد في العقد وحكم الفوائد إن وجدت فيه .

غير أن كل ما يتعلق بالمسائل القانونية المتعلقة بالتهديد المالي والتنفيذ الجبري يخرج من دائرة الارادة ويخضع إلى قانون القاضي لأن ذلك ما يتعلق بالأمن المدني لدولة القاضي والنظام العام [4].

1 ـ 2 ـ من حيث انقضاء الالتزام التعاقدي:

تنقضي الالتزامات التعاقدية بالوفاء أو التنفيذ الاختياري وشروط صحته ومن يجوز له القيام بالوفاء ومن لا يجوز له ذلك وما هي الاشياء التي يقع عليها الوفاء، وفي أي زمان يتم الوفاء شريطة ألا يكون الوفاء مخالفا للنظام العام للدولة التي يتم فيها الوفاء.

---

(1)– عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص130.

(2)– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص84.

(3)– عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص ص130، 131.

(4)– عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص131.

كذلك قانون الارادة هو المختص يحكم التجديد باعتباره سببا من أسباب انقضاء الالتزام، غير أنه يجب أن ينشأ صحيحا وفق القانون الذي يحكم الالتزام القديم في الحالات التي ينشئ التزاما جديدا وكذا القانون الذي يحكم الالتزام الجديد[1].

ثانيا: الحالات التي تخرج من نطاق قانون الارادة :

كل العقود تخضع لقانون الارادة، إلا أن بعض العقود تخرج من نطاق قانون الإرادة فهي استثناء على الاصل وهذه العقود هي:

1ـ العقود الواردة على العقارات: تنص المادة 18 ف 2 و3 قبل وبعد التعديل من القانون م ج على ما يلي "غير ان العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه" فطبقا لهذا النص أن كل العقود الواردة على العقار لا تخضع الى القاعدة العامة الواردة في الفقرة الاولى من المادة 18 والتي تجعل العقود يحكمها قانون الارادة بل تخضع الى قانون موقع العقار وكذلك بالنسبة الى العقود العينية سواء كانت اصلية او تبعية وسواء كانت منشئة او معدلة لأن الحقوق الشخصية تبقى خاضعة لقانون الإرادة[2].

2ـ العقود التي تكون الدولة فيها طرفا بصفتها صاحبة السيادة: لا يشمل قانون الارادة العقود التي تكون الدولة طرفا فيها بصفتها تمثل احد اشخاص القانون الدولي العام، لان هذه العقود لا تخرج عن نطاق الاتفاقيات الدولية والتي يعود الاختصاص فيها الى القانون الدولي العام، اما اذا لم تكن لهذه العقود هذه الصفة كان تتعاقد الدول فيها بينها كأشخاص عاديين فانه يخضع الى قانون الارادة[3].

3ـ عقود العمل: تستبعد عقود العمل من نطاق قانون الارادة ،لأنها يغلب عليها الطابع التنظيمي الامر الذي يجعل معظم قواعدها امرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، او اختيار قانون يحكمها من طرف المتعاقدين حيث اخضعها البعض الى قانون الموطن المشترك او الى قانون الجنسية المشتركة في حالة الاختلاف في الموطن واخضعها البعض الى قانون المكان

(1)– نسرين شريقي و سعيد بوعلي، المرجع السابق،ص86.

(2)– عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص128.

(3)– عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص128.

الذي يوجد فيه مقر المؤسسة التي يباشر فيها العمل واخرون اخضعها الى قانون المحل الذي ابرم فيه العقد في حين اخضعها بعض الفقهاء الى قانون المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد[1].

4ـ عقود الاحوال الشخصية: تخرج عقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كعقد الزواج من نطاق تطبيق قانون الارادة ،لان هذه العقود يسري عليها القانون الشخصي. فمثلا عقد الهبة لقد اعتبرها المشرع ج بصريح العبارة في المادة 16 ف 2 ق م ج من الاحوال الشخصية وخصها بقاعدة اسناد خاصة وهي جنسية الواهب وقت إجرائه[2].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف:

الشكلية في التصرف القانوني عبارة عن اجراءات خارجية يتم فيها الاشهار مثل التسجيل وحضور الشهود والكتابة ....إلخ.

ان الشكلية المنصوص عليها في التشريعات تختلف من دولة الى أخرى، فان ذلك يثير تنازع بين القوانين لا بد من حل هذا التنازع بتحديد مضمون قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد(أولا)، ثم الحالات التي تطبق فيها قاعدة لوكيس والموانع الواردة على تطبيقها(ثانيا).

أولا: مضمون قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد

بعد تحديد قواعد الإسناد التي تحكم العقد من الناحية الموضوعية في المادة 18 من القانون المدني الجزائري نظم أيضا المشرع قواعد الإسناد التي تحكم العقد في جانبه الشكلي وذلك طبقا لنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل التي تنص" تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجب أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين"[3].

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري أقر بقاعدة التقليدية الشهيرة قاعدة لوكيس التي تقضي بخضوع شكل التصرف إلى قانون المحل ، كما كان معمول بها في المدارس

(1)– بلقاسم أعراب، المرجع السابق، 228.

(2)– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 309 .

(3)ـ عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص133.

الفقهية الإيطالية غير أنه أجاز أيضا خضوع العقد في شكله إلى قانون الوطن المشترك مما يدل أن للمتعاقدين في إحالة اتحادهما في الوطن المشترك أن يختار أحد القانونين ، قانون محل إبرام العقد أو قانون الجنسية المشتركة ،ومنه فالقانون الذي يحكم شكل العقد في التشريع الجزائري قبل تعديله هما ضابط محل إبرام العقد، وضابط الوطن المشترك أي الجنسية المشتركة [1].

يتضح من نص المادة 19 من القانون المدني المنظمة لقاعدة الإسناد التي تحكم شكل العقد أن المشرع أن المشرع أخذ بقاعدة عامة وهو تطبيق قانون المحل الذي تم فيه إبرام العقد وتطبيق قانون الوطن، كاستثناء عندما يكون للمتعاقدين جنسية موحدة.

بعد تعديل 20 جوان 2005 أعاد المشرع صياغة نص المادة 19 المنظمة لضابط الإسناد الذي يحدد القانون الذي يحكم شكل التصرف الخاصة بالعقود التي تبرم بين الأحياء وتشمل جميع التصرفات .

أخذ المشرع الجزائري بقاعدة لوكيس على غرار التشريعات الحديثة هي قاعدة اختيارية، حيث حذف من نص المادة 19 فقرة الأولى كلمة يجب و عوضها بكلمة ويجوز.

بعد تعديل صياغة نص المادة بضابطي إسناد جديدين يمكن الاعتماد عليهما بالنسبة إلى القانون الذي يحكم شكل التصرف و هما، قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.

ثانيا : الحالات التي تطبق فيها قاعدة لوكيس والموانع الواردة على تطبيقها

لا تخضع لقاعدة لوكيس كل الاشكال التي تفرغ فيها التصرفات القانونية انما هناك حالات لا نطبق فيها قانون المحل (1) وهناك حالات تطبق فيها قاعدة قانون المحل (2).

1 . الحالات التي لا تطبق فيها قاعدة لوكيس:

يستثنى من تطبيق قاعدة قانون المحل ‘الاشكال التالية :

(1) ـ بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 133.

1ـ1: الاشكال المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار: بحيث تخضع لقانون موقع العقار.

2ـ1:الأشكال المتعلقة بالشهر: تخضع لقانون موقع المال محل الشهر، أما بالنسبة للسفن والطائرات فتخضع هذه الأشكال لقانون العلم[1].

3ـ1:الاشكال المتعلقة بالمرافعات: حيث أن إجراءات التقاضي تخضع لقانون القاضي الذي ترفع إليه الدعوى، ولم يكن المشرع الجزائري سابقا خص هذا الموضوع بقاعدة إسناد ولكن بعد تعديل 20 جوان أضاف قاعدة تنازع بشأنها وهي المادة 21 مكرر[2].

وكذلك بالنسبة لإجراءات التقاضي، من افتتاح الدعوى إلى سيرورة الحكم الصادر بشأنها نهائيا سواء فيما يخص إجراءات الخصومة او طرق الطعن المقررة ذلك أن إجراءات التقاضي من النظام العام.

4ـ1:الأشكال المكملة للأهلية: كترشيد ناقص الأهلية و الإذن له بمزاولة التجارة والرخيص للوصي بالتصرف في أموال القاصر تصرفا ناقلا للملكية أو مرتبا لحق عيني، فهي تتصل بتنظيم حماية ناقص الأهلية ويسري عليها قانون الشخص الذي تجب حمايته[3] المادة 15 من القانون المدني.

أما طرق بيع أموال القاصر فيحددها مكان وجود المال ،في حين الإجراءات المتبعة في الحصول على الإذن و رقابة المحكمة لإجراءات البيع فإنها تخضع لقانون القاضي .

(1)– نسرين شريقي و سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص81.

(2)– تنص المادة 21 مكرر على ما يلي:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"

(3)–عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص141.

في حالة التي تؤدي فيها تطبيق قاعدة لوكيس إلى مخالفة النظام العام في دولة القاضي، او انطوى تطبيقها على تحايل على القانون الواجب التطبيق على الشكل، فإنه يتم استبعاد القانون الواجب التطبيق ويطبق قانون القاضي[1].

2. الحالات التي تطبق فيها قاعدة لوكيس:

تطبق قاعدة لوكيس في الأحوال التالية:

1.2. الوثائق المتعلقة بحالة الأشخاص: تعتبر الأحوال الشخصية مجالا واسعا لأعمال قاعدة لوكيس ففي مجال الحالة المدنية التي يتمتع بها الشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته فإن كل الحوادث التي تثبت في المحررات و الوثائق خلال تلك المدة تخضع من حيث شكلها إلى قانون المحل وفقا لقاعدة لوكيس[2] .

2.2. شكل عقد الزواج: تتجه معظم التشريعات إلى إجازة الأشكال المتبعة من طرف رعايا في الدول التي يعقدون زواجهم بها، حتى ولو اختلفت مع الأشكال المعمول بها في بلدهم وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[3].

2.3. في مجال الالتزامات التعاقدية: يعتبر العقد من مجالات التي تطبق فيها قاعدة لوكيس على أساس أنه يتضمن جوانب موضوعية التي تخضع إلى قانون الإرادة وفقا لنص المادة 18 ق م ج و جوانب شكلية التي تضع إلى قانون المحلي الذي انعقد فيه العقد أو القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو للقانون الذي يحكم الموضوع طبقا للتعديل الجديد.

4.2. في مجال الالتزامات التجارية : تطبق قاعدة لوكيس في مجال الالتزامات التجارية وعلى وجه الخصوص ما يترتب على الورقة التجارية المسماة بالسفتجة ، حيث ذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاعها من حيث شكلها إلى قانون المحل الذي تم فيه إنشائها[4].

(1)–عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص141.

(2)–عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص137.

(3)– بلقاسم أعراب ،المرجع السايق،ص320.

(4)–عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق،ص137.

خاتمة

مما سبق يتضح لنا أن المشرع الجزائري، من خلال تعديلات 2005 للقواعد المنظمة لتنازع القوانين سعى إلى تحقيق عدة أهداف منها معالجة النقص الملحوظ في النصوص القانونية السابقة صياغة وموضوعا ، وإدراج قواعد التنازع الجديدة كان القانون قبل التعديل أغفل على ذكرها ، وإدراج أحكام خاصة بكيفية التعامل مع قواعد الإسناد ، المسائل المعالجة فيها ام تكن منظمة في القانون السابق رغم أهميتها .

مما جعل المشرع بعض أحكام التنازع الداخلية تتفق مع أحكام واردة في معاهدات دولية صادقت أو انضمت إليها الجزائر ، مما يؤكد احترام مبدأ سمو المعاهدات الدولية المكرس دستوريا .

على هذا الأساس ، إن أحكام التنازع الدولي للقوانين في الجزائر قبل التعديل تمثل الأحكام العامة الأساسية التي لا يستغني عنها ، لا تستوعب متطلبات جديدة في العلاقات الخاصة مما يؤدي إلى نقص في تحديد الفكرة المسندة وعدم ضبط الصياغة الفنية ، فمن الضروري تطور أحكامها وملاءمتها مع ظروف المجتمع الجزائري ، مما أورد المشرع أحكام جديدة لم تكن مقررة في القانون أصلا بالرغم من أهميتها وضرورتها ، واتفاقها مع تعهدات الجزائر الدولية .

بعد تعديل 2005 أصبحت تستجيب للمعايير الدولية وصنفت ضمن القوانين المقارنة الحديثة و على الفقه والقضاء الجزائريين، ترويض أحكامها و إعطائها المرونة الكافية لتعبر حقا عن الواقع الجزائري المعاصر وتشكل انعكاسا للقانون الجزائري على الصعيد الدولي.

حيث اعتمد المشرع على الحلول المنهجية في الأنظمة القانونية المقارنة ، فمشكلة إعمال ضابط الجنسية راعى في حلها الجانب الواقعي ، ومصلحة أطراف النزاع ، وتبنى نظرية التفويض إلى قانون دولة متعددة الشرائع ، وكرس مبدأ التناسق بين الأنظمة من خلال الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ، و اعتمد المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص ، و كرس مبدأ حرية الغش و في ذلك تغلبت للجانب الدولي .

في المقابل تحقيق المصلحة الوطنية بتغليب الجنسية الجزائرية، عند تعدد الجنسيات وتوسيع نطاق تطبيق قانون القاضي والتيسير عليه في تطبيق القانون الأجنبي عند تعذر إثباته وفي الإحالة.

إن أهداف التعديل 2005 ، أعمق من الاقتصار على مسح شكلي للأحكام المقررة قبل التعديل ، بحيث لم يقتصر على إعادة النظر في الصياغة الفنية والتنظيم الشكلي ، أو إدراج أحكام جزئية جديدة ، وإنما يشكل إصلاحا جذريا في المحتوى والمضمون وطريقة التطبيق ، وهكذا يتضح من مقارنة القانون الجزائري بغيره من القوانين العربية أو الغربية وأنه يصنف من ضمن القوانين الأكثر حداثة في تنظيم أحكام تنازع القوانين الدولي.

إن أحكام تنازع القوانين من المواضيع الأكثر حساسية بالتطور الدولي والسياسي والاقتصادي، يجب مراعات الأثار القانونية في العلاقات الدولية الخاصة المعاصرة ، إن نظام العولمة يفرض مضمونا وظيفيا لتنازع القوانين ، وما دام الولوج إلى المنظمة العالمية للتجارة والجزائر تسعى للانضمام إليها . مشروطا بقبول الأليات القانونية المقررة في الاتفاقيات ، ويتعين قبولها برمتها ، دون أن يكون للدولة حق قبول بعضها و رفض الباقي أو حتى التحفظ عليها ، هذه الاتفاقيات قبل كل شيء لها مضمون قانوني ، خاصة في علاقات التجارة الدولية بحيث سوف تغدو التجارة الدولية مضبوطة بأحكام مختلف الاتفاقيات المشكلة لمنظمة التجارة العالمية، ويتم الفصل في منازعاتها حسب المناهج المقررة في تلك الاتفاقيات .

إن التفتح على التجارة الدولية و انتهاج أسلوب الاقتصاد الحر يعني القبول بالقانون الاتفاقي ، في مجالات الاستثمار وتطبيق قواعد قانونية دولية بدل تطبيق القانون الوطني واختصاص القضاء الوطني ، هذا فضلا عن ضرورة مواكبة التطور العلمي وما أحدثه من آليات جديدة في التعامل الدولي.

إن تنوع أساليب التعامل التجاري الجزائري الدولي يتطلب تفعيل المواد 17 ،18 ،19 من القانون المدني باعتبارها قواعد إسناد رئيسية في المعاملات المالية الدولية وعصب التبادل التجاري الدولي لانتقال الأموال المادية والمعنوية عبر الحدود سواء في اختيار الإسناد الملائم

وتنويعه أو توسيع مضمون الأفكار المسندة لتشمل مسائل أخرى لم تكن سابقا محل اهتمام المشرع .

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1ـ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر.

2 ـ أحمد الفضلي ، الموجز في القانون الدولي الخاص الجزائري ، طبعة ، دار قنديل للنشر والتوزيع ،عمان،2004.

3ـ الطيب زروتي ،القانون الدولي الخاص الجزائري ، علما وعملا ، مطبعة الفليسة،الجزائر،2010.

4 ـ الطيب زروتي ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،دار هومة، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

5 ـ بلقاسم اعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2006.

6 ـ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية، مصر،1970.

7ـ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة الناشر للمعارف، مصر،2005.

8 ـ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005 .

9ـ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2007.

10 ـ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية و تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

11 ـ عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، لبنان، 2008 .

12ـ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2007 .

13ـ علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005 .

14ـ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 .

15 ـ فوضيل نادية، الغش نحو القانون' دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 .

16 ـ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر،2006.

17 ـ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، للنشر و التوزيع، الأردن، 2011.

18ـ محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989.

19 ـ نسرين شريقي، و سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر،2013.

20ـ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

ثانيا: المقالات

1 ـ أحمد دعيش، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، ابن خلدون تيارت، الجزائر ،العدد الأول،أفريل،2005 .

2ـ حمزة قتال ، التطور التشريعي لمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن التعديلات 2005 ،مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ، العدد الأول، أفريلن2015 .

3ـ دليلة تريكي ،القانون الواجب التطبيق على الميراث و التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، يومي 23 و24 أبريل 2014 .

4ـ عليوش قربوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، يومي 23 و24 أبريل 2014 .

إقروفة زبيدة، القانون الواجب التطبيق على الميراث، عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، يومي 23 و24 أبريل 2014 .

ثالثا: الرسائل الجامعية

1ـ حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر ـ 1 ـ ، 2012.

رابعا: المحاضرات

1. ــ عبد الكريم بلعيور، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء تعديلات التي جاء بها القانون 05 . 10 سنة 2005 ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2007 . 2008 .

2 ـ حمزة قتال، مطبوعة المبادئ العامة لتنازع القوانين خاصة بطلبة الماستر ، جامعة البويرة ، كلية الحقوق. ،البويرة ، 2015 . 2016 .

خامسا: النصوص القانونية :

1. الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2. قانون رقم 84 . 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

فهرس المحتويات

مقدمة 01

الفصل الأول: القواعد العامة لتنازع القوانين..... 06

المبحث الأول :استحداث آليات جديدة لإعمال قواعد الإسناد. 07

المطلب الأول: مواجهة مشكلات إعمال ضابط الجنسية..... 07

الفرع الأول :اختصاص قانون دولة متعددة الشرائع..... 07

الفرع الثاني : حالة تعدد الجنسية وانعدامها 11

المطلب الثاني: قبول الإحالة من الدرجة الأولى..... 13

الفرع الأول: الإحالة ذو نشأة قضائية..... 14

الفرع الثاني: الإختلاف الفقهي حول الإحالة. 15

الفرع الثالث: الإحالة في القانون الجزائري..... 17

المطلب الثالث: إعمال المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص..... 20

الفرع الأول: مفهوم المبادئ العامة..... 20

الفرع الثاني: المبادئ العامة مصدر لقواعد الإسناد..... 21

المبحث الثاني: حلول جديدة في التعامل مع القانون الأجنبي. 22

المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي عند لاستحالة إثبات القانون الأجنبي..... 22

الفرع الأول: الفقه الراجح يدعو إلى تطبيق قانون القاضي. 22

الفرع الثاني: المشرع يسند الإختصاص إلى قانون القاضي إحتياطيا. 23

المطلب الثاني: إستبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام. 24

الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام..... 25

الفرع الثاني: أثار الدفع بالنظام العام..... 26

المطلب الثالث: استبعاد القانون الأجنبي المختص بواسطة الغش. 29

الفرع الأول: الغش تحويل الإسناد إلى قانون غير متخصص. 30

الفرع الثاني: أثار الدفع بالغش نحو القانون. 32

الفصل الثاني: الحلول التفصيلية لتنازع القوانين. 36

المبحث الأول: تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية. 37

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وأثاره..... 37

الفرع الأول: الاقتصار على الشروط الموضوعية..... 38

الفرع الثاني: أثار الزواج الشخصية و المالية. 40

المطلب الثاني: انحلال الزواج..... 42

الفرع الأول: القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية. 43

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم أثار انحلال الزواج..... 44

المطلب الثالث: العلاقات المالية ذات الطابع الشخصي. 47

الفرع الأول: الميراث والتصرفات المضافة لما بعد الموت..... 47

الفرع الثاني: الهبة و الوقف. 52

المبحث الثاني: القانون الذي يحكم الأموال..... 53

فهرس المحتويات

المطلب الأول: الأموال المادية..... 53

الفرع الأول: تكييف المال..... 54

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم العقار..... 54

الفرع الثالث: القانون الذي يحكم المنقولات..... 55

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية..... 59

الفرع الأول: الملكية الأدبية والصناعية..... 59

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري. 61

المطلب الثالث: الإلتزامات التعاقدية. 62

الفرع الأول: القانون الذي يحكم موضوع التصرف القانوني. 62

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق شكل التصرف القانوني..... 68

خاتمة 73

قائمة المراجع..... 75

الفهرس..... 79