



جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

القانون واجب التطبيق على الأموال المادية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون دولي خاص

إشراف الأستاذ:

قتال حمزة

إعداد الطالبة:

- بوخرشة زوليخة

لجنة المناقشة

الأستاذ-بشور فتيحة.....رئيسا
الأستاذة-قتال حمزة.....مشرفا ومقررا
الأستاذ-بلعزوز راجح.....عضوا ممتحنا

تاريخ المناقشة

2017/01/23

كلمة شكر

أول شكري لله العظيم...الذي منحني القوة والصبر لمواجهة الصعاب...وحده عرف الكمال.

كما أشكر من وقف معي وساعدني حتى النهاية...الأستاذ المشرف المحترم:حمزة قتال.

كما أشكر لجنة المناقشة الموقرة على قبولها مناقشة مذكرتي.

أشكر عائلتي التي منحني الحب،وسعت دوما لأسموا وأرتفع.

وشكري يتجدد دوما وأبدا لأبي الغالي الذي لم يتركني أبدا أحتاج.

والى كل الأساتذة الكرام الذين رافقوني خلال مشواري الدراسي، جامعة العقيد محند أكلي ولحاج، البويرة.

كما أشكر أيضا كل من ساعدني في انجاز هذا العمل من أصدقاء وأقارب.

الإهداء

إلى من علمني معنى الحياة ومنحني من الحب والحنان الكثير، وجوده في حياتي أنار لي
دربي الطويل....أبي الغالي العزيز.

إلى من ربنتني على المبادئ وعلمتني عزة نفسي، منحنتني الوفاء الدفين.... أُمي اللحن
الجميل.

إلى من عشن معي حلاوة الحياة ومرارة الفراق...وألهمني في الدنيا حبهن....أخواتي.

إلى النور الذي أضاء أمل المستقبل...أخي الوحيد وخطيبته.

إلى كل من قاسم الدرب معي ودرب الحياة طويل...

إلى عائلتي المحترمة التي أكن لها الاحترام والتقدير.

إلى من ساعدني على هذا العمل من قريب ومن بعيد.

أهدي هذا العمل المتواضع.

إن العلاقات القانونية والاقتصادية لم تعد كسابق عهدها حينما كانت تتركز في إقليم الدولة الواحدة، والتي أصبحت اليوم أكثر تعقيدا نظرا للصعوبات التي تعترضها، فقد تلجأ الأشخاص في إطار ممارسة نشاطها التجاري والاقتصادي، إلى إجراء بعض التصرفات القانونية التي يترتب عليها حقوقا قانونية لأطرافها، فضلا عن أن هذه التصرفات تحدث أثارا مهمة وفاعلة في العلاقات الدولية بما تتمتع به العلاقة من وجود عنصر أجنبي يجعل تطبيق القانون الوطني غير مجدي في جميع الأحوال.

على الرغم من الأهمية النظرية لموضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية وغيرها من الالتزامات المتعلقة بالأموال المادية، إلا أن هذه التصرفات تتميز بنوع من التعقيد والغموض ذلك للتجاهل الذي لحق هذا النوع من التصرفات ودورها في العلاقات الدولية، الذي يتمثل في قلة التطبيقات القضائية التي تناولت هذا النوع من المسائل.

إن نظام الأموال في العلاقات الدولية الخاصة تتمثل في القانون الذي يحكم الحقوق الواردة على الأموال سواء العقارات أو المنقولات، حيث يجب التذكير هنا أن المقصود ليس مقصود الحق الذي قد يكون تصرف قانوني، أو واقعة طبيعية أو قانونية إنما الحق المالي ذاته فيما يخص الحقوق العينية المترتبة على المال ومضمونها، والسلطات المخولة لحائزه أو مالكه وفيما يخص انتقال تلك الحقوق وانقضاءها وهذه هي الطائفة التي تشملها الأموال المادية وفق بعض التشريعات كالتشريع المصري والتشريع الجزائري.

إن ضابط الإسناد في الأحوال العينية يستمد من موضوعها، على أساس أن موضوع العلاقة محل النزاع هو المال، الذي عرفته كل من المادة 53 و54 من القانون الأردني فنصت المادة 53 على أن: "المال هو كل عين أو حق له قيمة مالية في التعامل".

أما المادة 682 قانون المدني الجزائري فقضت على أنه: "كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنويا والانتفاع به انتفاعا مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون، يصح أن يكون محلاً للحقوق." فعنصر المال له ثقل و أهمية كبرى من حيث الوزن بالنسبة إلى أطراف العلاقة.

إن الأموال المادية تنقسم إلى منقول مادي وعقار، بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في الكتاب الثالث من القانون المدني المتعلق بالحقوق العينية الأصلية، بما فيها العقارات والمنقولات في القسم الثاني تحت عنوان "تقسيم الأشياء والأموال"، حيث قسم الأموال المادية إلى عقارات ومنقولات مادية.

بالنسبة للعقار فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني، بأنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف، أما المنقول المادي فقد عرفه في نفس المادة، وهو كل شيء قابل للنقل من مكانه دون تلف، وله كيان خارجي.

بالنسبة لتعريف الأموال المادية بشقيها العقار والمنقول المادي لا يثير أي إشكال، ولكن الإشكال يكمن في القانون الواجب التطبيق عليهما، خاصة بالنظر إلى الصعوبات والإشكالات التي تعتربها، ككون المنقول المادي في حركة دائمة بين الأقاليم وحالة التنازع المتحرك الذي ينجر عن تنازع قانونين القديم والجديد.

وحالة العقار المرتفق والعقار الموجود على حدود دولتين مختلفتين مما يصعب تحديد القانون الذي يحكمهما، ومن أجل تفادي الوقوع في صعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية، استلزم الأمر تحديد القانون الذي يحكم هذا النوع من الأموال، وقصد الإلمام بجميع جوانب الموضوع اقترحنا الإشكالية التالية: **فيما تتمثل طائفة الأموال المادية؟ وما هو القانون الذي يختص بحكمها؟**

لدراسة هذا الموضوع اتبعت الأسلوب التحليلي والوصفي حيث أشرت إلى النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، خاصة ما ورد منها في القانون المدني، والإجراءات المدنية والإدارية والقانون البحري الجزائري.

كما أن معالجة أي موضوع يخص القانون الدولي الخاص يعني بالضرورة التطرق إلى بعض القوانين الوضعية العربية على غرار القانون المصري والفرنسي ومقارنتها بالقانون الجزائري أكثر من مهم نظرا للتقارب والتشابه بين هذه الأنظمة القانونية في تناولها لهذا الموضوع.

سأحاول الإجابة على الإشكالية المقترحة وفق منهج منطقي، بإدراج هذا الموضوع ضمن فصلين بتحديد طائفة الأموال المادية (الفصل الأول). وتحديد القانون الذي يحكم هذه الأموال (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تحديد طائفة الأموال المادية

تنص المادة 17 / 02-03 ق.م.ج: "ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق الأخرى أو فقدها".

إن قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول المادي هي التي تسري عليه وذلك وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

إن أول ما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تتناول إلا الأموال المادية أو بمعنى أدق الأشياء المادية.

فضابط الإسناد في شأنها يتمثل في موقع المال عقارا كان أو منقول، فكل ما يتعلق بحيازة العقار وما يترتب عليه من حقوق عينية، أي نظامه القانوني، يخضع لقانون موقعه أي القانون الإقليمي.

وسوف نتطرق إلى مفهوم الحيازة والحقوق العينية (المبحث الأول)، قبل التطرق إلى تحديد الفئات المسندة للأموال المادية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الحيازة والحقوق العينية

عرض المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني لطرق اكتساب الملكية فنص على الاستيلاء والتركة والوصية والالتصاق والعقد والشفقة والحيازة التي تعتبر كطرق لكسب الملكية.

تعتبر الحيازة ذات أهمية بالغة في الحياة اليومية فهي عنوان الملكية الظاهرة فهي الوسيلة الفعالة للانتفاع.

إن الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق العينية التي تقوم بذاتها مستقلة فلا تستند إلى حق آخر تتبعه، وهي تمثل حق الملكية باعتباره أوسع الحقوق العينية نطاقا حيث يخول لصاحبه سلطات كاملة على الشيء محل الحق الاستعمال والاستغلال والتصرف.

ويشمل ثانيا الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وهي تخول لصاحبها سلطات محددة على الشيء فهي تمثل اقتطاع من السلطات التي يخولها حق الملكية وتشمل هذه الحقوق حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكني وحق الحكر وحقوق الارتفاق.

أما الحقوق العينية التبعية فهي على عكس الحقوق العينية الأصلية لا تقوم بذاتها مستقلة وإنما تستند في وجودها إلى حق شخص آخر تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به.

تسمى هذه الحقوق العينية التبعية بالتأمينات العينية وتشمل الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز. وسنتعرض لدراسة كل حالة على حدا في تحديد مفهوم هذه الحيازة (المطلب الأول) والملكية والحقوق العينية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحيازة

لقد اهتم المشرع بالحيازة لأنها تدل في أغلب الأحيان على ظاهر ينبغي احترامه، إذ يظهر الحائز بمظهر صاحب حق على الشيء المحاز، حتى ولو تبين فيما بعد أن الحائز ليس بصاحب حق، فإن ضرورة استتباب الأمن في المجتمع تفرض حماية هذا الحائز إذ ليس لأحد اقتضاء حقه بنفسه، وإلا سادت الفوضى في المجتمع.

لدراسة الحيازة كان لزاما علينا تحديد تعريف دقيق لها (الفرع الأول) وبيان الطبيعة القانونية لها (الفرع الثاني) وكيفية كسبها (الفرع الثالث) وانتقالها وزوالها (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الحيازة

لقد نص المشرع الجزائري على الحيازة في المواد 808 إلى 843 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، الواردة في الفصل الثاني بعنوان طرق اكتساب الملكية من الباب الأول الخاص بحق الملكية، من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية.

كما نص على الحيازة في المواد 413 إلى 419 من ق.إ.م.⁽²⁾ وذلك في الباب الأول المتضمن دعاوي الحيازة من الكتاب السابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمواد خاصة.

لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريف الحيازة، وهذا النقص في القانون يمكن تفاديه بتعريف الحيازة كما عرفها "كولان" و"كابيتان" بأنها "سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق" وفي نفس المفهوم عرف الأستاذ "علي سليمان" الحيازة بأنها "سلطة فعلية يمارسها شخص على شيء يستأثر به ويقوم عليه بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب حق ملكية أو حق عيني آخر على هذا الشيء"⁽³⁾.

باعتمادنا هذا التعريف نتفادى الخطأ الذي وقع فيه المشرع الفرنسي في تعريفه للحيازة إذ يتوفر في التعريفين المذكورين أعلاه صورة واحدة للحيازة، فلا محل للتفرقة بين الحيازة وشبه الحيازة إلى جانب أن التعريف السابق ذكره شامل للعنصرين المادي والمعنوي.

فالقانون المدني الفرنسي عرف الحيازة في المادة 2227 "الحيازة هي وضع اليد أو الانتفاع بشيء أو بحق يكون للحائز أن يستعمله بنفسه أو بواسطة شخص آخر يضع يده

(1) الأمر رقم 75-78 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007. الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975 .

(2) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008- يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

(3) فريدة محمدي (زواوي)، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 6-7.

عليه أو يستعمله باسم الحائز"لقد وجه لهذا التعريف عدة انتقادات كعدم كفايته وعدم دقته العلمية وعدم توضيحه توضيحا دقيقا أن الحيازة حالة واقعية وليست وضعا قانوني.

لكي تكون الحيازة صحيحة فيجب أن تتوافر فيها عدة صفات فيجب أن تكون الحيازة هادئة، فتعتبر الحيازة غير هادئة إذا بدئت بالإكراه ومادام الإكراه موجود فلا تعتبر هادئة كأن يأخذ شخص أرضا من آخر بالقوة كلما حاول استردادها استعملت القوة ضده، فإذا زالت القوة صار وضع اليد هادئا، فلا فرق بين الإكراه المادي والمعنوي متى كان تأثيره في المعتدي عليه محققا⁽¹⁾.

كذلك يجب أن تكون الحيازة ظاهرة بأن يحفر شخص في أرض الغير جهارا، فإن حصل ذلك خفية ليلا من غير أن يترك الحفر أثرا فلا تنتج الحيازة أثارها ولا تكون الحيازة غامضة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحيازة

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للحيازة فمنهم من يصفها بأنها حق (أولا) ومنهم من اعتبرها مجرد واقعة مادية (ثانيا)

أولا: الحيازة حق

ذهب بعض الفقهاء إلى وصف الحيازة بأنها حق، فيوجد حسب رأيهم حق حيازة مثلما يوجد حق انتفاع أو حق مرور، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "بلوندو" "أن حق الحيازة هو حق الاستعمال الفعلي للشيء مادام الغير لا يثبت أنه ملكه"⁽³⁾.

فإذا كانت السيطرة فعلية على شيء فهذه السيطرة تكون مصحوبة بنية مباشرة أو اكتساب حق عيني، إن أخذ الحيازة على هذا النحو هو منطق النظرية الشخصية التي لا

(1) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، الحيازة والتقادم، منشأة المعارف الإسكندرية- 2004ص10.

(2) محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص، ص23-24.

(3) فريدة زواوي (محمدي)، المرجع السابق، ص 10.

تكتفي بمجرد الحيازة المادية، بل تعززها بعنصر معنوي هو نية مباشرة أو اكتساب حق عيني⁽¹⁾.

هذه النظرية هي التي يأخذ بها القانون الفرنسي، وهي التي ينحاز إليها الرأي الراجح للقانون المصري، لذلك نستطيع القول أن المشرع المصري لم يذهب مذهب القانون الألماني ولا القانون السويسري في الأخذ بالنظرية المادية التي تكتفي بعنصر الحيازة المادية دون تطلب لعنصر النية في مباشرة أو كسب الحق العيني⁽²⁾.

لكن اختلف أصحاب هذا الرأي في تحديد نوعية هذا الحق فمنهم من يعتبره حقا عينيا يجب أن يتفرع عن حق الملكية مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق وليست الحيازة كذلك، فإذا كانت الحيازة حقا شخصيا فهذا يتطلب وجود دائن ومدين، وهذا لا يتفق مع طبيعة الحيازة لهذا لم يكتب لأصحاب هذا الرأي النجاح⁽³⁾.

ثانيا: الحيازة واقعة مادية

إن الحيازة مجرد سيطرة فعلية واقعية بصرف النظر عما إذا كانت في نفس الوقت مستندة إلى حق من الحقوق أم لا⁽⁴⁾.

يرى الأستاذ السنهوري مع غالبية من تعرض للموضوع وعلى رأسهم "بوتيه" أن الحيازة ليست بحق عيني ولا شخصي بل هي سبب لكسب الحق فهي واقعة مادية بسيطة

يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحيازة واقعة مادية أيضا والدليل على ذلك أنهم يطلقون عليها تسمية "وضع اليد"، ووضع اليد عمل مادي إلا أن الحيازة وإن كانت مختلفة

(1) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، 1991 الإسكندرية، 1991 ص 433-434

(2) المرجع نفسه، 434.

(3) فريدة زواوي (محمدي)، المرجع السابق، ص 10.

(4) حسن كيرة المرجع السابق، ص 434.

عن الحق فهي تتماشى معه في أغلب الأحيان، إذ كثير ما يكون الحائز هو المالك، فإذا كانت الحيازة واقعة مادية فلا يجب إنكار الآثار التي يربتها القانون عليها فهي تؤدي إلى إثبات الحق العيني كما تؤدي إلى كسبه أحيانا، كما أن الحيازة يحميها القانون بدعوي خاصة تدعى دعوي الحيازة نخلص من هذا أن الحيازة واقعة مادية تترتب عليها آثار قانونية.⁽¹⁾

لقد لاحظ أنصار هذا الرأي بحق أنه لا يمكن إدراج حق الحيازة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية لأن الحيازة تنفي كل فكرة إلزام أو دين، إذن لا يوجد حق حيازة ولكن توجد حقوق ممنوحة للحائز⁽²⁾.

الفرع الثالث: انتقال الحيازة وزوالها

تكتسب الحيازة ابتداء كما قد تنتقل إليه من الغير والحائز خلفا عاما أو خاصا، قد ينتفع بحيازة سلفه لكسب الحيازة كما قد يضار منها (أولا) والحيازة لا يحتفظ بها الحائز إلى الأبد بل تزول بزوال الركنين المادي والمعنوي معا أو بزوال أحد الركنين دون الآخر، كما قد يكون زوال الحيازة بإرادة الحائز نفسه أو رغما عنه⁽³⁾ (ثانيا).

أولا: انتقال الحيازة

نعني بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر كون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة، لا تنقطع الحيازة اللاحقة منها عن السابقة⁽⁴⁾. إن انتقال الحيازة يتم بطريقتين :

_ الطريقة الأولى: أنها تنتقل بالميراث ويدعى من انتقلت إليه الحيازة بالخلف العام، لقد نص المشرع الجزائري على هذه الطريقة في المادة 814 ق.م.ج¹ تنتقل الحيازة إلى الخلف

(1) فريدة زواوي (محمدي)، المرجع السابق، ص ص-10-11

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 18

(3) فريدة زواوي (محمدي)، المرجع السابق، ص 39

قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف-

(4) الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص ص 23-24

العام بجميع صفاتها غير أنه إذا كان السلف سيئ النية جار له أن يتمسك بحسن نيته" فتنتقل الحيازة إلى الخلف العام وتكون بذلك امتداد لحيازة السلف فلا انقطاع فيها، ويعد الخلف العام حائز للمال الموروث أو الموصي له به حين موت السلف دون حاجة إلى تسليم مادي.

إذا استولى الغير على حيازة المال الموروث كان للوارث استرداد الحيازة خلال سنة من هذا الاستيلاء، وإذا استردها اعتبرت حيازته موجودة بأثر رجعي من وقت موت مورثه وليس من وقت استرداد الحيازة، وتنتقل إليه الحيازة بصفاتها وعيوبها ولا يمكن أن تنتج آثارها إلا بعد زوال هذا العيب⁽¹⁾.

_ الطريقة الثانية: تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص بالاتفاق أو بالعقد، وذلك كانتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن الاتفاق على نقل الحيازة يتبعه تسليم الشيء المحاز وهو إما تسليم فعلي وهو ما نصت عليه المادة 811 ق.م.ج "تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق، ولو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق" يتبين من هذا النص ضرورة توافر ثلاثة شروط لإتمام التسليم الفعلي وهي وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به، وإخطار البائع المشتري وضع المبيع تحت تصرفه، ويتم التسليم بالطريقة التي تتفق مع طبيعة الشيء⁽²⁾.

فإذا كان المبيع منزلاً مثلاً وجب على البائع إخلائه وتسليم المفاتيح إلى المشتري ليتمكنه بالتالي من حيازته وهناك كذلك التسليم الحكمي وهو ما نصت عليه المادة 812 ق.م.ج "يجوز

(1) فريدة زواوي (محمدي)، المرجع السابق، ص ص 40-41

(2) المرجع نفسه، ص 42

نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه⁽¹⁾.

ثانياً: زوال الحيازة

تزول الحيازة إذا فقد الحائز عنصرها المادي والمعنوي معا ويتحقق ذلك فيما يلي:

1- كون إرادة الحائز مطابقة مع إرادة خلفه الخاص في الحيازة، حيث يتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيازة الحق الذي يستعمله، وتنتقل فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق، فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعصر قصد استعماله لحساب نفسه ففقد الحيازة بفقد عنصرها.

2- كون إرادة الحائز بمفرده حيث يتخلى الحائز عن حيازة الشيء وهذا التخلي هو تخلي من الحائز عن كل من السيطرة المادية، وقصد استعمال الحق لحساب نفسه أي نزول عن العنصرين المادي والمعنوي.

فإذا الشيء عقاراً زالت الحيازة دون أن تزول الملكية، وإذا كان الشيء منقولاً زالت الحيازة والملكية معاً، متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيازة هو التخلي عن الملكية.⁽²⁾

فإذا كانت الحيازة تعبر عن سيطرة فعلية للحائز على الشيء المادي، فمقتضى ذلك أنها تزول بزوال هذه السيطرة الفعلية، فإذا خرج الشيء من حوزة الحائز ومن تحت سيطرته فمعنى هذا أن الحيازة قد فقدت أو زالت لزوال ركنها المادي.

لكن ينبغي أن لا يعتبر من قبيل فقد السيطرة الفعلية على الشيء ذلك الفقد المؤقت الناشئ عن مانع وقتي يحول دون هذه السيطرة نتيجة قوة قاهرة كفيضان يغرق الأرض أو احتلال

(1) الأمر رقم 75-85.

(2) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 116-117.

العدو لها بما يمنع الحائز من استعمالها أو استغلالها. فتضل الحيازة قائمة وإن اعتبرت معطلة حتى يرتفع هذا المانع الوقتي⁽¹⁾.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 816 ق.م.ج على ما يلي "لا تزول الحيازة إذا حال مانع وقتي دون مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الحق" غير إن الحيازة تزول إذا استمر المانع سنة كاملة، وكان ناشئا عن حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه وتحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا، أو من يوم علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية⁽²⁾.

إن زوال الحيازة أو فقدانها يتحقق في شأن المنقول والعقار على السواء، ففي شأن المنقول تزول الحيازة إذا تخلى الحائز مختارا عن الشيء، وعن السيطرة الفعلية عليه كتخليه عن بقايا طعام أو قديم ثياب وهو ما تصير به هذه المنقولات مباحة يمكن تملكها بالاستيلاء.

تزول الحيازة كذلك بخروج المنقول من حائزها، فلا يتتبعها فوراً أو يكف عن تتبعها كالحوانات المروضة التي تفقد عادة الرجوع إلى المكان الذي كان يخصصه لها الحائز⁽³⁾.

أما في شأن العقار فقد يفقد الحائز حيازته المادية نتيجة قيام شخص آخر بالسيطرة الفعلية على الشيء رغم إرادة الحائز أو دون علمه، إلا أن هذا الفقد لا يزيل حق الحائز في حيازته بمجرد بدء الحيازة الجديدة، ذلك أن المشرع يحمي الحيازة ويعطي الحائز الأول دعاوي الحيازة لكفالة هذه الحماية، على أن يستعملها خلال سنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا كانت قد بدأت علنا أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا كانت قد بدأت خفية⁽⁴⁾.

(1) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 441

(2) فريدة زواوي، المرجع السابق، ص ص 50-51

(3) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 442

(4) نفس المرجع، ص ص 442-443

النسبة للمشرع الجزائري تزول حيازة المنقول بمجرد فقد الحائز السيطرة الفعلية عليه سواء بنفسه، أو بواسطة غيره، وذلك حتى لو استبقى العنصر المعنوي لديه، غير أنه لا يفقد الشخص حيازة المنقول بمجرد سرقة، أو ضياعه مادام الحائز محتفظا بالعنصر المعنوي ولم تمر ثلاث سنين على سرقة أو ضياع الشيء المحاز.

إذ يجيز القانون استرداد المنقول المسروق أو الضائع خلال ثلاث سنوات، تنص المادة 836ق.م.ج"يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن النية وذلك في أجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة".⁽¹⁾

بالنسبة للعقار يبقى الحائز حائزا للعقار رغم فقده العنصر المعنوي ذلك باحتفاظه بالعنصر المعنوي وحده يشترط لهذا أن يبقى العقار تحت تصرف الحائز، وأن يحول دون ممارسة السيطرة المادية عليه ظروف طبيعية كالفيزانات مثلا أو أن تكون طبيعة العقار لا تتطلب أعمالا مادية مستمرة عليه، شريطة ألا يستولى الغير على هذا العقار، إذ يصبح الحائز الجديد بعد مرور السنة حائزا قانونيا للعقار ويستطيع بالتالي حماية حيازته بجميع دعاوي الحيازة فطبقا للمادة 816 ق.م. يحتفظ الحائز السابق بالعقار بشرط أن يسترده خلال السنة التالية لفقده وإلا فقد حيازته على العقار بعد مرور سنة من حيازة الغير له، حيازة قانونية خالية من العيوب⁽²⁾.

كما تزول الحيازة بفقد العنصر المعنوي وحده رغم بقاء عنصرها المادي، وهو السيطرة الفعلية ويتحقق ذلك فيما إذا كان قد فقد الحائز عنصر القصد في أن يحوز الشيء لحساب نفسه، فيفقد بذلك العنصر المعنوي للحيازة مع استبقائه السيطرة المادية على الشيء فيستبقى العنصر المادي⁽³⁾.

⁽¹⁾ فريدة زواوي(محمدي)، المرجع السابق، ص49

⁽²⁾ المرجع نفسه ، ص 50

⁽³⁾ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 118-119

وإن كان يستبقيه نيابة عن منتقل إليه الشيء، ويتحقق غالباً إذا ما باع شخص شيئاً واتفق مع المشتري على إن يستبقيه عنده لحساب المشتري، فهنا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشتري، وفقد العنصر المعنوي فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشتري، وعلى ذلك يفقد الحيابة الأصلية لأنه فقد عنصرها المعنوي، وتتقلب حيازته إلى حيازة عرضية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الحقوق العينية

لقد استمر تطور الملكية حتى أصبحت ملكية فردية (خاصة)، ثم بدأ التطرق في احترام حق الملكية وتقديسه، وذلك إبان الثورة الفرنسية فقد طغت أفكار هذه الثورة على القانون المدني الفرنسي الذي أعتبر الملكية حقاً مطلقاً للمالك، وبعد ذلك ظهرت اتجاهات جديدة تدعو إلى نبذ الملكية الخاصة، وتنادي بالملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، وذلك منعا لاستغلال الإنسان لأخيه الإنسان⁽²⁾.

لقد كان للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية أثر هام في توجيه حق الملكية وجهة اجتماعية، فقد أعلن الفقيه الفرنسي "ديجي" في مطلع هذا القرن بأن الملكية ليست حقاً وإنما وظيفة اجتماعية.

(1) الحيازة العرضية هي الحيازة التي لا يتوفر لها إلا الركن المادي وحده دون الركن المعنوي، بحيث يكون الحائز رغم حيازته المادية للشيء حائزاً لحساب نفسه، إذ لا تكون ولا يمكن أن تكون لديه نية الظهور بمظهر صاحب الحق العيني على الشيء.

(2) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011 ص 29

يرى بعض الفقه بحق أنه يجب عدم التطرق إلى الحق ذاته، فمركز المالك يختلف اختلافا جوهريا عن مركز الموظف، فالمالك يباشر سلطاته لتحقيق مصلحته الخاصة، أما المصلحة الجماعية فتتحقق بطريق غير مباشر، بينما الموظف يباشر سلطاته المخولة له لتحقيق مصلحة لجماعة بطريق مباشر لهذا فالأصح أن يقال أن للملكية وظيفة اجتماعية وفي نفس الوقت ذات صفة فردية⁽¹⁾.

إلى جانب هذه الملكية هناك الحقوق العينية الأخرى والتي تتمثل في التأمينات العينية وهي التي ترد على مال معين مملوك للمدين أو للغير، فتتقله بحق عيني تبقي لمصلحة الدائن، بحيث يكون له بالإضافة إلى حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة تصيب على ذاك المال المعين، تمكنه من تتبعه في أية يد يكون لينفذ عليه جزا أو بيعا، ويستوفي دينه من ثمنه، بالأولوية على غيره من الدائنين⁽²⁾. ومن هذا كله يتبادر إلى أذهاننا ماهو تعريف هذه الملكية على وجه الخصوص؟(الفرع الأول) وإلى جانب هذه الملكية فيما تتمثل الحقوق العينية الأخرى؟(الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الملكية

لدراسة حق الملكية يتبادر إلينا دراسة تعريفها(أولا)وأهم خصائصها(ثانيا)وتبيان طبيعتها القانونية(ثالثا).

أولا:تعريف حق الملكية

إن حق الملكية هو أساس الحقوق العينية الأصلية جميعا بما يخول لصاحبه من سلطات جامعة على الأشياء المادية، تتلخص في الاستعمال والاستغلال والتصرف، هذه السلطات التي يخولها حق الملكية على الشيء المملوك إنما يتمتع بها المالك وحده على سبيل الاستئثار

(1) علي هادي العبيدي، المرجع السابق ص ص 29-30

(2) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني،الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2006 ص 13.

والانفراد دون غيره من الأفراد، فالملكية إذن " حق يخضع شيئاً مادياً معيناً لتسلط شخص معين تسلطاً حازماً ومانعاً لكل تسلط مماثل من قبل الآخرين" وبذلك تتوزع الأشياء المادية بين الأشخاص في الحياة الاجتماعية، بحيث يختص كل نوع منهم بملكية بعضها ملكية خاصة خالصة له لا يشاركه فيها أحد⁽¹⁾.

وتتمثل سلطات الملكية على وجه التحديد في سلطة الاستعمال التي يقصد بها سلطة المالك في استخدام ملكه فيما يصلح وهو الاستخدام كالسيارة بركوبها والمنزل بسكنائه والكتاب بقراءته، إن الأصل هو أن المالك يتقيد في استعماله الشيء بالقيود المفروضة من القانون، فلا يجوز له مثلاً استعمال ملكه استعمالاً يحقق ضرراً غير مألوف لجاره، وليس مجبراً على ممارسة سلطة الاستعمال.

أما الاستغلال فهو سلطة استثمار الشيء أي الحصول على ثماره، أما التصرف فيقصد به استخدام الشيء استخداماً يستتفد السلطة المقررة عليه كلياً أو جزئياً والتصرف على هذا المعنى لا يقتصر على المالك وحده إنما يصدق على صاحبه كل حق على الشيء فالمنتفع الحق في التصرف في انتفاعه وذلك بنقل حقه إلى الغير أي أن له سلطة التصرف في حقه فيستتفد ماله من سلطات على الشيء⁽²⁾.

ثانياً: خصائص حق الملكية

يمتاز حق الملكية بخصائص عديدة منها خصائص مشتركة بين سائر الحقوق العينية كوروده على شيء مادي معين، وتخويله للمالك ميزتي التتبع والتقدم ومنها خصائص ينفرد بها دون سواه، وهي كونه حقاً جامعاً، مانعاً، دائماً.

(1) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 61

رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق،

(2) الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص 22-23

1- حق الملكية حق جامع: يمتاز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية في كونه حقا يخول صاحبه جميع السلطات المحتملة على الشيء والتي تمكنه من الاستفادة الكاملة منه والحصول على جميع مزياء وهذه السلطات هي: الاستعمال، الاستغلال، التصرف.

تقتصر الحقوق العينية الأخرى على تخويل أصحابها بعض هذه السلطات فمثلا حق الاستعمال يقتصر على سلطة الاستعمال وحق الانتفاع يقتصر على سلطتي الاستعمال والاستغلال وهكذا⁽¹⁾.

إذا كان حق الملكية حقا جامعا على هذا النحو فإن ذلك لا ينفي أن هذه السلطات الشاملة المخولة للمالك ترد عليها قيود عديدة، وقد يكون من أظهر هذه القيود ما يثبتته القانون للسلطة الإدارية من حق الاستيلاء المؤقت على العقارات للمنفعة العامة، إذ يتمتع على المالك طوال فترة الاستيلاء رغم بقاء الشيء المستولى عليه في ملكيته التمتع بسلطاته الجامعة الشاملة عليه.

إلى جانب هذه القيود القانونية قد يتصور وجود قيود اتفاقية من شأنها الحد من سلطات المالك الجامعة أو منع استعمالها طوال مدة معينة، كما هي الحال في شأن شروط المنع من التصرف⁽²⁾.

يترتب على كون حق الملكية حقا جامعا نتائج قانونية مهمة هي أن الأصل في حق الملكية أنه يخول المالك السلطات الثلاث السابقة، وإذا ما أريد حرمانه من بعضها يجب أن يكون ذلك بمقتضى القانون أو الاتفاق كما يجب أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، ويترتب على ذلك أيضا أنه لو ادعى شخص بأن له بعض السلطات على الشيء ما دون أن يكون مالكا له

(1) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المنفردة عن حق الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص32.

(2) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص64

فإن إدعائه هذا يكون خلاف الأصل، وبالتالي فهو يتحمل عبء الإثبات، أما المالك فلا يكلف بشيء لأنه يتمسك بالأصل⁽¹⁾.

2- حق الملكية حق مانع: يقصد بذلك أن هذا الحق مقصور على صاحبه دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه، وعلى ذلك لا يمكن أن يتصور أن يكون لشخصين حق ملكية تامة على شيء واحد، وإن كان من الجائز تصور قيام ملكية شائعة لشخصين أو أكثر على ذات الشيء فيتحدد نصيب كل منهم بحصة حسابية وهذه الخاصة لحق الملكية تحول لمالك الحق أن يمنع غيره من مشاركته في التمتع بسلطات ملكه دون رضاه.

كما أن هناك حالات استثنائية تفرض فيها هذه المشاركة بمقتضى القانون خروجاً على الأصل الذي يبناه كالحق في المرور الثابت على أرض الغير⁽²⁾.

ويترتب على خاصة الاستثناء أنه إذا حاول أحد الانتفاع بالشيء، كان لمالكة منعه من ذلك مهما يكن هذا التعدي بسيطاً وتطبيقاً لذلك قضت المحاكم الفرنسية بعدم جواز لصق الإعلانات على حائط مملوك للغير إلا بإذنه⁽³⁾.

يرى البعض بحق أن هذه الخاصية لا تقتصر على حق الملكية إذ أن كل حق أيا كان نوعه يكون مقصوراً على صاحبه فالمستأجر مثلاً بموجب حقه في الإجارة أن ينتفع بالأجور وحده ويمنع سواه من الانتفاع به⁽⁴⁾.

3- حق الملكية حق دائم: لا يقصد بان الملكية حق دائم أنها دائمة بالنسبة لشخص المالك وللأبد لان المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة وقد تنتقل الملكية بالوفاة إلى ورثة المالك وإنها يقصد بدوام الملكية أنها تدوم مادام الشيء

(1) علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص32

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، صص 22-23

(3) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997 ص37

(4) علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص32

المملوك باقيا ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء ودوام الملكية على هذا النحو يقصد به عدة معاني:

1-1 الملكية لا تقبل التآقيت: فطالما أن حق الملكية دائم بطبيعته فإنه لا يجوز أن يكون هذا الحق مؤقتا بمدة معينة ينتهي بعدها الحق ولا يثبت لشخص آخر وهذا بخلاف الحقوق الأخرى فالحق الشخصي والحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع والحكر والرهن والاختصاص، كلها حقوق مؤقتة أما حق الملكية فلم يحدد القانون أجلا لانقضائه وهو لا ينتهي بوفاة المالك وإنما ينتقل إلى وريثه⁽¹⁾.

ويترتب على عدم جواز توقيت الملكية عدم جواز إضافتها إلى أجل، فلا يصح الاتفاق مثلا على أن يتملك المتصرف إليه الشيء لمدة خمس سنوات فقط، فإذا انقضت أعاده إلى ماله القديم ذلك لان التوقيت يتنافى مع طبيعة حق يخول صاحبه إعدام الشيء قبل فوات المدة المتفق عليها⁽²⁾.

1-2 حق الملكية يبقى مادام محله باقيا: وتنتهي بهلاكه، أما تغير المالك فلا يؤثر على وجود الحق. صحيح أنه أحد أركان الحق ويتوقف على وجوده وجود الحق لكن تغير المالك لا يؤدي إلى زوال هذا الركن، فلو توفي المالك حل محله خلفه العام وهو بمثابة امتداد له ولو باع المالك الشيء حل المشتري محله وهو خلف خاص وهو امتداد له، يرد على صفة الدوام في حق الملكية بالمعنى الذي ذكرناه استثناء واحد يتعلق بالمنقول إذ يزول حق الملكية على الرغم من بقاء محله ويحصل ذلك عندما يتخلى المالك عن المال المنقول المملوك له كالملايس القديمة فيصبح المنقول بغير مالك إلى أن يتملكه شخص آخر بالاستيلاء⁽³⁾.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 23

(2) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص 40

(3) علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 33

1-3 حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال: من الثابت أن الحقوق الشخصية والعينية المتفرعة عن حق الملكية تسقط بعدم الاستعمال بالتقادم المسقط أما حق الملكية فلا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالت المدة⁽¹⁾.

ثالثا: نطاق حق الملكية

يقصد بنطاق حق الملكية تحديد الوعاء الذي تمارس في إطاره هذه السلطات ويتحدد هذا الوعاء بالشيء الذي يرد عليه حق الملكية والشيء المنقول قد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً.

فإذا كان الشيء منقولاً فلا صعوبة في شأن تحديد نطاق حق الملكية على هذا المنقول، فهو الشيء الذي يمكن نقله من مكانه دون تلف ويكون منفصلاً عن غيره من الأشياء انفصالاً يمكن من تحديده عن غيره من المنقولات.

أما بالنسبة للعقارات فتبدو فيها صعوبة تحديد نطاق حق الملكية خاصة إذا كان هذا العقار من الأراضي لأنها يبعثها اتصالاً وثيقاً مما قد يثير المنازعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم حقه على أرضه، فيجب وضع الحدود التي تعني الحد الفاصل بين أرضي المالك وأرض جاره وإظهار ذلك بعلامات مادية ولكل مالك أن يجبر جاره على وضع تلك الحدود. يلاحظ أن التلاصق لا يتحقق إذا فصل بين الأرضيين طريق عام أو مجرى عام أما إذا كان الفاصل فيتحقق التلاصق الموجب لوضع الحدود⁽²⁾.

على أية حال إذا ما أراد الجار الاتفاق مع جاره على وضع تلك الحدود فيجب أن يتم ذلك عن طريق مطابقة مستندات ملكية أراضي كل منهما على واقع الأراضي فعلاً وتحرير محضر بهذا الاتفاق وإلا وجب الالتجاء إلى المحكمة⁽³⁾.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 24.

(2) المرجع نفسه، ص 29.

(3) المرجع نفسه، ص 29.

1- ملكية الأراضي تشمل ملكية ما تحتها وما فوقها: إن ملكية الأرض لا تقتصر على سطحها وإنما تشمل أيضا ملكية ما فوقها من فضاء وما تحتها من أعماق(1).

إن ملكية العلو والعمق تعطي للمالك في شأنها ما تعطيه له ملكية السطح من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف بحيث يستأثر وحده في الأصل بالتمتع بهذه السلطات ويملك حرمان غيره من مشاركته فيها أو في بعضها دون رضاه. فله أن يشغل العلو بالأبنية أو المنشآت أو الأشجار وله في الأصل أن يستخرج الأحجار والمعادن والأتربة من جوف الأرض(2).

2_ امتداد حق الملكية ليشمل عناصر الشيء الجوهرية وملحقاته: إن عناصر الشيء تعد أجزاء جوهرية فيه ولذلك يشملها حق الملكية وملكيته لا تتفصل عن ملكية الشيء نفسه إلا إذا وجد سبب قانوني جديد لاكتساب ملكيتها مستقل عن السبب الأصلي(3).

إن حق الملكية يمتد إلى ما يتفرع عن الشيء من ثمار ومنتجات وملحقات، فالثمار هي ما ينتج من الشيء دوريا دون المساس بجوهره أو الانتقاص من مادته ومن أمثلتها محصول الأرض وأجرة الدار والثمار على أنواع كثيرة فمنها الطبيعية والمستحدثة والمدنية(4).

أما المنتجات فهي ما يتولد عن الشيء في مواعيد غير دورية ويترتب عليه الانتقاص من مادة الشيء ومن أمثلتها الأحجار التي تقطع من المقالع والمعادن التي تستخرج من المناجم والأشجار التي تقطع من الغابات.

(1) رمضان أبو السعود المرجع السابق، 29.

(2) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 84

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 32

(4) الثمار الطبيعية هي التي تتولد عن الشيء بفعل الطبيعة مثل نتائج الماشية، الصوف. والثمار المستحدثة هي التي يكون للإنسان أثر في إنتاجها كالمحصولات الزراعية كالقمح والخضار. أما الثمار المدنية فهي ما يغلّه الشيء من دخل نقدي بصورة دورية في مقابل الانتفاع به كأجرة المنازل وأرباح الأسهم.

أما الملحقات فيقصد بها كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء وعلى الرغم من أن الملحقات منفصلة ماديا عن الأصل فهي تكملة على نحو ما كالدولاب الاحتياطي بالنسبة للسيارات⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الحقوق العينية الأخرى

سنتناول في هذا الفرع الحقوق العينية التبعية والتي تتمثل أساسا في الرهن بنوعيه الرهن الرسمي والرهن الحيازي (أولا) وحق التخصيص (ثانيا) وحق الامتياز (ثالثا).

أولا: الرهن

هو حق عيني اتفاقي يترتب بموجب عقد على منقول أو عقار يضعه الراهن في يد الدائن المرتهن، أو في يد شخص آخر يتفق عليه المتعاقدين ضمانا لدين على الراهن أو على غيره ويحق للدائن بمقتضاه أن يحبس المرهون لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمنه في أية يد يكون عام أو خاص ويأخذ الرهن دائما صفة الدين المضمون به، فإذا كان الدين تجاريا اعتبر الرهن تجاريا، وإذا انقضى الدين بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء ينقضي الرهن بالتبعية⁽²⁾. والرهن نوعان:

1- الرهن الرسمي: وهو أول التأمينات العينية وقد نضمه المشرع الجزائري في المواد من 882 إلى 936 م.ق.ج.

إن الرهن الرسمي ينشأ بموجب عقد رسمي بين الدائن المرتهن والراهن، وينشأ بموجب حكم قضائي أو بقوة القانون بمعنى أن مصادره في القانون الجزائري ثلاثة: الاتفاق، القضاء والقانون.

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص ص 51-52

(2) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين الامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2009، ص ص 63-64 .

لا يشترط أن يكون الراهن هو المدين نفسه، فقد يكون شخصا آخر ويسمى في هذه الحالة بالكفيل العيني، إن الرهن الرسمي لا يرد كأصل عام إلا على العقارات، فهو حق عيني، تبعا عقاري⁽¹⁾.

لكن الاستثناء قد يرد على بعض المنقولات كما هو الحال بالنسبة للسفن والطائرات.

من خصائص الرهن الرسمي أن حيازة العقار المرهون تبقى للراهن، فلا تنتقل إلى الدائن المرتهن وعلى ذلك يجوز للراهن أن يباشر على العقار المرهون كافة السلطات التي يخولها له حق الملكية وهي الاستعمال، الاستغلال، التصرف. لكن يجب ألا يعرض ذلك سلامة العقار للخطر أو الإنقاص من قيمته فهو ملزم بضمان سلامة الرهن⁽²⁾.

الرهن شأنه شأن التأمينات العينية يخول الدائن المرتهن حقي التقدم والتتبع⁽³⁾.

ينقضي الرهن الرسمي بطريقتين بصفة تبعية أي بانقضاء الدين المضمون وبصفة أصلية بتطهير العقار المرهون والبيع بالمزاد العلني والتنازل عن الرهن والإدغام وهلاك العقار المرهون هلاكا كلياً⁽⁴⁾.

أما النوع الثاني فهو الرهن الحيازي وقد نضمه المشرع في المواد 948 إلى 981 ق.م.ج فهو حسب نص المادة 948 ج.م.ق "عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن والى أجنبي يعينه المتعاقدان شيء يرتب عليه للدائن حقا

(1) شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص 39.

(2) المرجع نفسه، ص 39

(3) حق التقدم هو استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، أما حق التتبع فهو تتبع العقار المرهون في أي يد يكون للتنفيذ عليه إذا قام الراهن بالتصرف فيه.

(4) شوقي بناسي المرجع نفسه، ص 39-40

عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون⁽¹⁾.

إن الرهن الحيازي ينشأ بموجب عقد بين الدائن المرتهن والراهن فهو ينتمي إلى عائلة التأمينات الاتفاقية، ويرد على العقار والمنقول.

إن أهم مميزاته انتقال الحيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدين لهذا كان التزامات الراهن تسليم الشيء المرهون وفي مقابل هذا كان من التزامات الدائن المرتهن أو الأجنبي المحافظة على الشيء المرهون وهو مسؤول عن هلاكه وإدارته واستثماره⁽²⁾.

إن الرهن الحيازي يخول للدائن المرتهن إضافة لحقي التقدم والنتبع حق حبس الشيء المرهون إلى حين استيفاء دينه وبعد استيفاء الدائن المرتهن حقه كاملاً يتوجب عليه رد الشيء المرهون إلى الراهن. إن الرهن الحيازي ينقضي بنفس الأسباب التي ينقضي بها الرهن الرسمي فهو ينقضي بصفة تبعية نتيجة لانقضاء الدين المضمون وينقضي بصفة أصلية وفقاً لأسباب المذكورة في المادة 965ق.م.ج⁽³⁾.

ثانياً: حق التخصيص

يسمى في التشريعات العربية حق الاختصاص، أما المشرع اللبناني فكان يسميه الرهن الإجباري بناء على حكم قضائي، في حين لم ينص عليه أصلاً المشرعان العراقي والأردني وهو حق لم يعرفه الفقه الإسلامي، يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع له تعريفاً كما فعل مع الرهن الرسمي و الرهن الحيازي، يعرفه الفقه بأنه: "حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص42

(2) المرجع نفسه، ص ص42-43

(3) المرجع نفسه ص43

بالتزام المدين بالدين ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون⁽¹⁾.

واضح من التعريف أن حق التخصيص لا يتقرر إلا على العقارات بمقتضى أمر يصدر من القاضي ولا يستطيع الدائن أن يطلب هذا الحق من المحكمة إلا بعد حصوله على حكم واجب التنفيذ ضد المدين وتتمثل إجراءات الحصول على حق التخصيص حسب المادة 941ق.م.ج في أن يتقدم الدائن عريضة بذلك إلى رئيس محكمة التي يقع في دائرتها العقار أو العقارات التي يريد التخصيص عليها وتكون هذه العريضة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم مدونا فيها منطوق الحكم وتتضمن جملة من البيانات تتعلق بالدائن والمدين والالتزام المحكوم به والعقار المطلوب التخصيص عليه⁽²⁾.

إذا تحقق رئيس المحكمة من الشروط اللازمة للحصول على حق التخصيص يدون أمرا بالتخصيص في ذيل العريضة وعلى قلم الكتاب ويعلم المدين بالأمر الصادر بالتخصيص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر وهذا حتى يستطيع ممارسة التظلم منه أمام القاضي الذي أصدره ويجوز لكل ذي مصلحة وأيضا المدين أن يطالب بإنقاص التخصيص إلى الحد المناسب وفيما عدا هذه الأحكام يط على حق بق التخصيص أحكام الرهن الرسمي وذلك كله عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة بالتخصيص المادة 947ق.م.ج⁽³⁾.

ثالثا: حق الامتياز

هو حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة يقررها القانون لأصحاب الديون الممتازة مراعاة منه لصفة ديونهم وهي تقع على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على منقول

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص ص 40-41

(2) المرجع نفسه

(3) المرجع نفسه، ص 42

معين أو على عقار معين ومنها تخول الدائن أن يرجح على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن الأموال في أي يد يكون⁽¹⁾.

يتميز حق الامتياز بأنه حق عيني تبقي لا يقبل التجزئة يرد على الأموال المنقولة وغير المنقولة مصدره القانون ويتقرر لصفة في الدين وهو حق عيني لأنه يولي سلطة مباشرة على شيء معين بالذات بهذه الصفة يخول الامتياز صاحبه ميزتي الأفضلية والتتبع كغيره من الحقوق العينية الأخرى⁽²⁾.

وهو حق تبقي لأنه يقوم لضمان الوفاء بحق أصلي هو الدين المضمون به ويتبع هذا الدين وجودا وعدما فيبقى ببقائه وينقضي بإنقضاءه، فإذا تم الوفاء بالدين أو حكم ببطلانه ينقضي الامتياز ويزول بالتبعية، وهو حق لا يقبل التجزئة فكل جزء من الشيء المنقل بالامتياز ضامن لكل الدين الممتاز وكل جزء من الدين الممتاز مضمون بكل شيء المنقل بالامتياز، وحق الامتياز حق يرد على الأموال المنقولة وغير المنقولة، لا فرق في ذلك بين الأموال المادية والمعنوية ولا يستثنى من ذلك إلا الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل والتي لا يمكن بيعها بالمزاد العلني⁽³⁾.

وهو حق مصدره القانون فلا يجوز للطرفين أن ينشا امتيازاً بإرادتهما ولا يجوز للقاضي أن يقرر لدين لا يعتبره القانون ممتازاً فالقانون هو المصدر الوحيد لحقوق الامتياز، فهو كذلك يتقرر لصفة في الدين فالقانون عندما يعطي الامتياز لدين معين إنما ينظر إلى صفة في هذا الدين تكون جديرة بأفضلية تكفل للدائن استيفاؤه مقدماً على غيره من الدائنين حتى على أصحاب الأمينات أنفسهم⁽⁴⁾.

(1) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 283

(2) حسين عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 514-515

(3) المرجع نفسه، ص 516

(4) المرجع نفسه، ص 517-518

المبحث الثاني

تحديد الفئات المسندة لطائفة الأموال المادية

إن قاعدة القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية بشقها العقار والمنقول لا يمكن أن تخلو من موضوعات تفصيلية، يمكن أن يتناولها التشريع بالتنظيم أو يترك بعضها لأسباب متعددة.

وهذه القاعدة قد أحتدم الجدل الفقهي في القانون الدولي الخاص بشأن الموضوعات التي تدخل ضمنها وكيفية تحديد القانون الحاكم لها.

ولعل من المسائل الهامة لهذا الخصوص هي مسألة التكييف المتضمنة تحديد وصف العقار (المطلب الأول) وهي المرحلة الأولى التي يواجهها القاضي في فض النزاع، قبل تحديد القانون الواجب التطبيق.

إلى جانب تكييف طبيعة المال يتحدد إلينا أن الفئات المسندة للأموال المادية تتمثل أيضا في فئات المنقولات المادية وفئة العقارات (المطلب الثاني)

المطلب الأول

تكييف المال

لدراسة طبيعة تكييف المال يجدر بنا الفرق ما بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي، فالتكييف الأولي هو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون واجب التطبيق، وهذا التكييف يخضع لقانون القاضي وفقا لنظرية "بارتن"، أما التكييف الثانوي فهو التكييف اللاحق الذي يأتي بعدما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، وهو في الأصل يخضع لهذا القانون الذي يحدد بموجب قاعدة الإسناد.

لكن ما يهمنا هنا في مجال الأموال هو ليس التكييف الأولي فقط بل التكييف الثانوي المتعلق بوصف المال أي العملية التي يتم من خلالها تحديدا ما كان المال عقارا أو منقولاً⁽¹⁾. سنتعرض في هذا المطلب إلى دراسة نشأة وأصل نظرية التكييف (الفرع الأول) ونطاق خضوعه للقانون الوطني (الفرع الثاني) والأساس الذي أعتمد في تكييف طبيعة المال (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أصل نظرية التكييف

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

تتلخص وقائع قضية ميراث المالطي أن زوجين مالطيين تزوجا في "مالطا" واتخذهما موطنهما الأول، ثم هاجرا إلى الجزائر المحتلة حينئذ حيث تملك الزوج عقارات ثم توفي فيها دون أن يوصي بشيء فادعت الزوجة بان لها نصيبا من عقارات زوجها الكاتنة بالجزائري طبقا للقانون المالطي الذي يعطي لمن بقي من الزوجين حيا حقا يسمى بنصيب الزوج المحتاج وهو نضام معروف في القانونين تطبيق القانون المالطي أو القانون الفرنسي⁽²⁾.

فالمسألة تتمثل في تحديد وصف القانون الملائم للحق المطالب به وهو نصيب الزوج المحتاج هل هو حق لها بسبب بقائها المالطي بوصفه قانون موطن الزوجية الأول حسب قاعدة الإسناد الفرنسية أم هو حق في الإرث فيحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع

(1) راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال -دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية-نابلس-فلسطين، 2015 ص 16 .

(2) قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012 ص 54 .

العقار حسب قاعدة الإسناد الفرنسية ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق الذي طالبت به وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث⁽¹⁾.

بالتالي وما هو ظاهر أن هناك اختلاف بين الأنظمة القانونية حول تكييف إحدى المسائل وهذا الاختلاف قد أدى إلى اختلاف قاعدة الإسناد المطبقة ومن ثم اختلاف في القانون واجب التطبيق⁽²⁾.

الفرع الثاني: نطاق خضوع التكييف للقانون الوطني

إن موضوع النظرية عند "بارتن" ينحصر فيما أسماه بالتكييف الأولي أو الاختصاصي وقد أورد تحفظا واستثناءات عليه بحيث أعتبر التكييف الذي يخضع له القاضي هو التكييف الأولي اللازم لمعرفة القانون المختص ومتى تم الوقوف عليه كان هو المرجع في تحديد التكييفات اللازمة من بعد ذلك للفصل في المنازعة ومع ذلك فإن تكييف مسألة معينة على أنها من مسائل الأهلية أو من الشكل هي مسألة تكييف أولي يتوقف عليه تحديد قاعدة التنازع ومن ثم القانون الواجب التطبيق ولذلك يخضع لقانون القاضي⁽³⁾.

أما بخصوص التحفظ الذي أورده "بارتن" مؤداه أن ما يثور من تكييفات لاحقة تطرح بمناسبة إعمال القانون الأجنبي المختص فينفرد بها هذا الأخير، فالتكييفات اللاحقة الخاصة بالتمييز بين أهلية التصرف وأهلية الإدارة وما هو القصر والبلوغ وماهي عوارض الأهلية فيتكفل بتحديد القانون الشخصي أي قانون الجنسية أو قانون الموطن⁽⁴⁾.

أما الاستثناءات التي أوردها فيما يخص تكييف طبيعة المال تتمثل في:

(1) قتال حمزة، المرجع السابق، ص 54.

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

(3) عبد العال عكاشة محمد، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 ص 119.

(4) زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر 2000، ص 108.

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

-تكييف وصف المال وتحديد هل هو مشروع أم لا، وهل هو جريمة جنائية أو مدنية يجب أن يتم وفقا للمكان الذي حدث فيه ولا يجب أن يتوقف وصف هذا المال على محض الصدفة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: خضوع تكييف طبيعة المال لقانون موقعه

إن تكييف طبيعة المال كونه منقولاً أو غير منقول يخضع في القانون الأردني لقانون موقع المال رغم عدم ورود استثناء بذلك في المادة 11 التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الأردني، باعتبار أن إعطاء وصف المال لتحديد ما إذا كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال أصبح من المبادئ العامة والشائعة في القانون الدولي الخاص، ما شاع وانتشر دولياً⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد أخضع تكييف المال المادي ما إذا كان عقارات أو منقولات إلى قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال، وبالتالي فإن هذا يعتبر استثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، والتي أخضعت التكييف الأولي للعلاقات القانونية محل النزاع لقانون القاضي الجزائري.

(1) جابر عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 217-220

(2) غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار وائل للنشر والتوزيع، 2005، ص 195.

(3) تنص المادة 9 من ق. م. ج على: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقها".

هذا الاستثناء نص عليه المشرع الجزائري بصريح العبارة في المادة 1/17 بقولها:
"يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"⁽¹⁾

هذا حسب نظرية بارتان فقد اقر الفقه استثناءات على اختصاص قانون القاضي بشأن التكييف من ضمنها تكييف المال، فقانون المال هو الذي يختص ببيان طبيعة المال.

أما إذا كان العقار أم المنقول بما يترتب على ذلك من الآثار القانونية، فهو حكم يتفق مع النظام القانوني المقرر للمال كل حسب قانون موقعه، فتعميم هذا الحل في كافة الدول من شأنه توحيد ضابط الإسناد الخاص بالأموال المنقولة عالمياً، رغم أن مضمون هذه الفكرة المسندة لم يتحد بعد، ويثور عادة مشكل التكييف القانوني لطبيعة المال في الدول التي تميز في الميراث بين العقار والمنقول كالقانون الفرنسي مثلاً، ففي السابق كانت بنوك فرنسا تعامل على أنها عقارات يجوز رهنها رهناً تأمينياً، في حين أن المحل التجاري يكيف على أنه منقول⁽²⁾.

المطلب الثاني

فئة المنقولات المادية وفئة العقارات

إن ضابط الإسناد في الأحوال العينية يستمد من موضوعها، على أساس أن موضوع العلاقة محل النزاع هو المال، الذي عرفته كل من المادة 53 و54 من القانون الأردني فنصت المادة 53 على أن: "المال هو كل عين أو حق له قيمة مالية في التعامل".

أما المادة 54 فقضت على أنه: "كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون، يصح أن يكون محلاً للحقوق، الثالث من القانون المدني المتعلق بالحقوق العينية الأصلية، بما فيها العقارات

(1) نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجنسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص70.

(2) الطيب زروتي، القانون الدولي الجزائري، تنازع القوانين، ص207

والمنقولات في القسم الثاني تحت عنوان "تقسيم الأشياء والأموال"، حيث قسم الأموال المادية إلى منقولات مادية (الفرع الأول) وعقارات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فئة المنقولات المادية

يقصد بالأموال المنقولة تلك الأموال التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف فيها أو تغيير في هيأتها كالسيارة والمنضدة والكرسي والقلم والكتاب، لكن ثمة منقولات تتحرك بحيث يكون من الصعب تحديد موقعها في دولة معينة كما يتأني أن توجد في جهات لا تخضع لسيادة ما أو لقانون معين كما لو وجدت في عرض البحر، كالسفن في البحار والبواخر في الأنهار والطائرات، والبضائع المنقولة على ظهر السفن أو بالسكك الحديدية⁽¹⁾ (أولا) كما أن اقتران عنصر الزمان بعنصر المكان بين نشوء العلاقة القانونية والمنازعة فيها، ينتج عن ذلك تنازع في القانون الواجب التطبيق على هذا المنقول وهو ما يعرف بالتنازع المتحرك⁽²⁾ (ثانيا).

أولا: المنقولات المادية ذات الطبيعة الخاصة

1- السفن والطائرات:

لو نظرنا إلى التعريف الذي أورده المادة 58 من القانون المدني الأردني للمال المنقول لوجدنا أن السفينة تعد مالا منقولا، لأنه يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أي تلف فيها أو تغيير في هيئتها، ولكنها ذات طبيعة خاصة، لأنها معدة للسير في مياه قد تكون تابعة لسيادة دولة أجنبية أو مياهها حرة في أعالي البحار غير خاضعة لسيادة أية دولة تنقل الأشخاص والبضائع إلى البلدان المختلفة، وتعمل في أكثر الأوقات خارج إقليم دولة مالكها وبعيدا عن رقابته وإشرافه وسيطرته⁽³⁾.

(1) نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 71

(2) الطيب زروتي القانون الدولي الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 116-117

(3) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 200.

2_الطائرة: فهي من الأموال المادية المنقولة ذات الطبيعة الخاصة، وتتميز كالسفينة عن الأموال المنقولة العادية بتمتعها بما يشبه الشخصية الحكيمة وخضوعها لنظام الأموال غير المنقولة من حيث طرق انتقال ملكيتها ورهنها⁽¹⁾.

3-القطارات وعربات السكك الحديدية: فهي من وسائل النقل الحديثة والمتطورة، التي يصعب تحديد موقعها إلى سهولة تنقلها من مكان إلى آخر قد يتعدى في بعض الحالات حدود الدولة الواحدة⁽²⁾.

4-البضائع: تعرف البضائع بأنها تلك المصدرة والمشحونة على ظهر واسطة نقل، تركت محل بلد المنشأ متوجهة إلى البلد المرسله إليه⁽³⁾.

ثانيا:التنازع المتحرك

إن موضوع التنازع المتحرك موضوع يكتسي أهمية عملية بالغة ويثير إشكالات عديدة وهو حديث النشأة، وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه، ذلك أن تنظيم العلاقات القانونية يخضع لاعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت مما يقتضي تحديد وقت نشوء العلاقة ومكانها.

تكمن أهمية تحديد عنصر الزمان في تعيين القانون المطبق حسب قواعد القانون الانتقالي، أو تنازع القوانين من حيث الزمان، كما تكمن أهمية عنصر المكان في تعيين القانون المختص حسب قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص⁽⁴⁾.

(1) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص202.

(2) عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، ص112

(3) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص ص203-204

(4) لطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ص116.

كل هذا يحدث عند نشوء العلاقة القانونية، أي حينما يكون التنازع ثابتا ولكن قد يحدث التنازع بعد نشوء العلاقة القانونية لتدخل عامل المكان مما يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد من وقت نشوءها إلى وقت المنازعة فيها.

فالتنازع هنا زمني بين مجال القانون الجديد والقانون القديم ويحل حسب قواعد القانون الانتقالي أو أن يتزوج جزائري بتونسية، فما هو القانون الواجب التطبيق على الزواج، التنازع مكاني ثابت ويحل حسب قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، وقد يقوم جزائري مقيم بانجلترا بتصرف يخص أهليته فما هو القانون الواجب التطبيق؟ التنازع أيضا ثابت⁽¹⁾.

لكن عندما يقترن عنصر الزمان بعنصر المكان بين نشوء العلاقة القانونية والمنازعة فيها، ينتج عن ذلك تنازع متحرك، ومثال ذلك تملك شخص منقولاً دون تسلمه طبقاً لقانون دولة يجيز ذلك ثم انتقل هذا المنقول لدولة أخرى يتطلب قانونها لصحة البيع ضرورة التسليم، فهل يجوز لهذا الشخص أن يتمسك بملكية للمنقول طبقاً للقانون القديم؟.

كما تزوج شخصان في ظل قانون يحظر التطليق والطلاق ثم تجنس الزوجات أو احدهما بجنسية أخرى يسمح قانونها بفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالتطليق هل يجوز لأحدهما أن يطبق حل رابطة الزوجية بهذه الوسيلة وهل يجوز للزوج المحتفظ بالجنسية السابقة أن يدفع بتطبيق القانون القديم؟⁽²⁾.

من هنا تبين أن سبب التنازع نشأ من تغير ضابط الإسناد بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها، ولو أن المشرع أخضعها إلى ظروف إسناد مستقرة نسبياً (الجنسية والموطن أو موقع المال المنقول)، إلا أن طريقة إعمال القاعدة مختلف فيها من

(1) للطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 116.

(2) المرجع نفسه، ص 116-117

نظام قانوني لآخر، مما يؤدي حتما إلى نشوء تنازع متحرك وقد أثار حل التنازع المتحرك خلافا شديدا في الفقه والقضاء⁽¹⁾، حيث ظهرت هناك نظريتان:

-نظرية الأثر المباشر أو الفوري: حيث يرى فريق من الفقه أنه إذا صدر قانون جديد كان له أثر مباشر على كل ما يحدث تحت سلطانه من وقائع، وما يترتب عنه من أثر رجعي يستند إلى الماضي، ويكون الأمر كذلك أيضا في التنازع المتحرك⁽²⁾.

فإذا انتقل المنقول إلى إقليم آخر خضع لقانون موقعه الجديد بصرف النظر عما يكون قد تعلق به تحت سلطان القانون القديم، حيث أن تطبيق القانون الجديد بدلا من القانون القديم يوفر سلامة المعاملات بين المتعاقدين، ولأن المتعاقدين يعرفان قواعد القانون الجديد أكثر من غيره ويحقق لهما أيضا الطمأنينة⁽³⁾.

ونظرية نفاذ الحق المكتسب ويقصد به الاحترام الدولي لنفاذ الحق المكتسب طبقا لهذا الرأي متى أكتسب حق على منقول طبقا لقانون موقعه القديم، فيجب أن يضل هذا الحق محترما تحت سلطان قانون الموقع الجديد، مالم ينشأ تحت سلطان هذا القانون حق مضاد له، ولكن يشترط أن يكون الحق الذي نشأ تحت سلطان قانون الموقع القديم قد تم تكوينه وفقا لأحكام هذا القانون، وألا يكون مخالفا للنظام العام في دولة قانون الموقع الجديد⁽⁴⁾.

(1) محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص447.

(2) عبد الكريم بلعير، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، ص114.

(3) المرجع نفسه،

(4) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص101.

الفرع الثاني: فئة العقارات

يعرف العقار بأنه: كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار فالعقار مثل الأرض وما يتصل بها من بنايات وجسور وسدود وغراس لذلك عندما يكون المال عقارا لا يمكن حصول أي خلاف بخصوص تحديد موقعه لأنه ثابت⁽¹⁾.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف العقار في المادة 683 ق. م. ج على أن: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول...."

قد نصت في المادة 684 ق. م. ج على: "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار"⁽²⁾.

حسب القانون المدني الجزائري هناك نوعان من العقارات: العقار بطبيعته وهو الذي عرفه المشرع المدني بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف وهذا حسب المادة 683 ق. م. ج "وتشمل العقارات بطبيعتها الأراضي وما فوقها من بنايات وأبنية متصلة بها وما تحتها من مناجم".

أما النوع الثاني فهو العقار بالتخصيص فقد عرفته المادة 683 ق م ج على: "المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه راصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"، فالعقار بالتخصيص هو إذن منقول بطبيعته حوله المشرع على عقار افتراضا بسبب ارتباطه الوثيق بعقار يرصد على خدمته أو استغلاله، وذلك رغبة من المشرع في تقوية هذه الرابطة القائمة بين المنقول والعقار والإبقاء عليها في حالات متعددة⁽³⁾.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

(2) حميد بن شنيطي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية- بن عكنون الجزائر، 2008، ص 154.

(3) المرجع نفسه، ص 155.

يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص شرطين فيه: أولاً، يجب اتخاذ العقار والمنقول في الملكية، وشرط رصد المنقول على منفعة العقار فيجب أن يخصص المنقول لمنفعة العقار، وقد عبر عن ذلك صراحة المشرع في المادة 683 ق. م. ج، فالمنقول الذي يخصصه صاحب العقار لنفسه كالسيارة التي يخصصها صاحب المعمل لانتقلاته الخاصة لا يعتبر عقاراً بالتخصيص ورصد المنقول على استغلال العقار يشمل جميع أنواع الاستغلال فهو يشمل الاستغلال الزراعي والاستغلال الصناعي والتجاري والمدني⁽¹⁾.

أهمية تقسيم الأشياء إلى منقول وعقار:

-خضوع العقار وأي تصرف فيه لقانون موقعه في تشريعات معظم الدول الأوروبية والعربية لاعتبارات أساسية عديدة أهمها:

-اعتبار الأرض وما يتصل بها من عقارات جزء لا يتجزأ من التراب الوطني (الإقليم)، الذي هو عنصر أساسي من عناصر الدولة لاتصاله بصميم السيادة⁽²⁾.

فالأرض التي يتكون منها إقليم الدولة فيها مستقر لجماعتها على وجه الدوام وتستمد منها عناصر مقوماتها الأساسية، وتمارس سلطاتها على الأشخاص والأموال فيها، فلا يمكن لأكثر من دولة واحدة أن تمارس السيادة على أرض واحدة معينة، لأن ذلك يؤدي إلى إصدار أوامر وقرارات متناقضة إلى الأفراد، والفرد لا يمكن أن يطيع سوى أوامر دولته وعليه لا مجال لتصور قبول أية دولة خضوع جزء من ترابها الوطني لقوانين أجنبية⁽³⁾.

- إن خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الفائدة من حيث الإشهار والعلنية قبل إبرام أي تصرف قانوني متعلق به.

(1) حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص 154.

(2) غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 193.

(3) المرجع نفسه.

-خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن استقرار المعاملات وتوحيد وتمائل الحلول والأحكام بين الدول المختلفة، لأنه يؤدي إلى تطبيق قاعدة واحدة عليه في قوانين جميع الدول، كذلك يوفر الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي، ويسهل على المحكمة المختصة تحقيق العدالة وسرعة إجراءات وضع اليد والكشف وتقدير القيمة في حسم النزاع بالنظام لقبها من العقار موضوع النزاع وتور كافة المعلومات عنه⁽¹⁾.

- كذلك خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن للدولة حماية اقتصادها القومي والمحافظة على ثرواتها الوطنية، لأن العقار يعد منذ أقدم العصور مالا نفيسا وعنصرا هاما من عناصر الثروات القومية والوطنية في الدولة خاصة الأراضي الزراعية، وهذه الحماية لا يحققها إلا قانون موقعه، باعتباره أقدر على تحقيق المصلحة القومية والوطنية وتأمين الاستقرار في اقتصاد الدولة وثباته والمحافظة عليه⁽²⁾.

(1) غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص193-194.

(2) المرجع السابق، ص194.

الفصل الثاني

تحديد القانون الواجب

التطبيق على الأموال المادية

يقصد بالأحوال العينية كل ما يتعلق بالمسائل القانونية المنظمة للمال، سواء كان ماديا كما هي الحال بالنسبة إلى العقارات والمنقولات، أو معنويا مثل حق المؤلف وبراءة الاختراع وإذا كان ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية يستمد من أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، باعتبار أن الأشخاص هم العنصر الغالب ومن ثمة خضوعها إلى قانون الجنسية أو قانون الموطن بحسب اختلاف التشريعات من دولة إلى أخرى.

فإذا كان الأمر في الأحوال الشخصية على هذا النحو السالف ذكره إن ضوابط الإسناد الوطنية في الأحوال العينية يختلف عنه، حيث يستمد ليس من أطراف العلاقة القانونية، بل من موضوعها على أساس أن موضوع العلاقة محل النزاع هو المال، وهو العنصر المهيمن على العلاقة وليس عنصر الأشخاص، أو بعبارة أخرى أن عنصر المال له ثقل وأهمية كبرى من حيث الوزن بالنسبة إلى أطراف العلاقة.

لذلك جرى العمل منذ القديم على إخضاع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المنصبة على الأموال المنقولة وخاصة منها المادية إلى قانون موقعها.

لذلك سنتعرض لدراسة القانون الذي يحكم هذه الأموال المادية بشقيها المنقول المادي(المبحث الأول) والعقار(المبحث الثاني).

المبحث الأول

القانون الذي يحكم المنقول المادي

يقصد بالأموال المنقولة تلك الأموال التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف فيها أو تغيير في هيأتها كالسيارة والمنضدة والكرسي والقلم والكتاب، فلأي قانون يخضع النزاع الذي يحصل بسببها، قبل كل شيء لابد الإشارة إلا أن قانون موقع المال هو الذي يعتمد في تكييف المال موضوع النزاع من حيث أنه منقول أو غير منقول كما سبق أن ذكرنا، أما بصدد القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي المتولد من التصرف في الأموال المنقولة، فقد اختلفت الآراء الفقهية وظهرت عدة نظريات بشأن ذلك (المطلب الأول)

تخضع المنقولات المادية في القانون الجزائري لقانون موقعها الفعلي والحقيقي، وهذا وفقا للمادة 3/17 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه: "ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

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 هذه الدولة باعتباره قانون موقعه وقت تحقق السبب الذي أدى إلى كسب الحيازة أو فقدها.

لكن الإشكال قد يثور في بعض المنقولات التي يصعب تحديد موقعها كالسفن البحرية والطائرات والقطارات، ومن ثمة صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، كما تظهر هذه الصعوبة في انتقال المنقول المادي من مكان لآخر وهو ما يعرف "بالنزع المتحرك" (المطلب الثاني)

المطلب الأول

المنقولات المادية يحكمها قانون مكان وجودها

لقد تعددت النظريات الفقهية واختلفت آراؤها حول القانون الواجب تطبيقه في التنازع المشوب بعنصر أجنبي (الفرع الأول) وكان لهذه النظريات عدة آراء ومواقف فقهية (الفرع الثاني). فقد ظهرت نظرية قانون مكان إبرام عقد التصرف في المنقول (أولاً). ونظرية قانون موطن المالك، (ثانياً). ونظرية القانون الأكثر ملائمة (ثالثاً). ونظرية قانون مكان وجود المال، (رابعاً).

الفرع الأول: موقف الفقه من القانون الذي يحكم المنقولات المادية

لقد ظهرت نظرية قانون مكان إبرام عقد التصرف في المنقول (أولاً). ونظرية قانون موطن المالك، (ثانياً). ونظرية القانون الأكثر ملائمة (ثالثاً). ونظرية قانون مكان وجود المال، (رابعاً) وسنتناول دراستها كل على حدا.

أولاً: نظرية قانون مكان إبرام عقد التصرف في المنقول

تذهب هذه النظرية إلى أن أي نزاع في الأموال المنقولة يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه العقد المتعلق بموضوع النزاع، وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها تصلح لبعض الأموال المنقولة، مثل الأوراق التجارية ولا تصلح لبعض الأموال المنقولة الأخرى، فمثلاً إذا وهب أردني ساعته إلى عراقي في بغداد، فهل من مبرر لتطبيق القانون العراقي على أي نزاع يثور بشأن هذه الهبة.

لذلك أخذ المشرع الأردني بهذه النظرية بالنسبة للأهلية اللازمة للالتزام بسند السحب فقط⁽¹⁾، بقوله في الفقرة 2 من المادة (135) من قانون التجارة الأردني رقم 1922/12 "يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتمزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم

(1) إن قانون التجارة الأردني لم يتبنى هذه النظرية كضابط إسناد أول ولكنه جعلها ضابط إسناد ثان في حال لم تكن أهلية من صدر عنه التصرف متوفرة وفقاً لقانون بلده.

شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام، كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده".⁽¹⁾

ثانيا: نظرية قانون موطن المالك

تذهب هذه النظرية إلى أن الحقوق في الأموال المنقولة يجب أن يحكمها قانون موطن مالكيها، لأن المنقولات يفترض وجودها مع مالكيها في محل إقامته المعتادة، وقد وصفت هذه النظرية بأنها غير عملية وتخالف العدالة وما يتوقعه الأطراف في معاملاتهم وتضر بحقوق الشخص الثالث، لأن المشكلة تكمن في اختيار قانون موطن المدعي أو موطن المدعي عليهم فإن الحكم سوف يختلف تبعا إلى من سعى أولا لرفع الدعوى⁽²⁾.

كذلك إن تحديد الموطن بالنسبة لطرف أو لطرفي العلاقة العقدية أمر صعب للغاية بالرغم من تشديد القوانين والعقود النموذجية على ضرورة تصريح الأطراف لموطنهم أو محل إقامتهم المعتادة، وتأسيسا على ما تقدم فإن هذا الاتجاه يقوم على افتراض من الصعب الاستناد إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق، لأن تحديد الموطن يتم من خلال تصريح أطراف العلاقة وهذا يفسح المجال أمام الأشخاص بإدعاء موطن وهمي⁽³⁾.

ثالثا: نظرية القانون الأكثر ملائم

ذهبت هذه النظرية إلى ضرورة حكم الأموال المنقولة بالقانون المتمثل في قانون الدولة الأكثر علاقة بهذه الأموال، وانتقدت هذه النظرية أيضا لصعوبة تحديد قانون الدولة الأكثر علاقة بالمال المنقول، بالنظر لقابلية انتقاله المفاجئ والسريع بين أقاليم الدول المختلفة⁽⁴⁾ لكنها أكثر النظريات ملائمة فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الأموال المادية المنقولة إذ أن

(1) غالب علي الداوودي ، مرجع سابق، ص196.

(2) عندما كان يؤخذ بهذه النظرية في إنكلترا وأمريكا أقتصر تطبيقها على المسائل المحددة مثل الإرث.

(3) صالح مهدي كحيط، تنازع القوانين في مسائل الأموال المادية- دراسة مقارنة، (مجلة رسالة الحقوق)، السنة الثالثة- العدد3، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، 2011، ص194.

(4) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص197.

قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالأموال المنقولة قد يؤدي إلى تطبيق قانون الموقع بالنتيجة، أو قد يؤدي إلى اختيار قانون ذو صلة حقيقية بالأموال المنقولة⁽¹⁾.

رابعاً: نظرية قانون مكان وجود المال

أما هذه النظرية فقد ارتأت إلى ضرورة حكم الأموال المنقولة بقانون مكان وجودها، لأن هذا الحل يتفق مع توقعات كل شخص متوسط الحرص، حيث يتوقع الإنسان خضوع التصرف في المال المنقول لقانون مكان وجوده، فلو تنازع "أحمد" و"محمد" على أموال منقولة موجودة في عمان، ثم نقل "محمد" هذه الأموال إلى "حسن" في بيروت، فإن النزاع عليها بين "محمد" و"حسن" يحكمه القانون اللبناني.

ترجح هذه النظرية على غيرها خاصة عند اختلاف جنسية وموطن أطراف العلاقة لأنها تؤمن الضمان والاطمئنان، والاستقرار في المعاملات الدولية الخاصة بالأموال المنقولة المادية، وقد أخذ بها القانون المدني الأردني في الشق الثاني من المادة (19) منه الذي ينص على أنه "...ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"⁽²⁾.

فقانون المكان الذي يوجد فيه المال المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب حيازته أو ملكيته أو أية حقوق عينية أخرى فيه أو فقدها هو الواجب تطبيقه عليه، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أم قانون دولة أخرى من حيث أسباب حيازته واكتساب ملكيته بالاستيلاء أو بالاتصاق أو بالعقد أو بالحكم القانون⁽³⁾، حيث يرى بعض الفقهاء أن قانون موقع المال يسري على كل ما يتعلق بأحكام الحيازة وما يرتبط بها وتحديد الحقوق العينية التي ترد على المنقول بالنسبة لكسبها وانقضائها⁽⁴⁾.

(1) راضي نبيه راضي علونة المرجع السابق، ص 40.

(2) غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص 198.

(3) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 198.

(4) صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 195.

هكذا الأمر بالنسبة لانقضاء ملكيته، إلا أنه إذا كان سبب الاكتساب هو الميراث أو الوصية فإن مجال تطبيق قانون مكان وجود المال المنقول ينحصر في الأثر الناقل لملكية الأموال الموجودة في التركة والأموال الموصى بها، أما الميراث والوصية ذاتهما فيحكمها من حيث الموضوع القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الخاصة بهما، أي قانون المورث أو الموصى وقت موته، أما الأهلية اللازمة للتصرف المتعلق بالمنقول فيحكمها قانون الجنسية ويخضع شكل التصرف فيه لقانون مكان إجراء التصرف⁽¹⁾.

انتقدت نظرية قانون موقع المال أيضا على أساس أنها لم تلتفت إلى الصعوبات التي قد تنشأ من جراء تغيير مكان وجود المال المنقول عند تحديد القانون الإقليمي الذي يحكمه على وجه الدقة، إذ قد يتغير مكان وجود المال المنقول بصورة سريعة ومتعاقبة، مما يؤدي إلى اختلاف الأحكام التي يجب تطبيقها عليه بحسب اختلاف القوانين من دولة إلى أخرى فينشأ من ذلك التنازع بين القانون الموقع الأول للمال وقانون موقعه الثاني والثالث، فمثلا بمقتضى المادة(485) من القانون الأردني تنتقل ملكية المبيع في المنقول إلى المشتري بمجرد تمام البيع بالتراضي ولو قبل تسليمه، مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك⁽²⁾.

فإذا قام شخص ببيع مال منقول له في تركيا وقبض ثمنه ولكنه لم يسلم المبيع وجاء به إلى الأردن وباعه لشخص آخر وقبض منه الثمن وسلمه المبيع فهل يحق للمشتري الأول في تركيا أن يقيم دعوى استرداد المال المباع من المشتري الثاني في الأردن وبمقتضى أي قانون؟⁽³⁾، حيث يرى البعض وجوب تطبيق قانون القاضي المرفوع إليه النزاع وآخرون يرون ضرورة تطبيق قانون المكان الذي اكتسب فيه الحق بترتب السبب الناقل للملكية، لأن تطبيقه يؤدي إلى احترام الحقوق المكتسبة، فهل يستطيع البائع التخلص من البيع الثاني محتجا بالبيع الأول الذي لا يعتبر صحيحا ومستوفيا كل عناصره كحق مكتسب في القانون الدولي.

(1) غالب علي الداوودي ، المرجع السابق ،ص198.

(2) المرجع نفسه، ص199.

(3) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 199.

نظرا لعدم تحقق شرط تسليم المبيع في عقد البيع، لا يحق للمشتري الأول في تركيا مطالبة المشتري الثاني في الأردن باسترداد المال محل البيع منه، لأن ملكيته قد انتقلت إلى المشتري الثاني في الأردن وفقا للقانون الأردني، الذي يجب تطبيقه على النزاع باعتباره قانونا لأول مكان تحقق السبب الناقل للملكية بصورة صحيحة واكتسب الحق بموجبه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي

لقد كانت لتشريعات المقارنة آراء، ومواقف إزاء القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي، (أولا). شأنه في ذلك شأن المشرع الجزائري، (ثانيا).

أولا: موقف القانون المقارن من القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي

نصت المادة 19 من القانون المدني الأردني على أنه: "...يسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"⁽²⁾.

يبدو من خلال النص أعلاه أن المشرع الأردني قد أخضع مركز الأموال المادية المنقولة لقانون الموقع القديم الذي وجد فيه المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، أي أنه أخذ بنظرية خضوع المنقول لقانون موقعه، يقابل ذلك نص الفصل 58 من مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية الذي ينص على أن: "الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال"⁽³⁾.

بنص مشابه جاءت المادة 26 من مسودة مشروع القانون الفلسطيني والتي تنص على أنه: "...ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد، من خلال نصوص

(1) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 199.

(2) راضي نبيه راضي علاونة، مرجع سابق، ص 42.

(3) المرجع نفسه، ص 42.

المواد سالفة الذكر يتضح أن هناك إجماع ما بين القوانين المقارنة على خضوع المنقول لقانون موقعه مع الاختلاف في آلية تحديد الموقع أو ما يعرف "بالتنازع المتغير".⁽¹⁾

ثانياً: موقف التشريع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي

إن المادة 17 من ق.م.ج هي التي تحدد القانون الذي يحكم المنقولات حيث تضيف قائلة: "ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب أو فقد الحيازة أو الملكية والحقوق العينية الأخرى"، أما بعد التعديل فقد أصبحت الصياغة على النحو التالي: "ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق الأخرى أو فقدها"⁽²⁾.

يستفاد من هذه الفقرة أن القاعدة العامة بالنسبة إلى المنقولات المادية وفقاً للتعديل الجديد هي التي يجب خضوعها إلى قانون موقعها الفعلي أو الحقيقي وقت تحقق سبب حيازتها، إلى غير ذلك من تحقق المسائل القانونية المذكورة آنفاً في النص، إن المقصود بالمنقول المادي حسب نص المادة سالفة الذكر هو المنقول المادي المنفرد، ففي حالة استقرار المنقول المادي في دولة معينة فتحدد القانون الواجب التطبيق عليه لا يثير أي إشكال، حيث يطبق عليه قانون هذه الدولة باعتباره قانون موقعه وقت تحقق السبب الذي أدى إلى كسب الحيازة أو فقدها.⁽³⁾

(1) راضي نبيه راضي علونة، مرجع سابق، ص 42.

(2) انظر الأمر رقم 75-78 المؤرخ في رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78 لسنة 1975.

(3) عبد الكريم بلعبور، مرجع سابق، ص 111-112.

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم الأموال ذات الطبيعة الخاصة

تخضع المنقولات المادية في القانون الجزائري لقانون موقعها الفعلي والحقيقي، وهذا وفقا للمادة 3/17 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه: "ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

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 هذه الدولة باعتباره قانون موقعه وقت تحقق السبب الذي أدى إلى كسب الحيازة أو فقدها⁽¹⁾، لكن الإشكال قد يثور في بعض المنقولات التي يصعب تحديد موقعها كالسفن البحرية والطائرات والقطارات، ومن ثمة صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، (الفرع الأول). كما تظهر هذه الصعوبة في انتقال المنقول المادي من مكان لآخر وهو ما يعرف "بالتنازع المتحرك"، (الفرع الثاني).⁽²⁾

الفرع الأول: صعوبة تحديد موقع بعض المنقولات

ثمة منقولات تتحرك بحيث يكون من الصعب تحديد موقعها في دولة معينة، كالسفن في البحار والبواخر في الأنهار والطائرات، (الفرع الأول)، والبضائع المنقولة على ظهر السفن، (الفرع الثاني). أو بالسكك الحديدية، (الفرع الثالث).

كما يتأني أن توجد في جهات لا تخضع لسيادة ما أو لقانون معين كما لو وجدت في عرض البحار، فكيف يتحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لهذه الأموال⁽³⁾؟ من الصعب

(1) جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1979، ص ص 526-527.

(2) المرجع نفسه.

(3) نسرين شريقي، وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 71.

الاعتماد على قانون الموقع، لأنه يتغير باستمرار، فما الذي يوفر تطبيق ضمانات معادلة لتلك التي يقدمها هذا القانون بالنسبة للأموال الثابتة، أو المنتقلة من مكان لآخر⁽¹⁾.

أولاً: السفن والطائرات

تخضع السفينة لنظام الأموال الغير المنقولة من حيث طرق انتقال ملكيتها بالبيع والإرث والوصية والهبة ورهنها بالنظر إلى أهميتها الاقتصادية التي تضاهي الأهمية الاقتصادية للعقارات، فيكون القانون الواجب تطبيقه على نزاع التصرف فيها هو قانون دولة الميناء الذي تم تسجيلها فيه، أي قانون دولة التسجيل وقد أخذ بهذا المبدأ قانون معظم دول العالم وأقرته معاهدة بروكسل (1927)، ومعاهدة جنيف لعام 1958⁽²⁾، وترجيح تطبيق قانون التسجيل يعود إلى أن السفينة عندما تسجل في الميناء معنية فإنها تعد جزء من إقليم تلك الدولة وتخضع لقانونها أينما وجدت.

هناك من يبرر تطبيق قانون دولة التسجيل على اعتباره أن البلد الذي تم تسجيل السفينة فيه والذي بموجبه رفعت علمه هو محل الوصول النهائي لها، فلذلك يجب أن تخضع لقانون المكان وهناك من يرى أن قانون البلد الذي تحمل السفينة علمه يمتد ويصبح واجب التطبيق على جميع التصرفات فيه، وبالنسبة لتحديد الاختصاص التشريعي في الوقائع التي تظهر على ظهر السفينة، فإن قانون جنسيتها المتمثل في قانون دولة التسجيل هو الذي يحكمها أيضاً على أساس أن السفينة جزء منتقل من إقليم الدولة التي تحمل جنسيتها⁽³⁾.

أما بالنسبة لحل تنازع القوانين الذي يحصل بسبب استغلال السفينة وملاحتها والوقائع التي تقع على متنها والعقود المادية التي تبرم بداخلها تخضع لقانون الدولة التي تتمتع

(1) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 200.

(2) معاهدة جنيف 1958، اعتمدت معاهدة جنيف بشأن أعالي البحار. تنص المادة الأولى منها على أن: "أعالي البحار مفتوحة لجميع الدول، ليس لأية دولة أن تدعي صحيحاً إخضاع أي جزء من أعالي البحار تحت سيادتها"

(3) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 201.

بجنسيتها، سواء أكانت موجودة في مياه حرة أو في مياه إقليمية لدولة أجنبية أو في مياه إقليمية لدولتها⁽¹⁾.

يرى بعض الفقه بأن قانون العلم هو الذي يسري على عقد العمل البحري المبرم على ظهر السفينة، وعلى المنازعات المتعلقة بمباشرة حقوق الامتياز البحرية وانقضائها، وهو رأياً نؤديه ونرى لزوم تطبيق قانون جنسية السفينة المتمثل في قانون بلد تسجيلها أيضاً، لأن السفن قد ترفع في رحلاتها، المستأجرة علم دولة غير الدولة التي تتمتع بجنسيتها⁽²⁾، كما يرى جانب من الفقه إقرار هذا الحل بالنسبة للسفن النهرية التي تقوم بالملاحة في الأنهار الدولية، أما السفن التي تقوم بالملاحة الداخلية فمن البديهي إخضاعها لقانون موقعها الفعلي⁽³⁾.

أما الطائرة فهي من الأموال المادية المنقولة ذات الطبيعة الخاصة، وتتميز كالسفينة عن الأموال المنقولة العادية بتمتعها بما يشبه الشخصية الحكيمة وخضوعها لنظام الأموال غير المنقولة من حيث طرق انتقال ملكيتها ورهنها، ويحكمها في كل ذلك قانون الدولة التي تحمل جنسيتها، حيث أن تنظيم وترتيب الحقوق المتعلقة بالطائرات وتثبيتها والمحافظة عليها يتطلب تطبيق قانون واحد عليها في كل الأوقات، وهذا لا يتحقق بقانون الموقع الوقتي للطائرة، لأنه يتغير بتغير الأقاليم التي تمر بها في طيرانها السريع ورحلاتها المتعددة⁽⁴⁾.

وحسب الرأي الغالب والمرجح أن قانون الدولة التي تتمتع الطائرة بجنسيتها هو الواجب تطبيقه، فقد عالجتة اتفاقيات دولية كاتفاقية شيكاغو واتفاقية مونتريال، وكذلك يطبق قانون الدولة التي تتمتع الطائرة بجنسيتها على الأفعال الضارة التي تحصل على متنها أثناء

(1) غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص202.

(2) المرجع نفسه.

(3) مهدي أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر، 2011، ص181.

(4) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص203.

طيرانها أينما وجدت، كما يطبق كذلك على التصرفات القانونية التي تبرم بداخلها، إلا إذا كانت المبادئ المسلم بها تقضي بتغيير ذلك، أو إذا تم اختيار تطبيق قانون آخر⁽¹⁾.

ثانياً: القطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات

تعتبر القطارات وعربات السكك الحديدية من وسائل النقل الحديثة والمتطورة، التي يصعب تحديد موقعها إلى سهولة تنقلها من مكان إلى آخر قد يتعدى في بعض الحالات حدود الدولة الواحدة، وقد أدى ذلك بالمجتمع الدولي إلى البحث عن توحيد الأحكام القانونية المتعلقة بكل الحقوق العينية المترتبة على التصرفات الواردة عليها عن طريق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، أما فيما يخص إنشائها وتنظيم عملية التنقل عليها، أو القانون الذي يحكمها بقانون الدولة التي توجد بها هذه القطارات أو العربات⁽²⁾، قانون مكانها الفعلي وهناك رأي فقهي ذهب إلى الأخذ بقانون الدولة التي تم فيها تسجيلها⁽³⁾.

ثالثاً: البضائع

تعرف البضائع بأنها تلك المصدرة والمشحونة على ظهر واسطة نقل، تركت محل بلد المنشأ متوجهة إلى البلد المرسله إليه، فهذه البضائع قد يثور النزاع بشأنها أثناء الرحلة إلى بلد الوصول، مما يجب تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع، فلأي قانون يخضع مثل هذا النزاع⁽⁴⁾؟ لقد قيلت عدة آراء بشأن القانون الواجب تطبيقه كالتالي:

إذا كان محل البضاعة معلوماً ومحدداً وقت حصول النزاع بشأنها، كأن تكون البضاعة موجودة على ميناء البلد المصدراً قبل انطلاقها إلى البلد المستورد، فإن النزاع يخضع بطبيعة الحال لقانون موقعها المعلوم، أما إذا تحركت من ميناء الشحن في طريقها إلى ميناء

(1) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 203.

(2) عبد الكريم بلعير، مرجع سابق، ص 112.

(3) المرجع نفسه، ص 213.

(4) غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص 203-204.

الوصول عبر أقاليم دول متعددة، فإن النزاع فيها يخضع لقانون البلد المرسل إليه، لأن هذا البلد يعد نهاية المطاف بالنسبة لهذه البضاعة وقانونه يعد قانون الموقع النهائي لها⁽¹⁾.

يلاحظ أن هذا القانون قابل للتغيير عندما تؤمر الباخرة بتغيير اتجاهها أثناء النقل من دولة لأخرى مثلاً بسبب طارئ، كحوادث العطب في واسطة النقل واضطرار الناقل إلى تفريغ البضاعة المنقولة في محل حدوث العطب، وذهب آخرون إلى إخضاعها لقانون البلد الذي تم تسجيل واسطة النقل فيه إن كانت مسجلة، وإخضاعها لقانون البلد المرسل إليه إن كانت واسطة النقل غير مسجلة⁽²⁾، فإن تحديد مكان المال صعب فيخضع لقانون البلد الموجه إليه المال، أما إذا كان تحديد مكان التصرف محدد فيخضع لقانون الموقع⁽³⁾.

الفرع الثاني: التنازع المتحرك

لقد تضاربت الحجج التي تستند إليها مختلف المذاهب التي اقترحت في هذا العدد إلى حد زاد المسألة تعقيداً⁽⁴⁾، لذلك حاول الفقه وضع حلول لمشكلة التنازع المتحرك لما يتناسب وطبيعة العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فظهر هناك اتجاهان فقهيان وكلاهما يسعى لإخضاعه لمبدأ عام⁽⁵⁾، وسنعرض هذه المذاهب على وجه الإجمال مع بيان ما قد يرد عليها من انتقادات.

أولاً: تطبيق الأثر المباشر أو الفوري

يرى فريق من الفقه أنه إذا صدر قانون جديد كان له أثر مباشر على كل ما يحدث تحت سلطانه من وقائع، وما يترتب عنه من أثر رجعي يستند إلى الماضي، ويكون الأمر

(1) غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 204.

(2) المرجع نفسه.

(3) كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، الطبعة الثالثة، دار هومة، 2011- ص 287.

(4) محمد كمال فهمي، ص 447.

(5) حمزة قتال، دور التحديد الزمني لضابط الإسناد في تحقيق استقرار العلاقات ذات العنصر الأجنبي، مداخلة الملتقى الوطني حول التوقع القانوني، جامعة ورقلة، 2016، ص 14.

كذلك أيضا في التنازع المتحرك، فإذا انتقل المنقول إلى إقليم آخر خضع لقانون موقعه الجديد بصرف النظر عما يكون قد تعلق به تحت سلطان القانون القديم، حيث أن تطبيق القانون الجديد بدلا من القانون القديم يوفر سلامة المعاملات بين المتعاقدين، ولأن المتعاقدين يعرفان قواعد القانون الجديد أكثر من غيره ويحقق لهما أيضا الطمأنينة⁽¹⁾.

يبدو واضحا من فحوى هذا الرأي أنه قد أخذ في تنازع القوانين من حيث المكان قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان التي تقضي بتطبيق القانون الجديد تطبيقا فوريا وبصورة مباشرة وطبقها على تنازع القوانين من حيث المكان أمثلة ذلك⁽²⁾.

في مجال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية: لو فرضنا وجود منقول في دولة لا يعترف قانونها بقاعدة حيازة المنقول سند الملكية، ثم نقل من طرف حائزه إلى دولة يقر قانونها بان حيازة المنقول سند صحيح يكون سندا للملكية، فيعتب الحائز مالكا للمنقول لأننا طبقنا القانون الجديد وليس القانون القديم، أما في مجال قاعدة تسليم المنقول: لو فرضنا أن المنقول موجود في دولة تشترط تسليم المنقول في عقد البيع لكي تنتقل الملكية إلى المشتري كما هي الحال في القانون السويسري دون القيام بالتسليم ثم نقل إلى دولة لا تشترط التسليم في عقد البيع كفرنسا والجزائر ومعظم الدول العربية⁽³⁾، طبقا للرأي القائل بتطبيق الأثر المباشر أو الفوري الذي يأخذ بالقانون الجديد سوف يكون المشتري مالكا للمنقول وفقا لقانون الدولة التي نقل إليها حتى ولو لم يتم تسليمه في ظل القانون القديم⁽⁴⁾.

في مجال رهن حيازة المنقول الذي يولي الدائن الحق في تملك المرهون لو فرضنا وجود رهن حيازي في دولة تجيز للدائن تملك المنقول إذا لم يفي المدين بالدين المضمون كما هي الحال في التشريع الهولندي والألماني ثم نقل هذا المنقول إلى دولة أخرى لا يعترف قانونها للدائن المرتهن بحق تملك المنقول المرهون حيازيا، إنما يجوز له فقط اللجوء إلى التنفيذ

(1) عبد الكريم بلعيور، مرجع سابق، ص 114.

(2) المرجع نفسه، ص 115.

(3) عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 115.

(4) المرجع نفسه، ص 116.

الجبري كما هي الحال في كل من التشريع الجزائري والفرنسي والمصري، في مثل هذه الحالات طبقاً للأخذ بتطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد ليس لهذا الدائن المرتهن أن يمتلك المنقول حتى لو لم يفي المدين بدين هل له حق التنفيذ الجبري فقط⁽¹⁾.

هذا الرأي اعتمده أكثر الفقهاء منهم الفقيه الفرنسي "لوروبرس" والفقيه "باتيفول"، ويأخذ به الفقه الانجليزي، ولقد دافع "باتيفول" عن هذا الرأي بقوله: "أنه على الرغم من الفروق الكثيرة بين التنازعين، فإن هذا هو خير رأي لحل مشكلة التنازع المتغير"، مع إدخال بعض التخفيفات، وحتى الآن لم يقترح حل أخير إلا من "بييه"، الذي وضع مبدأ احترام الحق المكتسب دولياً ولتطبيق مبدأ التنازع الزمني على التنازع المتغير يجب التمييز بين مضمون الحق، ووسائل كسبه فمضمون الحق كالملكية أو حق الانتفاع هو الذي يخضع فقط للأثر المباشر لقانون الموقع الجديد الذي يمكن أن يعدل من نظام الحقوق الموجودة من قبل⁽²⁾.

أما وسائل كسب الحقوق فتظل خاضعة للقانون الذي كان يسري عند استعمال هذه الوسائل وليس لقانون الموقع الجديد أن يمس هذه الوسائل. حتى لا يكون ذا اثر رجعي مثلاً الدائن المرتهن حيازياً تحت سلطان قانون يجيز له تملك المنقول المرهون عند عدم الوفاء لا يجوز له أن يمتلك هذا المنقول عند عدم الوفاء، إذا كان قد نقل إلى فرنسا تطبيقاً للأثر المباشر لقانون الموقع الجديد على مضمون الحق⁽³⁾. وفقاً للنظام القانوني الساري في الدولة مثل رهن رسمي على منقول أو رهن حيازي دون حيازة، ولقد وجهت لهذا الرأي عدة انتقادات منها أنه يهدر الحقوق المكتسبة تحت سلطان قانون الموقع القديم ويؤدي إلى هدم الثقة في المعاملات، ولذلك أقترح "بييه" وأيده "تبوانيه" رأياً ثانياً⁽⁴⁾.

(1) عبد الكريم بلعير، المرجع السابق، 116.

(2) علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر - 2005، ص 100.

(3) المرجع نفسه، ص 100-101.

(4) المرجع نفسه، ص 101.

ثانياً: نفاذ الحق المكتسب

يقصد به الاحترام الدولي لنفاذ الحق المكتسب، طبقاً لهذا الرأي متى أكتسب حق على منقول طبقاً لقانون موقعه القديم، فيجب أن يضل هذا الحق محترماً تحت سلطان قانون الموقع الجديد، مالم ينشأ تحت سلطان هذا القانون حق مضاد له، ولكن يشترط أن يكون الحق الذي نشأ تحت سلطان قانون الموقع القديم قد تم تكوينه وفقاً لأحكام هذا القانون، وألا يكون مخالفاً للنظام العام في دولة قانون الموقع الجديد⁽¹⁾.

يترتب على هذا الرأي نتائج أهمها إذا اشترى شخص منقول في ألمانيا أو سويسرا دون أن يتسلمه، فإنه لا يعتبر مالكا في فرنسا وفي الجزائر، حيث أن القانون يعتبر البيع تاماً بدون تسليمه لأن الملكية لم تكن قد انتقلت طبقاً لقانون الموقع القديم، ولكن إذا حدث العكس بأن اشترى شخص منقول في فرنسا دون أن يتسلمه فإنه يعد مالكا له لمجرد العقد، أما إذا انتقل المنقول إلى ألمانيا أو إلى سويسرا، فلا يجوز أن يباع ثانية بحجة أن قانون الموقع الجديد يعتبر البيع غير تام بدون تسليم، بل يجب أن يحترم الحق المكتسب على المنقول طبقاً لقانون موقعه القديم⁽²⁾.

أما إذا حاز شخص منقولاً بحسن نية من غير مالكة في بلد يجيز قانونه التمسك بالحيازة في المنقول سند الملكية ثم انتقل المنقول إلى بلد لا يعرف قانونه هذه القاعدة، فإنه يعتبر مع ذلك مالكا له ويحترم حقه المكتسب طبقاً لقانون موقع المنقول السابق، وطبقاً لهذا الرأي إذا نشأ تحت سلطان قانون الموقع الجديد حق مضاد للحق الذي نشأ تحت سلطان قانون الموقع القديم سقط الحق القديم، وإذا تعارض الحق الذي نشأ على المنقول طبقاً للقانون السابق مع النظام القانوني في الموقع الجديد سقط الحق القديم كذلك⁽³⁾.

لقد أخذت بلجيكا بهذا الرأي كما أخذ به مشروع توحيد قواعد النزاع بين هولندا وبلجيكا ولوكسمبورغ عام 1951، كما أنه جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المصري تعليقا

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، 101.

(2) المرجع نفسه، ص 102.

(3) المرجع نفسه.

على المادة "18" المقابلة للمادة "17" جزائري، أن النص كان يشتمل في المشروع الأول على هذه العبارة: "ويجب في البلد الثاني الذي انتقل إليه المنقول احترام كافة الحقوق الخاصة بالحيازة والملكية وسائر الحقوق الأخرى المكتسبة على المنقول المادي وفقا لأحكام قانون موقعه وذلك إلى حين نشوء حق جديد بمقتضى قانون البلد الآخر"⁽¹⁾.

أما وقد عرفنا مدى اختصاص قانون الموقع بالنسبة إلى المنقول المادي المنفرد فينبغي أن نعرف أن قانون موقع المنقول لا شأن له بالعقد الخاص بالمنقول، فهذا العقد يخضع من حيث موضوعه لقانون الإرادة، ومن حيث شكله لقانون الشكل مثل كل التصرفات القانونية من حيث أهلية التعاقد لقانون الجنسية، وقد سبق القول بأن القانون الواجب التطبيق على السفن هو قانون العلم وكذلك الطائرات، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي وأخذت به كذلك مجموعة بوستامنت، وقد قلنا أن البضائع المنحطة على السفن تخضع كذلك لقانون علم السفينة، أما البضائع المنحطة على وسائل النقل لا تحمل علما فقد كان "سافيني" يرى إخضاعها للقانون الشخصي لمالكها⁽²⁾.

لكن يرى الفقه الحديث إخضاعها لقانون محل وصولها على أنه إذا ما حدث أن استقرت هذه البضائع في مكان ما استقرارا مؤقتا. خضعت لقانون هذا المكان، فقد اتفقت في معاهدة "برن" المنعقدة في 1952 على إخضاع عربات السكك الحديدية لقانون الدولة التي تملكها. أما السيارات فقد رأى بعض الفقهاء إخضاعها لقانون الدولة التي تحمل لوحة باسمها بينما رأى البعض الآخر إخضاعها لقانون محلها الفعلي، وقد اعتمد بعض الشراح أيضا هذا الرأي أي أعمال مبدأ احترام للحقوق المكتسبة وهذا ما قال به "بيلي" وبعض تلاميذه من أنصار فكرة الحقوق المكتسبة⁽³⁾.

إضافة إلى ما سبق بيانه فإن "بيليه" يفرق بين مرحلة اكتساب الحق، وهي التي يمكن أن يعرض فيها التنازع بين القوانين، ومرحلة احترام الحقوق المكتسبة، وهي مسألة متميزة

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 103.

(2) المرجع نفسه، ص 103-104.

(3) محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 447.

عن مسألة التنازع لأنها تتعلق بآثار الحقوق التي تنشأ في الخارج لا بإنشاء الحقوق داخل حدود الدولة، فمبدأ احترام الحقوق المكتسبة دولياً يجب تطبيقه في كل حالة استورد فيها الحق من الخارج، ثم تدخلت في شأنه بعد ذلك ظاهرة الحدود السياسية، ولما كان تغيير القانون الشخصي وتغيير موقع المنقول يفترض انتقال الأشخاص والأشياء عبر الحدود السياسية للدول، فإنه يتعين في حالة التنازع المتحرك احترام الحقوق التي اكتسبت في ظل القانون الشخصي، أو قانون الموقع كما الشأن بالنسبة لأي حق نشأ في الخارج⁽¹⁾.

على أنه يشترط لاحترام الحق المكتسب في ظل القانون القديم أن يكون قد تم تكوينه أي أن يكون قد استكمل جميع عناصره بصفة نهائية طبقاً لأحكام هذا القانون، ويلاحظ أن أنصار هذا الرأي لم يصنعوا معياراً عاماً يمكن التمييز على أساسه بين ما إذا كان هنالك حق مكتسب أم لا، بل اقتصروا على إيراد بعض تطبيقات متناثرة لفكرتهم ففيها ما يتعلق بالفرض الخاص بتغيير القانون الشخصي وميزوا أساساً بين حالة الشخص وأهليته⁽²⁾.

بالنسبة لحالة الشخص يذهب أصحاب، هذا الرأي يوجه عام إلى أن أي عنصر من عناصر الحالة تم تكوينه في ظل القانون القديم يبقى نافذاً في ظل القانون الجديد، فالنسب الثابت وفقاً لأحكام القانون القديم، والزواج الذي ينعقد صحيحاً طبقاً لأحكام هذا القانون يكون حقاً مكتسباً يجب احترامه تحت سلطان القانون الجديد.

أما عن الأهلية فيقول أغلب أنصار هذا الرأي إنها لا تصلح أن تكون محلاً لحق مكتسب فمن المتصور أن يصبح الشخص كامل الأهلية على أثر تغييره لقانونه الشخصي بعد أن كان ناقص الأهلية وفقاً لقانون القديم أو العكس، على أن من أنصار فكرة الحقوق المكتسبة من ذهب إلى أن الأهلية متى اكتملت ببلوغ سن الرشد وفقاً لقانون معين تكون حقاً مكتسباً فلا يمكن أن يمسه تغيير القانون الشخصي بعد ذلك⁽³⁾.

(1) محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 448.

(2) المرجع نفسه.

(3) محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 449.

أما بالنسبة للفرض الخاص بتغيير موقع المنقول يقتصر أصحاب ذلك الرأي على القول بأن أي حق مكتسب على المنقول بصفة قطعية طبقاً لقانون الموقع القديم، يجب أن يحترم ويبقى نافذاً في ظل قانون الموقع الجديد، ما لم يتعارض مع حق آخر نشأ تحت سلطان القانون الجديد⁽¹⁾.

هذه هي أهم تطبيقات مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في نطاق التنازع المتحرك ويؤخذ على هذا المذهب أن فكرة احترام الحقوق المكتسبة ليست متميزة عن مسألة التنازع فقد أشرنا من قبل إلى أنه يشترط لاحترام الحق المكتسب، أن يكون الحق قد نشأ صحيحاً وفقاً لأحكام القانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

مادام الأمر كذلك فإن المسألة لا تعدوا أن تكون مسألة تنازع، وسواء عرض التنازع بمناسبة إنشاء الحق أو بصفة لاحقة لتكوين الحق، فإن القانون المختص في الحالتين واحد غير قابل للتغيير، هذا فضلاً عن أنه لا يجدي في حل التنازع المتحرك القول بأن الحقوق التي نشأت صحيحة وفقاً للقانون الجديد، لأن جوهر المسألة التي يثيرها حل التنازع المتحرك هو توزيع الاختصاص بين القانونيين المتعاقبين اللذين حصل تدخل بين نطاقي تطبيقهما على أثر انتقال ظرف الإسناد، ويكون توزيع الاختصاص بينهما بتعيين الحالات التي يجب أن يطبق فيها القانون القديم والحالات التي يعمل فيها بأحكام القانون الجديد⁽²⁾.

لا يكفي للوصول إلى هذه الغاية القول بأن حقوقاً معينة قد نشأت صحيحة طبقاً للقانون القديم والحالات التي يعمل فيها بأحكام القانون الجديد، فيجب احترامها تبعاً لذلك القانون الجديد وقد لا يكفي لحل التنازع المتحرك تحديد الآثار القانونية المتبقية من نطاق تطبيق القانون القديم، بل يجب بعد ذلك أن نعرض لمسألة أخرى وهي مدى سلطان القانون الجديد على تلك الآثار لأن أحكام هذا القانون الجديد قد تحول دون نفاذها⁽³⁾.

(1) محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 449.

(2) المرجع نفسه، ص 450.

(3) محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 450.

إن فكرة الحق المكتسب لا تنفي مطلقا مشكلة تنازع القوانين، فمن شروط الاعتراف بالحق اكتسابه صحيحا في القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد، فمسألة احترامه لاتعدو أن تكون مسألة تنازع القوانين، كل ما في الأمر أنها تثور لاحقا لتكوين الحقي حين تثور مسألة تنازع القوانين مسبقا عند نشوء الحق.

كذلك تعجز عن حل جميع الإشكالات التي يثيرها التنازع المتحرك، كالمسائل الخاصة بآثار العلاقة القانونية التي تكونت في ظل القانون القديم، والتي تترتب في ظل القانون الجديد كاحترام الحق المكتسب على منقول قبل نقله، فما بال الحقوق التي تنقرر عليه مستقبلا بعدما انتقلت إلى الدولة الثانية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك

انطلاقا من النظريات الفقهية السابقة يتحدد لنا موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة حيث نجد حالات تأثر فيها بنظرية الحقوق المكتسبة، وحالات تأثر فيها بنظرية الأثر المباشر للقانون، ومن بين الحالات التي تأثر فيها بنظرية الحقوق المكتسبة حالة المنقولات المادية، فتنص المادة 17 ق.م.ج على: "ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها."

إن من خصائص المال المنقول إمكانية انتقاله من دولة إلى أخرى فان ذلك من شأنه أن يثير مسألة التنازع المتحرك، حيث ينبغي تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بأسباب كسب الحقوق العينية على المنقول.

انطلاقا من المادة 17 ق.م.ج نجد أن المشرع قد منح الاختصاص إلى قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول عند تحقق السبب، أدى إلى حيازته أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة عليه، فالمشرع أخذ بعين الاعتبار قانون المكان الذي تحقق فيه بسببها وليس قانون المكان

(1) حمزة قنال، دور التحديد الزمني لضابط الإسناد في تحقيق استقرار العلاقات ذات العنصر الأجنبي المرجع- السابق، ص4.

الذي انتقل إليه المنقول، مما يؤكد اخذ المشرع لفكرة احترام الحقوق المكتسب، على ألا ينشأ حق مضاد للحق المكتسب في قانون الموقع الجديد وعدم تعارض هذا الحق المكتسب مع النظام العام في الدولة الجديدة⁽¹⁾.

المبحث الثاني

القانون الذي يحكم العقار

لا تختلف التشريعات حول تطبيق قانون موقع المال على العقار والمنقول فهذه قاعدة تقليدية يرجع عهدها إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي وضعت القاعدة، فقانون موقع المال هو الذي يطبق على الأحوال العينية، وتشمل هذه الأحوال كل الحقوق الواقعة على عقار أو منقول، كما تشمل حق الملكية وأسباب كسبه من حيازة وشفعه وغيرها وتطبيق قانون الموقع فيما يتعلق بالعقار لا يثير أية صعوبة، لأن العقار ثابت في مكانه لا ينتقل ولقد برر بعض الفقهاء تطبيقه على العقار بأنه يعتبر جزء من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها وإقليم الدولة هو أهم ركن من أركان قيامها فيجب أن يطبق عليه قانون الدولة نفسها.

لقد كان لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقار عدة اتجاهات ومواقف للفقهاء والتشريعات المقارنة، (المطلب الأول). فماهو الأساس الذي يركز عليه والمجال الذي يشملها هذا القانون (المطلب الثاني).

(1) حمزة قنار، دور التحديد الزمني لضابط الإسناد في تحقيق استقرار العلاقات ذات لعنصر الأجنبي، المرجع السابق، ص 14-15.

المطلب الأول

موقف الفقه والتشريعات من القانون الواجب التطبيق على العقار

يعرف العقار بأنه: كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار.

فالعقار مثل الأرض وما يتصل بها من بنايات وجسور وسدود وغراس لذلك عندما يكون المال عقارا لا يمكن حصول أي خلاف بخصوص تحديد موقعه لأنه ثابت كما بيناه سابقا.

فيبدو أن تعريف العقار واضح وشامل ولكن الإشكال يكمن في القانون الواجب التطبيق عليه لذلك تعددت الموافق والآراء الفقهية (الفرع الأول) وآراء التشريعات المقارنة (الفرع الثاني) من قاعدة الإسناد التي تحكم العقار، كما كان أيضا للمشرع الجزائري رأيا في ذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على العقار

بدت ملامح القاعدة في فقه الأموال الايطالي القديم حيث تساءل "بارتول" عن مدى حق الأجنبي في البناء على عقار يملكه، وهو تساؤل لم يتردد الفقيه الايطالي في الإجابة عليه بالقول بأن الحق على الشيء يخضع لقانون موقع هذا الشيء.

ومن جهة أخرى فقد ذهب جانب من فقه المدرسة الإيطالية القديمة في القرون الوسطى إلى إخضاع الميراث لقانون موقع المال، بل وقد أشار البعض صراحة إلى أن قانون موقع المال هو الواجب التطبيق بالنسبة لكل ما يتعلق بالأشياء⁽¹⁾.

وقد أكد الفقيه الفرنسي "أرجنتريه" في القرن السادس عشر قاعدة خضوع العقار للقانون الإقليمي أي لقانون موقعه، ويعتبر هذا الحل لدى "أرجنتريه" نتيجة طبيعته لنظريته في التنازع، والتي أكد فيها أن الأصل هو إقليمية القوانين وأن الاستثناء هو شخصيتها، وذلك أن مؤدي القاعدة العامة لدى الفقيه الفرنسي هو سيادة القانون الإقليمي، أي أن القانون السائد في الإقليم هو الذي يحكم كل الأموال الكائنة فيه وكل الأشخاص المستوطنين في رحابه.

لذا يبدو طبيعياً أن تخضع الأموال وفقاً لهذه النظرة لقانون موقعها، ولما انتقل فقه "أرجنتريه" إلى المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر كان طبيعياً أن تتأكد القاعدة المتقدمة لديها⁽²⁾.

في القرن التاسع عشر أكد "مانشيني" خضوع الملكية العقارية للقانون الإقليمي، وقد مضت الإشارة إلى أن هذا الحل يعد استثناء على نظرية شخصية القوانين التي نادى بها الفقيه الإيطالي، لقد استند "مانشيني" في تقرير هذا الإسناد إلى القول بتعلق القوانين التي تحكم الملكية العقارية بالنظام العام مما يبرر تطبيقها تطبيقاً إقليمياً⁽³⁾، وقد لاقت هذه النظرية انتشاراً واسعاً في دول القارة الأوروبية وكذلك في الدول العربية⁽⁴⁾.

(1) هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2003-2004، ص466.

(2) المرجع نفسه، ص ص466-467.

(3) هشام علي صادق المرجع السابق، ص467.

(4) صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي -

الإسكندرية، 2008، ص246.

أما الفقيه الألماني "سافيني" فقد أكد قاعدة خضوع المال لقانون موقعه على أساس فكرة الخضوع الاختياري لقانون مركز العلاقة محل النزاع، فقد مضت الإشارة إلى أن "سافيني" كان أول من ناد بفكرة التركيز المكاني للروابط القانونية، بحيث جعل عماد نظريته في التنازع هو تحليل الرابطة بقصد إسنادها إلى أكثر القوانين ملائمة لطبيعتها، بدلا من تحليل القوانين التي تحكم العلاقات وتقسيمها إلى قوانين شخصية وعينية كما فعل الفقه السابق.

في سبيل ذلك لجأ الفقيه الألماني إلى فكرة التركيز المكاني للعلاقة على أساس اقتراض اتجاه نية الأطراف إلى تطبيق القانون السائد في المكان الذي تم تركيز العلاقة به، وتطبيق لهذه الفكرة توصل "سافيني" إلى إخضاع نظام الأموال لقانون موقعها.

تري أغلبية الفقه أن الحكمة من تطبيق قانون الموقع على العقار هي أنه أنسب قانون يطبق عليه لأنه مستقر في هذا الموقع، وقد ناد "سافيني" بهذا الرأي ولقد اعترض بعض الفقهاء على الرأي القائل بأن الحكمة من إخضاع العقار لقانون موقعه هي أنه جزء من إقليم الدولة، بأنه لو كان الأمر كذلك لوجب تطبيق قانون الموقع على العقد الوارد على العقار موضوعا وشكلا وعلى أهلية التعاقد على العقار خلافا لما أخذت به أغلب التشريعات.⁽¹⁾

مهما يكن من شيء فهما لا ريب فيه أن تطبيق قانون الموقع على العقار من شأنه تيسير التعامل عليه، إذ هو المكان الذي يجب أن تشهر به جميع التصرفات الواردة على العقار ويكون من شأن إشهارها به أن تتركز كل المعاملات الخاصة به في مكان واحد ولقد رأينا من قبل أن "سافيني" يرجع أساس تطبيق قانون موقع المال إلى فكرة الخضوع الإرادي

(1) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص427.

(2) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص94.

ولقد رأينا أن هناك استثناء من القاعدة العامة في التكييف كما وضعها "بارتان" فقد رأى أن يخضع تكييف المال هل هو منقول أو عقار لقانون موقع المال.

فبعض الفقهاء لا يسلم بهذا الاستثناء ويشمل تطبيق قانون موقع العقار كل ما يتعلق بحق ملكية هذا العقار وطرق كسب الملكية من حيازة وشفعة والتصاق كما يشمل كل الحقوق العينية العقارية الأخرى من انتفاع واستعمال وسكن وارتفاق ويشمل كذلك التقادم المكسب وطرق الإشهار الواجبة للتصرفات العقارية وحقوق الامتياز الواردة على العقار والرهن الرسمي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من القانون الواجب التطبيق على العقار

يدرك المتأمل في النظم القانونية الأجنبية اختلافها بشأن قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال من الناحية الفنية، إذ تخص بعض النظم العقارات بقاعدة إسناد خاصة، كالقانون الاسباني (م1/10مدني) في حين يجعل بعضها الآخر قاعدة اختصاص قانون الموقع، قاعدة عامة تسري على العقار والمنقول على سواء، كالقانون الخاص المصري لعام 1979 ويختلف الحال في بعض النظم القانونية الأخرى عن الوضع في التشريع المصري، فيما يتعلق بالمسائل الداخلة في فكرة مركز الأموال⁽²⁾.

حيث تمنع بعض النظم القانونية كالنظام الانجليزي والأمريكي قانون موقع المال اختصاصا شاملا، بحيث ينفرد بحكم العلاقات المنصبة على المال برمتها أي بكافة عناصرها من أطراف ومحل وسبب، فلا يقتصر قانون الموقع في هذه النظم على حكم النظام القانوني للمال محل العلاقة نفسه وتحديد ما يترتب عليه من حقوق، بل يمتد كذلك ليحدد الأهلية

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص94.

(2) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص431.

الواجب توافرها بالنسبة لأطراف التصرف الناقل للحق العيني، ويمتد أيضا ليحكم سبب التصرف القانوني المنشئ للحق سواء من حيث شروطه الموضوعية أو من حيث الشكل⁽¹⁾.

غير أن الكثير من قوانين دول القارة الأوروبية تضيف على عكس ذلك، من مجال تطبيق قانون موقع المال، بحيث يقتصر فيها على تحديد النظام القانوني للمال في ذاته دون أن يمتد ليشمل العلاقة القانونية المنشئة للحقوق العينية، بالتالي فإذا كان السبب المنشئ للحق العيني عقد مثلا، فإنه لا يتأثر بقانون موقع المال، وإنما يظل وفقا لقوانين هذه الدول سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع وكذلك تظل أهلية أطراف العقد خاضعة وفقا لقوانين هذه الدول للقانون الذي يحكمها أصلا وهو القانون الشخصي⁽²⁾.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على العقار

لا توجد صعوبة في تحديد القانون الذي يطبق على العقارات لأنها ثابتة في مكانها، إذ يسهل التعرف عليها وعلى القانون الذي يحكمها، عملا في القاعدة السالفة الذكر التي تقضي بضرورة خضوع المال إلى قانون موقعه، والتي أصبحت مستقرة فقها وقضاء ومنصوصا عليها في معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري.

مما يدل أن المشرع الجزائري قد أقر قاعدة *lex rite sitee* اللاتينية، التي عرفت منذ القرون الوسطى كما سبق البيان، لقد أخذ المشرع الجزائري بقاعدة خضوع العقارات لقانون موقعها ولهذه القاعدة تبرير فقهي وتبرير قانوني، أما التبرير الفقهي فيرجع إلى عهد المدرسة الإيطالية القديمة حيث يرى الفقيه الإيطالي "بارتول" أن الحق على الشيء يخضع لموقع هذا الشيء⁽³⁾.

(1) جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 432.

(2) المرجع نفسه.

(3) كمال عليوش قريوع، المرجع سابق، ص 280.

يقول الفقيه عز الدين عبد الله في هذا العدد "يكفي تبرير قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه اعتبار كون العقار جزءا من إقليم الدولة، وهو المسقط الأول لسيادتها واعتبار كون سلامة المعاملات العقارية يستلزم وحدة القانون، الذي تخضع له هذه العلاقات وأن أنسب القوانين الذي تخضع له هذه العلاقة القانونية في العقار هو قانون المكان الذي يتركز موضوعها(العقار) وهو قانون موقع العقار".

أما التبرير القانوني فيتحدد من المادة"17"قانون مدني جزائري والمادة"18"من القانون المدني المصري التي حددتا على أن العقارات تخضع لقانون موقعها، أما الفقرة الثانية من المادة03 من القانون المدني الفرنسي قد نصت على أن:"...العقارات الكائنة بفرنسا تخضع للقانون الفرنسي حتى لو كانت مملوكة للأجانب"، وقد أكدت ذلك المادة58من القانون التونسي⁽¹⁾.

إن الاتفاق على أن العقار يخضع لقانون موقعه مفاده أن المال له مكان يوجد فيه، وأن هذا المكان تتركز فيه العلاقات القانونية المتعلقة به، وعلى هذا الأساس فإن قانون الموقع هو أنسب القوانين لحكمه، وقد أكدت ذلك المادة119من قانون 90-30 المتعلقة بالأموال الوطنية حيث جاء فيها ما يلي:"إن المال هو جزء من إقليم الدولة التي تمارس عليه سيادتها"، عندئذ فإن إخضاع جزء من إقليم الدولة لقانون غير قانونها يتنافى مع سيادتها⁽²⁾.

إن المشرع الجزائري قد أخذ بقاعدة خضوع العقار إلى قانون موقعه وهو ما تؤكدته المادة02/17 التي تنص على: "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار..."، مما يدل على أن المشرع الجزائري قد أقر قاعدة lex rie sitee اللاتينية التي عرفت منذ القرون الوسطى كما سبق بيان ذلك.

(1) كمال عليوش قربوع، المرجع سابق، ص282.

(2) المرجع نفسه.

المطلب الثاني

أساس ومجال اختصاص قانون العقار

رغم وضوح قاعدة سريان القانون الإقليمي على العقار وثبوته في القانون الدولي الخاص بحيث أصبحت كمثل من الأمثال السائرة فإن الكتاب لم يخلوا في تقديم الاعتبارات التي تقضي بوجوب التمسك بها فقالوا أولاً: "إن الاعتبارات السيادة تقضي بأنه لا يمكن للدولة أن تترك الحكم فيما يتعلق بالأموال الكائنة في إقليمها، وبخاصة العقارات إلى قوانين أجنبية متعددة".

ثانياً: "أن ثمة اعتبارات فنية تحول دون انطباق أكثر من قانون واحد في نفس المكان فنظام الأموال في كل دولة قائم على أساس إقليمي حيث تتخذ الترتيبات اللازمة لشهر التصرفات والمحافظة على حقوق المتعاقدين والغير، ولا يمكن أن تتعدد هذه الترتيبات بتعدد القوانين".

ثالثاً: "إن ضرورات استتباب الطمأنينة في المعاملات يتطلب إتباع قانون واحد هو قانون موقع المال إذ لو قلنا بغير ذلك لتعددت القوانين المحتمل تطبيقها، وتعرضت مصالح الأفراد إلى الخطر نظراً لاختلاف هذه القوانين في الأحكام"، كذلك يبرر البعض هذا الإسناد.

رابعاً: "على أساس التركيز فيقرر أنه متى كان موضوع العلاقة القانونية مالا مادياً فإن تركيزها سوف لا يكون إلا بحسب هذا الموضوع، ومن ثم فيجب إسنادها بطبيعة الحال إلى قانون هذا المركز فهو القانون الذي يتماشى مع مصالح الأفراد، ومع المصالح العامة ومقتضيات النظام الدولي في الوقت ذاته.⁽¹⁾

لعل استقرار القاعدة في القوانين الوضعية المختلفة على هذا النحو هو ما دفع البعض إلى حد القول بوجود عرف دولي يلزم الدول بالأخذ به⁽²⁾، ومهما يكن من أمر فإن استقرار

(1) جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 517-518.

(2) المرجع نفسه، ص 518.

قاعدة خضوع الأموال لقانون موقعها في القوانين الوضعية المختلفة، يرجع في تقديرنا إلى أهمية الاعتبارات التي تقوم عليها وسلامة الأساس الذي ترتكز إليه⁽¹⁾، (الفرع الأول). وعلى أهم المجالات التي يمسها قانون موقع العقار، (الفرع الثاني). وأهم الإشكالات التي تعترى العقار (الفرع الثالث)

الفرع الأول: أساس تطبيق قانون موقع العقار

يبير جانب من الفقه الفرنسي قاعدة خضوع المال، وبصفة خاصة خضوع العقار لقانون موقعه، على أساس أن سلامة المعاملات تستلزم الأخذ بهذا الحل، فاطمئنان صاحب الحق العيني على وجود الحق لدى سلفه، وكذلك إن اطمئنانه على خلو العقار من الرهون، كل ذلك لا يتأتى له إلا لو كان على علم شامل بحالة العقار وتاريخه ولا يمكن لهذا الاعتبار أن يتحقق إلا بضمان خضوع العقار لقانون واحد، ولا تتأتى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقار في الحياة الخاصة الدولية إلا بخضوعه لقانون موقعه⁽²⁾.

إن تطبيق قانون موقع العقار هو الذي يوفر حماية الغير على أساس أنه القانون الذي يتم بمقتضاه شهر الحقوق العينية العقارية، أضف إلى ذلك أن المحاكم المختصة بحكم النزاع المتعلق بالعقار هي عادة محاكم الدولة التي يوجد في إقليمها العقار، بل إن الغالب أيضا أن ترفع الدعوى المتعلقة بمنقول أمام محاكم دولة الموقع، وإذا كان اختصاص قانون موقع المال يتفق ومصالح المتعاملين والغير، فإن هذا الاختصاص هو الذي يحميها.

فالعقارات على وجه الخصوص تعد عنصرا هاما من عناصر الثروة ومن ثم فإن دولة الموقع هي أولى الدول بتطبيق قانونها على العقارات الكائنة في إقليمها تقتضي امتداد سريان قانونها على ما يوجد فيه من عقارات، ويؤكد البعض بحق أن أنسب القوانين لحكم العلاقات

(1) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 467.

(2) المرجع نفسه، ص ص 468-469.

المتعلقة بالأشياء المادية هو قانون موقعها، ففكرة التركيز المكاني تؤدي بالضرورة إلى إخضاع المال لقانون موقعه⁽¹⁾.

قد ساد هذا النظر منذ القرون الوسطى وعند الفقهاء المعاصرين من ذوي النزعة الإقليمية، وأسندته فقهاء آخرون إلى فكرة تأمين المعاملات العقارية واستقرارها حفاظا على حقوق الغير، ورأى "سافيني" أن مبناه هو الخضوع الإداري.

في حين استثناءه "مانشيني" من المبدأ العام عنده وهو شخصية القوانين، تأسيسا على النظام العام، غير أن أغلبية الفقه الحديث برر تطبيق قانون موقع العقار على أساس اعتبارات ملائمة للمعاملات⁽²⁾.

كذلك مبدأ التركيز الموضوعي للعلاقات القانونية، إذ أن قانون موقع العقار هو أنسب القوانين لحكمه باعتباره ثابتا ومستقرا، وهناك يركز موضوع العلاقة القانونية وتشهر فيه التصرفات التي تتعلق به حتى يجوز الاحتجاج بها في مواجهة قانون القاضي، ومع ذلك فإن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يفترض عدم اختصاص مبدئيا⁽³⁾.

الفرع الثاني: مجال اختصاص قانون موقع العقار

يشمل اختصاص قانون العقار بيان نظام الأموال وتقسيمها إلى عقارات ومنقولات وهذا استثناء من القاعدة العامة في التكييف، حسب نظرية "بارتان" وإذا كان بعض الفقهاء لا يسلمون بهذا الاستثناء على أساس أن قانون القاضي هو المختص دائما بالتكييف الأولي الضروري في النظم التي تميز الميراث في المنقول والميراث في العقار.

(1) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص469.

(2) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ص191.

(3) المرجع نفسه، ص191.

كذلك يشمل اختصاص قانون موقع العقار بيان أحكام طرق كسب الملكية العقارية من حيازة وشفعة، والتصاق وآثارها وانتقالها وانقضائها، وما يرد على العقار من حقوق عينية أصلية من انتفاع واستعمال وسكن وارتفاق، كما يبين مضمون هذه الحقوق وآثارها والقيود التي ترد عليها وطبيعتها القانونية.

الفرع الثالث: إشكالات تطبيق قانون موقع العقار

لا يثير تحديد قانون موقع العقار أدنى صعوبة، كل ما في الأمر أن التساؤل قد يثار في حقوق الارتفاق (العقار الخادم)، والعقار الواقع على الحدود الفاصلة بين إقليميين دولتين مختلفتين، فيما يتعلق حقوق الارتفاق (العقار المخدم)، فقد تناقضت الآراء وبأي قانون يؤخذ هل بقانون دولة العقار الخادم أم بدولة قانون العقار المخدم⁽¹⁾، كما يمكن أن يتعلق الأمر بعقار متاخم لحدود دولتين أو واد منبعه في دولة ومصبه في دولة أخرى فيسقي أراضيها⁽²⁾ يميل الرأي الراجح في هذه المسألة إلى الأخذ بقانون موقع العقار الخادم مادام هذا العقار هو المنقل بالارتفاق⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن قانون دولة العقار الخادم هو الذي يعمل به وليس قانون دولة العقار المخدم، وذلك لأن العقار الخادم هو المنقل بالارتفاق غير أن هذه المسائل تبقى تخضع إلى المفاوضات التي تجريها الدول فيما بينها و يتم حلها عن طريق المعاهدات الدولية⁽⁴⁾، وإذا وجد عقارين على حدود دولتين تثار مسألة تحديد قانون الموقع

(1) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ص 191.

(2) كمال عليوش قريوع، المرجع السابق، ص 285.

(3) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 191-192.

(4) نسرين شريقي، وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 71.

حيث سلم الفقه بضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه على الإقليم⁽¹⁾، والموقف نفسه للمشرع الجزائري⁽²⁾.

(1) كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص285.
(2) نسرين شريقي، وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص70.

خاتمة

مما سبق لنا بيانه يمكن لنا القول أن الأموال المادية تتخللها عدة أحكام وأساليب فيما يخص تحديد الطائفة المالية التي تشملها هذه الأموال، والقانون الواجب التطبيق عليها، فإذا نظرنا إلى المادة 17ق.م.ج نجد أن طائفة هذه الأموال في التشريع الجزائري تتمثل أساسا في الحيازة التي تطرق لها المشرع الجزائري في نصوص خاصة في القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية نظرا لأهميتها البالغة في حياة الفرد ومصالحه وحمايته القانونية في حالة تشعب العلاقات.

بالإضافة لحق الملكية الذي يعتبر أساس الحقوق العينية الأصلية جميعا بما يخول لصاحبه من سلطات جامعة على الأشياء المادية والتي تتلخص في الاستعمال والاستغلال والتصرف بالإضافة للحقوق الأخرى التي ذكرت في نص المادة 17ق.م.ج. التي تتمثل في الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية وهي الرهن ارسامي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز ولكل قانون وإجراءات خاصة.

لا يمكن لنا أن نسلم بقانون واحد، يتخذ للتطبيق على الأموال خاصة إذا نظرنا إلى الصعوبات والإشكالات التي تعترضها في كل مجالاتها، خاصة الأموال المنقولة منها، التي حددتها المادة 17ق.م.ج.

حيث كانت هذه المادة قبل تعديلها بقانون 05-10 تنص على أنه: "يسري بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى"، فرغم بساطة هذا الحل إلا أنه يحمل في طياته صعوبات عملية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنقول.

بعد تعديل هذه المادة بالقانون المذكور، أصبح الحكم الوارد فيها خاصا بالمنقول المادي وحده فقد جاء فيها: "يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى" وهذا ما يبين لنا أن المادة الجديدة جاءت بنوع من الخصوصية والتحديد لنوع هذه الأموال المحددة بالأموال المادية دون سواها، بعدما كانت شاملة وعامة.

لقد رأينا سابقا أن استقرار المنقول المادي في دولة معينة لا يثير أية صعوبات، حيث يطبق عليه قانون هذه الدولة، باعتباره قانون الموقع وقت تحقق السبب الذي أدى إلى حيازته أو ملكيته أو الحقوق العينية الأخرى، وهذا حسب نص المادة 17 فقرة 3 ق.م.ج.

لكن نظرا لكون وسائل النقل دائمة الحركة في أماكن خاضعة لسيادة دولة أخرى أو غير تابعة لأية دولة فيصعب تحديد موقعها الفعلي، كذلك الأمر بالنسبة للبضائع الموجودة على متنها، فقد رأينا أن السفن والطائرات يسري عليها قانون العلم وهو قانون مكان قيدها، كما يسري هذا القانون أيضا على المنقولات الموجودة عليها، ولو كانت في مياه دولية، لكن في حالة التوقف المؤقت في مياه أو مطار معلوم يسري عليها قانون هذه الدولة باعتباره قانون موقعها الفعلي.

أما السكك الحديدية فالراجح أنها تنظم بأحكام اتفاقيات دولية والتي غالبا ما تتفق في إسنادها لقانون الدولة التي توجد فيها، وبالنسبة للبضائع أثناء عملية النقل، فقد حدد الرأي الراجح فقها على إخضاعها لقانون البلد المصدرة إليه براء، وإلى قانون علم السفينة أو الطائرة إذا كانت جوا، وإذا استقرت في مكان معين فتخضع لقانون مكان استقرارها.

يثير تغيير المنقول المادي من إقليم دولة إلى أخرى مشكل التنازع المتحرك، وذلك بتعاقب على المنقول قانونان في وقتين مختلفين فقد تطرقنا هنا للآراء الفقهية التي قيلت لحل هذا المشكل والتي تتحدد أساسا في رأيين، الأول أخذ بفكرة نفاذ الدولي للحقوق المكتسبة وبالتالي فضل هذا الرأي تطبيق القانون القديم إذا توافرت في الحق الشروط المحددة طبقا لهذا الرأي.

الرأي الثاني يقضي بتطبيق قانون الموقع الجديد تأسيسا على قياس أحكام التنازع المتحرك على التنازع الزمني ومن ثم يصبح لقانون الموقع الجديد أثر مباشر على المنقول من لحظة انتقاله إلى موقعه الجديد.

أما بالنسبة للعقار فلا توجد صعوبة في تحديد القانون الذي يطبق عليه، لأنه ثابت في مكانه ويسهل التعرف عليه، وعلى القانون المطبق عليه، الذي يقتضي خضوعه لقانون موقعه، هذه القاعدة التي أصبحت مستقرة فقها وقضاء، ومنصوصا عليها في معظم

التشريعات، منها التشريع الجزائري، لكن الإشكال يطرح في حقوق الارتفاق (العقار المخدم) والعقار الواقع على حدود دولتين مختلفتين، فقد حدد الفقه لهذه الإشكالات حلولاً تتمثل أساساً في تطبيق قانون العقار الخادم، لأنه المثقل بالارتفاق بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على العقار المخدم، وضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد فيها هذا العقار بالنسبة للعقار الموجود على حدود دولتين مختلفتين.

عموماً ورغم الإشكالات والصعوبات التي تعترض الأموال المادية بشقيها المنقول المادي والعقار، فقد وجد لها الفقه عدة حلول وأحكام تليق بكل حالة أينما كانت وحيثما وجدت تفادياً للمنازعات والمشاكل التي تقابلها سواء داخلها أو خارجها خاصة حينما يشوب العلاقة عنصر أجنبي، وبالتالي أصبح لكل حالة القانون الذي يليق التطبيق عليها، خاصة إذا علمنا أن الأموال في ظل المبادلات الدولية والعلاقات الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي تكتسي طابع العالمية لما لها من ثقل وأهمية بالغة.

قائمة المراجع

1/ المصادر:

- المعاهدات:

- معاهدة جنيف 1958، المتعلقة بشأن أعالي البحار.

- النصوص القانونية

- الأمر رقم 75-78 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975-
المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975.

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008-
يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

2/ المراجع:

المؤلفات

- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين (في
ضوء القانون 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005- دراسة مقارنة بالقوانين العربية
والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2000.

- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء
الأول- تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000.

- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 1969.

- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، جلال حزي
وشركاه- 2005.

- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتنياز، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009.
- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، كلية- الحقوق، الإسكندرية، 2004.
- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية-الفرنسي والمصري- دار هومة، الجزائر، 2009.
- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر- والتوزيع، 2011.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 2005.
- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر والتوزيع، 2005.
- فريدة محمدي (زواوي)، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، 2000.

- قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة من أسباب كسب الملكية، في التشريع المصري- والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة النشر.
- مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص- دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر، 2011.
- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب- مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون ذكر سنة النشر.
- محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، دار الجامعة العربية، الاسكندرية، 2007
- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، أسباب كسب الملكية- الحيازة والتقدم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، 1997
- نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجنسية- دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر- والتوزيع، 2011.
- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

الرسائل الجامعية:

- حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر كلية الحقوق: 2012.

- راضي نبيه راضي علاونة، القانون واجب التطبيق على الأموال - دراسة مقارنة - رسالة - دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين، 2015.

المقالات العلمية:

- حمزة قتال، دور التحديد الزمني لضابط الإسناد في تحقيق استقرار العلاقات ذات العنصر الأجنبي، مداخلة الملتقى الوطني حول التوقع القانوني، جامعة ورقلة، 2016.

- صالح مهدي كحيط، تنازع القوانين في مسائل الأموال المادية - دراسة مقارنة، (مجلة رسالة الحقوق)، السنة الثالثة، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، 2011، ص 194.

المحاضرات:

- حميد بن شنيقي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، كلية الحقوق - بن عكنون، الجزائر، 2008.

- بلعور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005. جامعة الجزائر.

- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية - 2004/2003.

01.....	مقدمة.....
	الفصل الأول: تحديد طائفة الأموال المادية
05.....	المبحث الأول: مفهوم الحيازة والحقوق العينية
06.....	المطلب الأول: الحيازة.....
07.....	الفرع الأول: تعريف الحيازة.....
08.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحيازة.....
10.....	الفرع الثالث: انتقال الحيازة وزوالها.....
15.....	المطلب الثاني: الحقوق العينية.....
16.....	الفرع الأول: حق الملكية.....
23.....	الفرع الثاني: الحقوق العينية الأخرى.....
28.....	المبحث الثاني: تحديد الفئات المسندة لطائفة الأموال المادية.....
28.....	المطلب الأول: تكييف المال.....
29.....	الفرع الأول: أصل نظرية التكييف.....
30.....	الفرع الثاني: نطاق خضوع التكييف لقانون الوطني.....
31.....	الفرع الثالث: خضوع تكييف طبيعة المال لقانون موقعه.....
32.....	المطلب الثاني: فئة المنقولات المادية وفئة العقارات.....
33.....	الفرع الأول: فئة المنقولات المادية.....

- 37..... الفرع الثاني: فئة العقارات.....
- الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية
- 41..... المبحث الأول: القانون الذي يحكم المنقول المادي.....
- 43..... المطلب الأول: المنقولات المادية يحكمها قانون مكان وجودها
- 43..... الفرع الأول: موقف الفقه من القانون الذي يحكم المنقولات المادية.....
- 47..... الفرع الثاني: موقف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي.....
- 49..... المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الأموال ذات الطبيعة الخاصة.....
- 49..... الفرع الأول: صعوبة تحديد موقع بعض المنقولات.....
- 53..... الفرع الثاني: التنازع المتحرك.....
- 60..... الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك
- 61..... المبحث الثاني: القانون الذي يحكم العقار.....
- 62..... المطلب الأول: موقف الفقه والتشريعات من القانون الواجب التطبيق على العقار.....
- 65..... الفرع الأول: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على العقار.....
- 65..... الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من القانون الواجب التطبيق على العقار.....
- 66..... الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على العقار
- 68..... المطلب الثاني: أساس ومجال اختصاص موقع العقار.....
- 69..... الفرع الأول: أساس تطبيق قانون موقع العقار.....

70.....	الفرع الثاني: مجال اختصاص قانون موقع العقار.....
71.....	الفرع الثالث: إشكالات تطبيق قانون موقع العقار.....
74.....	الخاتمة.....
78.....	قائمة المراجع.....
83.....	الفهرس.....