

جامعة ألكى محند أولحاج-البويرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

# محاضرات في القانون الدولي الخاص تتازع القوانين

محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس  
تخصص القانون الخاص

إعداد الأستاذة:  
د/بشور فتيحة

السنة الجامعية: 2016 / 2017

## مقدمة

يعتبر القانون نتاج تطور الحياة الاجتماعية، فلا تنشأ القواعد القانونية ولا تتغير إلا عندما تظهر الحاجة إليها، ولا يمثل القانون الدولي الخاص إستثناء عن هذه القاعدة، إذ أن ظهوره كان نتاج تطوّر العلاقات التجارية الدولية، وتنقل الأشخاص والأموال والرساميل، مما أدى إلى تشابك العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من مختلف الجنسيات والأقطار.

هذه العلاقات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، العقود، المسؤولية التقصيرية، أو غيرها من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، والتي تحمل في طياتها عنصرا أجنبيا، بحاجة إلى قواعد خاصة، وذلك نظرا لارتباط العلاقة بدولتين أو أكثر، فلأي دولة سيكون الحق في حل النزاع الناشئ عنها؟ خاصة أنّ قواعد القانون الداخلي كقانون الأسرة، القانون التجاري وغيرهما، غير مؤهلة وغير كافية لإيجاد الحل المناسب، وهذا ما أدى إلى ظهور قواعد القانون الدولي الخاص.

القانون الدولي الخاص، باعتباره فرع من فروع القانون، عبارة عن مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات بين الأشخاص، طبيعيين كانوا أو اعتباريين، والتي تدخل في نطاق القانون الخاص وتحتوي على عناصر ترتبط بأكثر من دولة.

وإذا تفحصنا مجمل التعاريف التي تناولت القانون الدولي الخاص<sup>(1)</sup>، نجدها تتفق على كونه ينظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي. غير أنها تختلف في المواضيع التي يمكن أن يشملها التعريف توسيعا وتضييقا، فمن الفقهاء من يوسع من نطاقه ليشمل كل من تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، الجنسية، مركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية. ومنهم من يضيق منه ليحصره في موضوع تنازع القوانين لا غير<sup>(2)</sup>. غير أن المفهوم الموسع هو الذي يكفل إيجاد الحلول للنزاعات المتعلقة بالعلاقات القانونية التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة.

1 - د.علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005، ص 05.

2 - د.أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هوم، الجزائر، 2009، ص ص9-14.

لذا تتلخص مواضيع القانون الدولي الخاص فيما يلي:

- تحديد القانون الذي يحكم العلاقات بين الأفراد التي تحتوي على عنصر أجنبي، وهذا ما يدخل في نطاق تنازع القوانين.
- تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع المتعلق بالعلاقة التي تحتوي على عنصر أجنبي، وهذا ما يدخل في نطاق تنازع الاختصاص القضائي.
- تحديد قواعد منح ونزع الجنسية، وهذا هو نطاق الجنسية.
- تحديد المركز القانوني للأجنبي وحقه في اكتساب الحقوق وقدرته على تحمل الالتزامات، وهذا ما يدخل في نطاق مركز الأجانب.

بناءً على التعريف السابق، فإن القانون الدولي الخاص ليس بقانون خاص، باعتبار أن من بين مواضيعه نجد الجنسية، والتي تتكفل الدولة بوصفها سلطة عامة بتنظيمها، وكذلك موضوع مركز الأجانب، وتتنازع الاختصاص القضائي فكلها مواضيع القانون العام.

كما أنه ليس قانون عام، إذ أن تنازع القوانين، والذي يعدّ أحد أهم المواضيع التي يعالجها القانون الدولي الخاص، تدخل في نطاق القانون الخاص. بالتالي نستنتج أن القانون الدولي الخاص ذو طبيعة مختلطة. كذلك القانون الدولي الخاص ليس قانوناً دولياً، إذ أن مصدره مجموعة من القواعد التي يضعها المشرع الوطني، أي أن مصدره هو القانون الداخلي. فإذا لم يكن القانون الدولي الخاص قانوناً دولياً ولا قانوناً خاصاً، فمن أين أتت تسميته؟

الواقع أن هذه التسمية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بموضوعه، فهو يحكم العلاقات الدولية الخاصة، مما يجعله دولياً من حيث موضوعه وداخلياً من حيث مصدره.

يعتبر تنازع القوانين صلب القانون الدولي الخاص، فهو من أهم مواضيعه، وسنخصص فصلاً تمهيدياً للتعريف به، ثم نتناوله بالدراسة في ثلاثة أبواب كما يلي:

- الباب الأول: إعمال قواعد التنازع.
- الباب الثاني: التنظيم الوضعي لقواعد التنازع.
- الباب الثالث: تطبيق القانون الأجنبي.

## الفصل التمهيدي: التعريف بتنازع القوانين

يعرّف بأنه تراحم قانونين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشمل على عنصر أجنبي. بالتالي يبدو واضحا من خلال التعريف أنه يشترط لإعمال قاعدة التنازع ما يلي:

- وجود عنصر أجنبي، مما يجعلنا أمام قانونين أو أكثر يتنازعان حل النزاع.
- عدم الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق.
- عدم الأخذ بمبدأ شخصية القوانين بشكل مطلق.
- اختلاف القواعد التي تحكم العلاقة محل النزاع من قانون إلى آخر.
- أن يكون القانون الأجنبي صادرا عن دولة تعترف بها دولة القاضي.

يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بين قوانين دول مختلفة، فهو لا يهتم بالتنازع الداخلي، إنما نطاقه هو التنازع الدولي. ثم لا يهم إن كانت الدول معترف بها أم لا، بل المهم وجود سلطة نظامية وتشريع وعلاقة ذات عنصر أجنبي<sup>(1)</sup>.

كما ينحصر التنازع في القانون الخاص بمختلف فروع (مدني، تجاري...) دون القانون العام، لأنه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد والتي لا تكون الدولة طرفا فيها بصفتها سلطة عامة.

فالقانون العام مستبعد من التنازع، لأن دور القاضي في مواضع القانون العام ينحصر في البحث عما إذا كان قانون دولته يطبق من حيث المكان، ولا يؤدي ذلك أبدا إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع، عكس المراكز القانونية التي يحكمها القانون الخاص، فلا يكفي أن يقرر القاضي مثلا أن النزاع المتعلق بحالة الشخص الأجنبي أو أهليته يخرج عن أحكام القانون الوطني، إنما عليه أن يحدد القانون المختص، أجنبيا كان أو وطنيا بمقتضى قاعدة الإسناد الموجودة في قانونه الوطني.

---

1 - لمزيد من التفاصيل راجع: د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية)، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006، ص ص 22-27.

## المبحث الأول: مصادر قواعد تنازع القوانين

ككل القواعد القانونية كانت قواعد التنازع نتاج الاجتهادات القضائية والفقهية، والتي ترجمها المشرعين في شكل قواعد قانونية يتضمنها القانون المدني، حيث نجد قواعد التنازع في أغلب التشريعات، منها التشريع الجزائري، في ضمن التقنين المدني، إلا أن التشريع ليس المصدر الوحيد لقواعد التنازع بل لها مصادر عدة رسمية واحتياطية نوردها فيما يلي<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول: المصادر الرسمية

المصادر الرسمية للقانون هي تلك المصادر التي يرجع إليها القاضي للبحث عن القاعدة القانونية<sup>(2)</sup>، وهي الاتفاقيات الدولية، التشريع، ومبادئ القانون الدولي الخاص.

### الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية الدولية

وهي المعاهدات الثنائية أو المتعددة الأطراف، والتي تضع قواعد تخص الدول المنظمة لها فقط لا غير، فهي ليست معاهدات شارع، إنما معاهدات تعتمد على مبدأ المعاملة بالمثل. وتنظم هذه المعاهدات نوعين من المواضيع:

- معاهدات لتوحيد قواعد الإسناد.
- معاهدات لتوحيد الحلول الموضوعية المتعلقة النزاعات التي لها علاقة بالقانون الدولي الخاص.

### الفرع الثاني: التشريع

وهو المصدر الأساس والأكثر أهمية، إذ نجد قواعد التنازع في التشريعات الوطنية، سيما القانون المدني.

---

1- لمزيد من التفاصيل حول مصادر تنازع القوانين راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص ص 130-175. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 10-15. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 23-36.

2- د. العوضي العوضي عثمان، د. محمد عبد الغفار البسيوني، مبادئ القانون، الجامعة العمالية، نور الإيمان للطباعة، مصر، 2006-6007، ص 50.

## الفرع الثالث: مبادئ القانون الدولي الخاص

هي المبادئ التي تتصف بالشيوع والثبات والاستقرار والاشتراك بين مختلف التشريعات في القانون المقارن في مسائل تنازع القوانين، فهي بالتالي مصدر خاص بتنازع القوانين دون غيره من مواضع القانون الدولي الخاص. والذي نصت عليه م23 مكرر2 ق.م.ج التي بموجب رجوع القاضي إليها في حال غياب نص في القانون يحل مسألة التنازع.

وقد راعى المشرع في إيراد هذا المصدر أن يكون للقضاء دور فعال يرقى إلى درجة إنشاء القواعد القانونية، بعدما كان يقتصر دوره على الكشف عنها فقط. ومرد ذلك السرعة الهائلة التي يتطور بها موضوع تنازع القوانين، حيث يصعب معه استيعاب كافة فروض التنازع بنصوص تشريعية، فكان إفساح المجال للاجتهاد القضائي، يساعده في ذلك الفقه الذي يلعب دورا هاما في الكشف عن هذه المبادئ.

### المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية

والتي تسمى كذلك المصادر التفسيرية، والتي يتم اللجوء إليها عند انعدام القاعدة القانونية أو غموضها، تؤدي دورا هاما قد يصل إلى خلق القاعدة القانونية<sup>(1)</sup>، وهي الاجتهاد القضائي والفقه القانوني.

### الفرع الأول: الإجهاد القضائي

رغم ما يشمله هذا المصدر من أهمية لدى بعض الدول، ورغم مساهمته الفعالة في تشكيل قواعد القانون الدولي الخاص، إلا أنّ دوره تراجع أمام التشريع.

### الفرع الثاني: الفقه

وهو يعدّ مصدرا استثناسي لا يلجأ إليه القضاء إلا عند وجود فراغ أو غموض في القانون. ويتضمن آراء الفقهاء واجتهاداتهم.

1- د.العوضي العوضي عثمان، د.محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص 84.

## المبحث الثاني: نشأة تنازع القوانين

عرف تنازع القوانين في المجتمعات القديمة، حيث كانت لغة العقد الذي يتم بين اليوناني والمصري هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليه، فإن كانت اللغة يونانية طبق القانون اليوناني، وإذا كانت اللغة مصرية طبق القانون المصري. أمّا المجتمع الروماني فلم يعرف تنازع القوانين إلاّ في المرحلة التي استقلت فيها الأقاليم البربرية عن بعضها البعض، فكان يطبق على الرومان القانون الروماني، وعلى الأجانب قانونهم الخاص بهم<sup>(1)</sup>.

واختفى تنازع القوانين في عهد النظام الإقطاعي، إذ كان سيد الإقطاعية يفرض نظامه على مقاطعته دون منازع، إلاّ في شمال إيطاليا أين لم يعرف الإقطاع، حيث ظهرت جمهوريات صغيرة وكانت مركزاً للتجارة، فدخل التجار من مختلف المقاطعات في علاقات تجارية، وتشكلت طبقة برجوازية رأسمالية تريد الإطاحة بالنظام الإقطاعي الذي يعيق الحركة التجارية، بالتالي بدأت تستقل المدن الإيطالية وأصبح لكل مدينة قانونها، الأمر الذي نشأ عنه من جديد تنازع للقوانين، مما دفع الفقهاء إلى محاولة إيجاد الحلول الملائمة لمسائل التنازع فظهرت عدّة مدارس<sup>(2)</sup>، نلخص اتجاهاتها فيما يلي.

### المطلب الأول: المدارس الفقهية القديمة

هي المدارس الأولى التي حملت المفاهيم التقليدية لتنازع القوانين، والتي حاولت تبرير الأحكام القضائية التي طبق فيها القضاة قوانين أجنبية في حالات، وقوانينهم القضائية في حالات أخرى على الرغم من وجود عناصر أجنبية في الخصومة. ونورد أهمها فيما يلي.

### الفرع الأول: مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة

ظهرت في القرنين الثاني عشر والثالث عشر في إيطاليا، وعلى رأسها الفقيه Bartole، وهي قائمة على أساس تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة، من حيث كونها قوانين إقليمية تطبق على من يقطنون الإقليم، أم شخصية تتبع الشخص أينما ذهب، بالتالي

1 - د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 177-178.

2 - د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 186-188. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 19-21.

اعتمدت على مبدئي الإقليمية والشخصية معاً. وهذه النظرية قائمة على دراسة كل حالة على حدة، دون محاولة إيجاد حلول عامة تطبق في كل زمان ومكان<sup>(1)</sup>.

وقد جاءت هذه النظرية بفكرة الفئات المسندة، حيث قسمت القواعد إلى موضوعية تخضع لقانون المحل، وإجرائية تخضع لقانون القاضي. كما ميّز فقهاؤها بين الأحوال العينية التي يطبق عليها قانون مكان إبرام العقد، والأحوال المالية الخاضعة لقانون المحل، والأحوال الشخصية الخاضعة لقانون الجنسية، كما أخضعت هذه النظرية الجرائم جنائية كانت أو مدنية لقانون مكان وقوعها<sup>(2)</sup>.

وجاءت هذه النظرية أيضاً بفكرة النظام العام كعامل يحول دون تطبيق القانون الأجنبي، حيث ميّز أنصارها بين أحوال مستحسنة يمكن تطبيقها، وأخرى مستهجنة يتم استبعادها.

غير أنّه عيب على هذه النظرية عدم وضوح مبدئها العام، وعدم وضع قواعد مسبقة لحل مشكلة التنازع، إنّما اكتفت بوضع حلول خاصة لحالات معيّنة.

### الفرع الثاني: مدرسة الأحوال الفرنسية

تزعّمها الفقيهان D'Argentré و Dumoulin أمّا الأول فقد اعتمد مبدأ الإقليمية كأصل عام لحل مسائل التنازع ومبدأ الشخصية كاستثناء. بحيث قسّم الأحوال إلى عينية وشخصية، أخضع الأولى إلى مكان وجود العقار والثانية لمكان الموطن، وأخضع المنقول أيضاً لمكان الموطن<sup>(3)</sup>.

أمّا Dumoulin فقد كان من أهم إسهاماته ابتداعه لفكرة التكييف، وقد لاقت هذه النظرية نجاحاً في أوروبا، حيث أنّها اعتمدت معيار عام تبني عليه الحلول بدلاً من التفكير

---

1 - لتفاصيل أكثر حول نظرية الأحوال في الفقه الإيطالي القديم راجع: د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 194-200. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 48-50.

2 - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 197-199.

3 - لتفاصيل أكثر حول تنازع القوانين في الفقه الفرنسي القديم راجع: د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 200-212. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 52-53.

في كل نزاع على حدا، وهو تطبيق مبدأ الإقليمية كأصل ومبدأ الشخصية كاستثناء وتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية<sup>(1)</sup>.

غير أنّ هذه النظرية تعاني من نقص، إذ ظهرت أحوال مختلطة لها علاقة في آن واحد بالأحوال العينية والأحوال الشخصية، عجزت عن حلّها.

### الفرع الثالث: المدرسة الهولندية

ظهرت في القرن السابع عشر بزعامة Bourgogne،Bourgundus وغيرهما، وهي تدعو إلى تطبيق القانون الوطني تجسيدا لسيادة الدولة، وأتّه لا يمكن للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي إلا على أساس فكرة المجاملة الدولية التي يقدرها هو أو المشرّع الوطني. بالتالي تعد قواعد التنازع التي على أساسها يطبق القانون الأجنبي غير ملزمة. وقد قسمت هذه المدرسة الأحوال إلى عينية، شخصية ومختلطة، وكانت لا تميل كثيرا إلى مبدأ شخصية القوانين<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ على هذه النظرية اعتمادها على فكرة المجاملة الدولية والتي لا تملك ضوابط أو حدود لمداها، فيمكن التوسيع أو التضييق من مجالها، كما لا تعترف بالزامية قواعد التنازع.

إن ما يمكن ملاحظته، أنّه عدا المدرسة الإيطالية التي اعتمدت كلا من مبدئي شخصية القوانين وإقليمية القوانين، فإنّ المدارس الأخرى قد اعتمدت كأصل عام مبدأ إقليمية القوانين، الأمر الذي يحد من إعمال قواعد التنازع، مما أدى إلى ظهور المدارس الفقهية الحديثة.

---

1 - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 202-204. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 50-51.

2 - لتفاصيل أكثر حول تنازع الأحوال في الفقه الهولندي راجع: د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 213-218. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 54-55.

## المطلب الثاني: النظريات الفقهية الحديثة

ظهرت في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وهي نظريات بدأت بوضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقات، ويتم اللجوء إليه لإيجاد الحلول، عكس النظريات القديمة، كما اتجهت إلى الأخذ بمبادئ جديدة كمبدأ الشخصية ومبدأ العالمية.

### الفرع الأول: المدرسة الألمانية (فقه Savigny)

انتقد Savigny فكرة المجاملة الدولية وذهب إلى القول بأن الدولة تطبق القانون الأجنبي في إقليمها بناءً على التزام دولي، فالدول الأوروبية، باعتبار وحدة الديانة (المسيحية) ووحدة القانون (القانون الروماني) الذين يجمعانها، ذات تشريعات متقاربة، مما يؤدي إلى إمكانية إيجاد قواعد مشتركة ومقبولة بينها تساعد على تطبيق قوانين بعضها البعض، ويجعل من الحل منهجاً عالمياً. وهذا ما عبّر عنه بـ "مبدأ الاشتراك القانوني"<sup>(1)</sup>.

وبعد وضع المبدأ العام لفكرة التنازع، اتجه Savigny إلى البحث عن كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق، ولجأ إلى فكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية. فيكون مقر الشخص موطنه، ومقر الأموال مكان تواجدها، ومقر الالتزامات التعاقدية مكان تنفيذها، ومقر الأفعال الضارة مكان وقوعها<sup>(2)</sup>.

غير أنّ ما يؤخذ على هذه النظرية اعتمادها على التركيز المكاني للعلاقات القانونية الأمر الذي يصعب تحديده.

### الفرع الثاني: المدرسة الإيطالية الحديثة (فقه Mancini)

انطلق Mancini في صياغة نظريته من مبدأ القومية، حيث من حق الأفراد الذين تجمعهم مقومات العرق والدين واللغة والتقاليد أن يطبقوا قوانين مستمدة من هذه المقومات، وهذا أينما حلّوا وحيثما وجدوا، وهذا هو مبدأ شخصية القوانين. غير أنّه استثناءً يمكن تطبيق

1 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 222-224. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 60-62.

2 - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 33.

مبدأ الإقليمية فيما يتعلق بالنظام العام، الشكل الخارجي للتصرفات، وكذا ترك حرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما. كما وسعت هذه النظرية من مجال الأحوال الشخصية ليشمل المواريث والنظم المالية المقترنة بعقد الزواج<sup>(1)</sup>.

لكن يعاب على هذه النظرية اعتمادها الكبير على مبدأ الشخصية مما يجعلها مقتصرة على الدول المصدرة للأفراد التي تكثر الهجرة منها، وعدم إمكانية تطبيقها عملياً. كما أن اتساع مجال الأحوال العينية جعل الاستثناءات تفوق الأصل فمن الأفضل أن تعدّ كلها قواعد عامة.

### الفرع الثالث: المدرسة الفرنسية (فقه Pillet)

رأى الفقيه Pillet أن القانون إما أنه وضع لحماية مصلحة الفرد، أو أنه وضع لحماية مصلحة المجتمع. فإذا كنا بصدد قانون يهدف إلى حماية الفرد، فإننا نطبق القانون الشخصي لهذا الفرد (مبدأ الشخصية)، أمّا إذا كنا بصدد قانون يهدف إلى حماية المجتمع، فنطبق القانون الوطني على العلاقة مهما كان أطرافها وموضوعها (مبدأ الإقليمية)، ولأجل ذلك لا بدّ من تكييف العلاقة القانونية محل النزاع، فهل تعني حق الفرد أم حق المجتمع، ثم نختار القانون الأكثر ملائمة لحالها<sup>(2)</sup>.

وحسب هذه المدرسة فإنّ الحقوق التي تنشأ صحيحة في ظل قانون ما تبقى سارية في دول أخرى، طالما كان هذا الحق معترّف به في هذه الدولة وكان لا يخالف النظام العام فيها.

### الفرع الرابع: نظرية Bartin

وكان متأثراً بالفقيه Savigny، وقد رأى أنّ تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات. وقد ربط نظام القانون الواجب التطبيق على نزاع متعلق بعلاقة ما بالقسم القانوني الذي تنتمي

---

1 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 231-238. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 57-60.

2 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 239-242. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 63-65.

إليه هذه العلاقة، وهو ما جعله يضع نظريته المشهورة في التكييف، والذي يعرف بأنه وضع العلاقة القانونية في نظام معين، ومثال ذلك وضع الطلاق في فئة الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الخامس: نظرية Devareilles – Sammieres

رأى هذا الفقيه أنّ الميراث يخضع لقانون الموقع إذا تعلّق بعقار، ويقانون الموطن إذا تعلّق بمنقول. وقد اعتنق مبدأ الإقليمية في نظريته حيث يرى أنّ القانون شرع ليطبق على العلاقات التي تنشأ في النطاق الإقليمي للمشرّع، وأنه لا بدّ من تطبيق القانون الفرنسي على ما يقع في فرنسا ولو رفع النزاع أمام قضاء غير فرنسي، ولا يعتبر ذلك في أي حال من الأحوال امتداداً للقانون الفرنسي، وأنّ الحقوق التي تكتسب صحيحة في ظل قانون ما تبقى كذلك في مواجهة كل الدول<sup>(2)</sup>.

وإذا كان الأصل لديه هو إقليمية القوانين فقد وضع الاستثناءات التالية<sup>(3)</sup>:

- يطبق على الحالة والأهلية قانون دولة الشخص.
- يطبق على ميراث المنقول قانون الموطن الأخير للمتوفى.
- يطبق على العقد القانون الذي يختاره المتعاقدان.
- يطبق على الشكل الخارجي للتصرفات قانون محل إبرامها.

وتعتبر هذه النظريات منطلق الاتجاه الحديث في تنازع القوانين ولا يزال العمل بها حتى الآن.

---

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 65-66. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 38.

2 - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 39-40.

3 - المرجع نفسه، ص 40.

## الباب الأول: إعمال قواعد التنازع

بعد تطرقنا إلى نشأة تنازع القوانين، والتي تعرفنا فيها على آراء الفقهاء التي كانت أساسا لوضع قواعد التنازع، وجب التصدي للمراحل الأولية التي يتبعها القاضي من أجل حل النزاع أو الخصومة التي تتضمن عنصرا أجنبيا، حيث أن حل أي نزاع استنادا إلى قانون أجنبي لا يتم إلا وفقا لما تمليه قاعدة الإسناد المتعلقة بموضوع النزاع، وتختلف قواعد الإسناد باختلاف مواضع النزاع، فقاعدة الإسناد المتعلقة بالأهلية غير تلك التي تحكم المال، والتي تخص عقد البيع غير تلك المتعلقة بعقد الزواج، وهكذا.

لذلك لا يكون التعرف على قاعدة الإسناد التي ستحدد القانون الواجب التطبيق ممكنا، إلا إذا حلل القاضي معطيات النزاع وكيفية، بأن أدخله في إحدى طوائف الإسناد التي خصص لها المشرع قاعدة تنازع. فيعتبر التكييف مسألة أولية سابقة للإسناد، هذا الأخير يمكن أن تنتج عنه إحالة في حالة التنازع السلبي.

فحل أي نزاع يحتوي عنصرا أجنبيا يتطلب من القاضي العمل على مراحل، للوصول إلى القانون الذي على أساسه سيصدر حكمه بشأن النزاع، هذه المراحل تبدأ بالتكييف، الإسناد، والإحالة إن كان لها محل، فيتطلب إعمال قواعد التنازع دراسة التكييف (فصل أول)، الإسناد والإحالة (فصل ثاني).

### الفصل الأول: التكييف

التكييف مسألة تحتاجها كل الفروع القانونية، ولا يشكل القانون الدولي الخاص إستثناء عنها، فلا يمكن للقاضي أن يحدد قاعدة الإسناد التي على أساسها أن يتوصل إلى القانون الواجب التطبيق إلا بعد تحديد موضوع النزاع، وهذا ما يسمى التكييف، وهو مسألة أولية يقوم فيها القاضي بإدخال النزاع في إحدى طوائف الإسناد، والتي على أساسها سيحدد قاعدة الإسناد التي سيعتمدها لإسناد حل النزاع إلى القانون الواجب التطبيق.

وسنتناول بالدراسة في هذا الفصل تعريف التكييف ونشأته (مبحث أول)، ثم القانون الواجب التطبيق على التكييف (مبحث ثاني).

## المبحث الأول: تعريف التكيف ونشأته

كما يبدو من عنوان المبحث سيتم التطرق في هذا المقام إلى تعريف التكيف في المطلب الأول، ونشأته في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تعريف التكيف

التكيف هو تحليل المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي لتبيان طبيعتها وخصائصها، وإعطائها الوصف القانوني الملائم، لإدراجها في طائفة من الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قانون معين عليها<sup>(1)</sup>. فالتكيف عملية أولية سابقة لضرورة لتحديد قواعد الإسناد التي ستحل مشكلة التنازع.

يرى فريق من الفقهاء أن محل التكيف ينصب على عنصر القانون، والذي يتمثل في النص القانوني أو القاعدة القانونية الموضوعية التي يتم تأسيس ادعاء الخصم عليها وطلبه وفقا لها - كمطالبة زوجة المالطي بنصيبها وفقا للقاعدة الموضوعية الواردة في القانون المالطي - . فيقوم القاضي ببناء على هذا الاتجاه بتكييف القاعدة القانونية الموضوعية<sup>(2)</sup>.

ويرى الفريق الثاني بأن التكيف ينصب على عنصر الواقع وليس القانون، فهو إعطاء المركز الواقعي المتنازع بشأنه الطابع القانوني الذي يدخله في طائفة معينة من طوائف الإسناد في قانون القاضي. أما الفريق الثالث فهو يرى بأن التكيف ينصب على العنصرين معا، القانوني والواقعي. أي أنه ينصب على المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: نشأة التكيف

ظهرت مشكلة التكيف على يد الفقيه الألماني Kahn سنة 1897<sup>(4)</sup>، غير أن التكيف كنظرية تمت بلورته من طرف الفقيه الفرنسي Bartin، وذلك بمناسبة تحليله لبعض

---

1 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 367. د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة

السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 46-47. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 41.

2 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 370-371.

3 - المرجع نفسه، ص ص 371-373.

4 - راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 377.

أحكام القضاء الفرنسي، بحيث استنتج أنّ القاضي الفرنسي قام بالتكييف قبل إسناد حل النزاع إلى قانون ما، كما انه أخضع التكييف للقانون الفرنسي، ويظهر ذلك في قضيتين أساسيتين هما " ميراث المالطي " و " وصية الهولندي " واللذان تتلخص وقائعهما على التوالي فيما يلي:

### الفرع الأول: قضية ميراث المالطي

تزوج مالطيان في جزيرة مالطا، موطنهم الأول، ثم هاجرا إلى الجزائر التي كانت آنذاك مستعمرة فرنسية خاضعة للقانون والقضاء الفرنسيين، أين تملك الزوج بعض العقارات. وعند وفاته طالبت زوجته بحقها في الميراث وفقا لما هو معترف به في القانون المالطي بما يعرف باسم "ربع الزوج الفقير"، فرفض باقي الورثة ذلك، فقامت الزوجة برفع القضية أمام القضاء الفرنسي معتمدة على القانون المالطي أين كان نظام الأموال يدخل في طائفة الأحوال الشخصية، والتي يطبق عليها قانون الجنسية أي القانون المالطي. لكن القضاء الفرنسي رفض طلبات الزوجة باعتبار أنّ فكرة الميراث في القانون الفرنسي من الأحوال العينية تخضع لقانون موقع العقار، فيطبق القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بهذا الحق<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: قضية وصية الهولندي

تتمثل وقائع هذه القضية في أنّ شخصا هولندياً حرر وصية في فرنسا وفقاً للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، أي بخطّ يده. فثار نزاع بعد وفاته بين ورثته بشأن صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي، على أساس أنّ القانون الهولندي في المادة 992 من القانون المدني يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا خارج هولندا. وبالتالي فالقانون الهولندي يعتبر المسألة متعلقة بالأهلية، لأنّ الهدف من اشتراط الرسمية هو حماية إرادة الموصي، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي<sup>(2)</sup>.

1 - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 377-378. د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 49-50. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 76-77.

2 - د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 50-51. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 77-78.

غير أنّ المحاكم الفرنسية قضت بأنّ النزاع متعلق بشكل الوصية، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون المحل، أي القانون الفرنسي، والذي يجيز الوصية المحرّرة في شكل عرفي<sup>(1)</sup>.

ونشير إلى أنّه في كلا القضيتين يختلف التكييف من قانون إلى آخر، وأنّ تحديد القانون الذي يخضع له التكييف يتبيّن من خلال الجهة القضائية التي رُفِعَ إليها النزاع، أي أنّ التكييف خضع لقانون القاضي، وانطلاقاً من ذلك ظهرت نظرية التكييف.

### المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف

باعتبار التشريعات تختلف في تكييف المواضيع، فإنه لا بد للقاضي من الاستناد إلى قانون معين لتكييف موضوع النزاع وإدخاله في طائفة معينة من طوائف الإسناد،

#### المطلب الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي (نظرية Bartin)

رأى Bartin صاحب نظرية التكييف، وجوب خضوع التكييف لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع، حيث يحدد طبيعة هذا الأخير حسب قانونه، ويرجع ذلك إلى سببين أساسيين<sup>(2)</sup>:

1. أن قواعد التنازع قواعد وطنية، فكل قاضي يطبق قواعد وطنه، وبما أنّ التكييف من قواعد التنازع فيجب أن يخضع لقانون دولة القاضي.
2. أنّ التكييف سابق على الإسناد إلى القانون الأجنبي، بالتالي لا يمكن خضوع التكييف للقانون الأجنبي لأننا لا نعرفه بعد، فالأفضل إذن إخضاعه لقانون القاضي.

وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي والكثير من التشريعات، سيما المشرّع الجزائري الذي نصّ في المادة 9 من القانون المدني على أن: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

---

1 - د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 51-52.

2 - لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 377-380. د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 55-56.

غير أنه استثناءً على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي فإنّ تكييف المال من حيث كونه عقاراً أو منقولاً، يخضع لقانون موقع المال، كما أنّ تكييف الفعل الضار على أنه مشروع أو لا يخضع لقانون مكان وقوعه، وهو نفسه القانون الواجب التطبيق على النزاع<sup>(1)</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالاستثناء المتعلق بتكييف المال من حيث كونه عقار أو منقول وأخضعه حسب م<sup>1</sup>/17 ق.م.ج لقانون موقعه. أما تكييف الفعل الضار من حيث كونه مشروعاً أم لا، فقد أخضعه حسب م<sup>2</sup>/20 ق.م.ج إلى كل من القانون الجزائري وقانون مكان وقوع الفعل الضار.

### المطلب الثاني: خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع

يرى أصحاب هذا الاتجاه إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع لأنه ليس من المنطق أن يخضع حل النزاع لقانون بينما يخضع تكييفه لقانون آخر. غير أنّ المشكلة هي أننا لا يمكن أن نتعرف على القانون الواجب التطبيق إلا بعد الإسناد، والذي لا يتم إلا بعد التكييف، إذن فذلك مستحيل عملياً، إلا إذا تعلق الأمر بالمال أو الفعل<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: النظرية الحديثة في التكييف

يتزعمها Batiffol و Lagarde، وتتجه إلى إخضاع التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام، مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص المفترض التطبيق، في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نطاقاً قانونياً معيناً يتمسك به الخصم أمامه. كما يستأنس القاضي بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية، حتى لا يتم تشويهها<sup>(3)</sup>.

غير أن المشرع الجزائري تمسك بنظرية Bartin كما رأينا، ولم يساير هذا التوجه الحديث، رغم تعديله للنصوص القانونية المتعلقة بتنازع القوانين، وما كان عليه سوى إضافة

1 - د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 397.

2 - لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 380-384. د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 69-71.

3 - د. علي سليمان، المرجع السابق، ص 44.

كلمة "الرئيسي" للماد التاسعة من القانون المدني حينما يقول: "...يكون القانون الجزائري هو المرجع "الرئيسي" في التكييف...". وبهذه الإضافة سيكون بالإمكان التوسع في التكييف ليشمل القانون الأجنبي المفترض التطبيق، وكذا القانون المقارن في الفروض التي لا يعرف فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معيناً، ما يجعلنا نتقاضي تشويه العلاقة القانونية، لكنه لم يفعل وترك النص على ما كان عليه.

## الفصل الثاني: الإسناد ونظرية الإحالة

بعد تكييف موضوع النزاع يتم إسناد حله إلى قانون معين وذلك وفق ما تنص عليه قواعد الإسناد. وتتمثل أهمية قواعد الإسناد في كونها تشكل الآلية الأساسية التي عن طريقها تحل مشكلة تنازع القوانين، عندما تتزاحم القوانين لحكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي. فبواسطتها يحدد القانون الأكثر تحقيقاً للعدالة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم هذا النزاع.

غير أنه قد تختلف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى لأنها قواعد وطنية من حيث المصدر، فاختلف مضمونها واردة، فأحكام الميراث مثلاً ليست من الأحوال الشخصية في كل دول العالم، وهذا سيؤدي إلى اختلاف في قواعد الإسناد، الأمر الذي سيخلق اختلافاً في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقضية الواحدة، حيث يتنازع الموضوع الواحد قانونين كلاهما يقرّ باختصاصه، وهذا هو التنازع الإيجابي. كما قد يتهرب كل قانون من حل النزاع، فيكون التنازع سلبي، إذ يحيلنا كل قانون إلى آخر لحل النزاع، وهو ما يؤدي بنا إلى الإحالة.

على هذا الأساس سندرس في هذا الفصل كلا من الإسناد (مبحث أول)، والإحالة (مبحث ثاني).

### المبحث الأول: الإسناد

الإسناد عملية تأتي بعد عملية التكييف، تقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق، وسنتناول فيما يلي تعريف قواعد الإسناد وعناصرها.

## المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد

تعرف قواعد الإسناد بأنها تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي<sup>(1)</sup>، هدفها هو اختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقا للعدالة، من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة القانونية.

وتكون قواعد الإسناد فردية أو ازدواجية، فهي فردية إذا اقتضت على تحديد الحالات التي يكون فيها القانون الوطني مختصًا، وهي ازدواجية إذا حددت الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي مختصًا، والحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو المختص<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

لقاعدة الإسناد ثلاث عناصر: موضوع الإسناد، ضابط الإسناد، القانون المسند إليه، والتي سنتناولها في ثلاث فروع على التوالي.

### الفرع الأول: موضوع الإسناد

وهو الواقعة القانونية أو المسألة القانونية محل النزاع، والتي يكتفها القاضي على أنها من مواضيع الأحوال الشخصية، الأحوال العينية، الالتزامات التعاقدية، أو الالتزامات غير التعاقدية أو غيرها من مواضيع تنازع القوانين.

### الفرع الثاني: ضابط الإسناد

وهو المعيار الذي يتخذه المشرع ليحدد القانون الواجب التطبيق. ويعتبر ضابطا للإسناد: الجنسية، مكان إجراء التصرف، موقع المال... الخ.

---

1 - د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 5. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

2 - د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 6-7. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 45.

## الفرع الثالث: القانون المسند إليه

وهو القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد، والذي يتوصل إليه القاضي بفضل ضابط الإسناد.

### المطلب الثاني: نظرية الإحالة

الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي بمثابة القانون الواجب التطبيق، وقد ظهرت نظرية الإحالة بمناسبة قضية Forgo<sup>(1)</sup>، حيث طرح سؤال مهم، ألا وهو: إذا حدّد القاضي قانونًا أجنبيًا باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهل نطبق منه قواعده الموضوعية فقط، أو نطبق أيضًا قواعد التنازع فيه؟ مما قد يقودنا إلى الإحالة.

### الفرع الأول: نشأة نظرية الإحالة

أجاب القضاء الفرنسي على هذا التساؤل في قضية Forgo والتي تتلخص وقائعها فيما يلي<sup>(2)</sup>:

كان Forgo ولد غير شرعي، ولد في أوائل القرن التاسع عشر بإقليم بافاريا، ونزحت به أمه وهو طفل في الخامسة من العمر إلى فرنسا وأقاما هناك إقامة فعلية دون اتخاذ موطن قانوني بها، حيث كان القانون الفرنسي يقتضي يومئذ الحصول على تصريح بالتوطن القانوني وهما لم يحصلوا على هذا التصريح، وعندما شبّ Forgo تزوّج من فرنسية ثرية ماتت وتركت له ثروة منقولة طائلة، وفي الثامنة والسنتين من العمر توفي Forgo عن ثروة منقولة دون ورثة مباشرين، أي دون أولاد، آباء، أو إخوة. وقد كان القانون الفرنسي آنذاك لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلاّ لأبويه وإخوته فقط، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة باعتبارها تركة بلا وارث.

1- على الرغم من أن القضاء الفرنسي عرف مشكلة الإحالة منذ القرن السابع عشر، راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 434.

2- لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 434. د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 91-93. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 99-100.

حينئذ طالب الحواشي من عائلة Ditchl أقارب أمّه بالميراث، مستدّين في طلبهم إلى قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي، فقضت محكمة استئناف Pau رفض طلبهم في 1874/03/11 مستدّة إلى أنّ Forgo كان متوطناً في فرنسا وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته المنقولة القانون الفرنسي والذي يقضي بحرمان غير أبوي وإخوة الولد غير الشرعي من ميراثه. فرغ الورثة طعناً في الحكم لدى محكمة النقض الفرنسية، التي نقضت الحكم في 1875/05/05 على أساس الخطأ في اعتبار Forgo متوطناً في فرنسا، لأنّه لم يحصل على ترخيص بالتوطن فيها ويكون موطنه القانوني حينئذ بافاريا وبالتالي يطبق عليه القانون البافاري.

أحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بورجو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورّث هؤلاء الحواشي، فطعنّت مصلحة الأملاك في هذا الحكم على أساس أنّ قواعد التنازع في القانون البافاري تطبق على ميراث المنقول قانون الموطن الفعلي، فقضت محكمة النقض في 1878/06/24 بنقضه لأنّه طبق القانون البافاري في قواعده الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، وهي تحيل ميراث المتوفى إلى قانون موطنه الفعلي، وهو هنا القانون الفرنسي، وأحيلت القضية من جديد إلى محكمة تولوز، وقضت في 1880/05/22 بما رآته محكمة النقض. فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنّه طبق قواعد التنازع في القانون البفري دون قواعده الموضوعية، إلا أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن في 1882/02/22، وهكذا قبلت محكمة النقض إحالة القانون البفري على القانون الفرنسي دون أن تصرّح بأنها إحالة، وتوالت أحكام القضاء الفرنسي في الأخذ بالإحالة.

فالإحالة إذن تقتضي أنّ تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي ليس متعلق بقواعده الموضوعية فحسب، إنّما يشمل أيضاً قواعد الإسناد التي ينص عليها، أي أنّ أول ما يطلع عليه القاضي الذي عرض عليه النزاع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، هو قواعد التنازع، ليتأكد إن كان هذا القانون يقبل الاختصاص أو يرفضه، فإذا رفضه فإننا نكون أمام إحالة والتي لها صورتان:

-الإحالة مكن الدرجة الأولى: وصورتها عندما ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه النزاع، حل هذا النزاع، وتحيله إلى قانون القاضي، كما حدث في قضية Forgo<sup>(1)</sup>.

-الإحالة من الدرجة الثانية: وصورتها أن ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي حل النزاع، لكنها لا تحليه إلى قانون القاضي ولكن إلى قانون أجنبي آخر<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: مبررات جدلية الأخذ بالإحالة

لقد حاول مناصري الإحالة الدفاع عنها في مواجهة معارضها، معتمدين على الحجج التالية:

#### أولاً: حجج مناصري الإحالة

ينطلق مناصري الإحالة من القول بأن القانون الأجنبي الذي اختارته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، لا يطبق منه القواعد الموضوعية فحسب، بل حتى قواعد الإسناد فيه، لتكشف عما إذا كان القانون الأجنبي نفسه يسند حل النزاع إلى قواعده الموضوعية أم إلى قواعد قانون أجنبي آخر .

ولقد استند هذا الجانب من الفقه إلى الحجج التالية<sup>(3)</sup>:

- أن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه فيطبق كله، وعدم الأخذ بهذا الرأي سيؤدي تطبيق القانون الأجنبي، بينما لا يمنحه مشرعه هذا الاختصاص، وفي هذا تحدّ لإرادة المشرع الأجنبي.
- يترتب على الأخذ بالإحالة أن يكون الحكم الذي سيصدره القاضي المعروض عليه النزاع مماثلاً للحكم الذي سيصدره القاضي الأجنبي وعرض عليه النزاع، لأنّ كلاهما

---

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص98-100.

2- المرجع نفسه، ص 101.

3- لتفاصيل أكثر راجع: د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص442-444. د.أعراب بلقاسم، المرجع

السابق، ص ص 102-104.

سيعمل بقواعد الإسناد الموجودة في قانون القاضي الأجنبي، مما يسهل تنفيذه في البلد الذي طبق قانونه، وسميت هذه الحجة بحجة تعميم الحلول.

- أن الإحالة عادة ما تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي، فيسهل عليه حل النزاع لأنه يعرف قانونه أكثر من غيره.

### ثانياً: حجج رافضي الإحالة

يذهب الفقه الرافض للإحالة إلى القول بأن إسناد حل النزاع إلى قانون أجنبي يخص القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد.

وقد استندوا في وجهتهم هذه إلى ما يلي (1):

- إذا كان القانون الأجنبي كل لا يتجزأ فالقانون الوطني للقاضي كذلك، فلماذا نطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد لقانون القاضي، كما أن لقواعد الإسناد دور محدد تتوقف عنده وهو اختيار أكثر القوانين ملائمة للحكم في المسألة المعروضة على القاضي الوطني.

- تطبيق الإحالة سيجعل كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي محيلاً لحل النزاع إلى الآخر، مما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة.

- القول بأن الإحالة ستؤدي إلى تنسيق في الحلول يفترض أن تأخذ كل الدول بالإحالة، بينما هناك تشريعات ترفض الإحالة (قانون الإيطالي).

- كما أن القول بأن الإحالة من شأنها تسهيل تنفيذ الأحكام، يفترض أن الحكم سينفذ في الدولة التي طبق قانونها الأجنبي على القضية بما فيه من قواعد تنازع، وهذا ليس صحيح دائماً، إذ قد ينفذ في دولة أخرى، وفي هذه الحالة يجب ألا يكون الحكم المراد تنفيذه مخالف لقواعد الإسناد في دولة القاضي، مما يعني أنه إذا كانت الدولة التي سيطبق فيها الحكم لا تأخذ بالإحالة، فستعتبر أن القاضي المصدر للحكم قد خالف قواعد التنازع مما يجعل الحكم معيب بالتالي غير قابل للتنفيذ.

---

1- لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 444-448. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 104-106.

## الفرع الثالث: الأساس القانوني للإحالة

تجنبًا للانتقادات أعلاه حاول الفقه المساند للإحالة إيجاد أسس يتم الاعتماد عليها لقبول الإحالة وتبريرها، نذكر أهمها فيما يلي.

### أولاً: نظرية التفويض كأساس لقبول الإحالة

مفادها أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي، فإنها تفوضه لحل النزاع تفويضًا عامًا، على نحو يتعين معه تطبيق هذا القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ، فيكون تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي يستند إلى أوامر المشرع الوطني لا تحد لإرادته<sup>(1)</sup>.

لكن هذه النظرية تتسم بأنها قائمة على افتراض لم يثبت بعد، وهو التفويض، فهو محض خيال.

### ثانياً: نظرية الإسناد الإحتياطي كأساس لقبول الإحالة

ذهب الأستاذ Lerebours – Pigeonnière إلى أن قواعد الإسناد في قانون القاضي نوعان، قاعدة إسناد أصلية وأخرى إحتياطية، فإذا أسندت قاعدة الإسناد الأصلية حل النزاع إلى قانون أجنبي، رفض الاختصاص بناءً على قواعد تنازعه، فلا يطبق القاضي القانون الأجنبي بتاتاً، إنّما يرجع إلى قاعدة الإسناد الإحتياطية التي تسند حل النزاع إلى قانون القاضي، فلا يكون تطبيق القانون الوطني بناءً على إسناد قاعدة أجنبية، إنّما من قاعدة وطنية<sup>(2)</sup>.

لكن ما يؤخذ على هذه النظرية أنه لا يوجد ما يشير إلى أن المشرع يأخذ دائماً بقاعدة إسناد إحتياطية إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية.

---

1- لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 449. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 111.

2- لتفاصيل أكثر راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 450-451. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 112-113.

### ثالثا: نظرية الإقليمية كأساس لقبول الإحالة

ينطلق الفقيه Niboyer من مبدأ أنه لا يجب أن نفرض على القانون الأجنبي إختصاصاً لا يرضاه لنفسه بمقتضى قواعده الخاصة بتنازع القوانين، بالتالي يطبق القاضي قانونه بناءً على مبدأ إقليمية القوانين، ذلك أنّ رفض القانون الأجنبي للإختصاص، يجعل النزاع مفتقر لقانون يحله، وبما أنه لا بدّ من إخضاعه لقانون ما، فيكون قانون القاضي هو الأنسب لذلك بوصفه صاحب الإختصاص بالنسبة لكل النزاعات التي تثور على إقليمه<sup>(1)</sup>.

غير أنّ هذه النظرية تجعل التطبيق دائماً خاص بقانون القاضي، وهذا غير صحيح، إذ قد يعترف تشريع ما بالإختصاص بالعلاقة محل النزاع، فلماذا يكون القانون الوطني للقاضي هو المطبق وليس هذا التشريع الآخر.

### رابعا: نظرية قبول أو رفض الإحالة في ظل الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها

مفاد هذه النظرية هو أنّ الأخذ بالإحالة أو رفضها لا يكون بناءً على إعتبرات نظرية بحثة مسبقة، إنّما يتم بالنظر إلى الغاية التي من وراءها وضعت قاعدة الإسناد، فلا يحدد الأخذ بالإحالة من عدمه إلاّ القاضي المعروض عليه النزاع، فهو قد يأخذ بالإحالة، إذ كانت قاعدة الإسناد تهدف إلى رد الإختصاص إلى القاضي الوطني، ولا يأخذ بالإحالة في الحالة العكسية<sup>(2)</sup>.

الواقع أن الإحالة ماهي إلا حيلة أو مبرر لتطبيق القانون الوطني، وكما رأينا في قضية Forgo الحفاظ على الثروة الاقتصادية، بدليل نبد الإحالة من الدرجة الثانية التي تؤدي إلى تطبيق قانون ثالث.

### الفرع الرابع: موقف المشرّع الجزائري من الإحالة

تنص المادة 23 مكرر<sup>1</sup> على ما يلي: "إذا تقرّر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 113-114.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 105-108.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص".

نستنتج من هذه المادة أنّ المشرّع يرفض الإحالة كمبدأ عام، حيث يفرض على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع فيه، إلا إذا أحالت هذه الأخيرة إلى القانون الجزائري، ففي هذه الحالة يتم قبول الإحالة. أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استثناء، ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، أي عندما يحيل القانون الأجنبي إلى قانون أجنبي آخر، وفي هذه الحالة يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الجزائرية، على الرغم من أن قواعده الإسنادية رفضت الاختصاص، وأحالته إلى قانون آخر.

## الباب الثاني: التنظيم الوضعي لقواعد التنازع

بعدما تعرضنا للمسائل الأولية التي لا بد للقاضي أن يتناولها قبل النظر في أي نزاع يحتوي على عنصر أجنبي، لا بد من أن ندرس صلب موضوع التنازع ألا وهو التنظيم الوضعي لقواعد التنازع، أي قواعد الإسناد المتعلقة بكل فئة من فئات الإسناد.

على هذا الأساس سنقسم هذا الباب إلى أربعة فصول:

- الفصل الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- الفصل الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال العينية.
- الفصل الثالث: قواعد التنازع المتعلقة بالإلتزامات التعاقدية.
- الفصل الرابع: قواعد التنازع المتعلقة بالإلتزامات غير التعاقدية.

### الفصل الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية

تكتسي دراسة قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية أهمية قصوى، ذلك أن الأحوال الشخصية هي المجال الخصب لتنازع القوانين، لأن القوانين تختلف اختلافا كثيرا في هذا المجال شكلا وموضوعا. وتقتضي دراستها التطرق إلى نقطتين أساسيتين، هما تحديد ضابط الإسناد (مبحث أول)، وتحديد المواضيع التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية (مبحث ثاني).

### المبحث الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية

يحكم الأحوال الشخصية ضابطي إسناد أساسيين هما الجنسية والموطن، وتختلف الدول في الأخذ بهما وذلك استنادا إلى ظروف كل منها على حدى، وقد حاول الفقه تبرير مواقف الدول، لذا نعرض حجج مساندي ضابط الجنسية في مطلب أول، وحجج مساندي ضابط الوطن في مطلب ثاني.

## المطلب الأول: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الجنسية

تتجه الكثير من التشريعات إلى الأخذ بالجنسية كضابط إسناد للأحوال الشخصية معتمدة على حجج كثيرة أهمها<sup>(1)</sup>:

- وجوب إستقرار الأحوال الشخصية والمعيار المحقق لهذا الإستقرار هو معيار الجنسية والتي عادة ما تكون ثابتة، عكس ضابط الموطن الذي لا يحقق الثبات والإستقرار المطلوبين.
- الأخذ بقانون الجنسية يجعل المواطن في الدولة الأجنبية مرتبط بدولته، وإذا كان كذلك، نقل أعرافه وعاداته إلى هذا البلد.
- عندما تسنّ الدولة تشريعاتها بشأن الأحوال الشخصية تستمد الكثير من القواعد من المبادئ المعمول بها في المجتمع، والمستمدة من شرائع وعادات وتقاليد، فهي تضع هذه القواعد لمواطنيها فقط وليس للأجانب.

## المطلب الثاني: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الموطن

تذهب جملة من التشريعات إلى إتخاذ الموطن بدلاً من الجنسية كضابط إسناد للأحوال الشخصية محتجين بما يلي<sup>(2)</sup>:

- عند تعدد الجنسيات في الأسرة الواحدة بحيث يحمل كل من الزوجين والأولاد جنسيات مختلفة عن بعضهم البعض، ففي مثل هذه الحالة من الأحسن الأخذ بضابط الموطن، بالتالي ستخضع الأسرة الواحدة لقانون واحد.
- غير أنّ هذه الحجة يمكن أن تتعكس بحيث قد يكون لأفراد الأسرة جنسية واحدة ولكل منهم موطن مختلف عن الآخرين، فيكون الأفضل هو تطبيق ضابط الجنسية.
- قانون الموطن يخدم مصلحة المواطنين لأنهم سيتعاملون مع الأجانب على أساس تطبيق قانون بلدهم الذي يعرفونه.

---

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 57-58. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 202-203.

2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58-59. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 203-204.

- لكن ليس كل الأجانب المتعاملين مع المواطنين متوطنين في بلدهم.
- من الأحسن للدول التي تكثر الهجرة إليها، ويقطن فيها عدد كبير من الأجانب من جنسيات مختلفة، أن تأخذ بضابط الموطن لكي تخضع هؤلاء الأجانب لقانونها.
- غير أنه من الأفضل للدول التي تكثر الهجرة منها الأخذ بضابط الجنسية تطبيق قانونها على رعاياها.

الواقع أن تفضيل ضابط على الآخر يعود إلى ظروف كل دولة على حدة، إذ من مصلحة الدول المصدرة للرعايا، أي التي تكثر الهجرة منها إلى الخارج، الأخذ بضابط الجنسية من أجل ربط رعاياها بها، وضمان عدم اندماجهم في المجتمعات الأجنبية، بينما تأخذ بضابط الموطن الدول المستوردة للرعايا، أي التي تكثر الهجرة إليها، حتى تحقق التجانس القانوني بين رعاياها والأجانب.

ويتجه الفقيه Batiffol إلى التوفيق بين الضابطين وعدم الأخذ بأحدهما بصفة مطلقة، وقد أخذت بعض الدول المطبقة لضابط الجنسية تقسح المجال لتطبيق قانون الموطن خاصة بالنسبة لعديمي الجنسية والأسرة المتعددة الجنسيات، كما أن بلاد شمال أوروبا تتطلب لتطبيق قانون الموطن أن يتسم التوطن مدة كافية وإلا طبق قانون الجنسية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري

أناط المشرع الجزائري الأحوال الشخصية بضابط الجنسية حيث نص في م 10/1<sup>1</sup> ق.م.ج على أن " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وهي قاعدة تسري على الجزائريين والأجانب على حد سواء، عكس النص القديم الذي كان خاصا بالجزائريين وحدهم.

ويشير تطبيق ضابط الجنسية إشكاليتين، حالة تعدد الجنسيات وحالة انعدامها. فإذا كنا بصدد تعدد الجنسيات نصت م 22 ق.م.ج على تطبيق قانون الجنسية الفعلية أي أكثرها ارتباطا بالشخص، وإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص فيطبق القانون الجزائري وحده.

1- د. علي سليمان، المرجع السابق، ص 60.

أما إذا كان الشخص محل النزاع عديم الجنسية فلقد اقترح بعض الفقهاء تطبيق قانون دولة الميلاد، لكن ما من مشرع أخذ بهذا الرأي، لذا فالرأي المأخوذ به هو إخضاع عديم الجنسية لقانون موطنه، وإذا لم يكن له موطن، فقانون محل إقامته، وإذا لم يكن له لا موطن ولا محل إقامة عادية، يطبق قانون البلد الذي يوجد فيه<sup>(1)</sup>، أما المشرع الجزائري فنص في م22/ق.م.ج بعد تعديلها على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

لا تتفق التشريعات حول ما يمكن اعتباره من الأحوال الشخصية وما يمكن إخراجه من نطاقها، فمنها من يوسع نطاقها، ومنها من يضيق منه، ولعل المشرع الجزائري من أكثر المشرعين توسيعا لها. إذ يعتبر من الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري كل من الحالة، الأهلية، الزواج وآثاره، النسب، الطلاق وآثاره، النفقة بين الأقارب، حماية القصر، الميراث، الوصية، الهبة والوقف، وسنتطرق القانون الواجب التطبيق على كل منها بشيء من التفصيل.

### المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية

تتاول المشرع الجزائري قواعد الإسناد المتعلقة بالحالة والأهلية في المادة 10 من القانون المدني الجزائري، وسنتناول الحالة في الفرع الأول والأهلية في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة:

حالة الشخص الطبيعي هي مجموع الصفات التي تحدد ذاته وتحدد مركزه القانوني من أسرته، وتسمى بالحالة المدنية، وتشمل هذه الصفات كون الشخص ذكر أو أنثى، متزوج أو أعزب أو مطلق أو أرملة، أبا أو ابنا، بالغ أو قاصر، مسلم أو غير مسلم، سليم العقل أو مصاب بعاقة إلى غير ذلك من الصفات<sup>(3)</sup>.

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 62. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 207-208.

2- م22/ق.م.ج: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

3- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، دون سنة النشر، ص 3.

ويتم تحديد حالة الشخص بناء على قانون جنسيته، أي أن القانون الواجب التطبيق على الحالة هو قانون جنسية الشخص محل النزاع، وهذا طبقاً لنص م 10 ق.م.ج التي تنص على تطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص فيما يخص الحالة والأهلية، وهو يطبق على الجزائريين والأجانب، هذا فيما يخص الشخص الطبيعي.

أما فيما يخص حالة الشخص المعنوي، وكل ما يتعلق بها من شروط التمتع الشخصية المعنوية، وتنظيمه وتكوينه وإرادته، فقد درجت بعض التشريعات على إسنادها إلى قانون البلد الذي يوجد فيه المركز الرئيسي للشركة<sup>(1)</sup>، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في م 10/3<sup>3</sup> ق.م.ج على أنه: "غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

أي أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدتي إسناد قاعدة أصلية تتمثل في خضوع الشركة في البلد الذي يوجد فيه مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، وقاعدة إسناد احتياطية تتمثل في خضوع الشركة للقانون الجزائري، إذا مارست نشاطاً في الجزائر، ولو كان مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي في الخارج.

### الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأهلية

إن الأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء، أي صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية، وهي نوعان أهلية أداء خاصة وأهلية أداء عامة، فأما أهلية الأداء الخاصة فهي التي يستلزم لتوافرها شروط خاصة، كضرورة حصول الزوجة على إذن زوجها للتصرف في مالها، كما هو الحال في بعض الأنظمة الخاصة. وليست هذه هي الأهلية المقصودة بحيث تخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته<sup>(2)</sup>.

أما أهلية الأداء العامة، وهي التي تعيننا، فهي التي تحدد سن الرشد، سن التمييز، عوارض وموانع الأهلية، والجزاء المترتب على التصرفات التي ترتبط صحتها بأهلية

1- د. علي سليمان، المرجع السابق، ص 65.

2- المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

الشخص، ويحكم الأهلية كقاعدة عامة قانون جنسية الشخص (م 10/1 ق.م.ج)، عكس بعض التشريعات التي أخضعتها إلى قانون الموطن أو إلى نظام مختلط.

غير أن المشرع أورد استثناء في م 10/2 ق.م.ج التي تنص على ما يلي:

" ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبيينه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ".

حسب هذه المادة يطبق القانون الجزائري على الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانون بلده وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري إذا كان الذي يتعامل معه جزائري، إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية لا الشخصية (كالبيع).
- أن يتم التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها.
- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائري.
- أن يكون سبب نقص الأهلية خفي لا يسهل تبيينه من الطرف الآخر المتعاقد مع الأجنبي، فإذا سهل تبيينه لا يؤخذ بهذا الاستثناء.
- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وليس عديمها.

ويرجع هذا الاستثناء إلى قضية Lizardi<sup>(1)</sup>، وهو شاب مكسيكي يبلغ سن 23 سنة، اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي بقيمة 80 ألف فرنك، وقع بها صكوكا للتاجر الفرنسي، وحينما حلّ أجل هذه الصكوك طالب التاجر الشاب المكسيكي بالدفع، فتمسك هذا الأخير بنقص أهليته لعدم بلوغه سن 25 سنة، التي تعد سن الرشد بالنسبة للقانون المكسيكي بالتالي يعد تصرفه قابل للإبطال.

رفع التاجر الفرنسي دعوى ضده على أساس جهله بالقانون المكسيكي، وأنه كان يعتقد بكمال أهلية الشاب، وذلك بالنظر إلى القانون الفرنسي الذي يحدد سن الرشد ب 21 سنة،

---

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 203. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 67. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 218-219.

فصدر الحكم لصالحه وأيدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1961/01/16، على أساس أنه يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي تعامل بحسن نية مع الأجنبي، واستقر القضاء والتشريع الفرنسيين على هذا، وحذا حذوهما في ذلك المشرع الجزائري<sup>(1)</sup>.

ويرجع بعض الفقهاء أساس هذا الاستثناء إلى فكرة احترام النظام العام لقانون الوطني المتعامل مع الأجنبي، والبعض الآخر إلى فكرة الإثراء بلا سبب. ولعل الأصح أن نرجع أساس هذا الاستثناء إلى قاعدة مفادها أن " الجهل بالقانون أجنبي عذر مقبول " فلا يعقل مطالبة الوطنيين بمعرفة قوانين الأجانب بل تكفي معرفتهم بقانونهم الوطني<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج

يعتبر الزواج بمثابة المجال الخصب لتنازع القوانين، ويعود ذلك إلى اختلاف وجهة نظر الأنظمة الق المختلفة حوله، فمنها مثلا ما يبيح التعدد، ومنها ما يحرمه، واختلاف في التكييف فيما يتعلق بأحد شروط الزواج كإشهاره، إذ هناك من الأنظمة التي تعتبره شرطا موضوعيا، ومنها من يعتبره شرطا شكليا. وهذا التكييف يرجع بالطبع إلى قانون القاضي. وبالتالي لا بد من تحديد المواضيع التي تعد من مستلزمات الزواج حتى نحدد ضابط الإسناد بشأنها، وهذه المواضيع هي الخطبة، الشروط الموضوعية للزواج، الشروط الشكلية للزواج، وآثار الزواج.

### الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة

الخطبة هي طلب الزواج بامرأة خالية من الموانع الشرعية، وهي وعد بالزواج<sup>(3)</sup>، وقد اعتبرها المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات من الأحوال الشخصية، بالتالي تخضع شروطها الموضوعية لقانون جنسية الزوجين، حسب التشريع الجزائري (م 11 ق.م.ج) بينما

1- د. علي سليمان، المرجع السابق، ص 68.

2- المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

3- د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، دار بن باديس، الجزائر، 1997، ص 37-38.

تخضعها بعض التشريعات الأخرى لقانون القاضي أو قانون جنسية الخاطب<sup>(1)</sup>. ويخضع أيضا لقانون الجنسية حسب م 11 ق.م.ج آثار الخطبة.

أما الشروط الشكلية للخطبة، أي الكيفية التي تتم بها، فإنها تخضع لقانون مكان تمامها، وهذا حسب القاعدة العامة الواردة في م 19 ق.م.ج، التي تخضع شكل التصرفات إلى قانون مكان إبرامها. ويخضع لضابط الإسناد نفسه كل ما يتعلق بإثبات الخطبة.

وفي ما يخص العدول عن الخطبة فباعتباره قائم على أساس المسؤولية التقصيرية فيخضع لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للضرر حسب م 1/20 ق.م.ج التي تنص على تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

حددت الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج كالاتي: الرضا، الولي، الشاهدين، الصداق، بلوغ السن القانونية، خلو الزوجين من الموانع الشرعية (م 9 و9 مكرر ق.أ.ج).

وقد نصت م 11 ق.م.ج على أن يطبق فيما يخص الشروط الموضوعية لعقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين، على أن يعتد بجنسية الزوجين وقت إبرام العقد، فلا يتأثر هذا الأخير إذا غير أحدهما جنسيته فيما بعد.

ولا يطرح تطبيق قانون الجنسية أي إشكال إذا كان للزوجين جنسية واحدة، حيث يخضعان لقانون واحد، لكن الإشكال يثور عند اختلاف جنسيتهما، فهل يجب أن يتوفر لكل منها الشروط الموضوعية التي يستوجبها قانونه وقانون زوجه؟ وهذا هو التطبيق الجامع، أم يجب أن يتوفر في كل منهما الشروط التي ينص عليها قانونه الوطني فحسب؟ وهذا هو التطبيق الموزع.

1- د.حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 105.

2- م 1/20 ق.م.ج: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

والرأي السائد هو القائل بالتطبيق الموزع، أي يكفي احترام كل من الزوجين لقانون وطنه، ذلك أن التطبيق الجامع يعد مستحيل عمليا، غير أنه يستثنى من التطبيق الموزع الشروط الخاصة بالموانع، نظرا لخطورتها، ويؤخذ بشأنها التطبيق الجامع، أي وجوب احترام الموانع المنصوص عليها في كل من قانون الزوج وقانون الزوجة على السواء<sup>(1)</sup>.

إلا أنه يستثنى من القاعدة التي حددتها م 11 ق.م.ج الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا، حيث تنص م 13 ق.م.ج على تطبيق القانون الجزائري وحده، إلا فيما يخص أهلية الزواج، فتبقى خاضعة للقاعدة العامة. والعبرة بجنسية الزوجين وقت إبرام عقد الزواج.

### الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج:

ذكرنا من قبل أن تحديد ما يعد شرطا شكليا أو شرطا موضوعيا بالنسبة لإبرام عقد الزواج هو مسألة تكييف وتخضع لقانون القاضي.

ويعد من الشروط الشكلية لعقد الزواج كل القواعد والإجراءات التي تتصل بالزواج من حيث شهره، تحريره، إثباته، الوكالة، والشهود.

ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يورد نص خاص بالشروط الشكلية لعقد الزواج بالتالي يجب تطبيق نص م 19 ق.م.ج والتي تخضع العقود فيما بين الأحياء في شكلها لقانون مكان إبرامها، غير أن الأخذ بهذه القاعدة ليس إلزامي بل اختياري، إذ يجوز أيضا حسب نص م 19 ق.م.ج أن يطبق على الشروط الشكلية لعقد الزواج قانون جنسية الزوجين إذا كانت جنسيتها واحدة، أو قانون موطنهما المشترك، أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

ويترتب على ذلك أن الجزائري الذي يبرم عقد زواجه وفقا للشكل المطلوب في البلد الذي أبرمه فيه يكون عقده صحيح شكلا، وكذلك إذا أبرم هذا الزواج لدى القنصليات

---

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 262-264. د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 69-70.

الجزائرية في الخارج إذا ما اتبع الشكل المنصوص عليه في قانون الحالة المدنية الجزائري (م76 ق.ح.م.ج).

### الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

يرتب عقد الزواج نوعين من الآثار، شخصية ومالية، أما الآثار الشخصية فهي تلك المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية، والتي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، أهمها النفقة، القوامة. وأما الآثار المالية فهي ما يتعلق بملكية أموال الزوجين من حيث إرادتها وإدارتها، والإلتزامات والحقوق الواردة عليها، والنظام المطبق عليها يختلف من دولة إلى أخرى.

بالنسبة للدول التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية فتأخذ بنظام الانفصال المالي أي استقلالية الذمة المالية لكلا الزوجين، مما يعني أنه ليس للزواج أي أثر على الجانب المالي.

أما بالنسبة للدول الغربية فيرتب الزواج آثارا مالية على الطرفين، بحيث يتم تطبيق ما يسمى بـ " نظام الزوجية "، " Régime Matrimonial " وهو مجموعة القواعد القانونية التي يتألف منها النظام القانوني الذي تخضع له أموال الزوجين أثناء الزواج وعند حله، وهي تنقسم طبقا للتشريعات الحديثة في فرنسا<sup>(1)</sup> إلى قسمين:

- 1- **نظام الانفصال المالي:** يحتفظ بمقتضاه كل من الزوجين بحرية التصرف في ماله وإدارته، على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة.
- 2- **نظام الاشتراك المالي:** بمقتضاه يشترك كل من الزوجين في مصاريف الأسرة وقضاء الديون الناتجة عن القيام بشؤونها، وله ثلاث صور.

أ- **نظام الاشتراك العام:** وتكون فيه أموال الزوجين مشتركة بينهما.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 74-75.

ب- نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب: وتكون فيه فقط المنقولات المملوكة للزوجين عند انعقاد الزواج، شركة بينهما، أما الأموال التي يكتسبها بعد الزواج فتكون مشتركة بينهما سواء كانت عقارات أو منقولات.

ج- نظام الاشتراك المخفض: ولا يشترك فيه الزوجان إلا فيما يكسبانه بعد الزواج.

ويكون للزوجين الاتفاق على النظام التي سيأخذان به عند إبرام عقد الزواج، وهو ما يصطلح على تسميته بالنظام الاتفاقي، فإذا أهمل ذلك يتم الأخذ بنظام الاشتراك المخفض بالضرورة، فإذا اختارا نظاما طبق عليه القانون الذي يختارانه، أما إذا لم يختارا نظاما طبق عليهما حسب القانون الفرنسي قانون موطنهما<sup>(1)</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري على أن يسري قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لعقد الزواج وهذا حسب م 12/1 ق.م.ج، كما أن القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج فهو حسب نص م 12/1 ق.م.ج قانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج.

وطبقا لنص م 13 ق.م.ج، يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام عقد الزواج، ويطبق هذا الاستثناء ولو غير الزوج الجزائري جنسيته، بأن تخلى عن الجنسية الجزائرية واكتسب جنسية أجنبية، بحيث يكون أجنبيا عندما يثور النزاع.

غير أنه فيما يخص النسب وعلى الرغم من كونه أثر من آثار الزواج، فقد خصه المشرع بنص خاص في م 13 مكرر ق.م.ج، حيث أخضعه لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، والأمر نفسه فيما يتعلق بالاعتراف بالنسب وإنكاره، فإذا ما توفي الأب قبل ميلاد الطفل طبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

### المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية

دراسة القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية يستلزم التطرق إلى ثلاثة نقاط:

1- KITIC Dusan, Droit international privé, Ellipses, Paris, 2003, p59.

- أسباب انحلال الرابطة الزوجية (فرع أول)
- إجراءات دعوى انحلال الزواج (فرع ثاني)
- آثار انحلال الزواج (فرع ثالث)

### الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج

تتحل الرابطة الزوجية في النظم القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية بالوفاة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، الطلاق بالتراضي، التطليق، والخلع<sup>(1)</sup>، أما في النظم الغربية فتحل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، وذلك غالبا ما يسبقه التفريق الجسماني بين الزوجين، وهو المباعدة المادية بين الزوجين، أو بالتطليق، أين يطلب أحد الزوجين الانفصال عن الآخر عن طريق القضاء.

وبما أن انحلال الرابطة الزوجية لا يثبت إلا بحكم فإن القانون الواجب التطبيق فيما يخص الشروط اللازم توافرها لإيقاع الطلاق، أو لطلب التطليق أو الخلع، وكل ما يتعلق بإثباتها، سيما إثبات الضرر، كل هذا يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهذا طبقا لنص المادة 2/12 ق.م.ج، على الرغم من كون هذه القاعدة مجحفة بالنسبة للزوجة، إذ أنها قد تخضع لقانون معين عند إبرام عقد الزواج، ثم تفاجأ بتطبيق قانون آخر عند الطلاق إذا ما غير الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج.

بينما أخذت الدول الأنجلوساكسونية بقانون القاضي، وأخذت دول أوروبا والدول اللاتينية بإخضاع التطليق والتفريق الجسماني إما لقانون جنسية الزوج وحده، أو لقانون جنسية كل من الزوجين على أساس التطبيق الجامع أو الموزع، بحيث يخضع المشرع الفرنسي لإنحلال الزواج لقانون الموطن الزوجين إذا لم يكونا متوطنين في فرنسا، أما إذا كان لهما موطن في فرنسا فيطبق القانون الفرنسي ولو كانا أجنبيين<sup>(2)</sup>.

1- راجع المادتين 47 و48 من قانون الأسرة الجزائري.

## الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات دعوى انحلال الرابطة الزوجية

وهي الإجراءات المتعلقة برفع دعوى الطلاق، التطلق، الخلع، التفريق الجسماني، جلسة الصلح، أو التحكيم. وهي متعلقة بالنظام العام، بالتالي فهي تخضع لقانون القاضي حسب المادة 21 مكرر من القانون المدني التي تنص على أن: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

## الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الرابطة الزوجية

تتعلق هذه الآثار بالعدة، نفقة العدة، الحضانة، مسكن الزوجية، والتعويض، ويحدد لنا أيضا في حالة التفريق الجسماني المدة التي سيتحول فيها هذا التفريق إلى تطلق. والقانون الواجب التطبيق على هذه الآثار هو قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق طبقا لنص م 12 ق.م.ج.

غير أن المشرع الجزائري أورد في م 13 ق.م.ج قاعدة حول القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية وعلى آثار هذا الانحلال، بحيث تنص على تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، مما يعني أنه إذا كان أحد الأطراف جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، ثم غير جنسية بعد ذلك بحيث لا يصبح في رابطة الزوجية أي طرف جزائري وقت رفع الدعوى، فإننا وعلى الرغم من ذلك سنطبق القانون الجزائري.

## المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني

الكفالة هي رعاية الولد والتكفل به ماديا، وقد تكون الرعاية تربية، واعتبرها المشرع الجزائري من الأحوال الشخصية، وعلى هذا الأساس فضايط الإسناد المتعلق بها هو الجنسية حيث تنص م 13 مكرر 1 من ق.م.ج على أن صحة الكفالة يسرى عليه قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، أي فيما يخص الشروط الموضوعية للكفالة يكون التطبيق موزع فكل طرف يستجيب للشروط التي ينص عليها قانونه، أما الشروط الشكلية فتطبق بشأنها نص م 19 المذكورة آنفا.

وفيما يتعلق بآثار الكفالة فالقانون الواجب التطبيق بشأنها هو قانون جنسية الكفيل، وقد أشارت م 13 مكرر 1/2 على تطبيق الأحكام نفسها فيما يخص التبني، والذي يعرف على أنه إلحاق نسب الطفل معلوم أو مجهول النسب بشخص ما.

### **المطلب الخامس: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب**

النفقة نوعان، نفقة زوجية، ونفقة بين الأقارب. تعد نفقة الزوجة من آثار الزواج، فليست هي المقصودة بالنفقة المدروسة هنا، إنما المعنية هي النفقة بين الأفراد الذين تربطهم علاقة الدم (الأصول الفروع والحواشي) أو المصاهرة، والمقررة بناء على قواعد موضوعية، وبهدف حماية أطراف العائلة من العوز الذي قد يلحقهم بسبب عدم قدرتهم على متطلبات المعيشة بمفردهم. ولذلك تعتبر النفقة بين الأقارب من موضوعات الأحوال الشخصية.

وقد درج القضاء في فرنسا على إخضاع النفقة بين الأقارب إلى قانون القاضي لأنها متعلقة بالنظام العام، أما اتفاقية لاهاي لتاريخ 1956/10/24 الخاصة بالنفقة على الأولاد، فقد أخضعتها لقانون الموطن العادي للولد، وإذا رفض هذا القانون الاختصاص، خضعت النفقة للقانون الذي تحدده قواعد التنازع في قانون القاضي ويتجه الفقه الحديث في فرنسا إلى الأخذ بالقانون الذي يحكم آثار الزواج أو الذي يسري على علاقة البنوة<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص في م 14 ق.م.ج على أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنسية المدين بها، أي الملزم بالنفقة، وليس المستفيد منها. أما النفقة الوقتية، أي التي يحكم بها القاضي أثناء نظر الدعوى، فباعتبارها إجراء مؤقت يتعلق بالأمن العام في الدولة، فتخضع لقانون القاضي.

### **المطلب السادس: القانون الواجب التطبيق على حماية الأشخاص غير كامل الأهلية**

اعتبر المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية كالولاية (الولاية المقصودة هنا هي الولاية على المال لأن الولاية على النفس هي من أحكام الزواج)

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 78.

والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية التي تحمي المحجورين والغائبين من الأحوال الشخصية.

نصت المادة 15 ق.م.ج على أن القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين، تخضع لقانون جنسية الشخص الذي يجب حمايته، ذلك أن تلك النظم القانونية إنما هي مقررة لحماية ناقصي الأهلية، وقد أصاب المشرع حين أسند هذه القواعد لقانون الجنسية المحمي بدل قانون موقع المال، أو قانون جنسية القائم بالحماية.

غير أنه إذا كان الحق المحمي محل تدابير استعجالية يطبق القانون الجزائري في حالتين :

- إذا كان القصر عديموا الأهلية أو الغائبون موجودون في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير.
- إذا تعلق على التدبير بأموالهم الموجودة في الجزائر.

القواعد الموضوعية التي تخضع لقانون جنسية المحمي هي تلك المتعلقة بما يلي:

1. طلب الحجر ورفع.
2. تحديد طبيعة نظام الحماية، هل هو ولاية أو وصاية أم قوامة.
3. تعيين الولي، الوصي أو القيم واستبعاده.
4. صلاحيات القائم بالحماية وسلطاته.
5. حقوق القائم بالحماية وأجره.

أما القواعد المتعلقة بالإجراءات والاختصاص، فتخضع لقانون القاضي.

**المطلب السابع : القانون القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت**

تنص المادة 16<sup>1</sup>/ق.م.ج على أنه: "يسري على الميراث، والوصية، وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

على هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى فروعين، يتعلق الأول بالميراث، الثاني بالوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

### الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الميراث

يختلف القانون الواجب التطبيق على الميراث بحسب ما إذا كانت الدولة تدخله ضمن طائفة الأحوال الشخصية أو طائفة الأحوال العينية.

بالنسبة للدول التي تجعل الميراث من الأحوال العينية، فهي إما تخضعه لقانون موطن المتوفي، أو أنها تفرق بين العقار والمنقول، فتخضع ميراث العقار لقانون موقع العقار، وميراث المنقول لقانون موطن المتوفي، مثلما هو الحال في فرنسا، ويرى Niboyer أنه يستحسن إخضاع الميراث كله لقانون موقع المال وذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية.

أما بالنسبة للدول التي تجعل الميراث من الأحوال الشخصية فتخضعه لقانون جنسية المتوفي، والمشرع الجزائري أخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة (م16/ق.م.ج)، ويحدد هذا القانون طبيعة الوفاة (حقيقية أو حكمية) مشتملات التركة، الحقوق المتعلقة بها، من هم الورثة، أسباب الإرث، موانع الإرث، تحديد الأنصبة، قواعد الحجب، وحالات الميراث الخاصة.

ونشير إلى أنه في حالة اصطدام قواعد الميراث مع النظام العام في الدول التي تأخذ بالشرعية الإسلامية فيتم استبعادها.

كما نشير إلى أنه يخضع لقانون موقع المال ما يتعلق بالحقوق الواردة على العقارات الموروثة، القواعد المتعلقة بشهر حق الإرث، تنظيم حالة الشيوخ وإدارة الأموال الشائعة، وإجراءات انتقال أموال التركة إلى أصحابها، لأنها مسائل متعلقة بالأحوال العينية.

فإذا لم يكن للمتوفي ورثة آلت التركة إلى خزينة الدولة باعتبارها مالكة لكل الأملاك الشاغرة الموجودة في إقليمها، وهذا حسب نص المادة 180 ق.أ.ج والمادة 773 ق.م.ج، وليس باعتبارها وارثة .

وعلى هذا الأساس لا تخضع التركة التي ليس لها وارث لأحكام المادة 16 ق.م.ج بل تخضع للمادتين 180 ق.أ.ج و 773 ق.م.ج فلا وجود لقاعدة إسناد تخصصها.

## الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

تعرف المادة 184 ق.أ.ج الوصية على أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. وتخضع الشروط الموضوعية المتعلقة بالوصية حسب نص المادة 1/16 ق.م.ج إلى قانون جنسية الموصي وقت وفاته، ذلك أن المشرع الجزائري جعل من الوصية موضوعا من مواضيع الأحوال الشخصية، بينما تخضعها الدول التي تدخلها ضمن الأحوال العينية إلى قانون موقع العقار إذا كان محل الوصية عقارا، وإلى قانون موطن الموصي وقت وفاته إذا كان محل الوصية منقولا.

ويسري قانون جنسية الموصي وقت وفاته على مقدار الوصية، الأشخاص الذين تجوز لهم الوصية، شروط صحة الوصية، والجزاء المترتب على مخالفة أحكام الوصية. أما فيما يخص أهلية الموصي فالرأي الأرجح هو أنها تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيصال، لأنه الوقت الذي يتم فيه إبرام التصرف بالتالي فهو الوقت الذي يشترط فيه كمال الأهلية وهو الرأي المأخوذ به في فرنسا<sup>(1)</sup>.

ولم يحدد المشرع الجزائري شكلا معيناً للوصية فيجوز أن تتم شفاهة، بورقة عرفية، أو في الشكل الرسمي أمام الموثق، إلا أنه نصت المادة 191 ق.أ.ج على أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فتثبت بحكم، ويخضع شكل الوصية إلى أحكام المادة 19 ق.م.ج السالفة الذكر.

أما اتفاقية لاهاي لـ أكتوبر 1961 فتحيز خضوع شكل الوصية إلى قانون موطن الموصي أو قانون محل إقامته، وإذا وقعت الوصية على عقار يخضع شكلها لقانون موقع العقار، وتخضع الأهلية لقانون جنسية الموصي وقت قبول الوصية<sup>(2)</sup>.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319-320.

2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 82.

وتطبق الأحكام ذاتها المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للوصية على التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. وهذه التصرفات طبقا لنص المادتين 776 و 777 ق.م.ج هي على التوالي :

- كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع.
- كل تصرف قانوني يصدر عن شخص لأحد ورثته مع الاحتفاظ بحق الانتفاع.

### **المطلب الثامن: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف**

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 ق.أ.ج بأنها "تمليك بلا عوض" ومن مقوماتها أنها تتم بين الأحياء وهي فورية ومنجزة عكس الوصية. ولقد حدّد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق عليها في المادة 2/16 حيث نص على خضوع الهبة لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها. ويحدد هذا القانون شروط الهبة وأركانها وحالات الرجوع عنها.

أما الوقف فهو حسب المادة 3 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف: "حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصرف بالمنفعة على الفقراء أو على وجه البر والخير" وهو أيضا خاضع لقانون جنسية الواقف وقت إجراء الوقف (م2/16) ويحدد لنا هذا القانون أنواع الوقف وأركانه وشروطه.

أما ما تعلق بشكل الهبة والقف فيخضع للأحكام الواردة في م 19 ق.م.ج. كذلك تخضع إجراءات تسجيل وشهر وانتقال الملكية في الهبة والوقف إلى قانون مكان وجود المال، حسب ما تنص عليه م 17 ق.م.ج لأنها من الأحوال العينية.

### **الفصل الثاني : قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال العينية**

تتضمن الأحوال العينية المسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان عقارا، منقولا ماديا أو منقول معنوي، والعنصر الأجنبي في هذه الحالة ليس متعلق بأطراف العلاقة القانونية بل بموضوعها، ألا وهو المال. وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة موضوع هذا الفصل كالاتي :

- التعريف بضابط الإسناد المتعلق بالأحوال العينية.

- تحديد القانون الواجب التطبيق على العقار والمنقول.
- التنازع المتحرك.
- القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي.

### المبحث الأول : ضابط الإسناد المتعلق بالأحوال العينية

ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال العينية هو موقع المال، وهو ضابط تجمع كل التشريعات على الأخذ به، إذ تعتبر قاعدة موقع المال Lex Réi Sitae قاعدة قديمة تعود إلى القرن الثالث عشر، حيث كان أول القائلين بها الفقيه Barttol عندما درس القانون الذي يحكم حق الأجنبي في البناء على العقار الذي يملكه، ثم قال بها الفقيه الفرنسي Dargentrea في القرن السادس عشر دفاعاً عن مبدأ إقليمية القوانين، مما يجعل المال خاضع لقانون موقعه، بعد ذلك نادى بها الفقيه Mancini على أساس أنها استثناء عن مبدأ شخصية القوانين (القرن 19)، كما دافع الفقيه الألماني Savigny عن هذه القاعدة مراعاة لمصالح الأشخاص<sup>(1)</sup>.

وقد أيد القضاء هذه القاعدة، وأخذت بها غالبية التشريعات، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 17 و17مكرر ق.م.ج، إلا أنه هناك بعض الاختلافات التي سنشير إليها في موضعها.

وتتعدد مبررات الأخذ بهذه القاعدة<sup>(2)</sup>، نذكر أهمها :

- ضمان استقرار المعاملات، بحيث أن التأكد من وجود الحق العيني على المال لا يكون إلا بالرجوع إلى قانون البلد الذي يكون المال فيه، الأمر الذي يضمن حماية للغير، إذ أن إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر لا يمكن إلا أن تتم طبقاً لقانون البلد الذي يوجد فيه المال.
- بما أن الاختصاص القضائي يثبت للقضاء الذي يقع في دائرة اختصاصه المال، فالأولى أن يكون القانون المطبق على هذا المال هو قانون موقعه.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 972-975.

2- المرجع نفسه.

- توفير الحماية الاقتصادية للدولة، لأن العقار هو الثروة الحقيقية لها فالأحرى أن تخضعه لقانونها.
- العقار جزء من إقليم الدولة، مما يجعل تطبيق قانون موقع المال متعلق بسيادتها.

### المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المال

سوف نتطرق أولاً إلى القانون الواجب التطبيق على العقار ثم القانون الواجب التطبيق على المنقول.

### المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على العقار

ذكرنا سابقاً أن تكييف المال، فيما إذا كان عقاراً أو منقولاً يخضع لقانون موقع المال (المادة 17/1<sup>1</sup> ق.م.ج وذلك كاستثناء عن القاعدة العامة في التكييف).

يخضع العقار إلى قانون موقعه وذلك حسب نص المادة 17 ق.م.ج سواء كان العقار كله في إقليم بلد واحد، أو وقع جزء منه في إقليم بلد والجزء الآخر في الإقليم البلد المجاور، بحيث يطبق على كل جزء قانون البلد الذي يوجد فيه، مما يسهل تطبيق قاعدة قانون الموقع العقار.

يسري قانون موقع العقار على ما يلي:

- الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار، وهي حق الملكية وما يخوله للمالك من حق تصرف واستعمال واستغلال، حق الانتفاع، الاستعمال، السكن، الارتفاق وكذا ما يتعلق بأسباب الكسب وهي الاستيلاء، الشفعة، العقد، الالتصاق، الحيازة، التقادم المكسب، الميراث الوصية، الهبة.
- أحكام الحيازة من حيث كسبها، انتقالها، زوالها، حمايتها، والآثار القانونية المترتبة عنها.
- الحقوق العينية التبعية وهي الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص، حقوق الامتياز الواردة على العقار. أما إذا كان حق الامتياز غير خاص بالعقار وحده بل وورد على الذمة المالية للمدين ككل، فإنه يخضع في إقراره إلى قانون الموقع والقانون الذي يسري على الدين الذي يقرر عليه هذا الحق وهذا هو الرأي الأرجح.

- شهر التصرفات العقارية من تسجيل وقيد.
- شرط المنع من التصرف الوارد على العقار، من حيث جوازه وآثاره، والقيود التي يربتها على سلطات المالك، تخضع بالإضافة إلى قانون موقع العقار إلى القانون الذي يحكم التصرف الذي ورد بموجبه، سواء كان عقد أو وصية.
- العقود الواردة على العقار وهذا حسب نص المادة 4/18<sup>4</sup> ق.م.ج إلا ما تعلق منها بالحقوق الشخصية التي ترتبط بالعقد، فهي تخضع لقانون الإدارة، أما أهلية المتقاعدين فتخضع لقانون جنسية كل منها، كما أن شكل العقد الوارد على العقار فيخضع للقواعد الواردة في م 19 ق.م.ج.

كما يستثنى من تطبيق قاعدة قانون الموقع الحالة التي يكتسب فيها العقار أو المنقول عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة، بحيث أن هاتين الطريقتين في كسب الملكية لا تخضعان في القانون الجزائري إلى قانون موقع العقار، إنما إلى قانون جنسية المالك كما شرحنا ذلك سابقاً، عدا ما يتعلق منها بشهر انتقال الملكية وإجراءات التسجيل فيخضع لقانون موقع العقار.

### المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقول

يخضع المنقول إلى قانون موقعه الفعلي كأصل عام، وهذا حسب نص المادة 17 ق.م.ج، إلا إذا كان سفينة أو طائرة، فيخضع لقانون العلم الذي تحمله، والمقصود بقانون العلم قانون الدولة الذي سجلت فيها السفينة أو الطائرة، حيث أن كلاهما امتداد للإقليم الذي سجلت فيه، فكأننا نطبق قانون موقع المال.

وتخضع القطارات وعربات السكك الحديدية لقانون الدولة التي تملكها، بينما تخضع السيارة لقانون الدولة التي سجلت فيها<sup>(1)</sup>.

أما البضائع، فاعتبار حركتها السريعة واختلاف الأماكن التي قد تتواجد فيها، والتي قد لا تكون لها أي صلة بالبضائع، بحيث لا يعرف أصحاب البضائع أي شيء عن القانون الساري فيها، فقد اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق عليها، بين من يأخذ

1- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص ص 133-134.

بقانون علم السفينة أو الطائرة التي تحمل البضاعة، ومن يرى بوجوب تطبيق قانون جنسية مالكةا، ومن يرى تطبيق قانون البلد الذي تتجه إليه.

ويطبق قانون موقع المنقول على ما يلي:

- الحقوق العينية، من حيث مداها طرق اكتسابها وانتقالها وانقضائها، وآثارها وإذا ما كان يجب شهرها، وكيف يتم شهرها.
- الحيازة من حيث كسبها فقدانها، الآثار المترتبة عنها، واستردادها.
- شرط المنع من التصرف (كما شرحناه سابقا).

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالة انتقال ملكية المنقول عن طريق الميراث أو الوصية، بحيث نطبق قانون جنسية المالك، أي حال كون المنقول غير مفرد إنما يكون جزء من تركة أو من وصية أو هبة. وكذلك ما يتعلق بالأهلية إذ تخضع لقانون الجنسية، والعقد الخاص بالمنقول يخضع من حيث موضوعه لقواعد الواردة في م 18 ق.م.ج، ومن حيث شكله للقواعد الواردة في م 19 ق.م.ج.

### المبحث الثالث: التنازع المتحرك

إن معرفة القانون الواجب التطبيق على المنقول ليس بالأمر السهل، إذ ذكرنا من قبل أن هناك بعض المنقولات التي تكون سريعة التحرك مما يخلق لنا مشكلا في تحديد موقع المنقول، خاصة أن المشرع الجزائري استعان بمعيارين لمعرفة القانون الواجب التطبيق، معيار مكاني حيث نطبق قانون مكان تواجد المنقول، ومعيار زمني، حيث نطبق قانون وقت نشوء السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى.

فإذا اشترى شخص حاسوبا آليا (Ordinateur) في تونس، ورتب عليه رهنا حيازيا في الجزائر، وباعه في المغرب، فإذا ثار نزاع حوله، فما هو القانون الواجب عليه؟ التونسي، الجزائري، أو المغربي؟ أي هل نطبق قانون موقعه القديم أم قانون موقعه الجديد؟ وهذا ما أثار مشكلة التنازع المتحرك، والذي اقترح فيها حلان نذكرهما في مطلبين كما يلي:

- نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)

- نظرية نفاذ الحق المكتسب

### المطلب الأول: نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)

يتجه هذا الرأي إلى تطبيق قواعد التنازع الزمني المطبق في القوانين الداخلية على التنازع المتحرك، والذي مفاده تطبيق القانون الجديد وإلغاء القديم، بحيث أنه إذا انتقل المنقول إلى إقليم آخر خضع لقانون موقعه الجديد بغض النظر عما يكون قد ترتب عليه من حقوق في قانون الإقليم القديم. إذ يكون للقانون الجديد أثر فوري ومباشر على كل ما يكتسب تحت سلطانه، دون أن يستند إلى الآثار التي ترتبت في ظل القانون القديم<sup>(1)</sup>.

وينتج على تطبيق هذا الحل أنه إذا كان القانون القديم يعترف للمالك بحق ما على المنقول، ثم انتقل إلى دولة لا يعترف له فيها بهذا الحق، فقده، والعكس صحيح، إذا كان القانون القديم لا يعترف للمالك بحق ما على المنقول ثم انتقل إلى دولة يعترف له قانونها بهذا الحق كسبه.

ومثال ذلك تعلق انتقال الملكية في المنقول بتسليمه، حيث أن القانون السويسري لا يعترف بانتقال الملكية في المنقول إلا إذا تم تسليمه، بينما القانون الجزائري يثبت انتقال الملكية دون تسليم، فإذا ما اشترى عمر منقولا في سويسرا وكان لم يتسلمه بعد فلا يعتبر مالك، بالتالي لا تثبت له سلطات المالك طالما أن هذا المنقول موجود في سويسرا، أما إذا انتقل المنقول إلى الجزائر عدّ عمر مالكا حتى دون تسليمه إياه، والعكس صحيح، ويترتب على ذلك أنه لا يحق لعمر التصرف في المنقول طالما هو في سويسرا، وبمكته ذلك إذا انتقل المنقول إلى الجزائر، وهذا أمر غير سليم.

لذلك تعرض هذا الرأي للنقد على أساس أن<sup>(2)</sup>:

- تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية، وعدم استقرار المعاملات الواردة على المنقول مما يؤدي إلى هدم الثقة.

- تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى إهدار الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 123-126.

2- المرجع نفسه.

- هناك فرق بين التنازع الزمني والتنازع المتحرك، فالأول داخلي والثاني دولي، الأول يحدثه المشرع والثاني يحدثه الشخص. في التنازع الزمني القانون الجديد يلغي القانون القديم، بينما في التنازع المتحرك لا يلغي قانون موقع المنقول الجديد قانون موقعه القديم ولذا لا يجوز القياس.

كل هذا جعل البعض يأخذ بنظرية نفاذ الحق المكتسب.

### المطلب الثاني: نظرية نفاذ الحق المكتسب

طبقا لهذا الرأي متى نشأ حق تحت سلطان قانون معين فإن هذا الحق يبقى ساريا حتى لو انتقل المنقول إلى موقع جديد، حيث يجب احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم طالما اكتسب هذا الحق اكتسابا صحيحا، وأن جميع عناصره اكتملت في ظل القانون القديم، وأنه لم ينشأ حق مضاد له في ظل القانون الجديد، وكان هذا الحق المكتسب في ظل القانون القديم غير مخالف للنظام العام في القانون الجديد<sup>(1)</sup>.

وينتج على الأخذ بهذه النظرية أنه من كسب حق في ظل قانون جديد، يظل مكتسبا له مهما تغير موقع المنقول، وذلك في حدود الشروط المذكورة أعلاه.

ومثال ذلك، إذا اشترى عمر منقولاً معيناً، موجود في الجزائر وكان لم يتسلمه بعد، عد مالكا له، وتظل ملكيته ثابتة حتى لو انتقل المنقول إلى سويسرا وكان لم يتسلمه بعد، وذلك على الرغم من أن ملكية المنقول في عقد البيع لا تنتقل إلى المشتري طبقا للقانون السويسري إلا بالتسليم.

### المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك

يفهم من نص م<sup>3</sup>/17 ق.م.ج بأن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، حيث جعل الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي أدى إلى كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 1007-1009.

## المبحث الرابع : القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي

ويراد بها الحقوق المعنوية مثل: حق الاختراع، حق المؤلف وغيرهما. وتختلف التشريعات بشأن القانون الواجب التطبيق عليه، فإذا كان مصدر المنقول المعنوي هو العقد، كالديون الناشئة عن عقد إيجار أو بيع فيطبق بشأنه قانون الإرادة الذي يحكم العقد وهذا هو الرأي السائد في ألمانيا وسويسرا، أما في فرنسا فتخضع الديون لقانون الموطن المدين، كما سيأتي بيانه لاحقاً. أما إذا لم يكن الأمر كذلك فإن القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي يختلف بحسب اختلاف المنقول ذاته.

### المطلب الأول: المحل التجاري والأوراق التجارية

إن القانون الواجب التطبيق على المحل التجاري هو قانون تواجد أهم العناصر المعنوية المكونة له، وهو عنصر العملاء، وهذا القانون هو الذي يحدد لنا عناصر المحل التجاري، أهميتها، التصرفات الواردة عليها (إيجار، بيع، رهن) أحكام الإخلاء<sup>(1)</sup>.

أما الأوراق التجارية فقد رأى جانب من الفقه إخضاعها لقانون محل الوفاء، بينما ذهب اتفاقنا جنيف المنعقدتان سنة 1930 فيما يخص السفتجة والسند لأمر، و1931 فيما يخص الشيك، إلى إخضاع التزام الساحب لقانون محل السحب، والتزام كل مظهر لقانون مكان التظهير، والتزام القابل لقانون محل القبول<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني : الملكية الأدبية والفكرية

نصت اتفاقية Bern لسنة 1886 المعدلة في بروكسل سنة 1984، وساندتها في ذلك اتفاقية جنيف لسنة 1883 المتعلقة بحق المؤلف والمعدلة في لشبونة سنة 1958 على أن تطبق على الملكية الفكرية والأدبية من حيث مضمونها، مدى الحق فيها ومدتها إلى قانون بلد النشر لأول مرة.

1- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص ص135-136.

2- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص 124.

أما فيما يخص حماية حق المؤلف فالقانون الواجب التطبيق حسب الاتفاقيتين هو كالاتي<sup>(1)</sup>:

- فيما يخص الحماية نطبق قانون البلد الذي تطلب منه الحماية ولو لم يكن بلد النشر أول مرّة.
- فيما يخص مدّة الحماية، إذا كان قانون بلد النشر لأول مرة لا يمنح أصلا، فنأخذ بالمدّة الممنوحة في البلد الذي طلبت فيه الحماية . وإذا كان قانون بلد النشر لأول مرة يمنح الحماية لمدة معينة، فيجب ألا تزيد عنها مدّة الحماية الممنوحة في البلد الذي طلب منه الحماية. أما إذا نشر المؤلف لأول مرّة في عدّة بلدان، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي يمنح أقل مدّة حماية، وهذا حسب اتفاقتي برن وجنيف.
- وفيما يخص براءة الاختراع، فالقانون الوالت عليها هو قانون البلد الذي منح البراءة.

### المطلب الثالث: الملكية الصناعية

وتتمثل في الرسوم والنماذج والعلامة التجارية وهي تخضع لقانون البلد الذي سجلت فيه لأول مرة.

### المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري

يبدو واضحا من نص م17 مكرر<sup>1</sup>/ق.م.ج أن المشرع يشير إلى تطبيق قاعدة موقع المال الخاصة بالمنقول المادي على المنقول المعنوي، حيث تنص على ما يلي: " يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

وقد حدد المشرع الجزائري في نص م17 مكرر<sup>2</sup>/ق.م.ج محل وجود بعض المنقولات المعنوية كالاتي:

- مكان النشر الأول للمصنف، أو مكان إنجازه، بالنسبة للملكية الأدبية والفنية.
- البلد الذي منحها، بالنسبة لبراءة الاختراع.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 104-105.

- بلد التسجيل، بالنسبة للرسم والنموذج الصناعيين.
- بلد منشأة الاستغلال، بالنسبة للعلامة التجارية.
- بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري، بالنسبة للإسم التجاري.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى العناصر الأخرى للمحل التجاري، مما يدفعنا إلى الأخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص حسب م 23 مكرر 2 ق.م.ج.

### **الفصل الثالث: قواعد التنازع المتعلقة بالالتزامات التعاقدية**

يقصد بالالتزامات التعاقدية التصرفات القانونية التي تتم بين الأحياء دون التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والتي تصنف ضمن الأحوال الشخصية، كما نقصد بها أيضا التصرفات ذات الطابع المالي، دون تلك التي تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية والتي سبق أن أشرنا إليها.

وسندرس الالتزامات التعاقدية من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وشكله.

### **المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية**

تنص م 18 ق.م.ج على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه."

فيحكم موضوع العقد إذن أربعة ضوابط، الإرادة، الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، وموضوع العقد. غير أن أكثر الضوابط أهمية هو قانون الإرادة، لذا سنخصه بالدراسة في المطلب الأول، وباقي الضوابط في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية

لا يمكن لأحد أن ينكر ما للإرادة من سلطان في إبرام العقود، فهي تنشئ، تنفذ، تعدل، وتنتهي العقود دون تدخل الغير، إلا في حالات معينة نص عليها القانون، وتبعاً لذلك يكون من المنطقي أن تطلق إرادة المتعاقدين ليختارا القانون الذي سيحكم عقدهما، والذي من شأنه كذلك أن يحل أي نزاع ينشب بينهما فيما يتعلق بتنفيذ العقد.

بناءً على ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى نشأة ضابط قانون الإرادة في فرع أولاً، ومضمونه في فرع ثاني.

### الفرع الأول: نشأة قانون الإرادة وتطوره

كانت قاعدة خضوع العقد لمكان إبرامه شكلاً وموضوعاً معروفة لدى المدرسة الإيطالية القديمة التي كان يتزعمها الفقيه Bartol، حيث أنه لم يفرق بين شكل العقد وموضوعه، وهذا على أساس أن المتعاقدان عند إختيارهما للمكان الذي سيبيرما فيه عقدهما، قد إتجهت إرادتهما ضمناً إلى إختيار قانون محل إبرام هذا العقد ليحكم علاقتهما العقدية، وقد عرفت هذه القاعدة تحت تسمية *Locus régit Actum* (1).

ويرجع الفضل إلى الفقيه Dumoulin في الفصل بين موضوع العقد وشكله، حيث أستشير سنة 1525م في قضية القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، فأعتبر النظام المالي عقداً وبالتالي وجب خضوعه للقانون الذي إختاره الزوجان، وأنه لا معنى لأن نفترض أن المتعاقدين بإختيارهما لمكان إبرام العقد قد إختارا تطبيق قانون مكان الإبرام، إذ يمكن أن تكون إرادتهما قد إتجهت إلى إختيار قانون آخر، ومنذ هذا التاريخ ظهرت قاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين دون الشكل، وهكذا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص لأول مرة (2).

1- د.أعراب، بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 303-304.

2- د.أعراب، بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 304.

وقد وجهت عدة إنتقادات لقاعدة مكان إبرام العقد أهمّها ما ذكره الفقيه Batiffol من أنّ مكان إبرام العقد، غالبا ما يكون عرضيا ولا علاقة له بمصالح المتعاقدين، وأنّ عبارة مكان إبرام العقد تحتل عدّة مفاهيم، فهل يقصد منها المكان الذي تمّ فيه الإتفاق على جميع شروط العقد، أو المكان الذي تمّ فيه التوقيع على العقد، بإعتبار أنّ المكانين قد يختلفان<sup>(1)</sup>، ما جعل معظم التشريعات تأخذ بقاعدة قانون الإرادة كأصل عام.

وعلى الرغم من النجاح الذي لاقاه قانون الإرادة، وجّهت له عدّة إنتقادات أهمّها<sup>(2)</sup>:

- إذا كان يحق للمتعاقدين إختيار القانون الذي يحكم عقدهما، فكيف يكون الحل إذا إختارا قانونا يظهر من قواعده بأنّ هذا العقد باطل، فكيف يمكن القول بأنّ مبدأ سلطان الإرادة يحقق مصلحة المتعاقدين إذا جعل العقد باطل بسبب جهل المتعاقدين للقانون الذي إختاراه.

- إنّ تحديد سلطان القانون من حيث المكان من إختصاص المشرّع، لكن إذا أعطي للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، ألا نكون في هذه الحالة قد أعطينا إختصاص للمتعاقدين في تحديد سلطان القانون من حيث المكان.

- إذا لم يختار المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم عقدهما، فعلى القاضي البحث عن الإرادة الضمنية مما قد ينتج عنه أنّ القاضي قد ينسب إلى المتعاقدين قانوناً لم تتجه إرادتهما إليه إطلاقاً، مما يفتح المجال لإحلال إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين.

لكن ومع توجيه كل هذه الإنتقادات، إلّا أنّ معظم التشريعات أخذت بقانون الإرادة كقاعدة إسناد فيما يخص القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وإن كان القضاء في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية قد أحاطه بقيود، وضيق عليه، كما حدّت التشريعات التي أخذت به من حرية المتعاقدين في إختيار القانون الذي يطبق على عقدهما، خاصة بعد إعمال نظرية العش نحو القانون.

1- د.أعراب، بلقاسم، المرجع السابق، ص 304.

2- المرجع نفسه، ص 305-306.

والملفت الإنتباه أنه على الرغم من ظهور مبدأ قانون الإرادة على يد الفقيه الفرنسي Dumoulin، إلا أنّ هذه القاعدة لم تظهر في القضاء الفرنسي إلاّ سنة 1910 أين ذكرت محكمة النقض الفرنسية أنّ >> القانون الذي تخضع له العقود من حيث تكوينها، أو من حيث آثارها أو شروطها هو ذلك الذي تبناه الطرفان.<<.

غير أنّ الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد بشكل مطلق سيؤدي إلى النتائج التالية:

- يحق للمتعاقدين أن يختارا أيّ قانون يحكم عقدهما حتى لو كان هذا القانون ليست له علاقة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين، وهي نتيجة مرفوضة فقها وتشريعا، وقضاء.

- يحق للمتعاقدين أن يشترطا عدم تطبيق التعديلات التي ستطرأ على القانون المختار واللاحقة لإبرام العقد، فلا تسري هذه التعديلات التي بأثر رجعي على العقد.

- يحق للمتعاقدين إختيار بعض أحكام هذا القانون، وإستبعاد البعض الآخر، خاصة تلك التي يترتب على تطبيقها بطلان العقد.

- يمكن للمتعاقدين أن يختارا عدم إخضاع عقدهما لأيّ قانون وقد أكّدت هذا الأمر محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1940/04/24، ولكن محكمة النقض الفرنسية عارضت هذا الإتجاه في الحكم الصادر في 1950/06/21 أين ذكرت بأنّ >> كل عقد دولي يستند إلى قانون دولة ما.<<.

و قد أراد بعض الفقهاء الفرنسيين تجنب ما وجّه من إنتقادات لمبدأ سلطان الإرادة، وقالوا أنّ المتعاقدين لا يختاران القانون الواجب التطبيق على العقد، إنّما يختاران مكان تركيز العقد، حيث تطبق على العقد قانون البلد الذي ركّز فيه العقد، بالتالي فإيجاد القانون الذي يحكم العقد يكون بالبحث عن تركيز العقد، والذي يقصد به المكان الذي تمت فيه أكثر أو أهم عناصر العقد، مثل مكان المفاوضات، إجراءات التنفيذ، وغيرها من المظاهر الخارجية الملموسة التي يمكن تحديد مكانها، وقالوا بأنّ أهم عنصر يؤخذ به لتركيز العقد هو الإبرام، فيجوز أن يكون محل إبرام العقد هو مكان التركيز.

غير أنه وكما هو معلوم، يمكن أن يكون محل إبرام العقد عرضيا لا صلة له بمصالح أطراف العقد، كما أنّ العقد قد يبرم بين غائبين عن طريق الهاتف أو بالمراسلة أو عبر الأنترنت، فيجب على المتعاقدين أن يعتمدا على عنصر آخر لتركيز العقد، مثل محل التسليم، أو الوفاء بالثمن، وهذا يعني أن المتعاقدان هما اللذان سيختاران محل تركيز العقد، أي قانون محل تركيز العقد، وبالتالي فلا إرادتهما سلطان في إختيار القانون الذي يحكم العقد، أي أنه لا فرق بين نظرية قانون الإرادة، ونظرية تركيز العقد، خاصة أنه إذا لم يظهر في العقد أنّ إرادة الأطراف إتجهت إلى تركيز العقد في مكان معيّن، فسيؤولى القاضي تركيزه، مما يعني تحكّم القاضي في العقد وتمكينه من إخضاعه لقانون لم تتجه إرادة الأطراف إليه.

وتجنبنا لهذا النقد ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى إخضاع كل جزء من أجزاء العقد إلى قانون معيّن كالاتي:

- تخضع الأهلية لقانون الجنسية.
- يخضع الشكل لقانون الشكل.
- يخضع وجود الرضا لقانون القاضي، وإذا كان واجبا إفراغه في شكل معيّن لابدّ من خضوعه لقانون الشكل.
- عيوب الرضا تخضع لقانون الجنسية أو الموطن.
- موضوع الإلتزام وسببه يخضعان لقانون القاضي من حيث المشروعية، ولقانون محل التنفيذ من حيث كون الموضوع ممكن أو لا.

ولقد عيب هذا الرأي أنه جزأ العقد بينما هو وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة.

### الفرع الثاني: ضوابط تحديد قانون الإرادة:

الإرادة الصريحة- الإرادة الضمنية.

#### أولا: الإرادة الصريحة:

يتم التعرف على قانون إرادة المتعاقدين بالإستناد إلى الكيفية التي يعبر بها المتعاقدين عن إرادتهما، فإذا كانت صريحة، أي أنّ المتعاقدين قد إتفقا صراحة على أن

يكون قانون دولة معينة هو الواجب التطبيق على العقد فيجب العمل بذلك، أما إذا كانت الإرادة ضمنية، وفي هذه الحالة هي أيضا إرادة حقيقية للمتعاقدين، إلا أنّهما لم يعتبرا عنها صراحة، كأن يتفق المتعاقدان على أن يرفع أيّ نزاع ينشأ بينهما إلى قاضي دولة معينة، ففي هذه الحالة تكون إرادتهما متجهة إلى تطبيق قانون هذه الدولة على عقدهما.

### ثانيا: الإرادة الضمنية:

في حال غياب الإرادة الصريحة، يستنتج القاضي الإرادة الضمنية من خلال الإطلاع على شروط العقد وبنوده، أي يعتمد على القرائن المرتبطة بالعقد.

وبضيف الفقهاء الإنجليز إلى أن الإرادة الضمنية، الإرادة المفترضة، غير أنّها بما أنّ القرائن التي تستنبط منها الإرادة المفترضة هي نفسها القرائن المعمول بها قصد التعرف على الإرادة الضمنية، قد استبعدوا الفقهاء الفرنسيين وكذا الكثير من التشريعات، وقد أخذ المشرع المصري بالإرادة الضمنية، حيث نص في المادة 19 من قانون المدني المصري على ما يلي:

<<... أو يتبين من الظروف أنّ قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه.>>

أمّا المشرّع الجزائري فلم ينص على الأخذ بالإرادة الضمنية ولم يشر إليها ولا حتى بشكل غير مباشر، حيث نصّ في المادة 18 من قانون مدني الجزائري على الرجوع مباشرة إلى الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو موطنهما المشترك، في حال غياب الإرادة الصريحة الدالة على القانون الواجب التطبيق.

والمسألة الأخرى التي أثّرت من طرف الفقه والقضاء الفرنسيان أنّه بعد ما يتم إختيار القانون الذي يحكم العقد، هو مدى محافظة هذه النصوص القانونية المختارة على صفتها القانونية الإلزامية، حيث يذهب إتجاه في الفقه إلى أنّ نصوص القانون المختار تصبح جزءاً من العقد، فتفقد صفتها القانونية وتعتبر بنود في العقد، بالتالي فإنّ أيّ تعديل أو إلغاء ينصب على هذا القانون لا يكون له أيّ تأثير على بنود العقد، وهذا هو الرأي الذي أخذ به القضاء الفرنسي.

بينما يذهب إتجاه فقهي آخر يتزعمه الفقيه **Batifol** إلى القول بأن نصوص القانون المختار لا تفقد صفتها القانونية ولا تعتبر جزء من العقد ونحافظ على قوتها الإلزامية بحيث أن أيّ تعديل أو إلغاء يلحق بالعقد ويؤثر فيه. وهذا هو موقف القضاء السويسري.

نشير هنا إلى مسألة هامة وهي أن المشرع الجزائري يأخذ بقانون الإرادة إذا كانت له صلة بالمتعاقدين (الجنسية أو الموطن)، أو بالعقد (محل الإبرام أو محل التنفيذ)، فإن لم تكن الصلة موجودة، قامت قرينة على التهرب من القانون الواجب التطبيق، بحيث يمكن للقاضي إستبعاد تطبيق القانون المختار وتطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين.

### **المطلب الثاني: الضوابط الأخرى التي تحكم موضوع العقد**

يطبق على العقد القانون الذي يختاره الأطراف صراحة شرط أن تكون له صلة بهما أو بعقدتهما، فإذا لم يختارا قانونا أو كان القانون الذي اختاراه بلا صلة بهما أو بعقدتهما طبق قانون موطنهما المشترك (فرع أول)، أو جنسيتهما المشتركة (فرع ثاني)، فإذا لم يكن لديهما موطن أو جنسية مشتركة، طبق قانون محل إبرام العقد (فرع ثالث).

### **الفرع أول: الموطن المشترك للمتعاقدين**

إتحاد المتعاقدين في الموطن يعتبر قرينة على أنّهما إختارا قانون موطنهما المشترك لتطبيقه على العقد القائم بينهما، وقد أخذ به المشرع المصري، كما نصّت عليه إتفاقية Lahay المنعقدة في 1955/06/15 بشأن بيع المنقولات المادية، بحيث تأخذ بقانون موطن البائع عند سكوت المتعاقدين.

غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ به كقرينة للتعرف على الإرادة الضمنية، لأنه يعتبر ضابط إسناد في حال غياب الإرادة الصريحة من طرف المتعاقدين، أي في حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما، أو أنّهما إختارا قانون لا علاقة له بهما أو بعقدتهما.

## الفرع ثاني: الجنسية المشتركة للمتعاقدين

إذا كانت جنسية المتعاقدين مشتركة وكانا لم يصرحا بالأخذ بقانون معين يحكم عقدهما، أو أنهما اختارا قانون لا علاقة له بهما أو بعقدهما، فإنّ قانون الدولة التي يحملا جنسيتهما هو القانون الواجب التطبيق على العقد.

نشير هنا أن ضابطي الموطن والجنسية اختياريان لأنّ المشرع الجزائري استعمل عبارة "أو" (1)، مما يعني أن للقاضي الذي يعرض عليه النزاع أن يختار القانون الذي سيعتمده لحل النزاع.

## الفرع الثالث: محل إبرام العقد كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد:

في حال غياب الإرادة الصريحة من طرف المتعاقدين، أي في حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما، أو أنهما اختارا قانون لا علاقة له بهما أو بعقدهما، ولم تكن لهما جنسية مشتركة أو موطن مشترك، يكون قانون محل إبرام العقد هو الواجب التطبيق.

لا يثور أيّ إشكال في تحديد مكان إبرام العقد عندما يتم هذا الأخير بين حاضرين، أمّا إذا أبرم العقد بين غائبين، كما لو تمّ عن طريق المراسلة فإنّ تحديد مكان إبرام العقد يكون بحسب الزمن الذي يعتبر فيه العقد مبرم أي لا بدّ من تحديد وقت إقتران الإيجاب بالقبول.

وفي هذا الصدد هناك من الفقه من يعتبر بأنّ العقد قد تمّ في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل عن قبوله، ويذهب إتجاه آخر إلى الأخذ بزمان ومكان تصدير القبول، وإتجاه ثالث يذهب إلى الأخذ بزمان ومكان صول القبول، بينما يأخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول، بحيث يعتبر العقد قد تمّ في الزمان والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول المادة 67 من قانون المدني الجزائري، ويعتبر هذا هو الضابط في تحديد محل إبرام العقد.

---

1- م 18/2 ق.م.ج: "وفي حالة عدم إمكان ذلك قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة."

وتظهر أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد بحسب النظريات المذكورة أعلاه في أنّ كل نظرية تشير إلى مكان معيّن، بالتالي فمكان إبرام العقد سيختلف بحسب النظرية المأخوذ بها، مما يستتبع إختلاف القانون الذي يحكم العقد.

وتجدر الإشارة إلى أنّ التشريعات العربية والغربية قد إعتمدت على محل إبرام العقد كضابط إسناد إحتياطي في حال غياب الإرادة الصريحة، أو صعوبة التوصل إلى الإرادة الضمنية، وذلك على الرغم من إحتمال كون مكان إبرام العقد عرفي لا علاقة له بمصالح المتعاقدين.

ولكن نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أعطاه أهمية بالغة عند عدم إختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما، ولم يكن لهما جنسية أو موطن مشترك.

### **المطلب الثالث: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم العقد**

لا تخضع كل العقود إلى قانون الإرادة إنّما هناك من العقود ما يخضع إلى قانون آخر، كما أنّ ليست كل عناصر وأركان العقد تخضع لقانون الإرادة.

### **الفرع الأوّل: العقود المستثناة من تطبيق القانون الذي يحكم العقد**

لا يخضع بيع المنقول في المزاد العلني للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، سواء تمّ تنظيم المزاد من طرف إدارة عمومية أو خاصة، أو من طرف موظف مختص، فإنّ القانون الواجب التطبيق عليه هو قانون البلد الذي نظمّ المزاد.

وتخضع العقود الواردة على العقارات لقانون موقع العقار حسب المادة 18/4 ق.م.ج. كما تخضع عقود الأحوال الشخصية لقانون الجنسية حسب المادة 16 ق.م.ج. كذلك تخضع الأهلية لقانون الجنسية ( المادة 10 من قانون المدني الجزائري). ويسري على شكل العقد القواعد الواردة في المادة 19 ق.م.ج.

بالنسبة لعقود العمل فإنّ الفقه يختلف حول القانون الواجب التطبيق عليها بين مؤيد لقانون مكان إبرام العقد أو قانون المركز الرئيسي للمؤسسة، أو قانون مكان تنفيذ العقد (أي

تنفيذ العمل<sup>(1)</sup>، غير أن المنطق القانوني يقتضي خضوع عقد العمل لقانون مكان العمل، ذلك أن ممارسة الشخص المعنوي لنشاط في الجزائر يجعله خاضعا للقانون الجزائري، وكذلك عقود العمل التي يبرمها.

### الفرع الثاني: جوانب تطبيق القانون الذي يحكم العقد

يطبق قانون العقد على تكوين العقد، آثاره، وأسباب إنقضائه.

**أولاً: تكوين العقد:** يتكوّن العقد بتوافر أركانه: الرضا- المحل- السبب.

**1- الرضا:** يحدد لنا قانون الإرادة، أي يخضع لقانون الإرادة كل من:

- كيفية التعبير عن الإرادة، هل تكون صريحة أو ضمنية، حكم الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة.
- متى يتطابق الإيجاب بالقبول.
- زمان ومكان إنعقاد العقد.

أمّا بالنسبة لعيوب الرضا فرأى **Bartin** إخضاعها لقانون الجنسية بإعتبارها تهدف إلى حماية إرادة الشخص، بينما يفرّق الفقهاء عموماً بين عيوب الإرادة (نقص الأهلية، السفه، العته، الجنون، الغفلة) فيعتبرونها خاضعة لقانون الجنسية لأنها تدخل ضمن الأحوال الشخصية، وبين عيوب الرضا (الغلط، التدليس، والإكراه) فهي ليست عيوب في الشخص إنّما عيوب في العقد لذا فتخضع لقانون الإرادة<sup>(2)</sup>.

وبالنسبة للإستغلال وبإعتبار أن التشريع الجزائري يقيمه على الطيش والهوى تارة وعلى النقص في ثمن العقار تارة أخرى، ففي الحالة الأولى يعتبر عيب في الشخص بالتالي يخضع لقانون الجنسية، أمّا في الحالة الثانية فيعتبر عيب في العقد فيخضع بالتالي لقانون الإرادة.

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 312-314.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 366-368. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 192.

**2- محل العقد:** كل المسائل القانونية المتعلقة بالمحل تخضع لقانون العقد، أي أن هذا القانون هو الذي سيحدد متى يكون المحل موجوداً أو لا، معيناً أو قابلاً للتعيين، مشروعاً أو لا. غير أن الفقه يرى أنه فيما يخص قابلية المحل للتعامل فيه فيجب الرجوع إلى قانون موقع المال إذا كان المحل مال، أو إلى قانون مكان التنفيذ إذا كان المحل عمل<sup>(1)</sup>.

**3- السبب:** يبين لنا قانون العقد متى يكون السبب موجوداً أو لا، مشروعاً أو غير مشروع، غير أنه إذا كان السبب غير مشروع طبقاً لقانون القاضي، يمكن لهذا الأخير إستبعاد قانون الإرادة لتعارضه مع النظام العام.

### ثانياً: آثار العقد

قانون العقد هو الذي يحدد لنا أشخاص العقد الذين تتصرف إليهم (آثاره المتعاقدين، الخلف العام، الخلف الخاص التعهد عن الغير، الإشتراط لمصلحة الغير). كما يحدد لنا الدعاوى التي يحق للدائنين رفعها ضد المدين، وكذلك يبين لنا موضوع التعاقد بين الطرفين والإلتزامات المتولدة عن العقد.

كذلك قانون العقد هو الذي يحدد المسؤولية العقدية في حالة ما إذا إمتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه وكذا أركان المسؤولية العقدية، كما يخضع تفسير العقد لقانون العقد. أما حق الحبس فباعتباره حق شخصي في القانون الجزائري فهو يخضع لقانون العقد، بينما يخضع لقانون موقع المال عند من يعتبرونه حقاً عينياً.

### ثالثاً: تنفيذ العقد

يحدد قانون العقد الإلتزامات الواردة في العقد والواجب تنفيذها، كما يحدد أحوال تنفيذ العقد هل يكون عينياً أو بمقابل، كيف يقدر التعويض، وعناصره، كما يحدد أحكام الشرط الجزائي والفوائد، كذلك جزاء عدم التنفيذ، وحالات استحالة التنفيذ وأحكامها.

1- د. محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص 193.

غير أن المسائل المتعلقة بالغرامة التهديدية والتنفيذ الجبري، وباعتبارهما من النظام العام فهما يخضعان لقانون القاضي.

أما الكفالة وحوالة الحق، فيخضعان للقانون الذي يختاره الأطراف، أما إذا لم يختار الأطراف قانون فقد درج القضاء الفرنسي على إخضاعها للإلتزام الأصلي الذي ترتبطان به.

#### رابعاً: إنقضاء الإلتزام التعاقدى

يحدد قانون العقد طرق إنقضاء الإلتزام التعاقدى سواء رجع ذلك إلى إنقضاء الإلتزام بطريق الوفاء، التجديد، إستحالة التنفيذ، أو الإبراء، أما المقاصة فهي تخضع لقانون العقد إذا كانت إتفاقية، وإذا كانت قضائية فهي تخضع لقانون القاضي، أما المقاصة القانونية فقد ذهب جانب من الفقه إلى إخضاعها لقانون العقد، والبعض الآخر أخضعها لقانون القاضي، وفريق آخر قال بتطبيق القانون الذي أدى إلى تحقيق المقاصة، وقال فريق رابع بتطبيق القانون الذي يحكم الإلتزام المنقضى بالمقاصة<sup>(1)</sup>.

أما فيما يخص إنقضاء الإلتزام عن طريق التقادم المسقط فإنه يخضع في الدول الأنكلوسكسونية إلى قانون القاضي، أما أغلب دول أوروبا، وأغلب الفقه فيخضعه لقانون العقد<sup>(2)</sup>.

يحدد قانون العقد ما إذا كان الجزاء المترتب عن تخلف شرط أو ركن هو البطلان المطلق أو القابلية للإبطال، بحيث يخضع البطلان المطلق للقانون الذي يحكم الركن المتخلف، أما القابلية للإبطال فهي تخضع لقانون جنسية الشخص إذا نتجت عن تخلف شرط الأهلية أو عن عيب من عيوبها مع الإشارة إلى الإستثناء الوارد في المادة 10 من قانون المدني الجزائري، وتخضع لقانون العقد إذا نتجت عن عيب من عيوب الرضا ( الغلط أو التدليس أو الإكراه).

أما الفسخ لعدم التنفيذ فيخضع لقانون العقد.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 1141-1142.

2- المرجع نفسه.

## المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية

يأخذ المشرع الجزائري فيما يخص القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانوني بقاعدة LOCUS حيث تنص المادة 19 من قانون المدني الجزائري على أنّ العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون محل الإبرام، وفي حالة ما إذا كان للمتعاقدان جنسية مشتركة أو موطن مشترك، جاز إخضاع شكل العقد لقانون الجنسية أو الموطن. كما يجوز أن يخضع للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للعقد.

### المطلب الأول: نشأة قاعدة Locus

ظهرت قاعدة LOCUS بمناسبة مناقشة صحة وصية أبرمها أحد سكان مدينة مودين وهو في مدينة فينيس، حيث يستلزم قانون المدينة الأولى لصحة الوصية حضور 07 شهود، بينما يستلزم قانون المدينة الثانية حضور 03 شهود فقط، وقد قرر القضاء في مدينة فينيس صحتها لأنها تمت بالشكل المطلوب في هذه المدينة<sup>(1)</sup>.

وقد توسّع فقهاء المدرسة الإيطالية في هذا الحكم وجعلوا قاعدة LOCUS مطبقة حتى على موضوع العقد، إلى غاية القرن 16 أين فصل Dumoulin بين شكل العقد فبقي خاضعا لقانون المحل، وموضوع العقد الذي أصبح خاضعا لقانون الإرادة<sup>(2)</sup>.

ويرجع الأخذ بقاعدة LOCUS إلى عدة مبررات نذكر منها<sup>(3)</sup>:

- إستقرار المعاملات، وضمان صحتها.

- تسهيل تعاملات المتعاقدين، بحيث قانون المحل هو الأقرب إليهما، سيما إذا تطلب الأمر إبرام العقد لدى موظف معيّن وفي شكل خاص.

### المطلب الثاني: إلزامية قاعدة Locus

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 83-84.

2- المرجع نفسه.

3- المرجع نفسه.

إختلف الفقه والقضاء في مدى إلزامية قاعدة قانون المحل، سيما أنّ معظم التشريعات تنص على قواعد أخرى إلى جانب قاعدة LOCUS مثل التشريع المصري الذي ينص على خضوع شكل التصرف للقانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون موطن المتعاقدين، أو قانون جنسيتها المشتركة، وكذلك ينص المشرع الجزائري.

لقد إتجه القضاء الفرنسي في بداية الأمر ومعه جانب من الفقه إلى اعتبار قاعدة LOCUS إلزامية، بحيث يلزم المتعاقدين بإفراغ عقدهما في الشكل الذي يستوجبه قانون المكان الذي أبرما فيه عقدهما، أي أنّ قاعدة LOCUS قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها.

غير أنّ القضاء الفرنسي تراجع عن هذا الإتجاه حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم في 1963/05/28 قالت فيه بجواز خضوع شكل التصرف إلى القانون الذي يحكم موضوعه، أي أنّ قاعدة LOCUS إختيارية بحيث يجوز للمتعاقدين إختيار قانون آخر يخضع له شكل عقدهما، مما يضمن التيسير على المتعاقدين.

وتختلف التشريعات من حيث الأخذ بالطابع الإلزامي أو الإختياري لقاعدة LOCUS، أمّا المشرّع الجزائري فقد منح المتعاقدين حق الخيار بين تطبيق قانون المحل على شكل العقد أو قانون جنسيتها إذا إشتراكا في الجنسية، أو موطنهما المشتركة، أو القانون الذي يحكم العقد من حيث موضوعه.

غير أنه ثمة إشكالية إذا كان بالإمكان استعمال الضوابط الأربعة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وكان شكل العقد صحيحا طبقا لإحدى القوانين، وباطلا طبقا لقوانين أخرى، وتمسك أحدهما بالبطلان، فما هو القانون الذي سيطبقه القاضي؟

تقتضي مبادئ تطبيق القانون بحسن نية، أن يطبق القاضي القانون الذي يجعل العقد صحيحا من حيث الشكل، لأن هدف المتعاقدين هو إبرام عقد صحيح وليس باطل. لذا فإن إختيار القانون الواجب التطبيق عند نشوب نزاع، هو من صلاحيات القاضي وليس المتعاقدين.

## المطلب الثالث: مجالات تطبيق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني

لا تخضع للقواعد الواردة في م19 ق.م.ج كل الأشكال التي تفرغ فيها التصرفات القانونية إنما هناك حالات لا نطبق فيها قانون المحل إنما قوانين أخرى.

### الفرع الأول: الحالات التي لا يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني

يستثنى من تطبيق قاعدة Locus régit actus أي قاعدة قانون المحل، الأشكال التالية:

-الأشكال المتعلقة بالتصرفات الواردة على العقار بحيث تخضع لقانون موقع العقار (18/4 ق.م.ج).

-الأشكال المتعلقة بالشهر، تخضع لقانون موقع المال محل الشهر، أما بالنسبة للسفن والطائرات فتخضع هذه الأشكال لقانون العلم.

-الأشكال المتعلقة بالمرافعات، حيث أنّ إجراءات التقاضي تخضع لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات (م21 مكرر ق.م.ج).

-الأشكال المكتملة للأهلية، كالإذن اللزم لمزاولة التجارة لمن لم يبلغ سن الرشد بعد، أو الإذن بالتصرف في أموال القاصر، فهي بإعتبارها مقررة لحماية القاصر أو الشخص المحمي، فإنها تخضع لقانون جنسية هذا الشخص، على أنّ الإجراءات القضائية المتعلقة بها تخضع لقانون القاضي.

ونشير إلى أنّه في الحالة التي يؤدي فيها تطبيق القانون الذي يحكم الشكل إلى مخالفة النظام العام في دولة القاضي، أو إنطوى تطبيقه على تحايل تجاه القانون الواجب التطبيق، فإنّه يتم إستبعاده وتطبيق قانون القاضي (م24 ق.م.ج).

### الفرع الثاني: الحالات التي يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني

يطبق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني على ما يلي<sup>(1)</sup>:

1-نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص ص 81-82.

-حالة الأشخاص، بحيث أنّ كل الحوادث التي تقع للشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته والتي تثبت في محررات رسمية، فإنها من حيث شكلها تخضع لقانون المكان الذي حرّرت فيه الوثائق المثبتة للحوادث ( المادة 95 من قانون الحالة المدنية).

-شكل عقد الزواج، أي أنّ وثيقة إثبات عقد الزواج تحرّر وفق قواعد قانون البلد الذي تمّ فيه تسجيل عقد الزواج ( المادة 95 قانون الحالة المدنية).  
-شكل الوصية.

-شكل الأعمال التجارية، سيما ما يتعلق منها بالسّفنجة حيث يجب أن تحرر وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في القانون البلد الذي تمّ فيه إنشاؤها.

-الشكل اللازم لإثبات التصرف، ويقصد به الشكل المادي الخارجي الذي تفرغ فيه إرادة المتعاقدين، كإشترط الكتابة، وثبوت التاريخ، ووجوب وضع بيانات معيّنة، أو لزوم التصديق، وعدد النسخ التي يجب أن يتم فيها العقد، وتوقيع الشهود، فقانون المحل هو الذي ينظّم هذه المسائل.

-الشكل اللازم لإبرام التصرف، وهنا نميّز حالتين:

- إذا كان الشكل لازم لإنعقاد العقد ففي هذه الحالة يعتبر الشكل ركن في العقد بالتالي يخضع هذا الشكل للقانون الذي يخضع له موضوع العقد، كالشكل اللازم في الرهن الرسمي.

- أمّا إذا كان الشكل ضرورياً للإثبات، فإنه يخضع لقانون محل إبرام التصرف.

ونشير هنا إلى أن القاضي هو الذي يكيّف موضوع النزاع، فإما أن يعتبره متعلق بشكل العقد، بالتالي يطبق نص م 19 ق.م.ج إن كان له محل، أو يعتبره متعلق بالموضوع فيطبق نص م 18 ق.م.ج إن كان لها محل.

## **الفصل الرابع: قواعد التنازع المتعلقة بالإلتزامات غير التعاقدية**

يقصد بالإلتزامات غير التعاقدية تلك الأفعال التي تنشأ عنها الإلتزامات من غير أن تتدخل إرادة الأطراف في إنشائها، ويقصد بها الفعل الضار المنشئ للمسؤولية التقصيرية لكافة أنواعها، والفعل النافع الذي ينتج عنه الإثراء بلا سبب بتطبيقه الدفع الغير مستحق

والفضالة.و يسري على هذه الأفعال قانون محل وقوعها والذي يعتبر عنه بقاعدة Lex  
.Loci Delecti

### المبحث الأول: التعريف بقاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

تتفق غالبية التشريعات على الأخذ بهذه القاعدة، وإخضاع الالتزامات الناشئة عن  
المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ لها، لذا لا بد من  
معرفة مصدر هذه الأهمية بالتطرق إلى تاريخ نشأتها في مطلب أول، ومضمونها في مطلب  
ثاني.

### المطلب الأول: نشأة قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

وظهرت قاعدة قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام في القرون الوسطى لدى  
المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت لا تفصل بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية، حيث  
تخضع الجريمة الجنائية برمتها إلى قانون محل وقوعها، وبذلك أخذ الفقه الفرنسي على يد  
الفقيه D'Argentre كتطبيق لمبدأ إقليمية القوانين (القرن السابع عشر)<sup>(1)</sup>.

غير أن Saviny على الرغم من إقراره لهذه القاعدة إلا أنه أعطى الحق للمضروور في  
أن يأخذ بقانون القاضي إذا كان يحقق له مصالح أكثر. وهي القاعدة التي يأخذ بها القانون  
الفرنسي، بحيث أنه إذا كان قانون المحل يعطي للمضروور تعويضاً يساوي على الأقل الحد  
الأدنى الذي يضمنه القانون الفرنسي، أستبعد قانون المحل وطبق بدله القانون الفرنسي هو  
ما تأخذ به الكثير من تشريعات دول الإتحاد الأوروبي<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى قانون المحل، إقترح الفقه حلولاً أخرى كإخضاع الفعل المنشئ للالتزام إلى  
قانون العلاقة الأصلية، قانون الإرادة، أو القانون الشخصي، غير أن مبررات الأخذ بقانون  
المحل جعلت جل التشريعات تأخذ بها والتي تعود أساساً إلى ما يلي:

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 395-406.

2- المرجع نفسه.

- أن قانون المحل هو المختص في تحديد مشروعية أو عدم مشروعيتها الفعل الذي يقع تحت سلطانه، حيث يقتضي مبدأ الإقليمية خضوع الأفعال التي تتم في إقليم دولة إلى قانون هذه الأخيرة.

- أن الفعل له صلة بالمجتمع الذي تنعكس عليه آثاره فيكون من حق أفراد هذا المجتمع أن يطبقوا قانونهم على الفعل الذي مس بمصالحهم.  
- أن الخطأ لا يكون منشأ العقد بالضرورة.

### المطلب الثاني: مضمون قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

تنص م 20/1<sup>1</sup> ق.م.ج على ما يلي: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"، وهذا مضمون قاعدة Lex Loci Delecti، بحيث أن ضابط الإسناد هو المكان الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، ولا فرق هنا بين الفعل النافع أو الضار.

إلا أن الفقرة الثانية من المادة 20 تنص على أنه: "فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

بالتالي فإنه فيما يتعلق بالفعل الضار نميز بين القانون الواجب التطبيق على النزاع وبين القانون الواجب التطبيق على تكييف الفعل من حيث مشروعيته، إذ أن تقدير مشروعية الفعل يخضع للقانونين الجزائري والمحلي على أساس التطبيق الجامع، بحيث تتم متابعة الشخص عن فعله الضار إذا كان غير مشروع في كلا القانونين أما إذا كان مشروعاً في أحدهما وغير مشروع في الآخر فإنه لا محل للمتابعة وذلك على الوجه الآتي:

- إذا كان الفعل غير مشروع في كلا القانونين فإنه يتم تطبيق قانون المحل بحيث تطبق أحكامه على قواعد المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار.  
- إذا كان الفعل غير مشروع في قانون المحل ومشروع في القانون الجزائري يستبعد قانون المحل ويطبق القانون الجزائري الذي يجعل الشخص في منأى عن المساءلة.

- إذا كان الفعل غير المشروع في الجزائر مشروع في قانون المحل يتم تطبيق قانون المحل بإعتباره قانون مكان وقوع الفعل، فلا يكون هناك وجه للمتابعة.

بالتالي نلاحظ أننا نطبق الإستثناء في الحالة الثانية، فقط بحيث إذا كان الفعل مشروع في القانون الجزائري وغير مشروع في قانون المحل إستبعدنا قانون المحل وطبقنا القانون الجزائري، أي استبعدنا القاعدة العامة وعملنا بالإستثناء، غير أنّ تطبيق القانون الجزائري لا ينتج عنه إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية ولكن يقرر فقط عدم مساءلة الشخص. ونشير إلى أنّ هذا الإستثناء لا محل له فيما يخص الفعل النافع.

### المبحث الثاني: تحديد قانون مكان وقوع الفعل

يتحدد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات غير التعاقدية بالنظر إلى المكان الذي وقع فيه الفعل للمنشئ للإلتزام، ولذلك لا بدّ من تحديد مكان وقوع الفعل، وهو أمر لا يثير أي إشكال إذا وقعت عناصر الفعل كلها في إقليم دولة واحدة، بحيث يتحقق الخطأ والضرر والإثراء والافتقار في دولة واحدة أيضاً، سواء تعلق الأمر بالإقليم البري أو السفينة أو الطائرة.

فالمشكلة إذن تثور إذا وقعت عناصر الفعل النافع أو الضار في أكثر من إقليم دولة واحدة حيث يحدث الخطأ والإثراء في بلد، بينما يتحقق الضرر والافتقار في بلد آخر، فما هو المكان الذي نأخذه بعين الاعتبار لتحديد القانون الواجب التطبيق؟

### المطلب الأول: تحديد قانون مكان وقوع الفعل النافع

يقصد بالفعل النافع الإثراء بلا سبب بتطبيقية الدفع غير المستحق والفضالة، ويتفق أغلب الفقه على الأخذ بمكان وقوع الإثراء لأنّه هو أساس الإلتزام برّد ما أكتسب دون وجه حق، كما أنّ الإثراء هو النتيجة الإيجابية للفعل والأكثر ظهوراً لدى الغير، عكس الإفتقار الذي هو نتيجة سلبية غير ظاهرة.

بالتالي فالقانون الذي يخضع له الدفع غير المستحق هو قانون محل الدفع، أمّا الفضالة فيحكهما قانون مكان قيام الفصولي بشؤون ربّ العمل

## المطلب الثاني: تحديد قانون مكان وقوع الفعل الضار

الفعل الضار هو الفعل غير المشروع المنشئ للمسؤولية التقصيرية وهو يتكوّن من ثلاث عناصر: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية، فهل أنّ عبارة "الفعل المنشئ للإلتزام" التي إستعملها المشرع الجزائري في م 20 ق.م.ج تعني الخطأ أو الضرر؟ إذ أنّ ما ينشئ الإلتزام بالتعويض هو حدوث ضرر بسبب خطأ تقصيري.

يرى جانب من الفقه الفرنسي بأنّ القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية هو قانون محل وقوع الخطأ لإعتبارين أساسيين، أولهما أنّ قواعد المسؤولية التقصيرية تعد من الأمن المدني، حيث تهدف إلى تأمين المجتمع من الأفعال غير المشروعة، وثانيهما أنّ العدالة تقتضي محاسبة شخص على فعل يعد غير مشروع طبقاً لقانون البلد الذي وقع فيه<sup>(1)</sup>.

غير أنّه يؤخذ على هذا الإتجاه إهماله للضرر، والذي يعد ركن أساس لقيام المسؤولية ولزوم التعويض، إذ أنّ الخطأ لوحده لا ينشئ الإلتزام بالتعويض، كما أنّه يمكن أن تتعدد الأخطاء وتمتد في أقاليم دول مختلفة فبأي قانون نأخذ؟

لذلك رأى جانب آخر من الفقه ضرورة الأخذ بمحل وقوع الضرر، سيما أنّ الهدف من إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية هو جبر الضرر، كما أنّ الإتجاه الحديث يذهب إلى إهمال عنصر الخطر، حيث يظهر ذلك في المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض والمسؤولية على أساس المخاطر<sup>(2)</sup>.

لكن يعاب على هذا الرأي أنّه حتى في الحالات التي يكون فيها الخطأ مفترض فإنّ وجوده ضروري لإقامة المسؤولية وتقدير التعويض، كما أنّ الضرر قد لا يتركز في مكان واحد بل قد يمتد إلى أكثر من مكان، ضف إلى ذلك صعوبة تحديد مكان الضرر إذا كان أدبيّاً، وهذا ما دفع بعض الفقه إلى تبني رأي ثالث يأخذ بعين الإعتبار كلا العنصرين.

حسب هذا الرأي يكون للمضروور الحق في الخيار بين قانون مكان وقوع الخطأ أو قانون مكان وقوع الضرر، بشرط أن يكون الفعل غير مشروع طبقاً لكلا القانونين، وهو وإن

1- د.محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 202-204.

2- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص333. د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 90.

يبدو قد خلق توازن بين الرأيين السابقين إلا أنه يحرم المخطئ من حقه الإستفادة من قانون مكان وقوع الخطأ الذي قد يكون أصلح له، كما أنه يوسع دائرة الخيار عند توزع الخطأ في أكثر من إقليم دولة، أو توزع الضرر في إقليم أكثر من دولة، على الرغم من أن بعض الفقه قال بالأخذ بقانون دولة الخطأ الرئيسي<sup>(1)</sup>.

و على الرغم من ذلك أخذ بعض المشرّعين بهذا الرأي كالمشرع الألماني<sup>2</sup>، إلا أنه يبدو أنّ المشرع الجزائري قصد بالفعل المنشئ للإلتزام الخطأ، غير أنّ الإشكال يطرح في حال كون الخطأ حدث في موقع على شبكة الإنترنت فكيف نحدد مكان وقوع الفعل المنشئ للإلتزام؟

هناك من قال بتطبيق قانون القاضي، إلا أنه قد لا يمثل أي علاقة بعناصر المسؤولية التقصيرية. وهناك من يقول بالأخذ بقانون بلد صاحب الموقع، إلا أنّ المعلومة التي أحدثت الضرر قد تكون لشخص آخر غير صاحب الموقع، بالتالي قيل بالأخذ بقانون بلد صاحب المعلومة<sup>(3)</sup>.

غير أنّ الأرجح هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتطبيق نظرية القانون الملائم، وهو القانون الذي ترتبط به أكثر عناصر المسؤولية التقصيرية، وقد قال بهذه النظرية الفقيه الأمريكي Morris، ومفادها البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالواقعة ليكون هو القانون الواجب التطبيق، بحيث يعتمد القاضي على معيارين: معيار كمي يراعي إرتكاز أكبر قدر من عناصر الواقعة بالنظر إلى مكان معين، فيؤخذ بقانون هذا المكان، ومعيار كفي يبحث عن أهم العناصر في النزاع والتي تستند إلى بلد معين فيؤخذ بقانون هذا البلد<sup>(4)</sup>.

أشهر قضية أثير فيها تطبيق هذه النظرية هي قضية Babcock et Jakson حيث قام مواطن نيويورك بحادث في مدينة أونتاريو بسيارة مسجلة في نيويورك وصحبة مواطن

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 90.

2- المرجع نفسه، الصفحة ذاتها.

3- KITIC Dusan, Op Cit, p

4- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 91-92. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 335-337.

نيويوركي أيضاً، وكانت الدعوى قد رفعت أمام قضاء مدينة نيويورك، فقضت المحكمة العليا بتطبيق قانون ولاية نيويورك في 1963/05/09 بإعتباره القانون الأكثر ملائمة من قانون مقاطعة أونتاريو الكندية التي وقع فيها الحادث، لأن وقوعه فيها كان عرضياً<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث: المسائل الخاضعة لمحل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

ذكرنا سابقاً أنّ المقصود بالفعل المنشئ للالتزام هو الفعل الضار الذي تنشأ عنه المسؤولية التقصيرية، والفعل النافع الذي ينشأ عنه الإثراء بلا سبب، بالتالي لا تخضع قواعد المسؤولية العقدية إلى قاعدة المحل إنما إلى القانون الذي يحكم العقد الذي يرتبط به الخطأ العقدي الذي أنشأها، ويرجع تكييف الخطأ إلى كونه عقدي أو تقصيري إلى قانون القاضي، كما تخضع له أيضاً إجراءات الدعاوى المرتبطة بالمسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب.

### المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية

يختص قانون المحل بتحديد أركان المسؤولية التقصيرية كالاتي:

- ركن الخطأ، وما يتعلق بعنصره المادي والمعنوي (الإدراك).
- الضرر وأنواعه.
- علاقة السببية وهل يؤخذ بالأسباب المباشرة وغير المباشرة، إثباتها ونفيها، ووسائل دفع المسؤولية.

كما يحدد لنا قانون المحل أنواع المسؤولية التقصيرية وهي المسؤولية عن الفعل الشخصي عن فعل الغير وعن فعل الأشياء. وما هي الشروط اللازمة لقيام كل منها. كما يحدد نوع الخطأ فيها هل هو واجب الإثبات أم مفترض وهل الخطأ المفترض قرينته قاطعة أم بسيطة.

ويحكم قانون المحل كل ما يتعلق بآثار المسؤولية التقصيرية كما يلي:

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 91-92. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 335-337.

- التعويض من حيث كونه عيني أو نقدي، طريقة تقديره، هل يشمل الضرر المباشر وغير المباشر على السواء، وكيفية دفعه.
- نوع المسؤولية عند تعدد المسؤولية من حيث كونها تضامنية أم لا، وكيف تحدد مسؤولية كل واحد منهم.
- أطراف دعوى المسؤولية والأشخاص الذين لهم الحق في طلب التعويض، فيما يتعلق بالضرر الأدبي الناتج عن الوفاة.
- حق الأطراف في تعديل قواعد المسؤولية التقصيرية والإعفاء منها والتأمين عليها.
- تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية ومدته.

### المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالإثراء بلا سبب

يحكم قانون محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام فيما يخص الإثراء بلا سبب ما يلي:

- تحديد أركان الإثراء بلا سبب وهي الإثراء الإفتقار، علاقة السببية بينهما، وإنعدام سبب الإثراء.
- كون الإثراء مباشر أو غير مباشر، سلبي أو إيجابي.
- كون الإثراء مباشر أو غير مباشر، سلبي أو إيجابي.
- معنى الإثراء والإفتقار.
- تحديد كون دعوى الإثراء أصلية أو إحتياطية.
- إشتراط وجوب بقاء الإثراء إلى غاية رفع الدعوى من عدمه.
- آثار الإثراء سيما مقدار التعويض هل يحدد بالنظر إلى قيمة الإثراء أو الإفتقار.
- أركان الدفع غير المستحق وكيفية الإسترداد ومقداره وشروطه.
- أركان الفضالة والتزامات كل من الفضولي ورب العمل وحقوقها.

## الباب الثالث: تطبيق القانون الأجنبي

المقصود بالقانون الأجنبي القواعد القانونية السارية بمختلف مصادرها، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فالى أي مدى يلتزم القاضي الوطني بتطبيقه وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على الخصوم إثبات مضمون هذا القانون وهل يخضع القاضي الوطني وهو بصدد تطبيقه وتفسيره لهذا القانون لرقابة المحكمة؟ وهل يعد القانون الأجنبي قانونا ويظل محتفظا بهذه الطبيعة رغم تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي سنته؟

على هذا الأساس تتطلب دراسة تطبيق القانون الأجنبي التطرق إلى مسألتين أساسيتين هما كيفية تطبيقه (فصل أول)، وحالات إستبعاده (فصل ثاني).

### الفصل الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي

تضاربت الآراء الفقهية حول أساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي وفي مسألة الطبيعة القانونية المعطاة له، فظهرت عدة آراء و اتجاهات لكل واحد حججه وأسانيده، كما تختلف التشريعات حول مدى إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي من تلقاء نفسه وإثباته، أم أن ذلك يقع على عاتق الخصوم.

لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول نتطرق فيه إلى طبيعة القانون الأجنبي، والثاني نبحث فيه دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي.

### المبحث الأول: طبيعة القانون الأجنبي

لاحظ فقهاء القانون أنّ المحاكم الوطنية تميّز في تعاملها بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، فأثاروا التساؤل الآتي: على أي أساس يطبق القاضي قانون غير قانونه، وحاولوا تبرير تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي.

## المطلب الأول: نظرية المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي

رأى فقهاء المدرسة الهولندية أنّ تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس المجاملة الدولية لا غير<sup>(1)</sup>، لكن يعاب على هذه النظرية أنّ القانون الأجنبي يطبق بناءً على رغبة القاضي نفسه وهذا خطأ لأنّ القاضي يقوم بتطبيق القانون الأجنبي لأن قواعد التنازع الوطنية تأمره بذلك.

## المطلب الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي

ساد في البلاد الأنجلوسكسونية الرأي القائل بأن تطبيق القانون الأجنبي راجع إلى كونه قد أكسب الفرد حقاً، لذا فيجب إحترام هذا الحق في الدول الأخرى، ولا يكون ذلك إلا بتطبيق القانون الأجنبي على المسائل المتعلقة بهذا الحق<sup>(2)</sup>، لكن ما هو الحل إذا كان النزاع ليس متعلق بإحترام حق مكتسب في الخارج، إنّما بإنشاء حق أمام القاضي الوطني؟

## المطلب الثالث: القانون الأجنبي يطبق باعتباره واقعة

غير أن جانب من الفقه الفرنسي بزعمه Batiffol يرى بأنّ القانون الأجنبي يطبق بإعتباره عنصر من عناصر الواقع ذلك أنّه يرى بأنّ لكل قاعدة قانونية، عنصران:

- عنصر عقلي، وهو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة.
- وعنصر الإلتزام.

فطالما أنّ القاعدة تطبق في البلد الذي نشأت فيه فهي تحتفظ بعنصرها، أمّا إذا طبقت في بلد آخر فهي تفقد عنصر الإلتزام، فيتعامل معها القاضي الوطني كواقعة لا كقانون،

---

1- لتفاصيل أكثر حول نظرية المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي راجع كل من: د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 134. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 139-140.

2- لتفاصيل أكثر حول نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي راجع كل من: د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 134-135. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 141-142.

وينتج عن ذلك أنّ القاضي لا يطبقها من تلقاء نفسه إنما بطلب من الأطراف، الذين عليهم إثباتها، كما لا يخضع القاضي عند تطبيقها لرقابة المحكمة العليا<sup>(1)</sup>.

لكن يعاب على هذه النظرية أنّه لا تطبق على الوقائع واقعة، بل تطبق عليها قواعد قانونية، كما أنّ القانون الأجنبي وإن سلمنا بأنّه يفقد إلزاميته خارج بلده إلا أنّ قواعد الإسناد تمدّه بها.

### المطلب الرابع: القانون الأجنبي يطبق باعتباره قانون

يذهب الرأي الراجح حديثاً إلى اعتبار القانون الأجنبي قانوناً لا واقعة وهم أصحاب نظرية الإستقبال أو الإندماج، غير أنهم إنقسموا إلى إتجاهين:

فبينما يرى الفقه الإيطالي أنّ القانون الأجنبي يندمج إندماجاً مادياً وكمياً في القانون الوطني بحيث يصبح جزءاً منه، ويتم إفراغ محتوى القاعدة القانونية الأجنبية داخل قاعدة الإسناد فتصبح هذه الأخيرة قاعدة موضوعية تختص بحل النزاع مباشرة، بالتالي يكون القاضي ملزم بتطبيقه والبحث عن مضمونه، إذ أنّه يفترض علمه به، كما يخضع في تفسيره إلى رقابة المحكمة العليا<sup>(2)</sup>.

وهي نتائج ليست مقبولة في كل التشريعات سيما ما يتعلق بإفترض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي لأنّه أمر غير معقول بالنسبة لكل القوانين الأجنبية وإن تحقق بالنسبة لبعضها.

الاتجاه الثاني، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي، يرى أنّ القانون الأجنبي وإن كان قانوناً فإنّه يحتفظ بطبيعته الأجنبية، وأنّ وجه الإلزام فيه راجع إلى قاعدة الإسناد الوطنية التي تسندحل النزاع إليه<sup>(3)</sup>.

---

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 140-142. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 144-146.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 142-144. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 142-143.

3- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 144.

## المبحث الثاني: دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي

تقتضي مسألة دراسة دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، البحث حول مدى إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد من طرف القاضي، إثبات مضمون القانون الأجنبي، ودور القاضي في تفسير هذا القانون الأجنبي.

### المطلب الأول: دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد

إنّ القول بأنّ القانون الأجنبي قانون وليس واقعة يثير جدلاً حول أساس تطبيقه، فهل يجب أن يتمسك به الخصوم؟ أم على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه؟ ثم بعد ذلك هل يمكن للخصوم الإتفاق على إستبعاده؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّ تطبيق القانون الأجنبي مرهون بتمسك أطراف الخصومة به، حيث يطالبون بإثباته وتحديد مضمونه، إذ أنّه لا يمكن إلزام القاضي بمعرفة القوانين الأجنبية وتطبيقها إلاّ إذا أراد الخصوم ذلك، وهذا لأنّ قواعد الإسناد ليس من النظام العام، وهو ما رأته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 12/05/1959 في قضية Bisbal<sup>(1)</sup>، والذي قضت فيه بما يلي: "... قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبي، بمعنى أنّ على الخصوم أن يتمسكوا بتطبيقه، وعلى ذلك فلا ينعي على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها.."<sup>(2)</sup>.

لكن الفقه الحديث في فرنسا يذهب إلى إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد، أي أنّه على القاضي الذي يطرح أمامه نزاع يشتمل على عنصر أجنبي أن يطبق قاعدة الإسناد ومن ثمّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق من تلقاء نفسه دون حاجة لأن يتمسك الخصوم به، ذلك لأنّ قواعد الإسناد في قانون القاضي ملزمة، وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية حديثاً

---

1- إنفصل الزوجين الإسبانيين Bisbal إنفصالاً جسمانياً، طلب على إثره الزوج من القضاء الفرنسي الحكم له بالطلاق وفقاً للقانون الفرنسي، وصدر له الحكم بذلك والذي تم الطعن فيه إستناداً إلى أنّ القانون الإسباني وهو القانون الواجب التطبيق يحرم الطلاق، وأنّه كان على القاضي الفرنسي تطبيق قاعدة التنازع وإن لم يتمسك بها الخصوم، لمزيد من التفاصيل راجع: د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 148-149.

حيث غيرت إتجاهها في الحكم الصادر بتاريخ 1960/03/02 قالت بأنه " يسوغ لقاضي الموضوع أن يتولى بحث القانون الأجنبي المختص إذا لم يتمسك به الخصوم"<sup>(1)</sup>.

كما قضت في الحكمين الصادرين بتاريخ 1989/10/11 و 1988/10/18 بنقض ما انتهى إليه قضاء الموضوع على أساس أنّ عدم تطبيق القانون الأجنبي بسبب عدم تمسك الخصوم به، يعد خرقاً لقاعدة الإسناد الوطنية والتي تتصف بالإلزام، خرق أيضاً لمادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسي التي تلزم القاضي بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الواجب التطبيق<sup>(2)</sup>.

غير أن القضاء الفرنسي استقر على إلزامية تطبيق قاعدة الإسناد إذا تعلق النزاع بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، أما إذا تعلق الأمر بالإلتزامات التعاقدية أو غير التعاقدية فيحق للخصوم الاتفاق على استبعاد القانون الأجنبي لتطبيق قانون القاضي، وإذا لم يتفقا على استبعاده وجب على القاضي تطبيقه<sup>(3)</sup>.

و يبدو من العبارات المستعملة في نصوص المواد المتعلقة بتنازع القوانين أنّ المشرع الجزائري يساير الفقه الحديث في فرنسا، إذ أنّ عبارات الإلزام المستعملة مثل "يسري" و"يطبق" تفيد أنّ القاضي الجزائري يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

غير أنّه يثور تساؤل حول طبيعة قواعد الإسناد هل هي من النظام العام أم لا؟ فإذا ما قلنا بأنّها من النظام العام فإنّه لا يجوز للخصوم الإتفاق على إستبعادها، أمّا إذا قلنا بعكس ذلك فإنّه يجوز للخصوم الإتفاق على إستبعادها، ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنّ قاعدة الإسناد تكون من النظام العام إذا أسندت حل النزاع إلى قانون القاضي، لأنّه لا يجوز في جميع الأحوال الإتفاق على إستبعاد تطبيق القانون الوطني. ولا تكون كذلك إذا أسندت حل النزاع إلى القانون الأجنبي<sup>(4)</sup>.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 150-151.

3- KITIC Dusan, Op Cit, pp 88-89.

4- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

إلا أنّ هذا الرأي لا يستند إلى أساس معقول إلاّ التحيز للقانون الوطني، لأنّ القول بأنّ القاضي ليس ملزم بتطبيق القانون الأجنبي أمر خاطئ لأنّ قواعد الإسناد في قانونه هي التي تلزمه بذلك.

غير أنّ الإتجاه الغالب في الفقه الفرنسي يري بأنّ إعتبار قواعد الإسناد من النظام العام مرجعه طائفة أو موضوع الإسناد، فإذا كان موضوع الإسناد في قانون القاضي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإنّه لا يجوز للخصوم أن يستبعدوا بشأنها تطبيق القانون الأجنبي الذي أسند إليه حل النزاع. أمّا إذا لم يكن موضوع الإسناد من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإنّه يجوز للخصوم الإتفاق على إستبعاد تطبيقها<sup>(1)</sup>.

بينما يري الدكتور هشام علي صادق أنّه متى كانت قاعدة الإسناد إلزامية فإنّه لا يجوز للخصوم الإتفاق على إستبعاد القانون الأجنبي الذي حدده، إنّما يمكنهم الإتفاق على مخالفة القواعد المكملّة الواردة في القانون الأجنبي دون القواعد الأمرة<sup>(2)</sup>، وهو أمر منطقي صحيح.

لم يشر المشرّع الجزائري إلى هذه المسألة، بالتالي فإنّه عملاً بالمادة 23 مكرر 2 من قانون المدني والتي تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، ونظراً لعدم جواز الإتفاق على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إنّما يتم الأخذ بما هو معمول به في كل التشريعات من جواز الإتفاق على مخالفة القواعد المكملّة دون الأمرة، فيجوز بالتالي اتفاق الخصوم على استبعاد تطبيق القواعد المكملّة في القانون الأجنبي فحسب.

## المطلب الثاني: دور القاضي في إثبات وتحديد القانون الأجنبي

### الفرع الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي

رأينا فيما سبق إنقسام الفقه حول مسألة إلزامية تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي، وإنتهينا إلى أنّ الإتجاه الحديث يذهب إلى إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 151.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 151-152.

من تلقاء نفسه، الأمر نفسه نجده هنا، حيث يتجه الفقه التقليدي إلى إلقاء عبء إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم، بإعتبار أنه يستحيل إلزام القاضي بمعرفة قوانين العالم ككل<sup>(1)</sup>.

بينما أنه من المبادئ المستقر عليها في الإجراءات أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بما يعلمه عن القوانين الأخرى في وقائع الدعوى، إنّما لا بدّ من إثبات مضمون القانون الذي يحكم بموجبه، وهو الإتجاه الذي كان يسير عليه القضاء الفرنسي كما رأينا في قضية Bisbal، وهو ما أعطى إنطباعاً لدى الفقه بأنّ القانون الأجنبي لا يعدوا أن يكون مجرد واقعة<sup>(2)</sup>.

غير أنّ الإتجاه الفقهي الحديث الذي يعتبر القانون الأجنبي قانوناً لا واقعة، يرى بأنّ من واجب القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي<sup>(3)</sup>، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1988 السابق الذكر، حيث قضت بأنّ قضاة الموضوع أخطؤوا عند عدم تطبيقهم التلقائي للقانون الأجنبي، حيث يقتضي ذلك إثباته وتحديد مضمونه.

غير أنّ محكمة النقض الفرنسية لم تلزم القضاة بشكل صريح مما جعل بعض الفقهاء يقولون بإمكانية إستعانة القاضي بالخصوم ليتمكن من إثباته، فهو ملزم ببذل أقصى جهده للوصول إلى أحكامه، وهو لا يتصل من ذلك إلّا إذا قدم تعليلاً مناسباً يفيد عدم قدرته على الحصول على أحكام القانون الأجنبي<sup>(4)</sup>.

ونشير إلى أنّ إثبات مضمون القانون الأجنبي أصبح أيسر مع وسائل الإتصال الحديثة سيما شبكة الأنترنت، غير أنّ ما قامت به ألمانيا يعتبر أمراً رائداً في مجال القضاء

---

1- المرجع نفسه، ص 154.

2- المرجع نفسه، ص 155.

3- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 148.

4- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 158-159. د.أعراب

بلقاسم، المرجع السابق، ص 148.

حيث أنشأت مركز مخصص لتجميع أحكام القوانين الأجنبية، الأمر الذي أتاح للمشرع الألماني إلزام القاضي بتحديد مضمون القانون الأجنبي.

### الفرع الثاني: وسائل إثبات القانون الأجنبي

بما أنّ القانون الأجنبي لا يصدر في دولة قانون القاضي فمن الطبيعي أن يجب إثبات وجوده ومضمونه، سواء من طرف الخصوم أو القاضي، ونشير هنا إلى أنّه لا يلزم التقيد بقواعد الإثبات المعروفة سيما فيما يخص الإقرار واليمين فهما وسيلتان مستبعدتان لا يجوز إثبات مضمون القانون الأجنبي بهما، لأنّه لا يأمن أن يقدم الخصوم على تحريف القانون الأجنبي ليساير مصلحتهما، وهذا ما إستقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا<sup>(1)</sup>.

بينما يقر القضاء الفرنسي إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها، تقديم أحكام قضائية صادرة عن القضاء الأجنبي والمؤلفات الفقهية التي تشير إلى نصوص القانون الأجنبي وتشرحها، ويرى الفقه الفرنسي الحديث بجواز الإستعانة بالخبرة الشفوية أو المكتوبة كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي. ويكون للقاضي تقدير قابلية الدليل ليكون وسيلة صحيحة للإثبات<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق عند تعذر إثبات القانون الأجنبي

قد يتعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فما الحل في هذه الحالة؟ يرى جانب من الفقه أنّه في هذه الحالة يجب على القاضي عدم البت في النزاع، غير أنّ هذا الرأي ليس مقبول لأنّه يؤدي إلى إنكار العدالة فهو رأي مرفوض. ورأى آخرون تطبيق "المبادئ العامة" أو "المبادئ السائدة في الأمم المتمدنة"، وقد عمل بهذا الرأي في بعض الأحكام الأمريكية والفرنسية، ولكن ما لوحظ هو أنّه يتم دائماً العمل بالقانون الوطني تحت هذا الغطاء، كما أنّ سلطة القاضي في هذه الحالة تكون بلا حدود<sup>(3)</sup>.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 164-165. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 149.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 165-166. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 149.

3- د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 238-239. د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 166-167. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 150.

فأتجه فريق آخر من الفقهاء إلى القول بتطبيق القانون الأكثر اقتراباً في أحكامه إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك يكون بالنسبة للقوانين التي تنتمي إلى المنظومة القانونية نفسها، كأن ينمي كلا القانونين إلى المدرسة اللاتينية أو الأنجلوسكسونية<sup>(1)</sup>، لكن ما يعاب على هذا الرأي أنه وإن كانت القوانين تستمد من مدرسة واحدة إلا أنها تأخذ في الاعتبار خصوصيات المجتمع والدولة ومشاكلهما، فلا مناص من وجود إختلاف في الأحكام، فتطبيق هذا الرأي يخلق مشاكل عملية.

لذا يتجه الفقه والقضاء في أغلب دول العالم إلى تطبيق قانون القاضي وذلك لإعتبارات عملية، على أساس أنه حل إحتياطي، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في م 23 مكرر ق.م.ج على أنه إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي فإنه يتم تطبيق القانون الجزائري.

غير أنه ظهر إتجاه فقهي حديث يذهب إلى تطبيق القانون الذي له صلة بالنزاع سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، كأن يبرم تونسي ومصرية عقد زواجها في لندن ويرفعا دعوى بشأنه لدى القضاء الجزائري، فإذا ما تعذر إثبات القانون الإنكليزي فالأفضل هو تطبيق القانون التونسي أو المصري لأنهما على صلة بالنزاع عكس القانون الجزائري الذي لا صلة له بموضوع النزاع، إنمّا تطبيقه يكون راجع لقاعدة تقليدية مفادها تطبيق قانون القاضي إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي.

و الواقع أنّ هذا الرأي وإن كان يبدو منطقياً إلا أنه ليس عملياً، خاصة إذا تعذر إثبات هذا القانون الأجنبي الأخر، بينما لا نتصور تعذر إثبات القانون الوطني للقاضي لأنه الأعم به ووسائل الإثبات فيه متاحة.

### المطلب الثالث: تفسير القاضي للقانون الأجنبي

يلجأ القاضي إلى تفسير القواعد القانونية إذا وجد غموضاً في عبارتها أو تناقضاً بين أحكامها أو نقص في نصوصها، وهو في ذلك يستعين بمختلف مصادر القانون، لذا يتجه

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 168. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 151.

الرأي الغالب إلى وجوب تقيد القاضي الوطني بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي يطبق فيها، وهذا هو ما أخذ به القضاء الفرنسي، وهذا حتى لو كان تفسير قاعدة قانونية ما في القانون الأجنبي يختلف عن تفسير القاعدة نفسها في قانون القاضي، حيث يجب على هذا الأخير وهو بصدد تطبيق القانون الأجنبي إستبعاد تفسير قضائه الوطني والأخذ بالتفسير الذي وصل إليه القانون الأجنبي<sup>(1)</sup>.

هذا ويمتلك القاضي حرية في تفسير القانون الأجنبي إذا وجد تضارب بشأنه في أحكام القضاء الأجنبي، غير أن السؤال يطرح في الحالة التي يخطئ فيها القاضي حول تفسير القانون الأجنبي فهل للمحكمة العليا أن تتنقض قراره؟

يتباين الفقه في فرنسا حول ما كانت تأخذ به محكمة النقض الفرنسية من عدم فرض رقابتها على تفسير محاكم الموضوع للقانون الأجنبي، حيث عارض الفقه التقليدي إتجاهها هذا على أساس أن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي يعني إساءة تطبيقه، وهو أمر يؤدي إلى خرق قواعد الإسناد الوطنية، لأنه سيؤدي إلى تغيير الحكم الوارد في القانون الأجنبي وهو ما سيحدث لا محالة إذا أساء القاضي تفسيره، سيما أنّ محكمة النقض الفرنسية تمارس رقابتها على تطبيق قواعد الإسناد، فلماذا هذا التمييز في المعاملة؟

أمّا الفقه الحديث في فرنسا فقد أيدّ رفض محكمة النقض لرقابة تفسير القانون الأجنبي، وذلك على أساس أنّ مهمة محكمة النقض تتمثل في توحيد الحلول المتعلقة بالقانون الوطني، أمّا تلك الحلول المتعلقة بالقانون الأجنبي فتوحدّها المحكمة العليا في الدولة الأجنبية، كما إستندوا في ذلك إلى الصعوبات العملية التي قد يثيرها البحث عن التفسير الصحيح للقانون الأجنبي<sup>(2)</sup>.

غير أنّ جانب من الفقه ردّ على هذه الحجج بكون الدراسات الحديثة تكفل تقديم المادة العلمية المتعلقة بالقانون الأجنبي وتفسيره، كما أنّ الصعوبات التي تواجه البحث عن تفسير

---

1- KITIC Dusan, Op Cit, p 93.

2- Ibid, p 93.

القانون الأجنبي هي نفسها التي تواجه البحث عن تفسير القاعدة العرفية فلماذا تفرض الرقابة على هذه دون تلك<sup>(1)</sup>.

ثم أنّ توحيد الحلول الصادرة عن المحاكم الوطنية والمتعلقة بالقانون الأجنبي هي بمثابة توحيد الحلول في دولة القاضي، وهي صميم مهمة محكمة النقض، وهذا ما أدى بمحكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة إلى فرض رقابتها على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي على إعتبار أنّ هذا الأخير سيؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1961/11/21 قالت فيه: "يكون محلاً للنقض الحكم الذي يتجاهل ويمسح المعنى الواضح المحدد في وثيقة تشريعية أجنبية قدمت ثناء نظر الدعوى وقام عليها الإستئناف"<sup>(2)</sup>.

أمّا في الجزائر فقد نصت المادة 358/6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّ المحكمة العليا تمارس رقابتها بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق بالأحوال الشخصية، مما يعني أنّ المحكمة العليا لا تمارس رقابة بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق بمواضيع أخرى، وقد يكون ذلك راجع لأهمية مواضيع الأحوال الشخصية وتأثيرها في حياة الأفراد.

### الفصل الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إمّا لاعتبارات خاصة، لمخالفة للنظام العام، أو للغش نحو القانون.

### المبحث الأول: الحالات الخاصة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي

تتمثل مجمل هذه الحالات فيما يلي:

1. إذا تعلق الأمر بالاستثناء الوارد في م 10/2 ق.م.ج المتعلق بأهلية الأجنبي، حيث نطبق القانون الجزائري.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 180.

2- KITIC Dusan, Op Cit, p 93.

2. إذا تمّ الإسناد إلى قانون، ثمّ قام بالإحالة إلى القانون الجزائري، فنطبق القانون الجزائري حسب م 23 مكرر 1 ق.م.ج.

3. إذا كان الوضع القانوني المترتب على تطبيق القانون الأجنبي غير معروف في النظام القانوني لدولة القاضي كالرهن الرسمي في المنقول، والتبني.

4. إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج (م 13 ق.م.ج).

5. إذا كان الشخص عديم الجنسية ولم يعرف له لا موطن ولا محل إقامة.

6. إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي.

ويكون الحل حينئذ تطبيق القانون الجزائري وذلك لاعتبارات عملية.

### المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

#### المطلب الأول: تطوّر فكرة النظام العام

تنص م 24 ق.م.ج على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، بالتالي يمكن للقاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي بالاستناد إلى فكرة النظام العام، وهي فكرة قديمة ظهرت لدى المدرسة الإيطالية القديمة بزعامة Bartol في العصور الوسطى، حيث كانت تميّز بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، فتطبق الأحوال المستحسنة لمدينة إيطالية ما في مدينة أخرى، بينما إذا كانت القوانين المراد تطبيقها في مدينة إيطالية تعد من الأحوال المستهجنة فيتم استبعادها على أساس أنها لا تتلائم مع القواعد القانونية فيها. فكانت تستعمل هذه الفكرة لتحديد ما يجوز تطبيقه من قوانين وما لا يجوز تطبيقه<sup>(1)</sup>.

بعد ذلك جاء Mancini ووضع استثناءات على مبدأ شخصية القوانين، حيث أخضع العقد لقانون الإرادة، وشكل التصرفات لقانون المحل، وأخضع قواعد القانون العام والأمن المدني والملكية العقارية لمبدأ الإقليمية لأنها متعلقة بالنظام العام. فكان Mancini يعتبر

1- د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص ص 179-180.

النظام العام فكرة مسندة تتضمن مجموعة من المسائل وذلك لتبرير تطبيق مبدأ الإقليمية على هذه الفئة من المواضيع<sup>(1)</sup>.

غير أنّ فكرة النظام العام لم تتضح في صورتها الحالية إلاّ عندما بدأت حركة التقنين في أوروبا خلال القرن التاسع عشر، حيث أنّه وإن اشتركت قوانين الدول الأوربية في المبادئ العامة والأصول القانونية، كونها مستمدة من القانون الروماني إلاّ أنّها تشمل بعض الاختلافات<sup>(2)</sup>.

وقد اعتمد Saviny على هذه الفكرة في صياغة نظريته، حيث قال بوجوب تحليل الرابطة القانونية لإسنادها لأكثر القوانين ملاءمة لها، لكنه خوّل للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا تبيّن له عدم وجود اشتراك قانوني بين قانونه الوطني والقانون الواجب التطبيق، وهو ما عبّر عنه الفقه الحديث من حيث حق القاضي في الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تتعارض، بالنسبة للمسألة موضوع النزاع، مع الأصول العامة في قانونه، ما يبنى بعدم وجود الاشتراك القانوني الذي قال به Saviny، والذي، وعلى الرغم من مخالفته للفقه التقليدي ولفقه Mancini، إلاّ أنه قبل بتطبيق القانوني الإقليمي على بعض المسائل<sup>(3)</sup>.

غير أنّ الفقه الغالب حديثاً يرجع إلى تطبيق الدور التقليدي لفكرة النظام العام، والتي مفادها استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي بدله، وذلك في الأحوال التي تدخل في إطار تنازع القوانين.

### **المطلب الثاني: مضمون فكرة النظام العام و سلطة القاضي تحديدها**

#### **الفرع الأول: مضمون فكرة النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي**

تعدّ فكرة النظام العام مرنة ومتطورة وعامة، و هذا ما يميّزها. بحيث أنّه ما يعتبر من النظام العام في دولة، ليس كذلك في دولة أخرى، وما يكون من النظام العام اليوم، قد لا

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 168-169.

2- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 148.

3- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 169.

يكون كذلك غداً. ففكرة النظام العام تتطوّر باستمرار في الزمان والمكان. لذا فإنّ تقدير مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام يكون وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء المراكز القانونية.

وباعتبار أنّ الفقه لم يتمكن من تحديد مضمون فكرة النظام العام بدقة، فقد وضع معالم يمكن من خلالها ضبط الفكرة. حيث يتم استبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض تطبيقه مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وهو في ذلك يختلف عن فكرة النظام العام في القانون الداخلي، حيث أنّ هذا الآخر يرمي إلى إلزام الأشخاص بتطبيق القواعد الآمرة، فهي تستعمل للحد من مبدأ سلطان الإرادة وهي بذلك لا تعد استثناء.

بينما فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص تستعمل كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذا يعد استثناء عن المبدأ العام القاضي بتطبيقه تبعاً لقاعدة التنازع التي أسندت حل النزاع إليه. كما أنّ فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص غير مرتبطة بالقواعد الآمرة، إذ قد تطبق قانون أجنبياً رغم مخالفته للقواعد الآمرة في دولة القاضي، وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية<sup>(1)</sup>. إذ أنّ فكرة النظام العام في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص مختلفة، وذلك على الرغم من أنّ قواعد القانون الدولي الخاص مصدرها داخلي و ليس دولي، فليس هناك نظام عام دولي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد نطاق النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي

بما أنّ فكرة النظام العام مرنة ومتطورة يكون للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار مسألة ما من النظام العام، بالتالي يراقب بشأنها مدى تطابق القانون الأجنبي مع القانون الوطني. فإذا ما قدر بأنّ أحكام القانون الأجنبي تخالف النظام العام في قانونه استبعدتها. والقاضي في تحديده لفكرة النظام العام يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنّه لا يجوز له في ذلك الاستناد إلى تقديره الشخصي ومعتقداته وقناعاته، إنّما يعتمد على المبادئ الجوهرية

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 197-200.

2- المرجع نفسه.

والمعتقدات السائدة في دولته بشكل موضوعي، لأنه مخوّل بحماية المصالح العليا للمجتمع، فلا يجوز له الانحراف عن هذا الهدف<sup>(1)</sup>.

ويشترط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام ما يلي<sup>2</sup>:

- أن يكون القانون الأجنبي، واجب التطبيق، فإذا ما استبعدناه مثلا لعدم صلته بالعقد أو المتعاقدين كما ورد في م 18 ق م ج، فإنّه لا مجال للقول بإعمال قاعدة المخالفة للنظام العام.
- أن يكون القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في قانون القاضي.
- أن تكون المخالفة للنظام العام متزامنة مع وقت النظر في الدعوى لا قبل ذلك.

وحسب صياغة م 24 ق.م.ج التي تنص: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر"، فإنّه يجوز للأطراف التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام، كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

### المطلب الثالث: آثار التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

إذا توصل القاضي إلى أنّ القانون الواجب التطبيق مخالف للنظام العام في بلده فإنّ ذلك ينتج عنه أضرار، أحدهما سلبي، والآخر إيجابي.

### الفرع الأول: الأثر سلبي للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إمّا بشكل كلي أو بشكل جزئي. إذ في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي استبعاد القانون الأجنبي بمجرد مخالفة أحكامه للنظام العام في قانون القاضي، يميّز الاتجاه الغالب بين حالتين، حالة ما إذا كانت بعض أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بموضوع النزاع دون أخرى مخالفة للنظام العام، وحالة ما إذا كانت الأحكام المتعلقة بموضوع النزاع ككل، مخالفة للنظام العام<sup>(3)</sup>.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 195.

2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 152-153.

3- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 176. د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 265.

فإذا ما كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي في جزئية معينة، فإنّه لا يتم استبعاد القانون الأجنبي ككل وتطبيق قانون القاضي بدله، إنما يتم استبعاد الأحكام الجزئية المخالفة للنظام العام فقط، ويتم بدلها تطبيق أحكام أخرى من هذا القانون، كما فعلت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1964/11/17 حين استبعدت بعض أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بمنع التوارث بسبب الاختلاف في الدين لمخالفتها للنظام العام في فرنسا، وطبقت الأحكام الأخرى المتعلقة بأصناف الورثة وأنصبتهم، وذلك لأنها ليست مخالفة للنظام العام<sup>(1)</sup>.

فما حكمت به محكمة النقض الفرنسية دليل على أنه إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في بعض أحكامه دون الأخرى وكان من الممكن تطبيق بعض أحكامه دون البعض الآخر، فإنّه لا يتم استبعاده ككل، إنّما نستبعد فقط الأحكام المخالفة للنظام العام.

أما إذا كانت أحكام القانون الأجنبي مرتبطة ببعضها البعض، بحيث لا يمكن تطبيق الجزء المخالف منها للنظام العام في دولة القاضي دون الأجزاء الأخرى، فلا مناص هنا من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ككل.

### الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام

يرى بعض الفقهاء أنّ أثر مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في قانون القاضي هو استبعاده فقط، حيث يتم الإكتفاء بالأثر السلبي للنظام العام. حيث تكفي المحكمة في البلاد الأنجلوسكسونية باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وإحالة الأطراف إلى محكمة أخرى لنظر النزاع. لكن هذا سيؤدي حتماً إلى النتيجة نفسها<sup>(2)</sup>.

بينما يرى اتجاه آخر (الفقه الألماني) استبعاد النص المخالف للنظام العام، و تطبيق نص آخر من نصوصه بدلاً من الأوّل، مثلما فعلت المحكمة العليا الألمانية التي استبعدت

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 176-178. د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 266.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 203-204.

القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين، لمخالفته للنظام العام، وطبقت على الدين أطول مدة تقادم ينص عليها القانون السويسري<sup>(1)</sup>.

لكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنه قد لا تتوافر في القانون الأجنبي نصوص أخرى تحل النزاع، وحتى لو سلمنا بهذا الحل، فما العمل إذا كان القانون الأجنبي في مجمل أحكامه المتعلقة بموضوع النزاع مخالف للنظام العام؟

لذا يرى الاتجاه الفقهي الغالب، سيما في فرنسا، أنه في حال استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، فإن الاختصاص ينعقد لقانون القاضي<sup>(2)</sup>، ولعل ما يؤخذ على هذا الإتجاه هو ألا يكون قانون القاضي ملائماً لحكم العلاقة الدولية موضوع النزاع.

لذا قال البعض بتطبيق القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع. كما رأى البعض الآخر أنه إذا كان قانون القاضي غير ملائم فيتم حل النزاع بناء على قواعد القانون الطبيعي، كما قضت به المحاكم المغربية، والتي رأت صعوبة في تطبيق النصوص الوطنية في ما يخص حالة الأشخاص الأجانب. لكن يؤخذ على هذا الرأي الأخير أن فكرة القانون الطبيعي غامضة، فلا يتم اللجوء إليها إلا إذا لم يوجد نص في قانون القاضي. وهذا هو الراجح.

و قد نص المشرع الجزائري في م 24 ق.م.ج على أنه في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في الجزائر يتم تطبيق القانون الجزائري بدلاً عنه.

هذا إذا كان الغرض من تطبيق القانون الأجنبي هو إنشاء الحق في دولة القاضي.

أما إذا نشأ حق في دولة أجنبية وفقاً لقانون أجنبي، ثم طرحت مسألة نفاذ هذا الحق في دولة القاضي، فإنه في هذه الحالة لا نستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بإنفاذ الحق، أي بآثاره، ولو كانت الأحكام المنشئة للحق مخالفة للنظام العام في دولة القاضي. وهذا ما يسمى بالآثر المخفف أو النسبي للنظام العام، بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج. فالمحاكم الفرنسية تعترف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي وقع في

1- د.محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 267.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 203.

الخارج، وإن كانت تعتبر هذا النوع من الطلاق مخالف للنظام العام. ذلك أنّ آثاره ليست مخالفة للنظام العام<sup>(1)</sup>.

أمّا إذا كانت الآثار الناتجة عن الحق مخالفة للنظام العام فلا تنفذ، ويستبعد بشأنها تطبيق القانون الأجنبي المختص. حيث حكم القضاء الفرنسي بعدم الاحتجاج بحق الملكية على سفن الأسطول الروسي La Ropit الراسي في ميناء مرسيليا، والذي أمته السلطات الروسية، وذلك لأنّها لم تدفع عوضاً عن نزع الملكية، وهو أمر مخالف للنظام العام في فرنسا، وذلك في حكم محكمة النقض لتاريخ 4 مارس 1923<sup>(2)</sup>.

### المحثب الثالث: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون الواجب التطبيق

يعرف الغش نحو القانون، على أنّه القيام بأعمال من شأنها تغيير ضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق قانون ما. و قد عرف الغش نحو القانون منذ القرن الثامن عشر، و لكنه لم يظهر في شكل نظرية إلاّ في منتصف القرن التاسع عشر، بمناسبة تصدي القضاء الفرنسي لقضية السيدة de Beoaffermont البلجيكية، التي تزوّجت من أمير فرنسي، فأصبحت فرنسية الجنسية. فلما أرادت الطلاق سنة 1874 م لم يسمح لها القانون الفرنسي بذلك، باعتباره قانون جنسيتها، لأنّه يحرم الطلاق<sup>(3)</sup>.

فسافرت إلى ألمانيا وتجنست بجنسية إمارة Saxe-Altonbourg سنة 1875م وحصلت على حكم بالتطليق. ثمّ تزوّجت من الأمير الروماني Bibesco وأقامت معه في فرنسا. فطعن زوجها الأوّل في صحة الزواج الثاني، على أساس أنّ الطلاق باطل، لأنّه تمّ الحكم به بناءً على واقعة التجنس بالجنسية الألمانية التي تمت غشاً نحو القانون، وبالتالي يبقى الزواج الأوّل قائماً. فحكمت محكمة النقض الفرنسية سنة 1878 لصالحه، على أساس

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 182. د.محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 171-172.

2- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 156.

3- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 212-213. د.أعراب

بلقاسم، المرجع السابق، ص 188. د.محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 175.

أنّ الهدف من تغيير الجنسية كان التحايل على القانون، فظهرت بالتالي نظرية الغش نحو القانون<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأوّل: شروط الدفع بالغش نحو القانون و نطاقه

سندرس في هذا المطلب شروط الدفع بالغش نحو القانون في فرع أول، ونطاقه في فرع ثاني.

#### الفرع الأوّل: شروط الدفع بالغش نحو القانون

للدفع بالغش نحو القانون شرطان هما على التوالي:

##### أولاً: تغيير ضابط الإسناد:

أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد تغييراً مادياً بشكل إرادي عن طريق تغيير الجنسية، الموطن، أو موقع المنقول<sup>(2)</sup>. ويشترط أن يكون التغيير فعلي و ليس صوري<sup>(3)</sup>، لأنه لو كان كذلك لأمكن الطعن في صورية التغيير مما ينتج عنه الأخذ بالضابط الفعلي، فلا تكون بنا حاجة للدفع بالغش نحو القانون.

كما يشترط أن يكون تغيير الضابط قد تمّ بوسيلة مشروعة<sup>(4)</sup>، حيث إذا كانت الوسيلة غير مشروعة فيتم إبطالها دون حاجة إلى اللجوء للدفع بالغش نحو القانون، كمن يكتسب الجنسية الجزائرية بشكل غير مشروع، وذلك ليطبق على أهليته القانون الجزائري، هرباً من القانون الفرنسي، فيكفي أن نثبت اكتسابه غير المشروع للجنسية الجزائرية لتسحب منه، فلا تكون له جنسية جزائرية، بالتالي لا يدفع نحوه بالغش نحو القانون، و ذلك لأنّه قد أصبحت له جنسية واحدة و هي الجنسية الفرنسية.

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 214. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 189.

3- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 214. د.محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 279.

4- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 214.

فلا يتم الدفع بالغش نحو القانون إلا إذا لم يتوافر جزء آخر يسمح لنا بإبطال النتيجة غير المشروعة المتوصل إليها، من خلال تغيير ضابط الإسناد، وكان التغيير في ضابط الإسناد فعلي و مشروع.

### ثانيا: التحايل على القانون كهدف لتغيير ضابط الإسناد

أن يكون الهدف من تغيير ضابط الإسناد هو التحايل على القانون، بغرض الإفلات من القانون الواجب التطبيق أصلاً<sup>(1)</sup>. ويستنتج القاضي نية الإفلات من تطبيق القانون، من خلال الوقائع، وهو أمر ليس يسير، لكن تساعده على ذلك ظروف الدعوى كما حدث في قضية السيد de Beoaffermont ، حيث رفعت دعوى الطلاق غداة تجنسها، مما جعلها عاجزة عن إيجاد سبب آخر لتجنسها، فاستخلص القاضي من ثم نيتها في الإفلات من القانون الواجب التطبيق عليها.

### الفرع الثاني: نطاق الدفع بالغش نحو القانون

نقصد بنطاق الغش نحو القانون، تحديد الحالات التي تطبق فيها نظرية الغش نحو القانون، حيث درج القضاء الفرنسي، وأيده الفقه في ذلك، على أعمالها إذا كان الغش يستهدف القانون الفرنسي، أي أنّ البداية كانت باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الغش نحو قانون القاضي<sup>(2)</sup>.

غير أنّ هذا الاتجاه غير مؤسس لأنّ الهدف من هذه النظرية هو محاربة الغش، وتطبيق القانون المختص أصلاً، و لهذا فإنّ الغش قد يكون نحو قانون القاضي، أو أي قانون أجنبي آخر. فلا عدالة في التمييز بين قانون القاضي وغيره.

لذلك اتجه القضاء الفرنسي حديثاً إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون حتى بالنسبة للغش نحو القانون الأجنبي<sup>(3)</sup>، وهذا هو الصواب.

1- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 215-216. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 191-192.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 216.

3- المرجع نفسه، ص ص 217-218.

## المطلب الثاني: الأساس القانوني للدفع بالغش نحو القانون:

حاول الفقه تبرير نظرية الغش نحو القانون و إيجاد أساس لها فظهرت آراء عدة نذكر أهمها فيما يلي.

### الفرع الأول: الغش نحو القانون قائم على الصورية

حيث نحاول إظهار قانون ما على أساس أنه هو الواجب التطبيق بدلاً من آخر، كما في العقد الصوري.

غير أنّ الفرق بين الغش نحو القانون والصورية في القانون المدني، تكمن في أنّ المتعاقدان في العقد الصوري يخفيان وراء العقد الظاهر عقداً مستتراً، بحيث يكون وراء إرادتهما الظاهرة إرادة مستترة خفية، فهناك إرادتين، إحداهما صورية والأخرى حقيقية، وهما غير متطابقتان<sup>(1)</sup>.

بينما في الغش نحو القانون تكون الإرادة الظاهرة حقيقية وليست صورية، ويكون تغيير ضابط الإسناد حقيقياً ومشروعاً، لكن يهدف إلى غاية غير مشروعة، فالفرق شاسع بين نظرية الغش نحو القانون و نظرية الصورية.

### الفرع الثاني: الغش نحو القانون هو تعسف في استعمال الحق

حيث أنّه في كلتا الحالتين يكون للشخص رخصة لكنه يسيء استعمالها. فإذا كان له الحق في نقل أمواله من موقع إلى آخر، فلا يجوز أن يكون الهدف من وراء ذلك هو التحايل نحو قانون ما<sup>(2)</sup>. غير أنّ الفرق بينهما، أنّ التعسف في استعمال الحق يمس مصلحة فردية، بينما الغشّ نحو القانون يمس مصلحة جماعية كما أنّ التعسف في استعمال الحق ينتهي بالحكم بالتعويض، بينما الغش نحو القانون ينتهي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون المختص بدلاً عنه.

1- د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 195-196.

2- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 219-220. د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 194-195.

## الفرع الثالث: الدفع بالغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بمخالفة النظام العام

يرى جانب من الفقه أن تطبيق القانون الأجنبي المبني على تغيير ضابط الإسناد بسوء نية مخالفة للنظام العام، فلا يعدو أن يكون الغش نحو القانون تطبيقاً من تطبيقات النظام العام<sup>(1)</sup>.

غير أنّ هذا ليس صحيح لسببين، أولهما أنّ الدفع بالنظام العام يكون عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي، بينما الغش نحو القانون يستعمل سواء ارتكب الغش تجاه قانون القاضي أو قانون أجنبي. ثانياً أنّ نتيجة الدفع بالنظام العام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً وتطبيق قانون القاضي، بينما ينتج عن الدفع بالغش نحو القانون استبعاد القانون الأجنبي كلياً و تطبيق القانون المختص بدله، سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر.

فالغش نحو القانون نظرية مستقلة في حد ذاتها، قائمة على أساس أنّ الغش يفسد كل أمر، وهو رأي الدكتور هشام على صادق<sup>(2)</sup>، وهو الأرجح.

### المطلب الثالث: أثر التمسك بالدفع بالغش نحو القانون:

يرى جانب من الفقه أنّ الجزاء المترتب على التمسك بالدفع بالغش نحو القانون متعلق بالنتيجة المتوصل إليها عن طريق التحايل، وقد انقسموا في هذا الصدد إلى قسمين:

قسم يرى أنّ الأثر المترتب عن الغش نحو القانون هو عدم نفاذ النتيجة المتوصل إليها وبطلان الوسيلة المستعملة، فإذا غير الشخص جنسيته للتهرب من واجبه في النفقة تجاه زوجته، فإنّ عدم التزامه بالنفقة بالنظر إلى قانون جنسيته الجديد يكون غير نافذ حيث سيلزم بالنفقة، ويكون تجنسه بالجنسية الجديدة أيضاً غير نافذ، لأنّ تجنسه كان يهدف إلى التهرب

---

1- د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص166. د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 220-221. د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 195.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 221.

من دفع النفقة، فإذا كان هذا الأثر غير نافذ، فلماذا نلزمه ببقية الآثار الناتجة عن تجنسه طالما لم يكن يهدف إليها<sup>(1)</sup>.

بينما يرى قسم آخر من الفقه أنّ عدم النفاذ يلحق النتيجة فقط دون الوسيلة، وهذا أسوأ بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة de Beoaffermont ، حيث قضت بعدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني، وبقاء الزواج الأوّل، ولم تتطرق لتجنسها بالجنسية الألمانية<sup>(2)</sup>.

هذا الرأي الأخير وإن كان صحيحاً فهو يفتقد إلى الدقة، بحيث أنّ الأثر المباشر للدفع بالغش نحو القانون ليس عدم نفاذ النتيجة، ولكن استبعاد تطبيق القانون الذي يراد تطبيقه عن طريق التحايل، وتطبيق القانون المختص أصلاً بدله، ثمّ بعد ذلك سيقرر هذا القانون هل أنّ النتيجة نافذة أم لا، ولو أنّ الغالب هو ألا تكون النتيجة نافذة طبقاً للقانون الجديد.

فعدم النفاذ لا يمس النتيجة مباشرة، إنّما يكون راجع إلى عدم تطبيق القانون الذي رتب هذه النتيجة، بالتالي تبقى الوسيلة التي تم التحايل بها صحيحة ومنتجة لبقية آثارها كافة، فالجنسية الألمانية للسيدة de Beoaffermont بقيت صحيحة رغم بطلان الطلاق.

---

1- د.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 197-198. د.حسن الهداوي المرجع السابق، ص 205.

2- د.هشام صادق، د.عكاشة محمد عبد العال، د.حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 221-224. د.محمد

وليد المصري، المرجع السابق، ص ص

## قائمة المراجع

أولاً: الكتب

### 1- باللغة العربية

- 1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2008.
- 2- د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2004.
- 3- د. حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 4- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، دون سنة النشر.
- 5- د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005.
- 6- د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، دار بن باديس، الجزائر، 1997.
- 7- د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 192.
- 8- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006.

### 2- باللغة الفرنسية

KITIC Dusan , Droit international privé, Ellipses, Paris, 2003.

ثانياً: النصوص القانونية

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
3. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## الفهرس

1	مقدمة
3	الفصل التمهيدي: التعريف بتنازع القوانين
4	المبحث الأول: مصادر قواعد تنازع القوانين
4	المطلب الأول: المصادر الرسمية
4	الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية الدولية
4	الفرع الثاني: التشريع
5	الفرع الثالث: مبادئ القانون الدولي الخاص
5	المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية
5	الفرع الأول: الإجتهااد القضائي
5	الفرع الثاني: الفقه
6	المبحث الثاني: نشأة تنازع القوانين
6	المطلب الأول: المدارس الفقهية القديمة
6	الفرع الأول: مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة
7	الفرع الثاني: مدرسة الأحوال الفرنسية
8	الفرع الثالث: المدرسة الهولندية
9	المطلب الثاني: النظريات الفقهية الحديثة
9	الفرع الأول: المدرسة الألمانية
9	الفرع الثاني: المدرسة الإيطالية الحديثة
10	الفرع الثالث: المدرسة الفرنسية
10	الفرع الرابع: نظرية
11	الفرع الخامس: نظرية
12	الباب الأول: إعمال قواعد التنازع
12	الفصل الأول: التكييف
13	المبحث الأول: تعريف التكييف ونشأته

13	المطلب الأول: تعريف التكييف
13	المطلب الثاني: نشأة التكييف
14	الفرع الأول: قضية ميراث المالطي
14	الفرع الثاني: قضية وصية الهولندي
15	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على التكييف
15	المطلب الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي (نظرية Bartin)
16	المطلب الثاني: خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع
16	المطلب الثالث: النظرية الحديثة في التكييف
17	الفصل الثاني: الإسناد ونظرية الإحالة
17	المبحث الأول: الإسناد
18	المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد
18	المطلب الثاني: عناصر قاعدة الإسناد
18	الفرع الأول: موضوع الإسناد
18	الفرع الثاني: ضابط الإسناد
19	الفرع الثالث: القانون المسند إليه
19	المطلب الثاني: نظرية الإحالة
19	الفرع الأول: نشأة نظرية الإحالة
21	الفرع الثاني: مبررات جدلية الأخذ بالإحالة
21	أولا: حجج مناصري الإحالة
22	ثانيا: حجج رافضي الإحالة
23	الفرع الثالث: الأساس القانوني للإحالة
23	أولا: نظرية التفويض كأساس لقبول الإحالة
23	ثانيا: نظرية الإسناد الإحتياطي كأساس لقبول الإحالة
24	ثالثا: نظرية الإقليمية كأساس لقبول الإحالة
24	رابعا: نظرية قبول أو رفض الإحالة في ظل الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها
24	الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من الإحالة
26	الباب الثاني: التنظيم الوضعي لقواعد التنازع

26	الفصل الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية
26	المبحث الأول: ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية
27	المطلب الأول: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الجنسية
27	المطلب الثاني: خضوع الأحوال الشخصية لضابط الموطن
28	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري
29	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية
29	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية
29	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة
30	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأهلية
32	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج
32	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة
33	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج
34	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج
35	الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج
36	المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية
37	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج
38	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات دعوى إنحلال الرابطة الزوجية
38	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على آثار إنحلال الرابطة الزوجية
38	المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني
39	المطلب الخامس: القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب
39	المطلب السادس: القانون الواجب التطبيق على حماية الأشخاص غير كامل الأهلية
40	المطلب السابع: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت
41	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث
42	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت
42	
43	المطلب الثامن: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف

43	الفصل الثاني : قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال العينية
44	المبحث الأول : ضابط الإسناد المتعلق بالأحوال العينية
45	المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على المال
45	المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على العقار
46	المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على المنقول
47	المبحث الثالث : التنازع المتحرك
48	المطلب الأول : نظرية تطبيق الأثر المباشر أو الفوري (القانون الجديد)
49	المطلب الثاني : نظرية نفاذ الحق المكتسب
49	المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من التنازع المتحرك
50	المبحث الرابع : القانون الواجب التطبيق على المنقول المعنوي
50	المطلب الأول : المحل التجاري والأوراق التجارية
50	المطلب الثاني : الملكية الأدبية والفكرية
51	المطلب الثالث : الملكية الصناعية
51	المطلب الرابع : موقف المشرع الجزائري
52	الفصل الثالث : قواعد التنازع المتعلقة بالالتزامات التعاقدية
52	المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد
	المطلب الأول : الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع
53	الالتزامات التعاقدية
53	الفرع الأول : نشأة قانون الإرادة وتطوره
56	الفرع الثاني : ضوابط تحديد قانون الإرادة
56	أولا : الإرادة الصريحة
57	ثانيا : الإرادة الضمنية
58	المطلب الثاني : الضوابط الأخرى التي تحكم موضوع العقد
58	الفرع الأول : الموطن المشترك للمتعاقدین
59	الفرع الثاني : الجنسية المشتركة للمتعاقدین
59	الفرع الثالث : محل إبرام العقد كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد
60	المطلب الثالث : نطاق تطبيق القانون الذي يحكم العقد

60	الفرع الأول: العقود المستثناة من تطبيق القانون الذي يحكم العقد
61	الفرع الثاني: جوانب تطبيق القانون الذي يحكم العقد
64	المبحث الثاني: شكل التصرف القانوني
64	المطلب الأول: نشأة قاعدة LOCUS
64	المطلب الثاني: إلزامية قاعدة LOCUS
66	المطلب الثالث: مجالات تطبيق القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني
66	الفرع الأول: الحالات التي لا يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني
66	الفرع الثاني: الحالات التي يطبق فيها القانون الذي يحكم شكل التصرف القانوني
67	الفصل الرابع: قواعد التنازع المتعلقة بالإلتزامات غير التعاقدية
68	المبحث الأول: التعريف بقاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام
68	المطلب الأول: نشأة قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام
69	المطلب الثاني: مضمون قاعدة محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام
70	المبحث الثاني: تحديد قانون مكان وقوع الفعل
70	المطلب الأول: تحديد قانون مكان وقوع الفعل النافع
71	المطلب الثاني: تحديد قانون مكان وقوع الفعل الضار
73	المبحث الثالث: المسائل الخاضعة لمحل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام
73	المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية
74	المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالإثراء بلا سبب
75	<b>الباب الثالث: تطبيق القانون الأجنبي</b>
75	الفصل الأول: كيفية تطبيق القانون الأجنبي
75	المبحث الأول: طبيعة القانون الأجنبي
76	المطلب الأول: نظرية المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي
76	المطلب الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي
76	المطلب الثالث: القانون الأجنبي يطبق باعتباره واقعة
76	المطلب الرابع: القانون الأجنبي يطبق باعتباره قانون
78	المبحث الثاني: دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي
78	المطلب الأول: دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد

80	المطلب الثاني: دور القاضي في إثبات وتحديد القانون الأجنبي
80	الفرع الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي
82	الفرع الثاني: وسائل إثبات القانون الأجنبي
82	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق عند تعذر إثبات القانون الأجنبي
83	المطلب الثالث: تفسير القاضي للقانون الأجنبي
85	الفصل الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي
85	المبحث الأول: الحالات الخاصة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي
86	المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام
86	المطلب الأول: تطوّر فكرة النظام العام
87	المطلب الثاني: مضمون فكرة النظام العام و سلطة القاضي تحديدها
87	الفرع الأول: مضمون فكرة النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي
88	الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد نطاق النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي
89	المطلب الثالث: آثار التمسك بالدفع بمخالفة النظام العام
87	الفرع الأول: الأثر سلبى للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام
89	الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للتمسك بالدفع بمخالفة النظام العام
92	المبحث الثالث: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون الواجب التطبيق
93	المطلب الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون ونطاقه
93	الفرع الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون
93	أولاً: تغيير ضابط الإسناد
94	ثانياً: التحايل على القانون كهدف لتغيير ضابط الإسناد
94	الفرع الثاني: نطاق الدفع بالغش نحو القانون
95	المطلب الثاني: الأساس القانوني للدفع بالغش نحو القانون
95	الفرع الأول: الغش نحو القانون قائم على الصورية
95	الفرع الثاني: الغش نحو القانون هو تعسف في استعمال الحق
95	الفرع الثالث: الدفع بالغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بمخالفة النظام العام
96	المطلب الثالث: أثر التمسك بالدفع بالغش نحو القانون
98	قائمة المراجع



## منهجية حل استشارة قانونية

### موجهة لطلبة السنة الثالثة حقوق مادة القانون الدولي الخاص

#### مقدمة:

إذا كان البحث النظري يكسب الطالب معلومات أكثر وثروة لغوية وقانونية أوسع وأسلوب في الكتابة أحسن، بيد أنه بعد التخرج يجد صعوبة في توظيف المعلومات المكتسبة. وعليه فقد ارتأينا ضرورة تنويع هذه البحوث النظرية بمجموعة من الاستشارات القانونية تساعد الطالب على توظيف الثروة العلمية المكتسبة توظيفا صحيحا. ولكن قبل ذلك يجب على الطالب أن يكون على دراية كافية بمنهجية حل استشارة قانونية، الأمر الذي دعانا إلى ضرورة تنويره ولو بشكل مختصر ومقتضب بهذه المنهجية.

#### I. تعريف الاستشارة:

1. لغة: الاستشارة لغة من فعل شاور، يشاور، مشورة، ولقد جاء في القرآن الكريم " وشاورهم في الأمر " وجاء أيضا " وأمرهم شورى بينهم "، ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما ندم من أشار وما خاب من استخار ". ومن فعل استشار يستشير، استشارة، فالأحرف "أست" إذا دخلت على الفعل تفيد الطلب، ومنه ففعل استشار معناه الكامل " طلب الرأي " لأن شارة أو مشورة تعني الرأي.

2. اصطلاحا: الاستشارة طريقة بيداغوجية تستعمل لتدريب الطالب على استعمال فكره ومعارفه استعمالا منطيقا، عمليا وعلميا، سواء أثناء الدراسة أو بعد التخرج من أجل حل المسائل القانونية التي تعرض عليه، والتي تواجه المجتمع يوميا، فهي بالنسبة لطلابها معرفة حكم القانون في مسألة معينة، أما بالنسبة لمن يقوم بها فهي بيان الرأي القانوني في خصوص المسألة المطروحة.

#### II. مراحل حل الاستشارة:

يجب أن نشير في البداية إلى أن حل استشارة قانونية بشكل علمي دقيق يستلزم قراءتها بترؤ وتأن وتركيز عدة مرات، وذلك حتى يتسنى للطالب فهمها وتشخيصها وحصر مسائلها القانونية حصرا كاملا. ويمكن تقسيم مراحلها إلى مرحلتين أساسيتين: المعطيات - الاجابة أو الحل على أن نختم المرحلتين بحوصلة شاملة لكل الاستشارة.

#### المرحلة الأولى: المعطيات: وتشمل الوقائع والاجراءات والمسائل القانونية.

أ. الوقائع: هي مجموعة الأحداث القانونية والمادية التي أدى نتائجها إلى تكوين موضوع النزاع أو عناصر المسألة، مثل: (شراء عقار، عقد زواج، إلحاق الضرر بالغير...)، وترتب حسب تاريخ حدوثها في شكل جمل وبطريقة دقيقة ومجردة من أي حكم مسبق ودون أية إضافة، ويجب انتقاؤها فلا نورد الوقائع الثانوية التي لا تؤثر في موضوع النزاع.

ب/ الإجراءات: هي المراحل الادارية (تظلم - إذار... ) والقضائية (رفع دعوى- استئناف...) التي مر بها النزاع، وترتب كذلك حسب حدوثها زمنيا وبدقة، ولأن الاستشارة عادة ما تطلب بداية، أي قبل اللجوء إلى القضاء فإن معطياتها عادة ما تقتصر على الوقائع دون الإجراءات، فإن كانت وجب ذكرها وإن لم تكن وجب الإشارة إلى ذلك.

ج/ المسائل القانونية: هي أهم محطة في مرحلة المعطيات، تستخرج عن عناصر الاستشارة (الوقائع، الإجراءات، طلبات ودفع الخصوم...)، ويمكن التعرف عليها من خلال ما يتنازع حوله الخصوم، ويجب حصرها كاملة والإمام بها حيث تقدم في شكل تساؤلات.

مثال: ما هي طبيعة النزاع؟ ما هو القانون الواجب التطبيق؟

المرحلة الثانية: الإجابة أو الحل:

إن الإجابة على المسائل القانونية تعالج بواسطة فقرات، حيث تخصص لكل مسألة قانونية فقرة خاصة بها بوقائعها وسؤالها القانوني وحلها القانوني وجوابها الفرعي بهذا الترتيب.

الفقرة الأولى: الإجابة على المسألة القانونية الأولى المتعلقة ب...

ا/ الوقائع الخاصة بهذه المسألة: ذكر الوقائع الخاصة بالمسألة القانونية فقط مع مراعاة ترتيبها.

ب/ السؤال القانوني: هو قراءة وتجسيد لما جاء في المسألة القانونية، قد يكون واحدا وقد تكون هناك أسئلة قانونية فرعية بحسب متطلبات كل مسألة ونشير هنا إلى أنه في مجال تنازع القوانين- فيما عدى السؤال القانوني الخاص بالمسألة القانونية المتعلقة بتحديد طبيعة النزاع والتي تعتبر أولى المسائل القانونية- يتفرع السؤال القانوني إلى سؤالين قانونيين فرعيين لكل منهما حل قانوني وإجابة فرعية بحيث يخصص السؤال القانوني الأول لتكييف موضوع النزاع والسؤال القانوني الثاني للقانون الواجب التطبيق.

ج/ الحل القانوني: هو ذكر النص القانوني المعتمد عليه للإجابة على السؤال القانوني، فإن لم يوجد نص قانوني ينظم المسألة استعان الطالب بالاجتهادات القضائية وإلا فبأراء الفقهاء.

د/ الإجابة الفرعية: تكون الإجابة اعتمادا على الحل القانوني الذي سبق تحديده بشكل مختصر ودقيق دون لف ودوران.

المرحلة الثالثة: الحوصلة: تتضمن مجموعة الاجابات الفرعية.

الفقرة البيداعنوجية لمادة القانون الدولي الخاص

## منهجية التعليق على النصوص القانونية

### تمهيد

يعتبر التعليق على النصوص القانونية منهج يمكن الطالب من تعويد نفسه على مواجهة المسائل القانونية المطروحة عليه مهما كانت صعوبتها. فأهميته تكمن في أنه يرمي إلى تدريب الطالب على استخدام فكره بشكل منطقي وعلمي لحل المسائل التي تعترضه أثناء دراسته الأكاديمية أو حياته العلمية، وذلك بتحليل النص الذي بين يديه وإعادة تركيبه بما يضمن تقديم العلاج المناسب للمسألة القانونية المطروحة.

يتم التعليق على النصوص القانونية وفق منهجية معينة، تمثل مجموع الخطوات التي يتعين على أي طالب اتباعها، وفق الخطة الكلاسيكية المعروفة في كتابة البحوث القانونية المتمثلة في: مقدمة، موضوع، وخاتمة، مع الحرص على تضمين كل من المقدمة والموضوع والخاتمة ما يجب أن تتضمنه من مراحل وخطوات كما سنرى لاحقا.

### I- مقدمة:

ويتم فيما التعليق على النص من الناحية الشكلية وتتضمن المراحل التالية:

#### 1- تحديد موقع النص وظروف صدوره:

لكل نص تاريخ معين وظروف معينة صدر فيها، ووضع النص في إطاره الزمني من شأنه المساعدة على فهمه أكثر، خصوصا النصوص القانونية التي تعتبر أكثر من غيرها وليدة الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أملت صدورها.

فتحديد موقع النص يعني وضعه في إطاره الزمني والمكاني بتحديد تاريخه أو تاريخ المصدر الذي أخذ منه رقم القانون أو الأمر، رقم الجريدة الرسمية، العدد، الصفحة، الباب، الفصل، العنوان... إلخ، وهي مرحلة سهلة نسبيا خصوصا إذا توفر لدى المعلق المصدر الذي أنتقى منه النص.

#### 2- التحليل الشكلي للنص:

تتضمن هذه المرحلة البحث في الشكل الخارجي أو الظاهري للنص من خلال معرفة الآتي:

##### أ- البناء المطبعي للنص:

قد يوحي البناء الخارجي للنص بمجموعة من المعلومات المفيدة في التعليق كطول أو قصر النص، تقسيم النص إلى فقرات، عدد هذه الفقرات، المصطلحات القانونية المستعملة في النص الدالة على: التوكيد، الوجوب، الجواز، الاختيار، الإلزام، الأمر... إلخ.

## ب- البناء اللغوي والنحوي للنص:

ويتم ذلك بالبحث في معاني المفردات، وكيفية الربط بين الأفكار، والأسلوب المستعمل، ما إذا كان متينا ومحكما أو ركيكا ومهملا، وهل لغة النص سليمة أو غير سليمة.

## ج- البناء المنطقي للنص:

منطق النص يظهر من خلال الأسلوب المستعمل فيه، ورغم أنه ليس من السهل على المحلل التعرف على الأسلوب المستعمل، إلا أنه هناك تعابير وصيغ تقربنا من معرفته، سواء كان أسلوب الاستقراء، الاستنباط، القياس، الاختلاف، التعريف، التأكيد، الاستفهام، الاستثناء، أو النفي أو غيرها.

## 3- تحليل مضمون النص:

يتم تحليل مضمون النص عن طريق:

- تلخيص النص جملة واحدة أو فقرة بفقرة.

- استخراج الأفكار الرئيسية للنص وشرحها وتقييمها ونقدها.

## 4- المعنى الاجمالي للنص:

حيث يقوم المعلق بتلخيص أفكار النص وحوصلتها في فكرة واحدة عامة وشاملة.

## 5- طرح الإشكالية:

هي السؤال القانون الذي يطرحه النص بحسب الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه، وتستخرج عادة من المعنى الاجمالي للنص، بتأكيد الفكرة التي جاء بها النص أو نفيها أو تقديرها أو بالبحث عن أفكار جديدة أغفلها النص.

## 6- التصريح بالخطة:

للمعلق في ذلك الخيار بين البحث في النص ذاته عن مبادئ ومؤشرات قوية تتكون منها عناصر الخطة، وهي عملية سهلة نسبيا كونها تركز على عنصرين مستمدين من النص يتم تقديرهما فيما بعد. أما الخيار الثاني فيتم فيه إدماج العناصر المختلفة للنص ضمن عناوين فرعية تتلاءم والأفكار الرئيسية المستخرجة من المعنى الاجمالي للنص.

## II- الموضوع:

وفيه يقوم الطالب بالتعليق على النص القانوني وفقا للخطة المقترحة.

## III- خاتمة:

ويتم فيها استخلاص النتائج المتوصل إليها خاصة تلك التي على صلة بالإجابة على الإشكالية المطروحة.

الفرقة البحثية لجامعة القاهرة

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

السنة الجامعية: 2016/2017

السنة الثالثة

القانون الدولي الخاص

## استشارة

### حول الزواج والطلاق وآثارهما.

"حياة" فتاة لبنانية مسيحية هاجرت إلى فرنسا تاركة والديها في لبنان، للعمل في شركة RENAULT, أين تزوجت من أحمد الجزائري الجنسية, المسلم, وأبرما عقد زواجهما لدى موثق بمدينة LYON الفرنسية اتفقا فيه على تقاسم الأعباء المالية للحياة الزوجية معًا.

غير أنه و بسبب الأزمة المالية العالمية فقدت حياة عملها إثر قيام شركة RENAULT بتسريح عدد من عمالها. مما ألقى بالمصاريف على عاتق أحمد، الذي وبسبب ضعف دخله ضيق على زوجته، التي لم تتحمل الوضع فطالبته بتخصيص مبلغ لها تنفق منه كيف تشاء، لكنه رفض لعدم قدرته على ذلك، الأمر الذي دفعها إلى رفع دعوى قضائية تطالبه فيها بالوفاء بالتزامه بالنفقة الذي يعتبر من واجبات الزوج حسب الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

إلا أن احمد دفع بكونهما اتفقا على تقاسم الأعباء الزوجية معًا، كما أنه طعن في صحة عقد الزواج نظرا لكون زوجته غير مسلمة و أنّ وليها لم يكن حاضرا عند إبرام العقد.

ردًا عليه رفعت حياة دعوى أخرى تطالبه فيها بالتطبيق و إعطائها مسكنًا تعيش فيه.

المطلوب:

حل الإستشارة.

الفرقة البيداغوجية لمادة القانون الدولي الخاص

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

السنة الجامعية: 2016/2017

السنة الثالثة

القانون الدولي الخاص

## استشارة حول الميراث

توفي جزائري متوطن بإيطاليا تاركا 50 بالمائة من أسهم شركة إيطالية لصناعة وتسويق أجهزة الإعلام الآلي.

وقد حدثت الوفاة ببريطانيا التي قصدتها لأجل التفاوض مع متعاملين بريطانيين حول إبرام صفقة تجارية. لما علمت زوجته الفرنسية بوفاته رفعت دعوى قضائية ضد أبويه لاستحواذهما على تركته. دفع الأبوان بعدم استحقاقها لأي نصيب في تركتهما ولدهما لاختلافهما معه في الديانة.

ما رأيك في هذه الطلبات والدفع بفرض أن الدعوى تم رفعها أمام القضاء الجزائري؟

هل يختلف الأمر إذا رفعت الدعوى أمام القضاء البريطاني أو الإيطالي أو الفرنسي؟

مع العلم أن:

- قاعدة الإسناد البريطانية تخضع الميراث في المنقول إلى القانون الوطني للمتوفى.
- قاعدة الإسناد الجزائرية تخضع الميراث بدورها إلى القانون الوطني للمتوفى.
- قاعدة الإسناد الإيطالية تخضع الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للمتوفى.
- قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع الميراث في المنقول لقانون موطن للمتوفى.

الفرقة البيداغوجية لمادة القانون الدولي الخاص

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

السنة الجامعية: 2016/2017

السنة الثالثة

القانون الدولي الخاص

## إستشارة حول الإلتزامات التعاقدية

سافر "علي" إلى ألمانيا أين أبرم عقد مع شركة SIEMENS لشراء مجموعة من الهواتف النقالة لإعادة بيعها في نيجيريا، وقام بنقلها على متن سفينة فرنسية متجهة إلى العاصمة الجزائرية، أين تم شحنها في شاحنة لتنتقل إلى نيجيريا، و قبل مغادرتها الأراضي الجزائرية باعها إلى تاجر مصري يدعى مصطفى مقابل مليون دينار جزائري، اتفقا بموجبه على دفع نصف المبلغ حالاً، والنصف الآخر بعد وصول البضاعة إلى نيجيريا، كما اتفقا على أن يخضع عقدهما إلى القانون الفرنسي.

غير أنه وبعد دخول الأراضي المالية تلفت ثلاثة أرباع السلعة بسبب حادث مرور مميت، الأمر الذي أدى بمصطفى إلى طلب فسخ العقد بسبب استحالة وفاء أحمد بالتزامه المتعلق بالتسليم، واسترجاع المبلغ الذي دفعه لأنّ الهلاك في هذه الحالة سيقع على عاتق البائع.

غير أن أحمد رفض ذلك مدعيًا أنّ عدم تنفيذ العقد لم يكن راجعًا إليه، وأنّه في حال عدم قيام مصطفى بتنفيذ التزامه بدفع الثمن سيطالبه بالتعويض على أساس الخطأ في تنفيذ الالتزام.

**المطلوب:**

**حل الاستشارة.**

الفرقة البيداخوجية لمادة القانون الدولي الخاص

جامعة أظلي محند أولحاج-البويرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص

قائمة المواضيع الخاصة بالأعمال الموجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس السداسي الخامس  
(مادة القانون الدولي الخاص)

**أولاً: قائمة البحوث**

1. الحالة والأهلية ( بحث يتضمن التعليق على نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري).
2. الزواج والطلاق وأثارهما (بحث يتضمن حل استشارة قانونية).
3. الميراث (بحث يتضمن حل استشارة قانونية).
4. الأحوال العينية (بحث يتضمن التعليق على نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري).
5. الالتزامات التعاقدية (بحث يتضمن حل استشارة قانونية).
6. تطبيق القانون الأجنبي (بحث نظري).
7. تحديد قواعده الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.
8. آثار الأحكام الأجنبية داخل الإقليم الوطني.

**ثانياً: قائمة الأعمال الشخصية**

1. نشأة تنازع القوانين (بحث نظري).
2. التعليق على نص المادة 15 من القانون المدني الجزائري.
3. الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.
4. التعليق على نص المادة 17 مكرر من القانون المدني الجزائري.
5. التعليق على نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري.
6. شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر.

الفرقة البيداغوجية لمادة القانون الدولي الخاص.