*جامعـــة الـوادي *
كلية الحـق ..وق والعلوم لسياسـي ..ة
قسم لحقوق

محـــــاضرات
فـــي القانون الدولـــي الخاص
تنـــــازع القـوانين

ألقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس (ل. م . د)

تخصص: قانون خاص.

الأستـاذ/ ديـــدي إبراهيـــم

لسنة لجامعية: 2026/2025م


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

المقدمـــة

مقـدمـة:

التشريع معد لتنظيم مراكز قانونية في مجالات مختلفة وبذلك فقواعده غير مؤبدة فهي قابلة للتغيير بما يتناسب وتطور المجتمع، ويتدخل المشرع بين الحين والآخر لتحسين القواعد القانونية فيلغي السارية ويستحدث جديدة لتنظيم العلاقات القانونية.

إذا تعاقب قانونان صادران في دولة واحدة على تنظيم مركز قانوني معين فإن التعارض الحاصل بينهما يحل حسب قواعد القانون الانتقالي أي القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان وهي المواد: (6، 7، 8) من القانون المدني الجزائري وما يقابلها في القوانين الأخرى) [1].

أما بالنسبة لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية فإن حلها لا يتم بنفس الطريقة المعروفة في النظم القانونية الداخلية، لأن تلك العلاقات يتنازع حكمها قوانين صادرة من دول مختلفة ويكون بذلك التنازع إما تنازعا إيجابيا أو تنازعا سلبيا، وهي روابط وعلاقات قانونية تتصف بالأجنبية في أطرافها أو موضوعها أوفي سببها وتستدعي تحريك قواعد خاصة لفض التنازع.

فلنفرض أن جزائريا انتقل إلى بريطانيا للعمل أو الدراسة وهناك استأجر شقة أقام فيها ثم تزوج بإيطالية وأنجبت منه أبناء، يثور التساؤل عن وضعه القانوني في هذه الدولة بصفته أجنبي فما هي حقوقه وواجباته، وما هو القانون الذي تخضع له علاقة عمله في جانبها التنظيمي والتعاقدي وما هو القانون الذي يسري على إيجار الشقة التي يقيم فيها، وما هو القانون الذي ينظم علاقة زواجه من الإيطالية في شقه الشكلي والموضوعي، وأخيرا ما هي جنسية أبنائه الذين وُلِدوا في بريطانيا؟.

كما يثير العديد من الإشكالات القانونية الأولية التي تطرح بالنسبة لميراث جزائري في الخارج أو قيام جزائري بالتعاقد في دولة أخرى للقيام بأنشطة استثمارية إلى غير ذلك من الروابط القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي ويدخل تنظيمها ضمن مجال قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص.

---

(1). النصوص القانونية التي تحل التنازع بين القوانين من حيث الزمان:

1 – المادة 6 : (القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005) تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها .

وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة .

2 - المادة 7: (القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005) تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا.

غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص. الجديدة

إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.

أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

3 – المادة 8 : (القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005) تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.

يتعين في الأمثلة التي سبق ذكرها وبالنظر إلى تزاحم عدة قوانين خاصة صادرة من دول مختلفة من أجل حكم العلاقة القانونية كلها أو جزء منها أن تحل هذه المشكلة حسب القواعد المقررة في القانون الدولي الخاص، قبل إعمال النص القانوني الموضوعي لفض النزاع ويكون الحل باستخدام الآلية القانونية المقررة في قانون القاضي لتنازع القوانين، وهو ما يقتضي أن يفسح المشرع الوطني المجال لامتداد القانون أي التوفيق بين مبدأي شخصية القوانين وعينتها ومبدأي إقليمية القوانين وامتدادها أو اللجوء إلى تطبيق القواعد القانونية الموضوعية في القانون الدولي الخاص مباشرة كما هو الشأن في مسائل الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية والقرارات والعقود الرسمية الأجنبية[1].

فالمشرع الجزائري وعلى غرار الدول الأخرى تولى تنظيم مجالات القانون الدولي الخاص وذلك من خلال إصداره لعدة قوانين، كان أولها قانون الجنسية الجزائرية الصادر سنة 1963م[2] الملغى بالقانون رقم 70- 86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970م والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 –01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م. ثم تلاه الأمر رقم 66 - 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والملغى بموجب القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول حاليا. ثم الأمر رقم 66 – 211 المنظم لمركز الأجانب المعدل والمتمم بالقانون رقم 08 –11 المؤرخ في 25 جوان 2008م المتضمن دخول الأجانب وحركاتهم وشروط استخدامهم، ثم الأحكام الواردة في القانون المدني وذلك بموجب الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني المتمم والمعدل بالقانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م وفيه خصص المشرع الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول لتنازع القوانين من حيث المكان المواد من (09 إلى 24) بالإضافة إلى مجموعة من النصوص القانونية تضمنتها أحكاما منظمة للعلاقات القانونية الخاصة الدولية. كما انضمت الجزائر إلى الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف ذات الصلة بمجالات القانون الدولي الخاص[3].

---

(1). تنقسم القواعد التي يشملها القانون الدولي الخاص إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: يتعلق بتنظيم التمتع بالحقوق la jouissance de droit، ويندرج تحتها القواعد المنظمة للجنسية ومركز الأجانب، **والنوع الثاني**: ويشمل القواعد الحاكمة لممارسة الحقوق l'exercice des droits ويختص بهذا الأمر نظرية تنازع القوانين أما **النوع الثالث**: فهو القواعد المنظمة للحماية القضائية للحقوق على المستوى الدولي la sanction des droits وتشمل هذه الأخيرة موضوعي الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها. أنظر ذلك في: **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2009م، ص 6.

(2). أول قانون أصدره المشرع الجزائري بخصوص الجنسية هو القانون رقم63 – 96 المؤرخ في 1963/03/27م المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1963/04/02م.

(3). من أمثلة الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالقانون الدولي الخاص نذكر :

1. الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين التي صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 65. 194، المؤرخ في 29 جويلية 1965م، ج. ر، عدد 67، لسنة 1965م الصادرة بتاريخ 13 أوت 1965م.

2. اتفاقية الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 144.88 ، المؤرخ في 26 جويلية 1988 م، ج. ر ، عدد 30، لسنة 1988م الصادرة بتاريخ 27 جويلية 1988م . =>

والملاحظة التي ينبغي الإشارة إليها هي أن الحلول المعتمدة في نظام قانوني معين في المسائل التي لها صلة بمجالات القانون الدولي الخاص قد تكــون مشابهــة أو مطابقـــة أو متعارضة لمثيلاتها في أنظمة قانونية أخرى، ومع ذلك فهي حلول وطنية ذاتية قابلة للملاءمة مع المحيط وتطور المجتمع، ومن ثم فهي تشكل انعكاسا للقانون الداخلي على الصعيد الدولي، ومن هنا يبرز دور القضاء الجزائري في أن يتكفل بهذه المهمة المعقدة والمتشعبة التي تتمثل في سد النقص المحتمل في النصوص التشريعية مراعيا عند تطبيقه لها المصلحة الوطنية والاعتبارات الدولية والالتزامات التي قبلت بها الدولة الجزائرية باعتبارها عضو في المجموعة الدولية، وعلى الرغم من قلة الأحكام القضائية والاجتهادات القضائية وغياب التقاليد القضائية الراسخة وعدم وجود أعمال تحضيرية للقوانين التي تتم الاستعانة بها في تفسير النصوص الغامضة والكشف عن إرادة المشرع في المرحلة السابقة التي كان فيها النهج السياسي المتبع ذا أثر بارز في توجيه القضاء.

غير أن انتقال الجزائر إلى نظام اقتصاد السوق وتفتحها على الاستثمارات الأجنبية وسعيها في اجتذاب رؤوس الأموال الخارجية وفتح المجال أمامها لتسهم في التنمية الاقتصادية عوامل تستوجب على قواعد القانون الدولي الخاص أن تقوم بالدور المنوط بها، وأن تكون أحكامه بمثابة القاطرة التي تجر العجلة الاقتصادية في شتى المجالات، والتي من خلالها يبرز دور القضاء الجزائري في تفسير وتطبيق القواعد القانونية مراعيا في ذلك المقاصد المتعددة التي تبناها المشرع الجزائري،[1] ولذلك تطلب النهج السياسي والاقتصادي الذي انتهجته الجزائر مؤخرا إلى إعادة النظر في أحكام المنظومة التشريعية الجزائرية لتواكب الواقع ويصبح القانون مطاوعا لمقتضيات النظام الجديد للمجتمع.

أهم حدث حصل في هذا الشأن هو تعديل أحكام تنازع القوانين وكان ذلك بموجب القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005م والذي مس تقريبا معظم النصوص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان الواردة في القانون المدني لسنة 1975م، وفي هذا التعديل أضاف المشرع الوطني أحكاما جديدة جعلت أحكام تنازع القوانين في الجزائر في مصاف القوانين الحديثة. وبموجب ذلك التعديل أيضا أصبحت أحكام تنازع القوانين في الجزائر أكثر تفصيلا وإيضاحا وشمولا.

توخيت في هذه المطبوعة التبسيط للمبادئ القانونية حتى يستطيع الطالب استيعابها بسهولة آخذا في المقام الأول التركيز على القانون الجزائري ودراسة الحلول التشريعية والأحكام القضائية بقدر الإمكان، على الرغم من قلتها وعدم توفرها، ثم التطرق إلى مختلف النظريات الفقهية والأحكام القضائية الرائدة التي

=> 3. الاتفاقية الخاصة بالقانون الأساسي لفاقدي الجنسية الموقعة بنيويورك في 28 سبتمبر 1954م والتي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم رقم 64. 173، المؤرخ في 08 جوان 1964م ، ج.ر ، عدد 15 لسنة 1964م الصادرة بتاريخ 07 جويلية 1964م .

(1) .**زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2010م، ص04 .

كانت في الكثير من المناسبات بمثابة المرجعية في سن القواعد القانونية للمشرعين في مختلف النظم القانونية المقارنة.

وقسمنا هذه المطبوعة وحسب ما هو مقرر في عرض التكوين (CANVAT) [1]، بالنسبة للسنة الثالثة قانون خاص، إلى مقدمة وفصل تمهيدي وخمسة فصول وأنهيناها بخاتمة، فخصصنا الفصل التمهيدي: للأساسيات العامة للقانون الدولي الخاص وتناولت فيه ثلاث مباحث، الأول في أسباب ودوافع وجود القانون الدولي الخاص، والثاني في نطاق القانون الدولي الخاص، وفي المبحث الأخير ، تعرضنا لطبيعة القانون الدولي الخاص.

أما الفصل الأول عنوناه: مصادر القانون الدولي الخاص وقسمناه إلى مبحثين، عالجنا في مبحثه الأول ، المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص، وفي المبحث الثاني تطرقنا للمصادر غير الرسمية، في حين تناولنا في الفصل الثاني دراسةً لماهية تنـازع القوانـين، وخصص المبحث الأول للمقصود بتنازع القوانين، أما المبحث الثاني: تعرضنا فيه لمناهج تنازع القوانين، ثم انتقلنا إلى الفصل الثالث ودرسنا فيه النشأة التاريخية لتنازع القوانين، وهو يشمل مبحثين، الأول طرحنا فيه مجمل المدارس الفقهية القديمة، والمبحث الثاني خصصناه لفقه النظريات الحديثة، وعرجنا بعدها للفصل الرابع تحت عنوان طريقة إعمال قواعد الإسناد، ويضم ثلاث مباحث، الأول في مفهوم قاعدة الإسناد والثاني في خصائص قاعدة الإسناد، والمبحث الثالث في التكييف، ومنه وصلنا إلى الفصل الخامس الذي استعرضنا فيه فكرة الإحالـة، وفيه مبحثين، المبحث الأول في مفهـوم الإحالـة، والمبحث الثاني في موقف المشرع الجزائري من الإحالة، و بتحليل ما ورد في هذه الفصول وضعنا خاتمةً تلخص مادة القانون الدولي الخاص كموضوع متشعب، يتطلب البحث في عدة نصوص قانونية متناثرة حتى يمكن إعطاء صورة كاملة عنه والذي يعد حقيقة أحد الدعائم الأساسية للقانون والحقوقيين على السواء.

(1) . أنظر في آخر المطبوعة لنسخة من مقرر السنة الثالثة قانون خاص، في مادة القانون الدولي الخاص عرض التكوين ليسانس(CANVAT) لكلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي.

الفصــل التمهيدي:
الأساسيات العامة للقانون الدولي الخـاص

منذ أقدم المجتمعات التي عرفتها الإنسانية ظلت إقامة العلاقات بين الجيران والمناطق المحيطة بمكان الإقامة هدفا يسعى الجميع الى تحقيقه من الزاوية التي تهمه وتحقق له غرضه –العمل، الزواج، التجارة...- لكن هذه العلاقات بقيت محدودة وضيقة في عالم صعب فيه تخطي الحدود وكثرت مشقات السفر وبعد المسافات وتنافر المجتمعات وتضارب مصالحها، واليوم ومع تطور وسائل النقل والاتصالات بات العالم شبيها بقرية صغيرة ، ترتب على ذلك كثرت المبادلات التجارية وتطورت العلاقات السياحية في شتى أنحاء المعمورة بشكل منقطع النظير وأصبح بذلك التبادل بين أفراد من جنسيات مختلفة ومن دول متعددة أمرا مألوفا وعاديا.

المستخلص من ذلك أن العلاقة في الحالات السابقة قد تسربت إليها الصفة الأجنبية، إذ أنها لم تعد علاقة وطنية خالصة ، وأن صفة الأجنبية التي تسربت إليها قد تؤدي إلى تحريك قواعد التنازع ، فهذه العلاقة تخرج عن نطاق القانون الداخلي لتدخل ضمن مجال القانون الدولي الخاص لاحتوائها على عنصر أجنبي وارتباطها بأكثر من نظام قانوني ، وعليه فإن أي نزاع سيثار بشأن هذه العلاقة ستحكمه قواعد القانون الدولي الخاص، ومن ثم احتمال تطبيق قانون أجنبي فيما لو كانت موضوع منازعة مطروحة على القضاء سواء فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق أما فيما يخص تحديد المحكمة المختصة.

وللوقوف على الأساسيات العامة للقانون الدولي الخاص أدرجنا ضمن الفصل التمهيدي ثلاث مباحث، الأول تعرضنا فيه لأسباب ودوافع وجود القانون الدولي الخاص، وعالجنا في المبحث الثاني نطاق القانون الدولي الخاص، في حين تناولنا في المبحث الثالث طبيعة القانون الدولي الخاص.

المبحث الأول
أسباب ودو افع وجود القانون الدولي الخاص

فض المنازعات المتولدة عن العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي مسألة تنظمها الدراسة التي تعرف باسم قواعد القانون الدولي الخاص التي تحتوي على التقنيات الخاصة وهي المألوفة في فروع القانون الأخرى والتي تسمى بـ- تنازع القوانين- ومن خلال قواعد يجري العمل على تسميتها في إجماع وتواتر – قواعد الإسناد- التي تعتبر وسيلة اختيار أحد القوانين المتصلة بالعلاقة الدولية الخاصة، ولذلك يحسم المشرع الوطني مشكلة تنازع القوانين من خلال سنه طائفة من القواعد تسمى –قواعد الإسناد-أو- قواعد التنازع- وهي تمثل المنهجية التقليدية المسماة بمنهجية التنازع والتي تشاركها الحل مناهج أخرى ظهرت حديثا مثل منهجية القواعد المادية ومنهجية القوانين ذات التطبيق الضروري، وتظهر الدوافع في وجود قواعد القانون

الدولي الخاص في كونها المرجع الوحيد لمعالجة وتنظيم العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، والتي لا يمكن إخضاعها للقوانين المطبقة على العلاقات الداخلية الخالصة.

إن أهمية قواعد القانون الدولي الخاص تتزايد باستمرار لارتباطها المباشر بمصالح الأفراد، وأن الوظيفة الأساسية لهذا القانون هي تحقيق الاستقرار في شتى المعاملات والعلاقات القانونية وتشجيع حركة التبادل التجاري الدولي ونقل البضائع والأشخاص وحماية رؤوس الأموال وتشجيع الاستثمارات الأجنبية وتسهيل اتصال الشعوب في مختلف القارات ببعضها البعض، فالمجتمع الدولي اليوم في أمس الحاجة إلى تنظيم تحكمه قواعد قانونية مختلفة ومتنوعة المصادر، كما أن الاقتصاد الدولي والوطني الذي ينبغي أن يقوم على مبدأ تقسيم العمل والمنفعة، وأن كل دولة بحاجة ماسة إلى البحث عن المصادر الأولية وتصريف البضائع المصنعة تبادل الخبرات ونقل المعرفة الفنية والتكنولوجيا التي تنظم بموجب معاهدات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف ، فجميع هذه المسائل يختص بتنظيمها القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول

الضرورة العملية لوجود القانون الدولي الخاص

خلال النصف الثاني من القرن العشرين شهدت الحياة القانونية الدولية الخاصة للأفراد تطورا ملحوظا يميل إلى جعل علاقات الدول التجارية مكملا بعضها بعضا كما لو أنها تمثل مدينة واحدة وخاصة بعد تقدم طرق المواصلات الحديثة ولم تعد للمسافات الجغرافية أهمية تذكر، وكذا كثرة اتصال الشعوب ببعضها، ونظام النقل المتعدد الأشكال ـ البري البحري الجوي ـ ونقل التجارة الدولية بالسفن العملاقة واستخدام نظام الحاويات.

إن هذا التوسع شمل كل نواحي الحياة وترتب على ذلك زيادة المعاملات بشتى أنواعها وهذه الأخيرة تحتاج إلى التنظيم والتقنين وتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم وبالتالي إلى تعيين القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات والمعاملات ذات الطابع الدولي، وإزاء هذا التطور في العلاقات الإنسانية يستلزم الحال إلى تبني قواعد قانونية جديدة تكون أكثر انسجاما مع ظروف الحياة المعاصرة وسواء أكان ذلك على شكل تقنين دولي للقواعد الموضوعية، أو من خلال توحيد قواعد الإسناد حتى تكون الأحكام القضائية التي تصدر في مختلف الدول موحدة، وبما أن الإنسان مدني بطبعه، كما يقول علماء علم الاجتماع، يدخل مع غيره في علاقات متنوعة سواء مع مواطني دولته أو مع أشخاص ينتمون إلى دول ومجتمعات أخرى قبل وجود الدولة بالكيفية التي هي عليها الآن، وهذا ما يجعلنا نبحث عن القانون الذي يحكم هذه العلاقات القانونية.

ومن أهم دوافع وجود القانون الدولي الخاص أن العصر الحديث يتميز بتطور وسائل الاتصال بين الدول وأفراد مختلف المجتمعات، وأصبح التنقل بين أقاليم الدول والاتصال بالأشخاص المقيمين في شتى

أصقاع الأرض أمر في غاية السهولة بالرغم من تباعد المسافات، كل ذلك جعل علاقات الأفراد تتنامى أكثر وبالتالي تحتاج إلى قانون يحكمها بالنظر إلى طبيعة هذه العلاقات وما تتميز به من خصوصيات.[1]

ومن أسباب وجود القانون الدولي الخاص وجود اختلاف بين القواعد القانونية التي تضبط سلوك الأفراد داخل كل مجتمع عن قواعد المجتمع الآخر وذلك راجع لاختلاف عادات وتقاليد كل مجتمع عن الآخر مما جعل مهمة البحث عن قانون يحكم هذه العلاقات الخاصة بين الأشخاص عندما ينتمي كل طرف من أطراف العلاقة إلى دولة معينة تختلف في أعرافها وعاداتها وتقاليدها وفي المرجعيات الأساسية التي يقوم عليها المجتمع عن الدولة الأخرى، فالقانون الدولي الخاص هو بيئة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، التي تتجاوز الحدود والأقاليم. كما أن القانون الداخلي هو بيئة العلاقات الداخلية، والقانون الدولي العام هو بيئة العلاقات بين أشخاص ذلك القانون، دول ومنظمات دولية، كذلك فإن للعلاقات الخاصة الدولية التي تبرم بين الأفراد المنتمين إلى دول مختلفة أو العلاقات الخاصة التي تبرم بين دول وأفراد بيئة قانونية خاصة وخصوصيات هذه العلاقات تأتي من طبيعتها أما دوليتها فهي تأتي من عناصرها[2].

بالإضافة إلى ذلك فإن من أهم دوافع وجود القانون الدولي الخاص أن التقسيم الرئيسي للقانون إلى قانون دولي عام ينظم علاقات الدول فيما بينها وهناك القانون العام الذي ينظم علاقات الدولة باعتبارها صاحبة سيادة ويسمى القانون العام الداخلي، وإلى جانب ذلك فإنه يوجد القانون الخاص الذي ينظم علاقات الأشخاص داخل المجتمع كما هي في الحالات بالنسبة للعلاقات التي يقوم بها الأفراد في مجال القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون الأسرة، غير أن العلاقات القانونية ليست قاصرة على الدول ولا على الأفراد داخل الدولة الواحدة، بل قد تكون بين شخصين تابعين لدولتين أو يكون محل العلاقة أو سببها يقع في دولة أخرى، ففي هذه الحالات وغيرها تكون العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبي.[3]

ويترتب على ذلك حتمية البحث عن القانون الذي يحكمها وهو القانون الدولي الخاص، لأنه لا يمكن إخضاعها إلى القانون الدولي العام لأنه مختص بحكم العلاقات بين الدول فقط، ولا يمكن أيضا إدراجها ضمن علاقات القانون العام الداخلي لأنه مختص فقط بحكم العلاقات التي تكون الدولة فيها صاحبة سيادة[4].

---

(1) . **عكاشة محمد عبد العال**: تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، 2007م، ص05 وما بعدها.

(2) . **سامي بديع منصور،أسامة العجوز:**القانون الدولي الخاص،منشورات زين الحقوقية،ط3،بيروت،لبنان،2009م،ص5.

(3) . أنظر حول نشأة القانون الدولي الخاص وتطور قواعده:

- Mayer (Pierre):« l' histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen âge», Réc. Des cours la Haye, 1934 et Gyvtzwiller (S) :«Le développement historique du droit international privé », Réc. Des cours la Haye, 1929, p.304

(4) . لا يعدو أن يكون الأمر تطبيقا من حيث المكان للقانون لا تنازعا بينها لكونها قوانين صادرة عن دول مختلفة ولكل منها سيادتها، وهذا المسلك ما تتبناه بعض التشريعات المقارنة كالقانون المصري، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (1) لسنة 1987م التي تتكلم عن التطبيق المكاني للقانون. أنظر : **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق، ص 08 .

وفي المقابل لا يمكن لفروع القانون الخاص التقليدية أن تحكم علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي لأنها وجدت أصلا من أجل تنظيم علاقات الأفراد الوطنية، كأن تنشأ علاقة بيع بين جزائريين ومحل البيع موجود في الجزائر وتم إبرام العقد في الجزائر.

فالعلاقة القانونية تتكون من ثلاثة عناصر:

أولها: أطراف العلاقة القانونية أي أشخاصها ومثال ذلك البائع والمشتري، المؤجر والمستأجر المتسبب في الضرر والمتضرر.

ثانيهما: موضوع العلاقة القانونية وغالبا ما يكون إما عمـلا أو امتنـاع عن عمـــل أو الشيء المادي الذي تنصب عليه العلاقة كالمال المباع، أو العقار محل الإيجار.

ثالثهما: سبب العلاقة القانونية وهو الفعل أو التصرف الذي ينشئ العلاقة مثل العقـد أو الفعل الضار أو التصرف بالإرادة المنفردة.

فإذا توافرت الصفة الأجنبية في عنصر من هذه العناصر يترتب على ذلك حتمية البحث عن القانون الذي يحكم هذا النوع من العلاقات (العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي) وهذا القانون هو القانون الدولي الخاص. ونتيجة ذلك أنه لا يمكن إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام باعتباره مختص بحكم العلاقات بين الدول فقط (أي بين أشخاص المجتمع الدولي) ولا يمكن أن يحكمها القانون الداخـلي سواء العـام أو الخاص لأنه مختص بحكم العلاقات التي تكون الدولة طرف فيها وصاحبـة سيـادة أو أن العلاقة بين مواطني الدولة في شأن يخضع لقواعد القانون الداخلي.[1]

كما أنه لا يمكن لفروع القانون الخاص التقليدية أن تحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي لأنها وجدت أصلا لحكم وتنظيم علاقات الأفراد الوطنية، كأن تكون هذه العلاقة علاقة بيع بين جزائريين ومحل البيع في الجزائر وتم إبرام العقد في الجزائر ومن ثم فهي علاقة وطنية محضة لا يوجد فيها العنصر الأجنبي. والنتيجة أن الدوافع والأسباب السالفة الذكر وهي واردة على سبيل المثال أدت ومنذ زمن طويل إلى البحث عن فرع من فروع القانون يسمى بالقانون الدولي الخاص وتناط بقواعده مهمة حكم وضبط جميع العلاقات القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي، فقواعد القانون الدولي الخاص تعنى بتنظيم الحياة الخاصة الدولية وذلك بتحديدها للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على الأفراد بشأن العلاقات القانونية الدولية الخاصة.[2]

(1). أنظر في ذلك: **هشام صادق، حفيظة السيد الحداد:** دروس في القانون الدولي الخاص (د، د، ن)، الكتاب الثاني، 2000 م، ص05.

(2). قريب من هذا المعنى ما ذكره كل من:

-Batifole (H) et Lagarde (P): Droit international privé, L.G.D.J, 7éd,T,1, p3 .et Loussouarn (Y) et Bourel (P): Droit international privé, Dalloz, 2e éd, p, 2. et -Gutmann (D): Droit international privé, Dalloz, 1999, p, 1.

المطلب الثاني
تعريف القانون الدولي الخاص وسبب تسميته بهذا الاسم

لكي نحدد تعريف القانون الدولي الخاص من خلال الفلسفة القانونية ومجريات الواقع الدولي، وندرك سبب تسميته بهذا الاسم المتميز قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الأول : في تعريف القانون الدولي الخاص والثاني: في سبب تسمية هذا القانون بالقانون الدولي الخاص.

الفرع الأول : تعريف القانون الدولي الخاص

اختلف الفقهاء في وضع تعريف شامل للقانون الدولي الخاص ومرد ذلك هو اختلاف نظرتهم لهذا الفرع من القانون من حيث طبيعته القانونية ونطاقه ومصادره، وبحسب الفلسفة القانونية التي تسود المدارس الفقهية أو التي يؤمن بها ذلك الفقيه، فالفقه التقليدي يركز عموما على الطابع الوطني لهذا القانون وحصر نطاقه في تنازع القوانين عندما يعرف هذا القانون.[1]

فعرفه الفقيه نيبوابيه NEBOYEE بأنه ذلك الفرع من القانون العام الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد توزيعا دوليا على أساس الجنسية أو الموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة كسبها أو فقدها طبقا للقوانين المختصة بمساعدة السلطات والجهات القضائية المختصة.[2]

وعرفه الفقيه ليرو بيجو نييري LEREBOURS - PIGEONIERE بأنه فرع قائم بذاته من القانون الداخلي يضم قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص المتعلقة بالجنسية ومركز الأجانب وفض تنازع القوانين.[3]

أما الفقيه باتيفول BATIFFOL فقد عرفه بأنه يتضمن مجموعة القواعد الواجبة التطبيق على أشخاص القانون الخاص في علاقات الجماعة الدولية.[4]

ويعرفه الفقيه دانيال غوتمان بأنه :" مجموعة من القواعد القانونية يتمثل موضوعها في تسوية العلاقات الدولية بين الأشخاص الخواص".[5]

أما بالنسبة للفقه العربي فقد عرفه الفقيه عز الدين عبد الله، هذا القانون بأنه ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص التابعين للدولة والموطن ومركز الأجانب فيها ويبين الحلول الواجبة الإتباع في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين.[1]

---

(1) .راجع أهم التعاريف التي أوردها **عبد الحميد أبو هيف**: القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة السعادة 1927م، ص14 وما بعدها

(2) .**هشام خالد** : المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر العربي الإسكندرية، 2003م، ص13.

(3) .**سامي بديع منصور:**الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994م، ص06.

(4) .راجع مؤلفه مع **لاجا رد:** القانون الدولي الخاص، ج 1، الطبعة الخامسة، 1970م، فقرة 2 .

(5) . Daniel Gutmann: Droit international privé, 2éme, édition, Dalloz. Paris, 2000,p.1.

في حين عرفه بعض الفقهاء من زاوية نطاقه بأنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد المالية والشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، وتعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن وتبين كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية والأوامر الأجنبية[2]، ولذلك يعرفه الأستاذ/ **الطيب زروتي** بأنه مجموعة القواعد الفنية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفاذها.[3]

والواقع أن القانون الدولي الخاص لا يزال في طور التطور والتأصيل ومن ثم ينبغي على قواعده أن تستوعب مستجدات المعاملات الدولية الخاصة الحديثة، ولذلك فإنه يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة عندما تشتمل على عنصر أجنبي من حيث تحديد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفاذها وبيان القانون الواجب التطبيق عليها، وتحديد الجهات القضائية المختصة بالنظر في منازعاتها.

من خلال هذه التعاريف يتضح أن القانون الدولي الخاص تنصب قواعده في مجملها على معالجة العلاقات القانونية الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي، وهناك عاملان مؤثران في تعريف القانون الدولي الخاص وضبط دوره، **أولهما** أنه قانون لا يزال في طور التطور والتأصيل مقارنة بالقانون الدولي العام التقليدي الذي ترسخت قواعده، فيجب أن تستوعب قواعد القانون الدولي الخاص مستجدات العلاقات الخاصة الدولية الحديثة وتجاربها وتتطور بتطورها، والعامل **الثاني** أن إضفاء الصفة الدولية عليه يتعين حتما أن يتأثر بمفاهيم جديدة سائدة في العلاقات الدولية كالعولمة والنظام القانوني الجديد وحقوق الإنسان واستعمال التكنولوجيا الحديثة بل وكونه أصبح موضوعا للقانون الدولي العام مباشرة في بعض مجالاته.[4]

الفرع الثاني: سبب تسمية هذا القانون بالقانون الدولي الخاص.

القانون الدولي الخاص هو الاصطلاح الشائع بين فقهاء القانون الدولي الخاص، وسمي بهذا الاسم بالنظر إلى العلاقة القانونية التي وجد من أجل تنظيمها وحكمها والتي تشتمل في جميع الحالات عنصرا أجنبيا، فمن جهة أن العلاقة القانونية التي ينظمها القانون الدولي الخاص علاقة تتعدى إقليم الدولة الواحدة أو أكثر بأحد عناصرها الثلاثة أو مجتمعة (الأطراف – المحل – السبب) ولذلك سمي بالدولي ومن

(1). **عليوش قربوع كمال**: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، دار هومة، الجزائر، 2006م، ص14 .

(2). **علي علي سليمان:** مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1991م بند 4 ص5.

(3). أنظر في مختلف التعاريف التي أوردها **الأستاذ/ الطيب زروتي:** في كتابه القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 7 وما يليها.

(4). **الطيب زروتي:** مرجع سابق ، ص 10 .

جهة أخرى فهذه العلاقة قائمة بين شخصين[1] ليست الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة سيادة ومنه سمي هذا الجانب في شقه الثاني بالخاص.

والحقيقة التي لا يمكن تجاهلها أنه لفترة طويلة من الزمن أطلق على القانون الدولي الخاص اصطلاح قواعد تنازع القوانين. وفي عام 1834م أصدر الأستاذ "جوزيف ستوري"، أستاذ في جامعة **هارفارد** والقاضي بالمحكمة العليا آنذاك مؤلفا قيما أسماه "تعليقات في تنازع القوانين"، وفي هذا الأخير ورد اصطلاح القانون الدولي الخاص العديد من المرات، وفي فرنسا قام الأستاذ "**فوليكس**" باستعمال الاصطلاح المتقدم كعنوان لمؤلفه القيم الصادر عام 1943م، تحت عنوان "دراسة في القانون الدولي الخاص . Traité de droit international privé".

وهكذا تم تداول المسمى السابق على نحو واسع في القارة الأوروبية ولاشك أن اصطلاح "تنازع القوانين" لا يعبر عن حقيقة المراد على نحو دقيق – باعتراف أصحاب التسميات السابقة – لا ينطوي على أي تنازع حقيقي، وإنما هو في حقيقته اختيار لأفضل القوانين المتنافسة. فإذا أضفنا إلى المبحث المعني بالجنسية وتنازع الاختصاص القضائي ومركز الأجانب، فلم يعد مصطلح تنازع القوانين قادرا على وجه الإطلاق على التعبير عن المادة محل البحث بعد هذا التوسع في مفرداتها.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول التي تستعمل اصطلاح القانون الدولي الخاص إنما تقصد به تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ليس غير، في حين أن البعض الآخر منها والذي يستعمل ذات الاصطلاح السابق إنما يقصد به الجنسية، الموطن، مركز الأجانب تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.[3]

ولذا بعض الفقهاء يطلقون عليه اصطلاح القانون الخاص الدولي وهذا في الحقيقة لا يغير من الأمر شيء غاية ما هناك أنه يغلب جانب العلاقة الخاصة عن جانب تجاوزها حدود إقليم الدولة الواحدة[4]، فيما أن هناك جانب آخر يطلق عليه تسمية تنازع القوانين لأن فكرة التنازع كانت السبب الجوهري في وجوده، وأنها المشكلة التي تطغى على جميع المواضيع التي ينظمها القانون الدولي الخاص.[5]

(1) . نعني بالشخص الشخص الطبيعي (personne physique) وأيضا الشخص المعنوي أو الاعتباري كالشركة (personne moral) وتدخل في حكم ذلك بعض الأشياء ذات القيمة المالية المعتبرة كالسفن والطائرات التي تحمل علم دولة ما.

(2) . إذا كانت قاعدة الإسناد (الفكرة المسندة) فكرة قانونية فإنها لابد وأن تكون من أفكار القانون الخاص، لأن اعتبارات السيادة تحول دون أن تتخذ مسائل القانون العام محلا لقواعد الإسناد التي تفضي إلى تطبيق قانون أجنبي. أنظر **يوسف سعيد البستاني**: الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009 م، ص560.

(3) . **هشام خالد:** مرجع سابق، ص405 .

(4) .ينبغي الإشارة إلى أن الفقه الحديث يجعل اصطلاح القانون الخاص الدولي قاصرا على القواعد الموضوعية التي تحكم التجارة الدولية. راجع تفاصيل ذلك في: **أبو العلا النمر:** مقدمة في القانون الدولي الخاص، بدون سنة ولا مكان النشر، ص 05 وما يليها.

(5) . أنظر في المفهوم الموسع والمضيق للقانون الدولي الخاص: **سامي بديع منصور، أسامة العجوز:** القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت ،لبنان، 2009 م، ص12 وما يليها

ومهما يكن الاختلاف في التسميات أو في الاصطلاحات فالمضمون يبقى واحدا وهو أن هذا الفرع من القانون يعالج بإيجاده للحلول للمشاكل التي تثار ضمن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي في جميع مجالاتها المختلفة.

المبحث الثاني
نطاق القانون الدولي الخاص

اختلف الفقه اختلافا شديدا حول تحديد موضوعات القانون الدولي الخاص إذ نجد ثلاثة اتجاهات فقهية، رأي موسع لنطاق القانون الدولي الخاص ويؤمن به الفقه الفرنسي[1] ورأي مضيق لموضوعات القانون الدولي الخاص ويتبناه الفقه الأنجلو سكسوني[2]، وهناك رأي وسط بينهما.

المطلب الأول
تنـازع القـوانـين

يشكل موضوع تنازع القوانين بإجماع الفقه الدولي صميم القانون الدولي الخاص، بل أنه المحور الرئيسي الذي انطلق منه الفقه منذ القرون الوسطى لمعالجة العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.[3]

ويرى أنصار الاتجاه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص أن تنازع القوانين هو المبحث الوحيد للقانون الدولي الخاص وأساس هذا النظر السابق أن باقي الموضوعات خلافا لتنازع القوانين إنما تتعلق بفروع أخرى من القانون.

وبيان ذلك لدى أصحاب الاتجاه السابق إن الاختصاص القضائي الدولي إنما يدخل ضمن مباحث قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما هو الحال في النظام القانوني الجزائري والجنسية تعتبر من القانون العام – الداخلي– حيث أنها تحدد ركن الشعب في الدولة وبالتالي فهي غريبة عن القانون الدولي الخاص.

ويرى أنصار الاتجاه السابق أن علم تنازع القوانين له طابعه الخاص وذاتيته المتميزة على النحو الذي يجب معه أن يقتصر القانون الدولي الخاص عليه ولا يشتمل سواه، وإذا كانت العلاقات القانونية التي تشتمل على العنصر الأجنبي هي المحور الأساسي لتقنية تنازع القوانين، فقد يقال لماذا لا تعامل هذه العلاقات معاملة العلاقات الوطنية وبالتالي يطبق عليها القانون الوطني. ذلك أن هذا الحل البسيط غير معقول لأنه يؤدي إلى فوضى قانونية وعدم استقرار للمراكز القانونية.[4]

---

(1) . المفهوم الواسع للقانون الدولي الخاص تتبناه المدرسة الفرنسية، أنظر في ذلك: **هوللوفو ابيه، دي لابراديل**: القانون الدولي الخاص، طبعة ماسون، 1987م، ص 10.و **بيير مايير**: القانون الدولي الخاص الطبعة 6 ماستريخت، 1998 م، ص 8 .و **سامي بديع منصور**: القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية، 1997م، ص 16.

(2) . **هشام خالد**: مرجع سابق، ص38،37، و**سامي بديع منصوروأسامة العجوز**: مرجع سابق، ص 14.

(3) . **الطيب زروتي**: مرجع سابق، ص21 .

(4) . أنظر في مواضيع القانون الدولي الخاص: **سامي بديع منصوروأسامة العجوز**: مرجع سابق، ص13 .

فلنتصور أن جزائريا متزوجا بامرأتين وانتقل بهما إلى بلد غربي يحضر التعدد وتمسك هناك بحقه المكتسب، فلاشك أن قضاء هذه الدولة في حالة تطبيقه لقانونه الوطني فقط سوف يقضي برفض هذا التعدد طالما أن قانونه الداخلي لا يسمح به، بينما في حالة استعمال التقنية المقررة في تنازع القوانين فإنه سوف يسمح بترتيب آثار التعدد ما دام أنه نشأ صحيحا وفق قانون أجنبي مختص.

وبالمثل لنفترض أن جزائرية متوفي عنها زوجها أرادت أن تعيد الزواج في إسبانيا حيث يمنع القانون الإسباني الزواج مرة أخرى على المرأة الاسبانية المتوفى عنها زوجها. وعلى ذلك فتطبيق القانون الداخلي مباشرة على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي تترتب عنه أضرار بليغة وبالنتيجة يؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية، لذلك تحتم استعمال وسائل خاصة لمعالجة هذه العلاقات عن طريق قواعد الإسناد التي لا تعطي حلا مباشرا للنزاع بل يقتصر دورها على الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق الذي تقع عليه مهمة إعطاء الحل.[1]

وأنصار الاتجاه المضيق للقانون الدولي الخاص وحصره في تنازع القوانين مستندين في ذلك إلى حجتين:

أولهما: مستخلصة من طبيعة قواعد تنازع القوانين باعتبارها قواعده مزدوجة وشكلية لا تفصل في موضوع النزاع وإنما تدل على القانون المختص من بين القوانين المتنازعة[2]، غير أنه وردا على هذه الحجة بأن قواعد التنازع قد تكـون أيضـا منفـردة أو مفردة ومع ذلك تؤدي إلى نفس النتيجة، فعلى سبيل المثال أن المادة (10) من القانون المدني قبل تعديلها بموجب القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005م تنص على أن حالة الجزائريين وأهليتهم يحكمها القانون الجزائري ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، وبمفهوم المخالفة يفهم من هذه المادة أن قانون دولة جنسية الأجنبي هو الواجب التطبيق على حالته وأهليته عندما يكون مقيم في الجزائر وتعلـق الأمـر بشـأن يخص أهليتـه أو حالته المدنية.

ثانيهما: أن ذاتية تنازع القوانين تبرز في منهجها كقواعد إسناد إلى طوائف من النظم القانونية المعنية بعد إجراء عملية التكييف. وذلك عن طريق تجميع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في مجموعة طوائف يطلق على كل واحدة منها اسم معين، فيوجد نظام خاص بطائفة الأحوال الشخصية[3]، وآخر خاص بالعقود والمعاملات المالية وآخر بحكم الشكل في التصرفات القانونية، وبالتالي يختص قانون معين بحكم كل فكرة مسندة في طائفة معينة وهذا الوضع غير مألوف في الفروع الأخرى للقانون.[4]

(1). **محمد وليد المصري:** الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط2009، ص21.

(2) . تكون قاعدة التنازع مزدوجة عندما تشير إلى إمكانية تطبيق قانون القاضي وإمكانية تطبيق القانون الأجنبي ومثالها المادة (10) من القانون المدني الجزائري، أما صفة الشكلية فهي أن قاعدة التنازع لا تفصل في موضوع النزاع وإنما تدل على القانون المختص الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة لاستخلاص الحل الموضوعي.

(3) . فمثلا في النظام القانوني الجزائري تضم طائفة الأحوال الشخصية من المادة(10 إلى المادة 16) من القانون المدني والمادة (17) تخص تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا. والمادة (18) تخص الالتزامات التعاقدية والمادة (19) تخص شكل التصرفات القانونية...الخ.

(4). **هشام خالد:** مرجع سابق، ص37.

وطبقا لقواعد الإسناد الجزائرية تخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، والعقود لقانون الإرادة والأموال لقانون مكان وجودها، والشكل لقانون محل إبرام التصرف[1]، ويقوم تكييف العلاقة القانونية الذي يتم طبقا لقانون القاضي بدور هام وحاسم في تحديد الوصف القانوني المناسب بغرض القيام بإسناد العلاقة القانونية إلى إحدى النظم السالفة الذكر ومن ثم فتحديد النظم المختلفة وإجراء التكييف يتم طبقا لقواعد منهجية خاصة بتنازع القوانين.

بينما في المسائل الأخرى كالجنسية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب والموطن لا يتم العمل بهذه الطريقة والمنهجية الخاصة. ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يستند إلى الطبيعة الشكلية لقواعد التنازع ويتجاهل وظيفتها التكاملية مع المسائل الأخرى في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

المطلب الثاني

المجالات الأخرى للقانون الدولي الخاص.

إذا كان تنازع القوانين يأخذ نصيب الأسد في قواعد القانون الدولي الخاص ويعتبره جانب كبير من الفقهاء أنه يشكل المحور الأساسي لهذا القانون فإن هناك موضوعات أخرى تنظمها قواعد القانون الدولي الخاص لا تقل أهمية عن تنازع القوانين وهي على النحو التالي:

الفرع الأول: تنازع الاختصاص القضائي.

قواعد الاختصاص القضائي الدولي تمثل الجانب الإجرائي لمشكلة تنازع القوانين، فإذا كانت قواعد تنازع القوانين تعنى ببيان وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تحدد المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع ، وتلك مسألة هامة باعتبار أن الحقوق التي تثبت للأفراد بمقتضى القانون تظل عديمة الجدوى إذا لم يستطع هؤلاء حمايتها عن طريق القضاء.[2]

ومن ثم دراسة قواعد الاختصاص القضائي بجانب تلك المتعلقة بالاختصاص التشريعي أمر مبرر، حيث أن القانون الدولي الخاص في سعيه لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي يواجه مشكلتين أساسيتين: أولهما تحديد المحكمة المختصة دوليا بالنظر في المنازعات ذات العنصر الأجنبي. وثانيهما: تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات.[3]

(1) . في قواعد الإسناد الجزائرية المادة (10) من القانون المدني تخص الأهلية والحالة المدنية، المادة (11) تخص الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، المادة (12) المتعلقة بآثار الزواج وانحلاله والانفصال الجسماني، المادة (13 مكرر ومكرر1) تخص النسب والكفالة المادة (14) التي تعالج مسألة الالتزام بالنفقة بين الأقارب، المادة (15) والتي تخص الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة، بينما المادة (16) فهي تعالج الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

(2) .**رمزي محمد علي درار**: فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 2010 م، بيروت، لبنان ص32.

(3) .**حفيظة السيد الحداد**: القانون القضائي الخاص الدولي، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، بدون مكان نشر طبعة 1992م، ص10

وبالرغم من الترابط الوثيق بين الاختصاص التشريعي (تنازع القوانين) والاختصاص القضائي فإن البعض من الفقه ينادي باستبعاد الاختصاص القضائي من نطاق القانون الدولي الخاص بحجة أن القاضي عندما تعرض عليه مسألة مشتملة على عنصر أجنبي يقضي باختصاصه طبقا لقانونه الوطني، وبالتالي لا وجود لتنازع الاختصاص القضائي في الواقع، إلا أن غالبية الفقه ترى بإدخال هذا الموضوع ضمن مشتملات هذا الفرع، فلكي يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه ينبغي عليه أولا الفصل فيما إذا كان مختصا بالنظر في النزاع أم غير ذلك، ثم ينتقل بعد ذلك إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على ضوء ضوابط قواعد الإسناد في قانونه.[1]

المشرع الوطني هو الذي يحدد اختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية[2]، هو الذي يبين متى تكون المحاكم الجزائرية مختصة، وهل يجوز مقاضاة أجنبي في الجزائر أو متابعة وطني فيها قام بالتصرف في الخارج، وهل يجوز للأجنبي أن يلجأ إلى القضاء الوطني لحماية حق من الحقوق التي يتمتع بها ؟.[3]

فالقاضي الوطني المعروض أمامه النزاع لا يتطرق إلى اختصاص المحاكم الأجنبية وبالتالي يستطيع إخضاع النزاع إلى طائفة من النظم القانونية ثم يسنـــد العلاقة إلى قانونـــه أو إلى قانون أجنبي، ويأتي هذا الحل عن طريق التكييف وقواعد الإسناد الاحتياطية (الإحالة إلى قانون القاضي في الدولة التي تأخذ بنظام الإحالة، اختصاص القانون الوطني في حالة الدفع بالغش نحو القانون وحالة المخالفة للنظام العام). ومن هنا تبدو العلاقة وطيدة بين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وهو الموقف الذي يتبناه الاتجاه المعتدل الذي يرى وجوب إدخال تنازع الاختصاص القضائي ضمن موضوعات قواعد القانون الدولي الخاص.[4]

الفرع الثاني: مركز الأجانب.

المقصود بدراسة مركز الأجانب في نطاق القانون الدولي الخاص هو الوقوف على مجموعة القواعد القانونية التي تبين الحقوق التي يتمتع بها المعنيون، وكذا الالتزامات التي يتحملون بها أثناء تواجدهم في

---

(1) . **الطيب زروتي:** مرجع سابق، ص23 ، وقريب من هذا المعنى أنظر: **أحمد مسلم:** القانون الدولي الخاص، طبعة 1954م، ص13 ، وأيضا: **إبراهيم أحمد إبراهيم:** القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي الخاص، والآثار الدولية للأحكام، الكتاب الأول نشر سيد عبد الله وهبة، سنة 1991م، ص3 .

(2) . الصادر بموجب القانون رقم: 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 28 فبراير 2008 م.

(3) . راجع في هذا الشأن المادتان (41 – 42) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م. وفي بعض الأحيان يلجأ المشرع إلى وضع قواعد إسناد خاصة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ومن ذلك على سبيل المثال ما تنص عليه المادة (21) مكرر من القانون المدني الجزائري المضافة بقانون 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو2005م من أنه "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

(4) . **الطيب زروتي:** مرجع سابق، ص24 .

الدولة، وبهذه المسلمة تسبق هذه الدراسة البحث في أي مظهر للنشاط القانوني الذي يمارسه الأجنبي في الدولة، فقبل أن يرتبط الأجنبي بتعاقد أو يكتسب ملكية مال من الأموال بأي سبب من أسباب الملكية، وبعبارة أعم قبل أن تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على وضع قانوني معين يجب أن يكون الحق الذي يريد الاستئثار بمزاياه من الحقوق التي يجوز للأجانب التمتع بها وفقا لتشريع الدولة التي يباشر فيها نشاطه القانوني[1].

دراسة المركز القانوني للأجانب ضرورية في إطار القانون الدولي الخاص باعتباره مسألة أولية في تنازع القوانين[2]، وتنازع الاختصاص القضائي، لأنه إذا كنا في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي نبحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بصدد المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، فإنه يتعين أولا أن نبين هل الأجنبي يملك حق اكتسابه والتمتع به، فإذا لم يكن للأجنبي هذا الحق فلا مجال إذن لبحث مسألة كيفية استعماله وحمايته، لذلك كان عدم الاعتراف للأجنبي بالشخصية القانونية سببا من أسباب تأخر ظهور علم القانون الدولي الخاص، فمن المنطق ألا نبحث في كيفية تعاقد الأجنبي واكتسابه ملكية مال معين إلا إذا ثبت له حق التعاقد والتملك أولا، وكذلك لا يمكن أن نبحث في صحة الزواج من حيث الشكل أو الموضوع بالنسبة للأجنبي إذا لم يكن له الحق في الزواج.[3]

وناد بإدخال هذا الموضوع في نطاق القانون الدولي الخاص فقهاء الرأي المعتدل على اعتبار أن الأشخاص الطبيعية والمعنوية موزعة توزيعا دوليا حسب ضابطي الجنسية والموطن. و بالتالي فالفرد إما أن يكون متمتعا بجنسية الدولة وهذا هو الوطني، وإما أن يكون غير متمتع بها وهذا هو الأجنبي المتوطن أي المقيم في إقليم الدولة. لذلك كانت مسألة الأجانب هامة وجديرة أن تدرج ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص لأنها تبين الأحكام المتعلقة بإقامة الأجانب على إقليم الدولة ومدى اعتراف الدولة بشخصيته القانونية وأهليته للتمتع بالحقوق الخاصة في الدولة التي يقيم بها وهي مسائل لا غنى عنها لتنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وعليه فإن دراسة مركز الأجانب تعد مقدمة ضرورية لدراسة تنازع القوانين.[4]

تبقى الإشارة إلى أن موقف الدول يختلف بشأن نطاق الحقوق التي يتمتع بها الأجانب على إقليمها، وهي مواقف ناتجة من السياسة المنتهجة نحو الأجانب من حيث تشجيع الهجرة وفتح فرص العمل واندماجهم بسكانها، فالدول ذات الكثافة السكانية الكبيرة المصدرة لرعاياها للخارج تضيق كثيرا من نطاق الحقوق المسموح بممارستها للأجانب، بينما الدول القليلة السكان أو تلك التي تفتقر إلى اليد العاملة الفنية تتخذ سياسة سخية تجاه الأجانب، وكذا الدول التي تسعى لاجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة تقدم كل

(1). **هشام خالد:** مرجع سابق، ص 173.

(2). **أحمد مسلم:** القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 14 .

(3). **ماهر إبراهيم السداوي:** مبادئ القانون الدولي الخاص – الجنسية- طبعة سنة 1980م، ص 11 .

(4). **رمزي محمد علي درار:** مرجع سابق، ص 34 .

التسهيلات والحوافز المختلفة لاستثمار هذه الأموال بما يحقق نموا اقتصاديا يعود بالفائدة على الدول وعلى الأجانب.[1]

الفرع الثالث: الموطن والجنسية.

دراسة الجنسية باعتبارها من موضوعات القانون الدولي الخاص فهي من ناحية تبين من هو الأجنبي الذي يعد أحد المحاور الهامة في العلاقات الخاصة الدولية والتي يعنى بها القانون الدولي الخاص، فالجنسية معيار التمييز بين الوطني والأجنبي بما له من آثار قانونية هامة إذ يختلف المركز القانوني للوطني عنه بالنسبة للأجنبي على الصعيدين الداخلي والدولي.[2]

وتبدو أهمية دراسة الجنسية من هذه الناحية باعتبارها نقطة البداية في دراسة مركز الأجانب، إذ ينبغي تحديد من هو الأجنبي قبل التساؤل عن مركزه، والسبيل إلى ذلك لاشك هي قواعد الجنسية وهي بذلك تعد مسألة أولية في مركز الأجانب وتنازع القوانين[3]، كما أن الجنسية تلعب دورا هاما في مجال تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ففي مجال تنازع القوانين وفي سعي المشرع للبحث عن القانون الواجب التطبيق على علاقة ذات عنصر أجنبي، اعتد المشرع بالجنسية كضابط إسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه، فقد دأبت كثير من التشريعات ومنها المشرع الجزائري على الاعتداد بالجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.[4]

من ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (10) من القانون المدني على أن "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وكذلك ما نص عليه في المادة (16) من نفس القانون "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، فالمشرع هنا اخضع الأهلية والحالة المدنية للأشخاص والميراث لقانون الجنسية، وهكذا تبدو أهمية الجنسية في مجال تنازع القوانين تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق في كثير من النزاعات ذات الطابع الدولي.

أما في مجال الاختصاص القضائي الدولي فنجد المشرع يعتد بالجنسية كضابط لاختصاص المحاكم الوطنية في كثير من النزاعات ذات العنصر الأجنبي. فقد نص المشرع الجزائري في المادة (42) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي" ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص

(1) . في نطاق الحقوق التي يتمتع بها الأجانب، أنظر القانون رقم 08 .11 المؤرخ في 20/ 2008/06م المتعلق بحالات دخول وإقامة وتنقل الأجانب في الجزائر. الجريدة الرسمية عدد 32 الصادرة **بتاريخ** 02 يوليو 2008 .

(2) . **فؤاد رياض – سامية راشد:** الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1987م، ص27 .

(3) . **إبراهيم أحمد إبراهيم:** تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، الجزء الأول، نشر سيد عبد الله وهبة سنة 1982م، ص27.

(4) . **رمزي محمد علي درار:** مرجع سابق، ص35 .

للمحاكم الجزائرية إذا كان المدعى عليه جزائريا. كما أن توزيع الأشخاص دوليا يتم على أساس أحد العاملين الجنسية أو الموطن، فأساس الجنسية باعتبارها رابطة قانونية وسياسية وروحية بين الفرد والدولة، فالجنسية ترتبط بالسيادة وتعبر عن تواجد الدولة كما ترسم حقوق والتزامات أفرادها، فالمبدأ الأساسي الذي يطبع مختلف القواعد في مادة الجنسية هو حرية كل دولة في وضع تنظيم خاص لجنسيتها كنتيجة لازمة لمبدأ السيادة.[1]

ويستند جانب معتبر من الفقه في إدراج الجنسية ضمن مشتملات القانون الدولي الخاص إلى الحجج التالية:

1 – أن الفصل في مسألة الجنسية سابق وضروري للفصل في تنازع القوانين ويتعين على القاضي المعروض عليه النزاع أن يحدد أولا جنسية الشخص لكي يتحدد القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية.

2 - أن تمسك الأجنبي بحق معين يستدعي البحث أولا ما إذا كان هذا الشخص أجنبيا أو لا وهذه المسألة مرتبطة بتحديد جنسيته.

3 - بالنسبة للدول التي تسند حالة الشخص وأهليته إلى قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية مثل بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية تظهر أهمية الجنسية في التمييز بين موطن الوطني وموطن الأجنبي.[2]

4 - ينعقد الاختصاص القضائي في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي طبقا لبعض القوانين لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعي وفي دول أخرى يسند الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه وفي كلتا الحالتين يتوقف الاختصاص القضائي على تحديد جنسية الخصوم.[3]

وبالرغم من وجاهة الحجج التي سبق ذكرها فإن هناك فئة قليلة من الفقهاء من يستبعد الجنسية من نطاق القانون الدولي الخاص على اعتبار أنها مسألة داخلية متعلقة بسيادة الدولة ويستقل كل مشرع بوضع أسس تحديدها، ومنه تبدو أهمية الجنسية بإدراجها ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص أمرا منطقيا ومقبولا.[4]

أما بالنسبة للموطن فإنه يحتل مكانة لا يستهان بها في مجال تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ذلك أن قانون الدولة التي يكون الشخص متوطنا فيها يقوم مقام قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته في حل تنازع القوانين في بعض الأحوال، فالعلاقات القانونية التي تستند عادة إلى قانون الجنسية في بعض الدول تستند إلى قانون الموطن في البعض الآخر فهناك من النظم ما يتبنى قانون دولة الموطن

(1). **سامي بديع منصور- أسامة العجوز:** مرجع سابق، ص 537.

(2). **الطيب زروتي :** مرجع سابق، ص 25.

(3). تنص المادة (37) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، وإن لم يكن له موطن معروف ، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له ، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

(4). **حفيظة السيد الحداد :** الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول الجنسية ، الكتاب الثاني القانون القضائي الخاص الدولي دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص 7.

ليسري على مسائل الحالة والأهلية بدلا من قانون الجنسية كالقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي وغيرهما.[1]

وما قيل عن أهمية جنسية الشخص الطبيعي وموطنه وعلاقتهما بالقانون الدولي الخاص يصدق ذلك أيضا على الشخص المعنوي، لذلك يبحث الفقهاء في طبيعة الرابطة بين الشخص المعنوي والدولة تحت عنوان "جنسية الشخص الاعتباري" والعلاقة بينه وبين مركز إدارته الرئيسي أو مكان مباشرة أعماله تحت عنوان موطن الشخص الاعتباري، ونظرا لما يتميز به الشخص الاعتباري من نشاط اقتصادي واسع وقوة انتشار فإن لتحديد جنسيته وموطنه آثار هامة في القانون الدولي الخاص.[2]

وفي مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي نجد أن الموطن قد يكون له دور هام في تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة بشأن نظر المنازعات ذات الطابع الدولي مثلما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة (37) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيكون الموطن بهذه المثابة لازما لتنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي لزوم الجنسية تماما الأمر الذي يبرر إدراجه ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص.[3]

الفرع الرابع : آثار الأحكام الأجنبية.

لكي يكون الحكم قابلا للتنفيذ في بلد الاستقبال لابد أن يتصف بالصفة الأجنبية من جهة وأن يكون صادرا في منازعات القانون الخاص من جهة أخرى، فيقصد بالحكم الأجنبي بصدد الاعتراف به وتنفيذه، الحكم القطعي أي الذي يحسم موضوع النزاع كله أو بعضا منه، والعبرة من اشتراط كون الحكم قطعيا هو أن الأحكام القطعية وحدها هي التي تحوز حجية الأمر المقضي به، والمرجع في تحديد كون الحكم الأجنبي متمتعا بهذه الحجية من عدمه هو قانون الجهة القضائية الذي أصدرته، كذلك فإن قرارات المحكمين وعلى الرغم من الفوارق المعروفة بين الحكم القضائي وقرارات التحكيم فإنها تخضع لنفس القواعد الخاصة بالحكم الأجنبي[4].

والسؤال الذي ينبغي طرحه هو متى يعد الحكم أجنبيا؟.

(1) . **أحمد عبد الكريم سلامة :** علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء، القاهرة ، الطبعة الأولى 1996م، ص650.

(2) . تنص المادة (10) من القانون المدني على أن: "...أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

(3) . **إبراهيم أحمد إبراهيم :** تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، مرجع سابق ، ص 28 .

(4) . في الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها في الجزائر، راجع القسم الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بداية من المواد 1051 إلى غاية المادة 1054. وانظر أيضا في تحديد المقصود بالحكم الأجنبي : **حفيظة السيد الحداد** :النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي ، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان ،2009م ص

يعد الحكم كذلك متى كان صادرا باسم سيادة دولة أجنبية[1]، بغض النظر عن جنسية القضاة الذين يفصلون في الخصومة، ودون الاهتمام بالمكان الذي صدر فيه، ونصت المادة (1039) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، كما أن الأحكام الصادرة من الهيئات الدولية التي لها سلطة القضاء كمحكمة العدل الدولية والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (C.I.R.D.I) أحكاما أجنبية[2]. لذلك تعتبر من قبيل الأحكام الأجنبية قرارات التحكيم التي تصدر في الخارج دون الاهتمام بجنسية الخصوم أو جنسية المحكمـــين أو المكان الذي عقدت فيه المحكمة.

ويرى جانب كبير من الفقه أن حجية آثار الحكم الأجنبي تتمثل في جوازية الاحتجاج بالحالة القانونية الناشئة عنه، بمعزل عن أي مسألة مرتبطة بالقوة الإلزامية (مسألة القوة التنفيذية) وعن أية مسألة ذات طابع غير مناقش فيه(وهي مسألة مرتبطة بقوة القضية المحكمة)، يحتج بالحكم الأجنبي عندما يتمكن المستفيد منه من التذرع بالحالة القانونية الناشئة عنه بمعزل عن أي مسألة تنفيذية ومع احتمال أي منازعة مستقبلية، على ذلك فإننا لسنا بصدد اعتبار مجرد واقعة، بل نحن بصدد الأخذ بالاعتبار الواقعة الناشئة عن الحكم الأجنبي[3].

والواقع أن موضوع دراسة الأحكام الأجنبية والآثار المترتبة عليها أدخلت ضمن نطاق القانون الدولي الخاص لعلاقته باستعمال الحق وبتنازع الاختصاص القضائي، إذ أن الحق إذا نشأ صحيحا طبقا لقانون مختص يجوز التمسك به في الدول الأخرى تأسيسا على فكرة النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، وبما أن الأحكام القضائية تكون منشئة أو كاشفة للحقوق فقد أدخل تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في نطاق القانون الدولي الخاص[4]، ومثال ذلك أن يستصدر صاحب مصلحة حكما من محكمة أو هيئة تحكيم أجنبية ويريد التمسك بآثار هذا الحكم في بلد آخر ففي هذه الحالة هناك قواعد قانونية خاصة تلحق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية أو قانون المرافعات في بعض الأنظمة القانونية تتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية وتتلخص في ضرورة عرض الحكم الأجنبي أمام جهة قضائية وطنية لمنحة الصيغة التنفيذية عندما يستنفذ كافة طرق الطعن العادية ويكون غير مخالف للنظام العام حسب قانون القاضي الآمر بالتنفيذ لكي يصبح الحكم الأجنبي حينئذ قابلا للتنفيذ في هذا البلد[5].

---

(1) . بسبب فقدان هذا الوصف للحكم الأجنبي قضى القضاء الفرنسي بعدم شمول الحكم الروسي الصادر عن المحكمة القيصرية الروسية التي أسسها المهاجرون الروس في قسطنطينية بعد قيام الثورة الروسية لأن مثل هذا الحكم لم يصدر باسم سيادة دولة أجنبية. أنظر: **حفيظة السيد الحداد**: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان،2007م، هامش ص317.

(2) . «Andrea Giardina : « L'exécution des sentences de centre international pour les règlement des différents relatifs aux investissements *la* Revue critique de droit international privé, 1983 , p 273.

(3) .**عبده جميل غصوب:** دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008م بيروت، لبنان، ص 564.

(4) . في آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية أنظر : **محمد سعادي** : القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية،الجزائر، الطبعة الأولى ،2009 م، ص194 ما يليها.

(5) .راجع المادتين (605 – 606) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

والخلاصة فقد اتضح لنا من خلال هذا العرض الموجز لاختلاف الفقهاء حول تحديد موضوعات القانون الدولي الخاص أن الاتجاه الموسع الذي يرى أنصاره اشتمال القانون الدولي الخاص على موضوعات الجنسية ومركز الأجانب والموطن وتنازع الاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية بالإضافة إلى تنازع القوانين، وإن كانت مستقلة عن بعضها البعض نسبيا فيما تعالجه بصفة خاصة، إلا أنها تتكامل مع بعضها وتلتقي عند هدف واحد وهو تنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيما دوليا، وكذا الارتباط الوثيق بين هذه الموضوعات واعتبارها حلقة متصلة لا غنى عنها لدراسة العلاقات ذات الطابع الدولي، ولذلك تصلح لتكون موضوعات لفرع مستقل من القانون الدولي الخاص.

المطلب الثالث

علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى

لقواعد القانون الدولي الخاص علاقة تتسم أحيانا بالضيق وأحيانا بالاتساع ببعض فروع القانون الأخرى من حيث الجوانب القانونية وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام

قواعد القانون الدولي العام هي القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول (أي بين أشخاص المجتمع الدولي) وترد في مصدر للقانون الدولي العام وتقر أمرا معينا، وعلى ذلك فلكي تعتبر القاعدة من قواعد القانون الدولي العام فإنه ينبغي:

- أن ترد هذه القاعدة في أحد مصادر القانون الدولي العام (معاهدة،عرف، مبادئ عامة للقانون، قرارات المنظمات الدولية...).
- أن تعمل القاعدة على تقرير أمر معين، أي أن القاعدة هي وسيلة لتحقيق غرض ما من خلال قيامها بوظيفة معينة[1].

يلتقي القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام بالنظر إلى العلاقة التي ينظمها كل منهما ففي كليهما هي علاقة تتعدى حدود الدولة الواحدة، كما أن المعاهدة الدولية تعتبر مصدرا رسميا لكل منهما، بالإضافة إلى أن العرف الدولي وأحكام القضاء الدولي والاجتهادات الفقهية الدولية ومبادئ القانون العامة تعتبر قاسما مشتركا بين القانونين، إلا أن هذا الالتقاء لا يعتبر مطلقا بل أن هناك عديد الاختلافات بينهما ومنها أن القانون الدولي العام يخاطب الدول والمنظمات الدولية باعتبارها أشخاص للمجتمع الدولي في حين تخاطب قواعد القانون الدولي الخاص الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية[2]، كما أن قواعد القانون الدولي العام لا تصدر عن سلطة مختصة (سلطة فوق الدول) في حين أن قواعد القانون الدولي الخاص تصدرها السلطة

(1) . أحدث آلية لتنظيم العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي هي المعاهدات الدولية، وهذه الأخيرة تخضع في إبرامها ونفاذها وعلاقات الدول الأطراف فيها فيما بينهم والتزاماتهم تجاه الدول الأخرى لاتفاقية **فيينا** للمعاهدات لسنة 1969م

(2) . أنظر **علي علي سليمان**، مرجع سابق، ص05 .

التشريعية المختصة في كل دولة، بالإضافة إلى ذلك أن قواعد القانون الدولي العام ينقصها الجزاء بمفهومه الدقيق على عكس ذلك بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص.[1]

تتصف قواعد القانون الدولي بالطبيعة غير المركزة بالنسبة للتشريع الدولي فلا توجد سلطة تشريعية مركزية تصدر منها قواعد القانون الدولي، فالمعاهدة الدولية يتم إقرارها في مجموعة من الظروف التاريخية والوظيفية والإقليمية المنفصلة عن بعضها، فهذه المعاهدات لا توضع في سياق واحد، بينما قواعد القانون الدولي الخاص يسنها المشرع الوطني لغرض تنظيم طائفة محددة من العلاقات القانونية الخاصة، كما أن قواعد القانون الدولي الخاص توجد ضمن تدرج هرمي في إطار النظام القانوني للدولة، ومن ثم لا يمكن أن تخالف قاعدة قانونية أعلى منها كالقواعد الدستورية، الأمر الذي يستوجب أن يكون تفسيرها موحدا سواء من طرف القاضي الوطني أومن القضاء الأجنبي عند تطبيقها.[2]

الفرع الثاني: علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون الداخلي

الأصل أن قواعد القانون الداخلي (الوطني) وجدت من أجل تنظيم سلوك الأشخاص ومعاملاتهم المالية والشخصية فيما بينهم، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الدولي الخاص الذي وجد أصلا من أجل تنظيم علاقات الأشخاص وليس الدول فهما يلتقيان في هذا الجانب، أما بالنسبة لقواعد القانون العام الداخلي فهي تنظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى الهيئات العامة ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.[3]

ومع ذلك فإن هناك بعض المسائل التي يلتقي فيها القانون الدولي الخاص مع القانون العام بل أن بعض هذه المسائل كالجنسية وحالة الأجانب تعتبر من صميم القانون الدولي الخاص غير أن هناك نقاط اختلاف عديدة بين القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي خاصا أو عاما، فالقانون الدولي الخاص يختلف عن بقية فروع القانون الأخرى من حيث أطراف العلاقة التي ينظمها ويحكمها والتي تستوجب أن يكون أحد أطرافها في جميع الحالات عنصرا أجنبيا، في حين أن العلاقات القانونية في القانون الخاص تكون وطنية في جميع الأحوال ولا تتضمن عنصرا أجنبيا.[4]

أولا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الإداري.

الأصل هو تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، فلا تنازع بين قوانين القانون الإداري بين الدول، لأن كل دولة تنفرد بتطبيق قانونها الإداري فوق إقليمها وعلى جميع التصرفات القانونية التي تخضع في تنظيمها لهذا

(1) . تنص المادة (21) من القانون المدني على أن المواد السابقة (المواد من 9 إلى 20) لا تسري أحكامها إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر.

(2) . **وائل أحمد علام:** تنازع القواعد في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ، ص 9 .

(3) . **علي علي سليمان:** مرجع سابق ص4 ، 5.

(4) . أنظر **الطيب زروتي:** مرجع سابق ص11 ، 13 .

القانون، ورغم ذلك فإن للقانون الدولي الخاص صلة بالقوانين الإدارية في بعض الحالات منها على سبيل المثال في الجزائر قانون الجنسية، الذي ينظم حالة الأجانب في الجزائر ومنها أيضا مجال الحالة المدنية، فالمادة (95) من الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية للجزائريين التي تقضي بأن التصرفات التي تجري في الخارج وفقا لقوانين هذا البلد الأجنبي الذي أجريت فيه تعتبر صحيحة في الجزائر.

كما أن المادة (97) من ذات الأمر والتي تعتبر الزواج الذي تم في الخارج بين الجزائريين أو جزائري وأجنبية صحيحا إذا تم وفقا للإجراءات المألوفة في هذا البلد [1]، وعلى ذلك فإنه إذا وقع احتجاج على اختصاص الموظف الذي قام بتحرير عقد الزواج وجب على القاضي المعروض عليه النزاع الرجوع إلى القانون الإداري لهذا البلد للتأكد ما إذا كان هذا الموظف مختصا أو غير مختص بإبرام عقد الزواج محل النظر. وعليه يمكن القول أن للقانون الدولي الخاص علاقة بالقانون الإداري من هذا الجانب.[2]

ثانيا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الجزائي.

المبدأ العام أن القانون الجزائي قانون إقليمي يطبق على الجزائريين وعلى غير الجزائريين داخل التراب الوطني وهي الحالة التي نصت عليها المادة (03) من قانون العقوبات الجزائري[3]، غير أن القانون الجزائي يطبق في بعض الأحيان خارج حدود إقليم الدولة الجزائرية فطبقا لنص المادة (583) من قانون الإجراءات الجزائية يسمح بملاحقة الجزائري الذي ارتكب عملا موصوفا بأنه جنحة في نظر المشرع الجزائري أو الأجنبي.

وبالتالي على القاضي الجزائري الرجوع إلى القانون الأجنبي لمعرفة ما إذا كان هذا الفعل يكيف على أنه جنحة أم أنه لا يعتبر كذلك، ومن هذه الزاوية تبرز صلة القانون الدولي الخاص بالقانون الجزائي.

ثالثا: علاقة القانون الدولي الخاص بقانون الإجراءات المدنية والإدارية

هناك صلة بين قانون المرافعات لكل دولة (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) والقانون الدولي الخاص لأن كل منهما يختص بمسألة تنازع الاختصاص القضائي وتنظيم القواعد القانونية التي تحكم ما يتعلق بهذا الميدان. غير أن هذا التشابه والاتصال بين القانونين لا ينفي وجود اختلاف جوهري بينهما، حيث تقتصر قواعد القانون الدولي الخاص في معالجة اختصاص تنازع الاختصاص القضائي الذي يثور بين

(1). تنص المادة (95) أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد". وتنص المادة(97)على أن " الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج....".

(2). راجع في شأن ذلك بالنسبة للجزائر. **محند إسعاد:** القانون الدولي الخاص الجزء الأول قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989 ، الجزائر، ص 34 – 35.

(3). تنص المادة (03) من قانون العقوبات على "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية ، كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".

المحاكم الوطنية لدولة القاضي المطروح أمامه النزاع وبين المحاكم الأجنبية التابعة لدول أخرى في حين أن تنازع الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقتصر على المحاكم الوطنية في الدولة الواحدة.

ففي الجزائر على سبيل المثال قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الذي يبين من حيث الموضوع اختصاص القضاء بنظر الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب[1]، كما أن ذات القانون هو الذي يعالج مسألة تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية في الجزائر، وهذه المسائل تعتبر من قبيل القانون الدولي الخاص.[2]

والخلاصة هي أنه مهما كان التأثير موجودا بين القانون الدولي الخاص وفروع القانون الداخلي العام أو الخاص فهو تأثير غير مباشر في مسائل أولية وتكييفات ضرورية لا أكثر لأن مجال كل منهما مشتمل عن الآخر خاصة وأن قواعد القانون الدولي الخاص تناط بها وظيفة محددة ودقيقة تتمثل في تنظيم مصالح فردية وتحديد القانون المختص الواجب التطبيق على النزاع وكيفية استعمال الحقوق وطرق حمايتها وتعيين الجهات القضائية المختصة.[3]

المبحث الثالث
طبيعة القانون الدولي الخاص

المقصود بطبيعة القانون الدولي الخاص هو تصنيف هذا القانون ضمن أي فرع من فروع القانون ينتمي، فهل هو قانون دولي أو قانون داخلي؟ وإذا كان قانون داخلي فهل هو من فروع القانون العام أم من فروع القانون الخاص؟.

المتعارف عليه أن كل مجتمع منظم داخليا في شكل دولة لها قوانينها الخاصة التي تنظم من جهة علاقات الأفراد فيما بينهم ويسمى القانون الخاص ومثالها البيع والزواج والإيجار، ومن جهة أخرى تنظم علاقة الأفراد بالدولة أو إحدى هيئاتها بوصفها صاحبة سلطة عامة ممثلة في الأشخاص الاعتبارية العامة ويحكم هذه العلاقات القانون العام، وهذا التنظيم الداخلي يفترض تطبيق مبدأ الإقليمية للقوانين بشكل مطلق، إلا أن هذا بعيد عن الواقع، لأن العلاقات المتبادلة بين المجتمعات أصبحت واقعا مستقرا تقتضيه

(1) . تنص المادة (41) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر. أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين" وتنص المادة (42) من نفس القانون على" يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشان التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى لو كان مع أجنبي".

(2) . عالجت المادتان (605،606) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة تنفيذ السندات الأجنبية في الجزائر.

(3) . **الطيب زروتي:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

طبيعة الأشياء، ويحكم هذه العلاقات الدولية الخاصة القانون الدولي الخاص، لكن إلحاق صفة الدولية بالقانون الدولي الخاص كانت مثار جدل ونقاش حادين بين الفقهاء.[1]

المطلب الأول

صفة الدولية للقانون الدولي الخاص

ذهب جانب كبير من الفقه من ذوي النزعة العالمية إلى القول بأن مسائل القانون الدولي الخاص تتعلق بالجماعة الدولية من حيث طبيعتها وحلولها، ولذلك حسب وجهة نظرهم فإن هذا القانون دولي ولو كانت قواعده متأتية من مصادر وطنية في أغلبها[2]، إلا أن هذا الاتجاه أنتقد بالحجج التالية:

1 - على أساس أن أشخاص القانون الدولي الخاص ليسوا موضعا للقانون الدولي العام، كما أن قواعد وأحكام هذا الأخير لا تخاطب الأفراد وإنما تخاطب الدول وأشخاص المجتمع الدولي.

2 - في حالة تعارض القواعد الدولية مع القواعد الوطنية يتعذر تحديد أيهما يؤخذ به أولا. مع العلم أن هذه المسألة قد يتم حسمها إما بواسطة إبرام اتفاقية دولية بين الدول الأعضاء التي يتحدد فيها أولوية النص الموجود في المعاهدة على بقية النصوص الداخلية، وإما أن يتم حسم هذه المسألة بإرادة الدولة المنفردة في نصوصها الداخلية[3]، وعليه فإن القاضي الجزائري المطروح أمامه النزاع إذا تبين له وجود نص في معاهدة دولية نافذة مع نص في القانون الداخلي طبق النص الموجود في المعاهدة الدولية.

أما أنصار النزعة الوطنية فيرون أن القانون الدولي الخاص هو قانون وطني من حيث أنظمته القانونية ومصادره وطبيعة العلاقات التي ينظمها[4] وحججهم في ذلك.

1 – أن القانون يكون دوليا إذا كان مصدره دوليا وهو ما يقتضي وجود نظام دولي يتولى سن وإصدار القواعد القانونية على المستوى الدولي شبيه بالأجهزة والهيئات التشريعية التي تعرفها النظم القانونية الوطنية، والظاهر من ذلك أن معظم مصادر القانون الدولي الخاص هي مصادر وطنية.

2 – يكون القانون دوليا إذا كان يحكم علاقات دولية، والحال أن العلاقات المنظمة في القانون الدولي الخاص هي علاقات خاصة تتصف بالأجنبية، وأن المشرع الوطني هو الذي ينظمها والقضاء الوطني هو الذي يفصل في منازعاتها، ولو كانت قواعد التنازع التشريعي والتنازع القضائي دولية لكان مكانها هو القانون الدولي العام.

---

(1) . بخصوص طبيعة القانون الدولي الخاص أرسى الفقه الحديث ثلاث نظريات، الأولى تعتبر القانون الدولي الخاص جزءا من القانون الخاص، والثانية تصنف القانون الدولي الخاص على أنه جزءا من القانون العام، في حين أن النظرية الثالثة تعتبره قانونا مختلطا. أنظر في ذلك : **سعيد يوسف البستاني**: مرجع سابق، ص 55 وما يليها.

(2) . من أمثال الفقيه الفرنسي **فوليكس**، والألماني **سافييني**، والايطالي **مانشيني**. أنظر:**محمد سعادي**: مرجع سابق ،ص13.

(3) . أنظر على سبيل المثال موقف المشرع الدستوري الجزائري عندما حسم هذه المسألة في نص المادة (154) من دستور 2020م بنصها "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون" **دستور**2020م.

(4) .ومن هؤلاء الفقيه الفرنسي نيبوابيه.

3 – أن المنهجية المتبعة في القانون الدولي الخاص مأخوذة من القانون الداخلي ولو كانت الحلول المقررة مغايرة لها، ومن ذلك على سبيل المثال خضوع التكييف لقانون القاضي[1] وتحديد طوائف النظم القانونية طبقا لقانون القاضي، ومن ثم يبقى القانون الدولي الخاص هو انعكاس للقانون الداخلي على المستوى الدولي.

وبالرجوع إلى الواقع نجد أن مسائل القانون الدولي الخاص تعتبرها أغلب الدول وطنية ومثالها وضع قواعد الإسناد في التشريع الوطني[2]، تنظيم الجنسية بقانون خاص، سن تشريع خاص بحالة الأجانب...، فهذا النوع من القانون لا يزال في حالة تطور مما يقتضي إيراد التحفظات التالية بشأنه:

أ – أن المشرع الوطني وهو يسن قواعد هذا القانون يأخذ في الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية الخاص، وإلا كانت الحلول المقررة محل خلاف بين الدول.

ب – وجود تشابه على المستوى العالمي في الأسس العامة لقواعد القانون الدولي الخاص ومنها على سبيل المثال إقامة الجنسية الأصلية على أساس رابطة الدم أو رابطة الإقليم[3]، خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها، إسناد المال لقانون مكان وجوده، إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية أو إلى قانون الموطن.[4]

ج – ساهم نمو المعاملات الدولية الخاصة حاليا على توحيد قواعد القانون الدولي الخاص بتفسير عالمي مع وجود بعض الاختلافات المؤثرة في عالمية هذه القواعد[5].

المطلب الثاني

الصفة العامة أو الخاصة للقانون الدولي الخاص.

(1) . تنص المادة (09) من القانون المدني الجزائري على "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

(2) . أورد المشرع الجزائري قواعد الإسناد (قواعد التنازع) في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول تحت عنوان (تنازع القوانين من حيث المكان واحتوى هذا الفصل على 22 مادة ومن ذلك عالجت المادة (10) الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم.والمادة (11) نظمت الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج.المادة (12) أشارت إلى القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية للزواج، وكذالك انحلال الزواج والانفصال الجسماني وحددت المادة (13 مكرر) القانون الذي يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره. في حين يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب والمدين بها طبقا لنص المادة (14). وعالجت المادة (16) من نفس القانون الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت. في حين ذكرت المادة (17) أن التصرف القانوني في جانبه الشكلي يخضع لقانون المكان الذي تمت فيه. وهكذا إلى غاية المادة (24) التي حضرت تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين للقاضي الوطني مخالفته للنظام العام.

(3) .راجع بخصوص بناء الجنسية الأصلية في التشريع الجزائري المادة (6،7) من قانون الجنسية المعدل. والمتمم .

(4) .بالنسبة لطائفة الأحوال الشخصية التي أسندها المشرع الجزائري لقانون الجنسية هي من المادة (10 إلى المادة 16) من القانون المدني.

(5) . Yvon Loussouarn, Pierre Bourel: Droit international privé, 6éme édition, Editions Dalloz. Paris,1999,p43,44.

إذا كنا قد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن القانون الدولي الخاص يغلب عليه الطابع الوطني في مصادره فإنه يطرح تساؤل آخر وهو مكان هذا الفرع ضمن القانون الداخلي، فهل هو يدخل ضمن فروع القانون العام الداخلي، أو من فروع القانون الخاص؟.

المتعارف عليه حسب التقسيم التقليدي لفروع القانون الداخلي وجود معياران للتصنيف أحدهما مستمد من صفة أطراف العلاقة القانونية، والثاني من طبيعة العلاقة القانونية ذاتها، فالقانون يكون عاما إذا تضمن مجموعة من القواعد التي تحكم علاقات يكون أحد أطرافها قد مارسها بصفته صاحب سلطة عامة وحينئذ فإن هذه العلاقة القانونية تخضع لأحكام القانون العام ويكون القانون خاصا إذا كانت قواعده تنظم علاقات أطراف خاصة، أو كان أحدهما سلطة عامة ولكن لا يظهر بهذه الصفة.

ولكن يعاب على المعيار الأول عدم كفايته بالنظر إلى تزايد نشاط الدولة ومؤسساتها العامة في مجال العلاقات الدولية الخاصة طبقا لتقنيات القانون الخاص دوليا أو داخليا، ولذلك يقرر بعض الفقهاء أن مكان القانون الدولي الخاص هو القانون العام الداخلي فالجنسية مثلا: هي نظام قانوني institution ورابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، وهي بالتالي رابطة قانون عام، كما أن تحديد الموطن ومركز الأجانب يخضع بدوره لاعتبارات سياسية وتدير شؤون الأجانب مصالح إدارية عامة وأن المهم بالنسبة للحقوق المسموح لهم ممارستها هي الحريات العامة والحقوق السياسية.[1]

ويدخل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ضمن سيادة الدولة، لأن تنازع القوانين يقصد به تحديد اختصاص السلطة التشريعية الوطنية في مقابل السلطات التشريعية الأجنبية ويعني الاختصاص القضائي بيان حدود اختصاص القضاء الوطني[2]، إلا أن هناك جانب آخر من الفقه يرى بأن القانون الدولي الخاص هو قانون خاص، لأن طبيعة العلاقة التي يتناولها تخضع في الأصل لأحكام القانون الخاص.

ويميز الفقه في هذا الصدد بين كون الدولة موضوعا للقانون objet de droit ويبرز هنا القانون الدستوري، أو أنها شخص من أشخاص القانون sujet de droit، ويظهر في هذه الحالة القانون الإداري، وبين كون الدولة مصدرا للقانون source de droit، لكن القانون الدولي الخاص يتجلى في أهم جانب منه (تنازع القوانين) هو قانون خاص لأنه يطبق من طرف الدولة ولكن ليس عليها، وفيما عدا هذا الموضوع يغلب الفقه طابع القانون العام بالنسبة للجنسية وحالة الأجانب والاختصاص القضائي.[3]

فيما ذهبت طائفة ثالثة من الفقهاء إلى القول بأن القانون الدولي الخاص يخرج عن التصنيف التقليدي إما عام أو خاص، وإنما تمثل قواعده فرعا مستقلا قائما بذاته ويضم جملة من القواعد المختلفة بعضها من القانون العام وبعضها من القانون الخاص، كما أن تطبيقه في مجال العلاقات الدولية الخاصة يتسم بالمرونة والواقعية، فالدولة تقبل أن يطبق على منازعاتها مع أشخاص أجنبية قانون آخر غير قانونها،

(1). أنظر: **محمد كمال فهمي**: أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2003م، ص64 .

(2). **هشام خالد**: مرجع سابق، ص395 .

(3). **سعيد يوسف البستاني** : مرجع سابق ،ص44 .

وتفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها جهات تحكيمية أجنبية أو دولية، كما أن ضرورات العلاقات الدولية الحديثة أعطت لقواعد القانون الدولي الخاص نوعا من الاستقلالية التي لا نعهدها في فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص.[1]

(1). **محمد سعادي**: مرجع سابق،ص17 .

الفصـــــل الأول
مصادر القانون الدولي الخاص

تنقسم مصادر القانون الدولي الخاص إلى قسمين، المصادر الرسمية وهي المعاهدات الدولية والتشريع والعرف الدولي، ومصادر غير رسمية أو احتياطية وهي أحكام القضاء وأراء الفقهاء.

المبحث الأول
المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص

من أهم المصادر الرسمية لقواعد القانون الدولي الخاص هي المعاهدة الدولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الأعضاء، والتشريع الداخلي وكذا العرف، ونتناولها تباعا.

المطلب الأول
المعـاهدات الدوليــة

تعد نصوص وأحكام المعاهدات الولية من أهم مصادر القانون الدولي الخاص، فالدول عند تنظيمها للعلاقات الدولية الخاصة تبرم فيما بينها الاتفاقيات الدولية التي تحدد من خلالها القانون الواجب التطبيق على مختلف النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي.

الفرع الأول: مفهوم المعاهدات الدولية وأهميتها القانونية .

المعاهدة اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة تتعلق بالقانون الدولي العام[1] والمعاهدة إما أن تكون ثنائية وإما أن تكون جماعية أو متعددة الأطراف .

أبرمت العديد من المعاهدات لغرض تنظيم بعض مسائل القانون الدولي الخاص منها المسائل المتعلقة بالجنسية ومثالها اتفاقية نيويورك الخاصة بعديمي الجنسية المبرمة في 28 سبتمبر1954م[2] واتفاقية نيويورك المبرمة في 20 جوان 1956م الخاصة بتحصيل مبالغ النفقة[3]، وهناك اتفاقيات هامة

(1) . المادة (1/2 – أ) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م التي تنص "يراد بتعبير – المعاهدة – اتفاق دولي معقود (مبرم) بين دول بصورة خطية وخاضع للقانون الدولي سواء أثبت في وثيقة وحيدة أو أكثر من الوثائق المرتبطة وأيا كانت تسميته الخاصة". للإشارة انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 87 – 222 المؤرخ في 13 أكتوبر 1987، الجريدة الرسمية عدد 42 بتاريخ 14 أكتوبر 1987م.

(2) . انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب مرسوم رقم 64 – 173 المؤرخ في 8 جوان 1964 الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة1964م.

(3) . انضمت الجزائر إليها بموجب الأمر رقم 69 . 29 المؤرخ في 22 ماي 1969، ج.ر..ج.ج، عدد 5 لسنة 1969 .

خاصة بالتحكيم التجاري الدولي أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958م الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.[1]

وكذلك اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير لسنة 1965م الخاصة بفض المنازعات الدولية الناجمة عن الاستثمارات الخاصة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة.[2]

والجزائر كغيرها من الدول فقد قامت بإبرام العديد من المعاهدات الثنائية والتي نظمت من خلالها عديد المسائل المتعلقة بالجنسية أو بمركز الأجانب أو تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي.

ومن أمثلت الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر اتفاقيات التعاون القضائي في المواد الجزائية والمدنية والتجارية التي تم إبرامها مع بعض الدول كالاتفاقية الجزائرية المغربية المبرمة في 25 مارس 1963م[3]، والاتفاقية الجزائرية التونسية المبرمة في 28 جويلية 1963م[4]، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة بتاريخ 28 ديسمبر 1968م.[5]

وتقضي معظم هذه المعاهدات بتطبيق القانون الداخلي للبلد طالب التنفيذ أو قانون البلد المطلوب التنفيذ فيه ومنح الاختصاص القضائي للمحكمة التي أصدرت الحكم طبقا لقواعد الاختصاص في القانون الداخلي وتمنح لرعايا الدولتين معاملة بالمثل فيما يخص الإقامة والتوطين وممارسة النشاط المهني والنشاط المأجور وحق التملك.[6]

وتكتسي المعاهدات الدولية أهمية كبيرة كونها تهدف إلى إيجاد حلول لمسائل القانون الدولي. أما في مجال تنازع القوانين فإن المعاهدات الدولية تلعب دورا في غاية الأهمية للقضاء على الصعوبات التي تثور في مسائل تنازع القوانين بين الدول ومثالها أن يتم إبرام معاهدة دولية تتضمن أحكاما بوضع قاعدة إسناد موحدة بين جميع أطراف المعاهدة، كأن تكون هذه القاعدة تتمثل في خضوع الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية أو إلى قانون الموطن وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المحدد والمشار إليه في

(1). انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية وبتحفظ بموجب المرسوم رقم 88 - 233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1988 .

(2). صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 – 364 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 الجريدة الرسمية عدد 66 لسنة 1995.

(3). مرسوم رقم 63 – 116 المؤرخ في 17 أفريل 1963 الجريدة الرسمية عدد 31 لسنة 1963 .

(4). مرسوم رقم 63 – 450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 الجريدة الرسمية عدد 87 لسنة 1963 .

(5). مرسوم رقم 69 – 03 المؤرخ في 30 جانفي 1969 الجريدة الرسمية عدد 17 لسنة 1969 .

(6). للمزيد من التفاصيل والاتفاقيات الأخرى التي أبرمتها الجزائر راجع: **الطيب زروتي:** القانون الدولي الخاص الجزائري الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 34 – 35 .

المعاهدة وفي هذه الحالة لا يطبق القاضي الوطني قاعدة الإسناد الوطنية وإنما يطبق أحكام المعاهدة الدولية.[1]

كما أن للمعاهدة أهمية كبيرة في مجال تنازع الاختصاص القضائي، إذ بإمكان الدول الأطراف الاتفاق على تعيين محكمة يعود إليها الاختصاص في حالة التنازع بين الدول أو وضع قواعد معينة أو إجراءات يتم إتباعها في جميع هذه الدول الأعضاء في المعاهدة الدولية. وتبرز هذه الأهمية بصفة خاصة في المسائل المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ غاليا ما توضع مثل هذه المعاهدات للتخفيف من الشروط القاسية والجامدة التي تفرضها الدول لتنفيذ الحكم الأجنبي فوق إقليمها.

الفرع الثاني: المشاكل التي تعترض تطبيق المعاهدات الدولية .

في هذا الصدد نذكر بعض المشاكل التي تعترض تطبيق المعاهدة الدولية التي تبرم في مجال القانون الدولي الخاص، وخاصة ما يتعلق منها بتفسير المعاهدة وكذا حالة تعارضها مع القانون الداخلي.

أولا: تفسير المعاهدة الدولية:

من أهم المسائل التي يثيرها تفسير المعاهدة الدولية الجهة التي تتولى التفسير، فهل هي الجهة القضائية التي يعرض عليها تطبيق أحكام المعاهدة، أم هي الجهات السياسية التي يعود إليها الأمر في حالة إبرامها أو الانضمام والمصادقة عليها.

في فرنسا امتنع القضاء الإداري عن تفسير المعاهدات على أساس أن هذا العمل يعتبر عمل دبلوماسي صادر عن السلطة صاحبة السيادة Acte diplomatique de puissance souveraine. أما بالنسبة لموقف القضاء المدني من هذه المسألة فإنه يميز بين النزاعات التي تتعلق بالمصالح الخاصة وحينها يفسر المعاهدة، أما النزاعات التي تثير مسألة النظام العام فكان يمتنع عن التفسير.

أما القضاء الإداري في مصر فإنه سار على منهج القضاء الإداري الفرنسي حيث رفض إعطاء، حق تفسير المعاهدات الدولية لنفسه.[2]

أما إذا عهدت الدول الموقعة على المعاهدة بالتفسير للقضاء الدولي فإن تفسيره يكون في هذه الحالة ملزما لكل الأعضاء طبقا لنص المادة (36) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تعطي

(1) . راجع أهم الاتفاقيات الدولية التي أبرمت بإشراف مؤتمر لاهاي للقانون الدولي لسنة 1895 في مقال للدكتور **جابر جاد عبد الرحمان**: بعنوان: نحو قانون دولي خاص عربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 لسنة 1965 ص7 .

(2) . **عز الدين عبد الله:** القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 78.

الاختصاص في التفسير لهذه المحكمة[1]، كما قد تتولى عملية التفسير الدول الموقعة على المعاهدة ويكون ذلك في شكل رسائل أو خطابات متبادلة فيما بينها وبالتالي يكون هذا التفسير ملزما لجميع الدول الأطراف، كما أن الدولة الطرف يمكنها القيام بتفسير المعاهدة داخل حدود إقليمها وفي هذه الحالة لا يلزم بقية الموقعين عليها وإنما يلزم القضاء الوطني بالأخذ بهذا التفسير.

ثانيا: تعارض المعاهدة الدولية مع القانون الجزائري

يعتبر تعارض معاهدة دولية عند تطبيقها مع قاعدة قانونية داخلية معارضة أو مناقضة لحكم أو نص وارد بها من أبرز المشاكل و أعوصها يستوي في ذلك أن يكون القانون الداخلي سابقا على المعاهدة أو لاحقا عليها، وفي هذا الصدد نجد المادة (154) من دستور الجزائر لسنة 2020 التي تغلب المعاهدة على القانون العادي[2] ومن ثم ينبغي الرجوع إلى نص المادة (21) من القانون المدني التي تنص صراحة بعدم سريان أحكام النصوص المتعلقة بتنازع القوانين السابقة إذا تعارضت مع أحكام معاهدة نافذة في الجزائر.[3]

وطبقا للقانون المدني الجزائري وخاصة منه المواد من **9** إلى **21** فإن المعاهدة هي التي يتم الأخذ بها في حالة تعارضها مع أحكام القانون الداخلي سواء كان هذا الأخير سابقا أو كان لاحقا على إبرامها والمصادقة عليها.[4]

المطلب الثاني
التـشريـــــع

يقصد بالتشريع القوانين التي تصدرها السلطة المختصة (ومثالها السلطة التشريعية في الجزائر) وتصدر هذه القوانين في وثيقة مكتوبة (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) ويرجع إليها رجال القضاء للفصل فيما يعرض عليهم من نزاعات في شتى المجالات الخاصة بتنازع القوانين، وعليه

(1) . المادة (2/36 – أ) للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح في أي وقت بأنها بذات تصريحها هذا وبدون حاجة إلى اتفاق خاص "تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دول تقبل الالتزام نفسه. متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية:

1 – تفسير معاهدة من المعاهدات . 2 – أية مسألة من مسائل القانون الدولي.

3 – تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولي....." .

(2) . تنص المادة (154) من دستور الجزائر لسنة 2020على "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

(3) . تنص المادة (21) من القانون المدني على أن "لا تسري أحكام المواد السابقة (المواد 9 – إلى 20) إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

(4) . قارن في هذا المجال ما ذهب إليه كل من: **أعراب بلقاسم:** القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول ص 32 وما يليها. و **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الأولى، الجزء الأول، تنازع القوانين، ص35 وما بعدها.

فإن التشريع يعد المصدر الرئيسي الأول للقانون الدولي الخاص وإن لم يجد القاضي الحل في نصوصه وأحكامه انتقل إلى المصدر الذي يليه بحثا عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق.[1]

وإذا كان التشريع بهذا المعنى لم يكن له دورا مهما في الأنظمة القانونية القديمة لأن حركة التقنين حديثة نسبيا بالمقارنة مع الحلول الفقهية واجتهاد القضاء خلال القرون الوسطى وعصر النهضة، كما أن التشريع لا يحظى بأهمية بالغة في البلاد التي تتبنى السابقة القضائية فإن للتشريع اليوم دورا هاما في مجال القانون الدولي الخاص، وتختلف أهميته باختلاف مجالات تطبيقه وباختلاف مواضيعه المتنوعة والمتعددة .

إذا كان تنازع القوانين يعتبر صميم القانون الدولي الخاص فإن أهمية التشريع تظهر من خلال هذا المجال أكثر تجليا ووضوحا، وبالرغم من أن التشريع لم يكن أول من بحث في مسألة تنازع القوانين، وإنما كان السبق لرجال الفقه فإن الأنظمة القانونية المعاصرة من خلال التشريع أصبحت تهتم بتنازع القوانين وخصت هذا الجانب بنصوص قانونية خاصة ومنها المشرع الجزائري الذي نظم أحكام تنازع القوانين في المواد من المادة (09 إلى المادة 24) من القانون المدني الجزائري. بالإضافة إلى الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية الذي تضمن بدوره نصوص تشريعية، وكذا صدور القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني.

وبهذه الكيفية يكون المشرع الجزائري قد وضع مجموعة من النصوص والأحكام القانونية التي ينبغي على رجال القضاء الأخذ بها عند الفصل في المنازعات المعروضة عليهم، ويظهر دور التشريع في مجال تنازع القوانين في إقدام المشرع بين الحينة والأخرى على تعديل بعض الأحكام في القانون المدني ومثالها التعديل الحاصل بالقانون رقم 05 - 10 الذي عدل بموجبه أغلب النصوص السابقة بضبط الصياغة الفنية لتوضيح أكثر للمعنى، أو إضافة أحكام جديدة ولاسيما ضوابط إسناد أخرى للطوائف المدرجة في المواد السابقة أو إضافة قواعد إسناد جديدة لم تكن واردة سابقا، وكذلك إدراج قواعد خاصة بكيفية تطبيق الإسناد المذكورة في أحكام تنازع القوانين من حيث المكان.[2]

كما تظهر أهمية التشريع في مجال الجنسية التي أولاها المشرع الجزائري أهمية بالغة بأن خصها بنص في الدستور[3] التي بها يتم تحديد أحد أركان الدولة ولذلك استوجب تنظيمها بمقتضى قواعد قانونية مكتوبة وواضحة تتولى إصدارها السلطة المختصة، ولذلك نظم المشرع الجزائري الجنسية بعد الاستقلال

(1) . تنص المادة (1) من القانون المدني على ".....وإذ لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ تشريعية الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

(2) .**زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 44 .

(3) . المادة (36) من دستور2020 التي تنص "الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون. يحدد القانون شروط اكتساب الجنسية الجزائرية، والاحتفاظ بها، أو فقدانها، أو التجريد منها".

مباشرة وكان ذلك بموجب قانون الجنسية لسنة 1963 ثم ألغي هذا القانون وجاء بقانون 1970 الذي عدل وتمم بموجب القانون رقم 05 ـ 10 المؤرخ في 20 فيفري 2005م، وعليه فإن التشريع له دور في غاية الأهمية يلعبه في شأن اكتساب الجنسية أو فقدها أو التجريد منها أو في المسائل التي تخص إثباتها.

لم تقتصر أهمية التشريع في مجال القانون الدولي الخاص على تنازع القوانين والجنسية فحسب وإنما ظهرت أيضا في مجال مركز الأجانب باعتبار أن الأجنبي في العصر الحديث ينظر إليه نظرة تختلف عما كان عليه من قبل، وتغير مركزه القانوني وأصبح يتمتع بجملة من الحقوق التي يقع على الدولة المقيم فيها تحديدها وتبيانها وحمايتها من الاعتداء، ومنها على سبيل المثال التشريعات الخاصة بالإقامة والتشريعات الخاصة بتملك الأراضي وحق الأجانب في تملك العقارات وحقهم في العمل والتنقل وتولي بعض المناصب ومزاولة بعض المهن الحرة، ولذلك لم يكن المشرع الجزائري ليشذ عن بقية المشرعين وقام بتنظيم وضعية الأجانب بتشريعات خاصة بهم، إذ صدر في هذا الشأن الأمر المؤرخ في 21 جويلية لسنة 1966 والمرسوم التطبيقي له والمعدل بموجب المرسوم المؤرخ في 05 أوت 1971.

أما فيما يتعلق بشروط استخدام الأجانب في الجزائر فقد نظمها الأمر الصادر في 05 أوت 1971 متبوعا بالمرسوم التطبيقي المؤرخ في 21 يناير 1972، كما نظم المشرع الجزائري المهن التجارية والصناعية الحرة التي يمارسها الأجانب في الجزائر بالمرسوم المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، كما أن النصوص القانونية المنظمة للأنشطة الاقتصادية التي يمكن للأجانب مزاولتها تضمنتها أحكام مختلفة في القانون التجاري وقوانين الاستثمار[1]، مما يدل أن المشرع الجزائري أولى عناية للأجانب بنصوص تشريعية.

أما بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي وآثار تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية فإنه قد تنظمه اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف وقد تدمج أحكامها ضمن القانون المدني[2] أو ينص على أحكامهما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

وخلاصة ما سبق أن التشريع يختلف دوره من موضوع إلى آخر في المسائل التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، ومع ذلك يعد المصدر الرسمي لهذا الفرع من القانون وهو مصدر وطني تنفذ من خلاله

(1) . أنظر على سبيل المثال في القوانين المتعلقة بالأنشطة الاستثمارية ومنها:
- المرسوم التشريعي رقم 1293 المؤرخ في 4أكتوبر1993 المتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية، عدد64 لسنة 1993.
- الأمر رقم 01 -03 المؤرخ في 3أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار. الجريدة الرسمية، عدد 47 لسنة 2001.
- القانون رقم 09.16 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار. الجريدة الرسمية، عدد 46 لسنة 2016.
- القانون رقم 22-18 مؤرخ في 17 يوليو 2022 يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية ، عـدد 50 لسنة 2022.

(2) . أنظر في ذلك ما تنص عليه المادة (21 مكرر) من القانون المدني "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". وأنظر أيضا نص المادة (22) من القانون المدني التي تنص "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق....".

(3) . وأنظر في تنظيم هذه المسألة المواد 41 ،42 المتعلقتان بالدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب. والمواد 605. 606. 607. 608 المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

التيارات الوطنية إلى العلاقات الدولية الخاصة ومن ثم يمثل انعكاسا للنظام القانوني الوطني على الحياة الدولية.

المطلب الثالث
العـــرف

يعتبر العرف من المصادر الرسمية الهامة للقانون الدولي الخاص ينزل منزلة التشريع الداخلي أو المعاهدات عندما يغيب أحدهما أو كلاهما، ويقصد بالعرف مجموعة القواعد القانونية الناتجة عن سلوك الأفراد المطرد في مسألة معينة وشعورهم بالاعتقاد بأن هذا السلوك يتمتع بصفة الإلزام.[1]

وعليه فحتى نكون أمام قاعدة عرفية لابد أن يتوافر فيها ركنان هما: الركن المادي المتمثل في اعتياد الناس على إتيان سلوك معين مدة زمنية معينة تفيد القدم والعموم، بالإضافة إلى الركن المعنوي الذي يفيد الاعتقاد بأن هذا السلوك قد أصبح ملزما ولا ينبغي مخالفته.

تظهر أهمية العرف عندما لا يجد القاضي المطروح أمامه النزاع الحل في النصوص القانونية المكتوبة فيلجأ إلى العرف باعتباره مصدرا للقانون الدولي الخاص، وكانت معظم قواعد هذا القانون مصدرها العرف ومثالها قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، وقاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل " Locus Régit Actum" وكذلك قاعدة خضوع إجراءات المرافعات إلى قانون دولة القاضي، وقاعدة قانون الإرادة، ولكن صياغة المشرع لهذه القواعد ذات الأصل الدولي في الدول التي سنتها وتدخل القضاء الوطني لصقل الأعراف الدولية وضبطها أضفى عليها طابعا وطنيا وجعل منها مصدرا داخليا بعد أن كانت مصدرا دوليا، وهكذا يصبح القول أن الأعراف الدولية تم توطينها بعد أن تبناها المشرع والقضاء الوطني.[2]

ويمكن القول بصفة عامة سواء في مجال تنازع القوانين، أو مجال مركز الأجانب أو الجنسية فإن معظم قواعدها مصدرها العرف مما يدل على أهميته البالغة في ذلك إن كان عرفا داخليا أو عرفا دوليا، مع العلم إن انتشار موجة التشريع وتقنين القواعد القانونية في العصر الحديث قلل من أهمية العرف ومن نطاقه سواء تعلق الأمر بمنهج التنازع التقليدي القائم على الاسناد أو بمنهج القواعد الموضوعية.[3]

(1) . **هشام خالد:** المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص350 وما يليها .

(2) . **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص45 .

(3) . قارن في هذا المجال ما ذهب إليه: الدكتور **زروتي الطيب** القانون الدولي الخاص الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص42 وما ذهب إليه: الدكتور **جمال محمود الكردي:** دروس في القانون الدولي الخاص الجزء الأول تنازع القوانين، ص 42 .

المبحث الثاني
المصادر غير الرسمية

المقصود بالمصادر غير الرسمية للقانون الدولي الخاص القضاء المجسد في مجموعة الأحكام والقرارات التي تم من خلالها الفصل في المنازعات المعروضة عليه والتي استقرت عليها المحاكم ومختلف الجهات القضائية حسب النظام القانوني لكل دولة وأصبحت تمثل اتجاها واضحا ومستقرا في العديد من المسائل التي تثيرها قواعد القانون الدولي الخاص سواء كانت صادرة من القضاء الوطني أو من القضاء الدولي.

المطلب الأول
القضـــاء الوطنـي[1]

بالنسبة للقضاء الوطني فإن دوره يختلف بحسب اختلاف الدول واختلاف الأنظمة القانونية التي تنتهجها، فإذا كانت هذه الدول تعتمد ما يعرف بالنظام الأنجلو سكسوني والتي يساهم فيها القضاء بدور كبير في تكوين القاعدة القانونية فيعتبر مصدرا هاما بل رسميا ويسمى فيها القانون القضائي "CASS LAW" ومن ثم فإن هذه الدول تأخذ بمبدأ حجية السوابق القضائية والذي يفيد تمتع السوابق القضائية بقوة الإلزام، ويترتب على ذلك أن القاضي المعروض عليه النزاع يتوجب عليه أن يبحث عن الحلول في الأحكام القضائية التي صدرت من قبل في المنازعات المماثلة والمشابهة لها، فإن وجد فيها حلا وجب عليه إتباعها وعدم مخالفته في الأحكام التي سوف يصدرها.

أما في الدول التي تنتهج النظام اللاتيني ومنها الجزائر وفرنسا ومصر فالقضاء في هذه الأنظمة لا يخلق القاعدة القانونية، وإنما ينحصر دوره في تطبيقها وتفسيرها وبالتالي فإنه يقوم بدور تفسيري للقاعدة القانونية. وعليه فإن الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم والجهات القضائية الأخرى ليست مصدرا رسميا للقاضي في هذه الدول وإنما يتم الاستئناس بها فقط، وبالتالي لا يتقيد القاضي بالأحكام التي تكون قد صدرت في منازعات مماثلة كالتي بين يديه والتي يبحث لها عن حلول قانونية، بل القاضي الوطني يستطيع أن يرجع إلى الأحكام الصادرة عن المحاكم والجهات القضائية الأجنبية والدولية لكي يسترشد بها ويستقي منها حلولا مناسبة للقانون الدولي الخاص.

(1) . نعني بالقضاء الوطني كمصدر لقواعد القانون الدولي الخاص الأحكام والقرارات التي يصدرها القضاء في دولة ما عند فصله في نزاعات عرضت عليه اشتملت على عنصر أجنبي وتدخل ضمن أحد مجالات القانون الدولي الخاص، كتنازع القوانين أو الاختصاص القضائي أو تنفيذ الأحكام الأجنبية أو الموطن والجنسية أو مركز الأجانب، بالإضافة الى بعض المعاملات ذات الصلة بالتجارة الدولية.

والواقع أن القضاء الوطني في بعض الدول ساهم بقسط وافر من المبادئ القانونية التي تعد جزءا لا يتجزأ من قواعد القانون الدولي الخاص ويمثل اجتهاد القضاء الفرنسي والقضاء الأمريكي أمثلة حية لهذا الاتجاه.[1]

المطلب الثاني
القضـــاء الدولـــي

يعتبر القضاء الدولي مصدرا هاما للقانون الدولي الخاص على الرغم من قلة الأحكام في هذا الصدد وذلك لكون اهتمام هذا الفرع من القانون هو منازعات الأفراد التي تنشأ في علاقاتهم الخاصة وليس المنازعات بين الدول.

ولما كان الفرد لا يمكنه اللجوء إلى المحاكم الدولية مباشرة لأنه لا يتمتع بالشخصية الدولية فإن الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته لها الحق أن ترفع دعواه نيابة عنه إلى المحاكم الدولية عن طريق الحماية الدبلوماسية وهو ما تتحاشاه الدول غالبا مفضلة اللجوء للحلول الودية.[2]

وبالرغم من ذلك فقد وضعت محكمة العدل الدولية ومن قبلها المحكمة الدائمة للعدل الدولي مبادئ قضائية هامة تتعلق بالجنسية ومعاملة الأجانب وتنازع القوانين.

من بين هذه المبادئ المبدأ الشهير وهو مبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية الذي قررته المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1923 على إثر نزاع بين فرنسا وبريطانيا بالنسبة لمراسيم الجنسية التي أصدرتها فرنسا في تونس والمغرب، وكذلك باعتبار أن التجنس ليس حجة على الدول الأخرى ما لم توجد صلة واقعية بين الدولة والفرد المتجنس بجنسيتها، وقد أقرت هذا المبدأ محكمة العدل الدولية في قضية نوتيبوهم سنة 1955 على إثر نزاع بين دولة جواتيمالا ودولة ليخنشتاين، ومبدأ آخر خاص بمعاملة الأجانب في قضية كروزو سنة 1926 مؤداه أن نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل يتعارض مع القانون الدولي، كما وضعت المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1929 في قضية القروض (البرازيلية الصربية) بالنسبة للعقود الدولية المبدأ التالي "كل عقد مبرم بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد مصدره في قانون وطني وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية التنازع وقواعد هذا القانون جزءا من القانون الداخلي".

---

(1) .**زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائر، طبعة 2010، مرجع سابق، ص45.

(2) . جعلت المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أحكام القضاء الدولي مصدرا من مصادر القانون الدولي ولكن القيد الخاص بأشخاص القانون الدولي الذين لهم صفة التقاضي أمام هذه المحكمة (طبقا للمادة 34 من النظام نفسه) وهي الدول وحدها قلل من حجم منازعات القانون الدولي الخاص التي فصلت فيها هذه المحكمة، فلكي تتمكن محكمة العدل الدولية من الفصل في قضية تتعلق بالقانون الدولي الخاص يجب على الدولة التي يحمل الشخص المعني جنسيتها أن تتبنى قضيته وتطرحها أمام المحكمة عن طريق الحماية الدبلوماسية.

إضافة إلى مساهمات محكمة العدل الدولية وقبلها المحكمة الدائمة للعدل الدولي في إقرار العديد من المبادئ القانونية في نطاق القانون الدولي الخاص، توجد أيضا محاكم التحكيم الدولي التي ساهمت بقسط وافر من المبادئ القضائية المقررة في علاقات التجارة الدولية، ومن هذه المحاكم ما هي ذات طابع دولي كمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ومقرها في باريس، ومنها ما هي ذات طابع جهوي أو إقليمي مثل جمعية التحكيم الأمريكية، ومنها ما هي ذات طابع وطني ولكن نشاطها دولي مثل محكمة التحكيم التابعة لجمعية لندن لتجارة الخشب وغرفة التحكيم التابعة لجمعية ليفربول لتجارة القطن، وغرفة التحكيم التابعة لموزعي المنتجات الغذائية في نيويورك وغيرها.[1]

(1) .رغم مساهمة القضاء الدولي بنوعيه المؤسسي أو الخاص فانه يعتبر مصدرا غير مباشر للقانون الدولي الخاص، وهو أيضا مصدر تفسيري يؤخذ به على سبيل الاستئناس، في غياب نص قانوني أو معاهدة دولية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك تطبيقا للمادة 4/38 من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تعتبر القضاء الدولي مجرد وسيلة تساعد على تحديد قواعد القانون الدولي شانها في ذلك شان الاجتهادات الفقهية.

غير ان أحكام وقرارات القضاء الدولي محدودة كما ونوعا، لان صلاحية عرض النزاع على هذه الهيئات تقتصر على الدول التي يمكنها تحريك الدعوى للنظر في المنازعات المتعلقة برعاياها باستعمال طريقة الحماية الدبلوماسية والدول نادرا ما تلجا الى هذه الوسيلة

الفصـــل الثاني
مـاهية تنـــازع القوانـــين

بدأت ظاهرة تنازع القوانين منذ أقدم العصور واختلفت الحلول التي اتبعت في شأنها بسبب تطور تنظيمها مع تطور الإنسان وتقدمه خلال عقود زمنية طويلة، لكن جذور نظرية تنازع القوانين بدأت بالظهور منذ القرن السابع عشر للميلاد واستمرت أحكامها بالتبلور خلال هذه المرحلة إلى أن وصلت إلى الشكل الذي عليه الآن.

المبحث الأول
المقصود بتنازع القوانين

تنازع القوانين(من حيث المكان) هو تزاحم بين قانون دولتين أو أكثر لحكم علاقة قانونية دولية خاصة(أحوال شخصية، علاقات مدنية، معاملات تجارية...) اشتملت على عنصر أجنبي، ويهدف تنازع القوانين الى تحديد القانون الواجب التطبيق(وطني أو أجنبي) هو الأنسب للتطبيق على النزاع، ويشكل تنازع القوانين صلب القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول
ظاهرة تنازع القوانين

يعَّرف تنازع القوانين بمعناه الاصطلاحي في القانون الدولي الخاص بأنه "تزاحم قانونين متعارضتين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي"، فطبقا لهذا التعريف لابد من توافر مجموعة من الشروط لتتحقق ظاهرة التنازع بين القوانين.[1]

يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بين قوانين دول مختلفة، فهو لا يهتم بالتنازع الداخلي بل ان مجال نطاقه التنازع الدولي، ثم لا يهم ان كانت الدول معترف بها، أم لا بل المهم وجود سلطة نظامية وتشريع وعلاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.[2]

والمقصود بالعلاقة القانونية التي يقوم بشأنها التنازع هي العلاقة التي أحد عناصرها أجنبيا، كأن يكون أحد أطرافها غير جزائري أو أن يكون محلها موجود في الخارج أو أن يكون سببها وقع في دولة أخرى.

---

(1) . **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة سنة 2010، ص50 مقارنا ما ذهب إليه **أعرب بلقاسم**: مرجع سابق ص45، وأيضا: **جمال الكردي:** مرجع سابق، ص130 وما بعدها، وأنظر كذلك:

Laurence Caroline Henry: «L'essentiel du droit international Privé». Ed. Gualino, éditeur,Paris, 2005, P21.

(2) . **هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيدة الحداد:** القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين . الاختصاص القضائي الدولي . الجنسية) الكتاب الأول(تنازع القوانين) دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،مصر، 2006 م، ص 22 وما يليها.

التنازع كظاهرة وجدت مع اتصال الشعوب وارتباط أفرادها بعلاقات تفترضها الطبيعة الإنسانية بفطرتها ككائن اجتماعي ترفض بنزعتها البشرية كل حاجز يمنع ذلك الاتصال وتعود جذور أول تنظيم للتنازع إلى المجتمعات المتحضرة القديمة المتمثلة بالمدن الإغريقية ومع نشوء الإمبراطورية الرومانية لم تقتصر تعاملات الرومان على المواطن ين المحليين بل امتدت لتشمل شعوب أقاليم أخرى وديانات مختلفة، كما أن المسلمون في الدولة الإسلامية لم يقفوا عند حد المعاملات المحلية مع مواطنيهم وإنما تجاوزت معاملاتهم حدود الدولة الإسلامية فأقاموا مبادلات مع شعوب أخرى من أقاليـم أو ديانات مختلفة فنشأت عن ذلك علاقات جديدة اشتملت على عنصر أجنبي.[1]

وإن كان هذا التنازع الذي عرفته الإمبراطورية الرومانية أو الشريعة الإسلامية كظاهرة إلا أنه لم يبرز كنظرية لها مقوماتها، فالحلول التي كانت تعطي للنزاعات التي تتناول تلك العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي كانت حلولا موضوعية مستمدة من قواعد قانونية موضوعة ومعدة مسبقا لرعاياها دون المرور بقواعد التنازع، ومن ذلك أن الشريعة الرومانية عرفت نوعين من القوانين كل نوع منها مختص برعاية علاقات محددة، والقانون الروماني المدني كان مخصص لحكم علاقات الشعب الروماني، في حين أن العلاقات المختلطة وهي علاقات الرومان مع الأجانب كان يحكمها قانون الشعوب.[2]

نتيجة لهذا التقسيم وجد تقسيم آخر في الاختصاص القضائي، القضاء الروماني المختص بالنظر في علاقات الرومان فيما بينهم، ووجد قضاء الأجانب الذي كان يفصل في منازعات الأجانب والعلاقات المختلطة، ومنه يمكن القول أن التلازم كان مطلقا بين المحكمة والقانون، فالفصل التام بين قضاء الرومان وقضاء الأجانب جعل من المستحيل قيام نظرية التنازع بين القوانين لأن كل قضاء كان يطبق القوانين المعدة خصيصا للمنازعات التي أنشئ من أجلها.

كما أن الشريعة الإسلامية عرفت تقسيما مشابها للتقسيم الروماني من خلال إيجاد نوعين من القواعد القانونية، والأحكام الشرعية والتي كانت تطبق على المسلمين وغير المسلمين، وهناك نوع آخر يسمى القوانين الوضعية التي تنظم العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي، وهذه الأحكام كانت تقتبس من شرائع الدول غير الإسلامية ولم تكن هناك قواعد خاصة مهمتها الإسناد إلى تلك الشريعة أو غيرها.[3]

فالتقسيم الذي يعتمده القانون الروماني ذو طابع سياسي، فكل ما هو خارج حدود السيادة الرومانية لا يشكل مجموعة سياسية أو وجودا قانونيا معترفا به[4]، في حين أن التقسيم الذي اعتمدته الشريعة

(1) . **سامي بديع منصور، أسامة العجوز:** القانون الدولي الخاص ،منشورات زين الحقوقية ، بيروت، لبنان طبعة 2009 م، ص54،53 .

(2) . **محمد وليد المصري:** الوجيز في شرح الدولي الخاص " دراسة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي"، دار الثقافة والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى ، 2009 م ، ص 37 .

(3) . **أحمد مسلم:** موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966 م ، ص160 .

(4) . كان الرومان يطلقون على الشعوب غير الرومانية اصطلاح البربر آخذين ذلك من أسلافهم الإغريق حيث تعني هذه الكلمة كل ما هو غير إغريقي أي الأجنبي.

الإسلامية فهو يقوم على مفهوم ديني للدولة، فكل ما هو خارج إقليم الدولة الإسلامية هو دار الحرب، ولا يمكن القبول بأي تنازع بين قوانين كل من الدارين أو بتطبيق قوانين دار الحرب على إقليم الدولة الإسلامية، فأقاليم دار الحرب كانت تشكل بنظر الدولة الإسلامية مجموعات سياسية معترف بها لها قوانينها الخاصة[1]، إلا ان النزاع الكامن بين هذه المجموعات والدولة الإسلامية وإن لم يكن يظهر فعليا إلا في فترات الهدنة كان في المقابل يمنع كل تطـور لتنازع القوانين أو مفاضلة بين قوانين تلك المجموعات والشريعة الإسلامية[2].

والقاعدة الأساسية أن الشريعة الإسلامية سارية على الجميع وتطبق على كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم، طبقا لما جاء به القرآن الكريم: ﴿ وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعل منكم شرعة ومنهاجا﴾[3]، وقولهﷻ: ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك﴾[4]، وقولهﷻ أيضا: ﴿ أ فحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون﴾[5].

واستنادا إلى ذلك يرى غالبية الشُرَّاح والمفسرين[6] أن الشريعة الإسلامية تُطبق إذا كان المتقاضيين مسلمين أو كان أحدهما مسلما، ويكون من اختصاص القاضي المسلم النظر في نزاعهما مصداقا لقولهﷻ: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.[7]

والخلاصة في ذلك أن القانون الروماني قانون شخصي يميز بين الأشخاص في التطبيق، أما الشريعة الإسلامية فهي شريعة إقليمية ترفض ما عداها على إقليمها إلا في الحدود التي تسمح هي بتطبيقها.

والمراد أساسا بتنازع القوانين المفاضلة بينها واختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية، وهذه المفاضلة يجريها المشرع الوطني أو القاضي المطروح أمامه النزاع فيسهل اختيار القانون الذي يتصل بالعنصر الأساسي في العلاقة، فتنازع القوانين اصطلاح يثور في ذهن صانع القاعدة القانونية.[8]

وبالتالي يبدو واضحا من خلال التعريف أنه يشترط لإعمال قاعدة التنازع ما يلي:

- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.

(1). **محمد وليد المصري**: مرجع السابق، ص38 . وانظر أيضا :
CARDAHI : «La conception et pratique du droit international prive dans l islam», p12
(2). **سامي بديع منصور** ، أسامة العجوز: مرجع سابق ، ص55 .
(3). سورة: المائدة الآية(48)
(4). سورة: المائدة الآية(49)
(5). سورة: المائدة الآية(50)
(6). **حسن الهداوي**: القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2005 م، ص33.
(7). سورة: النساء الآية(141)
(8). **عكاشة محمد عبد العال**: تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ن 2007 م ، ص7 .

- أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي.
- تزاحم قانونين أو أكثر أجنبيين متعارضين لحكم هذه العلاقة.

المطلب الثاني
شـــروط تنـازع القوانين

يتحقق وجود تنازع القوانين بتوفر شروط أساسية حصرناها في ثلاث فروع، الفرع الأول في وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، والثاني في أن يفسح المشرع المجال لتطبيق القانون الأجنبي،والفرع الأخير في تزاحم قوانين متعارضة لحكم العلاقة القانونية.

الفرع الأول: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي

يقصد بالعلاقة القانونية أي رابطة بين شخصين أو أكثر محكومة بقاعدة قانونية، ويقصد بالعنصر الأجنبي أشخاص العلاقة أو موضوعها أو سببها، فأشخاص العلاقة هم أطرافها صاحب الحق أو الملتزم بهذا الحق، الدائن والمدين، المتضرر والمتسبب في إحداث الضرر،.. وقد يكون أطراف العلاقة متحدين في الجنسية أو متحدين موطنا، كما قد يكونوا مختلفين وموضوع العلاقة هو المحل الذي ينصب عليه التصرف أو تقع عليه الواقعة، كأن يكون المحل عبارة عن عقار موجود في دولة ثانية، وسبب العلاقة هو السبب المنشئ لها، كالواقعة الطبيعية (الولادة أو الوفاة) أو العلاقة القانونية (الأعمال المادية المشروعة وغير المشروعة كالإثراء بلا سبب والعمل الضار) أو التصرفات القانونية (كالعقد أو التصرف بالإرادة المنفردة) أو القانون (كالولاية).

ولذلك ينبغي تحديد العناصر السابقة من حيث الزمان والمكان لمعرفة القانون الواجب التطبيق، إذ يجب تحديد أشخاص العلاقة القانونية زمانا ومكانا بتعيين موطنهم أو جنسيتهم واللذان يتوقف عليهما تحديد قانونهم الشخصي، إذ يحتمل أن يغير الشخص جنسيته أو موطنه في الفترة ما بين نشؤ العلاقة القانونية وبين رفع الدعوى القضائية بسببها، كما يجب تركيز موضوع العلاقة زمانا ومكانا، كأن يكون الموضوع أداء مبلغ من النقود أو نقل مال منقول، فيجب أن يتحدد المبلغ الواجب الدفع في زمن معين ولابد من أن يتعين مكان وجود المنقول في زمن معين كي يخضع لقانون الجهة الموجود بها، فمن المحتمل أن ينقل المنقول إلى مكان آخر في الفترة بين نشؤ العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها، ويتعين أيضا التركيز على سبب العلاقة القانونية في مكان معين و معلوم لمعرفة القانون المختص بحكمها، مثلا القانون الذي يحكم الميراث (الوفاة) أو مكان إبرام العقد وزمانه للتمييز بين القانون الخاص بشكل التصرف والقانون الخاص بموضوعه.[1]

(1). محمد وليد المصري: مرجع سابق، ص47.

لاشك أن ازدياد حالات تنازع القوانين يرتبط بمدى تطور التبادل الدولي بين الأفراد، وبمدى الحقوق التي تمنحها الدول للأجانب المقيمين على أرضها، ففي العصر الحالي أدى انفتاح الدول على بعضها ومنحها للأجانب . وخاصة للمستثمرين حقوقا متنوعة . واستغلال تكنولوجية التواصل بين الأفراد مما قرب المسافات المتباعدة إلى ازدياد هائل في العلاقات الدولية الخاصة وبالتالي اتساع حالات تنازع القوانين وتنوعها[1]، فتطور النظرة إلى حقوق الأجنبي وتحسين مركزه القانوني ساهم تدريجيا في تطور المبادلات التجارية وانتشار ظاهرة الزواج المختلط بين أفراد من دول متعددة وفر المناخ المناسب لظهور مشكلة تنازع القوانين. فالقواعد المنظمة لمركز الأجانب تبين الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا أي أنها تبين مدى قدرة الأجنبي على التمتع بحق من الحقوق داخل إقليم الدولة. ولأن هذه الحقوق تكون غالبا دون الحقوق التي يتمتع بها الوطني تبدو دراسة مركز الأجانب مسألة أولية لازمة وأحيانا كافية لبحث القانون الواجب التطبيق في شأن ممارستهم لهذه الحقوق[2]، فقيام ظاهرة التنازع بين القوانين لم يكن ممكنا لولا توفر إمكانية الاعتراف بالشخصية القانونية للأجانب الذين لهم الحق في التمتع بها وممارستها لتكون قابلة للتطبيق.

الفرع الثاني: أن يفسح المشرع المجال لتطبيق القانون الأجنبي.

المتعارف عليه أن سلطان القانون محدد بحدود سيادية (سيادة الدولة) وفي المقابل لا يمكن أن ينفذ القانون الأجنبي داخل إقليم الدولة إلا بإذن المشرع الوطني، وعلى ذلك فإن تنازع القوانين يكون في الحقيقة هو عبارة عن مفاضلة يجريها المشرع بين القانون الوطني والقانون الأجنبي بمعايير محددة لاختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية، ومراعاة للعلاقات الدولية الخاصة التي تستوجب توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا يفسح بموجبه المشرع الذي يعرض النزاع أمام محاكمه المجال لتطبيق القانون الأجنبي بعد عملية تحديد الوصف القانوني الملائم للعلاقة ومن ثم يجب التمييز بين:[3]

1 – مبدأ إقليمية القوانين: La territorialité des lois والذي مؤداه سريان القوانين المحلية على كل الأشخاص والأشياء والوقائع التي تحدث في إقليم دولة دون أن تمتد أحكامها إلى الخارج.

2 - مبدأ امتداد القوانين: Extraterritorialité des lois ومعناه امتداد تطبيق القانون على الأشخاص والأموال والوقائع القانونية خارج إقليم الدولة.

3 - مبدأ شخصية القوانين: La personnalité des lois ومفاده أن القانون يسري على الشخص أي العبرة في تطبيق القانون هو الشخص ذاته.

(1) . **محمد وليد المصري**: المرجع السابق، ص48.

(2) . **سعيد يوسف البستاني**: الجامع في الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009 م، ص 508.

(3) . راجع **علي علي سليمان**: مذكرات في القانون الدولي الخاص، طبعة 1984، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص26.

4 – مبدأ عينية القوانين: La réalité des lois أي أن القانون يتعلق بالأموال ويتبعها.

وأساس التمييز بين إقليمية القوانين وامتدادها على اعتبار مجال تطبيقها من حيث المكان في حين التمييز بين شخصية القوانين وعينيتها يقوم على أساس موضوع القانون، وإذا كان التقسيم إلى إقليمي وممتد هو تقسيم شامل فإن التقسيم إلى شخصي وعيني غير دقيق، فليس كل قانون عيني إقليمي، وليس كل قانون شخصي ممتد، فهناك من القوانين ما ليس موضوعه الأشخاص ومع ذلك فهو ممتد مثال القوانين التي تحكم الالتزامات التعاقدية، ومن القوانين ما ليس موضوعه الأموال ومع ذلك فهو إقليمي كقانون الميراث في الدول التي تسنده لقانون موقع المال إذا كان واردا على عقار.[1]

ويقتضي تطبيق مبدأ الإقليمية إعمال مبدأ النسبية وهو ما يسمح بتطبيق القانون الوطني مع فسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي في بعض الأحوال. واستنادا للمبادئ الراسخة الأصل أن القانون يطبق ضمن حدود الدولة على الوطنيين والأجانب على السواء، وهذا هو مبدأ إقليمية القوانين territorialité des lois، ومن ثم فلا تشارك وظيفي (وإن كان محدودا) بين هذا المبدأ ومبدأ شخصية القوانين personnalité des lois الذي كان سائدا في حقبة انعزال الدول ، ونتيجة لاتساع نطاق العلاقات ليس فقط بين الدول بل وبين أفرادها.[2]

مع هذه العلاقات والروابط الجديدة نمى شعور لدى المتنقلين عبر الحدود بأن تطبيق قوانين البلدان التي نزحوا إليها لا يتفق مع ما ألفوه في بلادهم خاصة في مجال الأحوال الشخصية مما استوجب إيجاد استثناء على مبدأ الإقليمية، ثم إن نمو العلاقات التجارية الدولية أدخل عناصر مؤثرة غير عادية على طبيعة العلاقات ذات العنصر الأجنبي مما دفع بصورة أكبر نحو البحث عن حلول ملائمة لهذا النوع من العلاقات، وهذا الاستثناء الذي أوجد مبدأ جديدا والذي قام على أساس من المجاملة بين الدول وعلى العدالة والمصلحة والإنصاف ترتب عنه أمرين مهمين هما:

. تخطي القانون الوطني لحدوده الإقليمية وتطبيقه خارجها.

. تطبيق قانون أجنبي على أرض وطنية ارتكازا على عنصر المواطنة والجنسية والمعاملة بالمثل، وهذه الظاهرة الفريدة لم يكن يعرفها علم القانون القديم.

ومع هذه الإمكانية أصبحت ظاهرة تنازع القوانين مرتكزة على قاعدة عدم وجود تلازم مطلق ودائم بين جنسية المحكمة الناظرة في النزاع وجنسية القانون المفترض تطبيقه على النزاع.[3]

الفرع الثالث: تزاحم قوانين متعارضة لحكم العلاقة القانونية.

(1) . **سامي بديع منصور، أسامة العجوز**: مرجع سابق، ص 56 وما يليها.

(2) . **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 05 .

(3) . **سعيد يوسف البستاني** : مرجع سابق، ص 510،511 .

حتى نكون بصدد التنازع بين القوانين ينبغي أن يتزاحم لحكم العلاقة القانونية المتنازع بشأنها قانونان أو أكثر بمعنى أنه إذا كانت العلاقة القانونية وطنية في جميع عناصرها كأن يتزوج جزائري جزائرية في الجزائر، في هذه الحالة يطبق على الزواج القانون الجزائري شكلا وموضوعا، ذلك أن البعض من الفقه يشترط لقيام حالات التنازع اختلاف التشريعات بين الدول[1]، ويحدث التنازع إذا كانت العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي بين القوانين المحتملة التطبيق، فلنفرض أن مغربيا تزوج بإيطالية في تونس وتوطن الزوجان في الجزائر وتملك فيها عقارا ثم ثار خلاف حول النظام المالي لهما وعرض النزاع على القضاء الإسباني فهل تطبق المحكمة قانون جنسية الزوج (القانون المغربي) أو قانون جنسية الزوجة (القانون الإيطالي) أو قانون موطن الزوجية (القانون الجزائري) أو قانون محل إبرام عقد الزواج (القانون التونسي) أو قانون القاضي وهو القانون الإسباني أو أن المحكمة التي طرح أمامها النزاع تطبق على كل مسألة من هذه العلاقة القانونية (الزواج) قانونا معينا.

في هذا المثال يتبين أن القوانين المذكورة أعلاه كلها محتملة التطبيق ولكل منها سنده الخاص فيحصل التزاحم والتنازع بينها، وعندئذ تتدخل قواعد الإسناد في قانون القاضي لتعيين القانون المختص الواجب التطبيق من ضمن القوانين المتزاحمة، ولكن لإعمال قواعد الإسناد يجب أن تتوافر في القوانين المتنازعة الشروط التالية:

1 – أن تكون القوانين المتنازعة مختلفة في أحكامها الموضوعية، إذ لو كانت أحكامها متفقة لما كانت هناك ضرورة لقيام التنازع بينها من حيث الموضوع.

2 – ضرورة تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر.

3 – أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة دولية، فلا يعد من قبيل التنازع الحاصل بين قوانين الدويلات أو الولايات الداخلية في الإتحاد الفيدرالي، وكذا تنازع القوانين الناتج عن ضم الإقليم أو جزء منه مع إبقاء قوانين الإقليم المضموم سارية المفعول كما حدث في فرنسا سنة 1918 بعد ضم إقليم الألزاس واللورين إليها واستبقت القوانين الألمانية سارية فيهما، ولا يعتد أيضا بالتنازع الحاصل بين قوانين الدول المُستعمَرة وقوانين الدولة المستعمّرة[2]، وحتى يكون اختلاف القوانين عنصرا أساسيا لقيام حالة التنازع بين القوانين، فينبغي أن لا يبلغ حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة وإلا ترتب عليه تنافر بين فهم كل دولة للمفاهيم القانونية للدول الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التسامح في قبول تطبيق القانون الأجنبي المتضمن لأفكار مختلفة جوهريا عن الأسس التي تقوم عليها قوانينها.[3]

(1) . **حسن الهداوي**: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001م، ص 18

(2) . **سامي بديع منصور ، أسامة العجوز**: مرجع سابق ، ص 21.

(3) . مثال ذلك أن قواعد تنازع القوانين في الدول الأوروبية ومع أنها تعتد بقانون الجنسية في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، إلا أن محاكمها لا تستجيب للمسلم إذا أراد أن يعقد عقد زواج على زوجة ثانية حسب ما يعتبره قانونه الشخصي والمستمد من الشريعة الإسلامية، ذلك لأن نظام تعدد

وبكل الأحوال تلجأ الدول في بعض الأحيان إلى إبرام اتفاقيات جماعية أو ثنائية تكرس قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع وهي بذلك توحد الحلول فيما بينها، وفي المقابل أن غالبية الاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الخاص تتبنى قواعد إسناد مشتركة بين الدول الأطراف بهدف الوصول إلى حلول موحدة في ذلك المجال، رغم ذلك تبقى مشكلة تنازع القوانين قائمة بين الدول الأطراف في المعاهدة والدول الأخرى.

تلك هي الشروط التي يجب توافرها لقيام التنازع بين القوانين وهي تفترض قيام علاقات ودية بين الدول والاعتراف لكل منها بتشريعها وسيادتها، وانتقال الأشخاص والأموال من إقليم دولة لأخرى، كما يفترض أن يجري توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا يختار لكل طائفة من النظم القانونية القانون الملائم لحكمها حسب طبيعتها، ويتولى المشرع في كل دولة وضع قواعد بهذا الاختيار تسمى قواعد الإسناد (أو قواعد التنازع)[1]، وهي تقتضي تارة إسناد طائفة النظم القانونية إلى قانون الجنسية أو قانون الموطن وتارة إلى قانون المحل وثالثة إلى قانون الموقع وغيرها.

المبحث الثاني
مناهج تنازع القوانين

الدارس للقانون الدولي الخاص يكتشف وجود نزعتين فقهيتين لحل تنازع القوانين هما النزعة الشخصية والنزعة الإقليمية، وبعد تقنين أحكام التنازع اشتد الجدل بين الفقهاء أنصار العالمية ومنهم **سافيني وبييه ومانشني** الذين سعوا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظما عالميا موضوعيا بوصفها علاقات مشتركة بين الدول وتنظيمها يهم الجماعة الدولية بأسرها ومؤيدي النزعة الوطنية من أمثال فقهاء المدرسة الهولندية والفقهية **دي فاري سومير، ونيبو ابيه** في فرنسا الذين يعتقدون أن قواعد التنازع تفيض من السيادة الوطنية ويتخير المشرع بواسطتها الحلول المتفقة مع المصلحة الوطنية دون اعتبار دولي، ثم برز اتجاه توفيقي بين النزعتين ناد بتركيز العلاقات القانونية تركيزا موضوعيا دون التقيد المسبق بمبدأ العالمية أو مبدأ الوطنية ومهما تعددت النتائج فالوسيلة المقترحة واحدة هي اعتماد نظام الإسناد إلى مختلف نظام الطوائف القانونية لفض التنازع بين القوانين المتصلة بالعلاقة القانونية .

وعليه فإن المناهج المقترحة لحل إشكالية تنازع القوانين هي:[2]

1 – المنهج التقليدي القائم على منهج الإسناد .

الزوجات ممنوع ومخالف للنظام العام بموجب تلك القوانين، والنتيجة هي رفض القانون الأجنبي مع أنه واجب التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين في هذه الدول، أنظر في ذلك: **حسن الهداوي**: مرجع سابق، ص18، 19.

(1) . راجع في منهج الإسناد وخصائصه ومقارنته بالمناهج الأخرى في التنازع مقال: **زروتي الطيب:** بعنوان تنازع القوانين في العقود الدولية، منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية لسنة 1997، العدد رقم 01 ص64.

(2) . لأكثر تفاصيل في هذا الموضوع راجع مقال للدكتور **زروتي الطيب:** بعنوان تنازع القوانين في العقود الدولية، منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، لسنة 1997، ص64 وسنة 1998 العدد رقم 03.

2 – منهج القواعد الموضوعية والقانون ألاتفاقي .

3 – منهج المدرسة الواقعية الأمريكية.

المطلب الأول

المنهج التقليدي القائم على الإسناد.

ساد هذا المنهج منذ القرون الوسطى، وهو المنهج المعتمد في غالبية الأنظمة القانونية الوطنية ويتم حل تنازع القوانين بموجبه حسب آلية الإسناد المقررة في قانون القاضي التي تعين (تحدد) القانون الواجب التطبيق، وهو نظام يتميز بخصائص معينة وتعرض لجملة من الانتقادات .

الفرع الأول: خصائص منهج الإسناد التقليدي

يتميز هذا المنهج بجملة من الخصائص تتمثل في الآتي:

1 – طغيان الطابع الوطني على حل مشاكل التنازع الدولي ولو أن المنازعات المطروحة تتصف بالأجنبية وتتجاوز مجال القانون الداخلي.

2 – أن قانون القاضي في هذا المنهج هو المرجع والحكم في نفس الوقت في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المتنازع فيها[1]، وهو الحكم في تعيين ضابط الإسناد الذي بموجبه يتحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل المنازعة.

3 – الأساس الذي يقوم عليه حل التنازع في هذا المنهج مصدره اختيار المشرع قاعدة إسناد الأنسب في ضوء السياسة والمصلحة الوطنية، وتطبق القاعدة المعتمدة مهما كانت صياغتها سواء مزدوجة وحينئذ فهي متعدية بطبيعتها، أو قاصرة تطبق أيضا بمفهوم المخالفة.[2]

(1) . **أحمد عبد الحميد عشوش:** تنازع القوانين، طبعة 1988، وراجع في هذا الموضوع: **العميد باتيفول:** تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص، دروس أكاديمية، لاهاي، 1973م، ج2 ، ص85 .

(2) . قاعدة الاسناد المزدوجة هي القاعدة التي تبين الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي والحالات التي يطبق فيها القانون الاجنبي.

4 – أن مناط تطبيق القانون المختص متوقف على حالة موافقته أو معارضته للنظام العام في قانون القاضي، ويترتب على ذلك أن القانون الأجنبي المختص يطبق في حالة توافقه للنظام العام لدولة القاضي ويستبعد في حالة تعارضه مع النظام العام.

5 – منهج الإسناد هو المنهج التقليدي المعمول به قبل تقنين قواعد التنازع، فحلوله مؤصلة تشريعا وغنية فقها وقضاء وتطور في شكل نظرية جامعة ومتكاملة.

الفرع الثاني: نقد منهج الإسناد التقليدي.

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها نظام الإسناد التقليدي إلا أنه تعرض للانتقاد من قبل معارضيه محاولين من خلال إثارتها زعزته عن صدارة نظام التنازع أو إقصائه أو تضييق مجال تطبيقه، ونوجز أهم هذه الانتقادات فيما يلي:

1 – يوصف معارضو منهج الإسناد بأنه يتسم بالشدة والتعقيد ويقوم على نظريات فقهية مبهمة كنظرية المسألة الأولية، ونظرية صراع النظم ونظرية تجزئة العقد.[1]

2 – منهج الإسناد التقليدي يفتقر إلى توقع الأحكام والأمان القانوني في مجالات المعاملات التجارية الدولية، إذ يشوب تطبيق ضابط قانون الإرادة الغموض وإحلال القاضي أرائه الشخصية تحت غطاء الإرادة الضمنية والإرادة المفترضة وتركيز العقد.[2]

3 – أن نظام الإسناد التقليدي مفرط في الدولية أحيانا ولو تعلق الأمر بمعاملات يومية بسيطة لا تستدعي تحريك النظام الدولي، في مقابل ذلك يفتقر إلى الدولية في مرات أخرى لأن القانون المطبق هو قانون داخلي وضع أصلا لحكم العلاقات الداخلية.

4 – مما أضعف موقف الفقهاء أنصار الإسناد اختلافهم في طريقة صياغة قواعده وتطبيقها في حالة التنازع، وكذلك طبيعة القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الوطني، وهي مسائل جوهرية تشكل ثغرات في البناء الهرمي لنظام الإسناد.

(1) . تعتبر المسائل الأولية في القانون الدولي الخاص وتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها، وهل هي قواعد الإسناد في قانون القاضي، أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، من أصعب المشاكل الفنية في النظرية العامة لتنازع القوانين أن لم تكن أصعبها على الإطلاق. راجع في ذلك: الدكتورة **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص239 وما يليها.

(2) . **حفيظة السيد الحداد:** القانون القضائي الخاص الدولي، الإسكندرية ،1990م ، ض25 .

على الرغم من قسوة الانتقادات الموجهة إلى آلية منهج الإسناد التقليدي فإنها مازالت حتى الآن هي الوسيلة التقليدية لحل تنازع القوانين، ويشهد على ذلك أن جميع التقنيات الحديثة للقانون الدولي الخاص في العديد من الدول الأكثر اهتماما بهذا القانون كألمانيا وسويسرا لم تنح قاعدة الإسناد جانبا بل استعانت بها على نحو شبه كامل.[1]

المطلب الثاني
منهج القواعد الموضوعية

مؤدى هذا المنهج هو إعمال قواعد موضوعية لحكم العلاقات الخاصة الدولية، وهذه القواعد الموضوعية هي قواعد إما ذات أصل – مصدر- داخلي مصدرها تشريعي أو قضائي وطني ومعدة أساسا لحكم علاقات خاصة دولية، أو أن هذه القواعد الموضوعية ذات أصل دولي مصدرها القانون الاتفاقي أو القانون التلقائي أو أرساها القضاء ونوضح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: القواعد الموضوعية ذات الأصل – المصدر- الوطني .

تنقسم هذه القواعد إلى قواعد موضوعية تشريعية وقواعد موضوعية أرساها القضاء الوطني.

أولا: القواعد الموضوعية التشريعية.

وهي قواعد معدة أصلا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، راعى المشرع الوطني عند سنها خصوصية المعاملات التجارية الدولية، فقد روعي في سن هذه الأحكام كلها المتطلبات الحديثة للتبادل التجاري الدولي وتطبق إذا ثبت الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها حسب نظام الاسناد عملا بمبدأ الإرادة وتركيز العقد[2]، وكذا المعاملات ذات الصلة بالأحوال الشخصية عند اقترانها بعنصر أجنبي، بالإضافة للعقود والمعاملات المالية حالة تجاوزها لإقليم الدولة الواحدة وتخضع في شقها الموضوعي لأكثر من قانون.

ثانيا: القواعد الموضوعية ذات المنشأ القضائي الداخلي.

رسخ الاجتهاد القضائي في بعض الدول قواعد خاصة تطبق مباشرة في مجالات التجارة الدولية، من ذلك ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قضية جلاكيس[3] من استبعاد تطبيق المادتين 1004،83 من

(1) - Von Overbeck: «les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents», Rev, des Cours la. Haye, 1982, p9.

(2) .**زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص82.

(3) . أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية المؤرخ في 2 ماي 1966 المنشور في المجلة الانتقادية لسنة 1967 ص553.

قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الخاصتين بحظر اللجوء إلى التحكيم الدولي، وما انتهت إليه المحكمة نفسها بتاريخ 02 ماي 1963م[1]، من أن شرط التحكيم يشكل استقلالية قانونية كاملة.

يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إيجاد القواعد الموضوعية باستحداثه لبعض القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الدولية بصورة مباشرة دون النظر الى ما تشير إليه قاعدة الاسناد من تعيين القانون الواجب التطبيق ولو كان هذا القانون – القواعد الموضوعية- مخالفا لها، ويكون تطبيق هذه القواعد الموضوعية مرتبط بوجود علاقة عقدية دولية، تم اللجؤ الى إقرار شرط الدفع بالذهب من قبل القضاء الفرنسي في نزاع شركة البريد البحرية الفرنسية، فالقاعدة الموضوعية التي اقرها القضاء الفرنسي هي حرية الأطراف في إدراج شرط الذهب في العقود الدولية رغم بطلانه في العقود الخاضعة للقانون الداخلي.[2]

الفرع الثاني: القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي.

القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي، هي نصوص قانونية موحدة تنشا مباشرة من خلال المعاهدات والاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية الدولية، تهدف الى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وحسم النزاعات مباشرة دون الحاجة لقواعد الاسناد الوطنية، تمتاز بكونها توفر حلولا مباشرة(مادية) ومستقرة، وتتصف بالعمومية والتجريد، وتطبق مباشرة على النزاع مما يقلل من النزاع بين القوانين الوطنية وتعمل بالتكامل مع القواعد الوطنية ذات المصدر الداخلي.[3]

أولا: القواعد الاتفاقية.

تعمد الدول في بعض الأحيان إلى توحيد بعض النظم القانونية بشأن تنظيم مراكز دولية كالاتفاقيات الضريبية وأنظمة التصدير والاستيراد وأحكام الأوراق التجارية والمعاهدات الخاصة بالملكية الأدبية والصناعية والفنية واتفاقيات البيوع الدولية، فتصبح القواعد الاتفاقية ذات أصل دولي ولكن بعضها يبقى محتفظا بطابعها الدولي الموضوعي فتصبح منهجا مستقلا عن نظم الإسناد، والبعض الآخر تفقد طابعها

(1). حكم منشور بالمجلة الانتقادية لسنة 1963، ص115 تعليق الفقيه **موتولسكي**.

(2). جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21-05 -1950 ان صحة الشرط النقدي الذي ذكر في العقد الدولي المبرم من قبل شركة البريد البحرية الفرنسية وكان هذا العقد خاضع للقانون الكندي والذي يمنع شرط الذهب سواء أكانت في التسويات أم في المدفوعات الدولية أم الداخلية، فان حق الأطراف في الاتفاق على شرط الذهب وان كان مخالفا للقواعد الآمرة في القانون الداخلي وذلك لان القانون الفرنسي الصادر في 1928/06/25 يعتد بصحة هذا الشرط.انظر ذلك في : احمد مهدي صالح: القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص 105 .

(3). من خصائص هذه الطائفة من القواعد أنها قواعد(نوعية) مختصة بالتجارة الدولية، وتتصف بأنها تلقائية النشأة لتناسب سرعة المعاملات الدولية، ومن أمثلتها قواعد غرفة التجارة الدولية، الاتفاقيات الموحدة للنقل الدولي، المبادئ العامة للمبادئ التجارية، تتكامل هذه القواعد مع قواعد الاسناد الوطنية حيث تطبق الأخيرة في حال وجود نقص أو لتطبيق القانون الوطني على مسائل لا تغطيها القواعد الدولية ورغم أهمية هذه الميادين في التجارة الدولية، إلا أنها تبقى محصورة النطاق بالنظر للمجالات الواسعة الخاضعة لهيمنة نظام الاسناد في القانون الدولي الجاض. انظر ذلك في، زروتي الطيي: تنازع القوانين في العقود الدولية، مرجع سابق، ص99 وما يليها.

الدولي إذا تبنت الدول المتعاقدة التشريع الموحد المتفق عليه كجزء من قانونها الداخلي فيطبق على العلاقات الداخلية والدولية معا.[1]

في حين أن بعض الاتفاقيات الدولية تعمد إلى عدم ربط المركز القانوني المنظم بأي نظام قانوني كما هو الحال في المشروعات المشتركة في النظام الأنجلو سكسوني JUINT VENTURE فتخضع للقانون المنشئ لها، كما قد يخضع المركز القانوني المنظم لأكثر من نظام قانوني وطني في الوقت ذاته، مثل العقد المنشئ للشركة الفرنسية الألمانية سارو – لورين، والعقد المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة البترول الإيرانية الوطنية من جهة، وثمانية شركات غربية من جهة أخرى[2]، كما قد يسند المركز القانوني للمبادئ العامة المعترف بها في الدول المتحضرة.

ولكن هذا النوع من الاتفاقيات الدولية عند تطبيقها من قبل الدول الاعضاء سوف يؤدي ذلك الى الإقصاء النهائي لمنهج الاسناد، ومن ثم القضاء على ظاهرة تنازع القوانين، ان توحيد التنظيم القانوني للمراكز المراد تنظيمها بالتشريع الاتفاقي الموحد لا يمكن ان يكون ناجعا وفعالا في غياب الوحدة السياسية بين الدول الاعضاء من جهة وان ذلك يحتم وجود جهاز قضائي موحد يتولى تفسير الاتفاقية تفسيرا موحدا ملزما لكل الاعضاء، في حين ان التنظيم الحالي يخول القضاء الوطني تولي تفسير الاتفاقية الواحدة حسب المفاهيم القانونية في قانون القاضي وهو ما يؤدي حتما الى تفسيرها تفسيرا متعارضا بين الدول.[3]

ثانيا: قواعد القانون التلقائي.

تعود نشأة البعض من هذه القواعد الموضوعية إلى المنظمات المهنية كجمعية لندن لتجارة القمح لسنة 1877، والجمعية الأمريكية لتجارة الحديد لسنة 1873، وإتحاد تجارة الأخشاب في الدول الإسكندنافية وتتمثل منجزاتها فيما يسمى بالعقود النموذجية والصيغ العامة، والبعض من هذه القواعد الموضوعية أقرتها منظمات إقليمية مثل صيغ التعامل في المنتجات الصناعية والزراعية والطبيعية التي اعتمدتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة والبعض من تلك القواعد قررتها هيئات علمية متخصصة دوليــة أو إقليمية، مثل لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة للتجارة والتنمية الذي أعد مشروع اتفاقية السلوك الدولي لتحويل التكنولوجيا، وكذلك إنجازات المعهد الدولي لتوحيد

(1) . من أمثلة ذلك اتفاقية جينيف لسنتي 1930 – 1931/ بشأن الشيك والسندات الأذنية.

(2) . للمزيد من التوسع في نظام الإسناد راجع الأستاذ **الطيب زروتي:** النظام القانون للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، ج1، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992م، ص207، وكذلك مقال بعنوان "الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية"، للأستاذ: **أحمد صادق القشيري:** منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد رقم 21، لسنة 1965م، ص81 .

(3) . حصل خلاف بين القضاء الفرنسي والقضاء الألماني بخصوص تفسير نص المادة 4/31 من اتفاقية جينيف الخاصة بالسفتجة والسند الاذني...فقد فسرتها المحكمة العليا الألمانية على أنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بينما فسرها القضاء الفرنسي على أنها قرينة قاطعة لا يجوز أثبات عكسها، ومن ثم حصل خلاف في التفسير مع ان الاتفاقية تضمنت قواعد موضوعية مباشرة، إلا أنها لم تستطع الاستغناء على نظام الاسناد. انظر، زروتي الطيب: تنازع القوانين في العقود الدولية، مرجع سابق، ص101.

القانون الخاص، والجمعية البحرية الدولية وغرفة التجارة الدولية التي أقرت مدونة المصطلحات التجارية (الأنكوترمز).[1]

كما أيد فقهاء قانون التجارة الدولية هذا المسعى المتحرر عن تطبيق القانون الداخلي مدافعين عن تدويل معاملات التجارة الدولية شكلا ومضمونا بالاستناد إلى مبادئ قانونية نظرية كمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، ومبدأ احتياطية قانون العقد، ومبدأ اندماج القانون في العقد الدولي.[2]

ثالثا: القواعد التي أقرها الاجتهاد القضائي الدولي.

ساهم القضاء الدولي النظامي أو الاتفاقي في ترسيخ مبادئ قانونية خاصة بالمعاملات التجارية على المستوى الدولي، كالمبدأ الذي قررته المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1929 في قضية القروض الصربية البرازيلية من أن كل عقد مبرم بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد مصدره في قانون وطني، وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية التنازع.[3]

كما عمد قضاء التحكيم التجاري الدولي بوصفه قضاء خاصا نظاميا أو إتفاقيا إلى إقرار قواعد معيارية تشكل أساس التدويل، ومثالها مبدأ استقلالية شرط التحكيم، والتمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، وتدويل إجراءات منازعات التجارة الدولية، وتدويل القانون المطبق على موضوع العقد.

وعلى الرغم من ذلك وإن كانت هذه الهيئات المتخصصة ساهمت في إقرار قواعد خاصة بالمبادلات التي تدخل في نطاق التجارة الدولية إلا أنها لم تستغني عن نظام الاستناد التقليدي.

المطلب الثالث
منهج الملاءمة الأمريكي.

يمكن إطلاق وصف المدرسة الأمريكية على فكرة الفقهاء الأمريكيين المعاصرين الذين اتفقوا على دراسة تنازع القوانين دراسة واقعية انطلاقا من مبدأ الملاءمة، ملاءمة القانون وملائمة المحكمة،[4] غير أن الفقهاء المعاصرين الذين اتسم فقههم بالنفعية حاولوا استخلاص حلول التنازع بطريقة تجريبية واستنتاجيه وليس تأصيلية مجردة واصفين فقه من سبقهم بأنه فقه عقيم يؤدي إلى تحقيق عدالة عمياء

(1). أنظر **أبو العلا علي أبو العلا النمر** : مقدمة في القانون الدولي الخاص، ض107 .

(2). **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص68 ومالا بعدها .

(3). هذا الحكم منشور في مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية الدائمة لسنة 1929 رقم 20 وفي مجلة كلينيه 1929، ص977 مشار إليه في: **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، هامش الصفحة 84.

(4). في هذه المسألة يمكن الرجوع بأكثر تفاصيل **زروتي الطيب:** الفانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص87.

بوسائل آلية لا تكترث بالحلول الموضوعية التي تتسم بالواقعية والمنطقية. ومن بين هؤلاء الفقهاء المعاصرين نختار اثنان منهم وهما: الفقيه دافيد كيفرز والفقيه برنار كيري.[1]

الفرع الأول: منهج الفقيه دافيد كيفرزفي البحث عن العدالة.

حلل هذا الفقيه الأمريكي مذهبه سنة 1933 في مقال نشره بعنوان the choice of Law process ومؤداه أن تلافي قصور قاعدة التنازع يتأتى باختيار القانون الواجب التطبيق بالاعتداد بالحلول الموضوعية المقررة في القوانين المتنازعة وتفضيل أكثرها ملاءمة للنزاع وتحقيقا للعدالة بعد القيام بدراسة متأنية ودقيقة للوقائع أولا ثم إجراء المقارنة بين الحلول المترتبة عن تطبيق القوانين المتنازعة، ثانيا ثم أخيرا مراعاة فكرة العدالة الواجب تحقيقها للأفراد في ضوء الأهداف السياسية والاجتماعية المتوخاة من تلك القواعد الموضوعية.[2]

إلا أن هذا المذهب وبالرغم من واقعيته الملموسة عند إصدار الأحكام القضائية فإنه يسجل عليه جملة من الانتقادات التي اعتبرت نقصا فيه وهي:

1 – أن طريقة استخلاص القانون المختص تؤدي إلى انعدام اليقين القانوني، مع أن هذا الشيء أساسي في القانون.

2 - محاولة تطبيق نتائج المنهج التجريبي في مجال العلوم الإنسانية والاجتماعية شيء غير مقبول بإجماع الفقه المعاصر.

3 – يترتب على إعمال هذا المنهج إحلال القاضي أرائه ومعتقداته في العدالة محل ذلك المفهوم النسبي المتعارف عليه في ظل نظام قانوني معين.

4 – يميل القاضي في ظل نظام هذا المنهج بحكم تكوينه وعواطفه ومعرفته الجيدة لقانونه إلى تفضيل قانونه عن غيره مما يعطي له حظوظا أوفر في التطبيق على حساب القانون الأجنبي الذي قد يكون أكثر ملاءمة من قانون القاضي.

(1) .راجع تحليل موسع لهذا الاتجاه الفقهي. **أحمد عبد الحميد عشوش:** مرجع سابق، ص113 وما بعدها.

(2) . **حفيظة السيد الحداد:** النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2009 م ص25.

5 – يكمن غموض هذا المنهج في الاستخفاف بالمراحل التي تسبق تحديد القانون المختص كتصنيف العلاقة القانونية ضمن إحدى الطوائف القانونية وطريقة إسنادها وكيفية اختيار ضابط الإسناد، وهي المسائل الضرورية لحل التنازع قبل التطرق لقواعد القانون الموضوعي المختص.[1]

الفرع الثاني:منهج الفقيه برناركيري في تنازع المصالح .

فحوى فقه كيري في أن الهدف من أي قاعدة قانونية هو تحقيق سياسة ما، وتطبيق قانون معين يعني وجود مصلحة للدولة التي أصدرته في تطبيقه ومن ثم يصبح تنازع القوانين هو تنازع بين المصالح الحكومية.أي تنازع مصالح دول ذات صلة بالعلاقة القانونية محل البحث.

ويرى كيري أن كل قاعدة قانونية موضوعية تحدد بنفسها مجال تطبيقها مكانيا في شكل قاعدة تنازع قاصرة مستقرة يتعين البحث عنها، ويميز كيري بين ثلاثة فروض لحل تنازع القوانين:

1 – إذا كان لدولة واحدة مصلحة في تطبيق قانونها فيطبق هذا القانون سواء كان قانون القاضي أو قانونا أجنبيا.

2 – في حالة وجود مصلحة في التطبيق لقانون القاضي، ولقانون أو عدة قوانين أجنبية فيطبق قانون القاضي ويستبعد غيره.

3 - إذا كان لقوانين أجنبية مصلحة في حكم النزاع فيطبق قانون القاضي ما لم يثبت شخص آخر وجود فكرة أفضل تقتضي تطبيق أحد القوانين الأجنبية الأخرى.[2]

غير أن منهج الفقيه كيري تعرض للنقد وكان أهم انتقاد وجه له يتمثل في:

1 – غموض فكرة المصلحة الحكومية وصعوبة تحديدها بوصفها تعبر من سياسة تشريعية ومن الخطأ اتخاذها كأساس منهجي في التنازع.

(1) .**زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري ،مرجع السابق ، ص87 .

(2) .**زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري ،مرجع السابق ، ص89 .

2 – يفتقد هذا الضابط لأي طابع موضوعي، فهو ذو طبيعة سياسية متطرفة الغرض منه تغليب أنانية الدول أو فرض مصالحها دون الدول الأخرى.

3 – عجز هذا الفقيه عن تبرير أساس تطبيق قانون القاضي في الفرض الثالث أعلاه مع أن ليس له مصلحة في التطبيق.

4 – أن تكليف القاضي بالبحث عن نية المشرع الأجنبي المستقرة في وجود مصلحة لتطبيق ذلك القانون عمل مرهق يفوق قدرات القاضي بالنظر لما يتطلبه من فهم جيد ومتعمق لذلك القانون وهو ما يخالف ما استقر عليه الرأي الغالب في طبيعة القانون الأجنبي وطرق إثباته.[1]

والخلاصة العامة التي يمكن الانتهاء إليها بشأن المناهج المذكورة سابقا، يتضح من خلالها أن فقهاء كل منهج حاولوا إثبات استقلالية منهجهم وملاءمته لحكم العلاقات الدولية الخاصة، إلا أن كل المناهج المذكورة تتكامل في حلولها لتلك العلاقات بالاستناد إلى بعضها البعض، ومع ذلك لا يزال منهج الإسناد التقليدي الذي رسخته التجربة الإنسانية عبر الزمن وتأصلت قواعده في القانون الوضعي وحاز قبول تطبيقه من طرف القضاء الداخلي والدولي يتربع على حل مشاكل تنازع القوانين ويقف في صادرة مختلف المناهج.

المطلب الرابع
نطاق تنازع القوانين

أخذ تنازع القوانين صورا مختلفة ، فقد يكون بين قوانين داخلية تستند جميعها إلى سلطة واحدة وهو ما يعرف بالتنازع الزماني بين القوانين ، وقد يكون التنازع بين قوانين دول مختلفة، فهل تدخل صورة التنازع هذه جميعها في دراسة القانون الدولي الخاص، أو أن ذلك يقتصر على التنازع الدولي دون التنازع الداخلي .

الفرع الأول: التنازع الدولي

إذا كانت قوانين الدول تشتمل على طائفتين من القوانين العامة كالقانون الدستوري والإداري وقانون المالية، ومنها ما ينسب للقانون الخاص، كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية، فهل يمكن أن يثور التنازع بين القوانين العامة للدول المختلفة كما هو الحال في القوانين الخاصة؟ أو أن

(1) .في جملة الانتقادات التي وجهت لمنهج الفقيه كيري، راجع ،**أحمد عبد الحميد عشوش:** مرجع سابق، ص**171** وما يليها.

التنازع محصور فقط بين فروع القانون الخاص دون القانون العام على اعتبار أن الطائفة الأولى من القوانين تبقى في منأى عن تنازع القوانين لأنها تمس بسيادة الدولة .[1]

ظهرت مشكلة تنازع القوانين أول مرة بين قوانين مدن تابعة لدولة واحدة ثم تطور بعد ذلك بين قوانين المقاطعات المنتسبة لدولة واحدة، ثم لاحقا أخذ التنازع مظهره الدولي وبدأ التمييز بين نوعين من التنازع، هما التنازع الدولي والتنازع الداخلي.[2]

لا شك أن صورة التنازع الدولي هو المقصود في القانون الدولي الخاص، وقوامه أن هذا التنازع يظهر بين قوانين دول مختلفة تتمتع بالسيادة على المستوى الدولي، وعليه فإن كل قانون من القوانين المتنازعة يتمتع بسيادة تامة في إقليم الدولة التي أصدرته، ومثال ذلك التنازع الحاصل بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي بشأن علاقة قانونية تنتسب بعناصرها أو بأحد من عناصرها إلى هذين القانونين.

يترتب على وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية نشوء تنازع في حكم هذه العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي مما يستوجب فض هذا التنازع بين القوانين المتصلة بالعلاقة التي ثار بسببها التنازع، ولا يكون فض هذا التنازع إلا عن طريق قواعد قانونية ترمي إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على أمثال هذه العلاقة، ومثل هذه القواعد التي تساعد في تعيين القانون الواجب التطبيق يهتم بها القانون الدولي الخاص.[3]

يظهر التنازع الدولي اعتياديا بين قوانين دول مستقلة تعترف ببعضها، لذلك أقر جانب من الفقه بأن قوانين الدول المعترف بها فقط يمكن تطبيقها من جانب الدول المعترف بها.

والسؤال الذي يمكن طرحه هو ماذا لو اتصلت العلاقة القانونية المطروحة على القضاء بالنظام القانوني لدولة غير معترف بها، فهل يمكن قبول تنازع القوانين في هذه الحالة؟.

أثيرت هذه المسألة في غالبية دول أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية بشأن القوانين التي سنتها روسيا السوفيتية عقب الحرب العالمية الأولى عندما تبنت الحكومة الشيوعية النهج الاشتراكي، و في هذا السياق قضت المحاكم الفرنسية آنذاك بأن هذه التشريعات لا تصلح لأن تكون أساسا لقيام التنازع لأنها صادرة عن

(1) . أنظر في تفصيل هذه المسألة : Pierre Mayer : «Droit internationale privé», Montchrestien, Paris,3 éd,1988, p

(2) . التنازع الدولي هو تنازع قوانين تصدر عن دول مختلفة وذات سيادة على الصعيد الدولي في حين أن التنازع الداخلي هو تنازع قوانين في إطار الدولة الوحدة .أنظر : **سامي بديع منصور، أسامة العجوز** ،مرجع سابق، ص78 .

(3) . **حسن الهداوي** : مرجع سابق ، ص 20.

حكومة غير معترف بها من قبل فرنسا[1]، وعلى العكس من ذلك طبقت المحاكم الألمانية والنمساوية والأمريكية هذه القوانين معتبرة أن مسألة الاعتراف بالحكومة لا شأن له بمسألة تنازع القوانين .[2]

الاعتراف بالحكومة الأجنبية ليس شرطا لقيام التنازع بين قانونها وقانون الدولة المراد تطبيقه فيها، لأن تطبيق القانون الأجنبي ليس الهدف منه قيام علاقات سياسية، بالإضافة إلى ذلك أن الاعتراف يعد إجراء سياسيا خالصا، بل المراد من ذلك هو التأكد من وجود نظام قانوني يجري العمل به خارج الدولة وأفضليته في حكم العلاقة القانونية.[3]

ومع ذلك فإن جانبا من الفقه وعلى رأسهم الفقيه **بارتان** ETIEN Bartin لا يكتفي بوجود سلطة إقليمية أجنبية تعلن القانون وتطبقه ليكتسب مثل هذا القانون الصفة الدولية حتى يقبل تطبقه في دولة أخرى، بل يشترط إلى جانب ذلك صدوره من سلطة نظامية. ويترتب على ذلك استحالة قيام التنازع بين قانون دولة معينة صادر عن سلطة نظامية وعادات وتقاليد بعض القبائل التي تنقصها المقدرة على تفهم الأحكام القانونية الدولية[4]، وإذا كانت تقنية تنازع القوانين تعد وسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية من جانب القوانين المتزاحمة أو المتعددة لحكم العلاقة أي قيام التنازع وإعمال وسائل الحل فيه.[5]

من هنا يجب التفرقة بين وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية وبين قيام تنازع القوانين وبالتالي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص أو قواعد التنازع، وعلى ذلك فوجود العنصر الأجنبي الذي يفرض بالضرورة قيام هذا التنازع لان المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي غالبا ما تأخذ حلولا مما يسمى " بالقوانين ذات التطبيق المباشر" Règle d'application immédiate – ou règle de droit internationale prive matérielle[6]

الفرع الثاني: التنازع الداخلي Conflit interne.

(1) . **سامي بديع منصور**: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان ، 1994م ، ص75، وانظر أيضا: **هشام علي صادق**: تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1993 ص65 .

(2) . **محمد وليد المصري** : مرجع سابق ، ص 65 .

(3) . **حسن الهداوي**: مرجع سابق ، ص21 .

(4) . لذلك امتنع القضاء في بريطانيا عن قبول التنازع بين القانون الانجليزي والعادات المتبعة لدى إحدى القبائل المتوطنة في أواسط إفريقيا، وكان ذلك بمناسبة نظره قضية زواج أبرم بين إنجليزي وامرأة من سكان هذه القبائل وفق العادات المتبعة فيها، وبالتالي لم يعترف بهذا الزواج ورد دعوى الزوجة=> =>التي طالبت فيها بحقوقها وحقوق ولدها في تركة زوجها المتوفي. أنظر في الإشارة إلى هذا الحكم : **منصور مصطفى منصور**: مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، 1957م ص20، وأيضا : Pierre Mayer: op.cit.p70.

(5) . **سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال**: القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية،بيروت،لبنان ،1995 م،ص36 . وأنظر حول طريقة الحل عبر قواعد التنازع méthode conflictuelle، وطريقة الحل عبر القواعد الموضوعية المباشرة.

LOUSSOURNE(Y) ET BOUREL(P): «Les règles matérielles: droit internationale privé»,7eme édition ,Paris,2001,P58.

(6) . **سعيد يونس البستاني** : مرجع سابق، ص575 .

إلى جانب التنازع الدولي للقوانين الذي تعنى بدراسة قواعد القانون الدولي الخاص هناك تنازع داخلي ينشأ بين قوانين مختلفة لدولة واحدة، فالتنازع الدولي للقوانين يستوجب أن يكون التنازع ما بين قوانين أولا ويخص دول مستقلة معترف بها أي أن التنازع يجب أن يكون على مستوى القاعدة القانونية الملزمة كما هو مقرر دستوريا في تلك الدولة التي تقرر تطبيق قانونها.[1]

التنازع الداخلي للقوانين نطاقه مجموعة القواعد القانونية التي تشكل المنظومة القانونية لدولة واحدة، كأن تكون الدولة تضم عدة طوائف (التعدد الطائفي)، وتوجد داخل الدولة الواحدة نظم قانونية متعددة يخص كل فئة منها فئة معينة من الأشخاص، كما هو الحال في لبنان ومصر إذ توجد عدة طوائف دينية لكل منها قانون خاص يطبق على الأفراد التابعين لها في مسائل الأحوال الشخصية.

أما التعدد الإقليمي فمعناه أن تنطبق على كل إقليم من أقاليم الدولة شريعة خاصة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية حيث تتمتع كل ولاية بنظامها القانوني الخاص، وفي سويسرا التي تحظى كل مقاطعة فيها بقوانينها، وهنا يعد التنازع القائم بين قوانين الولايات أو المقاطعات تنازعا داخليا لأن صفة الدولة تنسب فقط للحكومة الفيدرالية وليس للدويلات أو المقاطعات المكونة لها.[2]

ويؤكد الفقه الغالب أن قواعد الإسناد لا تتناول سوى التنازع الدولي للقوانين، أما دراسة التنازع الداخلي فهي تخرج عن نطاق القانون الدولي الخاص.

وعلى عكس هذا الفريق المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص يميل جانب من الفقه إلى إدخال دراسة التنازع الداخلي للقوانين في النطاق الموضوعي للقانون الدولي الخاص.[3]

كما لا يدخل في دراسة التنازع بين القوانين التنازع الذي يحصل بسبب الضم بين القانون السائد في إقليم تم ضمه إلى دولة وقانون الدولة الضامة، إذ تعتبر العلاقة القانونية في مثل هذه الحالات وطنية في جميع عناصرها، لأن القوانين المتنازعة تمثل مظهرا لسيادة تشريعية واحدة يملك المشرع ذاته سلطة عليا في توحيد قواعد التنازع فيما بينها، بينما لم يظهر في التنازع الدولي بعد نظاما موحدا ولا سلطة عليا لحل التنازع بين قوانين الدول، وفي مقابل ذلك لا تزال كل دولة تتبنى نظاما خاصا بها.[4]

ويتجه جانب من الفقه الحديث الآن نحو تصور قيام التنازع بين مختلف النظم الدينية والقبلية السائدة في دول إفريقيا وآسيا متى كان ذلك لازما لتحديد القاعدة الواجبة الإتباع على المراكز القانونية

(1). **غالب علي الداودي** : القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1996م، ص56 .
(2). **محمد وليد المصري** : مرجع سابق ، ص 56 .
(3). **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص76 .
(4). **حسن الهداوي**:مرجع سابق، ص22 .

المتضمنة عنصرا أجنبيا[1]، وهذا الاتجاه الجديد في القانون الدولي الخاص هو الذي دفع بجانب من الفقه ـ المعاصر ـ إلى تسمية هذا الفرع من القانون بـ : " قانون تعدد النظم" وهي بذلك تسمية ترمي إلى اتساع موضوع القانون الدولي الخاص ليشمل دراسة التنازع القائم بين النظم المختلفة أيا كان نوعها.[2]

والنظرة الموسعة لفكرة " الأنظمة وإن لم تكن صادرة عن سلطة نظامية " التي يمكن أن يشملها القانون الدولي الخاص كانت الدافع الرئيسي لاعترف القضاء الفرنسي بالقواعد عبر الدولية، أو قواعد Lex mercatoria[3]، وعلى الرغم من أن القواعد الدولية قواعد من وضع المتعاملين على صعيد التجارة الدولية فهي ليست قواعد قانونية صادرة عن مشرع داخلي، فإن القضاء الفرنسي أقر بوجود هذه القواعد من خلال اعترافه بأحكام التحكيم الدولي التي أعملها على المنازعات التي فصلت فيها وفقا لأحكام هذه القواعد عبر الدولية.

يتمتع موقف القضاء الفرنسي بأهمية خاصة بالنسبة للقواعد عبر الدولية وذلك راجع إلى أن المحاكم الفرنسية تعد من أولى الجهات القضائية الداخلية التي تعرضت لمسألة تطبيق تلك القواعد، فالقضاء الفرنسي تعرض لمشكلة تطبيق القواعد عبر الدولية على الرغم من أنها من وضع رجال الأعمال الدولي الذي لا يصدق عليه بأي حال من الأحوال وصف الدولة.[4]

وفي الأخير ينبغي الإشارة إلى مسألتين هامتين ، أولاهما أن في بعض الدول تنعدم التفرقة بين التنازع الدولي والتنازع الداخلي ، ومثالها النظام القانوني الأمريكي والذي لا يستخدم اصطلاح القانون الدولي الخاص، وإنما حل محله اصطلاح تنازع القوانين وهو يدخل في مضمونه التنازع الدولي والداخلي، والمسألة الثانية أنه ظهر شكل جديد من تنازع القوانين مشترك بين التنازع الدولي والداخلي، وهو التنازع بين قوانين

(1) . انتشار ظاهرة اللاجئين الذين لا ينتمون إلى دولة معينة دفع الباحثين في القانون الدولي الخاص إلى معالجة موضوع تطبيق نظم قانونية شخصية بحتة لا تستند إلى سلطة دولة ذات سيادة إقليمية ، أو ذات سيادة منقسمة كما هو الحال بالنسبة للنظام القانوني الفلسطيني الذي يحكم اللاجئين الفلسطينيين، أو النظام القانوني الصيني الذي يحكم اللاجئين الصينيين في اليابان.أنظر **حفيظة السيد الحداد** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق،ص78،77 .

(2) . **هشام صادق، حفيظة السيد الحداد**: دروس في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني، بدون دار الطبع ولا النشر، 2000م، ص29 .

(3) . Lex mercatoria: هي القواعد السلوك العامة المجردة والتي يشعر مجتمع الأعمال عبر الدولية بإلزامها بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، أنظر تفاصيل هذا الموضوع: **نادر محمد محمد إبراهيم** : مركز القواعد عير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي ، الإسكندرية ،1998م ، ص345 .

(4) . الحكم الأول يتعلق بقضية Fougerole ضد Bank de Proche Orient، وكان لمحكمة الاستئناف الفرنسية حكما في موضوع النزاع الصادر في 12 جوان 1980 م، واستأنفت شركة Fougerole الحكم السالف الذكر لأنه جاء في غير صالحها، غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت الاستئناف من حيث الموضوع بموجب حكمها الصادر في 09 ديسمبر1981م.

. الحكم الثاني يتعلق بفصية Compania Valenciana de Cémentes Portland S.A. ضد Primary Coal INC ،وفي هذه القضية صدر حكم تحكيمي جزئي انتهت بموجبه هيئة التحكيم إلى أن المنازعة سوف تحسم وفقا لأعراف التجارة الدولية، مما جعل الشركة الاسبانية تعترض على ذلك وأصدرت محكمة استئناف باريس حكم الرفض في 13 جويلية 1989م، وأيدت محكمة النقض الفرنسية حكمها الصادر في 22 أكتوبر 1992م، القضاء الذي قضت به محكمة الاستئناف، أنظر في تفاصيل القضيتين السابقتين : **حفيظة اليد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص 80 وما يليها. وانظر لنفس المؤلفة : الطعن بالنقض في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، 1997 م، ص173 وما بعدها.

دول مستقلة إلا أنها تتحد بخصوص بعض القضايا المعينة كما هو الحال في التنازع المحتمل الظهور بين قوانين الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة.[1]

(1). **حسن الهداوي** : مرجع سابق ،ص23 .

الفصـــــل الثالث
النشـأة التاريخيـة لتنازع القـوانين

يعتر القانون الدولي الخاص بمفهومه وقواعده الحالية قانونا حديث النشأة، إذ لم تتبلور أحكامه إلا في نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر الميلادي وكان ذلك بمناسبة انهيار مبدأ الارتباط المطلق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي. فعدم التلازم شكل الأساس التاريخي لبداية تطور قواعد تنازع القوانين وكان يشترط إمكانية قيام تنازع القوانين وبالتالي احتمالية أن يقوم القاضي المختص بتطبيق قانون غير قانون المحكمة شريطة أن تتوفر مجموعة من العوامل لم تكن متحققة في تلك الفترة[1]، كأن يكون هناك نوع من التبادل بين الجماعات المختلفة.

كما أن التنازع بين القوانين يشترط أن يكون هناك نوع من التسامح اتجاه القوانين الخاصة بالجماعات الأخرى، وأن تنعدم النظرة إلى الحياة القانونية على أنها الملك الخاص الذي يستأثر به الأعضاء المكونين لتلك الجماعة. والنتيجة المؤكدة التي أفرزتها هذه المعطيات الاجتماعية والقانونية هي التلازم المطلق بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، مما نتج عنه تأخر نشأة القانون الدولي الخاص إلى أن ظهر مبدأ آخر هو مبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.[2]

تعددت المراحل التي مرت بها قواعد التنازع لكي تصل إلى ما هي عليه الآن، كما تعددت أيضا المدارس الفقهية و اختلفت بشأن كيفية مواجهة التنازع بين القوانين، لذلك سوف نتناول هذا التطور من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: خصص الأول للوقوف على فقه المدارس الفقهية القديمة، وعالجنا في المبحث الثاني النظريات (المدارس) الفقهية الحديثة.

المبحث الأول
المدارس الفقهية القديمة

قبل التعرض للمدارس الفقهية القديمة والحديثة ودورها في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد تنازع القوانين ينبغي الوقوف لتوضيح مفهوم آراء الفقهاء واجتهاداتهم

(1). Gonzalz Compas: « Les liens entre la compétence judicaire et la compétence législative», Réc .des cours la Haye, 1977 , p229.

(2). **حفيظة السيد الحداد** : النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي ، مرجع سابق ، ص28 وما بعدها

المطلب الأول
مفهوم آراء الفقهاء واجتهاداتهم

نعني بآراء الفقهاء واجتهاداتهم مجموعة الأفكار والآراء والشروحات والتفاسير التي يدلي بها رجال وفقهاء القانون خلال مناقشاتهم وتحليلهم وتفسيرهم ونقدهم للمبادئ والنصوص والقواعد القانونية في جميع فروع القانون. وعلى الرغم من الأهمية والقيمة القانونية لأراء واجتهادات الفقهاء فهي لا تشارك بصفة مباشرة في خلق القواعد القانونية ولا تتمتع بالقوة الإلزامية كما هو الحال بالنسبة إلى القواعد التي مصدرها التشريع أو الاتفاقيات الدولية أو العرف، ومن ثم فإن دور الفقه يقتصر على العمل التفسيري التكميلي ولا يتعدى ذلك ، غير أن الاجتهادات الفقهية قد تكون لها أحيانا المشاركة في إنشاء القواعد القانونية ولكن بصفة غير مباشرة، حيث يلجأ إليها المشرع ويسترشد بها عند وضعه للتشريع بل أن البعض منها يتم تقنينها في النصوص التشريعية وبالتالي فإن مصدرها غير المباشر هو العمل الفقهي.

لم يرد في القانون الجزائري نص يفيد اعتبار الاجتهادات الفقهية من ضمن المصادر غير الرسمية للقانون الدولي الخاص، ولكن بموجب تعديل 20 جوان 2005 أضيفت المادة (23) مكرر2 للقانون المدني[1] وعلى ذلك أن المشرع الجزائري جعل مبادئ القانون الدولي الخاص مصدرا يلجأ إليها القضاء فيما لم يرد بشأنه نص خاص في مسائل تنازع القوانين وتطبق هذه المبادئ بالأولوية على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المذكورة في المادة الأولى من القانون المدني نظرا لكونها خاصة بالقانون الدولي الخاص ولكن لا يلجأ إليها إلا بعد استنفاذ المصادر الرسمية الأولى عليها وهي الاتفاقيات الدولية والتشريع والقواعد العرفية.[2]

وينصرف معنى مبادئ القانون الدولي الخاص إلى المبادئ الأكثر شيوعا ليس في القانون الجزائري فحسب وإنما المعترف بها أيضا في النظم القانونية الأخرى، لاسيما أن أحكام القانون الدولي الخاص في الجزائر لم تتطور وتتكامل لدرجة يمكن الاستغناء عن المبادئ الأكثر شيوعا في العالم.[3]

ويترتب على ذلك أنه باسم تلك المبادئ يتم الرجوع إلى القانون المشترك للأمم، القواعد والعادات الدولية، الأحكام عبر الدولية للقانون التجاري الدولي، ومن أمثلتها قاعدة ضرورة تنفيذ العقد الدولي بحسن نية، وقرينة ضمان تبديل العملة في العقود الدولية، ومبدأ تضييق اللجوء إلى الفسخ وعدم التفسخ وعدم

(1) . تنص المادة (23) مكرر2 من القانون المدني على:"تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين" .

(2) .**زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص47 .

(3) . ومن أهم النظم العالمية أن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية جعل المبادئ القانونية العامة المعترف بها من طرف الأمم المتمدينة وآراء الفقه، الدولي ضمن مصادره طبقا لما أورده نص المادة (38) من هذا النظام.

التعسف في استعماله، وقد أصبحت هذه المبادئ وغيرها تشكل في قانون التجارة الدولية نظاما عالميا أقره المتعاملون الدوليون.[1]

المطلب الثاني
دور فقهاء المدارس القديمة في تطوير قواعد تنازع القوانين.

بالرغم من أن بعض الأفكار الخاصة بتنازع القوانين ظهرت منذ العصور القديمة، إلا أن الجهود الفقهية التي لا يزال بعضها إلى الآن معمولا به في القانون الدولي الخاص وبرزت في مدارس فقهية معروفة على المستوى الدولي وهي: المدرسة الايطالية، والمدرسة الفرنسية، والمدرسة الهولندية.

الفرع الأول : المدرسة الإيطالية القديمة

ساهمت المدرسة الإيطالية بفقهائها ورجالها في إيضاح بعض الأفكار القانونية في القانون الدولي الخاص، وحللوا مواضيع مختلفة وخاصة ما يتصل منها بتنازع القوانين وذلك منذ ظهور كتاب – أكورس- ACCUERS والذي علق على نص في مدونة جوستنيان تحت عنوان "الثالوث الأعظم" ووضع في شرحه قاعدة خضوع الشخص إلى قانونه الشخصي رغم وجوده في مكان غير مكانه الأصلي.

وقد تبعه بعد ذلك رجال القانون الذين أتوا بعده وقاموا بتطوير أعماله ومنهم الفقيه باترول BATROL (1313 – 1375) الذي يعد زعيم المدرسة الإيطالية القديمة دون منازع الذي يرجع إليه الفضل في التعمق في دراسة تنازع الأحوال وتقسيمها ووضع الحل المناسب لكل مسألة على حدة، ثم جاء من بعده تلميذه بالد BALDE (1327- 1400) الذي أثر نظام التنازع بإضافة قواعد جديدة .

يقصد بالأحوال les statuts مجموعة القواعد الفقهية التي صاغها الفقهاء في أوروبا منذ أواخر القرن الثالث عشر الميلادي لفض التنازع بين قوانين البلد الواحد، ثم لفض التنازع بين قوانين البلاد المختلفة.[2]

وكان منهج المدرسة الايطالية يقوم على تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات بين الأفراد التابعين لمدن مختلفة لتحديد طبيعتها.[3] وأخذت هذه المدرسة بمبدأ المساواة بين قانون القاضي وقوانين الأنظمة الأخرى، وقامت بتطبيق النظام القانوني الملائم على العلاقة المطروحة وهي بذلك تعد من أوائل

(1) . بخصوص اعتبار أراء الفقه والمبادئ العامة للقانون مصدر للقانون الدولي الخاص، **مايير MAYER** القانون الدولي الخاص، الطبعة الخامسة، سنة 1996، ص23 .

(2) . **زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص54 .

(3) . **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص15 .

الذين تبنوا مبدأ العالمية المتحرر universalisme دون التقوقع والانغلاق ضمن نطاق القانون الوطني الضيق.[1]

وعلى الرغم من العمل الضخم الذي قام به الفقه في هذه الفترة الزمنية حيث امتاز وبحق عن جدارة باستنباط ضوابط قانونية لازالت محفوظة في التشريعات الحديثة والتي يمكن ذكر البعض منها على سبيل المثال:

1 – التمييز بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية التي يعود فيها الفضل إلى الفقيه (بارتول) الذي كرس التمييز بين القواعد الموضوعية والإجرائية وجعل القاضي يطبق قانونه بالنسبة للإجراءات الواجبة الإتباع عند عرض النزاع، ويطبق قواعد المحل على القواعد الموضوعية.

2 – ظهور قاعدة لوكيس- LOCUS- التي أنشأها الفقه الإيطالي ومضمونها خضوع العقد (التصرف) إلى قانون المكان الذي أبرم فيه، وكان الإيطاليون قبل ذلك لا يفرقون بين شكل التصرف وموضوعه،

ثم أصبح فيما بعد يخضع من حيث الشكل إلى قاعدة لوكيس – LOCUS - التي تعني قانون محل الإبرام، ومن حيث الموضوع يخضع العقد إلى قانون الإرادة.[2]

3 – قام الفقه الإيطالي بإحداث قاعدة قانونية في مجال الجرائم وهذه القاعدة تقضي بأن الجرائم تخضع إلى قانون البلد الذي وقعت فيه، وقد أخذت جل التشريعات الحديثة بهذه القاعدة ومنها المشرع الجزائري في المادة (20) من القانون المدني.[3]

4 – ظهرت بصفة غير مباشرة على يد الفقه الإيطالي فكرة مبدأ سلطان الإرادة في العقود وقالوا بأن تطبيق قانون المحل على العقد يعني أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى ذلك المكان غير أن هذه الفكرة لم تنضج جليا إلا على يد فقهاء آخرين في عهد لاحق.

5 – برزت فكرة النظام العام أيضا على يد الفقهاء الإيطاليين وذلك بالتفرقة بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة أو المستهجنة، بحيث يجوز عدم تطبيق القانون الأجنبي عليها وهو ما يعرف في التشريعات الحديثة بالنظام العام.[4]

والخلاصة هي أن جهود المدرسة الإيطالية القديمة كانت بمثابة البذرة الأولى لقواعد التنازع وقد مهدت الطريق للنظريات الحديثة مع أنها لم تكن شاملة لكافة مسائل التنازع ولم تتناول بالبحث مسألة

(1) . **فؤاد عبد المنعم رياض، سامي راشد:** تنازع القوانين والاجتهاد القضائي الدولي وأحكام الآثار الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994م، ص21 .

(2) . تنص المادة (18) من القانون المدني "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...." . أنظر في هذه المسألة أيضا : **إبراهيم أحمد إبراهيم** : القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) دار النهضة العربية، القاهرة ،2002 م، ص153 .

(3) . تنص المادة (20) من القانون المدني "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام....."

(4) . ظهرت لدى فقهاء المدرسة الايطالية القديمة الملامح الأولى للنظرية الحديثة للنظام العام عندما أقام هذا الفقه التفرقة بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة. أنظر: في ذلك، **وليد محمد المصري** : مرجع سابق، ص41 .

التكييف التي يتوقف عليها تحديد طوائف النظم وتعيين قواعد الإسناد والتي من خلالها يتحدد القانون الواجب التطبيق .

وبالرغم من ذلك فإن فقه المدرسة الإيطالية يعد فقه واقعي يطبق الحل الملائم لطبيعة كل مسألة دون وضع مبادئ عامة مجردة تكون منطلقا للتطبيق على كل الأحوال[1]، كما أنه فقه تحليلي وفقه جزئيات لأنه يعالج مختلف فروض التنازع من غير ربط بينها، وأنه بذلك يعتبر فقه عالمي حلوله مبنية على هدي العقل وقواعد العدالة والقانون الطبيعي وهي صالحة لحل التنازع بين أحوال المدن والتنازع بين مختلف الأقاليم (الدول) وقد أقرت هذه المدرسة أهم قواعد الإسناد المعروفة اليوم، ومنها إسناد طائفة الأحوال لقانون الجنسية، والالتزامات لقانون الإرادة، والشكل لقانون محل الإبرام، والجرائم لقانون الإقليم الذي حدث فيه وغيرها.

الفرع الثاني: المدرسة الفرنسية.

تميز القرن السادس عشر في فرنسا بظهور علمين من أعلام القانون الدولي الخاص هما: (ديمولان ـ دارجنتريه)، وبفضل أفكرهما نشأت قواعد الإسناد بالمعنى الصحيح، إذ يعتبر الفقيه ديمولان Dumoulin (02 مارس 1760 -05 ابريل 1794) همزة الوصل بين الفقه الايطالي والفقه الفرنسي، كما يرجع الفضل لهدا الفقيه أنه وضع قاعدة الإسناد التقليدية المعمول بها لحد الآن في النظم القانونية المختلفة[2] ولا يمكن الاستهانة بالدور الكبير الذي قام به الفقه الفرنسي في مجال تطوير قواعد القانون الدولي الخاص سواء الفقهاء القدامى أو المحدثين، ونتيجة لهذا العمل الفقهي أصبحت بعض القواعد القانونية تنسب إلى هذه المدرسة بشقيها القديمة والحديثة.

وأهم المبادئ التي وضعها الفقه الفرنسي هي على النحو التالي:

أولا: مبدأ إقليمية القوانين.

ينسب هذا المبدأ إلى الفقيه الفرنسي برتراند دارجنتريه (1519 – 1596م)[3] ويفيد هذا المبدأ تقسيم القوانين إلى عينية وشخصية وليس العلاقات كما كان سائدا من قبل، وبالتالي فإن كل الأموال الموجودة فوق الإقليم يطبق عليها قانون هذه الدولة، أما القوانين الشخصية فإنها تطبق على الأشخاص ولو كانوا

(1) .راجع **عزالدين عبد الله**: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق ص21 .

(2) .**جابرجاد عبد الرحمن :** تنازع القوانين ، دار النهضة العربية، القاهرة ،1969 م، ص64

(3) .الفقيه دارجنتريه كان مؤرخا ومشرعا لامعا وفقيها مدققا وقاضيا ضليعا، نفي بسبب كتاب ألفه عن مقاطعة مسقط رأسه .بريتاني .مطالبا باستقلالها حتى مات في منفاه سنة 1596 م، انظر ذلك في : **بلمامي عمر** : دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، دار هومة 2008 م، ص26 .

مقيمين في دولة أخرى عندما يتعلق الأمر بحالتهم الشخصية وأهليتهم وهو ما أخذت به معظم التشريعات الحديثة ومنها المشرع الجزائري في المادة (10) من القانون المدني.[1]

والفقيه دارجنتريه هو من وضع المعالم الأساسية لنظرية إقليمية القوانين في فرنسا من غير أن يتبع المنهج التحليلي، وإنما أقام نظرية عامة حاول من خلالها وضع الحلول المختلطة لمشكلة تنازع القوانين، وبالنسبة لهذا الفقيه أن الأصل هو عينية القوانين أي إقليميتها، والاستثناء هو شخصيتها مع إمكانية امتدادها خارج الإقليم.[2]

لم تلق نظرية الفقيه دارجنتريه نجاحا في فرنسا غداة ظهورها في القرن السادس عشر لأن النظام الإقطاعي الذي كان متأثرا به هذا الفقيه قد أدركه الانهيار واسترجاع الملوك لسلطتهم ونفوذهم في فرنسا.[3]

ومع ذلك أعتبر الفقه أن نظرية الفقيه الفرنسي دارجنتريه تعتبر أول صياغة عامة لمسائل تنازع القوانين، إذ سمحت للقاضي بتطبيق قانونه كأصل عام باعتباره القانون الإقليمي وبقبول تطبيق القانون الأجنبي على سبيل الاستثناء[4]، كما أن أفكار الفقيه دارجنتريه اعتبرت الأرضية لإيجاد بعض قواعد الإسناد وساهمت إلى حد كبير في إيجاد حلول كثيرة لمسائل تنازع القوانين.

لكن نظرية الفقيه دارجنتريه لقيت النجاح في هولندا وبنفس الوقت خضعت لتعديل هام أدى إلى تطورها كما سنرى لاحقا.

ثانيا: مبدأ عينية الأموال وشخصية الأحوال.

ينسب هذا المبدأ إلى الفقيه الفرنسي ديمولان DUMOULIN[5] الذي كان أستاذا للقانون ومحاميا لدى برلمان باريس فقد تأثر بالمدرسة الإيطالية القديمة، واعتنق آراءها والتزم طريقتها في البحث، اشتهر

(1) .تنص المادة (10) من القانون المدني "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...".

(2) .**يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق، ص529 ،530 .

(3) .أكثر تفاصيل حول تنازع القوانين في الفقه الفرنسي القديم راجع : **أحمد عبد الكريم سلامة** : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 م ، ص200 وما يليها.

(4) .**محمد شتا أبو السعد**: تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي، القاهرة، ط1، مطبعة كفر الشيخ،1987م، ص53.

(5) .اعتبره البعض مكملا للمدرسة الايطالية ، بينما يعتبره البعض الأخر رائدا للمدرسة الفرنسية القديمة

;Yvon Loussouarn et Pierre Bourel: «Il est le continuateur de l'école italienne , pour d'autres, il est le premier tenant de l'école française » Droit international privé,3 éme édition , 1988 , p103.

بأبحاثه في التكييف وتأصيل تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية ويرجع للفقيه ديمولان الفضل في الكشف عن مبدأ سلطان الإرادة في العقود وصياغة قاعدة قانون الإرادة وذلك حينما كيف المشارطات المالية التي تصحب عقد الزواج بأنها عقود ومن الجائز أن يطبق عليها قانون محل إبرامها أو قانون آخر، وأن اختيار المتعاقدين لمكان إبرام العقد لا يفترض معه انصراف إداراتهما ضمنا إلى اختيار قانونه. الفقيه ديمولان هو من أخرج التصرفات القانونية من نطاق القانون الإقليمي الآمر[1]، كما جعل لإرادة المتعاقدين دور بارز في حل التنازع بين القوانين وقصر نطاق قاعدة لوكيس على شكل التصرف دون موضوعه.

لقيت نظرية ديمولان نجاحا معتبرا في أوروبا حيث أنها اعتمدت معيارا عاما تبنى عليه الحلول بديلا من التفكير في إيجاد حل لكل نزاع على حدا وهو تطبيق مبدأ الإقليمية كأصل ومبدأ الشخصية كاستثناء، غير أن هذه النظرية وبالرغم من إسهاماتها في تطور قواعد تنازع القوانين تعاني من النقص، إذ لم تضع الحلول الملائمة للأحوال المختلطة التي لها علاقة في آن واحد بالأحوال العينية من جهة والأحوال الشخصية من جهة أخرى.[2]

الفقيه ديمولان هو من ميز بين القوانين المستحسنة والمستهجنة ، وهو الذي أبرز دور الإرادة وأثارها على التصرفات القانونية من خلال المنهج التحليل الذي أرساه وتطبيقه لهذه القاعدة ، وهو بصدد تكييفه " النظام المالي للزوجين " لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النظام ، وكان ذلك بمناسبة قضية الزوجين GANEY.[3]

وعلى إثر ذلك أصدر ديمولان فتواه بخضوع النظام المالي للزوجين جملة للأعراف القانونية بمقاطعة باريس باعتبارها موطنهما الأول للزوجية معللا ذلك بأن الزوجين بإرادتهما أرادا الخضوع لقانون هذه المقاطعة معتبرا أن هذا النظام هو عقد ضمني وأن إرادة الزوجين اتجهت إلى اختيار النظام السائد في موطن الزوجية الأول وبالتالي يخضع لقانون الإرادة الذي يحكم سائر العقود.[4]

---

(1) . قال **ديمولان** بهذه القاعدة بمناسبة قضية الزوجين "**دوجاني DE GANEY** "عندما كان محاميا في باريس عام 1785 حيث قدم استشارة حول مدى استبعاد تطبيق القوانين "الأعراف" السارية في موقع الأموال الداخلة في النظام المالي للزوجين، إذا لم يكن هناك اتفاق صريح بين الزوجين بشأنه، وكانت تلك الأموال موزعة بين أكثر من موقع له أعرافه الخاصة، وتطبيق قانون واحد وقرر أن مجموع النظام المالي للزوجين يخضع لقانون موطن الزوجية وقت الزواج، لأنه عبارة عن عقد ضمني وقد اتجهت إرادة الزوجين الضمنية إلى إخضاعه لذلك القانون. أنظر ذلك في: **أحمد عبد الكريم سلامة:** الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، 2008، هامش الصفحة 203.

(2) . **حفيظة السيد الحداد :** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص17 .

(3) . أنظر في ذلك: **أحمد مسلم** : موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص164.

(4) . «Dumoulin – dans la consultation donnée époux de ganey procédait déjà à une qualification lorsqu' il rattachait le régime légal à loi du domicile matrimonial sur la base d'une présomption de volonté des époux en analysant le régime conventionnel ».Couchz Regard: « Essai

واستخلص البعض من الفقهاء المعاصرين ونتيجة لهذه الفتوى أن ديمولان يعد المكتشف الحقيقي والأول لنظرية التكييف ، فما دام قد وصل إلى اعتبار النظام المالي للزوجين بمثابة عقد ضمني فقد عرف أهمية التكييف في القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثالث المدرسة الهولندية.

بفضل الظروف الاقتصادية والسياسية التي سادت هولندا بعد تحررها من الاستعمار الاسباني والنفوذ النمساوي، ظهرت مدرسة جديدة في القرن السابع عشر انصب اهتمام فقهائها بمشكلة تنازع القوانين في العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا ، والصفة التي تبناها فقه هذه المدرسة بشأن التنازع أنه كان تنازعا يخص علاقات خارجية أجنبية.[1]

تبنت المدرسة الهولندية فقه دارجنتريه المعبر من الناحية السياسية عن النزعة الاستقلالية ومن الناحية القانونية عن السيادة الإقليمية المطلقة للقانون، وقد عني الفقهاء الهولنديون بدراسته والتعمق فيه وكان من أشهرهم الفقيه برجاندوس BURGUNDUS (1556 ـ 1649م) الذي رأى أن المال هو الذي يجر الإنسان (مبدأ العينية المطلق) والفقيه بول فويتBOUL VOET، ثم جاء من بعده ابنه جان فويت GEAN VOET، والفقيه أولديك هوبرULRICUS HOBER.[2]

هؤلاء الفقهاء اعتنوا ببحث التنازع المحلي أي التنازع بين قوانين المقاطعات وتنازع القوانين الدولي أي تنازع القوانين في العلاقات الدولية، وينسب إلى **هوبر** استعمال اصطلاح تنازع القوانين لأول مرة بعد أن كان التعبير الجاري هو تنازع الأحوال. وقد أخذ الفقه الهولندي بتقسيم الأحوال إلى شخصية وعينية، فالأحوال العينية عند هذا الفقه هي الأحوال التي يكون موضوعها هو المال ولو تعلقت بالأشخاص، والأحوال الشخصية هي التي يكون موضوعها الرئيسي هو الشخص ولو كان لها صلة بالمال. وقد وضع الفقيه هوبر ثلاث قواعد اعتبرها بديهيات في تنازع القوانين وهي تعبر عن طبيعة فقهه[3] وهي:

1 - أن قوانين كل حكومة لها سلطان عام داخل إقليم الحكومة وتسري على كل رعاياها، ولكن لا سلطان لها خارج الإقليم .

---

de limitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial» librairie , Dalloz, 1972,p3.

(1) .يذكر الفقيه .**سافاتيه** Savatie .أن نفس الظروف التي كانت في إيطاليا خلال العصور الوسطى سادت هولندا، فقد كانت هناك مدن ومقاطعات مستقلة بعضها اتحد وبعضها لم يتحد وكانت هناك تجارة نشطة وتعامل متزايد بعد التخلص من الحكم الاسباني واستقلالها عن اسبانيا لذلك تمسك الهولنديون بقوانينهم المحلية التي ترمز إلى استقلالهم ونفاذ سيادتهم . أنظر: **بلمامي عمر** : مرجع سابق، ص 29 .

(2) .في أهم دور لرواد المدرسة الهولندية راجع: **الطيب زروتي** : القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص60.

(3) .راجع في فقه هذه المدرسة: **عبد الحميد أبو هيف:** القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة السعادة، 1927 بند 231.

2 – أن جميع الأشخاص الذين يوجدون داخل إقليم حكومة سواء كانوا مقيمين فيه أو عابري سبيل يعتبرون من رعاياها، ويخضعون لقوانينها.

3 - إن حاكم كل دولة يسمح من باب المجاملة لقوانين البلاد الأجنبية التي صار تطبيقا في إقليم تلك البلاد تستمر محافظة لأثارها في كل جهة بشرط ألا يضر ذلك بسلطة الحكومات الأخرى ولا بحقوق رعاياها.

ومن هذه المبادئ يستخلص أن المدرسة الهولندية:

أ - تبنت مبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق.

ب – نقلت تنازع القوانين من الصعيد المحلي إلى الصعيد الوطني.

ج - أن القانون الأجنبي المختص قد يعطل تطبيقه إذا ما تعارض مع النظام العام، أو كان ضارا بحقوق رعايا الدولة المراد التمسك به فيها.

د – أن أساس تطبيق القانون الأجنبي هو المجاملة الدولية LA COURTOISE INTERNATIONALE وليس اعتبارات العدالة والضرورة .[1]

ركز فقهاء المدرسة الهولندية في أبحاثهم على إيجاد حلول ملائمة للتنازع الدولي وتأثروا بفقهاء المدرسة الفرنسية وخاصة بفقه دارجنتريه[2]، وكان الجهد الأساسي لفقهاء المدرسة الهولندية في مجال تنازع القوانين هو بحثهم في أساس تطبيق القوانين الأجنبية، واهتدوا في ذلك إلى فكرة جديدة لم يتناولها أحد من قبل وهي " فكرة المجاملة الدولية " التي اعتمدوها كأساس لتطبيق القوانين الأجنبية.[3]

وبما أن اصطلاح المجاملة الدولية la courtoisie internationale، هو ترجمة للعبارة اللاتينية comitas gentium، فقد فهمت هذه الفكرة خطأ على أنها تعني أن القاضي غير ملزم بتطبيق القوانين الأجنبية، و أن الأمر بالنسبة إليه مسألة اختيارية مما يؤدي إلى تحكمه في هذا المجال وهذا يضر بالتعاون الدولي، والفهم الصحيح لاصطلاح comitas gentium، هو أن المشرع لا القاضي ليس عليه التزام قانوني بتقرير تطبيق قاعدة قانونية أجنبية، بل أنه إذا قبل تطبيقها فإنما يكون ذلك منه على سبيل "المجاملة الدولية" وفي سبيل تبادل المصالح بين الدول، ويترتب على ذلك نتيجة جد منطقية وهي متى قبل المشرع الوطني تطبيق قاعدة قانونية أجنبية فإن القاضي يقع عليه الالتزام بتطبيقها.[4]

وبالرغم من التبريرات التي تقدم بها أنصار المدرسة الهولندية للدفاع عن فكرة المجاملة الدولية التي نقلت دراسة موضوع التنازع بين القوانين من الميدان الداخلي إلى الميدان الدولي، فإن هذه النظرية انتقدت

(1) . لمزيد التفاصيل حول فقه المدرسة الهولندية والمبادئ التي أرستها، راجع **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري طبعة 2010 ، مرجع سابق، ص59 وما بعدها.

(2) . أنظر في ذلك: **محمد شتا أبو السعد:** مرجع سابق، ص 56 .

(3) . -H Batifole et Paul Lagarde : Droit international privé , T.1, ED, 1981,P270.

(4) . **علي علي سليمان** : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط 3، 1991 م، ص31.

على أساس أنها تتضمن هدم البناء القانوني كله في شأن تنازع القوانين مادام ذلك البناء قائما على مجرد فكرة المجاملة الدولية.[1]

بالإضافة إلى ذلك أن نظرية المجاملة الدولية اتهمت من رافضيها وخصومها على أنها تنكر الصفة العلمية لقواعد تنازع القوانين وترفض الاعتراف لها بقوة الإلزام، لأن أساس تطبيق القانون الأجنبي لا يخرج عن مجرد المجاملة الدولية طبقا لهذه النظرية، إذ ليس هناك إلزام من القانون الأجنبي ولا ضرورة قانونية تخضع الدولة ومحاكمها للعمل بقوانين الدول الأخرى، في حين أن غيرهم استند إلى مبدأ العدالة والإنصاف والقانون الطبيعي وهما أكثر إلزاما.[2]

ونتيجة لثقل الانتقادات التي وجهت للمدرسة الهولندية وتبنها لنظرية المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي، فإن أنصارها شعروا بالحرج وحاولوا الاستدراك قائلين أنهم يفرقون بين تعبيرهم بالمجاملة الدولية التي تؤدي بالمشرع إلى تقرير المصلحة القومية والتسليم بضرورة تطبيق القوانين الأجنبية ، وبين مجرد التفضل le bon plaisir بتطبيق هذه القوانين[3] [4]، ومهما كانت الانتقادات التي وجهت إلى نظرية المجاملة الدولية التي جاءت بها المدرسة الهولندية فإن هذه النظرية لاقت رواجا وإقبالا كبيرين من طرف الفقه الانجلوسكسوني.

إلى جانب هذه المدارس الفقهية الشهيرة التي لعبت دورا كبيرا في تطور القانون الدولي الخاص بصفة عامة وبعض قواعده بصفة خاصة هناك بعض الفقهاء الآخرين لا يستهان بالمبادئ والقواعد التي قدموها في ميدان تنازع القوانين على وجه الخصوص والقانون الدولي الخاص على وجه العموم وهؤلاء هم الذين تنسب إليهم النظريات الفقهية الحديثة.

المبحث الثاني
فقـه النظريـات الحديثـة

(1) . أحمد مسلم : مرجع سابق ، ص169 .

(2) . حسن الهداوي : مرجع سابق ، ص40 .

(3) . . Yvon Loussouarn et Paul Bourel: op.cit.p 112

(1) . Yvon Loussouarn et Paul Bourel: op.cit.p 112.

إلى غاية منتصف القرن التاسع عشر كان مبدأ إقليمية القوانين هو السائد، وبعد ذلك ظهر تياران أحدهما يتسم بطابع عالمي يتزعمه في ألمانيا الفقيه سافيني وفي فرنسا الفقيه بييه، ويقوم على فكرة الاشتراك القانوني عند الأول والاحترام الدولي للحقوق المكتسبة عند الثاني، وتيار شخصي يتزعمه الفقيه الإيطالي مانشيني الذي يقوم فقهه على أساس مبدأ الجنسيات. وفي أواخر القرن التاسع عشر ظهر تيار ثالث ذو طابع وطني عند البعض، ومن مؤيده دايسي في إنجلترا وبارتان ونيبوابيه وديفاري سومير في فرنسا، واتجاه توفيقي بين اعتبارات المعاملات الدولية وما تقتضيه المصلحة الوطنية، ومن مناصريه الفقيهين بيجونيير وباتيفول في فرنسا، وبناء على ذلك نشير إلى فقه هؤلاء الفقهاء ومميزاته:

المطلب الأول
مذهب الفقيه سافيني (1779 – 1861م)

للإحاطة بمضمون مذهب الفقيه "سافيني" سنلقي الضوء في البداية على نظريته في تنازع القوانين، ثم نسوق مختلف الانتقادات التي وجهت إليه وذلك على النحو الأتي:

الفرع الأول: مضمون مذهب الفقيه سافيني

يعتبر الفقيه سافيني زعيم المدرسة التاريخية في القانون بإجماع الفقه وصاحب طريقة جديدة في بحث تنازع القوانين، وكان لآرائه وأبحاثه التي نشرها سنة 1849م في الجزء الثاني من مؤلفه عن القانون الروماني، تأثيرا عظيما في إثراء علم القانون الدولي الخاص.[1]

ويقوم مذهب الفقيه سافيني على فكرة الاشتراك القانوني أي وحدة الثقافة والفكر القانونيين ومؤداها أن الدول الأوروبية تسودها ثقافة وحضارة ومدنية واحدة قوامها التطور التاريخي المشترك والديانة المسيحية والقانون الروماني الذي يشكل الشريعة العامة فيها، وبالتالي تكون الحلول القانونية المقررة فيها مماثلة ومن الجائز تطبيق قوانين دولة يضمها الاشتراك القانوني في باقي دول المجموعة من غير التعصب إلى القانون الوطني.[2]

أما المعيار الذي اعتمد عليه الفقيه سافيني لحل التنازع بين القوانين فهو ليس الانطلاق من مبدأ معين أو الخضوع لفكرة مسبقة من تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية أو تبني فكرة السيادة السياسية

(1) . يقول الفقيه **باتيفول** في هذا المعنى أن أهم ما تضمنه مؤلف سافيني يكمن في أنه أول من عرض قواعد الإسناد المختلفة حسب ما يقتضيه نظام المنطق هذا العرض أدى في النهاية إلى تأصيلها وضمها ضمن مجموعات مستقلة ، أنظر:

-H Batifole et Paul Lagarde: Droit international privé , T.1, ED, 1981,P282.

(2) .راجع بشيء من التفصيل حول فقه **سافيني** مؤلف الأستاذ **الطيب زروتي**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 62 .

للقول بإقليمية القانون أو امتداده، كما درجت على ذلك المدارس التقليدية وإنما اعتمد على تحليل الرابطة القانونية وتحديد مقرها ثم البحث عن القانون الملائم لحكمها هو قانون مقر العلاقة القانونية. وعملا بفكرة الاشتراك القانوني ـ الحقوقي ـ التي ابتدعها الفقيه سافيني لا يعود تطبيق القانون الأجنبي من قبيل الاستثناء أو المجاملة وإنما مجرد إعمال لهذه الفكرة التي تشكل حسب وجهة نظره المبدأ الأساسي لتنازع القوانين.

وبهذه النتيجة رفض هذا الفقيه الالتزام بمبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائدا قبله وأخذ بمنهج عالمي في تنازع القوانين لا يسمح بالتعصب لمبدأ معين أو لقانون محدد سلفا.[1]

بعد أن وضع الفقيه سافيني المبدأ الأساسي لتنازع القوانين بحث في كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق على مختلف العلاقات القانونية ولجأ من أجل ذلك إلى فكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية أي تحديد مقرها وفق طبيعتها القانونية[2]، فكان للفقيه سافيني الفضل في إبراز فكرة الروابط القانونية وما يترتب على تحليلها من تحديد المركز القانوني والذي جعل هذه العلاقة تخضع إلى قانون المكان الذي تم فيه تحديد مركزها.

ويترتب على إعمال قاعدة التركيز المكاني للعلاقة القانونية وفقا لمذهب سافيني، فإن معايير الإسناد تكون كالتالي[3]:

1 – حالة الشخص وأهليته تخضع لقانون الموطن على أساس أن مركز العلاقة القانونية هو اختيار الشخص لهذا الموطن.

2 – أن الأموال والأشياء دون تمييز بين المنقول والعقار يختص بحكمها قانون الموقع على أساس الخضوع الاختياري.

3 – الالتزامات التعاقدية فإن شكلها يخضع لقانون محل إبرامها، أما جوهر الالتزام والشروط اللازمة لصحته من حيث مشروعيته وأثاره فإنه يطبق عليه قانون محل تنفيذه على أساس الخضوع الإرادي ما لم يثبت انصراف إرادة المتعـاقدين إلـى قانون آخــر أو يتبين ذلك من الظروف.[4]

4 – أما بالنسبة للأفعال الضارة فإن مقرها هو محل وقوعها وأسندها إلى قانون القاضي معللا رأيه بأن القوانين التي تحكم الأفعال الضارة مؤكدة الالتزام يطبق فيها القاضي قانونه دون مراعاة للقانون الأجنبي.[5]

---

(1). **سعيد يوسف البستاني**: مرجع سابق، ص 526 .

(2). **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص22 .

(3). أنظر في تصنيف الفقيه **سافيني** لمختلف العلاقات القانونية كل من: **بلمامي عمر** مرجع سابق، ص38 ،39، **وحسن الهداوي** : مرجع سابق، ص44 .

(4). **عبد الحميد أبوهيف**: القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، طبعة سنة 1972 م بند 242 .

(5). -H Batifole et Paul Lagarde: Droit international privé, 2éme VOL, 5éme, ED, 1976,P237.

الفرع الثاني: الانتقادات الفقهية لمذهب الفقيه سافيني

وبالرغم من وجاهة فقه سافيني فإن الفقه أخذ عليه جملة من الانتقادات وهي كالتالي:

أ – أن فكرة الاشتراك القانوني التي هي منطلق هذا المذهب غير صحيحة في كل الأحوال إذ أن هناك أنظمة وطنية في القانون الدولي الخاص يجمعها اشتراك قانوني ومع ذلك مختلفة فيما بينها رغم أنها تنتمي إلى نظام قانوني عالمي واحد، وهناك أنظمة أخرى لا يوحدها اشتراك قانوني ومع ذلك فإن الحلول المقررة فيها في مسائل تنازع القوانين متشابهة.

ب – أن معيار تركيز العلاقات القانونية معيار عام يستعصى تحديده فهو يتوقف على تكييف العلاقات القانونية، والمعروف أن التشريعات القانونية تختلف في تحديد طوائف النظم حسب التكييف وينعكس هذا الاختلاف بالضرورة على تركيز العلاقات القانونية.

ج - أن الفقيه سافيني لم يضع قاعدة عامة تسمح بتعيين القانون الواجب التطبيق عند التنازع وإعمال نظريته تؤدي إلى التجزئة والشتات وإن كانت مبنية على أفكار علمية فهي ينقصها المعيار الموضوعي ومن الصعب الاستناد إلى القرائن للكشف عن الإرادة الحقيقية حتى لا ينسب إلى الأطراف قانون مع أن إرادتهم انصرفت إلى غيره.[1]

ومهما كانت صحة هذا النقد فالثابت أن فقه سافيني حرر تنازع القوانين من السيادة الوطنية واتجه بها اتجاها عالميا وترك فقهه أثرا بارزا على حلفائه في ألمانيا وخارجها وتقبل القضاء نظرياته وطبقها).[2]

ومن فقه سافيني أخذ الايطاليون وغيرهم مفهوم العلاقة القانونية باعتبارها مظهرا من نشاط الأشخاص الحقوقي، كما اخذ عنه الفقيه باتيفول فكرة التركيز المكاني للعقود، واليه يدين الفقه بطريقته التحليلية التي مازالت سائدة إلى حد الآن، ومن فقه سافيني استمد بارتان أساس فكرة النظام العام بمفهومها الخاص في القانون الدولي الخاص.[3]

المطلب الثاني

مـذهـب الفقيـه مانشيـني [4]

(1) . **سامي بديع منصور، أسامة العجوز**، مرجع سابق، ص 62.

(2) . راجع **باتيفول**: القانون الدولي الخاص، طبعة 1967، بند 237 – 556 .

(3) . كان **سافيني** أول من ناد بفكرة النظام العام بمفهومها الحديث وفسر مصطلح النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق، أي عند انقطاع الاشتراك القانوني بين هذا القانون وقانون القاضي، أنظر في ذلك: **هشام على صادق** : دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية بيروت، لبنان، 1980م، ص27 .

(4) . الفقيه **مانشيني** 1817 . 1888م رائد المدرسة الايطالية الحديثة وهو صاحب مبدأ شخصية القوانين أو مبدأ الجنسيات الذي كشف عنه في محاضراته بجامعة تورينو سنة 1851 م واعتبر أن الجنسية هي الأساس للقانون الدولي عاما وخاصا، كان مانشيني يهدف من خلال الترويج لمبدأ الجنسيات هو السعي

لعرض مذهب الفقيه مانشيني، ينبغي التطرق لفحوى نظريته كفرع أول، ومنه ننتقل لمجمل الانتقادات التي واجهتها كفرع ثان.

الفرع الأول: فحوى مذهب الفقيه مانشيني

يسمى هذا المذهب بالمدرسة الإيطالية الحديثة وقوام هذا المذهب هو مبدأ الجنسيات كأساس للقانون الدولي عاما أو خاصا، وفي هذا المذهب أعتنق مبدأ شخصية القوانين بمعنى امتدادها لأن القانون في رأيه يوضع للأشخاص وليس للإقليم ويتبعهم أينما حلوا ومهما كان موضوع العلاقة القانونية، كما ينسب إليه قوله أن القوانين كالثياب المخاطة بالتمام على أصحابها.[1]

وعد مذهب الفقيه مانشيني على أنه يمثل المغالاة في اعتناق مبدأ شخصية القوانين في العصر الحديث، ومع ذلك أخذ الفقيه مانشيني بمبدأ إقليمية القوانين على سبيل الاستثناء في بعض المسائل ومنها:

1- قواعد النظام العام وتشمل القانون العام للدولة كالقانون الدستوري وسيادة الدولة وتنظيم مرفقي الإدارة والقضاء والقوانين الخاصة بحقوق المواطنة والقوانين المتعلقة بالأراضي والقوانين ذات الطابع الجزائي والقوانين المتعلقة بالنظام العام وحسن الآداب فكل هذه القوانين إقليمية عند مانشيني.

2 – إخضاع شكل التصرفات لقانون محل إجرائه مع الاحتفاظ للقانون الشخصي بتحديد ما يعتبر من الشكل الخارجي وما هو من الشكل الموضوعي.

3 – الأخذ بقانون الإرادة بالنسبة للتصرفات الإرادية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة.[2]

غير أن التوسع في الاستثناءات السابقة على حساب المبدأ العام عند هذا الفقيه وهو شخصية القوانين قلل من أهمية ومجال تطبيقه، بحيث انحصر نطاق القاعدة الأصلية في الأحوال الشخصية.

والملاحظ على فقه مانشيني هو تأصيلي يرد العلاقات القانونية إلى مبدأ عام وهو مبدأ شخصية القوانين لتعميم تطبيق قانون الجنسية، وقرر في هذا المبدأ أنه يتعين في كافة مسائل تنازع القوانين الأخذ بقانون الجنسية التي يتبعها الشخص، فالجنسية حسب مانشيني هي أساس وجود الدولة وهي التي تحدد

لتحقيق الوحدة الايطالية واستقلالها عن الإمبراطورية النمساوية، أنظر في عرض آراء هذا الفقيه، **هشام صادق، حفيظة السيد الحداد**:مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.

(1) .لمزيد التفاصيل حول فقه المدرسة الايطالية والمبادئ التي أرستها، راجع **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري طبعة 2010 ص59 وما بعدها.

(2) .راجع : **أحمد عبد الكريم سلامة** : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 م، ص231 وما بعدها.

نطاق تطبيق قوانينها، ومن ثم فإنه يخلص إلى نتيجة مفادها أن سيادة الدولة على رعاياها أقوى من سيادتها على إقليمها وقال أيضا أن كل أمة يجب أن تكون لها دولة ، وليست الدولة إلا الأمة.[1]

واعتنق مانشيني مبدأ شخصية القوانين كقاعدة عامة، ومعنى ذلك أن القوانين التي أصدرتها الدولة التابع لها شخص معين يجب أن تحكم هذا الشخص في كل علاقاته القانونية أينما وجد، ومهما كان موضوع النزاع.[2]

غير أن مانشيني لم يأخذ بمبدأ شخصية القوانين على اطلاقه ، بل أورد عليه بعض الاستثناءات[3]وهي :

1. تطبيق القوانين المتعلقة بالنظام العام إقليميا بحيث تسري على الوطنيين والأجانب على حد سواء ولا تمتد إلى الخارج، فالدولة لا تعفي الأجانب من إتباع القواعد التي ترى في مخالفتها إضرارا بها حتى ولو كان العمل الذي قاموا به مباحا في قوانين دولهم.[4]

وتضم هذه الطائفة من القوانين ما يتعلق بالدستور، والقوانين الجنائية، وقوانين الملكية والمسؤولية التقصيرية، وتنفيذ الأحكام، والقوانين الجزائية، وكافة القوانين التي وضعها المشرع لحماية المصلحة العامة.

2. خضوع الالتزامات لقانون الإرادة (إرادة المتعاقدين) طبقا لمبدأ سلطان الإرادة Principe de l «autonomie» وفي هذه الحالة يجب ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق وقصدوا أن يحكموه فيما اتفقوا عليه ويصح أن يكون هذا القانون أجنبيا محضا، وحينها يستبعد القانون الشخصي بشرط ألا تتعارض إرادة المتعاقدين مع أحكام القواعد الآمرة في قانون دولة القاضي.[5]

3. خضوع الشكل لقانون محل الإبرام «locus régit Actum» أن القوانين التي تحكم الشكل الخارجي للتصرفات تسري بالنسبة للتصرفات التي وقعت في دائرتها حتى ولو كانت قوانين أجنبية، بل ولو كان هذا الشكل مخالفا لما هو مقرر في قانون الجنسية، وأساس العمل بهذا الاستثناء هو الاعتبارات العملية إذ يصعب على رعايا الدولة الموجودين في الخارج إتباع الشكل المقرر في قانون دولتهم.[6]

---

(1) . أنظر في هذا المعنى: **علي علي سليمان** : مرجع سابق، ص34 .

(2) . **جابر جاد عبد الرحمان**: تنازع القوانين، طبعة 1970 م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص100 .

(3) . à propos des exceptions à la compétence de la loi nationale Loussouarn et Bourel, op.cit, p90.

(4) . **عبد الحميد أبو هيف** : مرجع سابق ، ص246 .

(5) . **محمد شتا أبو السعد**: مرجع سابق، ص 62 .

(6) . la règle coutumière «LOCUS REGIT ACTUM» d' après laquelle la forme des actes est soumise à la loi des rédactions méritent d' être conservés pour les raisons d utilités pratiques Yvon Loussouarn et p, bourele, op , cit, p122 .

غير أن فقه مانشيني تعرض للنقد اللاذع، وأخذت على نظريته الكثير من المثالب مما أدى الى محدودية انتشارها وتقبلها من قبل النظم القانونية الحديثة كما سنرى في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: انتقادات مذهب الفقيه مانشيني

أخذ على الفقيه مانشيني في نظريته للتنازع الدولي من عدة أوجه نلخصها نلخصها في النقاط التالية:

1 – قيام نظريته على أساس خاطئ من الناحية السياسية وهو الخلط بين الدولة وبين الجنسية والقومية، ومن ثم فإن سلطان القانون إقليميا كقاعدة عامة ثم شخصيا أي ممتدا كاستثناء وليس العكس، لأن الدولة تباشر سيادتها على الإقليم ثم على الأشخاص المقيمين فيه.[1]

2 - غموض صياغة النظرية، إذ لا تحدد بدقة مجال تطبيق القانون الوطني والقانون المحلي وصياغتها في شكل قاعدة واستثناءات عليها، وإعمال الاستثناءات الوارد على القاعدة يفوق الأصل.

3 - صعوبة تطبيق نظرية مانشيني، ذلك أن القول بإسناد كل العلاقات القانونية إلى قانون جنسية الشخص إلا ما أستثني من هذه القاعدة من الصعب إعماله إذا كان أطراف العلاقة القانونية ينتمون إلى جنسيات متعددة أو لا جنسية لهم، فضلا عن ذلك فإن الأخذ بقانون الجنسية فيه عسر ومشقة على القضاة الذين يجهلون عادة القوانين الأجنبية.[2]

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت لفقه مانشيني فقد تأثر كثير من الفقهاء بمذهبه، كما تأثرت به بعض التشريعات بإسنادها الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية بدلا من قانون الموطن وكذلك بعض الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقيات لاهاي لسنوات 1896 – 1902 – 1905م، وكذلك تأثرت به القوانين العربية ومنها القانون المدني الجزائري.[3]

المطلب الثالث

مذهب الفقيه بييه (1857 – 1926م)

وللحديث عن نظرية الفقيه بييه كان ينبغي عرض مذهبه في تنازع القوانين لنصل إلى أهم الانتقادات التي صيغت حولها، وهذا في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: عرض مذهب الفقيه بييه.

(1) . **يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق،ص 539 .

(2) . **الطيب زروتي** : القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ، ص66 وما يليها.

(3) . أسند المشرع الجزائري مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية ضمن المواد من (10 – 16) من القانون المدني الجزائري.

تأثر الفقيه بييه بمذهب **مانشيني** في اعتناقه مبدأ الجنسيات وتأثر أيضا بفقه سافييني ذي الاتجاه العالمي وبآراء المدرسة الإيطالية القديمة، وعالج بييه مسائل تنازع القوانين في كتابه مبادئ القانون الدولي الخاص (1903م) من منظور القانون الدولي العام، واستخلص أن من مظاهر سيادة الدولة هو سيادة قانونها في العلاقات الداخلية وعلاقات الأفراد الدولية وبالتالي يكون التنازع بين القوانين بمثابة تنازع بين السيادات ويجب وضع الحدود الفاصلة حيث تنتهي سيادة الدولة وتبدأ سيادة الدول الأخرى، وبما أن القانون الدولي العام لا يتضمن قواعد واضحة في هذا الشأن ينبغي على الدول أن توفر الاحترام الأقصى للدول الأخرى وسيادتها باحترام قوانينها.[1]

ولاحظ الفقيه بييه أن كل قانون له خاصيتان،خاصية الديمومة أو الاستمرارpermanence وخاصية العمومية Généralité، فمعنى الخاصية الأولى هو امتداد سلطان القانون واستمراره وثباته فيما يخص الأشخاص والأموال التي تخضع له وقت صدوره إلى حين إلغائه، ومعنى الخاصية الثانية هو تطبيق القانون على الأشخاص والأموال بالإقليم من غير تمييز بين الوطنيين والأجانب.

إذن التمسك بهاتين الخاصيتين في العلاقات الدولية يستوجب أن يكون القانون ممتدا وإقليميا في الوقت نفسه، وهو ما يؤدي حتما إلى تعذر حل مشكل تنازع القوانين، وبالتالي نرجع إلى مبدأ الإقليمية المطلق مادام سلطان القانون الوطني يتوقف عند حدود سيادة الدولة[2]، ولكن حاجة المعاملات الدولية تقتضي حل هذه المعضلة لأن تطبيق القانون الأجنبي أمر لازم لا مفر منه في بعض الأحيان، ويكمن الحل في التضحية بإحدى الخاصيتين السابقتين والاحتفاظ بالأخرى عن طريق تقسيم القوانين إلى مجموعتين، مجموعة تضم القوانين المحافظة على ديمومتها وتسري على المواطنين ولو كانوا في الخارج، وهي تفقد عموميتها بحيث لا تطبق على الأجانب في إقليمها، وهذه هي طائفة القوانين الممتدة كالقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمجموعة الثانية تضم القوانين التي تحافظ على عموميتها وبالتالي تطبق على كل العلاقات التي تقع في إقليمها لو اشتملت على عنصر أجنبي، ولكن في المقابل تفقد ديمومتها بحيث لا تتبع وطنيي الدولة إلى الخارج وهذه هي القوانين الإقليمية كالقوانين المتعلقة بالأموال.[3]

يتبين مما سبق أن فقه بييه يتفق مع فقه سافييني في اعتماد الطريقة التحليلية لمعالجة تنازع القوانين، وفي نزعته العالمية الرامية لإيجاد حلول دولية لها، ونظرية بييه في احترام الحقوق المكتسبة تمثل نموذجا لهذه النزعة، ومؤدي هذه النظرية أن الحق إذا اكتسب في دولة اكتسابا صحيحا يجب الإقرار بوجوده واحترامه دوليا، وأن الحق المكتسب إما أن ينشأ ابتداء في دولة خاليا من العنصر الأجنبي ويراد التمسك به

(1) . أنظر بشيء من التوسع في فقه **بييه**: **زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص67 وما يليها.

(2) . **حسن الهداوي**: مرجع سابق، ص45.

(3) . يطلق بعض الفقهاء على نظرية الأستاذ **بييه** Billet نظرية أقل القوانين تضحية «Loi de moindre sacrifice» راجع **رياض محمد رياض عبد المنعم** : مرجع سابق، ص97 .

في دولة أخرى وحينئذ يكفي أن ينشأ صحيحا مستوفيا للشروط القانونية التي يتطلبها قانون الدولة التي نشأ فيها.[1]

ومثال ذلك أن يتمسك جزائري بزواجه المبرم في الجزائر مع جزائرية أمام محكمة أجنبية، فينشأ الحق المكتسب مشتملا على عنصر أجنبي وفقا للقانون المختص عند إنشائه ويراد التمسك بآثاره في دولة أخرى، وحينئذ يجب أن تنطبق عليه قواعد تنازع القوانين فيها، ويصرف النظر عن قواعد التنازع في الدولة الأولى ولكن لا يمنع من الاحتجاج بذات الحق في دولة ثالثة إذا نشأ موافقا لقواعد التنازع فيها.

ومثال ذلك أيضا أن يتمسك إسباني متوطن بإنجلترا أمام المحاكم الإنجليزية بالحق الناشئ عن حكم يقضي ببطلان الحجر عليه للسفه طبقا للقانون الإنجليزي، أو يتمسك بذلك أمام المحاكم الأمريكية لأن قاعدة الإسناد الأمريكية والإنجليزية واحدة في إسناد الأحوال الشخصية لقانون الموطن، بينما لا يستطيع التمسك ببطلان الحجر عليه أمام المحاكم الفرنسية أو الجزائرية لأن كلا القانونين الفرنسي والجزائري يسند الأهلية لقانون الجنسية وليس لقانون الموطن.[2]

غير أن قاعدة احترام الحق المكتسب دوليا قيدها الفقيه بييه بقيدين، الأول أنه لا يمكن الاحتجاج بحق مكتسب في إقليم دولة لا يعرف قانونها مثل هذا الحق، والثاني هو عدم جواز الاحتجاج به إذا كان مخالفا للنظام العام في الدولة التي يراد التمسك به فيها، ومثال ذلك عدم جواز الاحتجاج في بلد إسلامي بزواج تم في بلد غير إسلامي بين مسلمة وغير مسلم.[3]

الفرع الثاني: انتقادات مذهب الفقيه بييه

تعرضت نظرية الفقيه بييه للنقد وأهم الانتقادات تتمثل في:

أ – أن إضفاء صفتي العمومية والاستمرارية على القانون الداخلي قياسا على القانون الدولي هو قياس مع فارق واستنتاج غير صحيح لأن القانون الداخلي لا يمكن أن يتصف بالامتداد ولا بالإقليمية، فالمفروض أن القانون الداخلي يعمل به من يوم نشره إلى يوم إلغائه وينطبق على الكافة، خلافا لما هو مقرر في الحياة القانونية الدولية التي تقتضي توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول وتحديد مجال سريان قانون كل دولة.[4]

ب - غموض الوسيلة الفنية المستعملة لتحديد القانون المختص، فالوصول لتحديد القانون الذي له أكبر مصلحة في التطبيق على أساس الهدف الاجتماعي مسألة غامضة ومن الصعب القبول بأن قانونا ما

(1) .راجع الأستاذ:**عباس عبد الهادي**: السيادة وتنازع القوانين، مجلة المحاماة السورية لسنة 1989م، ص62،53.
(2) .**الطيب زروتي**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ن ص68 .
(3) .**حسن الهداوي**: مرجع سابق، ص47. **الطيب زروتي**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص69 .
(4) .**يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق،ص 541 و ما بعدها.

يهدف إلى حماية الأفراد وغيره إلى حماية المصلحة العامة، للقول بأنه ممتد أو إقليمي إذ أن كل القوانين غرضها هو حماية نظام الجماعة ولو تعلقت بصفة مباشرة بمصالح الأفراد، وعلى ذلك فإن نظرية الفقيه بييه لم تتوصل إلى حل المسائل المطروحة للمعالجة وإنما اقتصرت على عرضها في شكل جديد.[1]

المطلب الرابع
مذهب الفقيه إتيان بارتان ETIENNE BARTIN.(1860- 1948)

من أجل دراسة مذهب الفقيه إتيان بارتان سنخوض أولا في رؤيته لتنازع القوانين ومن ثم نحاول حصر خلاصة الانتقادات التي كشفت عن ثغراتها وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: رؤية الفقيه إتيان بارتان لتنازع القوانين

محور فقه بارتان في تنازع القوانين يتمثل في تحليل العلاقة القانونية وفق ما تقتضيه روح النظام القانوني الوطني، ووسيلته في ذلك هو تكييف العلاقات القانونية وردها إلى إحدى الطوائف القانونية في قانون القاضي لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

يرى الفقيه بارتان أن التكييف هو عملية ضرورية أولية سابقة على إسناد العلاقة القانونية إلى القانون المختص، وحسب وجهة نظره ينبغي أن يتم دائما طبقا لقانون القاضي.

تأثر بارتان بفقه سافييني في مسألتين: أولهما هي اعتماده على المنهج التحليلي للعلاقة القانونية وإن خالفه في نتيجة اعتماد هذا المنهج من حيث أن الفقيه سافييني يهدف من وراء تحليل العلاقة القانونية إلى تركيزها مكانيا لمنح الاختصاص لقانون مكان التركيز، بينما يقوم بارتان بهذا التحليل وفقا للقانون الداخلي (قانون القاضي) لمعرفة طبيعة النظام القانوني الذي تدخل فيه العلاقة محل النزاع ثم يقوم بإسنادها على هذا الأساس إلى القانون المختص، والمسألة الثانية التي تأثر فيها بارتان بفقه سافييني هي تبنيه لفكرة الاشتراك القانوني التي تؤدي إلى وحدة المفاهيم القانونية في الدول التي يضمها الاشتراك.[2]

فكان للفقيه بارتان فضل السبق في بلورة نظرية التكييف وإخضاعه لقانون القاضي كحل حاسم تتحدد بموجبه طوائف النظم القانونية حسب القانون الوطني وحده، ومن ثم جعل القانون الدولي الخاص وقواعده الإسنادية قانونا وطنيا، مع أن التنازع بين القوانين هو تنازع بين الاختصاصات التشريعية (بين

(1). **عزالدين عبد الله:** مرجع سابق،ص64 .

(2). **الطيب زروتي:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ن ص71، 72 .

السيادات) ويترتب عليه الفصل فيه بمنظور دولي وليس وطني، ولذلك انتقد فقه بارتان من عدة زوايا كما سنرى في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: انتقادات مذهب الفقيه إتيان بارتان

يؤخذ على فقه بارتان تجاهله لواقع المعاملات الدولية وازدهارها بين أنظمة قانونية لا يجمعها اشتراك قانوني، وتؤخذ على نظريته خلوها من الدور التوفيقي الذي كان يجب على قواعد التنازع أن تضطلع به لاستقرار الأوضاع القانونية وتسهيل العلاقات الدولية ومن ثم ضمان حماية الحقوق في نطاق القانون الدولي الخاص في عالم يعج بالحركة والعلاقات الدولية الخاصة التي تتجاوز الحدود الإقليمية للدول.[1]

يضيف أنصار المدرسة الفرنسية الحديثة التي تستند إلى طبيعة القواعد الاجتماعية والهدف منها وتتبناها كأساس لحل تنازع القوانين ومن بينهم الفقيه بارتان بأن الجهة القضائية المرفوع أمامها النزاع يلزمها لحل هذا النزاع أن تمر بمرحلتين، المرحلة الأولى تقوم فيها بعملية تكييف العلاقة القانونية بالاعتماد المطلق على قانون القاضي، والمرحلة الثانية تقوم فيها بعملية الإسناد أي اختيار وتفضيل أحد القوانين المتنازعة إذا ما تظهر أكثر ملاءمة والهدف الاجتماعي الذي استخلصته المحكمة.[2]

وتوصل بارتان بطريقته التحليلية إلى تشييد نظريته الشهيرة المعروفة بـ: "نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص" سنة 1889م، هذه النظرية التي يرجع الفضل في إرسائها وانتشارها، ونالت إعجاب الفقهاء والمشرعين في مختلف أنحاء العالم إلى مجهودات هذا الفقيه ويضيف بأن روح النظم القانونية في العالم المتمدن واحدة.[3]

وبالرغم من تأثر الفقيه بارتان إلى حد كبير بفقه سافييني فيما يتعلق بالاشتراك القانوني وعدم تطبيق القوانين الأجنبية إذا خالفت روحها النظم القانونية في دولة القاضي.[4]

وبالرغم من أن نظرية التكييف التي وضعها الفقيه بارتان فإن إعمال هذه النظرية من الناحية العملية حسب وجهة نظره تستوجب تقسيم المؤسسة القانونية أو الأصناف القانونية إلى أربع أصناف وخص كل منها بقانون معين يحكمها وهي:

---

(1) . أنظر جملة الانتقادات الموجهة للفقيه **بارتان** التي قال بها كل من الفقيه **بيجو نيير:** القانون الدولي الخاص، طبعة 1962م بند 2228، والتي قال بها الفقيه باتيفول: مرجع سابق، بند 241.

(2) . أنظر **حسن الهداوي**: مرجع سابق، ص46 .

(3) . **جابر جاد عبد الرحمن** : مرجع سابق، ص 192.

(4) . يرى الفقيه **بارتان** أن أساس تطبيق القانون الأجنبي ليس التزاما قانونيا يفرضه القانون الدولي العام كما ادعى الفقيه بييه، وليس هو فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء المدرسة الهولندية، ولكنه التزام أشبه بالالتزام الطبيعي في القانون المدني تؤديه الدولة طواعية من تلقاء نفسها. أنظر في ذلك: **كمال محمد فهمي**: مرجع سابق، ص391 .

١ ـ المسائل ذات الصلة بتكوين الأسرة وحماية الأفراد تخضع لقانون الجنسية.
٢ ـ المسائل المتعلقة بالأموال ويطبق عليها قانون موقع المال (عقارا أو منقولا)
٣ ـ المسائل الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية وكذا أشكال التصرفات تخضع لقانون محل إبرامها.
٤ ـ المسائل المتعلقة بالالتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة.[1]

المطلب الخامس

مذهب الفقيه نيبو ابيه NEBOYET

ومن بين الذين خاضوا في التنظير الفقهي لفكرة تنازع القوانين نجد الفقيه نيبوابيه، لكنه هو أيضا تعرض للنقد رغم رؤيته العالمية مثلما سيتضح لنا في تحليلنا لمذهبه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: فكرة تنازع القو انين لدى الفقيه نيبو ابيه

حسب فقه نيبوابيه أن تنازع القوانين يجب أن يخضع دائما لاعتبار سياسي يتمثل في مصلحة الدولة، ويجب أن تفيض قواعده من فكرة وطنية تتخير الحلول المناسبة للدولة، بحيث يؤخذ من قواعد التنازع ما يتفق ومصالحها، وأن تصاغ قواعد التنازع بطريقة تأصيلية انطلاقا من القاعدة العامة وهي مبدأ إقليمية القوانين.

وحجة الفقيه نيبوابيه هو أن مبدأ إقليمية القوانين هو الأساس الضروري للقانون الدولي الخاص وينبغي ربط النظم القانونية بإقليم معين، والقانون الإقليمي هو الأنسب في هذا الشأن ويترتب على ذلك أن يطبق القانون الإقليمي بالأولوية عن غيره من القوانين الأخرى على كافة الوقائع داخل مجال سيادة الدولة، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا حالة الشخص وأهليته التي يجب إسنادهما إلى القانون الشخصي الذي هو ممتد تأسيسا على اعتبارات تاريخية وواقعية.[2]

وبذلك يكون الفقيه نيبوابيه أسند مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية وجعل الأخذ بل والرجوع إلى مبدأ الإقليمية بطريقة تأصيلية متجها بذلك لإيجاد حلول عالمية لتنازع القوانين.[3]

الفرع الثاني: تقييم مذهب الفقيه نيبو ابيه

(1) . **يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق،ص 542.
(2) . **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص72،73 .
(3) . **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010، مرجع سابق، ص72 .

ومرد تأثر الفقيه نيبوابيه بمبدأ إقليمية القوانين لاعتبارات سياسية تخص حالة فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى، عندما أصبحت دولة مستوردة للسكان فكثرت هجرة الأجانب إليها فبدا له أن أفضل وسيلة لاندماجهم في المجتمع الفرنسي هي تطبيق القوانين الفرنسية عليهم تأسيسا على مبدأ الإقليمية، وعليه فإن نيبوابيه غلب المصلحة الوطنية على الاعتبارات الدولية في حلول تنازع القوانين[1]، وهذه الأفكار إن دلت على شيء إنما تدل على تعصب قانوني يرمي إلى التضييق والتقليل من إمكانية تطبيق القانون الأجنبي.

الخلاصة: تلك هي التيارات الفقهية السائدة في تنازع القوانين خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، ويمثل في العصر الحالي تطور قواعد التنازع تيار الوطنية الذي تغلب على النزعة العالمية وتجسدت معالمه في مختلف الحلول المقررة في الأنظمة القانونية الكبرى في العالم، حيث أصبحت قواعد التنازع تدرس دراسة وطنية بعد انتشار حركة التقنين ووسيلة لتخريج الحلول المناسبة للمصالح الوطنية .

كما أن الفقه والقضاء يميلان إلى التضييق من مجالات امتداد القوانين وإحلال ضابط الموطن في الأحوال الشخصية محل ضابط الجنسية ولكن إلى جانب هذا التيار الغالب هناك من الفقهاء المعاصرين من تجاوزت أبحاثهم النظرة الإقليمية الضيقة ورأوا أن تنازع القوانين يهم أيضا النظام الدولي والمصالح الدولية وأن توسيع مجال سيادة الدولة في الاختصاص التشريعي يمس الاختصاص التشريعي للدول الأخرى، لذلك يجب الأخذ في الاعتبار مصلحة العلاقات الدولية الخاصة والتوفيق بينها وبين مصلحة الدولة وإجراء توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا عن طريق تركيز العلاقات القانونية تركيزا مكانيا.[2]

كما أن نشاط التشريع والتدوين في مسائل تنازع القوانين منذ أواخر القرن التاسع عشر كان له أثره في انتقال عمل الفقهاء من بناء النظريات في سبيل حلول عادلة إلى ميدان دراسة بعض نصوص التشريع والعمل على توضيح ما بها من غموض وإكمال ما بها من نقص على ضوء تطبيقها في الواقع من طرف الجهات القضائية المختلفة.[3]

(1) .راجع في ذلك: **عز الدين عبد الله:** مرجع سابق، ص64. وأيضا باتيفول: مرجع سابق، طبعة 1967، بند 236.

(2) .راجع في ذلك: **العميد هنري باتيفول:** مؤلفه القانون الدولي الخاص، طبعة1967، مرجع سابق، بند 264 وما يليه وكذلك مؤلفه تنازع القوانين في العقود، طبعة 1938 وأيضا مؤلف الفقيه **ليروبور بيجونيير:** القانون الدولي الخاص، طبعة 1962 بند 299.

(3) . تكمن أهمية دراسة النصوص القانونية والوقوف عند أحكام وقرارات الجهات القانونية في أنها تظهر مدى تطور الصياغات والنصوص التشريعية بالمقارنة مع النظرية العامة الدولية لتنازع القوانين، فصورة تنازع القوانين اليوم أصبحت "نتاج فقه دولي وقانون وضعي" يزيد في اغناء هذه المادة القانونية.

الفصـــــل الرابع
طريقة إعمال قواعــد الإسنــاد

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بتحديدها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات.[1]

عندما يريد القاضي أن يطبق قواعد الإسناد في قانونه تعترضه جملة من الصعوبات مرجعها وجود مسائل أولية من الضروري الحسم فيها بمنظور قانوني معين قبل التطرق إلى التقنية القانونية المعمول بها للفصل في النزاع من ناحية الموضوع، ومرجع هذه الصعوبات هو اختلاف النظم القانونية من بلد لآخر، فقواعد الإسناد وإن كانت تتضمن جملة من طوائف النظم القانونية تتمثل في الأشخاص والأموال والوقائع والتصرفات القانونية، ولكن الحلول المقررة تتوقف على مضمون قاعدة الإسناد وطريقة الإسناد وزمان ومكان تحديدها وهي المسائل المختلف فيها بين النظم القانونية.[2]

بالنسبة لمضمون قاعدة الإسناد تثور مشكلة التكييف، مثلا الميراث في البلدان الإسلامية يدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية ويخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، بينما يعتبر في النظم الغربية من الأحوال العينية ويخضع لقانون موقعه إذا كان عقارا، ولقانون موطن الهالك إن كان منقولا في بعض الأنظمة أو لقانون موقع تواجده في أنظمة أخرى، كما أن نظام الوقف (الحبس) في الشريعة الإسلامية وغير المعروف في الأنظمة الغربية والعكس بالنسبة لنظام الانفصال الجسماني المقرر في النظم الغربية[3] وغير موجود في الشريعة الإسلامية، إذن في مثل هذه الأمثلة يجب على القاضي أن يحدد طبيعة المسألة محل النزاع ويضعها في طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانونه بصفة أولية قبل إسنادها إلى القانون المختص.

أما بالنسبة لطريقة الإسناد تثور مشكلة الإحالة لأن ضوابط الإسناد ليست دائما واحدة، فالأحوال الشخصية مثلا يتنازع حكمها قانونان، قانون الجنسية وقانون الموطن، ومثالها إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فطبقا لقاعدة التنازع الجزائرية يطبق على النزاع القانون الإنجليزي الذي هو قانون جنسية الشخص، بينما قانون جنسيته يقضي بتطبيق قانون الموطن أي القانون الفرنسي، فهل القاضي الجزائري يأتمر فقط بالحل الذي يقرره القانون الجزائري فيطبق مباشرة

(1) . راجع **أحمد عبد الكريم سلامة:** الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، جامعة الملك سعود، سنة 1418 هـ ص526. وراجع في تحليل قواعد التنازع مؤلفه نظام العقد الدولي، مرجع سابق، ص288.

(2) . انظر في جملة الصعوبات التي تعترض القاضي عند إعمال فواعد الإسناد في قانونه: **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص 93 ، 94 ، وأيضا **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 98 ،99 .

(3) . أدخل المشرع الجزائري نظام الانفصال الجسماني وخصه بقاعدة إسناد وذلك بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005م، إذ تنص المادة (2/12) من القانون المدني "..... ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، أم يطبق ما تقضي به قاعدة التنازع الإنجليزية باعتبار القانون الإنجليزي المختص كل لا يتجزأ.[1]

بالإضافة إلى ذلك قد تخضع العلاقات القانونية محل النزاع لنظامين قانونيين مختلفين في وقت واحد، أو بتأثير عنصري الزمان والمكان عليها في وقت نشؤها ووقت المنازعة فيها ومثالها أن شخصا تملك منقولا طبقا لقانون بلد يجيز ذلك، ثم انتقل هذا المنقول لبلد آخر يشترط قانونه الحيازة في تملك المنقول، في هذا المثال يوجد تنازع مكاني بين القوانين لحكم هذه العلاقة لاشتمالها على عنصر أجنبي عند إنشائها وتنازع زماني بسبب تعاقب قانونين لحكمها في الوقت الذي مـر بين إنشائها والتمسـك بهـا أو المنازعة فيها، فهل القاضي الجزائري عندما يفسر المادة (17) من القانون المدني يأخذ في الاعتبار تعاقب عنصري الزمان والمكان على هذه العلاقة القانونية؟.[2]

يبدو أن الحلول مختلفة من نظام قانوني لآخر، وهي تتوقف على كيفية تفسير قاعدة التنازع الوطنية من حيث مضمونها وطريقة إسنادها مع الأخذ بالحلول المقررة في النظم القانونية الأخرى والتنسيق بينها للوصول إلى حلول متكاملة ومرضية وتلافي الحلول التحكيمية التي يغلب عليها الطابع الارتجالي.

وعلى هذا الأساس يلاحظ أن طريقة إعمال قواعد الإسناد تثير ثلاث مسائل منهجية أولية هي التكييف والإحالة والتنازع المتحرك، والحسم فيها خاضع لطريقة التفسير المعتمدة في قانون القاضي المطروح أمامه النزاع ومن قبل هذا القاضي.

ولكن قبل التطرق لطريقة إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي لابد من الوقوف على دراسة قاعدة الإسناد قبل تطبيقها من طرف القاضي المطروح أمامه النزاع.

المبحث الأول
مفهـوم قـاعدة الإسنـاد

تعتبر قواعد الإسناد أو ما يسمى بقواعد "تنازع القوانين" الوسيلة الفنية الغالبة والمألوفة في العصر الحديث لحل مشكلة تنازع القوانين، فهي القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي.

(1) .تنص المادة(1/10) من القانون المدني على " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..."

(2) . ارتبطت قواعد الإسناد بعلم تنازع القوانين بصلة وثيقة إلى الحد الذي استعمل فيه المصطلحان كمترادفين، إذ يستعمل الفقه اصطلاح تنازع القوانين للإشارة إلى قواعد الإسناد. راجع في ذلك **إبراهيم أحمد إبراهيم**: مرجع سابق، ص29.

وعلى هذا النحو تعتبر قواعد الإسناد الوسيلة الفضلى التي يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية وأكثرها تحقيقا للعدالة[1].

قواعد الإسناد تؤسس منهاجا خاصا هو منهج الإسناد وتنظم جزءا هاما من مجالات القانون الدولي الخاص، وتتمثل في نظرية التنازع الدولي للقوانين، وهذه الطائفة من القواعد القانونية تمتاز بكونها خاصة بحل التنازع الدولي بطريقة فنية معينة، مما أصبغ عليها خصائص ذاتية مقارنة بقواعد القانون الداخلي الموضوعية.[2]

المطلب الأول
تعريف قاعدة الإسناد

بما أن قاعدة الإسناد تضطلع بالدور الأساسي العام لحل مشكل تنازع القوانين فهي تحدد القانون الأنسب بحكم العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي والتي يتزاحم على حكمها قانونين فما أكثر، ولهذا فإن فقهاء القانون الدولي الخاص يعرفون قاعدة الإسناد بتعريفات متشابهة.

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة قانونية فنية تنظم العلاقات الدولية الخاصة عند اشتمالها لعنصر أجنبي وذلك بتحديدها للقانون الواجب التطبيق على منازعات تلك العلاقات القانونية.[3]

وتعرف قاعدة التنازع بأنها القاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، أي أنها قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيها.[4]

ويعرف بعض الفقه قاعدة التنازع بأنها قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني، تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو النظم السياسية.[5]

ويعرفها آخرون بأن قواعد الإسناد هي قواعد قانونية بحتة يضعها المشرع في دولة معينة بما له من سلطة التشريع للتعريف بواسطتها على الأحكام الموضوعية التي ستنطبق من حيث النهاية على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.[6]

---

(1). **سعيد يوسف البستاني:** مرجع سابق، ص577.

(2). **زروتي الطيب:**القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص90 ،91.

(3). **أحمد عبد الكريم سلامة:** نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة،1998م، ص288. وأنظر أيضا: **الطيب زروتي**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص91.

(4). أنظر **هشام علي صادق:** تنازع القوانين الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1972م، ص5.

(5). **جابر جاد عبد الرحمان:** تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،1969م، ص199.

(6). **ماجد الحلواني:** القانون الدولي الخاص في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1973م، ص191.

هذه هي معظم التعريفات الفقهية لقواعد الإسناد التي تبرز الخصائص الفنية لقاعدة الإسناد ووظيفتها التنظيمية للعلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وتلك القاعدة وإن اتفقت معها قواعد القانون الأخرى فإنها تتمتع بصفاتها وخصائصها من حيث كونها عامة ومجردة وتهدف لتنظيم مراكز قانونية معينة وصادرة عن سلطة عامة، ومع ذلك فقد اختلف الفقه في طبيعتها القانونية بسبب وظيفتها الإرشادية والتوجيهية لحل التنازع دون إيجاد الحل الموضوعي له وكذا طريقة إعمالها.[1]

والملاحظ على التعريفات السابقة أنها لم تكن تعريفات شاملة وجامعة أي تتضمن جميع العناصر المهمة لهذه القواعد، وعليه يمكن إعطاء تعريف قانوني يبرز العناصر المهمة في هذه القواعد فـ: " قواعد الإسنـــاد هي القواعد القانونية الوطنية المصـــدر أو الدولية أحيانا التي من خلال إعمالها يسترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة ويختار أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية الخاصة الدولية المشتملة على عنصر أجنبي بما يحقق مصالح الدولة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية". وبالرجوع إلى النظم القانونية المختلفة نجد أن هناك قواعد خاصة بالإسناد قد تكون مكتوبة أو عرفية، أو تتضمنها قوانين مدنية أو غيرها من القوانين ذات الصلة[2]وقد تكون صادرة بشكل تقنين أو قانون مستقل[3]، أو تتضمنها اتفاقية دولية وتسمى حينئذ بالقواعد الاتفاقية.[4]

المطلب الثاني
أهميـــة قـــاعدة الإسنـــاد

تستمد قواعد الإسناد أهميتها البالغة نتيجة ارتباطها بعلم قواعد تنازع القوانين ارتباطا وثيقا ويستعملان كمصطلحين مترادفين، إذ أن فقهاء القانون الدولي الخاص يستعملون تنازع القوانين للدلالة على قواعد الإسناد التي يسميها البعض الآخر ـ قواعد التنازع ـ والحاجة إلى قواعد الإسناد تجد تبريرها في الطبيعة الخاصة للمنازعات في العلاقات القانونية التي يشملها القانون الدولي الخاص واتصالها بأكثر من نظام قانوني مما يتطلب الأمر البحث عن القانون الأنسب والأكثر ملاءمة من بين القوانين المتنازعة.[5]

تبدو أهمية قاعدة الإسناد من خلال النقاط التالية:

(1). **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص91.

(2). كما هو في القانون المدني الجزائري لسنة 1975م، والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي.

(3) . كما هو في القانون عدد 97 لسنة 1998م، المؤرخ في27 نوفمبر 1998 م يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والقانون المدني السويسري لسنة 1979م، أنظر أكثر تفصيلا في هذه المسألة: **عوض الله شيبه الحمد السيد:** الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997م، ص333.

(4) . بمعنى الاتفاق عليها في اتفاقية دولية ومثالها، اتفاقية جينيف لعام 1930م المتعلقة بتنازع القوانين بشأن الكمبيالة والسند الاذني، واتفاقية روما لعام 1980م الخاصة بالبيوع الدولية، واتفاقية نيويورك لعام 1958م الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي وغيرها.

(5). **إبراهيم أحمد إبراهيم:** القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين- دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص153.

أولا: أن قواعد الإسناد تضع المنازعات ذات الطابع الدولي في نظام قانوني معين وبالتالي تخضع المنازعة لقانونه باعتباره أقوى صلة بالعلاقة من بقية القوانين الأخرى، وهو الدور الرئيسي لقواعد الإسناد في مجال العلاقات التقليدية للقانون الدولي الخاص.[1]

ثانيا: تبدو أهمية قاعدة الإسناد في مجال العلاقات المستحدثة في نطاق القانون الدولي الخاص حيث يتعامل اليوم ملايين البشر والأشخاص عبر العالم من خلال خدمة الانترنت وبالتالي هناك إمكانية كبيرة لنشوء المنازعات بين المتعاملين في هذا العالم الافتراضي الذي هو عبارة عن "بيئة جديدة إنسانية وتكنولوجية أنشئت من قبل أشخاص ينتمون لدول مختلفة الثقافات واللغات".[2]

وفي ظل هذا التشابك والتعقيد فإن كل دولة ترغب في تطبيق قانونها لذلك أصبح من الضروري البحث عن بديل توفيقي يرعى المصالح المتعارضة للأطراف، ويتمثل هذا البديل في الاعتماد على ضوابط موضوعية بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثم ظهر منهج تنازع القوانين الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بالاعتماد على توظيف أسس – معايير– موضوعية تعمل على إسناد العلاقة القانونية إلى النظام القانوني المناسب بما يحقق التنسيق بين قوانين الدول المتصلة بالعلاقة القانونية.[3]

ثالثا: إيجاد قواعد إسناد متطورة تساعد على التنمية الاقتصادية للدول المتعاقدة بمساعدة رأس المال والتكنولوجيا المتقدمة أو المواد الأولية التي يملكها الأجنبي، الذي يكون دائما حريصا على ضمان مستقبل استثماره بالاتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية التي تكفل له أكبر قدر من المزايا والخصائص، ويوفر الحماية الكافية للمشروع الاستثماري، وأن ذلك يتم بإيجاد نظام قانوني ما عن طريق قواعد إسناد تلقى القبول من الدول والمستثمر الأجنبي باعتبار القواعد الملائمة والعادلة للفصل في المنازعات التي قد تنشب من الأطراف المتعاقدة.[4]

رابعا: أهمية قواعد الإسناد الدولية المصدر حيث أن الثابت في الفن القانوني أن الاتفاقيات الدولية تعد أداة مهمة وفعالة في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول الأطراف فيها، وهي بذلك تحد –تقلل- من ظاهرة تنازع القوانين، والقواعد الموضوعية الاتفاقية كثيرة في الواقع العملي ومنها على سيبل المثال، اتفاقية فيينا المبرمة في 11 أفريل 1980م حول البيع الدولي للبضائع، واتفاقية مجلس أوروبا لسنة 1981م حول حماية الأشخاص في المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي، وإلى القانون النمطي الذي

(1) . **عوض الله شيبه الحمد السيد:** مرجع سابق، ص333.

(2) . العالم الافتراضي كما يعرفه الفقه: "هو العالم الذي يتم فيه التفاعل بين الكيانات الإلكترونية"، أنظر في تفصيل ذلك: **عادل أبو هشيمة محمود حوته:** عقود خدمات العقود الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص56.

(3) . **أحمد عبد الكريم سلامة:** القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص35.

(4) . **صلاح الدين جمال الدين محمد:** نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص5 وما بعدها.

وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة لسنة 1996م الخاص بالتجارة الإلكترونية وغيرها من الاتفاقيات التي تعالج العلاقات الدولية الخاصة عند اشتمالها على العنصر الأجنبي.

وخلاصة أهمية قاعدة الإسناد تبدو من ناحيتين: الأولى أن قاعدة الإسناد تتميز عن سائر قواعد العلاقات الخاصة الدولية، أو القانون الدولي الخاص، حيث يظهر الطابع الفني لمضمونها المتمثل في أنها أداة instrumentum للاختيار بين القوانين المتزاحمة، أي لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع، بل ترشد القاضي إلى القانون الذي يلتمس فيه الحل، الناحية الثانية، أن تعريف قاعدة الإسناد على أنها شكلية وإرشادية ولا تقدم الحل الموضوعي يجعلها كمنهج لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، ويميزها عن قواعد المناهج الأخرى التي ظهرت على ساحة ذلك التنظيم.[1]

المطلب الثالث
عناصر قـاعدة الإسنـــاد

لا تختلف قاعدة الإسناد من زاوية تحليلها الهيكلي عن أية قاعدة قانونية أخرى مستخدمة في نطاق القانون عموما وقواعد القانون الدولي الخاص خصوص، والثابت أن أية قاعدة قانونية تتحلل إلى ركنين أساسيين هما: ركن الافتراض وركن الأثر القانوني المترتب على تحقيق هذا الافتراض من جهة ثانية[2]، وقاعدة الإسناد لا تشذ على هذه المسلمة وتتحلل بدورها إلى ركنين، فالركن الخاص بالافتراض القانوني يتجزأ من أجل تحقيق الأثر المترتب عليه وهو تعيين القانون المختص الواجب التطبيق إلى عنصرين: ضابط الإسناد من جهة، والفكرة المسندة من جهة أخرى.[3]

إذا كان ما سبق يتعلق بالسمات العامة لتحليل أو تركيبة قاعدة الإسناد، فإن هناك عناصر تتميز بها هذه القواعد تختلف من حيث الطبيعة والتركيبة على سائر القواعد القانونية مما يدعونا إلى أن نتعرض لدراسة أركان أو عناصر قاعدة التنازع بما يبرز السمات الرئيسية لتركيبة هذه القواعد[4]، حيث أنها تشير إلى قانون معين ليحكم موضوعا معينا وذلك بناء على ضابط الإسناد.

(1). **أحمد عبد الكريم سلامة:** تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون لسنة 1995م، ص98،99.

(2). أنظر في ذلك:

- Pierre Mayer : La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Paris, Dalloz, 1973, p42.

(3). لتوضيح هذه الفكرة، نفترض على سبيل المثال أن قاعدة الإسناد الواردة في المادة (11) من القانون المدني الجزائري والتي تنص "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" فهذه القاعدة يمكن تقسيمها إلى ركنين: الركن الأول: وهو ركن الافتراض، أو الفرض الذي تتعلق به القاعدة، وهو ينقسم بدوره إلى عنصرين: الأول خاص بالفكرة المسندة المنصبة على الشروط الموضوعية الخاصة للزواج، والعنصر الثاني: هو ضابط الإسناد وهو قانون جنسية كل من الزوجين أما الركن الثاني الذي تتكون منه هذه القاعدة فهو الأثر المترتب على تحقيق عنصر الافتراض ومؤداه تعيين القانون المختص. أنظر: **حفيظة السيد الحداد:** القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص25،26.

(4). **إبراهيم أحمد إبراهيم:** مرجع سابق، ص153. وأنظر كذلك:

- Henri Batifole : Réflexions sur une préface choix d'articles, 1976, p138.

تنقسم قاعدة الإسناد إلى ثلاثة أركان أو عناصر أساسية، الركن الأول يتعلق بالفكرة المسندة، أما الركن الثاني فهو يتعلق بضابط الإسناد، في حين الركن الثالث يخص القانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول: الفكرة المسندة "موضوع قاعدة الإسناد".La notion rattachée

لما كانت العلاقات والمراكز القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا لا يمكن حصرها وتحديدها فقد تكفلت قواعد الإسناد بتصنيف هذه العلاقات والمراكز القانونية إلى فئات مختلفة تسمى كل منها بالفكرة المسندة، وتتضمن كل فيئه أو فكرة مسنـدة المـــراكز أو العلاقات المتقاربة أو المتشابهة، ويضع المشرع لكل فكرة أو فيئه من المراكز المتجانسة ضابطا خاصا يسندها إلى قانون معين.

قد تنظم الفكرة المسندة مسألة –موضوع- قانونية واحدة ومثالها إخضاع العقار لقانون موقعه، أو أكثر من مسألة قانونية لها قاعدة إسناد واحدة مثل إخضاع الحالة والأهلية لقانون الجنسية[1]، فإذا طرح أمام القضاء نزاع معين يتعلق بمركز معين يتضمن عنصرا أجنبيا، فعلى القاضي أن يقوم بوصف هذا المركز وتحديد طبيعته تمهيدا لإدراجه في الفكرة المسندة الملاءمة وهو ما يتم عن طريق عملية التكييف ، وإذا ما تم له ذلك تيسر له تبعا الكشف عن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة عن طريق ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن العلاقة القانونية موضوع النزاع أي المسألة المتنازع عليها.[2]

الفرع الثاني: ضابط الإسناد "أداة الإسناد أو عنصر الإشارة"

ضابط الإسناد هو العنصر الثاني من عناصر قاعدة الإسناد، فهو المرشد أو المعيار المختار الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني، فهو يمثل نقطة الارتكاز التي تسهل الطريق إلى تحديد القانون الذي ينطبق على العلاقات القانونية، ويستمد ضابط الإسناد من عناصر العلاقة القانونية (كطرفيها أو أحد أطرافها، أو محلها أو سببها) مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العلاقة القانونية ذاتها، بينما يعرفه جانب من الفقه بأنه المعيار الذي يختاره المشرع الوطني للربط بين الفكرة المسندة والقانون الواجب التطبيق.[3]

(1) . **سعيد يوسف البستاني:** مرجع سابق، ص580.

(2) . **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص: مرجع سابق، ص27.

(3) . يراد من ملاحظة أن البعض يسمي ضوابط الإسناد بظروف الإسناد على أساس أن ضوابط الإسناد تتوقف على الظروف الخاصة بالشخص أو الشيء أو الواقعة، والحقيقة أن ضوابط الإسناد تكون ثابتة ولا تتغير بتغير الظروف، وإنما القانون الواجب التطبيق هو الذي يتغير بتغير الظروف حتى مع تطبيق نفس القاعدة القانونية التي تأخذ بنفس الضابط. أكثر تفصيل في هذه المسألة أنظر: **سامي بديع منصور:** الوسيط في القانون الدولي الخاص وحلول المنازعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994م، ص287.

ويمكن تعريف ضابط الإسناد بأنه "المعيار المختار من قبل المشرع الوطني والذي يعتبر مركز الثقل في العلاقة القانونية يهتدي من خلاله إلى تحديد تقريبي للقانون المختص وهو نقطة الارتكاز التي تربط بين العلاقة وبين أكثر النظم القانونية اتصالا بها".

تتعدد ضوابط الإسناد في النظرية العامة لتنازع القوانين ارتباطا بتعدد المسائل والحالات القانونية التي تنظمها، وتزداد صور هذا التعدد وطبيعة المعايير بالاستناد إلى الصياغات التشريعية في القوانين الوضعية وما تحمله من خصوصية وتحديث مضاف على الضوابط الجامدة.[1]

فقد يكون ضابط الإسناد ضابطا بسيطا، وفيه تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد ومثال ذلك ما ورد في المادة (1/10) من القانون المدني من أن الحالة المدنية والأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أو المادة (1/12) التي تنص: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج... ".[2]

ضابط الإسناد ليس دائما على صورة واحدة، فقد يكون مركبا وفيه يضمن المشرع قاعدة الإسناد أكثر من ضابط وغرض المشرع من هذا التعدد هو التسهيل على أطراف العلاقة القانونية فرصة لاختيار القانون الملائم ويكون تطبيق إحدى هذه القوانين تطبيقا اختياريا ويأخذ ضابط الإسناد المركب الصور الآتية:

أ – الإسناد الموزع: أحيانا تتضمن قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد، إلا أن هذا الضابط يشير إلى اختصاص أكثر من قانون، والمثال على ذلك ما نصت عليه المادة (11) من القانون المدني بخصوص الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج والتي يسري عليها قانون جنسية كل من الزوجين.

فعلى الرغم من أن هذه القاعدة تتضمن ضابط إسناد واحد وهو ضابط الجنسية بالنسبة لكل من الزوجين، إلا أنه في ذات الوقت ضابط مركب حيث أن إعمال هذا الضابط قد يؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين في حالة اختلاف جنسية الزوج عن الزوجة.[3]

(1) . فيما يخص الضوابط الجامدة العامة، يبرز مثال قاعدة الإسناد المعمول بها في معظم التشريعات العربية، وفي القانون المقارن وهي من الإلتزامات العقدية تخضع شكلا وموضوعا ـ لقانون الإرادة ـ وهي بذلك لا تفرق بين عقد العمل على أهميته وتعدد جوانبه وبين عقد بيع أي منقول في صوره المتعددة، ولأن هذه القاعدة تبدو غير ملاءمة لحكم بعض العقود يتدخل المشرع للحد من هذا الجمود والعمومية، فيسن قاعدة إضافية خاصة بعقد العمل مع فرضيات تطبيق أكثر من قانون عليه، كأن يكون قانون مكان إنشائه أو قانون مكان تنفيذه وهكذا... أنظر: **يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص584.

(2) . بالنسبة لقاعدة الإسناد الاتفاقية ما تنص عليه المادة (83) من اتفاقية روما الخاصة بالمنافسة غير المشروعة والتي تنص "لا تطبق نصوص المواد (86،87) من القانون الأوروبي إذا رتبت الأفعال غير المشروعة آثارها داخل السوق الأوروبي، ومعنى هذا أن تلك الآثار يجب أن تقع في داخل إحدى الدول الأعضاء في المحاكم الأوروبية. أنظر في ذلك: **أشرف وفاء محمد:** المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000م، ص66.

(3) . **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص: مرجع سابق، ص28.

ب - الإسناد التخييري: أحيانا يقوم المشرع بصياغة ضابط الإسناد بشكل خاص تتعدد فيه ضوابط الإسناد بطريقة تؤدي إلى صحة العلاقة أو المركز القانوني الوارد في الفكرة المسندة إذا تمت هذه العلاقة وفقا لأي ضابط من ضوابط الإسناد الواردة في هذه قاعدة التنازع، وقواعد الإسناد التي تتضمن ضوابط إسناد تخييرية كثيرة ومثالها الإسناد الوارد في المادة (19) من القانون المدني والخاصة بصحة التصرفات القانونية من حيث الشكل. إذ تنص "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".[1]

إذا كانت ضوابط الإسناد التخييرية تتسم بالمساواة فيما بينها فإنه في حالات أخرى تتم صياغة ضوابط الإسناد التخييرية بشكل تدرجي بحيث يطبق أولا ضابط الإسناد الرئيسي فإذا لم يتحقق هذا الضابط تم الالتجاء إلى الضوابط الاحتياطية الواردة بذات قاعدة التنازع.

وأبرز قواعد الإسناد التي أشارت إلى هذا المعنى ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (18) من القانون المدني بنصها "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"، ففي هذه الحالة يعد ضابط الإرادة والقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين ضابط رئيسي ينبغي مراعاته أولا، وفي حالة عدم إمكانية إعمال هذا الضابط الرئيسي يتم الالتجاء إلى بقية الضوابط الاحتياطية بصورة تدريجية وهي ضابط قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، ثم ضابط محل إبرام العقد.[2]

الفرع الثالث: القانون المسند إليه

وهو العنصر الثالث من عناصر قاعدة الإسناد، والقانون المسند إليه أو القانون الواجب التطبيق هو الذي تسند إليه قاعدة الإسناد حكم النزاع، وهذا القانون قد يكون قانونا أجنبيا وقد يكون قانونا وطنيا أي قانون القاضي، والحقيقة أنه لا فرق بين الحالتين، فقاعدة الإسناد تنطبق سواء أدت إلى إخضاع النزاع للقانون الوطني أو القانون أجنبي وهو ما يؤدي إليه الطابع المزدوج الجانب الذي تتسم به قاعدة التنازع.[3]

إلا أن الفقه يرى أن النزعة الإقليمية وتدخل السياسة والمصلحة العليا للدولة تحاول التأثير على المشرع الوطني بوضع قاعدة إسناد احتياطية تسلب الاختصاص من القانون الأجنبي لصالح حظوظ توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (13) من القانون المدني "يسري القانون

(1) . أنظر تفاصيل المسألة في:**عكاشة محمد عبد العال:** تنازع القوانين "دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص34 وما بعدها.

(2) . قريب من هذا النص: المادة (19) من القانون المدني المصري، والمادة (4/25) من القانون المدني العراقي، والمادة (19) من القانون المدني السوري، أكثر تفصيلا: **إبراهيم أحمد إبراهيم:** مرجع سابق، ص282. وأيضا: **هشام صادق: الوجيز** في القانون الدولي الخاص، 1995م، ص10،09.

(3) . قاعدة التنازع – الإسناد- تكون مزدوجة عندما تشير إلى إمكانية تطبيق قانون القاضي أو تطبيق القانون الأجنبي، وقاعدة التنازع الفردية عندما تشير فقط إلى تطبيق قانون القاضي.

الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11، 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".[1]

يثير تحديد القانون الواجب التطبيق أي القانون المسند إليه عدة تساؤلات أهمها هل المقصود من القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد قواعده الموضوعية فحسب أم يشمل أيضا قواعد الإسناد في هذا القانون؟ ومثال ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد في القانون الجزائري على تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وكان على سبيل المثال القانون الفرنسي فهل تطبق الحلول الموضوعية التي يكرسها هذا القانون على النزاع مباشرة، أم تطبق أيضا قواعد الإسناد فيه؟.[2]

بالإضافة إلى ذلك فقد تعترض القاضي المطروح أمامه النزاع صعوبات جمة في تحديد القانون المسند إليه حسب طبيعة قاعدة النزاع، ويتجاوزها حسب الحلول المقررة في قانونه الوطني، فالمادة (22) مدني تحل مشكل القانون الشخصي لمتعدد الجنسية أو عديمها، في حين أن المادة (23) مكرر2 تبين الحل في حالة رفض القانون المسند إليه الاختصاص، كما أنه إذا تعذر تركيز موضوع العلاقة القانونية ضمن فئة الربط الخاص بالأموال كأن يكون موجود في إقليم غير خاضع لأية سيادة كمنطقة أعالي البحار، فيطبق في هذه الحالة قانون القاضي بوصفه له الولاية العامة عملا بمبدأ إقليمية القوانين حتى لا تبقى العلاقة القانونية بدون حل.[3]

المبحث الثاني
خصائـص قـاعدة الإسنـاد

تعتبر قاعدة الإسناد الوسيلة البارزة والغالبة لتنظيم وحل النزاعات الخاصة الدولية، ويقدم مصطلح هذه القاعدة في معناه وطبيعة الدور المناط بها لتحديد القانون الواجب التطبيق مفاهيم جديدة غير مألوفة في علم القانون، فقاعدة التنازع تقوم بدور استثنائي في العلاقات ذات العنصر الأجنبي أتت في صلب وصميم نظام خاص فريد، أعطى لها خصوصيتها وتمايزها عن باقي القواعد القانونية المعروفة خارج القانون الدولي الخاص.[4]

المطلب الأول
قواعد الإسناد قواعد وطنية

(1). في هذه المادة قرر فيها المشرع الجزائري عقد الاختصاص للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج بالرغم من أن قاعدة الإسناد في المادة (11) تنيط الاختصاص لقانون جنسية كل من الزوجين، والمادة (12) تعطي الاختصاص لقانون جنسية الزوج. أكثر تفصيل: **عوض الله شيبه الحمد السيد:** مرجع سابق، ص340.

(2). **محمد وليد المصري:** مرجع سابق، ص61.

(3). **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص97.

(4). أنظر في ذلك كل من: **يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص587، **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص29. وقريب من هذا المعنى: -Loussouarn .Y et Bourel .P. : Droit international privé, précis, Dalloz 2eme éd, 1980, p59.

القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي من صنع المشرع الوطني كقاعدة عامة، وتتسم قاعدة الإسناد بوصفها الأداة التقليدية والوسيلة الأساسية التي يستخدمها القانون الدولي الخاص للكشف عن القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي بذات الصفة.

وبهذه المثابة تعتبر قواعد الإسناد داخلة ضمن المصادر الوطنية للقانون التي يتولى المشرع الوطني برسم السياسة التي يراها مفيدة وصائبة اتجاه القانون، وتبعا لذلك فإن لكل دولة قواعد الإسناد الخاصة بها والتي تختلف من دولة لأخرى بما يتوافق والمنهج المتبع في الدولة لحماية مختلف المصالح الخاصة والعامة.[1]

فقد اعتبر الفقهاء قديما وحديثا أن التنظيم المثالي لتلك الطائفة من الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي يكون بإخضاعها لقواعد دولية موحدة أي تلتزم جميع الدول بتطبيقها وهو ما قام البعض بصياغتها عبر حلول نظرية عامة تتبعها كافة الدول.

غير أن القانون الوضعي قد اتجه دائما اتجاها عكسيا بحيث استقل كل مشرع بتنظيمها وفق ما يتراء له في الدفاع عن مصلحته الوطنية، وهذه المصلحة هي التي اقتضت مراعاة الجانب الدولي في تنظيمها، وعليه يمكن استخلاص نتيجة غاية في الأهمية من أن ولادة قواعد الإسناد أتت في منتصف الطريق بين الإبقاء على الإقليمية المطلقة وبين التنظيم الدولي الموحد لحكم العلاقات الدولية الخاصة.[2]

إذا كانت قواعد الإسناد تعبر عن فكرة وطنية خاصة بدولة معينة لكنها مع ذلك لا تستطيع مجافاة مؤثرات الواقع الدولي وتشابكاته مع المصلحة الوطنية من جهة، وطبيعة النزاع وسيادة الدولة على إقليمها، وحاجة التعامل الدولي والمصلحة المشتركة للدول من جهة أخرى.

وعليه إذا كانت قواعد الإسناد في منطلقاتها ومصدرها تعتبر وطنية لكنها في نفس الوقت تعتبر في توجهاتها دولية، وهذا ما يظهر مبدأ التعامل بالمثل بين الدول في مجال العلاقات الخاصة الدولية.[3]

ومع ذلك فإنه يتعين الإشارة إلى أن العديد من قواعد الإسناد تستمد وجودها من المعاهدات الدولية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص والتي توقع عليها الدولة أو تنضم إليها.[1]

---

(1) . **ممدوح عبد الكريم:** القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005م، ص53. وأنظر أيضا: في اعتبار قاعدة التنازع قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح وأنها قاعدة وضعية Règle Positive من صنع أو وضع السلطة المختصة في كل دولة:

-P. Le rebours - pigeonnier : Droit international privé, précis, Dalloz 8éme éd, Paris, 1962, p306.

(2) .للمقارنة بين قيام التنظيم الدولي الموحد في إطار القانون الدولي العام، وبين غيابه عن القانون الدولي الخاص، ففي ذلك علة وجود واستمرار التنازع بين القوانين غياب هذا التنظيم. **سعيد يوسف البستاني:** مرجع سابق، ص595.

(3) . يأخذ مبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل Réciprocité أهميته وتتوسع الشروحات حوله في إطار دراسة المركز القانوني للأجانب وهو يظهر التفاعل بين القانون الدولي الخاص باعتباره الحامي للحقوق الخاصة والقانون الدولي العام باعتباره قانون ينظم المصالح بين الدول. أنظر أكثر تفاصيل هذه المسألة في: **يوسف سعيد البستاني:** المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004م، ص206.

فعلى سبيل المثال هناك العديد من قواعد الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق موجودة في العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مما حدا ببعض الفقهاء إلى الاعتقاد بوجود عرف دولي ملزم أو التزام طبيعي ينبغي مراعاته من كافة الدول.

وعليه يمكن التوصل إلى هذا الالتزام في بعض الاتفاقيات الدولية الصادرة برعاية هيئة الأمم المتحدة، ومثال ذلك اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية المعقودة بين دول الجامعة العربية لعام 1952م وعام 1982م. واتفاقية نيويورك لعام1958م الخاصة بالاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها والتي اشترطت ضرورة مراعاة قواعد التنازع من قبل الدول واعتبرت هذه المراعاة شرطا لتنفيذ الأحكام أو لتكوين العقود الدولية، بالإضافة إلى اتفاقية روما لعام 1980م التي تعد المصدر الرئيسي لقواعد الإسناد في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في العديد من الدول الأوروبية كإيطاليا وألمانيا، وفرنسا وغيرها.[2]

ويترتب على الطابع الوطني الذي تتمتع به قاعدة الإسناد، كقاعدة عامة وفي الحدود التي أشرنا إليها نتيجة هامة، وهي ضرورة تمشي هذه القاعدة مع المبادئ الدستورية الموجودة في الدولة التي وضعتها.[3]

هناك إجماع على الصعيد الفقهي والقضائي والتشريعي في العديد من الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة على ضرورة احترام قاعدة الإسناد للمبادئ الدستورية السائدة في القانون الوطني. فإن هناك أثر يترتب على الطابع الوطني لقاعدة الإسناد لا يتمتع بذات الإجماع السابق، وهذا الأثر يتعلق بالتزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه دون أن يتمسك الخصوم بهذا الإعمال.

المسلم به أن قاعدة الإسناد قاعدة قانونية من وضع المشرع الوطني فإنه من المفترض أن يقوم القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم بإعمالها، وذلك نزولا على الطابع القانوني الملزم للقواعد القانونية بصفة عامة بما في ذلك القواعد القانونية غير المتعلقة بالنظام العام.[4]

---

(1) . تنقسم المعاهدات التي تبرمها الدول لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية إلى نوعين من المعاهدات:

النوع الأول: يهدف إلى توحيد قواعد الإسناد ذاتها، بحيث توجد قواعد إسناد واحدة في كل دولة من الدول الأعضاء في المعاهدة، وأبرز نموذج لهذا النوع من المعاهدات معاهدة روما المبرمة في 19 جوان 1980م الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية والتي دخلت حيز النفاذ في أول أبريل1990م.

أما النوع الثاني: من المعاهدات فهو يعرف بالمعاهدات الموحدة والتي تضع قواعد مادية موحدة يتعين إعمالها في جميع الدول المتعاقدة، ومن أبرز المعاهدات في هذا الصدد معاهدة الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المادية عام 1980م والمعروفة بمعاهدة فيينا والتي دخلت حيز النفاذ عام 1988م. **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص30.

(2) . أنظر: **ممدوح عبد الكريم:** مرجع سابق، ص54. وأيضا: حول معاهدة روما لعام 1980م: **طرح البحورعلي حسن فرج:** تدويل العقد، دارسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 1980/06/19م، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 م.

(3) . **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص31.

(4) . أنظر في تفاصيل هذه المسألة. كل من: **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص92، 93. **أحمد أبو الوفاء:** علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 – 1995م، بند 103.

اختلفت الأنظمة القانونية ومواقف الفقه في هذا الشأن في اتجاهين:

الاتجاه الأول: ومؤداه عدم إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه طالما أن قاعدة التنازع لا تقدم حلا للنزاع ولا تتعلق بالنظام العام وإنما تشكل رخصة متروك للقاضي صلاحية تقدير استعمالها أو عدم التمسك بها.

الاتجاه الثاني: ويمثل الرأي الراجح فقها والذي يرى أن قاعدة التنازع ملزمة بغض النظر عن مصدرها بوصفها تعبر عن ممارسة أحد مظاهر السيادة وبالتالي فهي أداة توثيقية بين مقتضيات المصلحة الوطنية والاعتبارات الدولية غرضها تحقيق الاستمرار القانوني للروابط الخاصة الدولية.[1]

وإلى جانب هذين الاتجاهين المتعارضين تبنى النظام القانوني الفرنسي اتجاها خاصا بشأن مدى التزام القاضي الفرنسي بإعمال قاعدة الإسناد الفرنسية، وبدوره انقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين، اتجاه مناهض لقيام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، واتجاه مؤيد لقيام القاضي الوطني بإعمال قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، ولكل من الاتجاهين حججه التي يدعم بها موقفه.[2]

أما بالنسبة لمجمع القانون الدولي فإنه تبنى في دورته المنعقدة في عام 1989م الاتجاه المنادي بقيام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.[3]

المطلب الثاني

قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة "قاعدة مرشدة"

تتصف قاعدة الإسناد ومن حيث مضمونها بكونها قواعد غير مباشرة إذ أنها لا تنطبق مباشرة على موضوع النزاع، إنما يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة التي لها قابلية حكم العلاقة القانونية، بمعنى أن قواعد الإسناد لا تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع، وإنما

(1) . أنظر: Batifole et Lagarde : Droit international privé, 2 vol, 5ème éd, 1974, et 1976, Paris, L.G.D.J. note, 266.

(2) . أنظر تفصيل موقف النظام القانوني الفرنسي من مسألة إلزامية أو عدم إلزامية القاضي الوطني تجاه إعمال قاعدة الإسناد والحجج التي قدمها كل فريق. **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص34، 56.

(3) . جاء في توصية مجمع القانون الدولي التي اعتمدها في دورته المنعقدة سنة 1989م ما يلي: "أخذا بعين الاعتبار الطابع الملزم لقواعد تنازع القوانين، والتي تعين القانون الواجب التطبيق ،القانون الأجنبي أو قانون القاضي، فإنه يوصي بأن تتبع الدول: - أن تطلب الدول من السلطات المعنية المختصة القيام من تلقاء نفسها بإعمال قواعد الإسناد– ، يتعين عليها أن تطبق القانون الأجنبي المعين بواسطة هذه القواعد من تلقاء نفسها". أنظر:

Annuaire de L'Institut de droit international, session de saint Jacques- de Compostelle.1989, travaux préparatoires, volume 63 – 1, Paris ,1989,pp, 205-307.

هي قواعد تقوم بالإشارة إلى القانون الذي تتكفل قواعده بإعطاء الحل الموضوعي النهائي للنزاع المتضمن عنصرا أجنبيا.

فقاعدة الإسناد تخاطب بصورة مباشرة القاضي الذي يكون عليه أن يطبقها لتحقيق الغاية منها، وبهذا المعنى تكون للقاعدة صفة الالتزام، كما يتوجه خطاب القاعدة بطريقة غير مباشرة إلى أطراف العلاقة القانونية المطروحة أمام القاضي، وأيا كان الأمر فإن قاعدة الإسناد لا تتكفل بحسم النزاع المثار حول العلاقة القانونية المطروحة وإعطائها الحل النهائي.[1]

إن علة وجود قواعد الإسناد تتمثل في اختيار قانون معين من بين مجموعة الـقوانين المتزاحمة، وبالتالي فهي قاعدة انتقاء للقانون الذي ينطبق على النزاع وليست قاعدة حل مباشرة كما هو الحال في النزاعات الداخلية أو القواعد القانونية ذات التطبيق الفوري والمباشر في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي.[2]

وهذا كله تدل عليه لفظة "الإسناد ـ Rattacher" في مصطلح هذه القاعدة، وعلى ذلك فإن هذه الصفة تعطي قاعدة الإسناد الطابع الذي يميزها على القواعد المألوفة والمعروفة في باقي فروع القانون وتضفي على نظرية التنازع ومنهجية الحل فيها الطابع الخاص والمميز والمستقل، ليس فقط عن قواعد القانون الداخلي بل أيضا عن القواعد الناظمة للموضوعات الأخرى التي تدخل في النطاق الواسع للقانون الدولي الخاص كالجنسية ومركز الأجانب والاختصاص القضائي.

وعليه فإن قاعدة الإسناد لا تتضمن أحكاما مادية مباشرة في موضوع النزاع،، فقاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين السن التي يكون فيها الشخص كامل الأهلية للالتزام مثلا، بل تعين القانون الذي يتولى بنفسه بيان هذه السن، كما أن قاعدة الإسناد الخاصة بشروط انعقاد الزواج لا تحدد شروط صحة الزواج ولا تبين فيما إذا كان الزواج صحيحا أم باطلا بل تدل وتشير إلى قانون دولة معينة يكون واجب التطبيق على هذا الزواج وتترك لأحكامه الموضوعية بيان مثل هذه المسائل.[3]

وقد دعت هذه الصفة جانبا من الفقه الفرنسي إلى تشبيه قواعد الإسناد –تشبيها-طريفا-بمكتب الاستعلامات في محطة السكة الحديدية، فكما تقتصر مهمة هذا المكتب على الإشارة إلى رصيف القطار

(1) . أنظر:**عكاشة محمد عبد العال:** مرجع سابق، ص13. **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص64.

(2) . مثلا قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة ينحصر دورها في تحديد مبدأ عام مؤداه "أن الميراث يخضع لقانون جنسية المتوفي، وعند هذا الحد ينتهي دور القاعدة ولأن قاعدة الخطاب موجه فيها بصورة مباشرة إلى القاضي فإذا عرف هذا الأخير جنسية المتوفي وقت وفاته كان عليه لزوما أن يرجع إلى أحكام الميراث المقررة في قانون جنسية المتوفي والتي تتكفل بدورها بإعطاء الحل النهائي للنزاع".

(3) . **يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص588 ،589.

الذي يرغب المسافر في استقلاله، فكذلك تنحصر وظيفة هذه القواعد في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

فخاصية قواعد الإسناد الفنية الجوهرية التي تفتقر إليها قواعد القانون الأخرى بحيث بهذه الآلية يتم توظيف المركز القانوني الذي تحتويه وتركيزه في دولة معينة فيصبح قانون تلك الدولة هو القانون الملائم في نظر المشرع، ومعيار التركيز النسبي والمبني على اعتبارات الملاءمة لتحقيق أهداف سياسية تشريعية معينة حسبما تقتضيه المصلحة الوطنية لكل دولة، وبما أن ضوابط الإسناد معدة لكل طائفة من النظم إلا أن المشرع يختار من بينها ما يناسبه.[1]

ولابد من الإشارة أنه إذا كانت قواعد الإسناد غير مباشرة وإرشادية كقاعدة عامة، فإن هناك بعض قواعد الإسناد تعد قواعد مباشرة وبالتالي تتضمن الحل الموضوعي للنزاع وتسلب الاختصاص لأي قانون أجنبي، ومثالها القواعد المنظمة لمسائل الجنسية التي تتكفل بصفة مباشرة ببيان مفاهيم رعايا الدولة ولا تقوم بالإشارة إلى القانون الذي يتولى هذه المهمة.

كما أن قواعد الإسناد المتعلقة بمركز الجانب هي التي تبين وتحدد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب الوافدين داخل إقليم الدولة، ولا تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي تتحدد هذه الحقوق بمقتضاه، بالإضافة إلى ذلك القواعد القانونية التي تنظم مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن المحاكم الأجنبية داخل إقليم الدولة المراد التنفيذ فيها.

المطلب الثالث

قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة

تتميز قواعد الإسناد من حيث آثارها بأنها قواعد مزدوجة الجنب أي أنها قد تشير باختصاص القانون الوطني للقاضي المعروض أمامه النزاع وقد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي. ففي ذهن واضع القاعدة أن القانون المختص هو أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة القانونية دون اعتبار ما إذا كان هذا القانون وطنيا أم أجنبيا، ومن الثوابت في مجال تنازع القوانين عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.[2]

واستنادا لذلك تستقر أراء الفقهاء على اعتبار قواعد الإسناد مزدوجة التطبيق أي تصاغ في القانون الوضعي (وفي النظرية العامة) صياغة مزدوجة ويترتب على ذلك إذا كان القاضي الجزائري مختصا بالفصل في

(1). **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص94.

(2). **عكاشة محمد عبد العال:** مرجع سابق، ص14.

النزاع فلا يعني ذلك بالضرورة أن يطبق قانونه الوطني، ففي ذلك إلغاء للتزاحم بين القوانين لمصلحة قانون القاضي.

فهذه الصياغة هي أهم ما يميز قواعد الإسناد من حيث آثارها عن باقي القواعد القانونية التي تحصر اختصاصها بتحديد اختصاص القانون الوطني، فقواعد الإسناد التي تعين القانون المختص في كل الأحوال سواء كان القانون الوطني أو قانونا أجنبيا توصف بأنها ذات شقين أو أنها قاعدة مزدوجة وهذه الطريقة في صياغة قواعد الإسناد هي التي تبنتها جل التشريعات المعاصرة في كافة الدول، مع وجود بعض التشريعات المتأثرة بالاتجاه الفقهي المناصر للقواعد المفردة الجانب التي اعتمدت بعض قواعد الإسناد المفردة.[1]

فإذا كانت المسألة المتنازع فيها تتضمن عنصرا وطنيا وعنصرا أجنبيا فقد تفضي عملية انتقاء القانون الأنسب إلى تطبيق القانون الوطني، وعلى العكس إذا كانت المسألة في أهم عناصرها أجنبية فلا مكان لتطبيق القانون الوطني وكل ذلك يتم سندا لاعتبارات الملاءمة والمصلحة ومقتضيات العدالة.

والحق أن هذا المضمون المزدوج لقاعدة الإسناد تقتضيه –كقاعدة- وظيفة قاعدة الإسناد باعتبارها وسيلة فض تنازع القوانين عندما يتعلق الأمر بمنازعة ذات طبيعة دولية مطروحة أمام القضاء الوطني.

فقاعدة الإسناد لا تكون قد أدت وظيفتها كاملة، وهي تمكين القاضي الوطني من فض المنازعات ذات الطابع الدولي إذا هي اقتصرت على إيجاد حل للنزاع في الحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو الواجب التطبيق، إذ سيترتب على ذلك أن تكون قاعدة الإسناد عديمة الجدوى في الحالات التي لا يكون فيها القانون الوطني للقاضي هو الواجب التطبيق.[2]

وقد نادى بعض الفقهاء قديما وحديثا وخاصة في فرنسا وألمانيا وإيطاليا المتأثرين بمبدأ إقليمية القوانين بضرورة أن تكون قاعدة الإسناد مفردة الجانب يقتصر دورها على بيان الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون دولة القاضي، وجوهر هذا الفكر مفاده أن ليس للدولة –أي دولة- أن تحدد اختصاص قانون دولة أخرى أجنبية لا يكون فيها لهذا القانون الأخير إرادة الانطباق، ومن ثم فإنه يقف دور كل دولة عند حد بيان الحالات التي ينطبق فيها قانونها، وعند هذا الحد يتعين أن يقف دور قاعدة الإسناد، وبحيث يكون على مشرع كل دولة أن يحترم خارج إطار هذه الحدود إرادة الدولة الأخرى فيما يتعلق بتحديد النطاق الذي تنطبق فيه قوانينها.[3]

---

(1) . أنظر في عرض أراء الفقه التقليدي للنظرية الأحادية التي نادى بها جانب من الفقهاء الألمان والفرنسيين والإيطاليين:

-Gothat : "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé"Rev. Crit. **1971**. P**1**. et s. "La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contras" Travaux . Comité Française. droit. International. 1975. P201.

مشار إلى ذلك في: **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، هامش، ص65.

(2) . أنظر ذلك في: **يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص59، 60،61.

(3) . **عكاشة محمد عبد العال:** مرجع سابق، ص13، 14. وأيضا: **يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص591.

وتعد المادة (310) من القانون المدني الفرنسي الصادر في 11جويلية 1975م من قواعد الإسناد المفردة الجانب التي تبين فقط تحديد نطاق تطبيق القانون الفرنسي في المسائل المتعلقة بالطلاق، غير أن القضاء الفرنسي درج منذ زمن طويل على تفسير المادة السالفة الذكر تفسيرا يجعل من هذه القاعدة ثنائية الجانب رغم سياق النص.[1]

وعلى كل حال فإن غالبية قواعد الإسناد تصاغ صياغة مزدوجة وهي بذلك تحقق هدفان:

الأول: يتمثل في فسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي إذا تبين للقاضي الناظر في النزاع عدم اختصاص قانونه، وخلص إلى نتيجة مؤكدة لديه أن العلاقة القانونية ترتبط بنظام قانوني أجنبي.

الثاني: تحاشي حصول فراغ قانوني في الحالة التي يكون فيها قانون القاضي غير مختص وهذا من خلال تبني الإسناد المزدوج وبالتالي يتحدد القانون الأجنبي المختص حسب معيار التركيز الذي اعتمده المشرع.[2]

أما بخصوص قواعد الإسناد الواردة في القانون الجزائري فأغلبها جاءت في صياغة مزدوجة باستثناء نص المادة (09) الخاصة بالتكييف والتي صيغت في شكل منفرد وكذا المادة (13)، علما أن المادة (1/10) الخاصة بالحالة المدنية والأهلية كانت مصاغة في شكل مفرد، لكن بموجب تعديل 20 جوان 2005م عمد المشرع إلى استعمال الصياغة المزدوجة التي تمكن قاعدة الإسناد من أداء وظيفتها الجوهرية والأساسية وهي فتح المجال أمام تطبيق القوانين الأجنبية كمحور وركن أساسي تقوم عليه نظرية تنازع القوانين.[3]

المطلب الرابع

قواعد الإسناد قواعد محايدة ومجردة

(1). تنص المادة (310) من القانون المدني الفرنسي، على أنه يسري القانون الفرنسي على الطلاق والانفصال الجسماني:

- إذا كان كل واحد من الزوجين يتمتع بالجنسية الفرنسية.

- إذا كان كل واحد من الزوجين له موطن في فرنسا.

- إذا لم يكن هناك أي قانون أجنبي يعترف بالاختصاص لنفسه وكانت المحاكم الفرنسية مختصة بنظر الطلاق والانفصال الجسماني.

أنظر: **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص65.

(2). **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص95.

(3). تنص المادة (1/10) من القانون المدني قبل تعديل 20 جوان 2005 م على أن: "الحالة المدنية للجزائريين وأهليتهم تخضع للقانون الجزائري ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية" وأصبح نصها بعد التعديل: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". أنظر **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 95،96.

الأصل أن كل قواعد القانون بما فيها قواعد الإسناد هي عامة ومجردة، والأصل أيضا أن المبدأ الذي يحكم فلسفة التشريع استنادا لمبدأ الإقليمية هو التحيز للقانون الوطني أي عدم الحياد، لكن الاستثناء البارز عن هذا المبدأ هو السماح بتطبيق قانون أجنبي من طرف القضاء الوطني عبر أداة استثنائية محايدة ومجردة هي قاعدة الإسناد، وعليه وبصورة مبدئية تلتقي قواعد الإسناد مع باقي القواعد القانونية بكونها قواعد عامة ومجردة ومحايدة، ومع ذلك فإنها حتى مع هذه الصفات تأخذ أوجه خصوصيتها.

فقاعدة الإسناد تتميز بوصفها قواعد حيادية ومجردة وباعتبارها غير مباشرة تتسم بطابع شكلي، حيث يقتصر دورها على تحديد القانون الأوثق صلة بالمركز القانوني من وجهة نظر المشرع الوطني بغض النظر عن مضمون هذا القانون أو الآثار المترتبة على تطبيقه وبهذه المثابة تكتفي بتحقيق عدالة شكلية.[1]

وبتميز قواعد الإسناد بهذه الصفة فهي قواعد آلية تكتفي بتحقيق عدالة شكلية تتمثل في إسناد العلاقة محل المنازعة بطريقة تلقائية إلى أكثر القوانين ارتباطا بها وفقا للسياسة التشريعية لدولة القاضي وذلك بغض النظر عن النتائج المادية التي يمكن أن يترتب عليها هذا التطبيق، فقواعد الإسناد وظيفتها الأساسية هي تحقيق ما يعرف بعدالة القانون الدولي الخاص وحل تنازع القوانين في المسائل المعروضة وليس للعدالة المادية كما لو كان الأمر يتعلق بتطبيق قاعدة قانونية داخلية على موضوع كل عناصره وطنية.[2]

وهذا يعني أن قاعدة الإسناد لا تعين قانون دولة مسماة ولا تبين جنسية الدولة التي ينتمي إليها القانون مسبقا، بل تحدد القانون الواجب التطبيق بالاستناد إلى معايير مجردة تبينها ضوابط الإسناد كالجنسية والموطن ومكان وجود الأموال... مثل إخضاع العقار لقانون موقعه والعقد لقانون الإرادة، والأهلية لقانون الجنسية.[3]

فالتجريد يكمن في أن قاعدة الإسناد تحدد بنفس الطريقة واستنادا إلى نفس المعيار نطاق تطبيق القانون الأجنبي على قدم المساواة مع نطاق تطبيق القانون الوطني، وبالتالي فإن قاعدة الإسناد لا تسمح بالمفاضلة بعد صياغتها.

---

(1) .**يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص592.

(2) .**أحمد عبد الكريم سلامة:** القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص278. وأيضا **حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص66.

(3) . حول هذه الفكرة تحديدا أي عدالة قاعدة الإسناد. أنظر:**حفيظة السيد الحداد:** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص65. والفكرة المعربة مأخوذة من:

"La règle de conflit est – elle neutre?" .Loussouarn. Y Travaux . Comité Française. droit. International. F.D.G.P.1981-1983 vol2, p43.

وحول حياد قاعدة التنازع بصورة عامة والذي يتضح من آلية عملها أنظر:**عكاشة محمد عبد العال:** مرجع سابق، ص16.

فالقاعدة التي تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة أو التي تخضع شكل التصرفات لقانون مكان الإبرام لا تسمي قانون دولة معينة لأن ضابط الإسناد هو معيار مجرد لا يسمح مسبقا بهذا التعيين، إذ لا يمكن عمليا معرفة هذه الدولة إلا بعد قيام نزاع معين وبعد عرضه على القضاء.[1]

وإذا كان هذا هو الأصل في قاعدة الإسناد، فإنها قد تهدف في بعض الفروض إلى تحقيق هدف مادي معين، وفرضها أن يضع المشرع قاعدة إسناد تخييرية ترصد أكثر من قانون لحكم المسألة بحيث تصح العلاقة إذا صادفت الأوضاع المعمول بها في أي من هذه القوانين، ويسمي الفقه مثل هذه القاعدة بقواعد الإسناد ذات الصبغة المادية.[2]

المبحث الثالث

التكييف La Qualification [3]

يتوقف تطبيق قاعدة الإسناد وتفسيرها أولا على تحديد هذه القاعدة والتعرف على مضمونها، فعملية تحديد القاعدة وطبيعتها تقود إلى تحديد وتعيين القانون الواجب التطبيق، ويثير تفسير قاعدة الاستناد لدى فقهاء القانون الدولي الخاص عدة مشاكل ويمر بعدة مراحل ويكشف عن عدة نظريات تشكل مجتمعة معالم بارزة في علم تنازع القوانين.

والمقصود بقاعدة الإسناد هو معرفة الكيفية التي يتم بها تطبيقها على النزاع أي الوصول إلى تعيين ـ تحديد ـ القانون الواجب التطبيق، ففي طبيعة قاعدة الإسناد تكمن المراحل والمسائل التي تؤدي عند إعمالها إلى الكشف عن القضايا والإشكاليات المرتبطة بالحل، وعليه فالخطوة الأولية اللازمة تبدأ بتحديد

(1) . تعتبر قواعد الإسناد من حيث طبيعتها وطبيعة دورها "قواعد ناخبة" أو قواعد انتقاء فهي عند وضعها وفي صياغتها تقوم على المفاضلة بين قانون وآخر أي أنها ترجح تطبيق قانون (وطني أو أجنبي) على آخر وهو ما بينه ضابط الإسناد لكل فكرة مسندة، لكن هذه المفاضلة كمعيار مجرد مسبق تقوم عليه قواعد الإسناد لا يعني تفضيلا أو تحيزا لقانون دولة على أخرى عند تطبيق هذه القاعدة خلال الفصل في النزاع، إذ المفاضلة في هذه الحالة بالنسبة لقاعدة الإسناد سابقة على قيام النزاع وهي تتعلق باختيار ضابط معين ومجرد. أنظر:**يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص16.

(2) . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 18 من القانون المدني "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل =>
=>إبرامالعقد". أنظر في تفصيل هذه المسألة: **هشام صادق:** الموجز في القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين. دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995م، ص6 وما يليها.

(3) . أول من نبه إلى أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص الأستاذ الألماني "كاهن. Kahn " عام 1891م والأستاذ الفرنسي "بارتان. Bartin" عام 1897م، دون سابق تعاون بينهما . انظر: **ممدوح عبد الكريم:** مرجع سابق، ص38.

طبيعة النزاع لإدراجه في إحدى الأفكار المسندة التي خصها المشرع بضابط إسناد وهذه الخطوة هي التكييف.[1]

التكييف مسألة يعمل بها في كل الفروع القانونية، ولا يشكل القانون الدولي الخاص استثناء عنها، فالقاضي لا يمكن أن يحدد قاعدة الإسناد التي على أساسها يتوصل إلى القانون الواجب التطبيق إلا بعد تحديد موضوع النزاع، وهذا ما يسمى بالتكييف، والتكييف مسألة أولية يقوم بها القاضي وذلك بإدخال النزاع في إحدى الطوائف المقررة في قانونه والتي على أساسها سيحدد قاعدة الإسناد التي سترشده إلى القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول
تعريف التكييف وأهميته

هناك تعاريف متعددة ومتنوعة للتكييف ليست واردة على سبيل الحصر يمكن ذكر البعض منها على النحو الآتي:

التكييف هو قيام القاضي بتحديد طبيعة المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق.[2]

التكييف هو تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر (الفكرة) المسندة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين.[3]

كما يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين.[4]

وعلى ذلك يمكن القول أن التكييف هي مهمة يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع تتمثل في تحديد النص القانوني الموضوعي الواجب التطبيق، ومثالها أن قاضي التحقيق يحدد ما إذا كان سلب مال الغير هو من قبيل السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة، والقاضي المدني يفصل أولا فيما إذا كان اتفاق الأطراف موضوعه وعـد بالبيع أو بيع متوقف على شرط، وهكذا يجب تحديد الطبيعة القانونية لمحل النزاع قبل

(1) . حسب فقهاء القانون الدولي الخاص يتوقف تحديد وإعمال قاعدة الإسناد على أمرين : الأول معرفة ما إذا كان القاضي الناظر في منازعة الأفراد ذات الطابع الدولي ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه . والأمر الثاني هو معرفة الطبيعة الحقوقية لموضوع النزاع بغية ربطه بإحدى الأفكار التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.انظر: **يوسف سعيد البستاني**: مرجع سابق، ص599.

(2) . **هشام علي صادق**: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م، ص114.

(3) . **علي علي سليمان**: مرجع سابق، ص41.

(4) . **محمد شتا أبو السعد** : مرجع سابق ، ص 111.

تطبيق القانون عليه، ويمارس القاضي هذه المهمة بتكييف الوقائع ضمن تفسير أحكام القانون وبالتالي فالتكييف عملية أولية معروفة في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص.[1]

أما التكييف في القانون الدولي الخاص فهو وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص الذي تشير به قاعدة الإسناد في قانونه.[2]

أما أهمية التكييف فإن هذه العملية المتمثلة في التكييف القانوني ليست قاصرة على مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، بل أن عملية تحديد طبيعة النزاع موجودة أيضا في فروع القانون الداخلي.

فأهمية التكييف في القانون الجزائي أو الدعاوى التي تخضع للقانون الجزائي (الإجراءات الجزائية – قانون العقوبات) فلا يستطيع القاضي الذي يسند له التحقيق في قضية ما ألا يقوم بعملية التكييف في الدعاوى التي تحال أمامه للتحقيق فيها رغم وجود تكييفات أخرى للقضية من أطراف أخرى كالمدعي مثلا أو النيابة العامة.

فقاضي التحقيق هو الذي يعطي الوصف القانوني النهائي للنزاع المعروض عليه فيما إذا كان العمل المرتكب تتوافر فيه عناصر العمل المجرم أو غير ذلك، أو أن تكييف هذا الجرم يعد جنحة أو جناية أو مخالفة.

كما أن للتكييف أهمية كبرى في مجال تطبيق قواعد القانون المدني، فالقاضي المعروض أمامه النزاع في العلاقة القانونية المدنية مطالب بإجراء عملية تكييف العلاقة محل النزاع فهو الذي يقرر ما إذا كان الأمر تعلق بعقد بيع أو عقد إيجار أو هيبة.[3]

وعلى هذا الأساس تبرز أهمية التكييف في مجال القانون المدني إذ أن إعطاء الوصف القانوني الحقيقي للأمر المعروض على القاضي يعني تحديد النصوص القانونية الواجبة التطبيق، فمثلا إذا كان العقد محل النزاع من العقود المدنية وفقا للوصف الذي أعطاه له القاضي فإن ذلك يعني أن قواعد القانون المدني هي الواجبة التطبيق على العقد.

غير أن أهمية التكييف تكون أكثر أهمية في مجال القانون الدولي الخاص بالنظر إلى طبيعة قواعد هذا القانون، لأن القاضي المعروض عليه النزاع في مجال تنازع القوانين لا يستطيع أن يسند العلاقة المتنازع

(1). قارن هذا المجال **علي علي سليمان**: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص42 وما بعدها.

(2). هذا التعريف هو الأقرب لما هو وارد في نص المادة (09) من القانون المدني التي تنص: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات في تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"

(3). انظر في أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص. **وليد محمد المصري**: مرجع سابق، ص73 .

بشأنها وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إلى القانون المختص قبل تحديد طبيعتها القانونية بصفة نهائية، لكي يعرف القاضي ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أو الموضوع أو يتعلق بحالة الشخص أو أهليته أو أن الأمر يتعلق بالأحوال العينية، لأن ما يعتبره قانون القاضي مثلا يدخل في الشكل قد يعتبره القانون الآخر يدخل ضمن الموضوع إلى غير ذلك من الاختلافات في تحديد طبيعة النزاع من قانون لآخر، وهو ما يجعل التكييف في القانون الدولي الخاص يبلغ درجة من الأهمية القصوى لا يستطيع القاضي أن يتخطاها إلى مرحلة أخرى موالية لها قبل الانتهاء من عملية التكييف.[1]

واختلف فقهاء القانون الدولي الخاص فيما ينصب عليه التكييف في اتجاهين وبالتالي يرى البعض أن التكييف يتعلق بالنظم القانونية، في حين يرى آخرون أنه يتعلق بالعلاقات القانونية وذهب فريق ثالث للقول أن التكييف يتعلق بالوقائع القانونية، وحسب هذه الآراء يمكن تعريف التكييف بأنه تحديد لطبيعة النظام القانوني، أو تحديد لطبيعة العلاقة القانونية أو تحديد طبيعة القاعدة الموضوعية.[2]

أما الاتجاه الثاني يرى أن التكييف يتعلق بالوقائع وبالتالي فهو إعطاء الواقعة الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من طوائف النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.

والواقع أن التكييف لا يتقيد بعنصر دون سواه بل يعتمد عليها معا، ومن ثم فإن التكييف ينصب على موضوع النزاع وعليه فهو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين وإعطائها الوصف القانوني الملائم لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد معينة تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين.[3]

وترجع أهمية التكييف في إطار القانون الدولي الخاص إلى خصوصية وذاتية القواعد القانونية التي يستخدمها هذا القانون، فقد سبق الذكر أن قواعد الإسناد بوصفها القواعد الواجبة الإعمال لإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق .

وأمام استحالة أن يضع المشرع الوطني قاعدة إسناد لكل مسألة من المسائل التي تثور بين الأطراف وتتضمن عنصرا أجنبيا، لذلك وإزاء تشعب علاقات الأفراد ومنازعاتهم يسن المشرع الفكرة المسندة صياغة مرنة يجعلها قادرة على استيعاب العديد من المسائل والعلاقات القانونية المتشابهة في أوصافها وخصائصها.[4]

(1) . انظر **بلمامي عمر**: مرجع سابق ،ص149،148 .

(2) . راجع في عرض لهذه الآراء كل من: **بارتان**: المبادئ، ج1، ص233. و**عز الدين عبد الله:** القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية 1974، بند 56 .

(3) . **جابر جاد عبد الرحمان:** القانون الدولي الخاص العربي: الجزء الثالث، مجلد1، بند 51 وراجع أيضا: **بلمامي عمر:** نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص (رسالة دكتوراه) ص 108 .

(4) . حفيظة السيدة الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص96 ، 97.

وقواعد الإسناد التي يسنها المشرع محدودة العدد في مقابل العلاقات القانونية التي تتضمن عنصرا أجنبيا وتثير نزاعا في القوانين غير قابلة للحصر، كان لابد لفقه القانون الدولي الخاص أن يبدع حلا عبر إرجاع الوصف الدقيق للمسألة إلى إحدى الأصناف القانونية أي إجراء التكييف للمسألة المعروضة على القاضي وإعطائها وصفها الحق قصد إدراجها في الفكرة المسندة تمهيدا لإعمال القانون المختص الذي يشير إليه ضابط الإسناد في هذه القاعدة وتطبيقه على النزاع.[1]

وهكذا فإن القانون الدولي الخاص لا يهتم فقط بعملية التكييف كمجرد عملية ذهنية تحليلية بل يتناولها أيضا باعتبارها ـ مشكلة تكييف ـ أو تنازع تكييفات ، الأمر الذي يجعل فقهاء القانون الدولي الخاص يربطون بين العملية التي يقوم بها القاضي المعروض أمامه النزاع ومشاكله، أي المقصود من ذلك القانون الذي تخضع له عملية التكييف ومن ثم نصبح أمام مشكلة تنازع القوانين في التكييف، وهذا في حد ذاته مظهر آخر من المظاهر التي تميز موضوع التكييف في القانون الدولي الخاص عن غيره في سائر فروع القانون.

المطروح في تنازع القوانين ليس مشكلة التكييف في حد ذاتها، وإنما المسألة الخاصة بمعرفة أي القوانين نرجع إليها لتحديد طبيعة المسألة وفي هذا الأمر تتباين المواقف بين مشرع وآخر وبالتالي تتباين الحلول.[2]

المطلب الثاني
نشأة نظرية التكييف

ظهرت فكرة التكييف لأول مرة في الفقه الألماني على يد الفقيه كاهن Kahn في القرن التاسع عشر وذلك من خلال مناقشته لبعض الأفكار القانونية نشرت عام 1891م، فهذا الفقيه هو أول من ناقش فكرة التكييف الكامن والتنازع المستتر وكان ذلك بمناسبة بحثه عن طبيعة الروابط القانونية.

ثم جاء بعده الفقيه الفرنسي **إيتيان بارتان** Etienne BARTIN الذي يعود له الفضل في إبراز فكرة التكييف وطورها إلى أن أصبحت نظرية محددة المعالم وذلك عام 1897م عندما ناقش الفكرة تحت عنوان الوصول إلى الحل النهائي لتنازع القوانين ثم أطلق اصطلاح التكييفLA QUALIFICATION على هذه المشكلة.[3]

(1) . كان للفقيه ديمولان الفضل الأول في إبراز أهمية التكييف ودوره في تحد يد القانون الواجب التطبيق وكان ذلك بمناسبة فتواه الشهيرة التي قال فيها: بخضوع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة وليس لقانون موقع المال استنادا للطبيعة القانونية لهذا النظام، أنظر: **محمد كمال فهمي**: مرجع سابق، ص397.

(2) . **عكاشة محمد عبد العال :** مرجع سابق ، ص 96 .

(3) . أنظر :**حفيظة السيد الحداد**: مرجع سابق، ص98.

فالفقيه بارتان هو من لاحظ بأن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة ضمنية دون أن يصرح بها. ومن ضمن القضايا التي اعتمدها خلال دراسته وتحليله واستخلاصه لفكرة التكييف قضية وصية الهولندي، وقضية ميراث المالطي، وقضية زواج أجدن.

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من التكييف

نتعرض إلى بعض القضايا التقليدية المعروفة في القانون الدولي الخاص التي فصل فيها القضاء الفرنسي لاستجلاء الصعوبات التي تواجه القاضي في التكييف وما هو موقفه من حلها؟.

أولا: قضية وصية الهولندي.Testament du hollandais

ووقائعها أن هولنديا مقيما بفرنسا كان قد حرر فيها وصية بخط يده طبقا لأحكام المادة (999) من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان في الخارج أن يبرم وصية موقعا عليها بخط يده، وبمفهوم المخالفة يجيز القضاء والفقه الفرنسيان للأجانب الموجودين في فرنسا إجراء وصاياهم في ذات الشكل. ولما توفي الموصي الهولندي طعن الورثة في صحة الوصية بالبطلان تأسيسا على المادة (992) من القانون المدني الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا مقيمين في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل العرفي، وتعتبر إجراء الوصية في الشكل الرسمي مسألة مكملة للأهلية تتعلق بحماية الموصي.[1]

ولما عرض النزاع أمام محكمة **أورليان**[2] وجدت نفسها أمام مشكلة متعلقة بالتكييف تدور حول طبيعة النزاع، هل هو خاص بالشكل الخارجي فتخضعه لقاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية ومن ثم إسناده لقانون محل إبرامه (القانون الفرنسي) وتقضي بصحة الوصي أو هو متعلق بالشكل المكمل للأهلية الذي يلحق بحكم الأهلية وعندها يسري عليه قانون جنسية الموصي (القانون الهولندي) طبقا لقاعدة التنازع في القانون الفرنسي التي تسند مثل هذه القضية لقانون الجنسية مما يؤدي إلى الحكم ببطلان الوصية طبقا للمادة (992) مدني هولندي، إذن الإشكال المطروح يتعلق بتحديد القانون الذي يخضع له التكييف، إذا طبقت المحكمة القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي فهو يعتبر المسألة متعلقة بالشكل الخارجي وأن كتابة الوصية عملا بالمادة (999) مدني فرنسي القصد منه هو مجرد تيسير إثباتها فقط.

أما إذا أخذت بتكييف القانون الهولندي فسوف تنتهي إلى أن موضوع النزاع يتعلق (بالشكل المطلوب لتحرير الوصية) أي يتعلق بالشكل المكمل للأهلية لأن حظر إجراء الوصية في الشكل العرفي يقصد به

(1). انظر المادة 592 من القانون المدني الهولندي إذ تنص:

«Néerlandais interdit aux Hollandais de tester en la forme olographe et considère que cette propitiation vaut même en dehors des frontières du pays -Bas»

(2). محكمة أورليان في 04 أوت 1857، مجلة سيريه، 1860م،2، 32.

القانون الهولندي حماية الوطنيين حتى لا ينقادوا بسهولة تحت تأثير بعض الظروف العارضة للتبرع بأموالهم من غير تبصر.

ولكن المحكمة انتهت في الأخير إلى ترجيح وجهة النظر الأولى وكيفت النزاع على ضوء أحكام القانون الفرنسي فقضت بصحة الوصية «le droit français considère qu'il s'agit d'une question de forme et le droit néerlandais d'une question de capacité ». ، ولو فرضنا أن النزاع عرض على قاضي بلد آخر يتفق قانونه مع القانون الهولندي لقضى بغير ما انتهى إليه القاضي الفرنسي.[1]

في عبارة موجزة أن الاختلاف في التكييف يستتبع لزوما اختلافا في القانون الواجب التطبيق على الوصية، وهو اختلاف تتباين معه النتيجة النهائية للحل بين اعتبار الوصية صحيحة أو باطلة، فإذا اعتبرنا الحضر الوارد على إرادة الموصي الهولندي ينصب على الأهلية لوجب تطبيق القانون الهولندي بوصفه قانون الجنسية، بينما لو ألحقنا الحضر بمضمون فكرة الشكل لكان القانون الواجب الإعمال وفق قواعد الإسناد الفرنسية هو القانون الفرنسي بوصفه قانون الدولة التي تم فيها تحرير الوصية.[2]

وبعد صدور هذا الحكم الشهير علق الفقيه بارتان إلى أن القضاء الفرنسي لم يعتبر المنع من إجراء الوصية بالشكل العرفي مسألة تتعلق بالأهلية وإلا كان يتوجب تطبيق القانون الهولندي اعتبارا لكون الأهلية تخضع لقانون الجنسية، وعليه أيد بارتان الحل الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي في إخضاع التكييف للقانون الفرنسي.[3]

ثانيا:قضية ميراث المالطي. La succession du Maltais ou l'affaire Bartholo

وقد فصلت في هذه القضية محكمة استئناف الجزائر بتاريخ 24 سبتمبر 1889م وتتلخص وقائعها في أن زواجا تم بمالطا بين مالطيين طبقا للقانون المالطي، ثم هجر الزوجان إلى الجزائر وأقاما فيها، وتملك الزوج عقارا بها. بعد وفاته في الجزائر طالبت زوجته بحقها فيما تركه زوجها الذي خوله لها القانون المالطي، هذا الحق يعرف باسم ربع الزوج الفقير البائسLA QUARTE DU CONJOINT PAUVRE أو وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي كان في ذلك الوقت لا يعطي للزوجة إلا الحق في قسمة الأموال المشتركة وحقها في استرداد أموالها الخاصة[4]، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين أن

(1). **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010م، مرجع سابق، ص 102 ، 103 .

(2). الجدير بالذكر أن المثال الخاص بوصية الهولندي بالصورة التي عرضنا إليها في المتن لم تعد له إلا قيمة تاريخية ، فقد انضمت هولندا ومنذ سنة 1982م إلى اتفاقية لاهاي الموقعة في 05 أكتوبر 1961م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التصرف الإيصائي ومن غير أن تتحفظ على ذات الحل بمقتضى المادة 11 من الاتفاقية والتي وضعت خصيصا للتحفظ في خصوص الوصية التي يتم إبرامها في الشكل العرفي . انظر **عكاشة محمد عال:** مرجع سابق، ص111 .

(3). **يوسف سعيد البستاني:** مرجع سابق، ص610 .

(4). **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 2010م، مرجع سابق، ص 103 ، 104 .

يطبق على التكييف القانون المالطي أو القانون الفرنسي، فالمسألة تتعلق بتحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، هل يكيف هذا الحق على أنه جزء من الميراث فيطبق عليه القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد فيه (قانون موقع العقار) ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق المطالب به، أم يكيف على أنه حق لها بسبب بقائها على قد الحياة بعد وفاة الزوج ويعد منفعة زوجية فضلا عن الميراث وعلى ذلك يدخل هذا النصيب في النظام المالي للزوجين الذي يخضع للقانون المالطي باعتباره القانون الخاص بنظام أموال الزوجين، وفي الأخير المحكمة كيفت الحق المطالب به طبقا للقانون الفرنسي (قانون القاضي) على أنه جزء من الميراث ورفضت بذلك طلب الزوجة على أساس أن القانون الفرنسي لا يعترف للزوجة بهذا الحق وبالتالي رفض دعوى الزوجة.[1]

المشكلة الحقيقية في هذه القضية وعلى نحو ما سجله الفقيه بارتان تتمثل في تحديد طبيعة " نصيب الزوج المحتاج" الذي تطالب به الزوجة بوصفه حسب ادعائها حقا لها، هل هو حق يفرضه النظام المالي للزوجين والذي يحكمه القانون المالطي باعتباره قانون الإرادة الضمنية للمتعاقدين أم هو حق في الإرث يتقرر لها بوصفها وارثة لزوجها وهو ما يخضع للقانون الفرنسي بوصه قانون موقع الأموال؟ وبإعمال القواعد الموضوعية الخاصة بالميراث في ذلك الوقت لا تستحق الزوجة شيئا ويرفض طلبها.[2]

ثالثا: قضية أجدن الفرنسي

وقائع هذه القضية أن فرنسيا قاصرا تزوج بانجليزية في إنجلترا دون حصوله على إذن من والديه طبقا للمادة (148) من القانون المدني الفرنسي، ولما عاد إلى فرنسا طالب أمام القضاء الفرنسي إبطال الزواج للسبب المذكور فأبطله القضاء الفرنسي، ثم تزوج ثانية كما تزوجت زوجته الإنجليزية (السابقة) من زوج إنجليزي وعندما علم هذا الأخير سبق زواجها بالفرنسي طالب أمام المحاكم الإنجليزية ببطلان الزواج الثاني منها لتعدد الأزواج، فقضت محكمة الاستئناف الإنجليزية سنة 1908م ببطلانه واعتبار زواج الإنجليزية من الفرنسي صحيحا[3]، إذن أصبحنا أمام حكمين متعارضين والسبب راجع إلى التكييف واختلاف مفهومه في القانون الفرنسي عنه في القانون الإنجليزي، ففي القانون الفرنسي يعتبر رضا الأولياء وموافقتهم من الأشكال المكملة للأهلية وبالتالي يخضع لقانون الجنسية وهو القانون الفرنسي، بينما يعتبر في القانون الإنجليزي من الأشكال الخارجية ويخضع لقاعدة لوكيس (قانون محل الإبرام) وهو القانون الإنجليزي، وعلى ذلك عندما عرضت القضية أمام المحاكم الفرنسية كيفت النزاع بأنه يتعلق بالأهلية وطبقت عليه القانون الفرنسي (قانون الجنسية) ولكن لو كيفته طبقا للقانون الإنجليزي واعتبرت رضا الأولياء من الأشكال الخارجية وطبقت عليه قاعدة لوكيس لاعتبرت الزواج صحيحا، والعكس بالنسبة لموقف القضاء الإنجليزي.

(1). راجع تفاصيل هذه القضية في مجلة كلينيه Clunet،1891م، ص 171.

(2). أنظر في ذلك : **محمد وليد المصري** : مرجع سابق، ص 77 .

(3). **ممدوح عبد الكريم**: مرجع سابق، ص39 .

تبقى قضية أجدن هي الرائدة في المحاكم الانجليزية لأنها صدرت من محكمة الاستئناف وقررت أن الزواج الذي يتم في انجلترا ويكون صحيحا طبقا للقانون الانجليزي بين امرأة انجليزية متوطنة فيها، وفرنسي هو الآخر متوطن في انجلترا يصبح صحيحا ويعتبر هذا الزواج صحيحا بالرغم من عدم حصول الزوج على موافقة الأب كما تقتضيه المادة (148) من القانون المدني الفرنسي.[1]

رابعا: زواج اليوناني الأرثوذوكسي[2]

هذه المشكلة أثيرت أمام القضاء الفرنسي ووقائعها تتمثل في أن يونانيا أرثوذوكسيا تزوج في فرنسا من فرنسية في الشكل المدني المقرر في القانون الفرنسي، على الرغم من أن القانون اليوناني (قانون الجنسية) يفرض على مواطنيه إجراء الزواج في الشكل الديني ولو كانوا مقيمين خارج اليونان، وكان السؤال المطروح على القضاء الفرنسي هل يعد مثل هذا الزواج صحيحا أم باطلا؟

الإجابة على هذا السؤال تتوقف على التكييف الذي يجريه القاضي على المسألة الخاصة بالشكل الديني الذي كان يجب إفراغ الزواج فيه، فإذا كيف القاضي هذه المسألة على أنها شرط موضوعي يحكمه قانون جنسية كل من الزوجين ، معنى ذلك أن القانون اليوناني هو الذي يكون واجب التطبيق ويترتب على ذلك التصريح ببطلان الزواج.[3]

أما إذا كيف القاضي المعروض عليه النزاع المسألة على أنه مجرد شرط شكلي يحكمه قانون محل الإبرام فإنه وطبقا لقاعدة الإسناد في القانون الفرنسي فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي ومنه يكون الزواج صحيحا.[4]

النتيجة التي يمكن استخلاصها من الأمثلة السابقة هو اختلاف موقف القضاء بصدد التكييف الذي يعد مسألة مهمة يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق، وأن القضاء كيف الوقائع دائما طبقا للقانون الوطني نزولا عند إرادة المشرع الذي خص قانونه بأن يكون التكييف خاضعا للقانون الوطني.

الفرع الثاني: موقف الفقه من التكييف

(1) . **ممدوح عبد الكريم**: مرجع سابق، ص40 .

(2) . نقض مدني في 22 جوان 1955م ، دالوز ،ص 37، مع تعليق الفقيه «chavier» في مجلة كلينية 1955م، ص682، تعليق الفقيه «sialelli» في المجلة الانتقادية للقانون الدولي، لسنة 1955م، ص723. انظر ذلك في **عكاشة محمد عبد العال**: مرجع سابق، ص102 .

(3) . القانون اليوناني قبل تعديله سنة 1982م مكان يرى في المسألة الخاصة بإبرام الزواج في الشكل الديني ووفق مراسيم وطقوس معينة ترجمة للإرادة الإلهية التي يجب أن تظلل هذا الزوج بالعناية والرعاية، انظر **مايير**: القانون الدولي الخاص، الطبعة الخامسة ،الفقرة 148 .

(4) . سار القضاء المصري على نهج القضاء الفرنسي في قضايا مشابهة. راجع الأحكام التي أشار إليها **عز الدين عبد الله**: مرجع سابق، ص132. وأيضا **زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص105 .

اختلف الفقهاء في تعيين القانون الذي يخضع له التكييف، فالبعض يرى أن التكييف يخضع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وذهب الرأي الغالب إلى إسناده لقانون القاضي، في حين اقترح فريق ثالث الجمع بين القانونيين وقال فريق رابع بإخضاع التكييف للمبادئ العامة في القانون المقارن.

أولا: إخضاع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع

على الرغم من أن التشريعات الوطنية للعديد من الدول ـ متأثرة باتجاه فقهي قضائي غالب ـ كانت قد تبنت نظرية الفقيه بارتان بشأن إخضاع التكييف لقانون القاضي لكنها لم تسلم من الانتقاد ومحاولة الخروج عنها وذلك من خلال تبنيها لنظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع.[1]

ناد بهذا الرأي كل من الفقيه ديبانييه DESPAGNET في فرنسا وأيده باكسيوني PACCIONI في إيطاليا وولف WOLF في ألمانيا، وحجة هذا الفريق في ذلك أنه إذا أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى تطبيق قانون معين على علاقة قانونية وجب تطبيق هذا القانون، لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة به وفي حالة عدم الأخذ بوجهة نظره فسوف تشوه العلاقة موضوع النزاع، ويخلع عليها طبيعة تخالف ما هو مقرر لها وتكون النتيجة هي إما تطبيق القانون الأجنبي على علاقة هو غير مختص بحكمها، وإما أن يعطل عن التطبيق حيث كان يجب أن يطبق.

فثبوت الاختصاص لقانون معين بشأن فكرة مسندة معينة يقتضي بالضرورة قبول التصوير الذي يعطيه ذلك القانون لتلك الفكرة، فالتطبيق السليم لأي قانون ينبغي أن يشمل ذلك القانون بما يتضمنه من تكييفات خاصة لأن عملية التكييف هي في الأساس تحديد الأوصاف القانونية للنزاع باعتبارها جزءا لا ينفصل عن مضمون هذا القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانون القاضي.[2]

فالمسلم به أن إعطاء الوصف القانوني للمسألة محل النزاع يعتبر جزء لا يتجزأ من القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، فإن عدم الرجوع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع لتكييف المسألة يعد خرقا لهذا القانون وتطبيقا له في غير الحالات التي أراد المشرع تطبيقه فيها.

ويضيف أنصار خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي لحكم المنازعة يترتب على ذلك أثران لازمان : الأثر الأول سلبي، يتمثل في انتهاء دور ووظيفة قانون القاضي حيث لم يعد له صفة للتدخل، والأثر الثاني إيجابي حاصله إعمال القانون الأجنبي المختص على المسألة برمتها بما في ذلك تحديد الوصف القانوني الخاص بها، وبالتالي ينبغي ترك

(1) . الانعزالية القانونية l'isolationnisme juridique التي طبقت هذه النظرية كونت اتجاها جديدا نحو نظرية جديدة هي ضرورة إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع. أنظر: **يوسف سعيد البستاني :** مرجع سابق، ص617.

(2) . **حفيظة السيد الحداد :** الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 119 .

الاختصاص الكامل لهذا القانون دون فصل بين القواعد الخاصة بالتكييف والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق.[1]

ففي وصية الهولندي لو كيف القاضي إجراء الوصية في الشكل العرفي بأنه يتعلق بالأهلية وحماية الموصي لَطَبق القانون الهولندي ولَقضى ببطلانها، أما أنه اكتفى باعتبار كتابة الوصية شرطا لإثباتها ولا تمس الموضوع وهذا طبقا للقانون الفرنسي، لذلك أجازها على أساس أن شكل التصرفات يخضع لقانون بلد إبرامه.

غير أن هذا الرأي أنتقد لما يشتمل عليه من فساد ومصادرة على المطلوب حينما افترض مسبقا اختصاص قانون معين لحكم النزاع مع أن اختصاصه قبل إجراء التكييف احتمالي فقط مادام أن القانون المختص تتوقف معرفته على نتيجة التكييف، وبما أن التكييف لم يحصل بعد لذلك يبقى تعيين القانون المختص غير مؤكد بعد.[2]

كما أن إعمال هذه النظرية يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة، مثلا في وصية الهولندي النزاع منصب حول مسألة مختلف في طبيعتها، ما هي الحكمة من منع إجراء الوصية في الشكل العرفي؟. هل المسألة خاصة بالأهلية أو بالشكل؟ أيُّ قانون يكيف هذا المنع هل هو قانون الأهلية، أي قانون الجنسية أو قانون الشكل أي القانون المحلي؟، إذا تم تفضيل أحد القانونين على الآخر أمكن التساؤل لما لم نأخذ بالقانون الآخر؟!.

وهناك انتقاد آخر مستمد من طبيعة قواعد التنازع، فهذه القواعد هي قواعد وطنية بحتة ولا يعقل تنازل المشرع الوطني لفائدة القانون الأجنبي لتحديد مجال تطبيقها، فعندما ينص المشرع أن الميراث يخضع لقانون جنسية المورث أو أن الشكل يحكمه قانون محل الإبرام فهو يقصد بالميراث أو الشكل مفهومهما طبقا للقانون الوطني وحسب التصور الذي يعطيه لهما، لا كما يحدده قانون جنسية المورث في الحالة الأولى أو قانون محل الإبرام في الحالة الثانية.[3]

ويرى أيضا بعض الفقهاء[4] أن هذا الرأي لا يستقيم معه مقتضى المنطق القانوني حين تتوزع نقاط تركيز العلاقة القانونية بين عدة قوانين، فتركيز العقد خاضع لنقاط ارتكاز مادية متنوعة قد تكون موزعة بين عدة أقاليم، إذ يتطلب الأمر تحديد نقاط التركيز الرئيسية، وفي هذه الحالة ليس هناك أي قانون مختص مسبقا مما يستوجب تدخل قانون القاضي لإعطاء التوجيهات عن طريق التكييف.[5]

(1) . **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 130.

(2) . **ممدوح عبد الكريم** : مرجع سابق، ص42 ،43 .

(3) . **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ،ص133،132 .

(4) . راجع **محند إسعد:** القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص**185** .

(5) . **زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق، ص 106 .

نظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع لم تخلو من الانتقاد الصائب وخاصة إذا كانت قاعدة الإسناد المستخدمة في حل التنازع قاعدة مزدوجة الجانب ، فإن الانتقاد الموجه لقاعدة الإسناد المفردة لا يخلو من أهمية باعتباره موجها إلى الأخذ بالنظرية الأحادية وما تقول به من أن اعتمادها سوف يحقق نتيجة غاية في الأهمية في نطاق حل تنازع القوانين وهو القضاء على مشكلة التكييف من أصله .[1]

ثانيا: إخضاع التكييف لقانون القاضي.(نظرية كاهن وبارتان)

إخضاع التكييف لقانون القاضي Lex Fori كإفتاء لحل تنازع التكييفات يرتبط باسم الفقيه الفرنسي بارتان Bartin ومع ذلك يعد الفقيه الألماني كاهن من الناحية التاريخية أول من أبرز مشكلة التكييف وقال بإخضاعها لقانون القاضي[2] Qualification lege Fori la loi du Fori.

إذا كان الفقيه الألماني كاهن أول من قال بإخضاع التكييف لقانون القاضي عام 1891م، فإن الأستاذ الفرنسي بارتان أول من وضع نظرية متكاملة لهذه المسألة سنة 1897م مرتكزا في ذلك على بحثه الذي أجراه على قضيتين شهيرتين استخلصهما من القضاء الفرنسي وهي من القضايا التقليدية في فقه القانون الدولي الخاص وهما قضية وصية الهولندي وقضية ميراث المالطي اللتين عرضنا لهما سابقا، وتبين لنا كيف تم الفصل فيهما من قبل القضاء الفرنسي.

تبنى هذا الرأي جل الفقهاء في القانون المقارن وعلى رأسهم الفقيهان بارتان وكاهن وأوردوا جملة من الحجج تتمثل في الآتي:

حجة الأستاذ بارتان الذي يرى أن التنازع بين القوانين هو تنازع بين السيادات، ولا يتصور أن يتنازل المشرع عن التكييف لصالح قانون أجنبي، فبيان طبيعة المسألة التي تحكمها قاعدة الإسناد هو بيان لهذه القاعدة ذاتها، ومادامت القاعدة من صنع المشرع فإن بيان تفسيرها يخضع لقانون القاضي، ومن ثم يجب أن يخضع التكييف إلى قانون القاضي كقاعدة عامة، وعلى ذلك فإن التكييف هو تفسير لقواعد الإسناد لا غير وعلى القاضي أن يفسر قواعد الإسناد في قانونه وطبقا لهذا القانون أيضا، وبهذه المثابة فإن العدالة تقتضي أن يكون القانون الخاص بالتكييف قانونا واحدا وهذا لن يتأتى إلا بالأخذ بقانون القاضي لاعتبار هام وهو أنه في حالة تنازع عدة قوانين ليس من ضمنها قانون القاضي فيجب الاحتكام لهذا القانون طالما أن النزاع رفع أمام محاكمه.

(1) . أنظر في مختلف الانتقادات التي وجهت إلى نظرية إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع في **حفيظة السيدة الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص121 إلى غاية 107 . وأيضا **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص131 ،133 .

(2) . على الرغم من وحدة الباعث ى بين الفقهين فإن منهج كل منهما في التوصل إلى إبراز حقيقة استحالة القضاء النهائي على تنازع القوانين (بفعل التنازع الكامل بين التكييفات) كان مختلفا عن الآخر ، فبينما اتسم المنهج الذي استخدمه الفقيه كاهن بالطابع العقلاني المنطقي اتسم منهج الفقيه بارتان بالطابع العملي. أنظر ذلك في : **يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق ،ص 607 .

أسس الفقيه بارتان نظريته في إخضاع التكييف لقانون القاضي على أساس فكرة السيادة ،فتنازع القوانين حسب وجهة نظره هو في حقيقة الأمر تنازعا بين السيادات. فالمشرع الوطني إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي في بعض الفروض فهو بذلك يتنازل عن قدر من سيادته ولهذا يتعين الرجوع إلى المشرع الوطني ذاته لبيان مقدار ومدى هذا التنازل وحدوده.

ولما كان التكييف تتوقف عليه حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي إي تحديد الحالات التي يتنازل فيها المشرع عن جزء من سيادته لمصلحة القانون الأجنبي لذلك يجب أن يخضع التكييف للقانون الوطني الذي ينظم حدود هذه السيادة أي الخضوع لقانون القاضي.

وهكذا فإن الأمر الصادر من المشرع الوطني إلى قاضيه بتطبيق قواعد الإسناد ينطوي في الوقت ذاته على التزامه بأن يجري التكييف أيضا وفقا للمفاهيم السائدة في قانونه لأنها هي بذاتها التي يتحدد بمقتضاها الإطار الفعلي لتطبيق القوانين الأجنبية بوصفها اجتزاء من السيادة الإقليمية لتطبيق القانون الوطني.[1]

أيد جانب كبير من الفقهاء ما قال به الفقيه بارتان من أن الأصل هو إخضاع التكييف لقانون القاضي وإن اختلف معه في الأساس الذي بنى عليه نظريته، فليس صحيحا أن تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات، فالمشرع الوطني إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي فإن ذلك يكون بمقتضى قواعد التنازع ، ولا يتنازل عن قدر من سيادته ولا ينتقص منها إنما تتقرر إجازة تطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني بوصفه أكثر القوانين المتزاحمة اتصالا بالعلاقة محل النزاع وأكثره ملاءمة لحل المنازعة ذات الطبيعة الخاصة الدولية[2]، وإذا خلصنا إلى هذه الحقيقة تعين علينا أن نشير إلى أن اختصاص قانون القاضي يرد عليه تحفظ هام وجملة من الاستثناءات.

فالتحفظ هو أن اختصاص قانون القاضي يتوقف على التكييف الضروري لتحديد قاعدة الإسناد ويسمى بتكييف الاختصاص، أما التكييفات اللاحقة أو المكملة فينفرد بها القانون المختص فعلى سبيل المثال يتوقف دور قانون القاضي عند تكييف النزاع بأنه يتعلق بالأهلية، أما التكييفات اللاحقة الخاصة بسن الرشد والتمييز بين أهلية التصرف وأهلية الأداء، ومن هو القاصر والبالغ؟. وما هي عوارض الأهلية فيحددها القانون الأجنبي أي قانون جنسية أو موطن الشخص المعني الطرف في النزاع؟.

(1). أنظر : **عكاشة محمد عبد العال**: مرجع سابق ، ص112 .

(2). قدم الفقه الفرنسي الغالب المؤيد لنظرية بارتان ولأجل تدعيمها والقبول بها في إخضاع التكييف لقانون القاضي جملة من الحجج والاعتبارات:
. حجة قانونية ترتكز على أن التكييف هو تفسير لقاعدة التنازع وهي قاعدة قانونية وطنية .
. حجة عملية مفادها أنه من المتعذر معرفة قاعدة الإسناد قبل إجراء التكييف.
. حجة ذات طابع نفسي فالقاضي يتأثر حتما بالمبادئ السائدة في قانونه ويميل بالفطرة إلى تطبيقها بل ويفضل قانونه على بقية القوانين الأخرى.
. حجة منطقية وحدانية التكييف عند إعمال قاعدة الإسناد. أنظر تفصيل هذه الحجج في : **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص112 ،113 .

وأما الاستثناءات فتتمثل في:

1 – بالنسبة لتكييف المال وتحديد صفته من حيث كونه عقارا أو منقولا، وتحديد طبيعة الحقوق التي يمكن أن تترتب عليه فيخضع لقانون موقعه إن كان عقارا ولقانون مكان تواجده وقت تحقق السبب إن كان منقولا وليس لقانون القاضي.[1]

2 – أن تكييف الفعل الضار هل هو مشروع أو غير مشروع، وإذا كان غير مشروع فهل يرتب المسؤولية المدنية أو المسؤولية الجزائية يخضع لقانون المكان الذي وقع الفعل الضار في إقليميه، لأن اختصاص هذا القانون من النظام العام.[2]

3 – إذا تعلق محل النزاع بنظام قانوني غير معروف في قانون القاضي كنظام الانفصال الجسماني وهو نظام غير معروف في القوانين العربية باستثناء القانون الجزائري في المادة(12-2) من القانون المدني وجب أن يخضع التكييف للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام وإلا شوهت الطبيعة القانونية لمحل النزاع.

4 – عند وجود معاهدة دولية تقضي بإخضاع التكييف لقانون أجنبي وجب العمل بهذا القانون احتراما للمعاهدة الدولية.[3]

بالرغم من وجاهة وقوة حجية نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي فإن هذه النظرية تعرضت للنقد، فهي من الناحية العملية تؤدي إلى عدم التيقن من القانون الواجب التطبيق وذلك لعدم علم أطراف العلاقة المسبق بالقاعدة الواجبة الإتباع، وما يترتب على ذلك من إخلال بالاستقرار المتطلب للمعاملات ، ومن ثم فإن الاعتماد على النظرية يؤدي إلى عدم التعرف على وجه التأكيد على القانون الذي يحكم العلاقة القانونية منذ نشوئها إلى حين انتهائها طالما لم يثر بشأنها أي نزاع أمام المحاكم، ومن ثم فإن القانون الذي يحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لا يُعرف إلا بعد إقامة الدعوى.

أما استقرار المعاملات الخاصة يستوجب التعرف على القانون الذي ينظم العلاقة ويحكمها منذ ظهورها حتى انتهائها. فنشوؤها واستمرارها وإنتاج أثارها القانونية يتطلب استيفاء شروط شكلية وأخرى موضوعية بمقتضى القانون المختص، وعليه يطرح التساؤل الجوهري . ما هو القانون الذي ينظم العلاقة القانونية التي لم تثر تنازعا؟.

(1) .المادة (17) من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يخضع تكييف المال سواء (الأصح ما إذا كان) عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

(2) .تنص المادة (20) من القانون المدني الجزائري على "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام....." .

(3) .تنص المادة (154) من الدستور الجزائري لسنة 2020 على: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون". وتنص المادة (21) من القانون المدني الجزائري: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

لا شك أن تعيينه (أي القانون) يتوقف على التكييف، وإخضاع هذا الأخير لقانون القاضي لا يمكّننا من تحديد طبيعة العلاقة القانونية وبالتالي يتعذر تشخيص القانون المختص مادام التنازع بشأن تلك العلاقة لم ينشأ بعد ، ويظل القانون المنظم للعلاقة مجهولا مادامت الدعوى لم ترفع أمام القضاء.[1]

ثالثا: إخضاع التكييف لقانون القاضي والقانون الأجنبي معا

ويتم التوصل إلى هذا الحل في رأي بعض الفقهاء بإجراء تكييفين متلاحقين، تكييف يتم طبقا لقانون القاضي، وبموجبه يتحدد التعريف العام المجرد للعلاقة القانونية كي تتبين قاعدة الإسناد التي تحكمها، وتكييف يوصف بالثانوي يجري وفقا للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع في قانون القاضي.[2]

وفي رأي البعض الآخر من الفقهاء يجري تكييفان وإسنادان على وجه التعاقب، تكييف وإسناد مؤقتان طبقا لقانون القاضي وتكييف طبقا للقانون الأجنبي المختص يلحق به إسناد نهائي طبقا لقانون القاضي، ولو أن هذا الرأي حاول تلافي الانتقادات الموجهة للرأيين الأول والثاني، إلا أن تطبيقه ينطوي على جملة من الصعوبات ويشوبه الغموض ومع ذلك لا يمكن تجاهل الأفكار المهمة التي يقوم عليها، إذا كان التكييف مبدئيا يتم طبقا لقانون القاضي، ولكن للقانون الأجنبي دوره في تنازع التكييفات لاسيما بالنسبة للنظم التي لا يعرفها قانون القاضي.

وحسب وجهة نظر أنصار هذه النظرية أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي معين باعتباره قانون جنسية المتوفي مثلا، إذن المسألة كيّفت وفق قانون القاضي على أنها ميراث فيجب أن يحدد هذا القانون ما يعتبره وما لا يعتبره من قبيل الإرث، إذ لا يمكن فصل تكييف الدعوى عن تكييف موضوعها، بحيث يجب أن يكيف وفق القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، وإلا أصبح مصير الحق معلقا على محض الصدف أو بعبارة أخرى على المكان الذي تُرفع الدعوى أمام محاكمه.[3]

وفي خلاصة لإمكانية الاستفادة بالمزايا التي جاءت بها هذه النظرية أن القاضي الوطني عليه ببحث العلاقة وفقا لما ينص عليه قانونه وهو المبدأ الأساس والأصل في العملية التكييفية ولا مانع من الاستعانة في ذلك بأحكام القانون الأجنبي خاصة إذا كان قانونه لا يعرف مثل هذه المسائل.[4]

(1) .. **حسن الهداوي** :مرجع سابق ، ص60 ، 61 .

(2) . **زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق ، ص109 .

(3) . **بلمامي عمر** : مرجع سابق ، ص260 وما بعدها.

(4) . مثلا في النظم الغربية هناك ما يسمى بالانفصال الجسماني الذي لا يوجد في النظم العربية باستثناء البعض مثل النظام القانوني الجزائري.

والنقد الذي يمكن توجيهه إلى نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي والقانون الذي يحكم النزاع يتمثل في أن إجراء تكييفين متلاحقين وفق قانونين مختلفين أمر لا يمكن قبوله لأسباب عديدة، فهو يؤدي إلى إطالة أمد المنازعة وإضاعة الوقت والجهد و يؤدى إلى تطبيق قانون آخر غير قانون القاضي الذي أشار إلى تطبقه، كما لا توجد فائدة عملية من وراء هذه التكييفات المتعددة والمتلاحقة التي تتطلبها هذه النظرية[1]، ولذلك لم تنل هذه النظرية القبول والاهتمام الكافي لا من القضاء ولا من المشرعين ولا من الفقه.

إن التكييف يمر بمرحلتين، مرحلة تحضيرية يحصل فيها تحديد وصف المسألة طبقا للقانون الأجنبي ولو أن نتيجته تبقى من حيث التصنيف مستبعدة، ومرحلة الفصل في طبيعة المسألة وتتم حسب المفاهيم القانونية المقررة في قانون القاضي، والمعروف أن من مهام القانون الدولي الخاص التنسيق وتوزيع الأدوار بين الأنظمة القانونية المختلفة.

رابعا: إجراء التكييف وفقا للقانون المقارن

ناد بهذا الرأي الفقيه الألماني رابيل Rebel ويستند في تبريره إلى أن قواعد الإسناد تهم العلاقات الدولية، وأن تحديد الأوصاف القانونية التي تضمها يجب توحيدها باعتماد الأفكار العالمية المجردة السائدة في القانون المقارن، لذا ينبغي أن يكون الوصف القانوني الذي تتضمنه الفكرة المسندة هو الفكرة المجردة لذلك النظام القانوني المعمول به عالميا بمقارنة قوانين الدول المختلفة وليس هو النظام المقرر في هذا القانون أو ذلك.

ويستند الفقيه رابيل في تدعيم نظريته إلى حجة تبدو منطقية مؤداها أن قاعدة الإسناد وضعت لسد حاجة المعاملات الدولية، وأن من شأن الأخذ بها تطبيق قوانين مختلف الدول ومن ثم وجب أن يتحدد مضمون الفكرة فيها تحديدا عالميا يلبي حاجة المعاملات التي وضعت القاعدة القانونية من أجلها، وعليه يتعين إجراء هذا التحديد بمقارنة قوانين الدول المختلفة لبلورة الفكرة واستجلاء مضمونها ويتم ذلك كله دون التقيد بالتكييف المعتمد في دولة بعينها.

وترتيبا على ذلك ذهب الأستاذ رابيل إلى القول بأن النظريات القائلة بإخضاع التكييف لقانون معين سواء أكان هذا القانون قانون القاضي أو القانون الذي يحكم النزاع لا يتلاءم مع طبيعة المعاملات الدولية الخاصة.[2]

إذا كانت نظرية الفقيه رابيل تدعو إلى وجوب أن تقارن التشريعات المختلفة مقارنة تحليلية حتى يمكن أن يستخلص مضمون أو مدلول عام مجرد للفكرة المسندة تتلاقى عليه الدول، فإن هذه النظرية سعت إلى

(1). **ممدوح عبد الكريم** : مرجع سابق ،ص46 .

(2). **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 134 ، 135 .

وضع مفاهيم عالمية موحدة للقانون الدولي الخاص رغم الصعوبات العملية والعوائق الكثيرة التي تحول دون تحقيق هذه المثل العليا التي تنشدها هذه النظرية المثالية، وإن كانت نبيلة المقاصد لكنها عسيرة التحقق إذ لم يقل بها القضاء ولم تأخذ بها القوانين الوضعية.[1]

وإن كان هذا الرأي يهدف إلى تحقيق مثل عليا توحيدا للمفاهيم القانونية الأساسية التي تعد أسسا للعلاقات الدولية الخاصة ومن شأنه القضاء على مشكل تنازع التكييفات بتوحيد المفاهيم القانونية للفئات المسندة، إلا أنه رأي بعيد المنال والتحقق من الناحية العملية في الوقت الراهن حيث أصبحت دراسة مسائل القانون الدولي الخاص دراسة وطنية أكثر منها دراسة عالمية.[2]

ومع ذلك ينبغي الاعتراف بأن هذه النظرية قد نبهت الأذهان إلى الأهمية التي يفيض بها المنهج المقارن في تنازع القوانين بشأن عملية التكييف على الأقل لكي يمكن التوسع في مفهوم قانون القاضي نفسه حتى يستجيب للاعتبارات الدولية وعدم تجاهل الدور الذي يلعبه القانون الأجنبي عند تكييف المسألة المعروضة على القضاء بغية الوصول إلى اختيار القانون الذي يخضع له التكييف.

الفرع الثالث: موقف التشريع من التكييف

إذا كانت قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي مستقرة فقها وقضاء وتشريعا وتبنتها أغلب الدول الأوروبية والأنجلو سكسونية ونصت عليها بعض المعاهدات الدولية في القانون الدولي الخاص إلا أن هناك بعض الدول كاليونان وألمانيا وإيطاليا أغفلت النص عليها معتبرة التكييف من قبيل التفسير الذي يتولاه القاضي الوطني.

أما بالنسبة للدول العربية فقد نصت على التكييف وأخضعته لقانون القاضي[3] فجاء في المادة (09) من القانون المدني الجزائري ما يلي: "أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"، إلا أنه يمكن أن نسجل بعض الملاحظات في هذا المجال:

(1). **يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق ،ص 621 .

(2). **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق ، ص128، 129.

(3). راجع في ذلك: المادة (10) مدني مصري، المادة (10) مدني ليبي، المادة (11) مدني سوري، المادة (17) فقرة 1 مدني عراقي، المادة (11) مدني أردني، المادة (10) من القانون رقم 5 لسنة 1985 بدولة الإمارات العربية المتحدة المادة (31) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، المادة(23) من القانون المدني اليمني، كما تبنى هذا الرأي جل الفقهاء العرب، مشار إلى ذلك في: **الطيب زروتي**: مرجع سابق، ص110،111.

أولا: المراد بقانون القاضي الذي يخضع له التكييف هو النظام القانوني في دولة القاضي برمته ومفاهيمه الأساسية لأنواع العلاقات القانونية كالأحوال الشخصية والأموال والشكل والالتزامات التعاقدية، وغير التعاقدية ومن ثم لا ينبغي التقيد بالشروط التفصيلية والجزيئات المقررة في قانون الموضوع.

ثانيا: النص على أن الشريعة الإسلامية مصدر للقانون في الدول العربية مع الاختلاف في ترتيبها عامل مهم في توحيد التكييف في القوانين العربية، ولا يقتصر الأمر على الأحوال الشخصية باعتبارها الشريعة العامة والمصدر الأساسي وإنما لجميع أنواع العلاقات المالية الأخرى.

ثالثا: المراد بالتكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو التكييف الأولي الضروري لتعيين قاعدة الإسناد المطبقة في قانون القاضي وعندما يتعين القانون المختص فإذا كان هو قانون القاضي فيرجع إلى النصوص الموضوعية ومن ثم يرجع إليه في كل ما يخص التكييفات اللاحقة .

ربعا: بالنسبة للقانون الجزائري لم يتضح من خلال المادة (09) من القانون المدني والنصوص المماثلة لها في القوانين العربية، ما إذا كانت القوانين العربية أخذت بنظرية **بارتان** بكاملها مضمونا واستثناءات أم أن الاستثناءات التي أوردتها نظرية بارتان مستبعدة.

خامسا: إن كان قانون القاضي هو المرجع في التكييف ولكن بالنسبة للعلاقات القانونية غير المعروفة في قانون القاضي المفروض أن يرجع فيها للقانون الأجنبي المختص حتى لا تشوه طبيعة موضوع النزاع، هذا التحفظ غير وارد بالرغم من أهميته ومثالها نظام الانفصال الجسماني قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005م.[1]

نخلص الى لن التكييف من الخطوات الأساسية في حل تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص، نظرا لدوره المحوري في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الدولية الخاصة، فالقاضي الناظر في النزاع وقبل تطبيقه لقاعدة الاسناد عليه القيام بعملية أولية ضرورية تتمثل في التكييف، قصد تحديد طبيعة العلاقة القانونية ووضعها ضمن طائفة قانونية لمعرفة القاعدة القانونية المختصة بها.

وشكلت القاعدة التي ناد بها الفقيه الفرنسي"إتيان بارتان" المتمثلة في خضوع التكييف لقانون القاضي نقطة تحول أساسية في حل إشكالات تنازع القوانين، ومن خلالها يحتكم القاضي الى قانونه الوطني لتحديد طبيعة العلاقة القانونية ولاقت نظرية بارتان قبولا لدى فقهاء القانون الدولي الخاص، وتبنتها عديد تشريعات الدول المقارنة، ومنها المشرع الجزائري الذي اعتمد في الكثير من المواضيع على الحلول الفقهية

(1) . أكثر تفاصيل في موقف التشريع من التكييف أنظر كل من : **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص132 إلى 146 . و**عكاشة محمد عبد العال**: مرجع سابق، ص 137 الى 180 .

مراعيا بعض الخصوصيات التي يستوجبها المجتمع الجزائري وهو ما تم تجسيده في تعديل القانون المدني سنة 2005 .

من جهته الفقه لعب دورا محوريا في الكشف عن الحلول الأكثر ملاءمة للتكييف لتجاوز العقبات التي تحدثها قاعدة قانون القاضي في التكييف، وتم الأخذ بهذه الحلول الفقهية عبر مختلف الأنظمة القانونية، ومنها قواعد التنازع الجزائرية، وان كانت هذه الحلول غير ناجعة في بعض الحالات، إذ لا يمكن اعتبارها مطلقة وكافية لحل كل الإشكالات التي يثيرها التكييف، خاصة مع التنوع الهائل الذي تعرفه الأنظمة القانونية، مما يتوجب معه توسيع الفئات المسندة وإعطاء أهمية اكبر للقانون الاجنبي في عملية التكييف على النحو الذي يسمح لقاعدة التكييف في قانون القاضي ان تكون أكثر ملاءمة لتتماشى مع الواقع القانوني المستجد ضمن منهجية مرنة تستوعب كل الحالات التي يمكن ان تشملها العلاقات القانونية الدولية الخاصة.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من التكييف.

لدراسة موقف المشرع الجزائري من التكييف عند تنازع القوانين، حاولنا معالجته في نقطتين الأولى تتعلق بخضوع مسألة التكييف في التشريع الجزائري لقانون القاضي كأصل عام، والثانية تخص الاستثناءات الواردة على خضوع مسألة التكييف إلى قانون القاضي الوطني.

الفرع الأول: خضوع التكييف لقانون القاضي كأصل عام.

نظم المشرع الجزائري مسألة التكييف بنص قانوني صريح تبنى فيه نظرية بارتان في خضوع التكييف من حيث المبدأ لقانون القاضي، وبذلك يكون قد جارى معظم التشريعات العربية الحديثة، ونصت المادة (09) من القانون المدني على ما يلي: " **يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه**".[1]

ويبدو من خلال نص هذه المادة أن المقصود بالتكييف هنا هو التكييف الضروري أو الأولي أو السابق على مرحلة حل التنازع بين القوانين، أما التكييفات اللاحقة أو الثانوية فإنها تدخل ضمن تكييف قانون القاضي، و من ثم يتعين خضوعها للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد والذي يرجع في شأنه للقانون المختص بحكم النزاع Lex - Cousae.

(1) . يلاحظ أن هناك اختلاف في الصياغة بين النص العربي والنص الفرنسي، حيث ورد في النص الفرنسي مصطلح Catégorie ويعني به الطائفة ، في حين ترجمت في بعض الكتب . كتاب **محند اسعاد** . على أنها الفئة وهذا خطأ كما أن عبارة تحديد نوعها باللغة العربية صياغة غير موفقة والأصح هو تحديد طبيعتها، ذلك أن التكييف لا يتناول الطائفة أو الفئة وإنما يتناول العلاقة القانونية

من المسلم به أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية التكييف التي نادى بها الفقيه بارتان وبالتالي فإن الرجوع إلى القانون الجزائري لتحديد طبيعة النزاع المعروض على القاضي الجزائري وإدراجه ضمن طائفة أو نظام من النظم القانونية والتي خصها المشرع بقاعدة إسناد(كالقانون المدني، القانون التجاري، قانون الأسرة) وغيرها من النظم القانونية الأخرى أمر لا يمكن تجاوزه ومن ثم يمكن القول أن نص المادة السالفة الذكر يعد قاعدة عامة ترد عليه بعض الاستثناءات.[1]

والسؤال الجدير بالطرح هنا هو: ما هو المقصود بقانون القاضي (القانون الجزائري) الذي يرجع إليه في عملية التكييف؟ وهل المقصود بقانون القاضي القانون الداخلي بجميع تقسيماته وفروعه وأفكاره وتعريفاته ؟ أو أن ثمة أفكار وتعريفات خاصة بقواعد الإسناد ؟

للوقوف على معرفة مفهوم قانون القاضي يلاحظ أن هناك خلافا فقهيا حادا حول هذا الموضوع، فمن المعروف أن الوظيفة الأساسية لقواعد الإسناد هي تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع، فتشير مثلا بتطبيق قانون الجنسية إذا كانت المسألة المتنازع فيها تدخل ضمن طائفة الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج والمواريث[2]، ولذلك يجمع غالبية الفقه الحديث بالنسبة لهذه التساؤلات أن التقسيمات التي يضعها المشرع الوطني للقانون الداخلي تسري أيضا بالنسبة لتطبيق قواعد الإسناد، ذلك أن موضوع قواعد الإسناد هو تقسيم القانون الداخلي في مجموعه وتوزيع قواعده بين مجموعات معينة بقصد إسنادها إلى قانون معين[3]، فقواعد الإسناد لها موضوعها الخاص وهو تنظيم العلاقات الدولية المشتملة على عنصر أجنبي، وهي بهذا الوصف علاقات لا تتطابق مع العلاقات الخاصة الداخلية ، ولذلك ينبغي ألا تؤخذ أفكار القانون الداخلي كما هي في كل الأحوال.

ولذلك يرى فقهاء القانون الدولي الخاص على سبيل المثال أن يفسر مفهوم فكرة الشكل في القانون الدولي الخاص تفسيرا أكثر اتساعا وألا تؤخذ بمعناها الضيق كما هو في القانون الداخلي ، وذلك حماية وتشجيعا للعلاقات الخاصة الدولية، وبالنظر إلى هذه الاعتبارات يكون المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير عندما اعتنق نظرية بارتان وأخضع التكييف من حيث المبدأ إلى قانون القاضي وفي نفس الوقت ترك له

(1). أنظر **عكاشة محمد عبد العال**: مرجع سابق،ص113،112 .

(2) . -«Ainsi le droit interne connait la distinction des règles de forme et les règles de capacité qu'il utilise notamment de Sanctionner les premières d' une nullité absolue et les Secondes d'une nullité relative ».

أنظر ذلك في : **حسن عبد السلام جابر** : الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص على أساس التشريع المصري وفي أحكام الفقه والقضاء ، المطبعة العصرية، الإسكندرية، 1985، ص 116 .

(3). **بلماني عمر** : مرجع سابق ، ص 283 .

هامشا معتبرا من الحرية في الرجوع إلى القانون الأجنبي والاستئناس به في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على خضوع التكييف إلى قانون القاضي الوطني

وبناء على ما تقدم بيانه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم مسألة التكييف كمبدأ عام ومرحلة أولية لا بد منها قبل البدء في أية مرحلة من مراحل البحث عن القانون الواجب التطبيق وقد أخضع هذا المبدأ إلى قانون القاضي كقاعدة عامة وليس للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع، أو القانون المقارن، غير أن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة حيث ترد عليها بعض الحالات – الاستثناءات- يتعذر فيها تطبيق القاعدة العامة.

تصادف القاضي الجزائري بصدد النزاع في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بعض الصعوبات تحول دون تطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة (09) من القانون المدني والمتعلقة بالتكييف، يستحيل عليه التغلب عليها وتجاوزها إلا من خلال الأخذ ببعض الاستثناءات التي تكون تارة منصوصا عليها صراحة، وتارة احتوتها قواعد التنازع الجزائرية، وفي بعض الحالات تفرضها الاستحالة المادية في التشريع الجزائري. والاستثناءات الواردة في المادة (09) من القانون المدني والتي لا يخضع فيها التكييف للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي يمكن حصرها كالأتي:

أولا: الاستثناء المتعلق بوصف المال.

في واقع الحال أن التشريعات لا تختلف حول تطبيق قانون موقع المال سواء كان منقولا أو عقارا، فقانون موقع المال هو الذي يطبق على الأحوال العينية وتشمل هذه الأحوال كل الحقوق العينية الواقعة على العقار أو على المنقول ، كما تشمل حق الملكية وأسباب كسبها.

نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الاستثناء في المادة (1/17) من القانون المدني "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها" وبالتالي خلى هذا النص من الإشارة الصريحة إلى خضوع التكييف إلى القانون الجزائري مما يفيد بأنه لا يوجد ما يمنع القاضي الجزائري من الرجوع في تكييف العلاقات التي تعرض عليه وتتعلق بالمال إلى قانون موقعه ، وذلك كاستثناء من الأصل العام السالف بيانه ، والسبب في ذلك هو أن المشرع الجزائري يأخذ بالتكييف الأولي الضروري ، ولا يأخذ

بالتكييف الثانوي اللاحق فهذا الأخير من اختصاص القانون الأجنبي[1]، كما إن إخضاع تكييف المال إلى قانون موقعه بدلا من قانون القاضي يعني ذلك جعل تطبيق القانون الأجنبي كاملا دون تجزئته وهو لا شك أمر محبذ.

وحدد المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية في المادة 17 مكرر من القانون 05-10 ويكون بذلك قد وضع حدا لمسائل خلافية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على هذه الأصناف من الأموال.[2]

ومما سبق يتضح أن المشرع الجزائري سوّى بين المنقولات بجميع أنواعها والعقارات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق وأخضعها في جميع الحالات لقانون الجهة التي تتواجد بها، وعلى هذا النحو فإذا تصدى القاضي لإعمال قاعدة الإسناد الواردة بالمادة 17 و17 مكرر من القانون المدني فيتوجب عليه أن يقوم بتكييف المسألة المعروضة وفقا للقانون الجزائري ليتبين له ما إذا كانت تدخل في مضمون فكرة الحقوق العينية المذكورة في تلك المادة من عدمه، ومن ثم إذا تبين للقاضي أن العلاقة المطروحة أمامه مما يندرج في هذه الحقوق، فإن تحديد وصف المال بعد ذلك يخضع بداهة لقانون الموقع لا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، وإنما بوصفه تكييفا ثانويا يخضع للقانون المختص أو للقانون الذي يحكم النزاع.[3]

وخلاصة القول أن موقف المشرع الجزائري من التكييف أنه أخذ لما توصل إليه التطور الفقهي والتشريعي في مجال نظرية التكييف ككل، إذ قنن الفكرة كقاعدة عامة وأخضعها إلى قانون القاضي واستعمل الصياغة المرنة في النص على التكييف بالنسبة للاستثناءات التي أوردها الفقيه بارتان على نظريته وبذلك يكون قد أجاز الاستئناس بالقانون الأجنبي.

ثانيا: الاستثناء في حالة وجود معاهدة أو نص قانون خاص .

قيد المشرع الجزائري تطبيق القاعدة الواردة في نص المادة (09) من القانون المدني التي تجعل الاختصاص إلى قانون القاضي في مسألة التكييف بعدم وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر تحدد القانون الذي يخضع له التكييف في العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.

(1) . تحديد وصف المال لا يبدو إلا كتكييف ثانوي لاحق وهو يخضع لقانون موقع المال بوصفه القانون المختص، لا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، وإنما إعمالا للتفرقة التي أقامها بارتان بين التكييف السابق، والتكييف اللاحق، أنظر في ذلك : **إبراهيم أحمد إبراهيم** : مرجع سابق، ص 78 .

(2) . تنص المادة (17) مكرر من القانون المدني : يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى .

(3) . أنظر : **حفيظة السيد الحداد**: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص144،143 . وأنظر أيضا **سعيد يوسف البستاني** : مرجع سابق، ص 613.

وعليه فإن المشرع الجزائري حسم موقفه ضمن نص المادة (21) من القانون المدني موجبا الرجوع في التكييف إلى بنود المعاهدة الدولية النافذة في الجزائر عندما تكون هذه الأخيرة قد حددت القانون الذي يحكم التكييف ، وبذلك فإن أحكام المعاهدة في هذه الحالة هي التي تكون لها الأولوية في التطبيق.[1]

ونفس الحكم في الحالة التي يكون فيها نص قانوني خاص ينص صراحة على أن تكييف العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، فبوجود هذا النص يلزم القاضي الجزائري الاعتداد بهذا القانون المعين لتحديد طبيعة النزاع ويأخذ بالتكييف الوارد في النص القانوني الخاص .

ثالثا: الاستثناء المتعلق بالالتزامات التعاقدية .

نص المشرع الجزائري على هذا الاستثناء في المادة (18) من القانون المدني[2] وفي هذا النص لم يقيد اختيار أطراف العلاقة القانونية لقانون أجنبي بأي قيد سوى أن يكون للقانون الذي تم اختياره من المتعاقدين صلة بهما أو بالعقد، مثل الجنسية المشتركة أو الموطن أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

وإذا كان المشرع الجزائري قد كفل احترام مبدأ سلطان الإرادة في حرية المتعاقدين في اختيارهما للقانون الذي يحكم العقد فإن المنطق يقتضي استبعاد القانون المختار إذا انطوى الاختيار على غش نحو القانون الواجب التطبيق. ولأنه أيضا من غير المعقول أن يختار المتعاقدان قانونا لا صلة له مطلقا بهما ولا بعقدهما ، دون أن يكون من وراء ذلك تحايلا يقصد منه التهرب من القانون الواجب التطبيق.[3]

رابعا: الاستثناء المتعلق بحالة الاستحالة المادية .

الأنظمة القانونية تختلف من مجتمع إلى آخر، وليس غريبا أن بعض المجتمعات لا تعرف الأنظمة القانونية للمجتمعات الأخرى ، وهو ما يسمى بالاستحالة المادية في تكييف العلاقة موضوع النزاع . في واقع الأمر أن المشرع لم يتعرض إلى هذه المسألة –الاستثناء- مكتفيا بالقاعدة العامة في إخضاع التكييف من حيث المبدأ إلى قانون القاضي المنصوص عليه في المادة التاسعة من القانون المدني.

(1) . تنص المادة (21) من القانون المدني الجزائري "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك قانون خاص أو في معاهدة نافذة في الجزائر" .

(2) . تنص المادة (18) من القانون المدني على "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

(3) . التقييد الذي أورده المشرع الجزائري لم يرد على مبدأ سلطان الإرادة في حد ذاته وإنما اقترن بشرط توافر صلة بين العقد أو المتعاقدين وبين القانون المختار، وبذلك يكون القصد منع الأطراف المتعاقدة من استغلال هذا المبدأ كوسيلة للتحايل على القانون ، أنظر ذلك في: **علي علي سليمان** : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة 1991، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 106 وما بعدها .

غير أن المشرع الجزائري وبموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني أورد الاستثناء الخاص بالانفصال الجسماني ضمن الفقرة الثانية من المادة (12) مدني.[1]

وهذا النظام غير معروف سابقا في القانون الجزائري ، وبذلك يتوجب على القاضي الجزائري إذا عُرض عليه نزاع يتعلق بالانفصال الجسماني أن لا يطبق القاعدة العامة في التكييف وإنما يطبق الاستثناء المتمثل في قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

وخلاصة ذلك أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية بارتان في أوج تطورها باستعماله الصياغة المرنة في التكييف، وجعل القانون الجزائري هو المرجع في التكييف، مما يسمح للقاضي بالتوسع في تفسير مفهوم قواعد إسناد الدولية وذلك بالاستئناس بأحكام القانون الأجنبي في إعطاء مفهوم موسع وشامل للفكرة المسندة وهذا استجابة للاعتبارات الدولية في فض النزاعات ذات العنصر الأجنبي والبحث عن أكثر القوانين ملاءمة والكشف عن الخصائص الأساسية للعلاقات أو للمراكز القانونية.

ينبغي التنويه انه وفي كل الحالات ألا يمس التكييف الذي يعطيه القانون الاجنبي أو الاتفاقية الدولية للواقعة المطروحة على القضاء الجزائري بالنظام العام الجزائري، فالمحكمة العليا شددت رقابتها على تطبيق القانون الاجنبي في بعض القضايا(شؤون الأسرة) لكون هذه الأخيرة من المواضيع الحساسة المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، فالمادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أشارت الى ان الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا عند مخالفة القاضي الجزائري للقانون الاجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ونصت أيضا الفقرة السابعة من ذات المادة على إمكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا بسبب مخالفة القاضي لأحكام اتفاقية دولية نافذة في الجزائر، وطبقا لنص المادة 360 من القانون السالف الذكر التي تجيز للمحكمة العليا ان تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض.[2]

للإشارة ان الغرض من هذه المادة(358)لا تعني إلزام القاضي بتطبيق القانون الاجنبي أو الأخذ بالتكييف الذي يعطيه هذا القانون المتعلق بقانون الأسرة " بل تشديد رقابة المحكمة العليا على القاضي الجزائري في قضايا شؤون الأسرة" حتى لا يتم تطبيق القانون الاجنبي على نحو متعارض مع النظام العام أو قانون الأسرة الجزائري المستمدة اغلب أحكامه ونصوصه من الشريعة الإسلامية، لان المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية تعد من المسائل الحساسة التي تدخل في نطاق النظام العام الجزائري.[3]

(1) . تنص المادة 12-2 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى

(2) . راجع المادتين 358 الفقرتين 6،7 والمادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(3) . ناتوري كريم: التكييف في تنازع القوانين بين النظرية والتطبيق، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد التاسع العدد الثاني(2025) ص 1164.

ما يمكن الانتهاء إليه بالنسبة لموقف المشرع الجزائري انه حاول التوفيق بين المبادئ الفقهية القديمة والتطورات الحديثة لمجالات القانون الدولي الخاص من قبيل موضوع مبدأ سلطان الإرادة، ومكانة المعاهدة الدولية ضمن قواعد تنازع القوانين وغيرها، فالواقع العملي أبان عن نقص في التقنين يوجب تدخل المشرع بما يضمن الانسجام والفعالية بين القواعد الوطنية والتحولات العالمية التي يعرفها القانون الدولي الخاص.

التطور الذي عرفته نظرية التكييف لم يكن مسالة فقهية مجردة، بل حتمية تشريعية وقضائية لتحقيق الأمن القانوني وإزالة حالات الجمود التي تحول دون وصول العلاقة القانونية الى نهايتها الطبيعية، لذا تبقى الدعوة موجهة الى الهيئات التشريعية وخاصة في الدول النامية من اجل تحديث المنظومة القانونية في مجال تنازع القوانين، وتضمين قواعد التكييف بما يواكب التطورات والمستجدات المتسارعة وبما يلبي حاجات الواقع العملي الذي تعرفه العلاقات الدولية الخاصة في ظل تطور وسائل التنقل والاتصال وجعلت العالم عبارة عن قرية صغيرة.

الفصـــــل الخامس
الإحـــــالة

تعد مسألة الإحالة من أدق المشكلات القانونية التي أثارت جدلا فقهيا حادا بين الفقهاء في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، حيث لم يقتصر الخلاف عن مجرد قبول الإحالة أو رفضها كمبدأ عام، بل امتد ليشمل أنواعها ونطاقها ومبررات الأخذ بها ووظائفها، فإذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي فإنه على القاضي أن يحدد المقصود بالقواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون.[1]

والسؤال : ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد والذي يتعين على القاضي الوطني أن يرجع إليه أولا ؟ فهل يبدأ بمخاطبة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ويستخلص الحل النهائي للنزاع ، أم عليه أن يبدأ بمخاطبة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وفي هذه الحالة لا يطبق القواعد الموضوعية فيه إلا إذا أشارت بذلك قاعدة الإسناد الأجنبية ؟.

هذه المشكلة الخاصة بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانون القاضي تسمى بمشكلة الإحالة، ومن ذلك فمن يقول برجوع القاضي إلى القواعد الموضوعية مباشرة يرفض الأخذ بالإحالة، ومن يقول برجوعه أولا إلى قواعد الإسناد واستشارتها فهو من الأخاذين بالإحالة.[2]

المبحث الأول
مفهـوم الإحالــة

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الإحالة كمطلب أول، ثم نتعرض لأنواعها في المطلب الثاني، و منه نتكلم عن إشكالية ظهور الإحالة في (قضية فورجو) في مطلب ثالث، وعندئذ نصل إلى موقف الفقه من الإحالة كمطلب رابع، وفي المطلب الخامس والأخير نسوغ الأسـاس القانونـي للإحالـة.

المطلب الأول
تعريـف لإحـالة

(1). السبب في طرح هذه المشكلة يرجع إلى أن القانون الأجنبي شأنه في ذلك شأن أي قانون يحتوي نوعين من القواعد : قواعد موضوعية مادية داخلية تتكفل بأن تعطي مباشرة حلا نهائيا للنزاع ، وقواعد إسناد ذات وظيفة إرشادية تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق ، أنظر : **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 181 .

(2). **حسن الهداوي** : مرجع سابق ، ص 72 .

الإحالة هي اصطلاح قانوني يقصد به تلك الحالة التي يتم فيها قبول تطبيق القانون الاجنبي حسب قواعد الإسناد في القانون المختص من طرف القاضي المعروض عليه النزاع.

فهذه الحالة وما يشابهها تكون عندما يتصدى القاضي المعروض عليه النزاع لإعمال قاعدة الإسناد في قانونه الوطني بتطبيق قانون أجنبي معين ، فيكون بعد رجوعه إليه بين أمرين لا ثالث لهما:

- **أولهما:** أن يرجع القاضي المعروض عليه النزاع إلى القانون الأجنبي الذي أشارت به قاعدة الإسناد الوطنية دون التمييز بين قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه، باعتبار القانون الأجنبي كُلٌّ لا يتجزأ مما يترتب على ذلك ضرورة استشارة قواعد الإسناد فيه المتعلقة بتنازع القوانين ويتبين له أنها ترفض الاختصاص مُسندَة الحكم إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي المعروض أمامه النزاع ، وقد يكون قانون دولة ثالثة .

- **ثانيهما:** أن يرجع القاضي المعروض عليه النزاع إلى القانون الأجنبي الذي أشارت به قاعدة الإسناد في قانونه إلى قواعده الموضوعية مباشرة دون استشارة قواعد الإسناد في مدى اختصاص القانون الأجنبي من عدمه في المسألة المطروحة أمامه.[1]

وبهذه المثابة فإنه إذا كنا من مؤيدي الأمر الأول الذي يمنح لمفهوم القانون الأجنبي نطاقا واسعا ، بحيث يشمل قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد التي وضعت لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي والتي قد تتخلى على الاختصاص بدورها إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي وقد يكون قانون دولة أخرى ، ونتيجة لذلك نكون قد أخذنا بإعمال الإحالة من الدرجة الأولى في بعض الأحيان ، ومن الدرجة الثانية أحيانا أخرى.[2]

وتجدر الإشارة أن مسألة الإحالة لا تطرح إطلاقا في الحالات التي تتحد فيها قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص، لأنه لا يختلف الأمر في وجوب تطبيق القانون المختص بين قواعد إسناد قانون القاضي، وقواعد إسناد القانون الأجنبي المختص ومثالها : أن يُعرض على القاضي الجزائري مسألة قانونية تخص أهلية فرنسي، فالإحالة هنا لا تثار لعدم وجود اختلاف بين قواعد إسناد قانون القاضي وهو القانون الجزائري، وبين قواعد إسناد القانون الأجنبي وهو القانون الفرنسي، ففي كلا القانونين يسند الحكم لقانون الجنسية.

(1) . أنظر تفاصيل هذه المسألة في : **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 184، 185. و **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 149 وما بعدها.

(2) . رفض الاختصاص على هذا النحو يعني وجود اختلاف بين ما تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي وما تشير به قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي ، وهذا يعني أن قيام الإحالة ليس متلازما فقط مع الأخذ بالمفهوم الواسع الكلي للقانون الأجنبي بل أيضا عندما يتحقق قيام الاختلاف بين قاعدتي الإسناد في دولة القاضي والدولة الأجنبية ، أنظر : **سعيد يوسف البستاني** : مرجع سابق ، ص 638 .

ولا وجود للإحالة أيضا في الحالات التي تقضي فيها قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي بالاختصاص لأن كل قاضي في أي من الدولتين سوف يطبق قانونه الوطني وبالتالي تختفي الإحالة.

والسؤال الذي يطرح هنا ما هي الحالات التي تثورفيها الإحالة؟ .

يُجمع الفقه أن اختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى من شأنه أن يؤدي إلى وجود نوعين من التنازع بين هذه القواعد ذاتها: التنازع الإيجابي والتنازع السلبي.

1- التنازع الإيجابي: يحصل عندما تتمسك كل من قواعد الإسناد في قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص باختصاصها، كأن يتصرف جزائري مقيم بإنجلترا في شأن يتعلق بأهليته، فالقانون الإنجليزي يتمسك باختصاصه طبقا لقواعد الإسناد الإنجليزية التي تنيط حكم الأهلية لقانون الموطن ، والقانون الجزائري يتمسك بالاختصاص طبقا للمادة (10) من القانون المدني باعتباره قانون جنسية الشخص المعني.[1]

ومثالها أيضا التنازع بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي في شأن ميراث منقول تعود ملكيته لجزائري متوطن ومتوفي بفرنسا. فالقانون الجزائري يتمسك باختصاصه باعتباره قانون جنسية المتوفي طبقا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة (16) مدني، والقانون الفرنسي مختص أيضا طبقا لقواعد التنازع في القانون الفرنسي التي تطبق على الميراث المنقول قانون آخر موطن للهالك أي القانون الفرنسي باعتبار أن الهالك كان آخر موطن له هو فرنسا.[2]

إذن هناك تنازع إيجابي بين القانونين فبأيهما يُعمل ؟

المتفق عليه فقها وقضاء أن على كل قاض أن يطبق قانونه الوطني احتراما لمبدأ سيادة القانون على إقليم الدولة ، فعلى القاضي الجزائري أن يطبق في المثالين السابقين قانونه إذا عرض عليه النزاع ، بصرف النظر عن القانون الفرنسي.[3]

2- التنازع السلبي: وصورته حينما تتخلى كل قاعدة من قواعد الإسناد في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع والقانون الأجنبي المختص طبقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي عن الاختصاص الذي انعقد لقانونها.

(1) .تنص المادة"10" من القانون المدني "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..."

(2) .أنظر **زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق ، ص 112، 113 .

(3) .راجع : **علي علي سليمان**: مرجع سابق، ص 46 .

ويعرض التنازع السلبي عندما تختلف قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي مع قانون القاضي، ومثال ذلك أن النزاع منصب حول تصرف إنجليزي متوطّن في الجزائر في شأن يتعلق بحالته أو أهليته، فنجد أن قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي تقضي بإخضاع أهلية الشخص وحالته إلى قانون الموطن وفي هذا المثال هو القانون الجزائري، في حين تقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بإسناد الأهلية لقانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي.

وعليه فإن كلا القانونين يتخلى عن الاختصاص التشريعي وعلى ذلك نستنتج أن الإحالة تكون في حالة التنازع السلبي دون التنازع الإيجابي.[1]

المطلب الثاني
أنــواع لإحــالة

الإحالة ذات منشأ أو مصدر قضائي مرتبطة بقضية شهيرة كما سنرى ، وهذه القضية كشفت عن الشكل الأول البسيط الذي تأخذه الإحالة (الرد) لكن الفقه الفرنسي عاد ومهد الطريق أمام شكل آخر يمكن أن تأخذه الإحالة والدي أبان عن تكريسه لاحقا أمام القضاء الفرنسي (قانون دولة ثالثة) .

ودرج الاجتهاد الفقهي في الدول الغربية على استعمال تعبير " الإحالة " عندما يرد القانون المحدد من قبل قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص إلى قانون القاضي وهذه هي الإحالة القريبة أي التي يرد فيها القانون الأجنبي اختصاص الحل إلى قانون القاضي.[2]

وفي مجال تحديد أشكال الإحالة يستعمل الفقه في فرنسا renvoi second dégrée، ويقصدون بها الإحالة إلى قانون دولة ثالثة ، وفي جانب آخر يطلق الفقه لفظ الرد على الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، بينما يسمي الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون دولة ثالثة بالحالة المطلقة أو الإحالة من الدرجة الثانية.[3]

(1) . مسألة الإحالة حسب الفقه التقليدي تجد مصدرها في تنازع قواعد التنازع : هذا التنازع قد يكون تنازعا إيجابيا، وقد يكون تنازعا سلبيا ، وفي هذه الصورة الثانية تطرح فرضية الإحالة ، أنظر: **سامي منصور ، عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ص 94 .

(2) . La terminologie Française n'est pas très satisfaisante , en effet le mot renvoi évoque un retour a l envoyeur ce qui n' est pas le cas dans le renvoi au second dégrée. Loussouaran(y), Bourel (p), op,cit, p 230.

(3) . قد تكون الإحالة إلى دولة رابعة بل والى الدوران في حلقة مفرغة عندما تتوالى عمليات الإحالة غير المنتهية إلى قانون معين انظر **كمال فهمي محمد** : مرجع سابق ، ص419 .

فالإحالة من الدرجة الأولى ووفق هذه الصورة تتخلى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي التي انعقد لها الاختصاص إعمالا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون هذا الأخير وعلى ذلك فإن هذه الصورة تستوجب توافر المقتضيات التالية:

- أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى اختصاص قانون أجنبي معين .

- أن يخاطب القانون الوطني(قانون القاضي) أولا قواعد الإسناد في القانون المشار إليه.

- أن تحيل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص لقانون القاضي.[1]

ومثال ذلك إحالة القانون الفرنسي على القانون الجزائري الاختصاص في شأن ميراث منقول لفرنسي متوطن بالجزائر وفيها توفي، فبعد أن ثبت اختصاص القانون الفرنسي قي أول الأمر عندما عرض النزاع على القاضي الجزائري أحال القانون الأجنبي المختص طبقا لقاعدة التنازع الجزائرية (وهو القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية) الاختصاص من جديد للقانون الجزائري ويسمي الفقه هذه الصورة من الإحالة بالإحالة الضرورية أو الإحالة من الدرجة الأولى.[2]

فإذا طبق القاضي الجزائري قانونه الداخلي في قواعده الموضوعية بعد الإحالة (الرد) من القانون الأجنبي التي عقدت له الاختصاص من جديد لكن في هذه المرة بتطبيق القواعد الموضوعية ، يكون قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني وذلك بموجب القانون رقم 05 ـ 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 م.[3]

أما صورة الإحالة من الدرجة الثانية ويسميها البعض الإحالة المطلقة ومضمونها أن يحيل القانون المختص طبقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون آخر، أي قانون ثالث ليس قانون القاضي ومثالها أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية أمريكي متوطّن بإنجلترا فقاعدة التنازع الجزائرية تسند العلاقة القانونية إلى القانون الأمريكي باعتباره قانون الجنسية والقانون الأمريكي يرفض الاختصاص ويسنده للقانون الإنجليزي طبقا لقاعدة التنازع في القانون الأمريكي التي تسند الأهلية لقانون الموطن والموطن هو إنجلترا والتي يقبل قانونها الاختصاص باعتبار أن القانون الإنجليزي يُخضع مسائل الأهلية لقانون الموطن.[4]

(1) . **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 188 .

(2) . **ممدوح عبد الكريم** : مرجع سابق ، ص57.

(3) . تنص المادة (23) مكرر1 في الفقرة الثانية " غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الاجنبي المختص ".

(4) . يمكن أن نطلق على الإحالة من الدرجة الثانية بهذه الصورة بالإحالة الايجابية من الدرجة الثانية .

ومثال ثاني أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول ميراث يتمثل في أموال تُوفي عنها إنجليزي متوطّن في إيطاليا، فتقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتعيين القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية الذي يحيل بدوره الاختصاص إلى القانون الإيطالي لكونه قانون الموطن طبقا لقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي، والقانون الإيطالي يعتمد الجنسية كضابط إسناد في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها الميراث، ومن ثم يسند الاختصاص إلى القانون الإنجليزي، ومن جديد تبقى الواقعة القانونية تدور في حلقة مفرغة، ومنه نسأل عن الحل خاصة في ظل عدم معالجة مثل هذه الحالات في قواعد التنازع الداخلية.[1]

وهذا النوع من الإحالة .بخلاف الإحالة من الدرجة الأولى .نتاج متابعة فقهية أمعنت النظر في حيثيات الحكم الصادر في قضية فرجو(Forgo)، وهذا ما مكن القضاء الفرنسي لاحقا من القبول بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة .

وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية (1938م) يستخلص من عباراته ملامح تطور جديد نحو القبول بالإحالة إلى قانون ثالث أو من الدرجة الثانية ، فقد أكدت المحكمة في حيثياتها وجوب الأخذ بالإحالة التي يقررها قانون الجنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى.[2]

ويبدو أن كثيرا من النظم القانونية التي أخذت بالإحالة لم تقيّدها بشكل معين أو على درجة واحدة بل كان قبولها لها متحررا من أي قيد أو من أية نظرة وطنية ضيقة بخلاف ما كان عليه موقف القضاء الفرنسي في المراحل الأولى عندما ظهرت الإحالة.

المطلب الثالث
ظهور الإحالة (قضية فورجو)

تدل معظم الدراسات والمؤلفات في تاريخ القانون الدولي الخاص على أن مشكلة الإحالة قد عرفت في القضاء الانجليزي منذ عام 1841م، وفي القضاء الألماني عام 1861م، غير أن الفقه لم يتلقف مشكلة الإحالة بالعناية والرعاية تأصيلا وتحليلا إلا في أواخر القرن التاسع عشر على إثر قضية ذائعة الصيت طرحت أمام القضاء الفرنسي تسمى بقضية فورجو Forgo.

(1) .يمكن أن نسمي الإحالة من الدرجة الثانية بهذه الصورة بالإحالة السلبية من الدرجة الثانية لأن كل القوانين المتصلة بالواقعة ترفض الاختصاص وتحيل إلى قانون آخر.

(2) .لاحظ الفقيه **باتيفول** أنه ورغم أن الحكم السالف الذكر (1938م) يتعلق بالإحالة إلى القانون الفرنسي أي على شكل رد إلا أن عباراته قد جاءت مطلقة فهي تتضمن معنى التسليم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي، أي القبول بالإحالة إلى قانون ثالث. أنظر : **يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق، ص 643 ، 644 ، والذي ذكر مثالا آخر للقضاء في ألمانيا عندما لم يتردد هذا الأخير في القبول بالإحالة إلى قانون ثالث.

ظهرت الإحالة أول مرة قضائيا في قضية فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24/ 06/1878م والتي عرفت بقضية (فورجوForgo) [1]، وتتمثل وقائعها في أن فورجو ولد غير شرعي (طبيعي) ولد بإقليم بفاريا في ألمانيا ودخلت به أمه إلى فرنسا وهو لا يزال صغيرا دون بلوغ سن الرشد وأقامت به هناك إقامة فعلية دون أن تحصل على الترخيص الإداري الذي كان يشترطه القانون الفرنسي للتوطن القانوني وهما لم يتحصلا عليه[2]، تزوج فورجو من فرنسية ثرية توفيت وتركت له ثروة من أموال منقولة هامة، بعدها توفي فورجو بفرنسا دون أن يترك ورثـــة مباشـــرين أي دون أب أو أم أو إخوة، وكان القانون الفرنسي في ذلك الوقت لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه وإخوته فقط.[3]

استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثروة باعتبارها ثروة بدون وارث، وبلغ مسامع حواشي فورجو من عائلة أمه بالثروة التي استولت عليها مصلحة أملاك الدولة الفرنسية فطالبوا بالميراث مستندين في ذلك إلى قواعد القانون البفاري الداخلية (دون قواعد التنازع) التي تسوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي بالنسبة لمن لهم الحق في ميراثه، فقضت محكمة استئناف (بـو PEAU) برفض طلبهم في 1874/03/11م على أساس أن فورجو متوطّن بفرنسا وبالتالي يسري على ميراث أمواله المنقولة القانون الفرنسي باعتبار أن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع حكم الميراث المنقول إلى قانون آخر موطن للهالك، وبالتالي اختصاص القانون الفرنسي الذي يقضي بحرمانهم من الميراث.

فطعن الحواشي في الحكم أمام محكمة النقض التي نقضت الحكم على أساس أن فورجو لم يكن متوطّنا بفرنسا وأن الحكم أخطأ في التقدير ما دام أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن القانوني، ومن ثم يكون موطنه القانوني هو بفاريا ويطبّق عليه القانون البفاري، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف بوردو التي حكمت لصالح الحواشي طبقا لقواعد القانون البفاري الداخلية، فطعنت مصلحة أملاك الدولة في هذا الحكم مدعية أن القانون البفاري يسوي في الميراث بين الموطن القانوني والموطن الفعلي فنقضته محكمة النقض مرة أخرى في 1878/06/24م، لأن الحكم طبّق مباشرة القواعد الداخلية في القانون البفاري دون الرجوع إلى قواعد التنازع فيه التي تحيل بالنسبة للميراث المنقول إلى قانون موطن الهالك الفعلي وهو القانون الفرنسي، وأحالت القضية مرة أخرى إلى محكمة استئناف تولوز التي قضت في 1880/05/22م بما أشارت به محكمة النقض.

(1) . راجع تفاصيل هذه القضية في: **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها . وأيضا : **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق، ص190 ما يليها .

(2) . المادة (13) من القانون المدني الفرنسي، وقد ألغيت بقانون 10 أوت 1927م .

(3) . لقد تم إلغاء هذا التمييز بين الولد الشرعي والولد غير شرعي وكان ذلك بموجب قانون 03 جانفي 1972م الذي عدل المادتين (757 – 758) من القانون المدني الفرنسي. أنظر: **زروتي الطيب**: القانون الدولي الجزائري ، مرجع سابق ، ص 115 .

فطعن الورثة مرة أخرى بالنقض فيه لأنه طبّق قواعد التنازع في القانون البفاري دون قواعده الداخلية، إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن في 1887/02/22م دون الإحالة وقبلت إحالة القانون البفاري على القانون الفرنسي وطبقت القانون الفرنسي.[1]

ويتضح من حكم محكمة النقض الفرنسية أمران :

. الأمر الأول : أن محكمة النقض رأت قبول الإحالة من الدرجة الأولى التي بعث بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وأنه يتعين على القانون الفرنسي أن يتلقف هذه الإحالة ويطبق القواعد الموضوعية في قانونه المحال إليه.

. الآمر الثاني : أن الحل النهائي للنزاع لا شك مختلف بحسب ما إذا كنا نأخذ بالإحالة أم نرفضها ، فلو أن محكمة النقض رفضت الإحالة وأيدت محكمة استئناف بوردو لآلت التركة إلى الحواشي ، ولما أخذت المحكمة بالإحالة وكانت من الدرجة الأولى ترتب على ذلك أن ألغت حكم الاستئناف وأشارت بتطبيق القانون الفرنسي وحينئذ لم يثبت للحواشي الحق في الإرث وعدت التركة مالا ليس له مالكا وبالتالي يؤول إلى الدولة الفرنسي.[2]

ولكن يلاحظ على حلول القضاء الفرنسي في الإحالة أنه يجعل منها مطية لحلول سياسة مراعية في ذلك المصلحة الوطنية الفرنسية على حساب القواعد القانونية.

المطلب الرابع
موقف الفقه من الإحالة

أثارت نظرية الإحالة جدلا فقهيا أحدث انقساما بين الفقهاء، بين مؤيدين لها على إطلاقها إذا كانت في صورة رجوع لقانون القاضي (إحالة على قانون القاضي) وبين معارضين لها مقترحين بدائل عنها تؤدي إلى نفس نتيجتها، ونتطرق لكل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: الفقه المناصر للإحالة

يذهب الفقه التقليدي المناصر للإحالة إلى القول بأنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون أجنبي ليحكم النزاع المطروح على القاضي الوطني فإنه يتعين على هذا الأخير أن يبدأ باستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ليكشف عمّا إذا كانت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تعترف بالاختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختار ليطبق على موضوع النزاع، أم أنها ترفض منحه الاختصاص

(1). أنظر : **علي علي سليمان** : مرجع سابق ، ص 47 ، 48 .
(2). أنظر : **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص191، 192 .

وتشير إلى قانون أجنبي آخر ليحكم المسألة المعروضة على القاضي[1]، ويستند الفقه المناصر للإحالة على الحجج التالية:

1 – ينبغي الأخذ بفكرة الإسناد الإجمالي، ويعني ذلك أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون باعتباره كل لا يتجزأ ولا مبرر للتمييز بين قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه وإنما الأخذ بقواعده الموضوعية وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وذلك بموجب احترام البناء القانوني في هذا القانون.

واحتراما لفكرة الإسناد الإجمالي يتعين على القاضي المطروح أمامه النزاع إذا ما أشارت قاعدة إسناده باختصاص قانون أجنبي أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون، فإذا ما أشارت هذه القواعد بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي طبّقه وإلا امتنع عن تطبيق القانون الأجنبي، والقول بغير ذلك أي بإعمال القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي حتى لو لم تشر قواعد الإسناد الأجنبية بتطبيق هذا القانون، يعني تطبيق هذا القانون في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه وهو ما يتضمن إهدارا لإرادة المشرع الأجنبي، وتطبيقا لهذا القانون في غير الحالات التي أرادها له مشرعه ، والسبب في ذلك أن القواعد الموضوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الإسناد ارتباط الإنسان بظله.[2]

2 - ترتكز الإحالة على فكرة تناسق الحلول وتيّسير تنفيذ الأحكام الأجنبية، فبإعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي من شأنه أن يؤدي إلى أن يفصل في النزاع بذات الطريقة التي كان سيفصل بها القاضي الأجنبي لو أن الدعوى رفعت أمامه وهو ما يؤدي إلى وحدة الحلول بين الدول المتصلة بالعلاقة، إذ سيظل الحل واحدا أيا كانت المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى سواء كانت المحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية.

يذهب الفقه المؤيد للإحالة إلى القول بأن قبول الإحالة يتمشى مع المبادئ السائدة في إطار القانون الدولي الخاص والتي تغلّب النزعة الوطنية بشأن حل تنازع القوانين، فقبول (الإحالة الدائرية) أو إحالة الدرجة الأولى هو تعبير عنها وتأكيدا لها لأن القاضي الوطني سيقوم بإعمال قانونه في النهاية والذي يعرفه أكثر من غيره.[3]

والتناسق في الحلول يؤدي إلى نتيجة بالغة الأهمية على صعيد تنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ تشترط بعض الدول من أجل الاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه أن يكون هذا الحكم قد طبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المعمول بها في قانون القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي، وهذا الشرط سيكون

(1). راجع : **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 153 .

(2). أنظر : **يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق، ص 645 ، 646.

(3). أنظر **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 154.

متحققا في واقعة الحال إذا تم إعمال الإحالة، أي إذا قام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالقاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم.[1]

وعلى الرغم من وجاهة هذه الحجج التي تمسّك بها أنصار الإحالة فإن الفقه الرافض للإحالة تصدّى لها مبيّنا العديد من أوجه القصور فيها.

الفرع الثاني: الفقه المعارض للإحالة.

ينطلق الفقه الرافض للإحالة من مقدمة أساسية تتمثل في أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي (قاعدة الإسناد الوطنية) إلى تطبيق قانون أجنبي فإن هذه الإشارة تخص القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وحدها دون الأخذ بعين الاعتبار بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

وفي سبيل تدعيم موقفه الرافض للإحالة استعان هذا الفريق بمجموعة من الحجج من ناحية، وتصدى إلى الردّ على الحجج التي ناد بها أنصار الإحالة والتي أشرنا إليها أنفا من ناحية أخرى، وسنعالج كلٌّ من الأمرين تباعا.

أولا: حجج رافضي الإحالة (الحجج ذات الطابع الإيجابي) .

أ – ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن قواعد الإسناد لها وظيفة سياسية تتمثل في الفصل ربين السيادات التشريعية للدول التي لها صلة بالمسألة محل النزاع، وبهذا الحال فإن القاضي الوطني لا يملك أن يتنازل عن قواعد الإسناد الوطنية التي تقوم بهذه المهمة لصالح قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وإلا يكون قد أهدر إرادة مشرعه.[2]

ب - أن المشرع الوطني إذا قضى باختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع فهذا لا يعني أنه قبل التخلي عن المهمة التي عرض لها هو ابتداء وهي حل التنازع، فقاعدة الإسناد إذا فصلت في مشكلة التنازع وحددت بذلك القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل البحث لم يعد من المقبول بعد ذلك أن يرجع إلى قواعد التنازع الأجنبية لاستشارتها حول مشكلة سبق للمشرع الوطني أن فصل فيها على ضوء سياسته التشريعية، من جهة أخرى وأن المشرع الوطني عند وضعه قاعدة الإسناد كأنه يؤكد أن المقصود من القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة هو القواعد الموضوعية بخلاف ذلك (أي بقبول الإحالة) يؤدي إلى نتائج شاذة

(1). أنظر **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق، ص 200.

(2). **علي علي سليما ن**: مرجع سابق ، ص 52 . وأيضا : **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص155 ، 156 .

إذ يلزم القاضي الوطني بحل التنازع مرتين، وقد يكون القانون الواجب التطبيق مختلف عنه في المرة الثانية عن المرة الأولى.[1]

فضلا عن ذلك أنه يدفع بالقاضي الوطني إلى احترام قاعدة الإسناد الأجنبية على حساب قاعدة الإسناد الوطنية، في حين تكون الأولى تبحث عن تحقيق اعتبارات تختلف عن تلك التي يهدف المشرع الوطني إلى تحقيقها من خلال قاعدة إسناده الوطنية، وهو ما يشكل في حالة إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية من قبل القاضي الوطني إهدارا لأوامر مشرعه الوطني.[2]

ج – أنه لا سبيل لتبرير الأخذ بالإحالة إلا من خلال فكرة المجاملة الدولية التي مفادها أنه من غير الملائم حفاظا على توطيد التعاون بين الدول تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص دون استشارت قواعد التنازع فيه، واستبعادا لهذا المنطق يرى الفقه الرافض للإحالة أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة ولا يهدف إلى احترام إرادة المشرع الأجنبي بقدر ما يسعى إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي يراها أكثر ملاءمة لطبيعة النزاع ومن ثم تحقيق العدالة من وجهة نظره.

ففكرة المجاملة أصبحت مهجورة ولم تعد مقبولة كأساس لحل التنازع بين القوانين إذ يبطلها أمران : الأول كون قاعدة الإسناد قاعدة قانونية لها صفة الإلزام ، والأمر الثاني أنها ترمي إلى تحقيق سياسة تشريعية باختيار أكثر القوانين ملاءمة وأقدرها على تحقيق العدالة من جهة ، وتحقيق الهدف الذي رسمه المشرع الذي سنها من جهة أخرى.[3]

د – أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، فلو اتبع القاضي الوطني منطق الإحالة ورجع إلى قواعد الإسناد الأجنبية فإن أحالته مرة أخرى إلى قانونه يتعين بالمثل أن يرجع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون – قانون القاضي- وهي تشير كما سبق باختصاص القانون الأجنبي، وهكذا يؤدي منطق الإحالة إلى الدوران في حلقة مفرغة وعير منتهية، فإذا كان هذا هو شأن الإحالة من الدرجة الأولى فإن مفاد الإحالة من الدرجة الثانية أن تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى قانون دولة ثالثة، وقد تشير قواعد الإسناد في قانون هذه الدولة الثالثة باختصاص قانون دولة رابعة وهكذا إلى قانون دولة أخرى دون أن يستطيع القاضي أن يتوقف عند حد معين بل أن الاختصاص قد يؤول في النهاية إلى قانون القاضي نفسه

(1) . **مصطفى كامل ياسين** : القانون الدولي الخاص ، دروس لاهاي 1965م، الجزء 116 ، ص 426 وما بعدها

(2) . **فؤاد رياض** : مرجع سابق ، ص 111 ، " إذ قاعدة الإسناد الوطنية تعبر عن العدالة وتهدف إلى انسب اختيار القوانين وأكثرها ملاءمة لحكم العلاقة ، ولاشك أن إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني ينفي الغاية ويعدمها ، بل قد تترتب على ذلك نتائج مناقضة للهدف الذي رسمه المشرع الوطني من وضع قواعد الإسناد" .

(3) . في عرض هذه الحجة أنظر : **لوسوارن وبوريل** : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الرابعة ، 1993م، ص203 .

(الإحالة الدائرية) أو إلى قانون آخر سبق استشارة قواعد الإسناد فيه وهو ما يؤدي إلى البدء في تسلل الإحالة اللانهائي مرة أخرى. [1]

ثانيا: رد ر افضي الإحالة على حجج أنصارها.

ذهب الفقه الرافض للإحالة إلى القول بأن الزعم، أن القانون الأجنبي كلٌّ لا يتجزأ من أجل إعمال قواعد الإسناد فيه تطبيقا لفكرة الإسناد الإجمالي يتعارض مع الوظيفة الأساسية لقاعدة التنازع الوطنية في قانون القاضي، فقاعدة الإسناد في قانون القاضي تنحصر وظيفتها في اختيار أكثر القوانين المناسبة والملائمة للفصل في المسألة المعروضة على القاضي ويتوقف دورها عند هذا الحد فلا شأن لها بمسألة اختيار قواعد التنازع الملائمة.

كما أن القول بأن قواعد الإسناد الأجنبية ترتبط ارتباطا وثيقا بالقواعد الموضوعية على نحو لا يمكن معه إعمال الثانية (القواعد الموضوعية) دون استشارة الأولى (قواعد الإسناد) وإلا ترتب على ذلك المساس بإرادة المشرع الأجنبي، قول لا يستقيم مع الصياغة الحالية للغالبية العظمى من قواعد الإسناد التي تعد قواعد مزدوجة الجانب، فهذه القواعد وعلى خلاف القواعد المفردة الجانب قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، وقد تشير إلى الإعمال بقانون أجنبي، فإذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص قانون أجنبي فإنه يتعين إعمال القواعد المادية في هذا القانون، ولا شأن للقاضي الوطني باحترام حالات التطبيق للقانون الأجنبي التي تحددها قواعد الإسناد فيه لأن القاضي عند حله للتنازع لا يخضع إلا لإرادة مشرعه الوطني وليس لإرادة أي مشرع أجنبي حتى لو كان القاضي الوطني يتولى مهمة البحث في القانون الأجنبي.

ويخلص المعارضون للإحالة أن المقصود بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق هو الأحكام الموضوعية الداخلية في هذا القانون وليس قواعد الإسناد فيه، ويترتب على قبول الإحالة انصياع القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي أي نزوله عند أوامر المشرع الأجنبي مما يعد خروجا على أحكام قانونه الوطني وانتهاكا لسيادته. [2]

كذلك فإن القول أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية، قولٌ يفترض أن الحكم سوف يتم تنفيذه في دولة محددة ومعروفة سلفا هي الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد في قانون

(1). أنظر : **جابر جاد عبد الرحمن** : مرجع سابق ، ص 627 . الفقه شبه الإحالة وما تؤدي إليه من دوران في حلقة مفرغة بغرفة المرايا المتقابلة التي تحدث كل منها انعكاساتها على الأخرى ، بينما شبهها البعض الأخر بلعبة التنس الدولية ، وذهب جانب ثالث إلى حد تشبيهها بحيوان **الكاتوبليبا** وهو حيوان أسطوري من حيوانات القرون الوسطى يأكل أطرافه . أنظر **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص197 .

(2). **يوسف سعيد البستاني** : مرجع سابق ، ص649 .

القاضي بتطبيق قانونها وهو أمر قد لا يتحقق في الكثير من الفروض، صحيح أن هذا الحكم قد يتم تنفيذه فيها، ولكن يمكن تنفيذه في غيرها من الدول بل وقد يتم تنفيذه في دولة القاضي نفسه الذي أصدر الحكم، فهناك فروض عديدة لا يمكن التنبؤ فيها مسبقا بمكان وزمان تنفيذ الحكم القضائي.

وأخيرا حتى إذا كان الحكم سوف ينفذ في الدولة التي رفضت الإحالة فيها، فلماذا نفترض مقدما أن قضاءها يعلق تنفيذ الأحكام الأجنبية على شرط أن تكون قد طبقت القانون المختص وفقا لما تقضي به قواعد الإسناد فيها (أي في دولة التنفيذ).[1]

صحيح أن القضاء الفرنسي بصفة خاصة يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في فرنسا قد طبق على النزاع القانون المختص وفقا لما تشير به قواعد إسناده، إلا أن هذا الحل غير متبع في الكثير من دول العالم بل أن جانب من الفقه الحديث في فرنسا لم يتردد في توجيه نقده الجارح إلى موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن.[2]

كذلك فإن القول بأن قبول الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية (الإحالة الدائرية) من شأنه توسيع حالات تطبيق القانون الوطني بما يستجيب للمبادئ العامة السائدة في تنازع القوانين قول منتقد، فالقانون الدولي الخاص لا يهدف إلى توسيع حالات انطباق القانون الوطني بقدر ما يسعى إلى تعيين القانون الأكثر ملاءمة لحل التنازع ويستوي في ذلك أن يكون هذا القانون قانونا أجنبيا أو وطنيا.[3]

المطلب الخامس
الأســاس القانونـي للإحالـة

لم تضعف الانتقادات التي وجهت إلى أنصار الإحالة والتي كانت لاذعة في بعض الأحيان، اقترح بعض الفقهاء المحدثين حلولا لا تسمى بالإحالة وإن كانت تؤدي إلى نفس نتيجتها – أي تطبيق قانون القاضي المحال عليه – يتم الاعتماد عليها بقبول الإحالة وتبريرها من الناحية القانونية، وفي هذا الشأن ظهرت نظرية التفويض، ونظرية الإسناد الاحتياطي، ونظرية إقليمية القوانين، ونظرية التنسيق بين قواعد الإسناد.

(1). أنظر بشيء من التوسع في هذه المسألة ، **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ،ص،202 ،203 .

(2). أنظر **حفيظة السيد الحداد** : النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، طبعة 2009م ، ص 323 وما بعدها .

(3). وظيفة قاعدة الاسناد لا تنحصر في استبعاد وإقصاء القانون الاجنبي وإحلال محله قانون القاضي بقدر ما تبحث عن القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع سواء أكان قانونا أجنبيا أو قانون وطني، فالعبرة ليست بالقاعدة القانونية بل بما تقدمه من حل عند تطبيقها

أولا : نظرية التفويض كأساس لقبول الإحالة.

مفاد هذه النظرية أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، معنى ذلك أنها تفوض هذا القانون تفويضا عاما في حسم النزاع المطروح، على نحو يتعين معه تطبيق القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ أي بما يتضمنه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية، ولا مشكلة حيث يسود الانسجام والتماثل بين قاعدة الإسناد الوطنية وتلك الأجنبية، أما إذا انعدم هذا التوافق وظهر الاختلاف بين القاعدتين فإنه بمقتضى نظرية التفويض تحل قواعد الإسناد الأجنبية محل قواعد الإسناد الوطنية، وفي هذا الإطار ينبغي احترام قاعدة الإسناد الأجنبية وما تقرره من حل سواء أحالت إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي، وأن هذه العملية لا تتم تحديا لإرادة المشرع الوطني كما يدعي خصوم الإحالة بل استجابة لأوامره وتجسيدا لإرادته.[1]

يؤخذ على نظرية التفويض أنها قائمة على افتراض لم يثبت في أي لحظة، كما أن إعمالها يتعارض مع فكرة السيادة بإقرارها أن كل دولة تفوض غيرها في حل التنازع هذا الافتراض الذي لم يقم عليه أي دليل بل هو محض خيال، إضافة إلى ذلك أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تعين القانون الأجنبي فإنها تفعل ذلك على أساس أن هذا القانون هو أنسب القوانين لحكم العلاقة من وجهة نظر المشرع الوطني بناء على سياسته التشريعية وفقا لمفاهيم العدالة التي يسعى إلى تحقيقها[2]، فتبني نظرية التفويض يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة، فقد تفوض قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي بدورها قانون دولة القاضي أو قانون دولة أخرى ونصل بذلك إلى التسلل اللانهائي للإحالة.[3]

- ثانيا : نظرية الإسناد الاحتياطي لقبول الإحالة .

من البدائل التي جاء بها الفقه الحديث وعلى رأسه الفقيه الفرنسي لورو بيجونيير Le Reboure-Pigeannière لقبول الإحالة وتفاديا للانتقادات التي وجهت إلى نظرية الإحالة هي ما عرف بوجود قواعد احتياطية إلى جانب القواعد الأصلية في قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

فإذا قبل القانون الأجنبي الاختصاص بمقتضى قواعد الإسناد التي يتضمنها طبق القاضي الأحكام الموضوعية في هذا القانون على المنازعة المطروحة أمامه ، أما إذا كان القانون الأجنبي يرفض الاختصاص فلم يعد من المستساغ بعد ذلك أن يطبق هذا القانون على النزاع ولم يعد مقبولا أن نستشير قواعد الإسناد

(1) . أنظر : **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 210- 211 .

(2) . راجع: **أحمد عبد الكريم سلامة**: مرجع سابق، ص 449، وأيضا: **أعراب بلقاسم** : مرجع سابق، ص 111 .

(3) . مثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي مقيم في إيطاليا فقاعدة الإسناد الجزائرية تحيل على قانون الجنسية –القانون الإنجليزي – وهذا الأخير يحيل على قانون المواطن وهو القانون الإيطالي والذي يرفض الإحالة ويعيدها من جديد إلى قانون الجنسية الذي يحيلها إلى قانون المواطن وهكذا ...

فيه لترشدنا إلى القانون الواجب التطبيق، وإنما يرتد الاختصاص في هذه الحالة إلى قانون القاضي بمقتضى قاعدة إسناد احتياطية في قانونه مضمونها أنه إذا حددت قاعدة الإسناد الأصلية قانونا أجنبيا لحكم النزاع وعرض الاختصاص على هذا القانون ورفضه ، فإن الاختصاص بحكم هذا النزاع يرتد مرة أخرى إلى قانون القاضي.[1]

وإذا طبق القاضي قاعدة الإسناد الاحتياطية فإن اختصاص قانونه بحكم النزاع لا يستند على إحالة قاعدة الإسناد الأجنبية إلى هذا القانون ، وأن القاضي الوطني يكون مؤتمرا بأمر مشرعه ، وبذلك يمكن تفادي ما وجه إلى الإحالة من الاعتراض بأنها تؤدي إلى أن يأتمر القاضي بأمر مشرع أجنبي.[2]

ولما كانت فكرة تطبيق القواعد الاحتياطية لا تطبق إلا في حالات معينة وهي الحالة والأهلية والميراث في المنقول، أما بقية الحالات الأخرى فتبقى مجهولة المصير بالنسبة إلى القانون الذي يحكمها، ومع ذلك فإن وجه القصور يفيض من النظرية من أكثر من وجه:

1- القول بوجود قواعد إسناد احتياطية إلى جانب القواعد الأصلية قول وهمي يخالف واقع القانون الوضعي لأننا لا نجد في قانون القاضي الوضعي قواعد احتياطية بارزة كما يزعم صاحب هذه النظرية، وقواعد اسناد اقل بروزا.

2- مقتضى النظرية خلق قواعد إسناد احتياطية غير معروفة سلفا وليس معلوما قبلا القانون الذي ستعينه وما إذا كان هو قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي، ونتيجة ذلك كله شيوع عدم الآمان القانوني لدى أطراف النزاع وعدم احترام توقعاتهم.[3]

ثالثا : نظرية إقليمية القوانين كأساس لقبول الإحالة.

تزعم هذه النظرية الفقيه نيبوابيه وفحواها هي أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي تعرض الاختصاص على القانون الأجنبي وفي حالة رفض هذا الأخير الاختصاص تعين على القاضي أن يطبق قانونه نزولا على حكم الأصل العام وهو إقليمية القوانين ، فرفض القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي يجعل العلاقة محل البحث مفتقرة لقانون يحكمها أي علاقة بلا

(1). **حفيظة السيد حداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 162-163 .
(2). **علي علي سليمان** : مرجع سابق ، ص 53 .
(3). **عكاشة محمد عبد العال** : مرجع سابق ، ص 215 .

وطن (Un rapport de droit apatride) وبما أنه لا يسوغ أن تترك علاقة قانونية دون خضوعها لقانون ما فيجب الرجوع إلى الأصل وهو إقليمية القوانين ومن ثم تطبيق قانون القاضي.[1]

ومبدأ الإقليمية يقتضي أن يطبق كل بلد قانونه داخل إقليمه ، واستثناء من هذا الأصل قد يضطر في بعض الحالات إلى الأخذ بمبدأ امتداد القوانين الأجنبية على سبيل التضحية ولمصلحة التعامل القانوني بين الدول ، فإذا لم يقبل القانون الأجنبي امتداده إلى إقليم دولة القاضي ساغ عندئذ رجوع القاضي إلى قانونه الوطني ، أي ساغ العدول عن الاستثناء والرجوع إلى الأصل وهو الإقليمية.[2]

تبدو هذه النظرية في ظاهرها متسمة بالبساطة خالية من التعقيد ، فهي تكتفي بالإحالة من الدرجة الأولى دون تناولها للصعوبات التي تثيرها الإحالة من الدرجة الثانية، إلى ذلك فإنها لا تبحث في مشكلة تفسير قاعدة الإحالة، وما تقدمه من حل لتنازع القوانين، وإنما تهدف في مضمونها الى توسيع حالات انطباق قانون القاضي بحجة ان القانون الاجنبي ترفض قواعد إسناده الاختصاص لقواعده الموضوعية.

ويعاب على نظرية الإقليمية مغالاتها في القول بأن الرابطة تصبح بلا وطن لمجرد كون القانون الأجنبي المختص قد تخلى عن الاختصاص بشأنها ، والحقيقة أنه لا يمكن إقرار ذلك إلا إذا كانت كافة التشريعات قد تخلت عن حكمها.

كذلك فإن تطبيق قانون القاضي في جميع الأحوال التي يرفض فيها القانون الأجنبي الاختصاص المعروض عليه أمر يتنافى مع طبيعة العلاقات ذات الطابع الدولي فإن ذلك قد يتعارض والغاية من وضع قاعدة الإسناد التي تحاول تعيين القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة القانونية.[3]

والنقد الأخير الموجه لهذه النظرية يتمثل في أن مضمون هذه النظرية يوحي بأن تطبيق القانون الأجنبي أساسه فكرة المجاملة واحترام إرادة المشرع الأجنبي، وهذا غير صحيح لأن القانون الأجنبي يتحدد اختصاصه بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي على أساس أنه أكثر القوانين التي تبين للمشرع صلاحية تطبيقه على النزاع بما يحقق العدالة.[4]

رابعا : نظرية التنسيق بين قواعد الإسناد كأساس لقبول الإحالة.

(1) . **هشام صادق**: الموجز في القانون الدولي الخاص + تنازع القوانين – بدون دار نشر ، 1995م، ص 92.

(2) . وفي هذا يقول الأستاذ نيبواييه بإمكانية أن تكون القاعدة على النحو التالي "يسوغ للقاضي المعروض عليه النزاع أن يرجع إلى قانونه كل ما كان قانون البلد الأجنبي الواجب التطبيق يرفض اختصاصه ، لاسيما إذا كانت هناك مصالح وطنية سوف تتعطل في بلد القاضي إذا لم يحل النزاع " : أنظر : **علي علي سليمان** : مرجع سابق ، ص 53-54 .

(3) . **حفيظة السيد حداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 116-117 .

(4) . **عكاشة محمد عبد** : مرجع سابق ، ص 216 .

يعود الفضل إلى الفقيه باتيفول في وضع أفكار هذه النظرية ليس فقط كأساس لقبول الإحالة ، وإنما كأساس للقانون الدولي الخاص بأكمله.

تقوم هذه النظرية على أساس أن المشرع الوطني عندما يضع قاعدة الإسناد فإنه يشرع في شأن علاقة خاصة على اتصال بأكثر من نظام قانوني ، وبالتالي فإن النزاع لا يفض من حيث المبدأ عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية وحدها، لأن في ذلك تجاهل لقواعد القانون الدولي الخاص في النظام القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاصه، فالمشرع يسعى من وراء قواعد الإسناد التي يضعها إلى تحقيق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد وبين قواعد التنازع الأجنبية.[1]

ويؤكد الفقيه باتيفول أن إعمال قواعد الإحالة لا يوجد فيه أي تنازل عن قاعدة الإسناد الوطنية لمصلحة قاعدة الإسناد الأجنبية ، بل على العكس من ذلك أن إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية لا يتم عفوا – أو عن طريق الصدفة- وإنما بناء على إرادة المشرع الوطني أصلا، ومن ثم فإن استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي في حد ذاتها تعبيرا عن إرادته فثمة إذن تنسيق بين القاعدتين الوطنية والأجنبية.

وخلاصة هذه النظرية أن الرجوع إلى قانون القاضي يتم بناء على استشارة قاعدة الإسناد الأجنبية في قانون الدولة التي رفضت الاختصاص المعروض عليها.[2]

أخذ على هذه النظرية أنها تكشف بوضوح عن السبب الداعي إلى التوقف عند حد الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيق الأحكام الداخلية في قانون القاضي.

كما يعاب على هذه النظرية التي تبرر الأخذ بالإحالة عندما لا يعترف القانون الأجنبي بالاختصاص لنفسه ، فقواعد الإسناد في قانون القاضي قد لا تعترف هي الأخرى بالاختصاص لنفسها وأشارت بتطبيق القانون الأجنبي.[3]

كما أن النظرية محل البحث أخفقت إلى حد كبير في وضع أساس نظري سليم لما استقر عليه القضاء الفرنسي التقليدي في شأن التوقف عند الإحالة إلى قانون القاضي .

---

(1) . **حفيظة السيد حداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص : مرجع سابق ، ص 167 .

(2) . **هشام صادق ، عكاشة محمد عبد العال ، حفيظة السيد الحداد** : القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين ، الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسية) دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2005 م، ص 105 وما بعدها .

(3) . مثال ذلك أن يطرح نزاع أمام القضاء الجزائري يخص أهلية أمريكي مقيم في الجزائر ، فإعمال قاعدة الإسناد الجزائرية يؤدي بتطبيق القانون الأمريكي بوصفه قانون الجنسية ، وعند استشارة قواعد الإسناد في القانون الأمريكي أولا ، فهي تشير في هذا الغرض بتطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن . وإسقاط فكرة التنسيق والانسجام التي قال بها الفقيه باتيفول التي تبرر من خلالها الأخذ بالإحالة من قاعدة الإسناد الأمريكية إلى القانون الجزائري حتى لا يطبق القانون الأمريكي في حالة لا يعترف فيها بالاختصاص لنفسه ، فكيف يفسر إذن تطبيق القضاء للأحكام الموضوعية في القانون الجزائري مع أن قواعد الإسناد في هذا القانون الأمريكي ، أنظر في ذلك : **حفيظة السيد حداد** : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 168-189.

المبحث الثالث
موقف المشرع الجزائري من الإحالة

من المعلوم أن قواعد الإسناد أو قواعد التنازع بصفة عامة في أي نظام قانوني هي التي يظهر فيها موقف هذا القانون من الإحالة، ولمعرفة موقف المشرع الجزائري من الإحالة فإنه يتوجب علينا دراسة الإحالة قبل تعديل القانون المدني أي موقفه من الإحالة في ظل النصوص القانونية قبل تعديلها، ودراسة النصوص القانونية بعد تعديلها الذي وقع بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005م.

المطلب الأول
موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل.

قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني قبل التعديل جاءت خالية من أية إشارة إلى الإحالة، فلم تشر إلى الأخذ بها أو رفضها كما فعلت بعض قوانين الدول، بل سكت المشرع عن ذلك مما يؤدي بنا إلى التساؤل عن حكم هذا السكوت، هل يعتبر قبولا للأخذ بالإحالة أم رفضا لها؟.[1]

الأقرب إلى المنطق أن سكوت القانون الجزائري يعد رفضا للإحالة ولا يعتبر قبولا وذلك لعدة اعتبارات نذكر منها الآتي:

1 – لم يصدر حتى الآن عن القضاء الجزائري إلا قرارا وحيدا عن المحكمة العليا[2] وهذا الحكم لا يدل على الأخذ بالإحالة، وتفسير عدم وجود أحكام قضائية قبلت الإحالة من القانون الأجنبي المختص بأن ذلك يعتبر رفضا لها.

2 – عملا بالقواعد العامة في قانون كل دولة ومنها القانون الجزائري فإن الأصل العام هو عدم الأخذ بالإحالة لحداثتها، لذا أنها لم تبرز إلى الوجود إلا في العصر الحديث وكان ذلك بمناسبة قضية (فورجو) لعام 1874م أمام القضاء الفرنسي، وبالتالي فعدم النص على الأخذ بها يعد عدم القبول بها ضمنيا.

(1). **محمد سعادي:** القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري ، دار الخلدونية ، القبة الجزائر الطبعة الأولى، 2009م ص94.

(2). قرار المحكمة العليا في 1994/04/27، منشور في المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثالث، ص33 . وفي هذا القرار طبق القاضي الجزائري القانون الفرنسي إعمالا بقاعدة الإسناد الجزائرية المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية التي تخضعها لقانون نشوء الفعل الضار.

3 – القوانين التي أخذت بنظرية الإحالة السالفة الذكر نصت عليها صراحة، وهذا دليل على أن الأخذ بها لا يكون من خلال الاستنتاج من فحوى ومضمون النصوص القانونية في حالة السكوت عنها، كما فعل المشرع الجزائري بل يعتبر ذلك رفضا لها.[1]

4 – يمكن اعتبار سكوت المشرع الجزائري عن الإحالة رفضا لها وذلك بالرجوع إلى بعض القوانين التي أخذ عنها المشرع الجزائري في معظم قواعده في مجال تنازع القوانين، ومن خلال موقف هذه القوانين من الإحالة نحدد موقف المشرع الجزائري منها، فالقانون المصري أخذ عنه المشرع الجزائري عدة أحكام قانونية، وبما أن القانون المصري رفض الإحالة في المادة (27) صراحة فلا يعقل أن يعتبر سكوت المشرع الجزائري قبولا لها بل المنطق السليم هو أن يفسر سكوته رفضا لها.[2]

5 – بعض النصوص القانونية كما هو الحال في المادة (15) والمادة (2/20) من القانون المدني الجزائري يستفاد منها تطبيق القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية، وليس قواعد إسناده مما يدل على رفض القانون الجزائري لفكرة الإحالة عندما سكت عنها.[3]

6 – نظم المشرع الجزائري في المادة (23) من القانون المدني الإحالة الداخلية، وهي الإحالة التي تكون نحو الدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية أو الدول البسيطة التي تتعدد فيها الأنظمة القانونية أو الطوائف الدينية مثل مصر أو لبنان.[4]

ففي هذه الدول إذا عُرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأحد رعاياها فإنه وطبقا للمادة (23) من القانون المدني على القاضي أن يرجع إلى القانون العام لتلك الدولة، وهذا الأخير هو الذي يحدد له القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة داخليا، وهذه هي الإحالة الداخلية التي لا تكون من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى بل تكون من القانون العام لدولة إلى قانون داخلي لنفس الدولة.[5]

---

(1) . المادة (27) من القانون المدني المصري التي تنص:" أذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

(2) . **علي علي سليمان**: مرجع سابق، ص55 ،56 .

(3) . تنص المادة(15) من القانون المدني على" يسري على الشروط الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.

غير انه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

وتنص المادة(2/20) من ذات القانون على " غير انه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

(4) . تنص المادة(23) من القانون المدني الجزائري على " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه. إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي"

(5) . **زروتي الطيب**: مرجع سابق، ص 124 وما بعدها.

ولما كانت الإحالة الداخلية ليست هي الإحالة الدولية على النحو السابق فإن تنظيم المشرع الجزائري للإحالة الداخلية وسكوته عن الأخرى يعد رفضا لها.

يمكن استخلاص رأيين بالنسبة لموقف المشرع الجزائري في الأخذ بالإحالة من عدم الأخذ بها وهما:

الرأي الأول: وقال به الأستاذ: "علي علي سليمان" وفحواه أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى سيؤدي إلى توسيع حالات تطبيق القانون الجزائري باعتبار أن الجزائر دولة مستوردة للأجانب المنتمون للدول الأنجلو ـ أمريكية وهذه الدول تخضع مسائل الأحوال الشخصية لقانون الموطن، وعليه فإن رفض الإحالة يعني تطبيق القوانين الأجنبية، ويعني أيضا التضييق من نطاق تطبيق القانون الجزائري.[1]

الرأي الثاني : وقال به الأستاذ/ "حبار محمد الأبن" والذي يرى في عدم الأخذ بالإحالة في القانون الجزائري أفضل ، وحسب رأيه فإن الأخذ بالإحالة يلحق ضررا بتوقعات أطراف العلاقة القانونية وخاصة عندما تكون الإحالة من الدرجة الأولى التي سوف تجعل الشريعة الإسلامية هي التي ستطبق على الأجانب في الجزائر مما يؤدي إلى مساسها بتوقعاتهم وهي نتيجة غير مرغوب فيها.[2]

الواقع من الأمر أننا نفضل الرأي الأول الذي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لأنها تؤدي إلى توسيع دائرة نطاق تطبيق القانون الجزائري وتسهل في نفس الوقت مهمة القاضي الجزائري عندما تعرض أمامه منازعات رعايا الدول التي تتعدد فيها الشرائع وكذا البلدان الأنجلو ـ أمريكية التي سوف تتخلى عن الحكم لصالح القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن.

أما الرأي الثاني الذي يدعو إلى عدم الأخذ بالإحالة في الجزائر لأنها تمس بتوقعات أطراف العلاقة القانونية فإن الرد على هذا الاتجاه يتلخص بأن المس بتوقعات أطراف العلاقة القانونية لا قيمة له أمام سيادة الدولة الجزائرية.

بالإضافة إلى ذلك أن الأجانب يعرفون أن قانون الموطن هو الذي سيطبق عليهم وذلك تطبيقا لقواعد الإسناد في قوانين دولهم ومن ثم ليس هناك مساس بتوقعات الأجانب بخصوص القانون الذي ينظم علاقاتهم القانونية.

المطلب الثاني
موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل.

(1). **علي علي سليمان**: مرجع سابق ص55 .

(2). **محند اسعد**: مرجع سابق، ص176.

عكس ما كان عليه المشرع الجزائري سابقا فإن تعديل القانون المدني الحاصل بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 وسواء بالنسبة إلى الإحالة الداخلية أو الدولية فإن المشرع الجزائري لم يسكت هذه المرة عن نظرية الإحالة وخاصة الإحالة الدولية. ولما كان التعديل الجديد مس الإحالة بنوعيها بدرجات متفاوتة فإن دراستها تكون على النحو الآتي:

الفرع الأول: بالنسبة للإحالة الداخلية.

المادة (23) من القانون المدني المنظمة للإحالة الداخلية كانت صياغتها تتضمن فقرة واحدة وأصبحت بعد التعديل تتكون من فقرتين تتضمن كل واحدة أحكاما خاصة تختلف عن أحكام الفقرة الأخرى وذلك على النحو التالي:

أولا: أحكام الفقرة الأولى من المادة (23) من القانون المدني.

أكد المشرع الجزائري في التعديل الجديد القواعد والأحكام التي تحكم الإحالة الداخلية التي كانت معمولا بها قبل التعديل عندما يعرض نزاع على القاضي الجزائري لرعايا دول تتعدد فيها النظم القانونية أو الطوائف الدينية، ويعرض الأمر على القاضي الجزائري.

غير أن التعديل الجديد مس صياغة المادة (23) فقرة أولى وجاء بصياغة جديدة حذفت فيها عبارات وعوضت بعبارات أخرى في غاية الدقة والوضوح، إذ كانت تنص قبل التعديل بأنه (متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه).

أما بعد التعديل فأصبحت الصياغة كما يلي (متى ظهر... تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه).

ثانيا: أحكام الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون مدني .

يلاحظ بأن هذه الفقرة جديدة ولم تكن موجود قبل التعديل وجاءت صياغتها على النحو التالي (إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي).

ويستفاد من مضمون هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اعتمد في التعديل الجديد معيـــاران أو ضابطان في حالة عدم وجود نص في القانون الأجنبي يمكن بواسطة أحدهما تطبيق قانون معين على النزاع المطروح أمام القاضي الجزائري.[1]

1 – معيار القانون الغالب في دولة تتعدد فيها الطوائف.

هناك حالات محددة يرجع فيها القاضي الجزائري إلى القانون الأجنبي المختص طبقا لقواعد الإسناد الجزائرية وعلى وجه التحديد طبقا للفقرة الثانية من المادة (23) إذا تبين أنه لا يوجد في هذا القانون الأجنبي المختص نصا تشريعيا خاصا بهذا النزاع المطروح أمامه.

ففي هذه الحالات خول المشرع للقاضي الجزائري تطبيق القانون الغالب في هذا البلد إذا تعددت فيه الطوائف الدينية.[2]

وعليه فإن المعيار الذي يعتمد عليه القاضي الجزائري في حالة خلو القانون الأجنبي المختص من النص التشريعي هو القانون الغالب في هذا البلد شريطة أن يكون هذا الأخير متعدد الطوائف كما هو الحال في لبنان ومصر.

2 – معيار التشريع المطبق في عاصمة الدولة.

عند رجوع القاضي الجزائري إلى القانون الاجنبي المختص الذي تتعدد فيه النظم (الإقليمية) كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية أو الهند، ولا يوجد في القانون الأجنبي المختص نصا تشريعيا خاصا بالنزاع المطروح أمامه فإنه مخول قانونا بالأخذ بنصوص القانون المعمول به في عاصمة تلك الدولة دون العمل بالنصوص القانونية المعمول بها في النظم الإقليمية، وعليه فإن التعديل الوارد في هذه الفقرة جاء بأحكام لم تكن موجودة من قبل لأنها حددت معيارين يمكن الاعتماد عليهما من طرف القاضي الجزائري خلال رجوعه إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص في الدول التي تتعدد فيها الطوائف الدينية والدول التي تتعدد فيها الأنظمة الإقليمية وخلوها من نص خاص يحكم النزاع المطروح عليه، ومن ثم فإن التعديل الجديد كان في محله لأنه قلل من عناء القاضي الجزائري في هذا المجال مقارنة مع حكم هذه المادة قبل تعديلها.[3]

الفرع الثاني: بالنسبة إلى الإحالة الدولية.

(1). **محمد سعادي**، مرجع سابق، ص 95 .

(2). **عكاشة محمد عبد العال**: مرجع سابق، ص183 .

(3). **زروتي الطيب**: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص127 .

بداية ينبغي التنبيه بأن قواعد الإحالة الدولية تختلف عن قواعد وأحكام الإحالة الداخلية، والمشرع نظم هذه الأخيرة قبل التعديل الجديد وبعده على النحو المشار إليه سابقا، إلا أنه سكت عن الإحالة الدولية في القانون القديم ونظمها عند التعديل بقواعد وردت في المادة (23) مكرر 1 حيث تتكون من فقرتين لكل واحدة حكم يختلف عن حكم الفقرة الأخرى وتبيان ذلك يكون على النحو التالي:

أولا: حكم الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 مدني من الإحالة.

يستخلص من مضمون الفقرة الأولى من المادة (23) مكرر1 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قرر كقاعدة عامة الأخذ بالإحالة في حالة الرجوع إلى القانون الأجنبي المختص الذي تشير على تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية، حيث تنص هذه الفقرة "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان... ".

مما يدل صراحة ودون لبس أو غموض أو تأويل بأن القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص هي التي يرجع إليها القاضي المعروض عليه النزاع ويطبقها على النزاع المطروح أمامه، وبالتالي فهو يرفض الأخذ بالإحالة الدولية مادامت هذه القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص تقدم له الحل الذي يبحث عنه.[1]

ثانيا: حكم الفقرة الثانية من المادة (23) مكرر1 مدني من الإحالة.

يستفاد من نص هذه الفقرة صراحة بأنه يأخذ بالإحالة ويطبق القانون الجزائري بدلا من القانون الأجنبي في الحالات التي يرجع فيها القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع إلى القانون الأجنبي المختص ويتبين له أن قواعد التنازع فيه تتخلى عن الاختصاص لصالح القانون الجزائري وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية (غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص).

يستخلص من ذلك أن قاعدة رفض الإحالة الواردة في الفقرة الأولى قد ورد عليه استثناء في الفقرة الثانية يقضي بالأخذ بالإحالة الدولية ولم يرفضها المشرع الجزائري في التعديل الجديد رفضا مطلقا بل أجازها من الدرجة الأولى لأن في ذلك ما يبرر التوسيع من دائرة تطبيق القانون الجزائري بالنظر إلى الأشخاص المقيمين في الجزائر وينتمون إلى الدول الأنجلو سكسونية التي تعتمد قانون الموطن كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، بالإضافة إلى أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يسهل من مهمة القضاة على النحو الذي كانوا يعانون منه قبل التعديل الجديد لما كان يفسر سكوت المشرع عن الإحالة بأنه رفض لها.

(1) .وهو إسناد موضوعي لا إسناد إجمالي بمعنى أنه يتعين على القاضي الوطني القيام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة على النزاع، دون تلك المتعلقة بقواعد الإسناد فيه ، أنظر **بلمامي عمر**: مرجع سابق، ص126 .

وبذلك يكون المشرع الجزائري باقتصاره على الإحالة من الدرجـــة الأولى قد تجـــنب أو بالأحرى خفف من الانتقادات الموجهة لموقفه من الإحالة بوجه عام.

الخاتمة

الخــاتمة

لقد احتاج إعداد هذه المطبوعة العلمية إلى كثير من الصبر والاجتهاد، حيث جاءت كثمرة من التأمل والبحث من خلال تدريس مقياس القانون الدولي الخاص لطلبة السنة الثالثة ليسانس (ل. م. د) لعدة سنوات، فكان الحرص ينصب على متابعة كل جديد في فقه القانون الدولي الخاص خاصة بعد التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي شهدها العالم والتي أدت إلى ظاهرة العولمة وما صاحبها من تأثيرات على التشريعات الوطنية، وما تلاها من تغييرات للأنظمة السياسية لاسيما الدول النامية، وما طرأ من حراك اجتماعي عالمي مس مختلف جوانب الحياة الدولية ...

ظلت المعاملات بين الأفراد خلال فترة طويلة من التاريخ معاملات داخلية لا تتعدى بحال من الأحوال حدود الإقليم، ولكن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية أدى إلى نشوء حاجات جديدة للأفراد لا يستطيع أي إقليم أن يفي بها منفردا، فارتبطت بذلك مصالح مختلف الأقاليم واستتبع ذلك قيام معاملات بين أفراد الأقاليم المختلفة، مما أدى إلى ظهور مصطلح القانون الدولي الخاص عام 1834م، وتم تطبيقه لأول مرة في هولندا ، كوسيلة من الوسائل القانونية التي تعمل على الفصل في النزاع القانوني بين الأفراد، ثم انتشر في فرنسا بعد الثورة الفرنسية؛ بسبب زيادة سفر الأفراد الأجانب إليها حتى يساعد في تنظيم كافة مجالات حياتهم من عمل، وسكن، وتعليم، وغيره.

وقد أخذت هذه المعاملات تدريجيا في الازدياد تبعا لاضطراد تقدم التجارة الدولية وأصبح من المسلّم به الآن وجود نوعان من الروابط القانونية، روابط قانونية وطنية في جميع عناصرها، وروابط قانونية تشتمل على عنصر أجنبي ويمكن تسميتها بالروابط المختلطة، ولذلك فالقانون الدولي الخاص من العلوم الحديثة النشأة إلا أنه يعتبر من أهم فروع القانون فهو أحد أنواع القوانين الدولية رغم تنوع موضوعاته ومصادره، التي تقسم عادة إلى مصادر رسمية وهي المعاهدات الدولية والتشريع والعرف الدولي، ومصادر غير رسمية وهي أحكام القضاء وأراء الفقهاء، ويهدف أساسا إلى تطبيق مجموعة من المواد والأحكام التشريعية التي يرتبط بها الأفراد المنتمين لدول على المستوى المحلي والإقليمي والدولي ولهم علاقات مشتركة، فظهرت الحاجة لوجود القانون الدولي الخاص كضرورة ملحة في المعاملات بين الأفراد نظراً لتشعب وتداخل العلاقات الدولية، والانفجار السكاني والثورة التكنولوجية الباهرة، وما خلفته من نتائج كالنزاعات بين الأطراف المختلفة، وهو ما يمثل النظرية العامة لتنازع القوانين الذي يعتبر المحور الأساسي والرئيسي لقواعد القانون الدولي الخاص.

ومن خلال هذه الدراسة تبين لنا أن القانون الدولي الخاص في كل دولة يشتمل على قواعد التنازع الوطنية التي يسنها المشرع ويعهد إليها مهمة تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات المتنوعة للأشخاص ذات البعد الدولي ، وكما أن ذلك يعد ضرورة لتطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي، إلى جانب احتوائه على قواعد انفرادية التي تساهم في ترجيح مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية مقارنة بمركز القانون الأجنبي الذي يطبقه القاضي ذاته، ومنه يتجلى لنا أن تنازع القوانين معناه تزاحم عدة قوانين لدول ذات سيادة بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، وعليه فحتى نكون أمام حالة تدخل ضمن تنازع القوانين لا بد من توافر مجموعة من الشروط، وهي وجود علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي، أن يفسح المشرع الوطني المجال للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع المطروح أمامه، وان يتزاحم حكم العلاقة القانونية محل النزاع قوانين متعارضة من الناحية الموضوعية.

وهكذا قد بينا أن المعاملات المختلفة التي تشتمل على عنصر أجنبي سواء في أطرافها أو في موضوعها أو في سببها في أمس الحاجة إلى القانون الدولي الخاص مع وجود اختلاف بين القواعد القانونية المتصلة بالعلاقة محل النزاع المعروض على القضاء، فقواعد القانون الدولي الخاص هي بيئة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي التي تتجاوز الحدود والأقاليم الخاضعة في الأصل للقانون الوطني انطلاقا من مبدأ إقليمية القوانين، فلا يمكن لفروع القانون الخاص التقليدية أن تحكم علاقات الأفراد عند احتوائها لعنصر أجنبي لأنها وجدت أصلا من أجل تنظيم علاقات الأفراد الوطنية.

والنتيجة أن الدوافع والأسباب التي أدت إلى حتمية وجود القانون الدولي الخاص إذ تناط بقواعده مهمة حكم وضبط العلاقات القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الطائفة من العلاقات القانونية.

وبالتالي يدرك الباحث الحقوقي أنّ القانون الدولي الخاص يهدف إلى تنظيم التعامل بين الأفراد المحليين، والأجانب، بمعنى تحديد كيفية تطبيق القانون على مواطني الدولة، وعلى الأفراد الذين يأتون إليها من دول أخرى، فهو يقتصر على مسألة تنازع القوانين فقط (تنازع الاختصاص التشريعي)، فكانت عبارة (تنازع القوانين) عنواناً لمؤلفات الكثير من الفقهاء في إيطاليا وألمانيا بدلاً من عنوان (القانون الدولي الخاص)، على أساس أنه يمكن التعرف على هذا القانون من خلال (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد) التي تُعين القانون الواجب تطبيقه (القانون المختص) على الواقعة المعروضة أمام القاضي.

أما بخصوص النطاق الذي يشغله القانون الدولي الخاص فقد اختلف الفقه في ذلك، فهناك رأي موسع لنطاق القانون الدولي الخاص، ورأي مضيق لموضوعاته ، وهناك رأي وسط بين الرأيين السابقين، والأمر المسلم به عند غالبية الفقه أن تنازع القوانين يعد صميم القانون الدولي الخاص، إذ يرى أنصار هذا

الاتجاه أن علم تنازع القوانين يتمتع بذاتية خاصة، فتنازع القوانين تبرز كقواعد إسناد إلى جملة من طوائف النظم القانونية.

وفي مقابل ذلك أن تطور قواعد القانون الدولي الخاص جعلها تشتمل على مجالات أخرى لا تقل أهمية عن تنازع القوانين مع فارق جوهري في وظيفة كل منها حسب الغاية التي رسمها لها المشرع، فتنازع الاختصاص القضائي يمثل الجانب الإجرائي لمشكلة تنازع القوانين وهذا المجال هو الذي يعول عليه في تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الخاضعة لقواعد القانون الدولي الخاص.

أما المجال الأخر فهو يتعلق بمركز الأجانب وهذا النطاق هو الذي يتضمن القواعد القانونية التي تبين الحقوق التي يتمتع بها الأجانب وكذا الالتزامات التي يتحملونها أثناء تواجدهم في الدولة ، لذلك كانت مسألة الأجانب جديرة بأن تدرج ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص وهي مسائل لا غنى عنها لصلتها بتنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، كما أن الموطن والجنسية يعتبران ضمن نطاق القانون الدولي الخاص، إضافة إلى كون الموطن والجنسية ضابطان قاران في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن صلتهما بالمجال الرئيسي المتمثل في تنازع القوانين أمر لا يمكن إنكاره، ويسود هذا الاتجاه في الفقه القانوني اللاتيني المتبع في فرنسا والدول الأخرى التي تحذو حذوها في التشريع مثل الأردن، والعراق ومصر وسوريا ولبنان والجزائر.

فهناك بعض الدول، كالدول الانجلو سكسونية، التي لا يقتصر القانون الدولي الخاص لديها على تنازع القوانين فقط، بل يشمل تنازع الاختصاص القضائي الدولي أيضاً لتحديد مدى اختصاص محاكم الدولة في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، مما يستلزم تحديد المحكمة المختصة بالنظر والفصل في هذا النزاع أيضاً، أي تعين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، بمعنى أن يدرك الطالب مجال الأحكام القضائية الأجنبية وما ترتبه من أثار فقد أدخلت ضمن نطاق القانون الدولي الخاص لعلاقته باستعمال الحق وبتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وإن كانت مستقلة عن بعضها البعض نسبيا فيما تعالجه بصفة خاصة فهي تتكامل مع بعضها وتلتقي على هدف واحد وهو تنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيما دوليا، وكذا الارتباط الوثيق بين هذه الموضوعات واعتبارها حلقة متصلة لا غنى عنها لدراسة العلاقات ذات الطابع الدولي.

فإذا كانت القواعد القانونية في مختلف المجالات تعتبر مكملة لبعضها البعض فإن قواعد القانون الدولي الخاص لم تشذ عن هذا المنحى، فلقواعد القانون الدولي الخاص علاقة تتسم أحيانا بالضيق وأحيانا بالأتساع ببعض فروع القانون الأخرى، والأصل أن قواعد القانون الداخلي ـ الوطني ـ تنظم سلوك الأشخاص في معاملاتهم المالية والشخصية فيما بينهم، والاختلاف الذي تنفرد به قواعد القانون الدولي الخاص هي أنها

تستوجب اشتمال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي، فمهما كان التأثير موجودا بين القانون الدولي الخاص وفروع القانون الداخـلي العـام أو الخاص فهو تأثير غير مباشر ومن ثم فهو يتعلق بمسائل أولية وتكييفات ضرورية، خاصة وأن قواعد القانون الدولي الخاص تناط بها وظيفة محددة ودقيقة تتمثل في تنظيم مصالح فردية وتحديد القانون المختص الواجب التطبيق وتعيين الجهات القضائية المختصة.

ومنه يتضح من غير عناء أن القانون الدولي الخاص يشتمل موضوعات بطبيعتها تتجاوز الحدود الإقليمية، كموضوع تنازع القوانين ويعتبر من أهمها، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الموطن، المركز القانوني للأجانب، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وهي من المواضيع ذات الأهمية الكبيرة في حماية حقوق الأفراد، والتي تنظم الروابط بينهم، إن لم نقل أنه يشكل أغلب الدراسات في مادة القانون الدولي الخاص، وهذا يبدو أمرا طبيعيا حيث أن علاقات الأفراد المشوبة بعنصر أجنبي تمثل اللبنة الأساسية للمجتمع، ولقد كان لانقسام المجتمع الدولي إلى مجموعة من الدول تتمتع كل منها بالسيادة وبقواعد وطنية تنظم الحياة الخاصة الدولية بما يناسب مصالحها.

وفي ظل غياب سلطة عليا تهتم بتنظيم علاقات الأفراد في المجال الدولي؛ الأثر الكبير على العلاقات المدنية والتجارية.. التي تتجاوز إقليم الدولة الواحدة، فمثلا إذا تعلق نزاع بصحة زواج أو الميراث أو الجنسية أو مسألة تجارية بين جزائري وتونسية أو العكس أو بين جزائري وتونسي فإن هذا النزاع يتصل من جهة بالقانون الجزائري ومن جهة أخرى بالقانون التونسي وهذا من شأنه أن يحدث تنازعا بين القانون الجزائري والتونسي، الأمر الذي يستدعي وضع حلول مناسبة له يضمنها القانون الدولي الخاص.

ومن أجل ذلك، وجدنا من المفيد الإشارة إلى عدد من المفاهيم وتقديم شرح قانوني حول المبادئ العامة الضرورية التي تشكل ركناً أساسياً في دراسة مادة القانون الدولي الخاص، ومن منطلق ضرورة بيانها، ولكونها لازمة لطلبة القانون خاصة في مراحل الدراسات الأولية، وحرصنا في عدد من الفقرات أن نقف للشرح الموجز لأهمية الموضوع، ولكي تصل المعلومة إلى طلبتنا واضحة بأسلوب أكاديمي سهل التناول والفهم.

فالهدف العلمي من المطبوعة بيان القواعد الموضوعية والقضايا التي ساعدت في حل مشكلة التنازع ، وتوضيح أثر الإحالة وقواعد الإسناد لحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات المدنية والتجارية المشتملة على عنصر أجنبي وفق قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري، والكشف عن مواقع الخلل في أسس وقواعد تطبيق القانون الدولي الخاص، كما تأتى هذه المطبوعة لمعرفة ما هي إجراءات حل التنازع وما الجهة المختصة بحل هذا التنازع؟، وكشف مضمون التشريعات الدولية والفقه المقارن بتحليل المسائل القانونية، و بيان دور القاضي هنا، الذي يعمل على تقريب النصوص القانونية بينها، وتطبيق المناسب منها،

والذي يتوافق مع القانون الخاص بكل دولة، وهذا حتى نتمكن من معرفة القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي الجزائري، وكيفية تجاوز الصعوبات التي تطرحها خاصة وأننا نعلم أن المشرع الجزائري لم يضع قواعد واضحة تخص الاختصاص القضائي الدولي، ومنه ينبغي على المشرع الجزائري إيجاد تقنين متكامل للقانون الخاص لما له من دور في حل المشكلات القانونية، كما يجب تفعيل الحلول الفقهية التي تمكن من تجاوز بعض الصعوبات المتعلقة بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لاسيما الجزائري.

والخلاصة أن الهدف العام من هذه المطبوعة يكمن في تمكين الباحث القانوني من فهم مقياس القانون الدولي الخاص، وإعطائه القدرة على وضع حلول قانونية وفق القانون الجزائري لأي نزاع يشتمل على عنصر أجنبي ويتعلق بشؤون الأفراد سواء تعلق الأمر بالاختصاص القضائي الدولي أو بتنازع القوانين، مع تدعيم هذه القدرة باجتهاد القضاء لأن القضاء يلعب دوراً مهماً فى تنازع القوانين، على أنها مسألة تقريرية وليست تقويمية، وهذه الفعالية تتسق مع فلسفة وجود القانون الدولي الخاص، وأن المشرع والقضاء يعملان وفقاً لنظرية الامتداد والتكامل، مع انحسار دور المشرع بسبب أن القضاء حجز مساحة أكبر من المشرع .

في الختام نتمنى أن تكون هذه المطبوعة نبراسا مساعدا للباحث القانوني والطالب الجامعي وكل مَّن فكره متقد بروح البحث العلمي على استيعاب وفهم الضوابط والقواعد القانونية لـ "**القانون الدولي الخاص**"، ونسأل الله أن يجعل عملنا في ميزان الصالحات وأن يكون علما نافعا، والحمد لله رب العالمين.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا : المراجع باللغة العربية

I - الكتب:

1. **إبراهيم أحمد إبراهيم** : القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.

2. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي الخاص، والآثار الدولية للأحكام، الكتاب الأول نشر سيد عبد الله وهبة، سنة 1991م.

3. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، الجزء الأول، نشر سيد عبد الله وهبة سنة 1982م.

4. **أبو العلا علي أبو العلا النمر:** مقدمة في القانون الدولي الخاص، بدون سنة ولا مكان النشر.

5. **أحمد أبو الوفاء:** علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 – 1995م، بند 103.

6. **أحمد عبد الحميد عشوش:** تنازع القوانين، طبعة 1988.

7. **أحمد عبد الكريم سلامة** : الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.

8. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.

9. **(ـــ ـ ـــ):** الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، جامعة الملك سعود، سنة 1418هـ.

10. **(ـــ ـ ـــ):** تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون لسنة 1995م.

11. **(ـــ ـ ـــ):** علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء، القاهرة، الطبعة الأولى 1996م.

12. **(ـــ ـ ـــ):** نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة،1998م.

13. **أحمد مسلم**: موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.

14. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص، طبعة 1954م.

15. **(ـــ ـ ـــ):** موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966م.

16. **أشرف وفاء محمد:** المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000م.

17. **أعراب بلقاسم:** القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول.

18. **باتيفول**: القانون الدولي الخاص، طبعة 1967، بند 237 – 556 .

19. **بلمامي عمر**: دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، دار هومة 2008 م، ص26.

20. **بيجونيير:** القانون الدولي الخاص، طبعة 1962م بند 2228.

21. **جابر جاد عبد الرحمان:** القانون الدولي الخاص العربي: الجزء الثالث، مجلد1، بند 51.

22. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،1969م.

23. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين، ، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 1970 م.

24. **جمال محمود الكردي:** دروس في القانون الدولي الخاص الجزء الأول تنازع القوانين.

25. **حسن الهداوي :** القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001 م .

26. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين ،دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2005م.

27. **حسن عبد السلام جابر** : الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص على أساس التشريع المصري وفي أحكام الفقه والقضاء، المطبعة العصرية، الإسكندرية، 1985.

28. **حفيظة السيد الحداد**: الطعن بالنقض في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، 1997م.

29. **(ـــ ـ ـــ):** القانون القضائي الخاص الدولي، الإسكندرية ،1990م.

30. **(ـــــ ـ ـــ):** القانون القضائي الخاص الدولي، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، بدون مكان نشر طبعة 1992م.

31. **(ـــ ـ ـــ):** الموجز في القانون الدولي الخاص الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2009 م.

32. **(ـــ ـ ـــ):** الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية، الكتاب الثاني القانون القضائي الخاص الدولي دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

33. **(ـــ ـ ـــ):** النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2009م.

34. (ـــ ـ ـــ): النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007م.

35. **رمزي محمد علي درار:** فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 2010 م، بيروت، لبنان.

36. **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين ، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2010 م.

37. **سامي بديع منصور** ، أسامة العجوز: القانون الدولي الخاص ،منشورات زين الحقوقية ، بيروت، لبنان طبعة 2009 م .

38. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية، 1997م.

39. **(ـــ ـ ـــ):** الوسيط في القانون الدولي الخاص وحلول المنازعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994م.

40. **سامي بديع منصور– أسامة العجوز:** القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان،2009م.

41. **سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال**: القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت،لبنان، 1995م.

42. **سعيد يوسف البستاني**: الجامع في الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009م.

43. **صلاح الدين جمال الدين محمد:** نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.

44. **طرح البحور علي حسن فرج:** تدويل العقد، دارسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 1980/06/19م، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 م.

45. **عادل أبو هشيمة محمود حوته:** عقود خدمات العقود الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

46. **عبد الحميد أبو هيف**: القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة السعادة 1927م.

47. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، طبعة سنة 1972 م.

48. **عبده جميل غصوب:** دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008م بيروت، لبنان.

49. **عز الدين عبد الله:** القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

50. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية 1974م.

51. **عكاشة محمد عبد العال:** تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، 2007م.

52. **علي علي سليمان:** مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1991 م.

53. **(ـــ ـ ـــ):** مذكرات في القانون الدولي الخاص، طبعة 1984، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

54. **عليوش قربوع كمال:** القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، دار هومة، الجزائر، 2006م.

55. **عوض الله شيبه الحمد السيد:** الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997م.

56. **غالب علي الداودي** : القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1996م.

57. **ليروبور بيجونيير:** القانون الدولي الخاص، طبعة 1962 بند 299.

58. فؤاد عبد المنعم رياض – سامية راشد: الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1987م**.**

59. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين والاجتهاد القضائي الدولي وأحكام الآثار الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994م.

60. **لاجارد:** القانون الدولي الخاص، ج 1، الطبعة الخامسة، 1970م.

61. **لوسوارن وبويرل** : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الرابعة ، 1993م.

62. **ماجد الحلواني:** القانون الدولي الخاص في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1973م.

63. **ماهر إبراهيم السداوي:** مبادئ القانون الدولي الخاص ـ الجنسية ـ طبعة سنة 1980م.

64. **مايير (بيار)** - (P) Mayer **:** القانون الدولي الخاص، الطبعة الخامسة، سنة 1996.

65. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص الطبعة 6 مونتشريثتين، 1998 م.

66. **محمد سعادي:** القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري ، دار الخلدونية ، القبة الجزائر الطبعة الأولى 2009م.

67. **محمد شتا أبو السعد**: تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي ، القاهرة ، ط 1 ، مطبعة كفر الشيخ ، 1987م.

68. **محمد كمال فهمي**: أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2003م.

69. **محمد وليد المصري**: "الوجيز في شرح الدولي الخاص،دراسة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي"، دار الثقافة والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى، 2009 م.

70. **محند إسعد:** القانون الدولي الخاص الجزء الأول قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

71. **مصطفى كامل ياسين** : القانون الدولي الخاص ، دروس لاهاي 1965م، الجزء 116.

72. **ممدوح عبد الكريم:** القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005م.

73. **منصور مصطفى منصور**: مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، 1957م.

74. **نادر محمد محمد إبراهيم :** مركز القواعد عير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي ، الإسكندرية، 1998م.

75. **هشام خالد :** المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر العربي الإسكندرية، 2003م.

76. **هشام صادق:** الموجز في القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين- دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995م.

77. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1972م.

78. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م.

79. **(ـــ ـ ـــ):** دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية بيروت، لبنان، 1980م.

80. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1993م.

81. **هشام صادق ، عكاشة محمد عبد العال ، حفيظة السيد الحداد :** القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسية) دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005م.

82. **(ـــ ـ ـــ):** القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين ـ الاختصاص القضائي الدولي ـ الجنسية) الكتاب الأول(تنازع القوانين) دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،مصر، 2006م.

83. **هشام صادق، حفيظة السيد الحداد**: دروس في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني، بدون دار الطبع ولا النشر، 2000م.

84. **هنري باتيفول:** القانون الدولي الخاص، طبعة1967، بند 264 .

85. **(ـــ ـ ـــ):** تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص، دروس أكاديمية، لاهاي، **1973**م، ج**2**.

86. **(ـــ ـ ـــ):** تنازع القوانين في العقود، طبعة 1938 .

87. **وائل أحمد علام:** تنازع القواعد في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

88. **هوللوفواييه** ، دي لابراديل: القانون الدولي الخاص، طبعة ماسون، 1987م.

89. **يوسف سعيد البستاني**: الجامع في القانون الدولي الخاص (المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009 م.

90. **(ـــ ـ ـــ):** المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004م.

II ـ مقالات:

1. **جابر جاد عبد الرحمان**: مقال بعنوان: نحو قانون دولي خاص عربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد **21** لسنة **1965م** .

2. **أحمد صادق القشيري:** مقال بعنوان "الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية"، منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد رقم 21، لسنة 1965م.

3. **زروتي الطيب:** مقال بعنوان تنازع القوانين في العقود الدولية، منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية لسنة 1997، العدد رقم 01.

4. **زروتي الطيب:** مقال بعنوان تنازع القوانين في العقود الدولية، منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، لسنة 1997، ص64 وسنة 1998 العدد رقم 03.

5. **عباس عبد الهادي**: السيادة وتنازع القوانين، مجلة المحاماة السورية لسنة 1989 م.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1. Andrea Giardina : « L'exécution des sentences de centre international pour les règlement des différents relatifs aux investissements». Rev. Crit, 1983.

2. Batiffol (Henri) : Réflexions sur une préface choix d'articles, 1976.

3. Batiffol (Henri) et Lagard(Paul): Droit international privé,T,1, L.G.D.J,7éd.

4. (—— - ——): Droit international privé, 2éme vol, 5ème éd, Paris, L.G.D.J. 1974, et 1976.

5. (——-——): Droit international privé , T.1, ED, 1981.

6. CARDAHI (Choucri): «La conception et pratique du droit international prive dans l islam», t. II, R.C.A.D.I., 1937.

7. Couchz Regard: « Essai de limitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial» librairie , Dalloz, 1972.

8. Gonzalz Compas: « Les liens entre la compétence judicaire et la compétence législative»,Réc .des cours la Haye, 1977.

9. Gothat : "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé"Rev. Crit. **1971**.

10. Gutman (Daniel): Droit international privé , Dalloz , 1999.

11. (—— - ——): Droit international privé, 2éme, édition, dalloz. Paris, 2000.

12. Gyvtzwiller (S) :«Le développement historique du droit international privé », Réc. Des cours la Haye, 1929.

13. Jacques- de Compostelle: Annuaire de L'Institut de droit international, session de saint.1989, travaux préparatoires , volume 63 – 1, Paris,1989.

14. Laurence Coroline Henry: L'essentiel du droit international Privé. Edition Gualino éditeur Paris. 2005**.**

15. Loussouarn (Yvon), Bourel (Pierre): Droit international privé, précis, Dalloz 2eme éd, 1980.

16. (—— - ——): Droit international privé, 6éme édition, Editions Dalloz. Paris,1999.

17. (—— - ——):Droit international privé,3 éme édition , 1988.

18. (—— - ——):Les règles matérielles: droit internationale privé,7eme édition ,Paris,2001.

19. Loussouarn (Yvon), Travaux «La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contras». Comité Française. droit. International. F.D.G.P.1981-1983 vol2, et1975.

20. Mayer (Pierre): Droit internationale prive, Montchrestien, Paris,3 ed,1988

21. (—— - ——): «La distinction entre règles et décisions et le droit international privé», Paris, Dalloz, 1973.

22. (——— - ———): « l' histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen âge», Réc. Des cours la Haye, 1934.

23. P. Le rebours - pigeonnier : Droit international privé, précis, Dalloz 8éme éd, Paris, 1962.

24. Von Overbeck: " les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents", Rev, des Cours la Haye, 1982.

الفهرس

مقدمة.....1

الفصل التمهيدي

الأساسيات العامة للقانون الدولي الخاص

..... 4

المبحث الأول: **أسباب ودوافع وجود القانون الدولي الخاص** 4

المطلب الأول: **الضرورة العملية لوجود القانون الدولي الخاص**..... 6

المطلب الثاني: **تعريف القانون الدولي الخاص وسبب تسميته بهذا الإسم** 9

الفرع الأول: **تعريف القانون الدولي الخاص**..... 9

الفرع الثاني: **سبب تسمية هذا القانون بالقانون الدولي الخاص**.....10

المبحث الثاني : نطاق القانون الدولي الخاص.....12

المطلب الأول : **تنـازع الـقوانين** 12

المطلب الثاني: **المجالات الأخرى للقانون الدولي الخاص**.....14

الفرع الأول: **تنازع الاختصاص القضائي** 14

الفرع الثاني: **مركز الأجانب**.....16

الفرع الثالث: **الموطن والجنسية**.....17

الفرع الرابع: **آثـار الأحكام الأجنبية**.....19

المطلب الثالث: **علاقة القانون الدولي الخاص ببعض فروع القانون الأخرى**.....21

الفرع الأول: **علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي العام** 21

الفرع الثاني: **علاقة القانون الدولي الخاص بفروع القانون الداخلي**.....22

أولا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الإداري 23

ثانيا: **علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الجزائي**.....23

ثالثا: علاقة القانون الدولي الخاص بقانون **الاجراءات المدنية والادارية**.....24

المبحث الثالث : طبيعة القانون الدولي الخاص 24

المطلب الأول: **صفة الدولية للقانون الدولي الخاص** 25

المطلب الثاني: **الصفة العامة أو الخاصة للقانون الدولي الخاص** 27

الفصل الأول

مصادر القانون الدولي الخاص

.....29
المبحث الأول المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص: 29
المطلب الأول: المعاهدات الدولية 29
الفرع الأول: مفهوم المعاهدات الدولية وأهميتها القانونية.....29
الفرع الثاني: المشاكل التي تعترض تطبيق المعاهدات الدولية.....31
أولا: تفسير المعاهدة الدولية.....31
ثانيا: تعارض المعاهدة الدولية مع القانون الداخلى 32
المطلب الثاني: التـــشريع 32
المطلب الثالث: الـعرف 34
المبحث الثاني: المصادر غير الرسمية.....35
المطلب الأول: القضاء الوطني 36
المطلب الثاني : القضاء الدولي.....36

الفصل الثاني

ماهية تنـازع القوانـين

.....38
المبحث الأول: المقصود بتنـازع القوانين.....38
المطلب الأول: ظاهرة تنازع القوانين 38
المطلب الثاني: شروط تنازع القوانين.....41
الفرع الاول: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي. 41
الفرع الثاني: أن يفسح المشرع المجال لتطبيق القانون الأجنبي 42
الفرع الثالث: تزاحم قوانين متعارضة لحكم العلاقة القانونية 43
المبحث الثاني: منـاهج تنازع القوانين.....45
المطلب الأول: المنهج التقليدي القائم على الإسناد 46
الفرع الأول: خصائص منهج الإسناد التقليدي.....46
الفرع الثاني: نقد منهج الإسناد التقليدي. 47

المطلب الثاني: **منهج القواعد الموضوعية**.....**48**
الفرع الأول: **القواعد الموضوعية ذات الأصل – المصدر – الوطني** **48**
أولا: القواعد الموضوعية التشريعية. **48**
ثانيا: **القواعد الموضوعية ذات المنشأ القضائي الداخلي** **48**
الفرع الثاني: **القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي**.....**49**
أولا: **القواعد الاتفاقية**.....**49**
ثانيا: **قواعد القانون التلقائي**. **50**
ثالثا: **القواعد التي أقرها الاجتهاد القضائي الدولي**.....**51**
المطلب الثالث: **منهج الملاءمة الأمريكي**.....**51**
الفرع الأول:**منهج الفقيه دافيد كيفرز في البحث عن العدالة**. **51**
الفرع الثاني: **فقه برنار كيري في تنازع المصالح** **52**
المطلب الرابع:نطاق تنازع القوانين **54**
الفرع الأول:**التنازع الدولي**. **54**
الفرع الثاني التنازع الداخلي Conflit interne:.....**56**

الفصل الثالث

النشأة التاريخية لتنازع القوانين

.....**59**
المبحث الأول: المدارس الفقهية القديمة: **59**
المطلب الأول: **مفهوم آراء الفقهاء واجتهاداتهم**.....**60**
المطلب الثاني: **دور فقهاء المدارس القديمة في تطوير قواعد تنازع القوانين** **61**
الفرع الأول: **المدرسة الإيطالية القديمة** **61**
الفرع الثاني: **المدرسة الفرنسية**.....**63**
أولا: **مبدأ إقليمية القوانين** **63**
ثانيا: **مبدأ عينية الأموال وشخصية الأحوال** **64**
الفرع الثالث: المدرسة الهولندية **66**
المبحث الثاني:فقه النظريات الحديثة **68**

المطلب الأول : مذهب الفقيه سافيني (1779 – 1861م) 69
الفرع الأول: **مضمون مذهب الفقيه سافيني.....69**
الفرع الثاني: **الانتقادات الفقهية لمذهب الفقيه سافيني.....70**
المطلب الثاني: **مذهب الفقيه مانشيني.....71**
الفرع الأول: **فحوى مذهب الفقيه سافيني 71**
الفرع الثاني: **انتقادات مذهب الفقيه سافيني 73**
المطلب الثالث: **مذهب الفقيه بييه (1857 – 1926م).....74**
الفرع الأول: **عرض مذهب الفقيه بييه.....74**
الفرع الثاني: **انتقادات مذهب الفقيه بييه 76**
المطلب الرابع: **مذهب الفقيه إتيان بارتان ETIEN BARTIN.....76**
الفرع الأول: **رؤية الفقيه إتيان بارتان لتنازع القوانين 77**
الفرع الثاني: **انتقادات مذهب الفقيه إتيان بارتان.....77**
المطلب الخامس: مذهب الفقيه نبوابيهNEBOYET 78
الفرع الأول: **فكرة تنازع القوانين لدى الفقيه نبوابيه 78**
الفرع الثاني: **تقييم مذهب الفقيه نبوابيه 79**

الفصل الرابع

طريـقة إعمال قواعد الإسناد

.....81
المبحث الأول: مفهوم قاعدة الإسناد.....82
المطلب الأول: **تعريف قاعدة الإسناد.....83**
المطلب الثاني: أهمية قاعدة الإسناد. 84
المطلب الثالث: عناصر قاعدة الإسناد.....86
الفرع الأول: الفكرة المسندة "موضوع قاعدة الإسناد"La notion rattachée 86
الفرع الثاني: ضابط الإسناد "أداة الإسناد أو عنصر الإشارة".....87
الفرع الثالث: القانون المسند إليه.....89
المبحث الثاني: **خصائص قاعدة الإسناد.....90**

المطلب الأول: **قواعد الإسناد قواعد وطنية.** **90**
المطلب الثاني : **قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة "قاعدة مرشدة"**..... **93**
المطلب الثالث: **قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة**..... **95**
المطلب الرابع: **قواعد الإسناد قواعد محايدة ومجردة** **97**
المبحث الثالث: التكييف La Qualification **99**
المطلب الأول: **تعريف التكييف وأهميته** **99**
المطلب الثاني : **نشأة نظرية التكييف** **103**
الفرع الأول: موقف القضاءالفرنسي من التكييف.. ..... **103**
أولا: قضية وصية الهولندي .Testament du hollandais..... **103**
ثانيا: قضية ميراث المالطي. **105**
ثالثا: **قضية أجدن الفرنسي**..... **105**
رابعا: **زواج اليوناني الأرثوذوكسي** **106**
الفرع الثاني: **موقف الفقه من التكييف**. **107**
أولا: **إخضاع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع**..... **107**
ثانيا: **إخضاع التكييف لقانون القاضي.(نظرية كاهن وبارتنان)**. **109**
ثالثا : **إخضاع التكييف لقانون القاضي والقانون الأجنبي معا** **112**
رابعا: **إجراء التكييف وفقا للقانون المقارن**..... **113**
الفرع الثالث: **موقف التشريع من التكييف**. **114**
المطلب الثالث: **موقف المشرع الجزائري من التكييف**..... **116**
الفرع الأول: **خضوع التكييف لقانون القاضي كأصل عام**..... **116**
الفرع الثاني: **الاستثناءات الواردة على خضوع التكييف إلى قانون القاضي الوطني**. **117**
أولا: **الاستثناء المتعلق بوصف المال** **117**
ثانيا: **الاستثناء في حالة وجود معاهدة أو نص قانون خاص** **119**
ثالثا: **الاستثناء المتعلق بالالتزامات التعاقدية** **120**
رابعا **الاستثناء المتعلق بحالة الاستحالة المادية** **120**

الفصل الخامس

الإحالـــة

123.....

المبحث الأول: **مفهـــوم الإحالـــة**.....123

المطلب الأول: تعريف الإحـــالة 123

المطلب الثاني: أنـــواع لإحـــالة التنازع الإيجابي 126

المطلب الثالث: ظهور الاحالة (قضية فورجو)التنازع السلبي 128

المطلب الرابع: موقف الفقه من الإحالة 130

الفرع الأول: **الفقه المناصر للإحالة**.....130

الفرع الثاني: **الفقه المعارض للإحالة**.....131

أولا : **حجج رافضي الإحالة (الحجج ذات الطابع الإيجابي)**.....132

ثانيا: **رد رافضي الإحالة على حجج أنصارها** 133

المطلب الخامس : الأساس القانوني للإحالة.....135

أولا: **نظرية التفويض كأساس لقبول الإحالة** 135

ثانيا : **نظرية الإسناد الاحتياطي لقبول الإحالة**.....136

ثالثا: **نظرية إقليمية القوانين كأساس لقبول الإحالة**.....137

رابعا: نظرية التنسيق بين قواعد الإسناد كأساس لقبول الإحالة.....138

المبحث الثاني: **موقف المشرع الجزائري من الاحالة** 139

المطلب الاول : **موقف المشرع الجزائري الإحالة قبل التعديل**.....139

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل 142

الفرع الأول: بالنسبة للإحالة الداخلية 142

أولا: أحكام الفقرة الأولى من المادة (23) من القانون المدني 142

ثانيا:**أحكام الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون مدني**.....143

1 . معيار القانون الغالب في دولة تتعدد فيها الطوائف:.....143

2 . معيار التشريع المطبق في عاصمة الدولة : 143

الفرع الثاني: بالنسبة إلى الإحالة الدولية 144

أولا:**حكم الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر مدني من الإحالة 144**
ثانيا:**حكم الفقرة الثانية من المادة (23) مكرر 1 مدني من الإحالة 144**
الخاتمة 146
قائمة المراجع والمصادر 152
الفهرس 163