المركز الجامعي الشهيد سي الحواس بريكة

معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص

تنازع القوانين

موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون خاص حقوق ل م د

- السداسي الأول-

من إعداد الدكتور:

برابح منير

الموسم الجامعي: 2022/2021

مقدمة:

كلنا يعلم أن الهدف من وضع القانون هو تنظيم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع، حيث يعرف القانون بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على نحو ملزم يضمن تطبيق هذه القواعد. وهذا ما يدفع بكل سلطة أو دولة إلى سن مجموعة من القوانين من أجل التحكم في سلوكات الأشخاص وضبط علاقاتهم في مختلف المجالات ومنه تنظيم المجتمع داخل هذه الدولة.

إن الأمر المسلم به هو أنه لكل دولة قوانينها التي تسنها السلطة التشريعية أو الهيئة الموكل لها مسألة التشريع داخل هذه الدولة، لتسري أو تطبق هذه القوانين داخل أقليم هذه الدولة – وهو ما يعرف بمبدأ إقليمية القوانين- وهوة المبدأ الذي تأخذ به معظم الدول في سريان القواعد القانونية من حيث المكان، كما تأخذ أيضا بمبدأ الشخصية باعتبار أن الدولة تملك أيضا سيادة على مواطنيها إضافة إلى بعض المبادئ الاستثنائية الأخرى مثل مبدأ العينية ومبدأ العالمية في تطبيق القواعد القانونية في حالات خاصة وضيقة.

وإن كان يبدو من الوهلة الأولى أن الأمر بسيط فيما يتعلق بتطبيق القواعد القانونية لكل دولة بما أن هذه القواعد تطبق داخل إقليمها فقط، وأنها تحكم فقط سلوك وعلاقات الأشخاص المرتبطين به برابطة الجنسية، إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة وبهذه البساطة، إذ أن حركة الأشخاص وتنقلهم وتزايد الهجرات بين الدول وكذا تزايد وسائل التواصل المختلفة قد فرض وجود ونشوء علاقات قانونية بين أشخاص ليسوا تابعين للدولة التي هم موجودين داخل إقليمها كأن تنشأ علاقة قانونية – عقد بيع على سبيل المثال- بين فرنسيين داخل الدولة الجزائرية، كما أن مواطني الدولة قد يتعاملون مع غيرهم من الأشخاص التابعين أو المرتبطين بدولة أخرى بجنسيتهم وذلك كأن يتعامل مواطن جزائري مع مواطن فرنسي، كما قد تكون العلاقة بين شخصين تابعين للدولة أو مرتبطين بها من حيث الجنسية إلا أن العلاقة القانونية التي نشأت بينهما كان محلها عقارا أو مالا موجودا داخل دولة أخرى ليست بدولتهم كأن يبيع جزائري لجزائري آخر عقارا موجودا مثلا بالدولة التونسية، فتبدأ المسألة هنا بالتعقيد والتشابك خاصة في حالة وجود نزاع حول علاقة

قانونية تتعدد فيه الأشخاص حول القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي تنطوي على عنصر أجنبي.

ومن أجل معالجة الإشكالات التي يطرحها وجود العنصر الأجنبي وجدت قواعد خاصة بهذه المسألة ونتج عن ذلك وجود فرع بين فروع القانون يسمى القانون الدولي الخاص والذي يمكن تعريفه بأنه ذلك القانون الذي ينطوي على مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقة الخاصة عند وجود عنصر أجنبي.

ويعتبر موضوع تنازع القوانين أحد أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، بل إن هناك من الفقه من يعتبره الموضوع الوحيد في نطاق أو مجال القانون الدولي الخاص، إلا أن هذا الرأي أو هذا الاتجاه ليس مسلما به بين فقه القانون الدولي الخاص الذي أنقسم في هذا المجال إلى وقد نتج عن هذا الاختلاف ظهور اتجاهين وذلك كمايلي:

1-اتجاه يضيق من مجال القانون الدولي الخاص ويحصره فقط في مسألة أو موضوع تنازع القوانين.

2- وهناك اتجاه وسط يضيف إلى مسألة تنازع القوانين مسألة التنازع القضائي.

3- اتجاه يضيف إلى المسائل السابقة مسألة تنفيذ السندات أو الأحكام القضائية الأجنبية.

ولعله ونظرا لأهمية موضوع تنازع القوانين من بين موضوعات القانون الدولي الخاص جعلها يكون مقررا علينا لدراسته خلال هذا السداسي إلا أنه ونظرا لكون أن هذا الموضوع يرتبط ارتباطا وثيقا بالقانون الدولي الخاص فإنه لا يكمن الخوض في دراسة مسألة تنازع القوانين قبل التطرق إلى مدخل للقانون الدولي الخاص ومنه فإن المحاور التي سوف نتطرق لها خلال هذا السداسي تتمثل في:

المحور التمهيد:مدخل للقانون الدولي الخاص

أولا - تعريف القانون الدولي الخاص

ثانيا- نطاق القانون الدولي الخاص

ثالثا- طبيعة القانون الدولي الخاص

رابعا- مصادر القانون الدولي الخاص

المحور الأول: مفهوم تنازع القوانين

أولا- تعريف تنازع القوانين وبيان خصائص قواعد التنازع

ثانيا- شروط تنازع القوانين

ثالثا: مجال تنازع القوانين

ثالثا: التطور التاريخي لتنازع القوانين

المحور الثاني: قواعد الإسناد

أولا: تعريف وبيان طبيعة قواعد الإسناد

ثانيا: الفئات المسندة

ثالثا: ضابط الإسناد

رابعا: القانون المسند إليه

المحور الثالث: التكييف

أولا- تعريف التكييف

ثانيا: نشأة التكييف

ثالثا: موقف الفقه والتشريع من الجهة المختصة بالتكييف

المحور الرابع: الإحالة

محاضرات القانون الدولي الخاص تنازع القوانين

أولا: تعريف الإحالة

ثانيا: أنواع الإحالة

ثالثا: موقف الفقه والتشريع من الإحالة

رابعا: أساس ونطاق الإحالة

المحور الخامس: التطبيق الوطني للقانون الأجنبي

أولا: أساس التطبيق الوطني للقانون الأجنبي

ثانيا: إثبات القانون الأجنبي

ثالثا: تفسير القانون الأجنبي

رابعا: تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الدولة التي تتعدد فيها الشرائع

خامسا: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

محاضرات القانون الدولي الخاص تنازع القوانين

المحور التمهيدي: مدخل للقانون الدولي الخاص

رغم أن الرأي الراجح في الفقه يرى بأن القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون الخاص، إلا أن هذا الرأي ليس محل اتفاق، وهذا ما يدفع بنا إلى دراسة مفهوم القانون الدولي الخاص من أجل الوقوف على طبيعته وتحديد مكانته من باقي فروع القانون، ولا يتسنى ذلك إلا من خلال التعريف بالقانون الدولي الخاص**(أولا)**، ثم تحديد نطاق أو مجال القانون الدولي الخاص **(ثانيا)**، مع ضرورة تحديد طبيعة هذا الأخير **(ثالثا)**، وبيان أهم مصادره**(رابعا)**.

أولا- تعريف القانون الدولي الخاص: لقد اختلف فقهاء القانون في تعريف القانون الدولي الخاص ويرجع هذا الاختلاف خاصة إلى الاختلاف في تحديد طبيعة أو مجال القانون الدولي الخاص وقد نتج عن هذا الاختلاف تعاريف متعددة وذلك كمايلي[1]:

حيث عرف القانون الدولي الخاص مثلا بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تبين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنسبة للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي".

بينما عرف البعض الآخر القانون الدولي الخاص بأنه " مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا أقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة تنازع القوانين ومسالة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والمواطن وتبين كيفية تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية الأجنبية".

---

[1]- أنظر في عرض هذه التعريفات : د/ قديري محمد توفيق، دروس في مقياس القانون الدولي الخاص موجهة لطلبة السنة اللثة شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، السنة الجامعية 2020/2019. ص2.

ويمكن القول أن التعاريف السابقة ناتجة عن الاختلاف الفقهي حول المواضيع التي يشملها القانون الدولي الخاص بالدراسة، أو التي هي من صميم موضوعاته، وإذا ذهبنا إلى تعريف القانون الدولي الخاص خارج هذا الاختلاف وركزنا على الدافع الأولي لوجود هذا القانون والمتمثل في العلاقة القانونية المنطوية على عنصر أجنبيا فإنه يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص الخاصة، عندما تنطوي هذه العلاقات على عنصر أجنبي.

إن الاختلاف المذكور أعلاه حول مواضيع القانون الدولي الخاص والذي نتج عنها تعاريف مختلفة للقانون لهذا الأخير، يقودنا بالضرورة إلى دراسة نطاق القانون الدولي الخاص: فما هو نطاق هذا الأخير؟

ثانيا: نطاق القانون الدولي الخاص: يقصد بنطاق القانون الدولي الخاص تحديد المواضيع التي تندرج تحت هذا الأخير، وهذه المواضيع كما سبق وأن أشرنا إليها في تعريف القانون الدولي الخاص ليست محل اتفاق من قبل الفقه ونتج عن هذا الاختلاف ظهور اتجاهات مختلفة يمكن حصرها في اتجاهين وذلك كمايلي:

1- الاتجاه المضيق من نطاق القانون الدولي الخاص

2-الاتجاه الموسع من نطاق القانون الدولي الخاص

محاضرات في القانون الدولي الخاص * تنازع القوانين *

1- الاتجاه المضيق من نطاق القانون الدولي الخاص: يرى أنصار هذا الرأي- يوجد أغلب أنصار هذا الرأي خاصة في في ألمانيا- أن نطاق القانون الدولي الخاص ينحصر في موضوع واحد ألا وهو موضوع تنازع القوانين.

ونكون بصدد تنازع القوانين الذي هو موضوع القانون الدولي الخاص حسب هذا الرأي عندما توجد علاقة قانونية بين أشخاص[1] مشتملة على عنصر أجنبي إلى دولة معينة، أو ذات طابع دولي وذلك بسبب ارتباط العلاقة القانونية بمحلها أو سببها أو أطرافها بقوانين دولتين أو أكثر، فالتنازع يعني وجود قانونين أو أكثر كل منهما قابل للتطبيق على العلاقة القانونية التي تنشأ بين الأشخاص مما يستلزم اختيار أنسب القوانين التي يجب أن تخضع لها العلاقة[2].

وكمثال على ما سبق أن يشتري جزائري من فرنسي عقارا يقع في أسبانيا، فما هو القانون الذي يطبق على هذا البيع، هل هو القانون الجزائري باعتبار أن أحد أطراف هذا العقد وهو المشتري جزائري الجنسية، أم هو القانون الفرنسي باعتبار البائع فرنسي، أم هو القانون الاسباني باعتباره قانون البلد الذي يوجد فيه العقار؟[3].

ويعود حصر الفقه الألماني للقانون الدولي الخاص في موضوع تناع القوانين إلى أسباب يمكن إجمالها في مايلي[4]:

---

[1]- استعمل الكاتب مصطلح أفراد إلا أن المصطلح الأنسب في رأينا هو مصطلح أشخاص.

[2]- د- فؤاد دبب، من إعداد محمد الملا، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دون مكان نشر، ودون سنة نشر، ص3.

[3]- د/ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين-، دار هومه، الجزائر، 2002، ص10.

[4]- راجع المرجع نفسه، ص11.

* خصوصية متعلقة بطبيعة قواعد التنازع فإنها لا تطبق على النزاع مباشرة، وإنما تبين لنا القانون الذي يطبق سنطبقه عليه من بين قوانين الدول المتزاحمة التي لها علاقة به، لذلك فهي توصف بالقواعد غير المباشرة، في حين أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي وكذلك القواعد التي تحكم الجنسية وتلك التي تحكم مركز الأجانب هي قواعد تطبق مباشرة، لذلك قواعدها تسمى بالقواعد المادية للقانون الدولي الخاص في مقابلة قواعد تنازع القوانين.

* وخصوصية متعلقة بالمنهج المتبع، فإنه في تنازع القوانين لإيجاد الحل ينبغي أحداث ما يسمى بالأفكار المسندة les categories rattachement وإسناد كل منها إلى قانون دولة معينة عن طريق ضابط يسمى بضابط الإسناد، وتتطلب عملية الإسناد هذه عملية أخرى سابقة تسمى بعملية التكييف Qualification في حين أن ذلك كله لا وجود له بشأن الموضوعات الثلاثة الأخرى، فالقواعد القانونية المنظمة لها تطبق بصفة مباشرة.

2- الاتجاه الموسع: وينقسم بدوره إلى اتجاهين

أ- **الفقه أو الاتجاه الذي يضيف إلى تنازع القوانين مسألة تنازع الاختصاص القضائي:** يطلق على هذا الاتجاه بالفقه الوسط كون أنه- يوجد أنصار التيار في البلدان الأنجلوساكسونية ومن أنصاره في فرنسا الفقيه بارتن والفقيه بييه- لا يحصر نطاق أو مجال القانون الدولي الخاص في موضوع تناع القوانين من جهة، ومن جهة أخرى فهو لا يوسع من نطاقه لجميع الموضوعات الأخرى، فهو يضيف إلى جانب موضوع تنازع القوانين، موضوع الاختصاص القضائي ويدخله في

نطاق القانون الدولي الخاص، ويستبعد باقي المواضيع الأخرى المتمثلة في الجنسية ومركز الأجانب.

ويتمثل سند هذا الاتجاه في إدخاله لموضوع تنازع الاختصاص القضائي في نطاق أو مجال القانون الدولي الخاص إلى الترابط الموجود بينه وبين تنازع القوانين، وكذلك إلى الترابط الموجود بينهما، فلا يمكن أن تطرح مسألة الاختصاص القضائي الدولي إلا إذا كانت مسألة تنازع القوانين مطروحة، إضافة إلى أن حل مشكل تنازع الاختصاص القضائي الدولي أسبق عل حل مشكلة تنازع القوانين فقبل أن نبحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي علينا أن نبحث أولا عن المحكمة المختصة دوليا[1].

ب- الفقه الموسع الذي يضيف إلى المواضيع السابقة موضوع الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الحكام القضائية: وفقا لهذا الاتجاه والرأي فإن القانون الدولي الخاص يشمل إضافة إلى موضعي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، موضوع الجنسية، وموضوع مركز الأجانب، ويسود هذا الاتجاه خاصة في فرنسا.

ومن بين الحجج التي قدمها أنصار هذا الاتجاه مثلا بالنسبة لإضافة موضوع الجنسية لمواضيع القانون الدولي الخاص السبب المتعلق بكون الجنسية تعد ضابطا للإسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق في مادة تنازع القوانين[2].

[1]- المرجع نفسه، ص12.

[2]- المرجع نفسه، ص15.

وتجدر الإشارة بأنه هناك من يضيف إلى باقي المواضيع موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية

ثانيا- طبيعة القانون الدولي الخاص: يقصد بتحديد طبيعة القانون الدولي الخاص بيان ما إذا كان هذا القانون قانون دولي أم قانون داخلي من جهة، ومن جهة أخرى بيان ما إذا كان فرع من فروع القانون العام أم فرع من فروع القانون الخاص.

1-تحديد ما إذا كان القانون الدولي قانون دولي أم داخلي: لقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعة القانون الدولي الخاص، وفي ما إذا كان هذا الأخير قانون دولي أم قانون داخلي، وقد نتج عن هذا الاختلاف ظهور اتجاهين.

أ- **الاتجاه القائل بالصفة الداخلية للقانون الدولي الخاص(يوجد على رأس هذا الاتجاه الفقيه نيبويهNiboyet):** يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القانون الدولي الخاص عبارة عن قانون داخلي وذلك للأسباب التالية[1]:

- مصادر القانون الدولي الخاص في غالبيتها داخلية أي وطنية.
- لكل دولة قانونها الدولي الخاص بها، وما يقال حول وجود قانون دولي خاص مشترك بين كل الدول هي مجرد فكرة لاتزال بعيدة التطبيق.
- لا يحكم القانون الخاص إلا تلك العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص الخاصة والأفراد أما العلاقات بين الدول فلا تدخل في نطاقه وبتالي فإنه لا يمكن أن يكون دوليا بالمعني الصحيح.

[1]- المرجع نفسه، ص16.

- موضوع الجنسية وموضوع مركز الأجانب هما موضوعان منظمان بقواعد قانونية موضوعة من طرف كل دولة بصفة مستقلة، دونما النظر إلى التنظيم الذي يمكن أن تعطيه لهما كل دولة، وهو ما يوضح مدى تعلق الموضوعين بسيادة الدولة.

ب . الإتجاه القائل بالصفة الدولية للقانون الدولي الخاص: يذهب أنصار هذا الرأي إلى القانون الدولي الخاص قانون دولي ويردون على حجج الاتجاه القائل الصفة الداخلية للقانون الدولي الخاص كمايلي[1]:

- فكرة السيادة وفكرة الطبيعة الوطنية لحلول التنازع داخل كل دولة التي يرتكز عليهما مناصرو الطبيعة الداخلية للقانون الخاص لا يعنيان أبدا إبعاد كل احترام لإرادة الدول الأخرى – وهو ما يظهر في التنازع السلبي مثلا–
- القول بأن القواعد التي يضعها المشرع والمتعلقة بمركز الأجانب هي من وضع الدولة بإرادتها المنفردة غير صحيح تماما، لأن الدولة وهي تضع هذه القواعد تتأثر بمبدأ المعاملة بالمثل وهو ما يضفي عليها الطابع الدولي.
- عند وضع القواعد المتعلقة بالجنسية فإن الدولة تتحشى مسالة التنازع السلبي والإيجابي للجنسية، هونا يظهر الطابع الدولي.

ج– الاتجاه القائل بأن القانون الدولي الخاص يجمع بين الصفة الدولية والداخلية:يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القانون الدولي الخاص، هو قانون يجمع بين الصفة الدولية، والصفة الداخلية،

[1]– المرجع نفسه، ص ص17 –18.

وذلك راجع إلى كونه يحكم الحياة الدولية الخاصة، وهذا ما يجعله دوليا من حيث موضوعه، كما أنه داخلي من حيث مصدره كون أن معظم قواعده يتم وضعها من طرف قانون كل دولة[1].

2- تحديد الطبيعة العامة والخاصة للقانون الدولي الخاص: لقد أنقسم الفقه حول طبيعة القانون الدولي الخاص، وقد نتج عن الاختلاف ظهور الاتجاهات الفقهية التالية:

أ- الاتجاه القائل بأن القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون العام: يرى الفقيه نبويه Niboyet بأن القواعد القانونية التي يكون موضوعها تحيد مجال تطبيق القانون من حيث المكان تكون متعلقة بسيادة الدولة، وهو ما ينطبق على قواعد تنازع القوانين.

ويضف في نفس المجال أن قواعد تنازع القوانين غرضها هو بيان مدى سيادة القانون الوطني بالنسبة للقانون الأجنبي، فهي بذلك توضح حدود اختصاص السلطة التشريعية الوطنية إزاء السلطة التشريعية الأجنبية، وذلك ما يجعله من القانون العام.

. إن قواعد الاختصاص القضائي الدولية ترتبط بتنظيم مرفق القضاء، وهذه القواعد من النظام العام

-إن قواعد الجنسية تعتبر من فروع القانون العام كونها تنظم رابطة سياسية بين الدولة والشخص.

[1]- بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة البويرة، 20124/2013، ص2، وراجع أيضا أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، 18.

-بالنسبة لمركز الأجانب فهو من مواضيع القانون العام كون أن الأشخاص الأجانب في الدولة يخضعون للمصالح الإدارية في كل ما يتعلق بإقامتهم وتنقلهم وعملهم حيث توجد في كل ولاية مصالح خاصة بهم.

ب- الاتجاه القائل بأن القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص: يرى أنصار هذا الرأي أن القانون الدولي الخاص فرعا من فروع القانون الخاص وذلك أن قواعده تنظم علاقات قانونية خاصة، فلو لا العنصر الأجنبي المشتملة لكانت محكومة بقواعد القانون المدني أو التجاري أو بقواعد قانون الأحوال الشخصية ولا يعقل أن نعتبرها من القانون العام لأنها متعلقة بالأجانب[1].

و من جهتنا فإننا نؤيد هذا الرأي ذلك أن المعيار الراجح في تصنيف القانون إلى عام وخاص، على معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، ووفقا لهذا المعيار فإننا نكون بصدد فرع من فروع القانون العام متى كان هناك شخص معنوي الدولة أو أحد فروعها بوصف السلطة، أما إذا لم توجد الدولة بهذه الصفة فإننا نكون أمام فرع من فروع القانون العام، وهو ما يتجسد لنا هنا أين يلاحظ أن العلاقات القانون التي ينظمها القانون الدولي الخاص لا تظهر فيها الدولة كصاحبة سلطة[2].

محاضرات في القانون الدولي الخاص * تنازع القوانين *

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص20.

[2]- راجع في معايير التمييز بين فروع القانون إلى عام وخاص د/محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية – نظرية القانون نظرية الحق–، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006، ص23–25

ج- الرأي القائل بأن القانون الدولي الخاص قانون قائما بذاته: يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن القانون الدولي الخاص قانون قائما بذاته، فلا هو فرع من فروع القانون العام ولا فرع من فروع القانون الخاص، ويعود سبب ذلك في كونه يأخذ في اعتباره المصلحة الوطنية من جهة، ومن جهة أخرى يأخذ بما يفرضه النظام الدولي[1].

رابعا: مصادر القانون الدولي الخاص: تتنوع مصادر القانون الدولي الخاص وعلى العموم فإنه يمكن تقسيمها إلى مصادر وطنية ومصادر دولية.

1-**المصادر وطنية للقانون الدولي الخاص:** تتنوع المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص، ويمكن ترتيبها كمايلي.

أ- **التشريع مصدر رسمي أصلي للقانون الدولي الخاص:** يعتبر التشريع المصدر الرسمي لجميع فروع القانون ومن بينها القانون الدولي الخاص وفقا لنص المادة 1 من القانون المدني الجزائري، ويأتي على رأس التشريع الدستور فهو الذي يحدد نوع القانون الذي يشرع به عندما يتعلق الأمر بموضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص ويحدد لنا أيضا الهيئة المختصة بالتشريع في هذه الحالة، حيث نصت المادة140 من الدستور مثلا بأن التشريع عندما يتعلق بمسألة الجنسية ومسألة وضعية الأجانب هو من اختصاص البرلمان، ويصدر في هذا المجال قوانين عضوية.

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص22.

والقول بأن التشريع المصدر الرسمي للقانون الدولي الخاص يقتضي أن تنظم جميع مواضيع هذا الأخير بقوانين خاصة أو على الأقل نصوص قانونية متضمنة في قوانين أخرى وهو ما نلاحظه بالنسبة للمشرع الجزائري وذلك كمايلي:

-بالنسبة لموضوع تنازع القوانين فإنه يجد مصدره في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري.

-بالنسبة لموضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي، فقد عالجه المشرع 41و42 قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

-بالنسبة لموضوع الجنسية، فمصدره القانون 86/70 المتضمن قانون الجنسية، المعدل بموجب الأمر 01/05.

-فيما يتعلق بموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، فإنه يجد مصدره في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالضبط في المواد من 605 إلى 608.

أ- **المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون الدولي الخاص:** تتمثل المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون الدولي الخاص في مايلي:

ب . أ - مبادئ الشريعة الإسلامية: وفقا لنص المادة 1 من القانون المدني فإنه وفي حالة عدم وجود نص تشريعي يتوجب على القاضي أن يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، ويقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام التي تجد مصدرها في الكتاب والسنة النبوية الشريفة.

محاضرات في القانون الدولي الخاص * تنازع القوانين *

لذا يمكن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الاحتياطي الأول للقانون الدولي الخاص

ب . ب العرف: العرف كمصدر للقانون بصفة عامة، يقصد به اعتياد الناس عل قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بإلزاميتها، بوجوب الخضوع لها[1].

ويعتبر العرف بالمفهوم السابق مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص' إلا مكانته كمصدر تختلف باختلاف مواضيع هذا الأخير، فهو في موضوع تنازع القوانين أكثر أهمية منه في غيره، إلا أنه عندما يتعلق الأمر بباقي المواضيع مثل الجنسية الاختصاص القضائي مركز الجانب فإن العرف يتراجع أمام بسط التشريع لمكانته في تنظيم هذه المجالات[2].

ب . ج: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: هذا المصدر معناه أن القاضي في حالة عرضت عليه مسألة مرتبطة بقواعد القانون الدولي الخاص ولم يجد فيها نصا في المصدر الرسمي الأصلي وباقي المصادر الاحتياطية، لا يستطيع الهروب منها أو عدم الفصل فيها، لأنه سوف يتابع في هذه الحالة بجريمة إنكار العدالة. لذا فإن المشرع وحسب ما يرى البعض[3] "**قد فتح المجال هنا للقاضي للبحث عن الحل و أن يحكم في المسألة بضميره ووجدانه وفكر الجماعة التي ينتمي إليها ويتعين عليه طرح أفكاره ومشاعره الخاصة إذا تعارضت مع مشاعر الجماعة لأنه يسعى بحمكه إلى تحقيق العدالة والمساواة**".

---

[1]– د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص53.

[2]– أعراب بلقاسم، المراجع السابق، ص27.

[3]– محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، 60.

2- **المصادر الدولية:** تتمثل أهم المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص خاصة في المعاهدات الدولية والتي تعرف بأنها اتفاق بين دولتين أو أكثر من أجل ايجاد حل لمسألة معينة، ويظهر دورها المهم هنا في كونها تهدف إلى وضع حل للصعوبات الناتجة عن اختلاف القوانين، وفي هذا المجال فإن البعض يرى بأنه يمكن الخروج عن التقسيم التقليدي للمعاهدات إلى معاهدات ثنائية ومعاهدات جماعية، وتقسيمها إلى معاهدات موحدة لموضوع تنازع القوانين، ومعاهدات موحدة للقوانين الموضوعية[1].

المحور الأول: مفهوم تنازع القوانين

لقد سبقت الإشارة إلى أن موضوع تنازع القوانين يعد أحد أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، وهو المقرر علينا بالدراسة في هذا السداسي، لذا فنحن هنا نتطرق إلى أول محور ضمن تنازع القوانين ألا وهو مفهوم تنازع القوانين، وتتطلب دراسة هذا المحور التعريف بتنازع القوانين **(أولاً)**، ثم بيان الشروط اللازمة لوجود تنازع القوانين **(ثانيا)**، كما لا بد من تحديد مجاله **(ثالثا)**، وبيان كيفية تطوره**(رابعا)**.

أولا- تعريف تنازع القوانين: يرجع الفضل في إبراز مصطلح تنازع القوانين إلى الفقيه الهولندي **هوبر** وذلك سنة 1886، ويوصف هذا المصطلح بأنه مصطلح غير دقيق من الناحية القانونية والواقعية، ويرجع ذالك إلى كونه يلفت الانتباه بأن هناك نوعا من الصراع والنزاع بين القوانين

[1]- أ/ عصمان جمال، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجماعية 2015/2014، ص5.

التابعة لدول مختلفة من أجل حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، غير أن الواقع أو المسألة ليست بهذا المعني فالأمر لا يعدو أن يكون مجرد موازنة فكرية تجري في ذهن المشرع لاختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة وذلك بموجب ضوابط معينة[1].

إن الواضع السابق والمتعلق بغموض معنى تنازع القوانين قد جعل جانب من الفقه يذهب إلى استبدال هذه التسمية بمصطلحات أخرى فاقترح البعض استبدال مصطلح تنازع القوانين بمصطلح **تسابق القوانين**، وهناك من رأى بأن المصطلح الأنسب هو مصطلح **اختيار القوانين**[2]. كما ذهب البعض استعمال مصطلح **تنازع الاختصاص التشريعي**، وهناك من ذهب غلى استعمال عبارة **سلطان القانون من حيث المكان**، إلا أن هذه التسميات زالت تقريبا كلها وبقي المصطلح المستعمل هو تنازع القوانين وهو الأكثر استعمالا واشتهارا.

وبعيدا عن المعنى المغلوط الذي يمكن أن يوحي به مصطلح تنازع القوانين فإنه يمكن تعريف هذا الأخير بأنه" المفاضلة بين القوانين المتعلقة بالعلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لاختيار أنسبها لحكمها"[3].

ثانيا- شروط تنازع القوانين: إن قيام ووجود تنازع القوانين بالمعنى السابق يستلزم توافر ثلاثة شروط تتمثل في مايلي:

---

[1]- تنازع القوانين في المسائل الأولية، محاضرات منشورة على موقع جامعة كربلاء كلية القانون، law.uokerbala.eud.iq/wp/blog/15/12/2015/messeage2/، تاريخ الإطلاع 2021/01/27. على الساعة 16:43.

[2] – الدكتور حسن الهداوي، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني – دراسة مقارنة–، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص13.

[3]- أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص40.

1- ضرورة وجود حركة دولية للأشخاص والمعاملات: ذلك أنه إذا كانت العلاقة وطنية بحتة فإنه لا يثار بشأنها أي إشكال[1]، فمثلا لو أنه تزوج جزائري بجزائرية، فإن القانون الذي يطبق على عقد الزوج سواء من حيث الشكل أومن حيث الموضوع هو القانون الجزائري.

وحتى تكون العلاقة القانونية غير وطنية بصفة بحتة فإنه لا بد من أن ترتبط بعنصر أجنبي سواء من حيث أشخاصها أو موضوعها أو سببها ، ولا يمكن تخيل وجود هذا الأخير إلا إذا كانت هناك حركة للأشخاص خارج إقليمهم فيقيمون علاقات مع الأجانب أو داخل دول غير دولهم مما ينتج عنه بالضرورة وجود العنصر الأجنبي.

2- أن يسمح قانون الدولة للقاضي بتطبيق قانون غير قانونه: حتى تطرح مسألة تنازع القوانين داخل أي دولة فإنه لابد من أن يسمح المشرع الوطني للقاضي بتطبيق قانون غير قانونه، ولا يتحقق هذا الشرط إذا كان المشرع يتمسك بسيادة القانون الوطني على إطلاقه لأنه لا يمكن تصور أي نزاع بين قانون القاضي وقانون أجنبي، إذا أن المسألة محسومة هنا بأن ليس هناك قانون يطبق إلا القانون الوطني[2].

3- وجود اختلاف بين القواعد القانونية للدول: إن القول بوجود تنازع بين القوانين يفترض وجود اختلاف بينها، أما إذا كانت هذه القوانين متشابهة ومتماثلة فإنه لا فائدة عملية ترجى من المفاضلة بينها في حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لأن تنازع القوانين يقوم على مفاضلة بين القوانين التي لها صلة بالعلاقة لاختيار أنسبها لحكمها.

---

[1]- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص16.

[2]- المرجع نفسه، ص17.

ثالثا- مجال تنازع القوانين: يقصد بتحديد مجال تنازع القوانين هنا دراسة ما إذا كانت مسألة تنازع القوانين تنصب على المنازعات الدولية والداخلية معا أم أنها تنحصر وتقتصر في مجال واحد منها دون الآخر من جهة **(1)**، ومن جهة أخرى تحديد العلاقات التي يشلهما تنازع القوانين وما إذا كان هذا التنازع يقتصر على العلاقات الخاصة أم أنه يمتد إلى العلاقات العامة **(2)**.

1- تحديد مجال تنازع القوانين بين المنازعات الدولية والداخلية: نحن أمام مسألتين مسألة المنازعة الدولية، والمنازعة الداخلية وفي مايلي ندرس كل مسألة على حد، ونحدد إذا ما كانت تدخل في مجال تنازع القوانين أم لا.

أ- **المنازعات الدولية:** يقصد بالتنازع الدولي هنا هو ذلك التنازع الذي يقوم بين قوانين دولتين أو أكثر حول حكم علاقة قانونية مشتلة على عنصر أجنبي[1]، وهذا النوع من المنازعات لا يوجد أدن شك بأنه يدخل ضمن مجال ونطاق تنازع القوانين، إلا أنه يطرح لنا مشكلتين تتعلقان بمسألة الإعتراف بالدولة الإعتراف بالحكومة.

أ-أ - **الإعتراف بالدولة:** إن عدم الإعتراف بالدولة معناه الإنكار الكلي لوجود الدولة غير المعترف بها ولشخصيتها في المجتمع الدولي ولكل ما يصدر عنها من قوانين[2].

وانطلاق مما تقدم فقد ذهب الرأي الراجح في الفقه القانوني أنه لا يمكن أن توجد مسألة تنازع القوانين مع قانون صادر من دولة غير معترف بها[3]. وتأسيا على ذلك يرى البعض[4] ونؤيدهم في

---

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص41.

[2]- الدكتور فؤاد ديب، تلخيص محمد الملا، المرجع السابق، ص5

[3]- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

[4]- أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص42.

ذلك أنه لا يمكن أن تنشا مسألة تنازع القوانين بين القوانين الجزائرية والقوانين الإسرائيلية انطلاقا من كون الجزائر لا تعترف بإسرائيل كدولة.

أ-ب- الاعتراف بالحكومة: لقد لاقت مسألة الاعتراف بالحكومة لتطبيق القانون الأجنبي الصادر عن هذه الأخيرة تأييد جانب كبير من القضاء، خاصة في فرنسا وبريطانيا وبلجيكا، أين رفض قضاء هذه الدول تطبيق القوانين الصادرة عن الحكومة السوفياتية بعد ثورة أكتوبر 1917، انطلاقا من كون هذا القوانين صدرت من حكومة غير شرعية. إلا أنه هناك رأي آخر للقضاء بعض الدول قد مال إلى تطبيق القانون الأجنبي الصادر عن الحكومة السوفياتية، انطلاقا من كون أن عدم الاعتراف بالحكومة لا يمنع من تطبيق القوانين التي تصدرها كون أن هذه القوانين هي السارية المفعول من الناحية الفعلية[1].

وتجدر الإشارة بأن معظم القضاء قد مال إلى الرأي الأخير الذي يقضي بتطبيق القانون الأجنبي الصادر عن حكومة غير معترف بها، مثل قضاء سويسرا وإنجلترا وأمريكا، وهو ما أقرته أيضا محكمة النقض الفرنسية.

وفيما يتعلق بموقف الفقه من المسألة السابقة، فإن الفقه الحديث يميل في أغلبه إلى الحال القائل بعدم ضرورة الاعتراف بالحكومة أو بالسلطة القائمة لتطبيق القانون الصادر عنها، وجل ما في الأمر أن القاضي ينظر في مدى سريان القانون الصادر عن هذه الحكومة.

[1] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

2- تحديد مجال تنازع القوانين من حيث العلاقة العامة والخاصة: في هذا مجال يمكن القول بأن مجال تنازع القوانين يتحدد بالعلاقات الخاصة، لذلك فهو كما يرى البعض[1] محدد بفروع القانون الخاص والمتمثلة في القانون المدني، القانون التجاري...الخ، ويرجع ذلك إلى كونه ينظم العلاقات بين الأشخاص التي لا تدخل الدولة فيها كطرف بوصفها صاحبة سلطة عامة.

وينبني عن القول السابق أن العلاقات العامة التي تنظمها القوانين المندرجة تحت فروع القانون العام مثل القانون الإداري والقانون الجنائي والقانون الدستوري تخرج من مجال تنازع القوانين، وفي هذا المجال يرى البعض[2] بأن أن القاضي إذا طرحت عليه مسألة تتعلق بفروع القانون لا يهمه القانون الأجنبي فهو في هذه الحالة يطبق فقط قانونه الوطني إذا كان مختص أو هو الذي ينظم المسألة أما إذا تبين له أن المسألة ليست من اختصاص قانونه فإنه يتوقف عند هذا المجال ولا يبحث في اختصاص القانون الأجنبي، ويرجع سبب ذلك إلى كون أن العلاقات العامة له صله بسيادة الدولة والمصلحة العامة ولا تتحقق مصلحة المجتمع هنا إلا بتطبيق القانون العام الوطني.

ولا يؤثر على ما سبق رجوع القاضي في بعض الأحيان عند فصلها في قضايا في المجال الخاص إلى فروع القانون العام، مثل رجوع القاضي مثلا للقانون الذي ينظم مهنة الموثق بمناسبة فصله في عقد زواج ينطوي على أجنبي من أجل التأكد من مدى صحة هذا العقد، كون أن هذا الرجوع هو رجوع عرضي لا أصلي.

---

[1]- بشور فتيحة، المرجع السابق، ص4

[2]- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص24.

رابعا- تطور تنازع القوانين: وندرس تطور تنازع القوانين هنا قبل وبعد صدور القانون المدني الفرنسي كون أن هذا الأخير هو أول قانون تضمن نص يشير إلى مسألة تنازع القوانين ألا وهو نص المادة 3 منه وفي مايلي نعرض أهم الاتجاهات الفقهية التي ظهرت قبل صدور هذا القانون والاتجاهات الفقهية بعد صدوره ونحاول أن نبرز أهم إسهامات كل نظرية.

1- تطور تنازع القانون قبل صدور القانون المدني الفرنسي: قبل صدور القانون المدني الفرنسي برزت واشتهرت مدارس فقهية عدة في مجال تنازع القوانين ولعلى أهم هذه المدارس، تتمثل في المدرسة الإيطالية **(أ)**، المدرسة الفرنسية **(ب)**، المدرسة الهولندية**(ج)**.

أ- المدرسة الإيطالية أو مدرسة الأحوال: ويظهر إسهام هذه المدرسة في مجال تنازع القوانين في كونها أظهرت لنا مسألتين مهمتين ألا وهما مسألة الفئات المسندة، ومسألة الأحوال البغيضة التي تعتبر مرادفا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وذلك كمايلي[1]:

* قامت بتحليل القوانين (الأحوال) من أجل تحيد مجالها بحسب طبيعة كل حالة وهنا قام الفقه الإيطالي بتجميع الكثير من العلاقات القانونية في فئات مسندة[2] ثم إخضاع كل فئة إلى قانون معين فعلا سبيل المثال قد ميز بين الإجراءات والموضوع فأخضع الأولى لقانون القاضي والثانية لقانون آخر يمكن أن يكون قانون أجنبيا أو القانون الوطني.

[1]- راجع أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص48-49.

[2]- راجع بشور فتيحة المرجع السابق، ص5.

* ميز بين الأحوال البغيضة والأحوال المستحسنة وقال بأن الأول تكون إقليمية التطبيق، بينما يمكن أن يمتد تطبيق الثانية إلى خارج الإقليم، وهنا تبرز فكرة النظام العام لاستبعد تطبيق القانون الأجنبي في وهها الحديث.

ب- المدرسة الفرنسية: من أبرز فقها هذه النظرية الفقهين **ديمولان** والفقيه **دارجنتريه**

ب-أ- الفقيه ديمولان: تتمثل أهم إسهامات هذا الفقيه في إيجاده لفكرة التكييف، والتي تعرض لها بمناسبة فتواه الشهيرة بصدد النظام المالي للزوجين سنة1525 إذا أعتبره كقد ضمني، وهو بذلك يدخل ضمن فئة العقود، ومنه فإنه يخضع للقانون الذي اختاره الزوجان وهو قانون موطنهما وقت الزواج. كما أوجد ما يسمى بخضوع العقود لقانون الإرادة.

ب-ب- الفقيه دارجنتريه: يرى هذا الفقيه أن الأحوال تقسم إلى أحوال تتعلق بالأشخاص وأخرى بالأموال، فأما الأحوال المتعلقة بالأشخاص فإنها تتبعهم إلى خارج الإقليم، أم تلك التي تتعلق بالأموال فهي تطبيق تطبيقا إقليميا، ثم طرح مسألة تتعلق بالحالة التي تمتزج فيها الأحوال التي تتعلق بالأشخاص بتلك التي تتعلق بالأموال، مثل النص الخاص بمنع الزوجة من الإيصاء بالعقار لزوجها، فهو من جهة يتعلق بأهلية المرأة المتزوجة فيدخل بذلك ضمن الأحوال الشخصية، ويتعلق من جهة أخرى بعقار فهو بذلك ضمن الأحوال العينية – الأموال-، وهذا ما جعل الفقيه يغلب فكرة الإقليمية على فكرة الشخصية. وأعتبر بذلك بأن الأحوال المختلطة تخضع لمبدأ الإقليمية باعتباره هو الأصل.

ج- المدرسة الهولندية: يرى أصحاب هذه النظرية الذين انطلقوا في رأيهم من فكرة السيادة أن مقتضى هذه الأخيرة أن يطبق قانون الدولة على جميع إقليمها، وتبع لذلك يجب إلزام القاضي بتطبيق القانون الوطني لا القانون الأجنبي، إلا أنهم أورد استثناءا على هذا المبدأ مفاده أن القانون أنه يمكن تطبيق القانون الأجنبي على سبيل **المجاملة**[1].

وقد تم انتقاد نظرية المجاملة الهولندية، انطلاقا من أن تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة سوف يجعل القاضي الوطني يتعسف في استعمال سلطته التقديرية فيطبق القانون الأجنبي متى شاء ويستبعدها من شاء[2].

إلا أن الرد على الانتقاد السابق كان بأن القصد من تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة، هو أن المشرع وليس القاضي من يحدد الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي على سبيل المجاملة، والحالات التي لا يطبق فيها، فإذا قرر المشرع في نص ما بأن القانون الأجنبي يطبق على سبيل المجاملة فهذا معناه أن القاضي يلتزم في هذه الحالة بتطبيقه ولا يمكنه مخالفة هذا النص[3].

2- تطور تنازع القوانين بعد صدور القانون المدني الفرنسي: وفي ما يلي نستعرض أهم الآراء الفقهية التي ظهرت والمتمثلة في مايلي:

---

[1]- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص40.

[2]- راجع أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص54.

[3]- المرجع نفسه، ص 55.

أ- **مانشيني:** ويقوم فقهه على مبدأ شخصية القوانين حيث يرتكز في تأصيله لهذا المبدأ على مبدأ القومية الذي يحمل في معناه ومفهومه فكرة مفادها أنه من حق الأفراد الذين تجمعهم مقومات الدين والعرف واللغة والتقاليد أن يطبقوا القوانين المستمدة من هذه المقومات، وتسري معهم أينما ذهبوا،، ولكن رغم ذلك فقد أوجد على هذا المبدأ استثناءات، فمثلا القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبيق تطبيقا إقليما، وكذا قانون إرادة المتعاقدين يطبق على موضوع العقد احتراما لمبدأ سلطان الإرادة، كما أن القانون المحلي وهو القانون الذي تم فيه التصرف يطبق على شكل التصرفات القانونية[1].

ب- **سافيني:** تتمثل أهم الركائز التي قام عليه فقه سافيني في أنه أوجد ما يسمى بفكرة الاشتراك الحضاري باعتبار أن كل الدول الغربية مرتبطة باعتبارها وراثة للقانون الروماني مما يسهل تطبيق قوانين بعضه البعض، كما أن الديانة المسحية المشتركة بين هذه الدول قد دعمت هذا الرابط، وتبعا لذلك فإن هذه الروابط المشتركة تسهل دون أدن شك من الوصول إلى حلول مشتركة تسمح بالوصول إلى موحدة بغض النظر عن المكان الموجود فيه النزاع[2].

وانطلاقا من في فكرة الاشتراك الحضاري، فإنه ووفقا لرأي للفقيه سافيني لا يبقى سوى تحليل العلاقات القانونية من أجل تحديد مركزها حسب طبيعتها، وقد توصل سافيني في هذا المجال عن طريق التركيز للشخص والعلاقات القانونية إلى مايلي[3]:

- يخضع الشخص فيما يتعلق بأهليته وحالته إلى قانون موطنه.

---

[1]- راجع بشور فتيحة، المرجع السابق، ص7.

[2]- الدكتور فؤاد ديب، تلخيص محمد الملا، المرجع السابق، ص12.

[3]- راجع أكثر تفصيلا أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص 60إلى 61.

- تحضع العلاقات المتعلقة بالمال إلى قانون موقعه.
- تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون مكان التنفيذ.

إلا أن هذا الرأي قد انتقد من عدة جوانب، فانتقد مثلا من جهة فكرة الخضوع الإرادي، كون أنه يسند إلى الأشخاص إرادة معينة ليست إرادتهم.

ج . فقه بارتن: و قد رأى أنّ تنازع القوانين هو تنازع بين السّيادات . و قد ربط نظام القانون الواجب التطبيق على نزاع متعلق بعلاقة ما بالقسم القانوني الذي تنتمي إليه هذه العلاقة، و هو ما جعله يضع نظريته المشهورة في التكييف، و الذي يعرّف بأنّه وضع العلاقة القانونية في نظام معيّن، و مثال ذلك وضع الطلاق في فئة الأحوال الشخصية[1].

المحور الثاني: قواعد الإسناد

إن دراسة قواعد الإسناد باعتبارها القواعد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزعات المطروحة أمامه والمنطوية على عنصر أجنبي يتطلب التعريف بهذه القواعد وبيان خصائصها(**أولا**)، ثم تحديد مكونتها والمتمثلة في الفئات المسندة(**ثالثا**)، وضابط الإسناد(**ثالثا**)،والقانون المسند إليه(**رابعا**).

أولا- تعريف قواعد الإسناد وبيان خصائصها: ونتطرق هنا إلى تعريف قواعد الإسناد (1)،ثم بيان خصائصها (2).

[1]- بشور فتيحة، المرجع السابق، ص8

1. تعريف قواعد الإسناد: يعرف البعض قواعد الإسناد بأنها **تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي. وهدفها هو اختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقا للعدالة، من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتزاحمة في حكم العلاقة القانونية**[1].

إن التعريف السابق لقواعد الإسناد يقودنا إلى القول بأن هذه القواعد لها خصائصها التي تميزها عن باقي القواعد القانونية، وهو ما يتطلب منا دراسة هذه الخصائص.

2- **خصائص قواعد الإسناد:** تتميز قواعد الإسناد بأنها قواعد من وضع المشرع الوطني، وهي ملزمة للقاضي، كما أنها تتميز بالخصائص التالية:

أ – **قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة:** ويقصد بهذه الخاصية أن قواعد الإسناد لا تطبق في حد ذاتها على النزاع المطروح– لا تعطي الحل– أمام القاضي بصفة مباشرة, إنما دورها يقتصر على تحديد القانون المختص الواجب التطبيق على هذا النزاع, على عكس بعض القواعد الأخرى الداخلة في مجال الدولي الخاص فهي قواعد مباشرة مثل: قانون الجنسية[2]. القواعد المنظمة لحقوق الأجانب. ولعلى هذا ما جعل بعض الفقه يرتكز على هذه الخاصية كما رأينا سابقا في جعل موضوع تنازع القوانين الموضوع الوحيد في القانون الدولي الخاص.

---

[1]– المرجع نفسه، ص12.

[2]– بحث منشور على الموقع التالي: https://law-esam.yoo7.com/t398-topic، تاريخ الاطلاع 2021/02/10، على الساعة 11:00 صباحا.

ب –**قواعد الإسناد قواعد مزدوجة:** يقصد بخاصية الازدواجية أن قاعدة الإسناد يمكن أن تجعل الاختصاص للقانون الوطني، كما يمكن أن تجعله للقانون الأجنبي، وذلك يختلف ذلك باختلاف المسألة القانونية محل النزاع[1].

د– قاعدة الإسناد قاعدة محايدة: مقتضى هذه الخاصية أن القاضي عندما يقوم بإعمال قاعدة الإسناد لايعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع لان ذلك متوقف على معرفته مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع وهذا القانون قد يكون قانونه وقد يكون قانونا أجنبيا, وحتى ولو تم تعيين القانون الواجب التطبيق, فان تعيينه يتم دون مقارنة بين القوانين المتواجدة لمعرفته النتائج المتوصل إليها[2].

ثانيا) الفئات المسند (الفكرة المسندة): تمتاز المسائل القانونية بالكثرة والتنوع بحيث لا يمكن حصرها ولا وضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، وهو ما جعل المشرع يقوم بتصنيف المسائل القانونية المتشابهة إلى مجموعات تسمى بالفئات المسندة أو أفكار مسندة ثم يقوم المشرع بربط كل فئة بقانون معين عن طريق معيار خاص هو ضابط الإسناد. ومثال ذلك إخضاع الأهلية لقانون الجنسية م 10 ق.م.ج فهي بذلك تشكل فئة مسندة تتضمن جملة من المسائل القانونية ومثال ذلك كذلك إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة م 18 ق.م.ج (عقد البيع عقد الإيجار .... الخ)[3].

---

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص70.

[2]- بحث منشور على الموقع التالي: https://law-esam.yoo7.com/t398-topic، المرجع السابق.

[3]– بحث قانوني يشرح قواعد الإسناد، https://www.mohamah.net/law ، تاريخ الاطلاع 2021/02/05: 12:20.

ثالثا- ضابط الإسناد: يمكن تعريف ضابط الإسناد بأنه الأداة التي يضعها المشرع لكل فئة مسندة والي تحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل القانونية الداخلة ضمن هذه الفئة.

وقد عرف البعض ضابط الإسناد بأنه المعيار الذي يتخذه المشرع ليحدد القانون الواجب التطبيق[1].

ومن أمثلة ضابط الإسناد ما نصت عليه المادة 11 من القانون المدني الجزائري، فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج بأنها تخضع لقانون الوطني للزوجين، فضابط الإسناد هنا هو الجنسية.

وتجدر الإشارة إلى ضابط الإسناد بالمفهوم السابق أنواع:

فضابط الإسناد قد يكون إجباري إلزامي ذلك عندما يقيد المشرع بضابط إسناد معين فلا يمكنه الخروج عنه وذلك مثل ما نصت عليه مثلا المادة 11 فإن القاضي لا يمكنه الخروج على ضابط الإسناد الذي حدده المشرع وهو القانون الوطني للزوجين.

وهناك أيضا ما يعرف بضابط الإسناد الترتيبي تكون حسب الترتيب, ان لم يوجد الضابط الأول, ننتقل إلى الثاني وهكذا, مثلما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري, حول

[1]- بشور فتيحة، المرجع السابق، ص 12.

الالتزامات التعاقدية, لها أكثر من ضابط إن لم نجد ضابط قانون الإرادة نذهب إلى ضابط قانون الموطن المشترك وان لم يوجد نذهب إلى ضابط قانون محل الإبرام[1].

وإضافة إلى ما سبق يوجد أيضا ما يعرف ضوابط الإسناد ذات التطبيق الجوازي الاختيارية مثلما نصت عليه المادة 19 من القانون المدني الجزائري, التي أعطت لاختيار للمتعاقدين بين قانون المحل وقانون الموطن المشترك بالنسبة لشكل العقود,وذلك بهدف وضع فرصة للأطراف لاختيار القانون الأنسب الذي يحكم العلاقة بينهما[2].

وتجدر الإشارة بأن المشرع عندما يضع ضابط الإسناد عليه أن يثبته في لحظة زمنية معينة لتفادي النزاع المتحرك والمقصود به هو ضوابط الإسناد المتغيرة مثل الجنسية, مكان وجود المنقول, الموطن، ومثال ذالك ما نصت عليه المادة 16 الفقرة من القانون المدني الجزائري التي نصت بأنه " **يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته**".[3]فضابط الإسناد هنا هو الجنسية ولأن إمكانية تغير هذا الأخير مطروحة فقد ضبطه المشرع بوقت موت الهالك فإذا كانت جنسية الهالك مثلا جزائرية ثم تغيرت وقت موته إلى جنسية فرنسية فإن العبرة هنا بجنسيته وقت هالكه وهي الجنسية الفرنسية.

---

[1]– بحث منشور على الموقع التالي: https://law-esam.yoo7.com/t398-topic، المرجع السابق.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

رابعا–القانون المسند إليه: هو القانون الذي تشير قاعدة الإسناد الوطنية بأنه هو الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي, التي هي محل النزاع بين قانونين أو أكثر فهذا القانون الذي أرشدتنا إليه قاعدة لإسناد بواسطة ضابط الإسناد المحدد من طرف المشرع الوطني, هو القانون المعبر عنه بالقانون المسند إليه, ويشترط في هذا الأخير أن يكون تابع لدولة مكتملة العناصر التي يحدده القانون الدولي العام, من شعب وإقليم وسلطة وسيادة, وتكون معترف بها دوليا[1].

المحور الثالث: التكييف في القانون الدولي الخاص

لقد سبق وأن تطرقنا إلى قواعد الإسناد وأن تفسير هذه الأخيرة يمر بعدة مراحل أو عمليات من بينها التكييف، ونظرا لأهمية هذا الأخير في تفسير قواعد الإسناد فإن الأمر يتطلب منا الوقوف عند دراسته سواء من حيث تعريفه (**أولا**)، وبيان نشأته **(ثانيا)**، أومن خلال بيان موقف الفقه والمشرع من القانون الذي يجب أن تخضع له عملية التكييف **(ثالثا)**.

أولا– تعريف التكييف: إن مصطلح التكييف ليس بالجديد في مجال القانون فهذا المصطلح معروف في مجال القانون الجنائي إذ أن أول ما يقوم به القاضي عندما تعرض عليه الجرائم هو تكييفها من أجل معرفة فيما إذا كان الفعل المطروح أمامه يشكل جناية أو جنحة أو مخالفة، كما أن عملية التكييف معروفة أيضا في القانون المدني إذ يتوجب على القاضي قبل الفصل مثلا في القضايا المتعلقة بالعقود تكييف العقد ومعرفة نوعه من أجل الاهتداء إلى الأحكام التي يطبقها

[1]- بحث منشور على الموقع التالي: https://law-esam.yoo7.com/t398-topic،المرجع السابق.

على النزاع المطروح أمامه إذ أن هذه الأحكام تختلف باختلاف نوع العقد عقد بيع عقد ايجار...الخ.

فالتكييف بصفة عامة يمكن تعريفه بأنه إعطاء الوصف القانون الصحيح للواقعة أ التصرف القانوني.

أما فيما يتعلق بتعريف التكيف في مجال القانون الدولي الخاص فيمكن تعريفه بأنه: **تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد**[1].

وإذا كان هذا هو تعريف التكييف في مجال القانون الدولي الخاص، فإننا نتساءل عن كيفية ظهوره أو نشأنه؟

ثانيا- نشأة التكييف: إننا هنا لا نتكلم عن نشأة التكييف بقدر ما نحن نتكلم عن القضايا التي ظهر بصددها أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف، وأن هذه الأخيرة هي التي تتحكم في الحكم النهائي للقضية ومنه في مآلها ومآل حقوق أطراف النزاع وهناك قضايا كثيرة برزت فيها أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على التكييف ونذكر منها مايلي:

1- قضية ميراث المالطي: تتمثل وقائع القضية في أن زوجان تزوجا في مالطا ثم انتقلا للعيش في الجزائر أثناء الاستعمار الفرنسي، تملك الزوج عقارات في الجزائر و بعد وفاته طالبت الزوجة

[1]- أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص75.

أمام محكمة الاستئناف بحقها في ميراث زوجها على أساس قاعدة(نصيب الزوج المحتاج) و هو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي لم يكن يعترف للزوجة آنذاك إلا بحق اقتسام الأملاك المشتركة و استرداد أملاكها الخاصة[1]. في هذه الحالة أيضا يجد القاضي نفسه أمام مشكلة في التكييف إذا كيف الواقعة على أساس أنها من النظام المالي للزوجين الذي يدخل في طائفة الأحوال الشخصية و يحكمها قانون الجنسية فإن القانون المختص بحكم النزاع في هذه الحالة هو القانون المالطي و بالتالي يلتزم القاضي بالاعتراف للزوجة بحقها في تركة الزوج المتوفى، أما إذا كيف طلب المرأة على أساس أنه من قبيل الميراث المتعلق بالعقار و بالتالي يطبق قانون موقع العقار و في هذه الحالة القانون الفرنسي و بالتالي يرفض طلب والزوجة[2].

2- قضية وصية الهولندي: تتمثل وقائع القضية في أن هولندي أبرم وصيته في فرنسا في الشكل العرفي الذي يجيزه القانون المدني فرنسي حيث يجيز للفرنسي و لو كان بالخارج أن يكتب وصية عرفية، توفي الهولندي و وثار نزاع حول بطلان الوصية طبقا لأحكام المادة 992 مدني هولندي التي تشترط الكتابة الرسمية لصحة الوصية و نفاذها بل و أكثر من ذلك تعتبر الشكل الرسمي للوصية مكملا للأهلية، عرض النزاع أمام محكمة فرنسية فوجدت نفسها أمام مشكلة في التكييف. لحل المشكل يجد القاضي نفسه أمام فرضين ، فإما أن يطبق قاعدة الإسناد القاضية بأن الكتابة

---

[1]-:بحث-قانوني-ودراسة-فريدة-حول-التكييف-في:https://www.mohamah.net/law تاريخ الإطلاع: 2021/02/16، على الساعة 10:24.

[2]- أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص ص 76 -77.

من الشكل و بالتالي خضوعها لقانون موقع الإبرام أي القانون الفرنسي مما يترتب عليه صحة الوصية ونفاذها، أو أن يطبق التكييف الهولندي الذي يعتبر الكتابة الرسمية من متممات الأهلية و بالتالي خضوعها لقانون الجنسية أي القانون الهولندي و بالتالي بطلان الوصية[1].

3- **زواج اليوناني الأرثدكسي:** تزوج يوناني في فرنسا من فرنسية وفقا للشكل المدني الذي يجيزه القانون الفرنسي ، ثم ثار نزاع حول صحة هذا الزواج على أساس أنه لم يتم وفقا للشكل الديني الذي يشترطه القانون اليوناني لصحة الزواج و هنا كان أمام القاضي حلين : إما أن يكيف الشكل الديني على أنه من الأشكال الخارجية التي تخضع لقانون محل الإبرام أي القانون الفرنسي و بالتالي صحة الزواج ، أو أن يكيفها على أساس أنها من الشروط الموضوعية لعقد الزواج و بالتالي تدخل في الأحوال الشخصية التي يحكمها قانون الجنسية وفي هذه الحالة سوف يكون القانون اليوناني هو الذي يحكم النزاع ومنه بطلان الزواج[2].

ثالثا- موقف الفقه والتشريع من القانون الواجب التطبيق على التكييف: نظرا لأهمية وضرورة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على التكييف في مجال القانون الدولي الخاص، فقد ظهرت عدة نظريات فقهية في هذا الشأن(1)، وهو ما يدفعنا إلى تحديد موقف المشرع الجزائري منها(2).

[1]- بشور فتيحة، المرجع السابق، ص15.

[2]- مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: https://www.mohamah.net/law، مرجع سابق.

1-موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على التكييف: لقد تعددت وتنوعت الآراء الفقهية فيما يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على التكييف وقد نتج عن ذلك عدة آراء فقهية وذلككمايلي:

أ-الرأي القائل بضرورة خضوع التكييف لقانون القاضي: وهو الرأي الذي قال به الفقهان فرانتسكان (Frantz Kahn)الفقيه الألماني، والفقيه الفرنسي بارتان (Bartin)[1]، وتقتضي هذه النظرية خضوع التكييف لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع[2] وقد برر هذا الاتجاه رأيهم هذا بعدة حجج أهمها:

- تعتبر مسألة إخضاع التكييف لقانون القاضي نتيجة منطقية لمبدأ السيادة فقواعد التنازع قواعد وطنية داخلية محضة، وأن كل دولة تضع القواعد الخاصة بها فيما يتعلق بمسألة تنازع القوانين فإذا تم التكييف وفقا لقانون أجنبي داخل إقليم دولة القاضي المعروض عليه النزاع فإنه يؤدي إلى إنقاص السيادة التشريعية لدولة القاضي وتوجيه لسياستها التشريعية[3].
- عملية التكييف سابقة مرحلة الإسناد إلى القانون الأجنبي وقد برر هذه الحجة على أساس أن القاضي لانطبق القانون الأجنبي إلا إذا تبين له من خلال النزاع المعروض عليه أن هذا الأخير يخضع للقانون الأجنبي.

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص79.

[2]- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص58.

[3]- راجع أعراب بلقاسم، المرجع السابق، 81.

- التكييف هو تفسير لقاعدة إسناد وطنية معنى ذلك أن التكييف يقوم بتبيان المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قاعدة الإسناد وعليه فإن هذا التفسير لا يمكن أن يكون إلا وفقا للقانون الوطني.

حدود خضوع التكييف لقانون القاضي:

***التكييف الأولي والتكييف الثانوي:** يرى أصحاب هذه النظرية وعلى رأسهم الفقيه بارتن أن تحديد نطاق هذه النظرية يقتضي التمييز بين التكييف الأولي(السابق) والتكييف(الثانوي) اللاحق ولقد عرف الفقيه بارتان التكييف الأولي بأنه:" **التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق**"أو" **وصف المركز القانوني محل النزاع وإدراجه في إحدى النظم تمهيدا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة**[1]. بينما يقصد بالثاني **هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الاهتداء إليها**، فالتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي، أما الثاني فيضع للقانون الذي أشارة إليه قاعدة الإسناد[2].

***مدى خضوع تكييف المال لقانون القاضي:** يرى بارتن أن تكييف المال هل هو عقار أم منقول لا يخضع لقانون القاضي وإنما لقانون موقعه، وقد عد ذلك استثناءاً من التكييف وفقاً لقانون

[1]– بحث مميزعن التكييف في القانون الدول الخاص – استشارات قانونية مجانية: https://www.mohamah.net/law المرجع السابق.

[2]– بحث قانون التكييف في لقانون الدولي – أحوال القانون: https://www.a7wallaw.com/10335

القاضي، ويبرر ذلك بما يحتاج إليه اكتساب الحقوق العينية من طمأنينة، وما تتطلبه المعاملات من استقرار[1].

***تكييف قاعد الإسناد الواردة في معاهدة:** لابد من تجنب التكييف وفقا لقانون القاضي وذلك بمناسبة تكييف قاعدة الإسناد الواردة في معاهدة دولية، ويرجع ذلك لأن هذا التكييف قد يؤدي إلى اختلاف تحديد نطاقها، وتبعا لذلك فإن أغلبية المعاهدات المبرمة تحرص على إعطاء التكييفات اللازمة بنفسها[2].

ب- الرأي القائل بخضوع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع: وفقا لهذا الرأي فإن التكييف لا يجب أن يتم وفقاً لأحكام ومبادئ قانون القاضي، ولكن وفقاً لأحكام ومفاهيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام الزواج هو قانون جنسية كل من الزوجين فيجب الرجوع إلى ذلك القانون لتحديد الوصف القانوني لشرط إشهار الزواج في حفل ديني دون الالتجاء إلى قانون القاضي[3].

إن الرأي السابق قد واجهته صعوبة عملية تتمثل أن القانون الواجب التطبيق الذي يجب أن يخضع له التكيف وفقا لهذا الرأي هو قانون مجهولا بالنسبة للقاضي. وهذا ما جعل هذه النظرية نظرية مهجورة من الناحية العملية.

---

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص84.

[2]- المرجع نفسه، ص86.

[3]- بحث قانوني عن التكييف في القانون الدولي – احوال القانون: https://www.a7wallaw.com/10335: المرجع السابق.

ج- **خضوع التكييف للقانون المقارن:** وفقا لهذا الرأي فإنه يتوجب على القاضي عند إعماله لقاعدة الإسناد وعند تحديد التكييف القانوني للمسألة المثارة أن لا يتقيد بقانونه أو قانون معين له علاقة بالنزاع وان وأن يجري هذا الوصف وفقاً لمفاهيم عالمية، فقواعد الإسناد تهم العلاقات الدولية وتحديد الأوصاف القانونية التي تضمنها يجب توحيدها باعتماد الأفكار العالمية المجردة السائدة في القانون المقارن، فينبغي أن يكون الوصف القانوني الذي تتضمنه الفكرة المسندة هو الفكرة المجردة لذلك النظام القانوني المعمول به عالمياً بمقارنة قوانين الدول المختلفة وليس هو النظام المقرر في هذا القانون أو ذلك، وسبيل القاضي إلى ذلك هو الالتجاء إلى القانون المقارن، أي على القاضي أن يقوم بالدراسة والمقارنة بين قوانين الدول المختلفة واستخلاص أفكار ومفاهيم ذاتية خاصة مشتركة بين تلك القوانين يجري التكييف وفقاً لها[1].

د- **الرأي القائل بإعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف والتوسع في مفهوم الفئات المسندة:**

يأخذ هذا الرأي بقاعدة التكييف وفقا لقانون القاضي لكن دون إهمال للدور الذي يمكن أن يلعبه القانون الأجنبي في عملية التكييف، كما أنه قام بتوسيع مضمون الفئات المسندة لتكون متلائمة مع طبيعة المسائل القانونية ذات الطابع الدولي.

[1]- بحث قانون يجديد عن التكييف في القانون الدولي – أحوال القانون: https://www.a7wallaw.com/10335 المرجع السابق.

د- أ- دور القانون الأجنبي في عملية التكييف: لتكييف نظام قانوني معين يقوم القاضي بتحليله للكشف عن ملامحه الأساسية ليهتدي إلى حقيقة طبيعته التي تسمح له بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه.

ولا يمكن للقاضي أن يجري هذا التحليل إذا كان النظام القانوني الذي يقوم بتحليله أجنبياً إلا وفقاً للقانون الأجنبي الذي نص على هذا النظام، وكل تحليل له وفقا لقانونه من شأنه تشويهه وتبعا لذالك فإن ما يسمى بنصيب الزوج المحتاج لا يمكن تحليله إلا وفقا للقانون المنصوص عليه فيه وهو القانون المالطي.

د- ب- التوسع في مفهوم الفئات المسندة: يهدف التكييف إلى تصنيف العلاقة القانونية الأجنبية في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون الداخلي، لكن الإشكال يكون عندما تكون العلاقة غير معروفة في قانون القاضي مما يجعل من الصعوبة إدراجها في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها فيه.

وانطلاقا مما تقدم فإنه لابد من التوسع في مفهوم الفئات الداخلية لتشملها فمثلا في فرنسا تعتر ففقط الزواج الأحادي، لكن إذا عرضت على القاضي مسألة فيها تعدد الزوجات فإنه ينبغي على القاضي أن يدخل هذه المسألة ضمن القاعدة المتعلقة بالزواج رغم أن قانونه لا يعرف ما يسمى بالتعدد.

2- **موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على التكييف:** نصت المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أنه: " **يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه**".

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية بارتن في التكييف، والتي تقضي بخضوع التكييف لقانون القاضي، أي أن القانون الجزائري هو الذي يطبق في تكييف المسائل والعلاقات القانونية المرتبطة بنزاع فيه عنصر أجنبي.

وبخصوص الاستثناءات التي أوردها الفقيه بارتن، فإنه وإن لم يتطرق لها المشرع الجزائري في نص المادة9 إلا أنه يمكن أن نستشفها سواء من نص المادة 9 ق م ج الذي يوحي بأن المشرع قد قصد التكييف الأولى، أم التكييف الثانوني فهو دون أدنى شك سوف يخضع للقانون المختص بحكم النزاع الذي تحدده قاعدة الإسناد.

وفيما يتعلق بالاستثناء المتعلق بخضوع تكييف المال إلى قانون فقد أخذ به المشرع من خلال نص المادة 17 الفقرة1 ق م ج " **يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا لقانون الدولة التي يوجد فيها.**

وبالنسبة للاستثناء المتعلق بخضوع التكييف للنص الوارد في معاهدة دولية فقد جاء في نص المادة 21 ق م ج بأنه:"**لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر**"

وبما أن نص المادة 9 موجد ضمن المواد التي أشارت إليها المادة21 ق م ج فإنه لم يعد هناك أي مانع من القول من أنه إذا نصت معاهدة دولية على القانون الذي يحكم التكييف في أحكامها، فعلى القاضي أن يجري التكييف وفقا لهذه الأحكام.

ونرى بدورنا أنه ومن أجل إعطاء مرونة أكبر لنظرية خضوع التكييف للقانون الجزائري، ضرورة الأخذ بالرأي الحديث القائل بإعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف والتوسع في مفهوم الفئات المسندة.

المحور الرابع: الإحـــالة

تظهر مشكلة الإحالة في القانون الدولي الخاص عندما تحيل قواعد الإسناد في القانون الوطني للقاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي، ومن أجل معرفة نظام الإحالة في القانون الدولي الخاص فإن المسألة تتطلب منا التعريف بالإحالة **(أولا)**، ثم بيان أنوعها **(ثانيا)**، وتحديد موقف المشرع الجزائري منها **(ثالثا)**، وكذا بيان أساسها ونطاقها **(رابعا)**.

أولا- تعريف الإحالة: يقصد بالإحالة الفكرة التي تقتضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذا الأخيرة وكان

التنازع بينهما سلبيا، كم تعرف بأنها تلك النظرية اللاتي تقضي بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية[1].

ومن جهتنا يمكن تقديم تعريف للإحالة بأنها الإجراء الذي يوجب على القاضي الوطني عندي تطبيقه للقانون الأجنبي الذي حكمة قواعد الإسناد الوطنية باختصاصه في العلاقة القانوني ذات العنصر الأجنبي بضرورة الرجوع إلى القواعد الإسناد لذلك القانون قبل الرجوع إلى القواعد الموضوعية وتطبيقها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن موضوع أو فكرة الإحالة قد ظهرت أول مرة مع القضية الشهيرة " فورقو (FORGO)" وتتمثل وقائع هذه القضية في أن وبد غير شرعي يسمى فورقو ولد في بافاريا، ثم انتقل إلى فرنسا مع أمه منذ صغره وأقام بها لمدة طويلة من الزمن حتى وافته المنية فيها تاركا ورائه ثروة كبيرة من أموال ومنقولة وفي نفس الوقت لم يكن له زوجة أو ابن يرثه، وهذا ما ساهم في وجود نزاع بين أقاربه الشرعيين من الحواشي وبين الحكومة الفرنسية فكلا منهما يتمسك الحق في التركة، ثم ثار تنازع بين القوانين أيهما يطبق هل هو القانون البافاري انطلاقا من انه قانون جنسية المتوفى، أم القانون الفرنسي باعتبار قانون الموطن الفعلي للهالك؟ والملاحظ أن الحكم سوف يختلف باختلاف القانون الذي سوف يطبق على النزاع، فإذا طبقنا القانون البافاري كانت التركة من نصيب الأقارب الحواشي على أساس أن القانون البافاري يسمح لهم بالإرث، في حين أن تطبيق القانون الفرنسي سوف يجعل من التركة من نصيب الحكومة الفرنسية على أساس أنها

[1]– باسم عواد محمد العموش، مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، العدد 90، الصادر بتاريخ إبريل 2020، 246.

تركة بدون وارث انطلاقا من نص الماد 713 من القانون المدني الفرنسي، كما أن القانون الفرنسي لا يورث الحواشي[1].

والملاحظ ان مصلحة أملاك الدولة كانت قد استولت على التركة استنادا إلى القانون المدني الفرنسي الذي يعتبرها تركة بدون وراث، غير أن ورثة فورجو طالبو بحقهم في الميراث على أساس القانون البافاري انطلاقا من أن القانون الواجب التطبيق على النزاع استناد إلى قواعد الإسناد الفرنسية التي تشير باختصاص قانون الموطن القانوني والذي هو في هذه الحالة متمثل في القانون البافاري وهذا الخير يجعل التركة من حق الحواشي فقضت محكمة استئناف بوردو الفرنسي برفض طلبهم في 1874/03/11 على أساس أن فروجو كان متوطنا في فرنسا وعليه فإن القانون المدني الفرنسي هو الذي يطبق على ثروته المنقولة وهذا الأخير يجعل ميراث الأموال المنقولة للإبن غير الشرعي من نصيب الأبوين وفقط والإخوة دون باقي القارب من الحواشي[2].

لم يستسلم الورثة وقدموا طعنا في الحكم الصادر بتطبيق القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون الموطن الفعلي، إذا فورجو لم يحصل على ترخيص بالتوطن مما يجعل إقامته في فرنسا غير قانونية ومنه فإن الموطن الفعلي هي بافاريا وهذا ما يمنح الاختصاص للقانون البافاري، وهذا فعلا ما حكمت به محكمة استئناف بوردو بعدما أحيل إليها النظر في

[1]– أحمد عمراني، محاضرات القانون الدولي الخاص، المحاضرة الرابعة، السنة الثالثة شعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية، جامعة وهران1 احمد بن بلة، 2019–2020، ص3.

[2]– عيشوبة فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 2، ص427.

الملف، والتي قضت فعلا باختصاص القانون البافاري الذي يورث الحواشي وبالتالي فإن التركة من حق الأقارب الحواشي[1].

وبدورها مصلحة أملاك الدولة قامت بتقديم طعن على أساس أن القانون البافاري يحيل فيما يتعلق بقضايا الميراث إلى قانون الموطن الفعلي والتمثل في القانون الفرنسي وقد استجابة محكمة النقض لهذا الطعن وقامت بنقض القرار الصادر عن محكمة استئناف بوردو وذلك بتاريخ 1978/06/24 على أساس أن المحكمة طبقت القوانين الموضوعية دون الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون البافاري والتي تجعل الاختصاص في هذه الحالة لقانون الموطن الفعلي وهو القانون الفرنسي، وقد قضت محكمة تولوز بما رأته محكمة النقض في 1880/05/22، وهو ما أدى بورثة فورجو على الطعن بالنقض في الحكم الصادر عن محكمة تولوز على أساس أنها طبقت قواعد التنازع في القانون البافاريا ولم تطبيق القواعد الموضوعية المتعلقة بالميراث غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن واعتمدت القرار الصادر عن محكمة نقض تولوز وكان هذا إقرار واضح للإحالة من الدرجة الأولى[2].

والإحالة بالمفهوم السابق أنواع

ثانيا: أنواع الإحالة: الإحالة إما إحالة من الدرجة الأولى **(1)**، أو إحالة من الدرجة الثانية **(2)**.

[1]- المرجع نفسه،ص428.
[2]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

1- الإحالة من الدرجة الأولى (الرجوع أو الرد[1]): نكون بصدد الإحالة من الدرجة الأولى عندما تشير قواعد الإسناد في القانون الوطني بأن القانون الواجب التطبيق على حكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي هي من إختصاص القانون الأجنبي لا من اختصاص القانون الوطني، أي إحالة القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع، غير أن القاضي عند الرجوع إلى القانون الأجنبي واستشارته لقواعد التنازع للقانون الأجنبي يجدها بدورها تحيل إلى قانونه الوطني، وكمثال على ذلك أن تشير قواعد التنازع في القانون الجزائري باختصاص القانون التونسي مثلا غير أن عند الرجوع إلى قواعد التنازع لهذا الأخير نجدها بدورها تحيل إلى القانون الجزائري فنكون في هذه الحالة بصدد الإحالة من الدرجة الأولى.

2- الإحالة من الدرجة الثانية: وهي الإحالة إلى غير قانون القاضي[2]، وفي هذه الحالة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي أيضا ترفض الاختصاص وتحيل الاختصاص إلى قانون آخر غير أن القانون الذي تحيل إليه في هذه الحالة ليس هو القانون الوطني وإنما هو القانون لأجنبي آخر وذلك كان يثار نزاع منطوي على عنصر أجنبي أمام القاضي الجزائري وعنده رجوعه إلى قواعد الإسناد الجزائرية يجدها تحيل إلى القانون الأجنبي الذي ترفض بدوره قواعد إسناده الاختصاص وتجعله لقانون آخر ليس هو القانون الجزائري وإنما هو قانون أجنبي آخر، ومن الأمثلة التي يقدمها بعض الأساتذة في هذا المجال أن يكون هناك نزع بين أمام القضاء الجزائري متعلق بتركة منقولة لإنجليزي، متوطن في إسبانيا وبالرجوع غلى نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري،

[1]- الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عشور بالجلفة، العدد 25، ديسمبر2015. ص152.

[2]- عيشوبة فاطمة، المرجع السابق، ص 427.

سوف يكون القاضي الجزائري مجبرا على تطبيق القانون الإنجليزي على النزاع، إلا أنه وعند رجوع القاضي الجزائري إلى القانون الإنجليزي وقواعد الإسناد فيه يجده يحيل إلى قانون الموطن الأصلي، وهو القانون الإسباني في هذه الحالة وهنا نكون بصدد الإحالة من الدرجة الثانية[1].

ثالثا- موقف الفقه والتشريع من الإحالة: ونتناول بالدراسة موقف الفقه من الإحالة **(1)**، ثم نتطرق إلى موقف التشريع منها **(2)**.

1- موقف الفقه من الإحالة: لقد اختلف الفقه في وجهة نظرهم للإحالة بين مؤيد **(أ)**، ورافض للإحالة **(ب)** ولكل في ذلك حججه وأدلته.

أ- الرأي المؤيد للإحالة: يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القاضي وعنده رجوعه إلى القانون الأجنبي الذي حكمة قواعد الإسناد الوطنية باختصاصه يجب عليه الرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون واستشارتها، ولا يمكنه تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة في ذلك القانون ويقدم أنصار هذا الرأي مجموعة من الأدلة تدعيما لرأيهم[2]:

- أنه عندما تحيل قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي، يتوجب علينا أن ننظر إلى هذا القانون على أساس أنه كتلة واحدة غير قابلة للتجزئة بحيث تشمل هذه الكتلة قواعد الإسناد في هذا القانون وكذا القواعد الموضوعية، فإذا أحالة قاعدة الإسناد الوطنية القانون الوطني إلى

---

[1]- أنظر في عرض هذا المثال أحمد عمراني، المرجع السابق، ص ص 3-4. غير أننا نخالف الأستاذ في نقطة معينة حيث يرى بأن الإحالة من الدرجة الثانية تكون عندما يحيل القانون الأجنبي الذي أحالة إليه قواعد إسناد القانون الأجنبي الذي حكمة قواعد الإسناد باختصاصه، في حين أن الإحالة من الدرجة الثانية تكون عندما تحيل قواعد الإسناد للقانون الأجنبي بعقد الاختصاص لقانون أجنبي آخر غير القانون الأول.

[2]- المرجع نفسه، ص4.

تطبيق قانون أجنبي فإنه يتوجب عليه أن يطبق قواعد الإسناد في ذلك القانون قبل تطبيق القواعد الموضوعية، ومن يرى بخلاف ذلك من ضرورة تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة دون تطبيق قواعد الإسناد فيه اعتداء على إرادة المشرع الأجنبي الذي قد لا ترغب قواعد إسناده في تطبيق، كما انه يتضمن تحوير للقانون الأجنبي وتحريفه عن طبيعته[1].

– يذهب بعض أنصار الاتجاه المؤيد للإحالة إلى عرض حجة تتعلق بالمصلحة الوطنية، ومضمون هذه الحجة أن الأخذ بالإحالة يحقق تبادل في الحلول بين الدولتين صاحبتي الشأن، ما يسمى بالمعاملة بالمثل[2].

– من بين الحجج التي قدمها أنصارا هذا الرأي أيضا أن الإحالة تلعب دورا مهما في التنسيق بين النظم القانونية وتوحيد الحلول القانونية، وذلك ما يفرض على القاضي الوطني أن يفصل في المسألة كما يفصل فيها القاضي الأجنبي، أي طبقا للقانون الأجنبي التي أشارت قواعد الإسناد الوطنية باختصاصه[3].

ورغم الحجج التي قدمها هذا الاتجاه، فهناك اتجاه فقهي يذهب إلى رفض فكرة الإحالة ويعارضها بشدة.

ب– الرأي المعارض لفكرة الإحالة: يذهب أنصار هذا الرأي إلى رفض فكرة الإحالة ويرون أنه يتوجب على القاضي الوطني عند رجوع إلى القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية

[1]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[2]– عيشوبة فاطمة المرجع السابق، 431.

[3]– الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص151.

باختصاصه أن يطبق مباشرة القواعد الموضوعية دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في ذلك القانون ويقدم أنصار هذا الرأي مجموعة من الحجج والأدلة يدافعون بها على رأيهم وذلك كمايلي:

– إن قواعد الإسناد الوطنية لا تعنى فقط بتحديد الحالة التي يكون فيها القاضي الوطني مختصا، وإنما هي قواعد ثنائية الجانب تحدد حالات اختصاص القانون الوطني وحالات اختصاص القانون الأجنبي والتي يصنفها المشرع وفقا لفلسفة تشريعية محددة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الدولة في تطبيق قانونها الوطني ومقتضيات المجتمع الدولي للأفراد، فعندما تقضي قواعد الإسناد بتطبيق قانون دولة أجنبية معينة، تكون قواعد القانون الدولي الخاص قد فصلت وبشكل نهائي في مشكلة تنازع القوانين وحدد ت القانون الواجب التطبيق من بينها وبغض النظر عما تقرره قواعد الإسناد ولم يبق إلا الانتقال إلى تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون على موضع النزاع، حيث يقصد بالقانون الأجنبي وفقا لهذا الرأي تلك الحكام الموضوعية دون قواعد الإسناد[1].

– يرى أنصار هذا الرأي أن الأخذ بالإحالة والائتمار بقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المعين هو إهدار لقاعدة الإسناد الوطنية، وفي هذا الصدد يذهب أنصار هذا الرأي أن الأخذ بالإحالة فيه مساس بسيدة دولة القاضي، وبعبارة أخرى فإن تطبيق القاضي الوطني لقاعدة الإسناد الأجنبية فيه مخالفة لأوامر مشرعه وإطاعة لأوامر مشرع أجنبي[2].

[1]– راجع عيشوبة فاطمة، المرجع السابق، ص432.

[2]– الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص152.

– من بين حجج التي تقدم بها الاتجاه الرافض لفكرة الإحالة المنع من الوقوع في حلقة مفرغة التي يمكن أن تقود إليها إعمال الإحالة ذلك أن إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص قد يترتب عليه رفض الاختصاص من قبلها لقانونها وتوجيه الاختصاص إلى قانون آخر الذي يجب أيضا استشارة قواعد الاختصاص فيه، وهذه الخيرة يمكنها أيضا رفض الاختصاص وإحالة النزاع إلى قانون آخر، والذي يمكن أن يكون القانون الوطني الذي يحيل إلى القانون الأجنبي، وهنا نقع في حلقة مفرعة لا مجال للخروج منها إلا بتطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد، بمعنى عدم بالإحالة[1].

2– **موقف التشريع من الإحالة:** بالنسبة للتشريعات فقد اختلفت بدورها في بالأخذ أو عدم الأخذ بالإحالة.

ومن التشريعات التي رفضت الأخذ بالإحالة نجد بالنسبة للدول العربية نجد مصر العراق، سوريا، الأردن، وهذا ما ذهب إليه أيضا القضاء في كل من لبنان والمغرب، أما بالنسبة للدول غير العربية فنجد من بين الدول التي ترفض الأخذ بالإحالة إيطاليا، هولندا، واليونان، ودول أسكندنافية[2].

ومن بين الدول التي تأخذ بفكرة الإحالة من الدرجة الأولى نجد القانون البولندي لسنة لسنة 1965 في المادة 4 منه، كما نص مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة 1967 على فكرة

[1]– حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2010–2011، ص92.

[2]- راجع أعراب بلقاسم المرجع السابق، 107-108.

الإحالة في المادة 22، أما على المستوى القوانين العربية فنجد القانون الاتحادي الإماراتي رقم 5 في المادة 26، والتي يقابلها في القانون الجزائري نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري، وفي القانون التونسي المادة 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998[1].

وإضافة إلى ما سبق هناك دول أخذت بفكرة الإحالة بشكل عام فلم تفرق بين الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية، نجد القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 من خلال نص المادة 14، والقانون النمساوي لعام 1979 في نص المادة 5 منه، وكذلك القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 من خلال نص المادة 2...الخ[2].

ومما يجب التركيز عليه هو موقف المشرع الجزائري من الإحالة، فإذا كنا قد رأينا بأن المشرع قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى من خلال نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري حيث يرى الأستاذ اسعد والأستاذ أعراب بلقاسم بضرورة الأخذ بفكرة الإحالة باستثناء الأحوال الشخصية باعتبارها مستمدة من الشريعة الإسلامية، ويخالفهم في هذا الرأي الأستاذ علي علي سليمان الذي يقول بضرورة إخضاع مسائل الأحوال الشخصية لفكرة الإحالة[3].

رابعا– أساس ونطاق الإحالة: إن الأخذ بفكرة يفرض دون شك تحديد أساسها**(1)**، وكذا نطاقها **(2)**.

[1]– حمزة قتال، المرجع السابق، ص97.

[2]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3]– راجع أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 109–110.

1- **أساس الإحالة:** المقصود بأساس الإحالة هنا هو معرفة الفكرة التي بنيت عليها، وفي هذا الصدد فقد اختلف الفقه في الأساس القانوني لفكرة وقد نتج عن هذا الاختلاف ظهور عدة آراء فمنهم من يرى بأن يرى بان أساس الإحالة هي فكرة التفويض(أ)، وهناك من يرجعها إلى فكرة الحل الاحتياطي **(ب)**، بينما يذهب البعض إلى جعل فكرة الإقليمية أساسا للإحالة(ج)، بينما يجعلها البعض متضمنة في فكرة الحقوق المكتسبة(د).

أ- **الإحالة تفويض:** يرى أنصار هذه الاتجاه بأن التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي يستند إلى تفويض من المشرع الوطني انطلاقا من قاعدة الإسناد إلى مشرع الدول الأجنبية من أجل إعطاء الحكم المناسب[1].

ولقد وجهة لنظرية التفويض عدة انتقادات تتمثل أهمها في مايلي[2]:

-التفويض معناه التنازل عن السيادة

-يؤدي هذا الحل إلى حلقة مفرغة

ب- الإحالة حل احتياطي: يذهب جانب من الفقه إلى تقسيم قواعد الإسناد إلى نوعان قاعدة إسناد أصلية وأخرى احتياطية. حيث أنه إذا أسندت قاعدة الإسناد الأصلية حل النزاع إلى قانون أجنبي، رفض الاختصاص بناءاً على قواعد تنازعه، فلا يطبق القاضي في هذه الحالة القانون الأجنبي

[1]- هشام بولسينة، عمارة بلغيث، أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الملجد12، العدد2،2020، ص 232،

[2]- أحمد عمراني، المرجع السابق، ص5.

نهائياً، وإنما يرجع إلى قاعدة الإسناد الاحتياطية التي تسند النزاع إلى قانون القاضي، فلا نكون هنا أمام تطبيق القانون الوطني بناءاَ إلى إسناد قاعدة أجنبية، إنما من قاعدة وطنية[1].

غير أن نظرية الحل الاحتياطي لم تسلم بدورها حيث وجه لها انتقاد مفاده أن افتراض وجود قواعد إسناد احتياطية إلى جانب الأصلية هو مجرد وهم وخيال ولا أساس لوجوده في الواقع[2].

ج- **فكرة الإقليمية أساس نظرية الإحالة:** يؤسس الفقيه نبويه الإحالة على فكرة الإقليمية حيث يرى بأنه إذا تخلى القانون الأجنبي على الاختصاص في حكم النزاع يبقى هذا النزاع في هذه الحالة بدون قانون يحكمه، وهذا يرجع الاختصاص غلى قانون القاضي على أساس أن الأصل في القوانين هو إقليمية التطبيق وهذا ما يجعل من غير المعقول بقاء نزاع به علاقة بقانون القاضي بدون قانون يحكمها[3].

وقد تم نقد هذه النظرية خاصة من حيث أنها تقدم الحلول للإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية، إضافة إلى أنها تبالغ في عقد الاختصاص لقانون القاضي الوطني[4].

محاضرات في القانون الدولي الخاص * تنازع القوانين *

[1]- بشور فتيحة، المرجع السابق، ص17.

[2]- أحمد عمراني، المرجع السابق، ص5.

[3]- أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص ص 113-114.

[4]- أحمد عمراني المرجع السابق، ص5.

د- فكرة الحقوق المكتسبة: يرى أصحاب هذه النظرية أن تقدير الحقوق المكتسبة لا يكون إلا في ظل القوانين التي نشأت فيها، إذا أن القاضي الوطني وهو يطبق القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد اعتراف بالحق الذي تم اكتسابه في الخارج[1].

لقد انتقدت نظرية الحقوق المكتسبة عدة انتقادات أهمها أنها تقدم تبرير لتطبيق القانون أجنبي انطلاقا من مرحلة اكتساب الحق، ولم تهتم بمرحة نشؤ الحق.

وإذا كانت هذه هي الأسس التي قدمها الفقه للإحالة فما هو نطاقها؟

2- **نطاق الإحالة:** يقصد بنطاق الإحالة هنا الحالات التي ذهب أنصار الاتجاه الذي يأخذا باستبعاد إعمال الإحالة فيها وتتمثل في مايلي:

أ- **عدم الأخذ بالإحالة فيما يتعلق بشكل التصرفات القانونية:** إن الهدف من وضع القاعدة العالمية التي تقرر بضرورة خضوع شكل التصرفات لبلد إبرامه والتي تأخذ بها معظم الأنظمة التشريعية والقوانين داخل الدول، وذلك بغية ضمانات صحة هذه التصرفات في جانبها الشكلي وقد أخذ المشرع الجزائري بدوه بهذه القاعدة من خلال نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري[2].

ب- خضوع التصرفات القانونية لقانون إرادة المتعاقدين: في قواعد التنازع فإن معظم قواعد الإسناد تخضع الالتزامات التعاقدية إلى إرادة المتعاقدين، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من

[1]- هشام بولسينة، عمر بلغيث، المرجع السابق، ص230.

[2]- بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014-2015، ص199.

خلال نص المادة 18 من القانون المدني[1]، ونظرا لأن الأخذ بالإحالة في اعتداء على إرادة المتعاقدين التي اتجه إلى إخضاع تصرفهما غلى قانون معين عند الرجوع إلى قواعد افسناد بدلا من تطبيق الأحكام الموضوعية التي اتجهت إرادة المتقاعدين إلى اختياره فيه اعتداء على هذه الإرادة وتجاهل لها، وهذا ما يضعنا أمام نتائج غير متوقعة من قبل المتعاقدين، بخلاف الحالة التي تتجه فيها إرادة المتعاقدين إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لقانون معين فإن الأخذ بالإحالة في هذه الإحالة يتماشى تماما مع إرادة المتعاقدين وتطبيق الأحكام الموضوعية هوة الذي يعارض إرادتهما في هذه الحالة.

المحور الخامس: التطبيق الوطني للقانون الأجنبي

إن دراسة التطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني تتطلب تحديد الأسس التي يتم الاستناد عليها في هذا التطبيق **(أولا)**، وكيفية إثبات هذا القانون **(ثانيا)**، وكذا ضرورة التطرق إلى الكيفية التي يتم بها تفسير هذا القانون **(ثالثا)**، كما لا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق في الدولة التي تتعدد فيها الشرائع **(رابع)**، ثم إلى الحالات التي نكون فيها أمام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي **(خامسا)**.

أولا: أساس التطبيق الوطني للقانون الأجنبي: لقد اختلف الفقه حول الأساس الذي يستند إليه من اجل تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني وقد نتج عن هذا الاختلاف ظهور عدة نظريات، فهناك من يرى بأن تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس أنه واقعة من الوقائع**(1)**،

[1]– راجع أعراب بلقاسم، المرجع السابق، 120.

وهناك من يرى بأن تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس فكرة التفويض **(2)**، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أساس تطبيق القانون الأجنبي هي فكرة المعاملة بالمثل**(3)**، وأرجع البعض أساس تطبيق القانون الأجنبي إلى فكرة الاستقبال والإدماج(4)، وهناك من يرى بأن القانون الأجنبي يطبق كقانون محتفظا بهذه الصفة **(5)**.

1- نظرية معاملة القانون الأجنبي كأنه واقعة: يرى جانب من الفقه بضرورة اعتبار القانون الأجنبي جزء من الوقائع، غير أنصار هذا الرأي في حد ذاتهم قد اختلفوا في أساس هذه الفكرة إلى اتجاهين:

أ- **الاتجاه الفرنسي:** وعلى رأسهم الأستاذ هنري باتيفول الذي يرى بان القانون الأجنبي يفقد أمام القاضي الوطني مؤيد تطبيقه الخارجي، وهو بذلك يقصد عنصر الأمر الذي يتمتع به القانون في البلاد التي صدر ويطبق فيها، ذلك أن المشرع الذي صدر عنه هذا القانون ليس له سلطة المر على القاضي الوطني والي تمكنه من إلزامه بتطبيق هذا القانون، وهذا ما يجعل هذا القانون يكون أمام باقي الدول مجرد واقعة ويعامل أمام المحاكم الأجنبية على هذا الأساس بناء على أوامر المشرع الوطني لتلك المحاكم[1].

[1]- فؤاد دبب، المراجع السابق، ص41.

ب- الفقه الأمريكي: يرى أنصار هذا الاتجاه بأن القانون الأجنبي يطبق على أساس واحترام لفكرة الحقوق المكتسبة في الخارج. فالقاضي وحسب رأيهم لا يمكنه النظر في حق نشأ في الخارج إلا في ظل هذا القانون[1].

2- تطبيق القانون الأجنبي بناءا على فكرة التفويض: يذهب أنصار هذه الاتجاه بأن المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني بناءً على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية فتطبق، فيكون تطبيق القانون الأجنبي وفقا لهذا التفويض وبناء عليه[2].

3- تطبيق القانون الأجنبي استنادا إلى فكرة المعاملة بالمثل: تعتمد المدرسة الهولندية على مبدأ الإقليمية في تطبيق القانون، فوفقا لهذه النظرية فإن القانون يتمتع بسلطة مطلقة داخل إقليم الدولة التي أصدرته، وتبعا لذلك فإن إلزام القانون القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فإن ذلك يتعارض مع السيادة، إلا فكرة المجاملة تسمح للدولة تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم الدولة وكذلك مراعاة لمصالح الأفراد[3].

4- تطبيق القانون الأجنبي على أساس فكرة الاستقبال والإدماج: وفقا لرأي أنصار هذا الاتجاه فإن قاعدة الإسناد الوطنية التي تجيز بتطبيق القانون الأجنبي فهي تجذبه وتدخله في القانون

[1]- راجع هشام بولسينة، عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص230

[2]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص144.

[3]- حمزة قتال، المرجع السابق، ص140.

الوطني، فيكون القاضي الوطني حينئذ عند تطبيقه للقانون الأجنبي يطبق القاعدة القانون الوطنية التي سمحت بتطبيق هذا القانون[1].

5- تطبيق القانون الأجنبي باعتبارها قانونا محتفظا بجميع خصائصه: يرى أنصار هذا الاتجاه أن أي قانون له خصائص معينة يبقى محتفظا بها ليس عند تطبيقة في دولته فحسب بل حتى عند تطبيقه أمام باقي الدول فهو ليس واقعة من الوقائع وقانون نما قانون بكل ما تحمله الكلمة من معنى ، غير أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقوا حول الأساس الذي يطبق عليه القانون الأجنبي[2].

وفي رأينا أن أساس تطبيق القانون الأجنبي داخل الدول واضح وهو القاعدة القانونية التي سمحت للقاضي الوطني بتطبيق هذا القانون داخل إقليمه، أما إذا كان نقصد الأساس الذي جعل المشرع يسمح بتطبيق قانون الأجنبي داخل إقليميه فهنا يمكن أن نقول بان ذلك كله من اجل وضع حل لمسألة تنازع القوانين

ثانيا- إثبات القانون الأجنبي: من بين الإشكالات التي يطرحها تطبيق القانون الأجنبي هو على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي (1)، وكيفية إثبات هذا القانون (2).

أ- **عبء إثبات القانون الأجنبي:** وهناك رأيين في هذا الصدد فهناك من يضعه على عاتق الخصوم (أ-أ) وهناك من يجعله على عاتق القاضي(أ-ب).

[1]- راجع هشام بولسينة، عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص232.

[2]- المرجع نفسه، ص231.

أ-أ- **وضع تفسير القانون الأجنبي على طرف الخصوم:** يرتكز هذا التوجه الذي يلقي عبء إثبات القانون الأجنبي على الخصوم على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يتعين على من يدعي وجودها أمر إثباتها، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي مدة طويلة منذ قرار " لوتور" سنة 1498الذي قضى بأن "عبء الإثبات يقع على عاتق الطرف الذي يدعي خضوع حقه الذي يطالب به لهذا القانون ولا يغير من ذلك أن يكون خصمه هو الذي تمسك بتطبيق القانون الأجنبي"، ويبرر أنصار هذا التوجه موقفهم بحجة أساسية مفادها عدم إمكانية علم القاضي بقوانين كافة دول العالم إذ من الصعب إلزام القاضي بمهمة البحث عن أحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع ومن ثم لا يجوز التمسك في مواجهته بقاعدة أن المحكمة "تعرف القانون"، فالقاضي ملزم بالتحري فقط عن قواعد قانونه الوطني وإثباتها وتفسيرها عند عرض النزاع عليه ولا يلزم بمعرفة أحكام قوانين دول أجنبية[1].

أ-ب- **وضع عبء إثبات القانون الأجنبي على القاضي:** إن القوانين التي جعلت عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصوم تنظر إلى القانون الأجنبي على أساس أنه جزء من الوقائع، وعلى العكس من ذلك، أما القانوني التي تعطي القانون الأجنبي صفة القانون أن تقوم المحاكم الوطنية من تلقاء نفسها تنفيذا لأوامر مشرعها، بالبحث عن قواعده، ولا يتوقف الأمر على إرادة

[1]- مقال بعنوان إثبات مضمون القانون الأجنبي منشور على الموقع التالي: https://www.bibliojuriste.club/2020/04/blog-post_57.htm، تاريخ الاطلاع 2022/08/23، الساعة 08:00 مساءا.

الأشخاص- وتملك المحاكم العليا حق الرقابة على صحة تطبيق قواعد القانون الأجنبي المختص وتفسيره[1].

2- كيفية إثبات القانون الأجنبي: يمكن أن نميز في هذا الصدد بين حالتين:

أ- وسائل الإثبات في حالة عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصوم: ويمكنهم في هذه الحالة أن يقدموا نصوص القانون الأجنبي في حد ذاتها أو ترجمتها، إضافة إلى تقديم المؤلفات الفقهية والحكام القضائية الأجنبية التي تمكن من استخلاص الحكام الحقيقية لهذا القانون، وعموما فإنه يمكنهم استعمال كافة طرق الإثبات ماعدا اليمين والإقرار، إضافة إلى إمكانية اللجوء إلى الخبرة من قبل القاضي في حالة عدم اقتناعه بما قدمه الخصوم من أدلة[2].

ب- وسائل الإثبات حالة عبء الإثبات يقع على عاتق القاضي: في هذه الحالة يمكن للقاضي الاستعانة بوسائله الخاصة أو الوسائل التي توفرها حكومته في هذا المجال للتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، كما يمكنه الاستعانة بالخصوم كما هو معمول به في بعض الأنظمة التشريعية مثل ألمانيا[3].

محاضرات في القانون الدولي الخاص * تنازع القوانين *

[1]- مقال بعنوان إثبات القانون الأجنبي منشور على الموقع التالي: https://almerja.com/reading.php?idm=147286، تاريخ الاطلاع 2022/08/23، الساعة 21:00 ليلا.

[2]- أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص149.

[3]- المرجع نفسه، ص149.

ثالثا–تفسير القانون الأجنبي: تتطلب منا دراسة تفسير القانون الأجنبي تحديد كيفية تفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني **(1)**، ورقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي **(2)**.

1– **كيفية تفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني:** نستهدف من خلال هذا العنصر دراسة ما إذا كان القاضي عند تفسير للقانون الأجنبي يقوم بالتفسير اعتمادا على ما هو موجود ومنصوص عليه في الدولة التي صدر فيها، أو انه يقوم بهذا التفسير انطلاقا مما هو منصوص عليه في قانون.

وبصدد إعطاء الحل للمسألة السالفة الذكر فإن أغلبية الفقه المقارن يذهب إلى أن تفسير القانون الأجنبي، يجب أن يتم وفقا للقواعد التفسير المعتمدة في القانون الأجنبي[1].

2– **رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:** وفي هذا الصدد ظهر اتجاهان وذلك كمايلي:

أ– **الرأي الرافض لرقابة المحكمة العليا على تفسير القاضي للقانون الأجنبي:** في بعض الدول الأوروبية يذهب الفقه والقضاء الى عدم إخضاع تطبيق القانون الأجنبي لرقابة المحاكم العليا. وتقتصر رقابة المحاكم العليا على تطبيق القواعد القانونية الوطنية. ومرد ذلك هو أن القانون الأجنبي بالنسبة اليهم يعتبر واقعة، ولأنه من الناحية العملية يصعب أن يلقى على كاهل

[1]– قتال حمزة، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا وتأثيرا، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 27، العدد 2، الصفحات 265–283، 2015، ص266.

المحكمة العليا عبء القيام بمثل هذه المهمة لمختلف القوانين الأجنبية ، ويضيفون إلى ذلك أن واجب المحاكم العليا حماية القانون الوطني لا وحده القانون الأجنبي[1]. كما أن تفسير المحكمة العليا للقانون الأجنبي من شأنه أن يعطي تفسيرا غير دقيق للقانون الأجنبي أو مخالفة للتفسير الصحيح.

ب- **الرأي القائل بضرورة خضوع تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي للمحكمة العليا:** ذهب جانب كبير من القضاء إلى حق المحاكم العليا في الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي شأنه في ذلك شأن القانون الوطني، وحجتهم في ذلك أن القانون الأجنبي هو قانون لا واقعية وأن الخطأ في تطبيق القانون ما هو إلا خطا في تطبيق قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي يتطلب القانون احترامها بتطبيق القانون الأجنبي فعلا وأن يعمل بالحكم الذي يمليه ذلك القانون وبغير ذلك فإن المحاكم لا تخل بالقانون الأجنبي وحده، بل بالقانون الوطني نفسه[2].

رابعا: تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الدولة التي تتعدد فيها الشرائع: رغم أن هذه المسألة قد كانت محل خلاف وجدلا بين الفقه والقضاء المقارنين إلا أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 23 من القانون المدني الجزائري التي نصت على مايلي " **متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.**

---

[1]- مقال بعنوان رقابة المحكمة العليا، منشور على الموقع التالي: https://www.startimes.com/f.aspx?t=38432848 ، تاريخ الاطلاع 2022/08/25، الساعة 19:00 مساءً.

[2]- المرجع نفسه،

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".

وبهذا النص قد حسم المشرع الجزائري الخلاف في هذا المجال، وجعل القانون الداخلي للقانون الأجنبي هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، كما عالج حالة عدم وجود نص وحالة التعدد الطائفي أين يتم تطبيق القانون الغالب العمل به، أما في حالة التعدد الإقليمي فيتم تطبيق القانون المطبق في العاصمة.

خامسا- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي: يمكن للقاضي الوطني أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه وذلك في حالة مخالفته للنظام العام**(1)**، أو إذا تبين أن الاختصاص لهذا القانون قد ثبت عن طريق الغش **(2)**.

1- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام: ونتناول دراسة هذا العنصر من خلال تعريف فكرة النظام العام (أ)، وشروط أعمال هذه الفكرة (ب)، ثم إلى أثار استبعاد تطبيق القانون لأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام (ج).

أ- **تعريف النظام العام:** تعتبر مسألة تعريف النظام العام من الأمور العصبة نظرا لنسبية وتغير هذه الفكرة عبر الزمان والمكان، فما هو من النظام العام في مكان معين قد لا يعتبر من النظام العام في مكان آخر، وما هو من النظام العام في مكان معين وفي زمان معين قد لا يصبح من النظام العام في زمان آخر.

ورغم ما سبق قوله حول صعوبة إعطاء تعريف موحد للنظام العام فإن غالبية الفقه يذهب إلى تعريف النظام العام بأنه النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقرار هذا الأساس، وبحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقوّمات التي تدخل ضمن هذا الأساس، لذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام آمرة لا تجوز مخالفتها[1].

ب- **شروط إعمال فكرة النظام العام:** من أجل إعمال فركة النظام العام لا بد من توافرط شرطين أساسين وهما[2]:

* أن تشير قواعد الإسناد الوطنية للقانون لأجنبي المخالف للنظام العام

* توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لإعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي وذلك بان يكون القانون الأجنبي مخالف للقانون الوطني أو النظام العام داخل الدولة مخالفة جزئية أو كلية.

3- **آثار الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي:** يترتب على الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام مجموعة مختلفة من الآثار، حيث هناك أثر يتعلق بعلاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي(أ)، وهناك أثر خاص بالحق الذي اكتسب في الخارج أو أوريد التمسك بآثاره في دولة القاضي (ب).

[1]- موسخ محمد، حالات استبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث العلمية، المجلد 3 ، العدد 1 ، 2019 الصفحات 83-125، ص4. https://www.asjp.cerist.dz/en/article/68966

[2]- المرجع نفسه، ص ص 8-10.

أ- أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي: وهناك اثر سلبي وآخر ايجابي.

فالبنسبة للأثر السلبي فيتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية وإن كان الفقه مختلف حول مسألة الاستبعاد الكلي والجزئي للقانون الأجنبي، حيث ذهب بعض الفقه إلى الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام بينما يرى الفقه الغالب بان الجزء المخالف فقط للنظام العام هو الذي يتم استبعاده دون بقية الأجزاء الأخرى[1].

أما بالنسبة للأثر الإيجابي للنظام العام و يتمثل في ثبوت الاختصاص لقانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد، وقد استقر القضاء و الفقه الفرنسيين على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام، وهو نفس الحكم الذي اعتمده القضاء المصري وما ذهب إليه أغلب الفقهاء المصريين كذلك وهو ما سار عليه المشرع الجزائري على إثر التعديل الأخير للقانون المدني من خلال النص الجديد للمادة 42 منه في فقرتها الثانية نص على اعتماد مبدأ الأثر الإيجابي للنظام العام، و هو ما أكدته هذه الفقرة صراحة بقولها :يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة." [2].

وبناء عليه فإن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الجزائري يستلزم بالضرورة تطبيق القانون الجزائري محله تلقائياً بنص القانون[3].

---

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 176-177.

[2]- موسخ محمد، المرجع السابق، ص12.

[3]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ب- **أثرا الدفع بالنظام العام على حق اكتسب في الخارج أو أوريد التمسك بآثاره في دولة القاضي:** يقتضي فهم فكرة الأثر المخفف للنظام العام التمييز بين الحالة التي نكون فيها بصدد إنشاء الحقوق في دولة القاضي، حيث يكون للنظام العام أثره كاملا بوجهيه السلبي والإيجابي، هذا هو الأثر الكامل، و بين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية مخالف للنظام العام، وتنتج آثارها في دولة القاضي، حيث يعترف ببعضها وهنا يكون للنظام العام أثرا مخففا[1].

و فكرة الأثر المخفف للنظام العام تستند إلى أن هناك حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي مع النظام العام، سواء نشأ الحق موضوع النزاع في الخارج أو في دولة القاضي، وهناك حالات أخرى يتعارض فيها فقط إذا نشأ في دولة القاضي، دون أن يكون لنفاذ هذا الحق تعارض مع النظام العام، إذ أن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر بنفاذه بقدر ما يتأثر بنشأته[2].

2- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون: يمكن للقاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا تثبت له أن هذا القانون قد ثبت له الاختصاص بسبب الغش نحو القانون التي يجب أن نتولى تعريفها (أ). ثم بيان شروط الدفع بالغش نحو القانون(ب)، وكذا بيان الجزاء المترتب على الغش نحو القانون (ج).

أ- **تعريف فكرة الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي: لق قدم الفقه للغش نحو القانون عدة تعاريف من بينها انه** اتخاذ تدبير إ رادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص

[1]- قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص163.

[2]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة[1].

وقد عرف الغش نحو القانون أيضا بأنه" سعي لتغيير ضابط الإسناد للتهرب بذلك من أحكام قانون ما واللجوء إلى تطبيق أحكام قانون آخر"[2].

ب- **شروط إعمال فكرة الغش نحو القانون:** يتطلب إعمال فكرة الغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي توفر مجموعة من الشروط تتمثل في مايلي:

ب – أ – التغيير الإرادي في ضابط الإسناد (الركن المادي): يتمثل هذا الشرط في قيام الغاش أو صاحب المصلحة في تغيير ضابط الإسناد الذي يمكن التصرف فيه بالتغيير بإرادة الأفراد، ويشترط في هذه الحالة أن يكون التغيير حقيقا وليس صوريا، كما يجب أن يكون مشروعا، أما التغيير الذي يكون بوسائل غير مشروعة فإنه لا يعتد به إذا يبطل تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة دون حاجة إلى إعمال نظرية الغش نحو القانون[3].

ب – ب – وجود نية الغش (الركن المعنوي): ويقصد به وجود نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية .إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الغاش سليما لاسبيل لإبطاله، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى عدم وجوب التقيد بشرط وجود النية،

---

[1]– موسخ محمد، المرجع السابق، ص16.

[2]– الغش نحو القانون، مقال منشور على الموقع التالي:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B4_%D9%86%D8%AD%D9%88_%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86، تاريخ الاطلاع 2022/08/26، الساعة 19:45 مساءا.

[3]– بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014-2015، 247.

واعتبار الغش قد وقع لمجرد القيام بعملية تغيير ضابط الإسناد المقترن بملابسات و ظروف خارجية، و يضربون لذلك مثلا كقيام مواطنين سياح في دولة أجنبية خلال فترة إقامتهما بها بإبرام عقد هبة بينهما في إقليم هذه الدولة الأجنبية دون أن يكون هناك سبب واضح لإجراء الهبة في هذه الدولة بالذات فيمكن حسب أ ريهم استخلاص عملية الغش نحو قانونهما الوطني للسعي من أجل عدم خضوعهم له والرغبة في الخضوع لأحكام القانون الأجنبي المتعلقة بعقد الهبة[1]. خاصة إذا كان هذا الأخير يخدم مصلحتهما بشكل أفصل في نقطة معينة.

وقد ذهب أغلبية الفقه والقضاء إلى ضرورة الأخذ بشرط النية في تطبيق الغش نحو القانون[2].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الشرطين السابقين هما شرطان متفق عليهما بين الفقه، إلا توجد شروط أخرى مختلف فيها نذكر منها، أن يتعلق الغش نحو القانون بقاعدة قانونية آمرة، فعالية وسيلة الغش، أن يتعلق الغش بقاعدة قانونية موجودة في قانون القاضي...الخ.

ج- الجزاء المترتب على الغش نحو القانون: بينما يقتصر الأثر المترتب عن الغش في القانون الداخلي على حرمان المتحايل من الاستفادة من نتيجة تصرفه المشوب بالغش طبقا لنفس القانون الداخلي، نجد أنه في نطاق تنازع القوانين يحرم المتحايل من تطبيق القانون المختص عن طريق الغش[3]، والملاحظ أن الجزاء هو عدم النفاذ إلا الاختلاف بين الفقه في هذا المجال كان حول عدم النفاذ يمس النتيجة التي سعى الغاش إلى تحقيقها فحسب؟ أم أنه يمس النتيجة والوسيلة معاً؟

[1]- موسخ محمد، المرجع السابق، ص17.

[2]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3]- حمزة قتال، المرجع السابق، ص167.

ج-أ- عدم النفاذ على النتيجة: يذهب أغلبية الفقه الراجح بأن أثر الغش يقتصر فقط على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إليها حينما قام بتغيير ضابط الإسناد دون الوسيلة لكونها تمت بطريقة قانونية ومشروعة، وان العبرة في التصرف بقصده وغايته ولا حاجة للمبالغة في الجزاء، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده، أما الآثار الأخرى الناتجة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم الغاش ما دام لم يقصدها، ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه[1].

ج- ب- عدم النفاذ يمتد إلى الوسيلة والنتيجة معاً: وفقا لهذا الاتجاه والرأي الراجح، فإن أثر الدفع بالغش يشمل النتيجة والوسيلة معا، أي يستبعد القانون الذي ثبتت له الاختصاص بواسطة الغش عند تغيير الجنسية مثلا ويطبق القانون المختص بدله(قانون القاضي في هذه الحالة) وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص، ذلك أنه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد من حيث الاعتراف ببعض الآثار وهي غير المهمة في نظر الغاش ولا يعترف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته، لهذا السبب ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش[2].

قائمة المراجع المستعملة:

أولا: الكتب

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين-، دار هومه، الجزائر، 2002.

2- حسن الهداوي، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني – دراسة مقارنة-، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

[1]- بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص258.

[2]- المرجع نفسه، ص259.

3- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية – نظرية القانون نظرية الحق-، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006.

4- فؤاد دبب، من إعداد محمد الملا، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دون مكان نشر، ودون سنة نشر.

ثانيا: المذكرات

1- بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1،2014-2015.

2- حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2010-2011.

ثالثا: المقالات:

1- الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عشور بالجلفة، العدد 25، ديسمبر 2015.

2- باسم عواد محمد العموش، مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، العدد 90، الصادر بتاريخ إبريل 2020.

3- عيشوبة فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 2.

4- قتال حمزة، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا وتأثيرا، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 27، العدد 2، الصفحات 2015.

5- موسخ محمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث العلمية، المجلد 3 ، العدد 1 ، 2019.

6- هشام بولسينة، عمارة بلغيث، أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الملجد12، العدد2،2020.

رابعا: المحاضرات

1- أحمد عمراني، محاضرات القانون الدولي الخاص، المحاضرة الرابعة، السنة الثالثة شعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية، جامعة وهران1 احمد بن بلة، 2019-2020،

2- بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة البويرة، 20124/2013.

3- عصمان جمال، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجماعية 2015./2014

4- قديري محمد توفيق، دروس في مقياس القانون الدولي الخاص موجهة لطلبة السنة اللثة شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، السنة الجامعية 2020/2019.

رابعا: الموقع الإلكترونية

- تنازع القوانين في المسائل الأولية، محاضرات منشورة على موقع جامعة كربلاء كلية القانون، .law.uokerbala.eud.iq/wp/blog/15/12/2015/messeage2/

- بحث منشور على الموقع التالي: https://law-esam.yoo7.com/t398-topic

- يشرح قواعد الإسناد، https://www.mohamah.net/law

- بحث-قانوني-ودراسة-فريدة-حول-التكييف-في:https://www.mohamah.net/law

- بحث قانون التكييف في لقانون الدولي – أحوال القانون: https://www.a7wallaw.com/10335

- مقال بعنوان إثبات مضمون القانون الأجنبي منشور على الموقع التالي:

https://www.bibliojuriste.club/2020/04/blog-post_57.htm

- مقال بعنوان إثبات القانون الأجنبي منشور على الموقع التالي:

https://almerja.com/reading.php?idm=147286

- مقال بعنوان رقابة المحكمة العليا، منشور على الموقع التالي:

https://www.startimes.com/f.aspx?t=38432848

- **الغش نحو القانون، مقال منشور على الموقع التالي:**

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B4_%D9%86%D8%AD%D9%88_%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86

خامسا: قوانين

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

محاضرات في القانون الدولي الخاص *تنازع القوانين*