

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد لمين دباغين سطيف 02
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق
تخصص قانون خاص.

قواعد الاسناد كأسلوب فني لحل مشكلة تنازع القوانين

إشراف الدكتور:
بلمامي عمر

إعداد الطالب:
بورزاق رمزي

لجنة المناقشة:

الصفة	مؤسسة الانتساب	الرتبة	اسم ولقب الأستاذ
رئيسا	جامعة سطيف 02	أستاذ التعليم العالي	أ.د بوضياف عبد الرزاق
مشرفا ومقررا	جامعة سطيف 02	أستاذ التعليم العالي	أ.د بلمامي عمر
عضوا امتحنا	جامعة المسيلة	أستاذ محاضر أ	د. بوخروبة حمزة
عضوا امتحنا	جامعة برج بوعريريج	أستاذ محاضر أ	د. رفاف لخضر
عضوا امتحنا	جامعة سطيف 02	أستاذ محاضر أ	د. ذيب زكرياء
عضوا امتحنا	جامعة سطيف 02	أستاذ محاضر أ	د. رمازنية سفيان

السنة الجامعية: 2022م-2023



شكر وتقدير

بعد شكر الله سبحانه وتعالى الذي وفقنا لإتمام هذا العمل، أتقدم

بالشكر الجزيل والتقدير والعرفان

إلى الأستاذ الدكتور " بلمامي عمر " على كل توجيهاته وإرشاداته

ونصائحه القيمة، والذي كان بمثابة الأب قبل أن يكون مشرفا

كما لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والإحترام

لأعضاء لجنة المناقشة

الذين منحوني شرف مناقشة هذا العمل المتواضع،

جزاهم الله كل خير، ووفقنا الله جميعا لما فيه البر والفلاح دائما،

كما أتقدم بالشكر والتقدير

إلى كل من مد لي يد العون من قريب

أو بعيد، فجزاهم الله خيرا.

إهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، بعد مسيرة حملت في طياتها الكثير من الصعوبات والمشقات اليوم نقطف ثمارها والحمد لله،
أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح والدي الطاهرة رحمة الله عليه.
إلى أعز وأعلى إنسانة في حياتي، إلى من منحتني القوة والعزيمة والتي كانت سببا في وصولي لما أنا عليه اليوم، إلى الغالية على قلبي "أمي العزيزة"
إلى رفيقة الدرب، وصاحبة القلب الطيب، والنية الصادقة، إلى من تقاسمت معي صعوبات الحياة "زوجتي الغالية"
إلى كل أفراد العائلة.
إلى كل الزملاء والأصدقاء.
حفظهم الله جميعا.

قال العماد الأصفهاني:

"لا يكتبج إنسانا كتابا في يومه، إلا وقال في نفسه لو زيد هذا لكان أحسن،
ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو ترك هذا لكان أفضل، وهذا من عظيم العجز،
وهو دليل استيلاء النقص على جملة البهر"

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

- ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق.إ.ج: قانون الاجراءات الجزائية.
- ق.م. ج:..... القانون المدني الجزائري.
- ق.ح. م:..... قانون الحالة المدنية.
- ج:..... الجزء.
- ط:..... طبعة.
- د. ط:..... دون رقم الطبعة.
- د. د. ن:..... دون دار النشر.
- د. س. ن:..... دون سنة نشر.
- د. ب. ن:..... دون بلد نشر.
- ص:..... الصفحة.

Liste des principales abréviations:

- ART..... article.
- éd.....édition.
- J.C.P.....Juris Classeur périodique
- L.G.D.J.....Librairie Générale de droit et de jurisprudence.
- N..... Numéro.
- OP.CIT..... opère citation dans l'ouvrage précité
- P.....page.
- T.....Tome.

مقدمة

مقدمة:

من المسلمات في العقل البشري أن القانون هو الوسيلة الفعالة لتنظيم العيش في الجماعة وهو الذي يهدف إلى استقرار هذه الأخيرة، حتى قيل بأن " الفوضى من صنع الشيطان وأن القانون يعمل في صفوف الملائكة"، وعلى هذا النحو وإن كان القانون ضرورة اجتماعية، فإن مدى اسهامه في تنظيم الجماعة يختلف بحسب الأفكار والفلسفة السائدة فيها.

فالمتمثل في واقع المجتمع الدولي المعاصر يدرك جليا عدم الإنسجام في تنظيمه السياسي والقانوني، إذ ينقسم إلى عدة دول لكل منها سيادة مستقلة عن الأخرى ولكل منها نظامها السياسي والقانوني الخاص بها، لذا تضع كل دولة من الدول القواعد القانونية الوطنية التي تنظم الحياة الخاصة الدولية بما يتلاءم مع مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية وحتى الدينية.

وعلى هذا الأساس تنقسم العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد إلى نوعين من العلاقات علاقات وطنية داخلية بحتة، وعلاقات يتخللها عنصرا أجنبيا، فبالنسبة للعلاقات الوطنية الداخلية هي تلك العلاقات التي تنشأ وترتب آثارها على إقليم الدولة الواحدة، فوطنية العلاقة أو الواقعة القانونية تتحدد إما بالنظر لأطرفها الذين ينتمون لنفس الدولة بجنسيتهم أو توطنهم فيها، أو تتحدد بالنظر لمحل أو سبب هذه العلاقة سواء كان التزاما أو مالا يتركز كذلك في الإقليم هذه الدولة.

هذا النوع من العلاقات ليس وحده المطروح في المجتمعات المعاصرة، ذلك أن الحدود السياسية والجغرافية لم تعد تشكل عائقاً أمام انتقال الأشخاص أو رؤوس الأموال، إذ أن عالماً اليوم أصبح بمثابة قرية صغيرة بفعل وسائل الاتصال والمواصلات، كما أن انتماء الشخص لدولة معينة لا يجعله ملتصقاً بها أمد الدهر.

علاوة على ذلك فإن من طبيعة وخصائص رأس المال التجول والترحال بحثاً عن مجالات أفضل للاستثمار وبيئة أفضل لتحقيق الأرباح، ونتيجة لذلك أصبح من المتصور أن تطفو إلى السطح علاقات قانونية تشمل عنصراً أجنبياً، هذا العنصر الأجنبي الذي يتحدد إذا كانت جنسية الأطراف أو محل العلاقة القانونية أو سببها خارج حدود الدولة الواحدة.

فقد يحدث ويتزوج جزائري بفرنسية في الجزائر أو تزوج فرنسيين في الجزائر، فهنا العنصر الأجنبي يتمثل في أشخاص العلاقة الأجنبي، كما قد تمس الصفة الأجنبية موضوع العلاقة أو محلها كأن يبرم جزائريين عقداً حول مال أو عاقر موجود في فرنسا، وكذلك الحال لو تعاقد الجزائريين في فرنسا حول مال موجود في الجزائر، فهنا تلحق الصفة الأجنبية الواقعة المنشئة للعلاقة، ونفس الوضع ينطبق على ارتكاب جزائري خطأً في فرنسا يسبب ضرراً لأجنبي على الإقليم الفرنسي أو على الإقليم الجزائري، أو الحالة العكسية عند ارتكاب أجنبي خطأً يسبب ضرراً للجزائري.

وبشكل عام فإن كل علاقة قانونية يمكن أن يتوافر لها عنصراً أجنبياً سواء بالنظر إلى السبب المنشئ لهذه العلاقة "Le fait générateur"، تصرفاً قانونياً كان أو واقعة قانونية أو

نصا في القانون، أو بالنظر إلى أشخاص العلاقة "Les sujets"، أو بالنظر أخيرا لموضوع العلاقة القانونية "L'objet"¹.

فإذا توفر العنصر الأجنبي في العلاقة أصبح من غير المنطقي ومن غير المقبول أن نقرر عشوائيا عند نشوب نزاع بينهم تطبيق القانون الوطني، الذي قد يمس بحقوق الأجانب ويكون مجحفاً في حقهم، أو حتى بحقوق المواطنين، كما قد يمس بتوقعات الأطراف حول القانون الذي يحكم علاقاتهم، فهذا الوضع لا يتصور حدوثه إلا في دولة منغلقة ومنعزلة عن مثيلاتها في المجتمع الدولي.

فما كنا لنطرح مسألة العنصر الأجنبي، وما كنا نخوض في موضوع هذه الدراسة لو تصورنا عالما قائما على الفردية والانعزالية تكون فيه كل دولة حبيسة حدودها الجغرافية هي وأفرادها، لا تتعامل مع أحد أجنبي، وحركة أفرادها محصورة داخل حدودها، لأننا هنا نكون بصدد علاقات وطنية خالصة يحكمها وأفرادها القانون الوطني.

غير أنه ومتى اتصلت العلاقة بعنصر أجنبي على النحو السابق بيانه، تصبح كل الدول المتصلة بهذه العلاقة مرشحة لحكم النزاع المترتب عليها، بحيث لا يمكن للقاضي المطروح عليه النزاع أن يطبق قانونه الوطني على هذا النوع من العلاقات، إذ يمكن أن تكون العلاقة المطروحة أمامه أكثر اتصالا وارتباطا بأحد القوانين الأخرى المتصلة بها- العلاقة القانونية- عن طريق

¹ عصام الدين القصيبي، القانون الدولي الخاص، د.ط، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، 2009، ص 04.

عنصر من عناصرها، بل يتعين هنا المفاضلة بين مختلف هذه القوانين المتنازعة أو المتزاحمة للوصول إلى القانون الأنسب والأصلح لحكم العلاقة.

هذا الأسلوب- الوصول إلى أفضل قانون يحكم العلاقة- استقر الفقه على تسميته بـ"تنازع القوانين"¹، والذي يراد به المفاضلة بين القوانين المتنازعة التي تتجاذب لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، واختيار أنسبها، هذه المفاضلة يجريها المشرع الوطني أو القاضي مراعيًا في ذلك اختيار القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة²، وتعرف كذلك هذه العملية ببيان القانون الواجب التطبيق على المسألة المطروحة أمام القاضي.

وتعتبر مسألة تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص أو ما يسمى قانون العلاقات الخاصة الدولية، هذا الأخير الذي يهتم بالروابط والعلاقات التي تتعدى حدود الدولة الواحدة³.

¹ يعرف موضوع تنازع القوانين بالفرنسية بـ"Conflits des lois" وبالإنجليزية "Conflict of laws".

² سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، -المضمون الواسع المتعدد الموضوعات -، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص505. أنظر أيضا:

-Sandrine Clavel, Droit international privé, 5em, Ed, Dalloz, Paris, France, 2018, p05.

"- La théorie générale du conflit de lois regroupe l'ensemble des méthodes qui permettent de sélectionner et/ou d'identifier, parmi les règles de droit substantiel posées par les différents ordres juridiques ayant des liens avec une situation internationale donnée, celle qui sera en définitive appelée à régler cette situation"

³ لقد فضل بعض الفقهاء اصطلاح " قانون العلاقات الخاصة الدولية" بدلاً من اصطلاح "القانون الدولي الخاص" -استناداً منهم إلى عدة أسباب أهمها: "أن نعت" اصطلاح القانون الدولي الخاص غير دقيق، ذلك أن معظم إن لم نقل كل قواعد هذا القانون، هي قواعد وطنية من وضع السلطة العامة المختصة في كل دولة على حدى، فهو قانون وطني بمصدره مما يجعل من مصطلح" قانون العلاقات الخاصة الدولية" هو الأنسب. أنظر: سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين - في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، - الجزء 2، ط08، د.د.ن، 2006، د.ب.ن، ص 03.

وقد استقر في الفقه التقليدي للقانون الدولي الخاص، أن مجال نظرية تنازع القوانين تنحصر في العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل في ولاية القانون الدولي الخاص، مثل المعاملات المالية الخاصة، كذلك الأمر بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية كحالة الشخص وأهليته ومسائل الزواج والروابط الأسرية، وعلى هذا الأساس فإن القانون المدني والتجاري وقانون الأسرة-الأحوال الشخصية- في بعض الدول، القانون البحري وغيرها من القوانين تدخل كلها في نطاق أو مجال إعمال نظرية تنازع القوانين، باعتبارها تحكم المسائل الخاصة بالأفراد.

أما بالنسبة للقوانين العامة فبمفهوم المخالفة لا يمكن أن تكون محلاً للتعارض أو التنافس، بل ينحصر الأمر في تحديد نطاق سريانها المكاني، وعلى هذا النحو فإن فروع القانون العام تخرج من نطاق نظرية تنازع القوانين.

فنقطة الإنطلاق في نظرية تنازع القوانين هي أن الدولة لا تجعل لقانونها الداخلي اختصاصاً مطلقاً مانعاً (compétence exclusive)، بل تترك المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفق ما تقتضيه حاجة المعاملات الدولية، أما في الحالة التي تعتنق فيها الدولة مبدأ إقليمية القوانين بصفة مطلقة وجعلت حدود سيادتها الإقليمية حاجزاً لتطبيق القوانين الأجنبية فهنا لا يمكن الحديث مطلقاً عن موضوع تنازع القوانين¹.

¹ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني تنازع القوانين، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986 ص08.

غير أن الواقع الذي نعيش فيه وبحكم متطلبات المعاملات الدولية وكذا ازدهار حركة تنقل الأفراد بين الدول وما ينتج عنه من علاقات وانتقال رؤوس الأموال وظهور الشركات متعددة الجنسيات، وما حدث مؤخرا من تطورات تكنولوجية على المستوى الدولي، وظهور شبكة الأنترنت و التجارة الإلكترونية، لم يعد من الممكن تصور وجود دولة حبيسة حدودها الجغرافية تمنع التعامل مع الأجانب.

ولاشك في أنه وبعد معرفة طبيعة العلاقات المشتملة لعنصر أجنبي ومتى نقول عن علاقة أنها تشتمل عنصر أجنبي، وبعد تبيان المقصود بالقانون الدولي الخاص، وكذا مجال القانون الدولي الخاص ومجال تنازع القوانين وبعد أن وضعنا كيف تثار مشكلة تنازع القوانين، يستوجب في الأخير تحديد الحل القانوني عندما تثار مشكلة تنازع القوانين، أو بعبارة أخرى تبيان الوسائل القانونية التي يتعين على القاضي اتباعها إذا ما عرض عليه نزاع مشتملا لعنصر أجنبي.

فقد تتزاحم القوانين حول حكم علاقة قانونية معينة، فيتعين على القاضي المفاضلة بين هذه القوانين المتنافسة أو المتزاحمة لاختيار القانون الأنسب لحل النزاع، ويكون هذا القانون الأكثر اتصالا بعناصر العلاقة موضوع النزاع، وغني عن الذكر أن القاضي وظيفته هي تطبيق القانون، وبالتالي حتى عند قيامه بالمفاضلة بين القوانين يجب أن يعتمد في هذه المفاضلة على قواعد أو معايير يحددها المشرع في مختلف الأنظمة القانونية لدولة القاضي.

وقد اتفق الفقه على تسمية هذه القواعد الخاصة بحل مشكلة تنازع القوانين "بقواعد الإسناد" "règles de conflit" أو "règles de rattachement"، إذ تعتبر قواعد الإسناد واحدة من

أهم القواعد الفنية التي تمكنت منذ أمد بعيد في حل معضلة تنازع القوانين، بل لازالت إلى يومنا هذا تشكل الوسيلة الأكثر شيوعا والتي يلجأ إليها قضاء الكثير من الدول من أجل الفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي المعروضة أمامه.

ومما لا شك فيه أن قواعد الإسناد لها ضوابطها التي تحدد مجال أعمالها، ذلك أن قواعد الإسناد لا تظهر إلا في العلاقات القانونية التي يشوبها عنصر أجنبي، ففي الحال الذي تكون فيه كل عناصر العلاقة القانونية (الأشخاص، المحل، السبب) وطنية بحتة، أي تنتمي إلى دولة واحدة فلا مجال للحديث إطلاقا عن أعمال قواعد الإسناد، كما لا يتحقق ذلك أيضا إذا كانت هذه العلاقات القانونية لا تثير أي نزاع قضائي.

وقد نظم المشرع الجزائري قواعد الإسناد الجزائرية الخاصة بتنازع القوانين في القانون المدني الجزائري¹، وذلك في المواد من 09 إلى 21 من الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان، من الباب الأول المعنون بآثار القوانين وتطبيقاتها، من الكتاب الأول تحت عنوان أحكام عامة.

ومن هنا تكمن أهمية هذه الدراسة- قواعد الاسناد كأسلوب فني لحل مشكلة تنازع القوانين- بالنظر إلى الدور الذي تلعبه هذه القواعد في تحديد أنسب القوانين التي تحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، خاصة أمام ازدياد حركة المواطنين بين الدول وتعاملهم مع أشخاص وهيئات في

¹ الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر، عدد 78 صادرة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

دول أخرى، وما قد ينشأ عن هذه التعاملات من منازعات تفرض علينا تحديد قانون دولة معينة يطبق عليها، فأهمية هذه الدراسة تكمن في تسليط الضوء على طبيعة قواعد الإسناد بصفة عامة وقواعد الاسناد الواردة في القانون المدني الجزائري بصفة خاصة، باعتبارها الأسلوب التقليدي الأمثل في فض مشكلة تنازع القوانين.

كما تعالج هذه الدراسة جميع الجوانب القانونية التي تثيرها قواعد الإسناد بصدد فض نزاحم القوانين، وكذا ابراز الصعوبات والإشكالات المرتبطة بإعمالها والتي أطلق عليها الفقه أزمة قواعد الإسناد كما سيأتي بيانه، والتي ظهرت بظهور أنماط جديدة ومستحدثة من المعاملات لم تعد معها التشريعات الوطنية قادرة على مواكبتها بإعمال قواعد الإسناد، ومنه صار لزاما البحث عن وسائل جديدة تلائم المعطيات الحديثة، فتكون بذلك مكملة ومرافقة للمنهج القائم على قواعد الإسناد، دون هجره والتخلي عنه.

وعلى هذا النحو تشكل هذه الدراسة مادة دسمة لكل من يرغب التعمق في مواضيع القانون الدولي الخاص، ناهيك عن الدور الذي قد تلعبه هذه الدراسة في التشريع، عن طريق تعديل القوانين اللاحقة المتصلة بقواعد الإسناد، بغية معالجة الثغرات والإشكالات التي ستثيرها هذه الدراسة، والتي قد تكون منطلقا جديدا لقواعد إسناد جديدة عالمية التطبيق، أكثر ملاءمة وأكثر دقة وأكثر ارتباطا بالمسائل والمنازعات التي تعالجها.

وتعتبر هذه الايجابيات السبب الرئيسي الذي دفعنا لاختيار هذه الدراسة، خاصة في ظل تجنب الكثير من الباحثين الخوض في موضوعات القانون الدولي الخاص التي ينظر إليها بأنها موضوعات معقدة وصعبة الفهم بالمقارنة مع باقي موضوعات فروع القانون، الأمر الذي زاد في رغبة البحث في هذا الموضوع لتذليل الصعوبات المرتبطة به، ومحاولة فهم آليات أعمال قواعد الإسناد والحلول التي تقدمها وشرحها بشكل مبسط، ليضاف مرجع آخر في تخصص القانون الدولي الخاص يرجع له الباحث والمشرع والقاضي عند الحاجة.

فالملاحظ أن قواعد الإسناد ورغم حلها لمشكلة تنازع القوانين لمدة طويلة من الزمن إلا أنها لم تحظ بالقدر الكافي من الاهتمام والدراسات الأكاديمية في الجزائر، فعلى فرض وجود بعض الدراسات الأجنبية رغم أنها دراسات عامة تخص مواضيع القانون الدولي الخاص ككل وليست دراسات متخصصة في قواعد الإسناد، فإنه وبالرجوع إلى الجزائر تكاد تتعدم الدراسات الأكاديمية المتخصصة حول قواعد الإسناد، إن لم نقل في موضوعات القانون الدولي الخاص ككل مقارنة ببعض فروع القانون الأخرى.

بالنسبة لأطروحات الدكتوراه في الجزائر والتي لها ارتباط بموضوع الدراسة نذكر على سبيل المثال أطروحة الأستاذ الدكتور "بلمامي عمر" بعنوان "نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص"، هذه الأطروحة التي عالجت نظرية التكييف باعتبارها مسألة أولية يتم اللجوء إليها من طرف القاضي لتفسير قاعدة الاسناد وتحديد طبيعة العلاقة المطروحة أمامه، فهذه الدراسة تعتبر عنصر من عناصر دراستنا، ذلك أن دراستنا لا تتوقف عند تحديد طبيعة العلاقة المطروحة أمام القاضي

وتكييفها وكذا تفسير قاعدة اسناد، إنما تعالج دراستنا قاعدة الاسناد منذ نشأتها مرورنا بخصائصها وآليات إعمالها وصولاً إلى القانون الواجب التطبيق على كل مسألة من المسائل التي تتضمن عنصراً أجنبياً.

أيضاً أطروحة الدكتوراه للدكتور "حمزة قتال" بعنوان "دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري"، هذه الدراسة التي تتناول جزئية فقط من موضوع الدراسة تتمحور حول تطبيق القاضي الجزائري القانون الأجنبي عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية لذلك، وعليه فإن موضوع دراستنا أشمل وأوسع من موضوع هذه الأطروحة ذلك أن دراستنا تتعلق بكافة الجوانب القانونية لقواعد الإسناد من كيفية اعمالها إلى الحلول التي تقدمها.

كذلك نجد أطروحة دكتوراه الدكتور "بلاق محمد"، بعنوان "حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية"، هذه الدراسة وإن كانت لا ترتبط بشكل مباشر بموضوع دراستنا لأنها تتعلق بمنهج القواعد المادية، والذي ظهر نتيجة محاولة الفقه التخلي عن المنهج القائم على قواعد الاسناد، غير أن الارتباط يمكن أن يظهر في النقطة المتعلقة بعلاقة قواعد الإسناد بالمناهج الجديدة والتي تعتبر هي الأخرى جزئية بسيطة في موضوع دراستنا.

بالإضافة إلى مذكرة ماجستير مقدمة من الباحث "عبد الوافي عز الدين" تحت عنوان "القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية"، وتختلف هذه الدراسة عن دراستنا في أن هذه الدراسة تناولت قاعدة واحدة من قواعد الإسناد وهي القاعدة الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على

الالتزامات التعاقدية، في حين تشمل دراستنا كل قواعد الإسناد الموضوعة من طرف المشرع الجزائري بغرض معالجة مشكلة تنازع القوانين.

وتجدر الإشارة أن هذه الدراسة لم تكن بتلك السهولة التي يتخيلها القارئ، ذلك أننا واجهنا صعوبات كبيرة تتمثل بالدرجة الأولى في قلة المراجع المتخصصة التي تُعنى بدراسة موضوع قواعد الإسناد خاصة في الجزائر على النحو السابق بيانه، إذ أن أغلب الكتب الموجودة وعلى قلتها هي كتب عامة تتناول مواضيع القانون الدولي الخاص بشكل عام، وكذا لا حظنا تكرار نفس المعلومات في الكثير من الكتب، الأمر الذي جعلنا نعتمد على بعض المقالات المنشورة بالمجلات المحكمة، وكذا تقديم رأينا الشخصي بتحليل نصوص المواد المتعلقة بقواعد الإسناد الجزائرية.

وعلى هذا النحو انطلقا في هذه الدراسة سعيا لتحقيق مجموعة من الأهداف العلمية القانونية يمكن إيجازها فيما يلي:

- محاولة ابراز المقصود بقواعد الإسناد وتبيان خصائصها والعناصر التي تستند عليها متى طرح نزاع مشتمل لعنصر أجنبي أمام القاضي وتزاحم القوانين التي تحكم هذا النزاع.

- التعرض للتيارات الفقهية والاجتهادات القضائية المثارة بشأن قواعد الإسناد كوسيلة فنية تقليدية لفض مشكلة تنازع القوانين، وذلك منذ نشأتها إلى غاية عصرنا الراهن.

- البحث عن المنبع الذي استمدت منه هذه القواعد أحكامها والأسباب التي خلقتها للوجود، عن طريق التطرق للقضايا المشهورة عالميا في مجال تنازع القوانين، والتي تعتبر أساس قيام فكرة القانون الدولي الخاص بصفة عامة قبل فكرة تنازع القوانين.
- التطرق للوسائل الفنية التي بموجبها يتم تفعيل قواعد الإسناد عن طريق القاضي، باعتباره هو المكلف بتطبيق هذه القواعد.
- الحديث عن أهم النظريات الفقهية المثارة بشأن التكييف والاحالة باعتبارهما وسيلتي تفسير قواعد الإسناد وتطبيقها، مع تحديد موقف المشرع الجزائري وكذلك ابراز الإشكالات القانونية التي تواجه القاضي في هذه المرحلة،
- تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة موضوع النزاع، ويتمثل هنا هدف الدراسة في التطرق للقانون الواجب التطبيق على كل المسائل القانونية التي يمكن أن تطرح أمام القاضي، وبصفة خاصة دراسة قواعد الإسناد الجزائرية التي تضمنها القانون المدني الجزائري بالتفصيل مع اجراء مقارنة بين بعض الأنظمة القانونية لدول مختلفة.
- وبالنسبة للهدف الأخير لهذه الدراسة هو تقييم دور قواعد الإسناد كأسلوب أصيل في حل مشكلة تنازع القوانين، والتطرق لمختلف الصعوبات التي واجهت هذه القواعد في ظل عولمة القانون والتطورات التكنولوجية الحديثة التي لم يستطع منهج التنازع على مواكبتها والتي أصطلح عليها بـ "أزمة قواعد الإسناد"، وبذلك سنحاول تبيان نقاط القوة والضعف ومعالجة هذه الصعوبات و إثراء النقاش حولها.

إذن ولتحقيق كل هذه الأهداف التي تتضمنها الدراسة محل البحث ونظرا للقيمة الثابتة لقواعد الاسناد التي ظلت ولقرون عديدة، بل ولازالت إلى يومنا هذا الأسلوب الأمثل لحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، إرتابينا خوض تفاصيل هذا الموضوع الشيق انطلاقا من اشكالية تدور حول "مدى قدرة قواعد الاسناد على فض مشكلة تنازع القوانين في ظل عولمة

التشريعات الدولية.

وقد اقتضت دراسة قواعد الاسناد وتأصيل قواعدها إتباع المنهج الوصفي تتبعا لخلفية هذه القواعد ومفهومها وطبيعتها وخصائصها، بالإضافة إلى إتباع المنهج التاريخي الذي يعد ضرورة ملحة لمعالجة قواعد القانون الدولي الخاص التي تضرب جذورها في عمق التاريخ، ومن أجل إعطاء الدراسة بعدا آخر اعتمدنا على المنهج المقارن من أجل الاطلاع على تجارب القوانين الرائدة في هذا المجال والتوجه السائد في الدول والمنظمات الدولية، بالإضافة إلى استعمال المنهج التحليلي الذي يعتبر الأنسب عند التعرض لنصوص القوانين المتعلقة بقواعد الإسناد، سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات المقارنة، وما يفرضه هذا المنهج الأخير من شرح وتحليل وتبسيط العبارات والمصطلحات الواردة في النصوص القانونية ومضمونها.

ولتحقيق الأهداف السابقة الذكر، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى بابين رئيسيين، أين تضمن الباب الأول الأحكام العامة لقواعد الإسناد، وتم تقسيمه إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول ماهية قواعد الإسناد، وفي الفصل الثاني نتعرض للآليات الفنية اللازمة لتفسير وإعمال قواعد الإسناد.

أما الباب الثاني سنخصصه لتقييم قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، والذي يقسم بدوره إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول تطبيقات قواعد الإسناد، في حين نتطرق في الفصل الثاني إلى أزمة قواعد الإسناد.

الباب الأول

الأحكام العامة لقواعد الإسناد

الباب الأول

الأحكام العامة لقواعد الإسناد

إن ظهور قواعد الإسناد مرتبط أساساً بالصفة الأجنبية للقوانين، وهذا ما يفسر غيابها في المجتمعات القديمة التي كانت لا تظهر أي احترام لحقوق الأجنبي على إقليمها، وبالمقابل عندما بدأ الاعتراف بكيانات القوانين وأصبح الأجنبي يتمتع بالشخصية القانونية الكاملة شأنه شأن الوطني، ظهرت جدوى البحث عن قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعة العلاقات القانونية التي أصبح القضاء عاجزاً عن إيجاد حل عادل لها.

فَعَجَزَ القضاء عن التوصل لحل لتنازع القوانين بالرغم من الحضور التام لقواعد قانونه الوطني، كشف عن حقيقة مهمة مفادها أن القوانين مهما بلغت من المثالية لا يمكن أن تكون عادلة في كل الظروف، وتؤكد حقيقة أخرى تكمن في أن روح العدل لا تحل إلا إذا تم إحداث الموازنة بين كل القوانين المتنازعة، واستخلاص المفاهيم المشتركة ومن ثم تبني قواعد تتمتع بقدر كبير من المرونة والتي يمكن وأن تتساير والطبائع المختلفة للعلاقات القانونية من جنس القانون الدولي الخاص، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم المساس بسيادة الدولة التي يتم تطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها.

وعندما أدرك المشرعين، ورجال القضاء، والفقهاء، وبصفة عامة كل الباحثين في مجال تنازع القوانين أنه قد حان الأوان لتطوير المفاهيم وإعادة النظر في المبادئ العامة التي تقوم عليها الأنظمة القانونية، خاصة تلك التي تشكل عائقاً بحيث لا تسمح إلا بتطبيق قانونها الوطني

وبالنتيجة عدم تحقيق العدالة المرجوة من تطبيق القانون، تم العمل على إيجاد قواعد تؤدي وظيفة حل تنازع القوانين بكل حيادية تامة دونما الإضرار بالمصالح الوطنية، فتوصلوا إلى وضع قواعد تعرف "بقواعد الإسناد" وأصبح القاضي يلجأ إليها من أجل الفصل في كل المنازعات التي تعرفها الحياة الدولية الخاصة¹.

ولكي نبين مدى نجاعة هذه القواعد في إطار حل معضلة تنازع القوانين فإنه يجب أن نتطرق أولاً لكيفية تفعيل هذه القواعد حتى يتم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، ذلك أنه لا يكفي وجود قواعد قانونية تعنى بمختلف المسائل التي تعرض في هذا الصدد، بل يجب أن يتم البحث عن الكيفية التي يتم عن طريقها أعمال هذه القواعد بحيث تحقق الغاية التي وجدت من أجلها، ومن هنا قام الفقهاء بطرح نظريتين متميزتين والتي تتمثل في كل من "نظرية التكييف" و"نظرية الإحالة" حيث متى توصل القاضي إلى مضمونها كشف عن مضمون قواعد الإسناد.

فالتكييف والإحالة يعتبران أهم الآليات الفنية التي تسمح بتفعيل قاعدة الإسناد، وهذه إحدى الأسباب التي دفعت بعض من الفقه الحديث إلى الدعوة نحو هجر منهج قواعد الإسناد بحجة أنها قواعد تتميز بمنهج معقد خاصة فيما يتعلق بنظرية الإحالة².

وفي الحقيقة أن المشكلة الأساسية ليست في آليات عمل قواعد الإسناد بقدر ما هي مرتبطة بمقدرة الدولة على التكييف مع هذه القواعد وجعلها متلائمة مع طبيعة العلاقات القانونية المعروضة

¹ تعرف الحياة الدولية الخاصة بأنها: "مجموع العلاقات التي يحكمها القانون الخاص بصرف النظر عن صفة الأطراف في هذه العلاقة". أنظر عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 8، أشار إليها في الهامش الرابع.

² وهو ما سنتناوله في الباب الثاني عند الحديث عن تقييم قواعد الإسناد.

عليها، والتوصل إلى وضع قواعد إسناد متكاملة جاهزة للخوض في كل المسائل باختلاف موضوعاتها، ومن ثم فإذا كانت الدولة لا تتقبل أصلاً فرضية تطبيق قانون غير قانونها فإنها ستحاول أن تحرر قواعد الإسناد من كل خصائصها وتعطيها دور جامد لا أكثر، إذ سنلجأ إلى إحداث الموازنة بين مصالحها بعيداً عن مصلحة الأفراد الخاصة في تلك العلاقة، مما يترتب عليه حصر تطبيق القانون الأجنبي ضمن نطاق ضيق، أي في الحالات التي يكون فيها تطبيق هذا القانون من مصلحة الدولة.

لذا يمكن القول بداية أن فعالية قواعد الإسناد مرهونة بالدرجة الأولى بالبيئة القانونية التي توضع فيها، فكلما نشطت هذه القواعد في بيئة قانونية سليمة بعيدة عن المفاهيم السياسية كانت الحلول التي تفرزها متمتعة بقدر عالي من العدل والإنصاف والملائمة وعلى العكس من ذلك كلما كانت هذه القواعد مرتبطة بأفكار سياسية ساء تطبيقها وساءت حلولها.

وينبغي للإحاطة بالأحكام العامة لهذه القواعد التطرق إلى الكشف عن ماهيتها ووسائل إعمالها، لذا قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين متميزين حيث يتم التعرض في الفصل الأول إلى ماهية قواعد الإسناد أما الفصل الثاني فقد خصص للآليات الفنية لإعمال وتفسير قواعد الإسناد.

الفصل الأول

ماهية قواعد الإسناد

قبل الخوض في ماهية قواعد الإسناد يجب أن ننوه إلى مسألة مهمة تتعلق بتحديد صنف قواعد الإسناد التي تختص بحل تنازع القوانين، ذلك أن قواعد الإسناد ليست على مفهوم واحد، بل تنفرع لثلاث أصناف، فهناك قواعد إسناد داخلية، وقواعد إسناد استثنائية خاصة، وقواعد إسناد تقليدية.

فأما بالنسبة لقاعدة الإسناد الداخلية فإنها تعمل على حل التنازع بين قوانين تنتمي لسيادة تشريعية واحدة لذا يعرفها الفقه على أنها: "مجموعة القواعد القانونية التي تبين حلول التنازع الداخلي للقوانين في الدولة المتعددة الشرائع..."¹.

وطريقة عمل هذه القواعد مرتبط بقواعد الإسناد التقليدية(الدولية)، ذلك أن قواعد الإسناد الداخلية تتلقى الاختصاص الإجمالي من قواعد الإسناد التقليدية، وتقوم إما بحصره داخل تشريع الدولة أو تقوم بنقله إلى دولة أخرى، وفي هذا الإطار وعلى غرار معظم التشريعات العربية التي تضمنت معالجة هذه المسألة كالتشريع العراقي والذي أورد نص المادة 31 / 2 من القانون المدني العراقي التي جاء فيها أنه متى كان القانون الأجنبي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن قانون هذه

¹ صالح مهدي كحيط، "قواعد الإسناد بين التنوع في الطبيعة والتعدد في نطاق التطبيق"، مجلة رسالة الحقوق، العدد 03، السنة العاشرة، جامعة أهل البيت، كلية القانون، العراق، 2018، ص 306.

الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها أي أنه ترك مسألة تحديد الاختصاص للقانون الأجنبي المسند إليه بحيث يقوم بتعيين الشريعة المختصة¹.

كما كان المشرع الجزائري أيضا قد أورد نص خاص بتنظيم هذه المسألة إذ نص بموجب المادة 23 من القانون المدني الجزائري: "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".

وأضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة" 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"². كما هو الحال كذلك إذا كان القانون الموجود في الدولة غير موحد مثل الولايات المتحدة وبريطانيا... إلخ³.

وهذه النقطة ليست محل دراستنا في هذا البحث، ذلك أنه لا يتم تفعيلها إلا بعد أن يتم الفصل في النزاع المطروح وبعد حصولها على تفويض من قواعد الإسناد التقليدية.

وهناك صنف آخر من قواعد حل التنازع مختلف عن قواعد الإسناد يعرف بـ " القواعد الاستثنائية الخاصة" كما تسمى أيضا بقواعد "الأمن والبوليس" أو " قواعد ذات التطبيق الضروري

¹ صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 306. أنظر أيضا: القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

² تقابلها المادة 26 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

³ Pierre GOTHOT et Paul LAGARDE, Conflits de lois : principes généraux, art, janvier 2006, Répertoire de droit international, dalloz 2020, p 09.

- "peut également se poser à l'intérieur même des États souverains, chaque fois que le droit n'y est pas, à tous égards, unifié. C'est le cas aux États-Unis, au Canada, au Royaume-Uni"

" والتي ظهرت نتيجة التطور الذي عرفته الحياة الدولية في شتى المجالات، حيث كانت تعرف في البداية "بالقواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر"، ويمكن تعريفها على أنها "القواعد التي تتصدى لتوفير الحل الموضوعي المباشر للمسائل ودون الحاجة إلى المرور بقواعد الإسناد"¹.

وهذه القواعد ذات طبيعة خاصة لا تحتاج أصلا إلى أعمال قواعد الإسناد التقليدية، إذ أنها تتضمن حولا مباشرة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي، كما أن الهدف المتوخى من هذه القواعد هو حماية النظام الاجتماعي والاقتصادي للدولة.

أما النوع الأخير من هذه القواعد فيتعلق بقواعد الإسناد التقليدية وهي التي تختص بحل تنازع القوانين بالطريقة الكلاسيكية المألوفة، والتي نص عليها المشرع الجزائري ضمن القانون المدني في المواد من المادة 09 الى المادة 21.

وترتبط على ذلك، فإن إدراك ماهية هذه القواعد يستلزم البحث في مسألتين مهمتين، تتعلق المسألة الأولى بمفهوم هذه القواعد، أما المسألة الثانية فتتعلق بالخلفية التاريخية لهذه القواعد فكما سبق وأشرنا أن العصور القديمة كان قد تخللها بعض من ملامح تنازع القوانين عندما بدأ الاعتراف بالشخصية القانونية للأجانب وهذا ما سنعكف على تبيانه، إذ يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حيث نتناول في المبحث الأول مفهوم قواعد الإسناد في حين المبحث الثاني يتم التعرض فيه إلى نشأة وتطور قواعد الإسناد.

¹ محمد بلاق، "منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة تيارت، الجزائر، 2021، ص 242.

المبحث الأول

مفهوم قاعدة الإسناد

يقتضي تحديد المفهوم من قواعد الاسناد إمطة اللثام عن المسائل الأولية التي تستند عليها هذه القواعد، ولعل الوقوف على المقصود من هذه القواعد أول المسائل التي يجب إثارتها باعتبارها اللبنة الأساسية التي تكشف لنا عن الطابع المميز الذي تتسم به هذه الأخيرة.

ولما كان الهدف العام لهذه القواعد قد تركز نحو الوصول الى الحلول العادلة من بين الكثير من القوانين المتهافتة للفصل في النزاع عمد المشرعين إلى صياغتها بشكل يتناسب مع الوظيفة التي تؤديها، حيث تتحلل إلى عناصر أساسية مرتبطة ببعضها البعض، بحيث لا يمكن مثلا أن يتم وضع قاعدة اسناد تخلو من فكرة مسندة، أو أن يتم تضمين قاعدة الإسناد لضوابط اسناد بصيغ عامة ينقصها التحديد أو مثلا يتم اخضاع علاقة قانونية إلى قانون أو عدة قوانين غير متصلة بها نهائيا.

لذا فإن قاعدة الإسناد نسيج متكامل بحيث كل عنصر من عناصرها يكمله الآخر، هذا ما يجعل قاعدة الإسناد قادرة على تحقيق الغاية التي وضعت من أجلها ومهياة لهضم مسائل تتنازع القوانين المعروضة عليها.

وترتيباً على هذا الطرح، قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين بحيث يتم في كل مطلب معالجة إشكال من هذين الإشكاليين، حيث في المطلب الأول يتم توضيح المقصود من قواعد الإسناد بينما في المطلب الثاني يتم الوقوف على عناصر قواعد الإسناد.

المطلب الأول

المقصود بقواعد الإسناد

مما لا شك فيه أن قواعد الإسناد لم تنشأ من فراغ شأنها شأن سائر القواعد القانونية الأخرى، فمن المتفق عليه أن القاعدة القانونية لها خصائص تتميز بها عن باقي القواعد الأخرى كالقواعد الدينية أو القواعد الأخلاقية، ومصادر معينة تنهل منها أحكامها وتكون المرجع الذي يستند إليه القاضي عند الفصل في المنازعات المطروحة أمامه، ونفس الشأن بالنسبة لقواعد الإسناد، لكنها بالإضافة إلى ذلك لها سماتها المميزة و مصادرها الخاصة بها وهذا بالنظر إلى طبيعة المنازعات التي تفصل فيها.

وتأسيساً على ما سلف بيانه، يقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع بحيث يتم في كل فرع معالجة مسألة من هذه المسائل والمتمثلة أساساً في تعريف قواعد الإسناد في الفرع الأول، وخصائص قواعد الإسناد في الفرع الثاني، ثم مصادر قواعد الإسناد في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تعريف قواعد الإسناد

Règles de rattachements

بالرغم من محاولات الفقه في اعطاء تعريف موحد لقواعد الإسناد¹، لا يزال الجدل قائماً حول الوصول إلى أفضل التعاريف التي يمكنها أن تعكس الطابع الفني المميز لهذه القواعد، بل أن البعض من الفقه الحديث قد نادى بضرورة التوسع في مفهوم قواعد الإسناد حتى تكون قادرة على استيعاب مختلف التطورات التي تعرفها التجارة الدولية².

كما كان الخلاف قائماً أيضاً حول الوظيفة أو الهدف الذي يراد من وراء هذه القواعد، إذ بالرغم من احتفاظ قواعد الإسناد بدورها في اختيار القانون الملائم بين القوانين المتزاحمة لحكم

¹ كما تعرف أيضاً باسم بقواعد التنازع "Règles de conflit" وعند الإنجليز تعرف بـ "Rules choice of law" كما قد اصطلح عليها جانب من الفقه "بقواعد القانون الدولي الخاص" و لكن تم رفض هذه الاصطلاح من بعض الشراح، معتبرين أنها تسمية توحي بأن القانون الدولي الخاص لا يتضمن إلا هذا النوع من القواعد القانونية، في حين أنه يتضمن أيضاً قواعد قانونية أخرى كقواعد الجنسية ومركز الأجانب بالإضافة إلى قواعد الاختصاص الدولي. أنظر: هشام علي صادق، -تنازع القوانين-، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1974، ص4 أشار إليها في الهامش الأول.

- ويطلق عليها أيضاً تسمية "القواعد الناخبة"، بالنظر إلى طبيعة عملها وكتمييز لها عن باقي القواعد الأخرى ذات التطبيق المباشر. أنظر: سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، -المضمون الواسع المتعدد الموضوعات - منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2009، ص 578.

² أنظر في هذا الصدد: الشماسنة محمد أحمد عبد الله، "التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية ودور التحكيم في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لتنظيمها"، مجلة إربد للبحوث والدراسات، المجلد18، العدد 02، جامعة إربد الأهلية عمادة البحث العلمي - ، الأردن، 2015.

العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلا أن بعض من الفقه لم يشأ القول بأن قواعد الاسناد هي قواعد فض التنازع بين السیادات.

وبناء على ما تقدمنا به فإن تعريف قواعد الإسناد يظهر لنا إشكاليين متميزين، بحيث يدور الإشكال الأول حول مضمون قواعد الإسناد، في حين يتعلق الإشكال الثاني بالوظيفة التي تشغلها قواعد الإسناد وهذا ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

أولاً: مضمون قواعد الاسناد

وفيما يلي سنحاول عرض مختلف التعاريف الفقهية¹ التي تناولت مضمون قواعد الإسناد مع الإشارة إلى أهم الملاحظات بشأنها:

ذهب جانب من الفقه² إلى تعريفها بأنها "القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الاجنبي".

وعرفت في ذات السياق على أنها " قاعدة قانونية ترشد القاضي بشأن علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي أو أكثر أو بأنها قواعد قانونية تم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة"³.

¹ وتعني كلمة الإسناد في معجم لسان العرب في باب السند ما يلي: "سند السُّنْدُ في قُبُلِ الجبل أو الوادي، والجمع أَسْنَادٌ، لا يُكسر على غير ذلك، وكل شيء أسندت إليه شيئاً، فهو مُسْنَدٌ.... ويقال ساندته إلى الشيء أي أسندته إليه، ... وما يسند إليه يسمى مَسْنَدًا وجمعه المَسَانِد. أنظر ابن المنظور، لسان العرب، ط1، دار المعارف، القاهرة، 2016، ص 2114.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 5.

³ كريم مزعل شبي الساعدي، "مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، - دراسة مقارنة في تنازع القوانين"، مجلة البحوث الانسانية، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد 03، العدد 13، كانون الثاني، العراق، 2005، ص 2.

وبالرغم من أن هذين التعريفين مترادفين في المضمون إلا أنهما لا يتفقان بشأن الموضوع الذي تنصب عليه قاعدة الإسناد إذ جاء في التعريف الأول أن محل قاعدة الإسناد هو المراكز القانونية بينما اعتبرت العلاقات القانونية كمحل لها في التعريف الثاني¹.

كما عرفها أحد الفقهاء² بأنها "قاعدة قانونية وضعية تسري على العلاقات الخاصة الدولية، لاختيار أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها".

والملاحظ من هذا التعريف أنه جاء مركزا على نوع العلاقات التي تحكمها قواعد الإسناد والتي هي العلاقات الخاصة الدولية كما كان قد وصف هذه القواعد بأنها قواعد وضعية وهذا وصف غير سليم ذلك أن التشريع ليس هو المصدر الوحيد لهذه القواعد.

وفي تعريف مشابه قيل بأنها "القواعد التي تقوم بتحديد القانون الأنسب والأجدر بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي والتي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون"³، إلا أن هذا التعريف لم يتطرق إلى تبيان صفة هذه القواعد التي يناط بها اختيار هذا القانون الأجدر، وفي الحقيقة اعتمد مثل هذه الصيغ العامة والغير محددة تفتح باب التأويل والافتراض، فمثلا قد يفهم بأن أي قاعدة قد تستطيع القيام باختيار القانون الملائم لحكم النزاع.

¹ سنتعرض إلى موضوع قاعدة الإسناد لاحقا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

² عزيز إطويان، محاضرات في القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين- السداسية الخامسة - قانون خاص-، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني المحمدية، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 2016-2017، ص 27.

³ خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2011-2012، ص 69.

كما عرفت من قبل آخرين¹ على أنها "القاعدة التي بمؤداها يجب تطبيق القاعدة الأكثر صلة بالعلاقة، وهي قواعد قانونية من طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد الوطنية". بالرغم من أن هذا التعريف جاء مختصراً إلا أنه قد لامس جانب من الصواب وذلك من خلال إشارته ولو بإيجاز على الطابع الخاص لهذه القواعد والتي تجعلها تتميز عن غيرها من القواعد الوطنية.

في حين أن أحد الشراح قد فضل تسليط الضوء على أهم الخصائص المميزة لقاعدة الإسناد والتي تتعلق أساساً بأنها قواعد إجرائية ذات طبيعة وطنية، وغير مباشرة ومن ثم توصل إلى تعريفها على أنها " قاعدة إجرائية وطنية، غير مباشرة، وهي التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي، فهي تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة"².

ولقد حرص جانب من الفقه على تبيان الهدف العام الذي تصبو إليه قواعد الإسناد و بناء على ذلك تم تعريفها على أنها: "قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني تشير إلى القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو السياسية"³.

¹ خليل ابراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 69.

² محمد ضو فضيل، "قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص"، مجلة روح القوانين، كلية الشريعة والأنظمة، جامعة الطائف، العدد 95، المملكة العربية السعودية، يوليو 2021، ص 499.

³ عبد الرزاق عبد الخليل، "الأحكام المنظمة للغش وأثرها على قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، 2018-2019، ص 54.

وفي الحقيقة أن هذا الهدف ليس مقصورا على قاعدة الإسناد وحدها بل هو مفترض في كل القواعد القانونية، حيث يجب أن تعمل على تحقيق العدالة ورعاية مصالح الدولة العليا.

وعرفت بالنظر إلى الوظيفة التي تختص بها على أنها: "القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة والإسناد إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي"¹.

من خلال هذا العرض الموجز لمختلف التعاريف التي تناولت مضمون قواعد الإسناد، نصل إلى أن الفقه لم يستطيع الوصول إلى تعريف مانع جامع لها، كما أن اختلاف المضامين من فقيه إلى آخر يعكس بصورة واضحة تباين الرؤى في العديد من الإشكالات التي تطرحها قواعد الإسناد ولعل أهمها الوظيفة أو الهدف المتوخى من تطبيق هذه القواعد وهذا ما سنأتي إلى تبيانه في النقطة الموالية.

ثانيا: وظيفة قواعد الإسناد

بحث الفقه هذه المسألة وانقسموا إلى فريقين، حيث رأى الفريق الأول أن مهمة قواعد الإسناد تتمثل في توزيع الاختصاصات القانونية المختلفة وتحديد نطاق تطبيق القوانين المتزاحمة لحكم المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي² وأساس هذا الرأي هو زعمهم أن قواعد الإسناد فكرة من

¹ كريم مزعل شبي الساعدي، المرجع السابق، ص2.

² Sandrine Clavel, op.cit, p14.

أفكار القانون الدولي العام وبالتالي فالتنازع الذي تعمل قواعد الإسناد على حله ما هو إلا تنازع بين السیادات¹.

ويحمل هذا الرأي جذورا تاريخية، إذ أن مصطلح تنازع القوانين الذي ابتكره الفقيه الهولندي "Hubert" كان له تأثير مباشر على تبلور هذه الفكرة، إذ تم تأويل هذا المصطلح على أنه يوجد تنازع حقيقي بين القوانين لحكم العلاقات الخاصة الدولية².

ولم يلق هذا الرأي التأييد الكافي فقد تلقى انتقادا على الفور، ذلك أن قواعد الإسناد لا تقوم بتوزيع الاختصاصات بين الدول، بل تسعى إلى تطبيق الحل القانوني الملائم على العلاقة ذات العنصر الأجنبي وبالتالي فالوظيفة التي تعنى بها هذه القواعد هي وظيفة قانونية بالأساس La fonction juridique وتتمثل في ثلاث أمور³:

1- التعاون المشترك بين الدول في سبيل تنظيم العلاقات الخاصة الدولية.

2- السعي نحو تحقيق الأمان القانوني وذلك بالتركيز على اختيار القانون الملائم لحكم

العلاقة ذات العنصر الأجنبي مهما كانت النتيجة، سواء تم تطبيق القانون القاضي أو تطبيق القانون الأجنبي.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 5-6، وهناك رأي يؤيد هذا الاتجاه الفقهي بالرغم من إيمانه بأن قواعد الإسناد ليست من قواعد القانون العام أنظر في هذا الصدد هشام خالد، القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2014، ص 510.

² هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 5.

³ حسن علي كاظم، "قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق"، مجلة أهل البيت، العدد 20، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق د.س.ن، ص 309.

3- تبرير تطبيق القانون الأجنبي، فقواعد الإسناد عكس بقية القواعد القانونية الوطنية

الأخرى تسمح بنفاذ القانون الأجنبي داخل دولة القاضي بأمر من المشرع الوطني.

الفرع الثاني

خصائص قواعد الإسناد

لقد كانت أغلب التشريعات حريصة على إضفاء نوع من الخصوصية على تركيبة قواعد الإسناد، وهذا بالنظر إلى البيئة المعقدة التي تنشط فيها، والتي تتطلب قواعد استثنائية قادرة على حكم المنازعات ذات العنصر الأجنبي.

وتتعلق هذه الخصوصية في جملة من الميزات تختص بها قواعد الإسناد دون غيرها من القواعد القانونية الأخرى، والتي تتمثل أساسا في كونها قواعد غير مباشرة وقواعد وطنية، بالإضافة إلى أنها تتصف بأنها قواعد مزدوجة، قواعد محايدة أو مجردة وأيضا ملزمة وهذا ما سنأتي إلى تبيانها على النحو التالي:

أولا: قاعدة الاسناد قاعدة غير مباشرة

إذ ينتهي دورها بمجرد ارشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق لذا تعرف بأنها قواعد ذات طابع ارشادي ¹ caractère indicatif¹، ذلك أنه لا يفترض فيها أن تتطرق إلى تفاصيل القانون

¹ حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 214.

- وقد استعمل بعض الفقه مصطلح - قاعدة إجرائية - بدلا من نعتها قاعدة ارشادية للدلالة على أنها قاعدة غير مباشرة نظرا لأن الحل الذي تقدمه ليس حلا موضوعيا. أنظر: عزيز اطويان، المرجع السابق، ص 29.

الواجب التطبيق، وهذا ما يجعل القاضي يلجأ إليها بوصفه طالب مشورة وليس كطالب حل للمسألة المعروضة أمامه.

ويترتب على أعمال هذه الخاصة اعتبار قواعد الإسناد ذات صفة تنظيمية¹، " فهي قاعدة مادية مرشدة للقانون المختص وليست قاعدة مادية جاهزة للتطبيق على النزاع"².

فلو أخذنا مثلا القاعدة المنصوص عليها في المادة 10 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بإخضاع الحالة المدنية والأهلية إلى قانون الجنسية فهي لا تقوم بشرح المقصود من الحالة المدنية ولا تحدد السن الذي يكون فيه الشخص راشدا، وإنما اقتصرت على تبيان القانون الواجب التطبيق بغض النظر عما إن كان هذا القانون وطنيا أو أجنبيا.

هذه الميزة التي تنفرد بها قواعد الإسناد عن سائر القواعد القانونية الأخرى، دفعت بالفقه الفرنسي إلى تشبيه قواعد الإسناد بمكتب استعلامات في محطة القطار، ومرد هذا التشبيه أن هذا الأخير تقتصر مهمته على الإرشاد في رصيف القطار الذي يرغب السائل في استقلاله وهكذا الحال في قاعدة الإسناد³.

¹ ويعنى بهذه الصفة أن قواعد الإسناد لا تتضمن أحكام مادية في موضوع النزاع بين الخصوم. أنظر: فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص 02، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 26. متوفر على الرابط التالي: <https://pedia.svuonline.org/search/index.php> تم الاطلاع يوم: 2020/12/25 الساعة: 16.15.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 588.

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 12، كما توصف أيضا بأنها تلعب دورا شبيها بموزع الهاتف يحيل المكالمات الهاتفية من خط إلى آخر، أنظر بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر - نظرية التكيف -، د.ط، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 104-105.

ثانياً: قاعدة الإسناد قاعدة وطنية

بالرغم من التوجه العالمي الذي يبتغى من وراء هذه القواعد، إلا أنها تأخذ مصدرها من القانون الداخلي¹، بحيث تستأثر كل دولة بوضع قواعد اسناد بما يتناسب مع مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية، كما يراعي أيضاً في وضعها سيادة الدولة وحاجة التعامل الدولي، بالإضافة إلى رعاية متطلبات طبيعة النزاع والعدالة².

ولكن القول بأن هذه القواعد ذات نشأة وطنية لا ينفي البتة مساهمة المعاهدات الدولية والتي توقع عليها الدولة في صياغة أحكام قواعد الإسناد، فعلى سبيل المثال تجد القاعدة القانونية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في كثير من الدول الأوروبية كفرنسا وإيطاليا وألمانيا مصدرها معاهدة روما الموقعة في 19 يونيو 1988 والتي دخلت حيز التنفيذ في أول أبريل 1991 والتي أصبحت الآن تسمى تشريع روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والذي دخل حيز النفاذ 17 ديسمبر 2009 وفقاً لنص المادتين 28، 29 من معاهدة روما³.

¹ يقول سعيد يوسف البستاني في هذا الصدد: " وهكذا أتت ولادة قواعد الإسناد في منتصف الطريق بين الإبقاء على الإقليمية المطلقة وبين التنظيم الدولي الموحد لحكم العلاقات الخاصة الدولية"، أنظر: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 595.

² فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 26. أيضاً: هشام صادق، حفيظة الحداد، هشام صادق، حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، -تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي-، د.ط.، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2015، ص 23.

³ هشام صادق، حفيظة الحداد، المرجع نفسه، ص 24.

وهذا النوع من المعاهدات يهدف إلى توحيد قواعد الإسناد بحد ذاتها، بحيث يتم وضع قاعدة

إسناد واحدة تنطبق في كل دولة متعاقدة¹.

أما النوع الثاني من المعاهدات فهو ذلك الذي يعرف بالمعاهدات الموحدة، والتي تتضمن قواعد مادية موحدة تطبق في جميع الدول المتعاقدة مثل معاهدة الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المادية والمنقولة والمعروفة بمعاهدة فيينا والتي دخلت حيز النفاذ في الكثير من الدول بينها دولة مصر².

وفي المجمل يمكن القول أن قواعد الإسناد قواعد وطنية بروح دولية، فبالرغم من ميلادها الذي يكون ضمن اطار جغرافي محدود، إلا أنه مكتوب لها الوصول إلى العالمية من أجل تغطية حاجة دولية، وهكذا تلمع قواعد الإسناد من بين سائر القواعد القانونية الأخرى في تفردا بهذه الخاصية.

ثالثا: قواعد الاسناد مزدوجة الجانب *une règle bilatéral*

قواعد الإسناد هي يد القاضي للوصول إلى التطبيق السليم للقانون، ومن أجل ذلك صاغ المشرع قواعد الإسناد بشكل مرن يتوافق مع طبيعة العلاقات القانونية المعروضة أمامه، وتتجلى هذه المرونة في الازدواجية التي تتسم بها قواعد الاسناد.

¹ كريم مزعل شبي الساعدي، المرجع السابق، ص 20

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ويعنى بهذه الخاصية أن قاعدة الإسناد تقوم بتبيان الحالات التي يتم فيها تطبيق القانون الوطني والحالات التي يتم فيها تطبيق القانون الأجنبي، فمثال المادة 11 من القانون المدني الجزائري والتي تبين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج إذ تضمن النص قواعد مزدوجة بحيث قضت بتطبيق قانون الجنسية بالنسبة لكل من الجزائريين والأجانب والذي هو القانون الوطني لكل من الزوجين¹.

وكذلك ما نص عليه المشرع المصري في المادة 17 من القانون المدني² والتي تتعلق بالقانون الذي يسري على الميراث والوصية والتصرفات التي تضاف إلى ما بعد الموت والتي حددته بقانون المورث أو الموصي أو من صدر التصرف منه وقت موته، ومن هذا المنطلق فمتى كان المتوفي صاحب جنسية مصرية فسيطبق عليه القانون المصري، أما لو كان هذا المتوفي صاحب جنسية جزائرية فسيطبق عليه القانون الجزائري.

ويبدو أن صفة الازدواجية التي تختص بها قواعد الإسناد لم تتل قدرا كاف من التأييد إذ ظهر رأي يدعو إلى وجوب اتصاف قواعد الإسناد بالصفة الانفرادية *unilatérale*، إذ يذهب الأستاذ "نبوييه" إلى القول بأنه يجب على قاعدة الإسناد أن تقتصر على تحديد الفروض والحالات التي ينعقد الاختصاص فيها للقانون الوطني، فالواجب من الدولة أن تسعى إلى تحديد نطاق

¹ تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"

² تقابلها المادة 16 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

تطبيق قانونها عن طريق قواعد إسنادها المختلفة، ولكن أن تمارس ذات الشيء تجاه قانون الدولة الأجنبية وتقوم بتحديد نطاقه فهذا أمر غير مقبول ويعد انتهاك لسيادة تلك الدولة¹.

ولعل القراءة المتأنية للفكرة العامة التي يطرحها هذا الرأي تفيد بأنه اتجاه يعتبر القانون الدولي الخاص أداة لفض النزاعات بين السیادات وليس بين القوانين، ولو تم السماح للدولة المعنية بالتدخل في القانون الأجنبي سواء بإسناد الاختصاص له أو انكار ذلك فهذا يجعل القانون الدولي الخاص قانون فوق الدول loi supranationale².

ويضيف الفقيه "VON BAR" في محاولة منه لتكهن النتائج السلبية لو تم التسليم فعلا بازدواجية قواعد الإسناد قائلا: "فرض الاختصاص على هذا النحو يمكن تشبيهه بمحكمة عليا تأمر محكمة أدنى درجة بأن تنتظر في موضوع نزاع أفصحت هذه الأخيرة عن عدم اختصاصها بنظره، وطالما أن الدول تقف على قدم المساواة فيجب على كل الدول احترام إرادة الدول الأخرى، ومن ثم لا يوجد اختصاص قانوني مفروض"³.

وإذا أردنا أن نقيم المسلك الذي سلكه أنصار "انفرادية قواعد الإسناد" فإننا لا نملك إلا القول بأن المبررات المقدمة في هذا الشأن لا ترقى لأن تكون أداة عازلة لمنع تطبيق القانون الأجنبي، بل إنهم يتخذون من مبدأ احترام سيادة الدولة كحجة قوية من أجل الاكتفاء بتطبيق القانون الوطني دائما على كل المنازعات ذات العنصر الأجنبي والتي تعرض أمام القاضي

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 519-520.

² عصام الدين القصبی، المرجع السابق، ص 72.

³ المرجع نفسه، ص 72.

الوطني وهذا لا يتوافق مع متطلبات تحقيق العدالة السامية، ذلك أن مثل هذا الإجحاف في حق القانون الأجنبي يعتبر تجاهلا لحقوق الأفراد التي نص عليها هذا الأخير، فإحقاق الحق لا يعني بالضرورة الاكتفاء بالقانون الوطني من أجل الوصول إلى الحل السليم، فمادم أن العلاقة القانونية قد تعدت الإقليم فإن حديث السيادة قد أصبح ضعيفا أمام مصلحة الأفراد.

رابعاً: قواعد الإسناد مجردة أو محايدة **REGLE ABSTRATIE OU NEUTRE**

وأساس هذه الصفة طبيعة العمل الذي تقوم به قاعدة الإسناد، فإن كانت مهمة قاعدة الإسناد تنتهي عند ارشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق، فإنها يجب أن تعمل على دورها هذا بكل حيادية، فهي بهذا المعنى تقوم باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع بغض النظر عن النتيجة المادية المتحققة عن تطبيق هذا القانون¹، فلا يهم إن كان القانون الواجب التطبيق سيكون وطنياً أو أجنبياً فهي تسعى إلى تحقيق عدالة شكلية².

ويتجسد هذا الحياد أساساً في آلية عمل قواعد الإسناد، حيث أنها تقوم بإسناد العلاقة القانونية إلى أكثر القوانين ملاءمة وذلك من خلال ضابط الإسناد والذي يتم الوصول إليه بالنظر إلى مركز ثقل العلاقة القانونية كالجنسية والموطن وقانون موقع المال، وهذه كلها معايير مجردة تكسب القاعدة القانونية صفة التجريد والحياد، وبمعنى أدق فإن قاعدة الإسناد لا تتبع جنسية

¹ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 25.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 592.

القوانين، وإنما تكفي بتحديد نطاق القانون الأجنبي بنفس المعايير والمعطيات التي يتم فيها تحديد نطاق القانون الوطني¹.

وإن كان هذا هو المبدأ العام الذي تقوم عليه قواعد الإسناد، فإن بعضاً من هذه القواعد تفلت من هذه الخاصية وذلك في حالة ما إذا كانت تتضمن أكثر من قانون من الممكن أن يحكم العلاقة القانونية، وهي بهذه المثابة تتصل من طابعها الحيادي وتصبح ذات صبغة مادية².

خامساً: قواعد الإسناد قواعد ملزمة Règle Obligatoire

الأصل أن كل القواعد القانونية تتمتع بصفة الإلزام، كما أن القاضي ملزم بأن يفصل في كل نزاع يطرح عليه وإلا كان مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

وهو ملزم بذات الالتزام في حالة ما إذا طرح عليه نزاع من جنس القانون الدولي الخاص ولكن الأمر ليس بذات السهولة التي يكون فيها النزاع وطنياً، إذ يطرح السؤال حول مكنة تطبيق القاضي لقواعد الإسناد من تلقاء نفسه بعد تحقق الشروط اللازمة لذلك، خاصة إذا ما كان النزاع يوصف بأنه نزاع أجنبي بالرغم من تمسك الخصوم بغير ذلك القانون الذي أرادته قاعدة الإسناد، كتتمسك أحد الخصوم بقانون أجنبي، بينما يتمسك الآخر بتطبيق قانون القاضي أو قانون أجنبي لدولة ثانية³.

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 593.

² أكثر تفصيل أنظر: سالم حامد الدحوح، المرجع السابق، ص 31-34.

³ حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 312-313.

أجاب الفقه عن هذا الإشكال بالتمييز بين فرضين، بحيث يتعلق الفرض الأول بتمسك الخصوم بتطبيق قواعد الإسناد وهنا لا يكون أمام القاضي إلا أن يوافق ويقوم بتطبيق القانون الذي تمليه تلك القاعدة، أما الفرض الثاني والذي يمكن فيه أن يتم تجاهل تطبيق قاعدة الإسناد سواء بسبب تقاعس الخصوم عن طلب تطبيقها أو غيرها من الأسباب، فإنه يناط بالقاضي أن يعملها من تلقاء نفسه باعتبارها قاعدة ملزمة شأنها شأن بقية القواعد القانونية الأخرى، كما أنها قاعدة متأتية من صلب القانون الداخلي فلا يملك القاضي أية حجة أن يتصل من تطبيقها، ولو أغفل قضاة الموضوع تطبيقها وطبقوا القواعد الموضوعية في قانون القاضي فإن حكمهم سيكون معرضا للطعن لمخالفته القانون¹. وذلك على خلاف القضاء الإنجلوسكسوني الذي يعتمد على السوابق القضائية وينكر الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد².

¹ حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 313.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 111.

الفرع الثالث

مصادر قاعدة الاسناد

كثيرة هي مصادر قواعد الإسناد ولا عجب في ذلك فهي ليست وليدة اليوم، إذ تطلب وجودها في الواقع من حيث التطبيق والتنفيذ عدة طرق ووسائل والتي تشكل في مجموعها الأصل والمنبع لهذه القواعد.

وقواعد الإسناد شأنها شأن بقية القواعد القانونية الأخرى، فبالرغم من أنها تصطبغ بالصفة الوطنية - باعتبار المشرع الوطني هو واضعها- إلا أنه لا مناص من الإقرار بالجهود الدولية والتي شاركت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في صياغة أحكام قواعد الإسناد.

ولعل أهم ما يمكن ملاحظته بشأن هذه المصادر أنها لم تكن على تقسيم واحد، إذ بحث

الفقهاء عدة تقسيمات لها بالرغم من أنها لا تختلف في المضامين¹، هذا ما دفع بالأستاذ Lévy-

¹ لم يتفق الفقه في شأن تقسيم مصادر قواعد الإسناد إذ ذهب جمهور من الفقه، أنظر عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت، لبنان، 2001، ص 51، إلى تقسيمها إلى مصادر رسمية (التشريع والمبادئ العامة للقانون والعرف، وقواعد العدالة والإنصاف)، ومصادر غير رسمية (الفقه، القضاء) بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتماد تقسيم ثلاثي، وتمثل المصادر الوطنية في: أولاً (التشريع، العرف، القضاء، المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص) ثم المصادر الدولية (المعاهدات والاتفاقيات الدولية، والعرف والقضاء الدوليين)، والمصادر العلمية ثالثاً (الفقه الداخلي والفقه الدولي)، أنظر في هذا الصدد: غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص - الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي-، د.ط، مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع، جامعة الموصل، العراق، 1982 ص 18. بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتماد تقسيم مغاير حيث تم تقسيم هذه المصادر إلى مصادر مكتوبة (مصادر داخلية والتي تتمثل في التشريع واجتهادات المحاكم الداخلية، ومصادر دولية والمتمثلة في المعاهدات الدولية واجتهادات المحاكم الدولية) ومصادر غير مكتوبة (العرف والذي قد يكون داخلياً وقد يكون دولياً). أنظر في هذا الصدد: سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص - تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة-، ط1، دار العلوم العربية، بيروت- لبنان، 1994، ص 3، بينما فضل جانب آخر من الفقه إلى الاكتفاء بتقسيم لهذه المصادر حيث المصادر الوطنية (التشريع، العرف، القضاء) والمصادر الدولية (المعاهدات، مبادئ القانون الدولي الخاص). أنظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 75.

ullmann إلى اتخاذ موقف سلبي من هذه التقسيمات والدعوة إلى تركها بحجة أن كل فقيه سيكون متأثر بنظرياته في القانون الدولي الخاص، وعليه سيكون من الأجدر ترك هذه التقسيمات والاتجاه إلى توضيح المصادر كما هي¹.

ونحن بتقديرنا اخترنا التقسيم الذي يضع قواعد الإسناد بين المصادر الوطنية والمصادر الدولية نظرا للطابع المتميز لقواعد الإسناد باعتبارها قواعد تعالج مسائل خاصة بين الأفراد عابرة للحدود الإقليمية، لذا سيكون من المفيد التركيز على الصفة الوطنية والصفة الدولية في تقسيم هذه المصادر، وهذا ما سنتناوله على الترتيب.

أولاً: المصادر الوطنية

تتحصر المصادر الوطنية لقواعد الإسناد في كل من التشريع والعرف، والقضاء بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية، وبالرغم من أنها تنتمي إلى ذات المصدر إلا أنها تختلف في أهميتها بالنظر إلى الإضافة التي تقدمها لقواعد الإسناد، وهذا ما سنأتي إلى تفصيله فيما يلي:

1- التشريع²:

تتجه اليوم غالبية دول العالم إلى تنصيب التشريع كمصدر رسمي أول للقاعدة القانونية¹، فالمشرع الجزائري مثلا كان قد نص على ذلك بموجب نص المادة 1/1 من القانون المدني

¹ حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، ط4، مكتبة وهبة، مصر، 1946، ص 31.

² يمكن تعريف التشريع بشكل موجز على أنه: "القانون المكتوب الذي تصدره السلطة التشريعية في الدولة". أنظر: عبده جميل غضوب، المرجع السابق، ص 37.

الجزائري بقوله: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها".

لكن وبالرغم من الأولوية التي استحوذ عليها بين مختلف المصادر، فإنه يتلاشى تدريجيا أمام مسائل القانون الدولي الخاص، إذ تختلف أهميته من موضوع إلى آخر، مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف الدول حول إيجاد اطار محدد يشمل جميع هذه المسائل²، فالمشرع الجزائري مثلا جعل القانون المدني البيئة الملائمة لتنظيم موضوعات القانون الدولي الخاص، حيث قام بوضع فصلا كاملا بعنوان تتازع القوانين من حيث المكان (الفصل الثاني من الباب الأول - آثار القوانين وتطبيقها - ضمن الأحكام العامة) من المادة 9 إلى المادة 24 منه، إذ تطرق المشرع من خلال هذه المواد إلى وضع المبادئ العامة لتتازع القوانين، بالإضافة إلى العناية بمختلف موضوعات القانون الدولي الخاص كمسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية.

ومع تطور الحياة الدولية الخاصة أصبح التشريع غير كاف للإمام بكافة المسائل المستجدة ومن ثم ظهرت الحاجة إلى البحث عن مصادر أخرى تتلاءم مع طبيعة المعاملات والعلاقات

¹ Sandrine Clavel, op.cit, p23.

- "Souvent différentes dans leurs contenus, les règles de conflit unilatéralement adoptées par les États varient également dans leurs sources. Certains États, comme l'Allemagne, connaissent une tradition ancienne de codification législative des règles de droit international privé, et au cours des dernières décennies, de nombreux États ,ont adopté de véritable « codes » de droit international privé, c'est-à-dir des ensembles cohérents de règles de conflit d'origine législative. C'est ainsi par exemple que la Belgique, dont le droit international privé s'est pourtant construit sur une base essentiellement jurisprudentielle, a codifié par une loi du 16 juillet 2004 l'ensemble de la matière".

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 75.

القانونية التي ينوط بقواعد الاسناد تنظيمها، فظهر العرف كمصدر من مصادر قواعد التنازع وهذا ما سنتناوله ثانياً.

2- العرف:

العرف¹ هو المصدر الرسمي للقواعد القانونية والذي يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع حسب ما صرحت به المادة 2/1 من القانون المدني الجزائري، وأيضاً المصدر الثاني بالنسبة لمصر والعراق، والمرتبة الرابعة بالنسبة للأردن².

وإذا ما بحثنا عن جدوى وجوده كمصدر رسمي إلى جانب التشريع بالنسبة إلى قواعد الإسناد، فإن أهم ما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أنه من المتعذر معرفة مدى الأهمية التي يحظى بها بالنسبة لكافة دول العالم، ذلك أن الدول التي تطرقت إلى معالجة كافة موضوعات تنازع القوانين ضمن نصوصها التشريعية فإن العرف فيها لا يعدو إلا أن يكون له دور ثانوي، كتفسير النصوص التشريعية الغامضة والمبهمّة والتي تكون بالأصل قواعد عرفية، كالقاعدة التي تقضي بخضوع شكل التصرفات لقانون محل الإبرام³.

كما يذهب الدكتور عكاشة عبد العال إلى القول بأنه يمكن أن يبرز دور العرف كمصدر لقواعد الإسناد إذا ما راعينا حركة التبادل التجاري ونموه في كل دولة، بالإضافة إلى اتساع حركة

¹ يقصد بالعرف: "ذلك السلوك المعين في ناحية معينة من نواحي الحياة ويعتاد الناس على اتباعه باطراد مصحوب باعتقاد لزومه، ويرتب الجزاء المادي جبراً على مخالفته"، غالب علي الداودي و حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 21.

² انظر القانون المدني المصري (131) لسنة 1948، و المادة الأولى القانون المدني العراقي رقم: 40 سنة 1951، والقانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1976.

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 86.

رؤوس الأموال والقيم المالية عبر الحدود¹، إذ ستسمح هذه المبادلات بنشوء قواعد عرفية تكون مصدرا لقواعد الاسناد.

وعلى العكس من ذلك تتجه بعض الدول إلى الاعتماد على العرف بشكل رئيسي كمصدر مهم وملهم لقواعد الإسناد، ففي فرنسا مثلا يعتمد القضاء بشكل أساسي على العرف وعلى " التراث القضائي المتراكم إلى سلوك الأفراد في معاملاتهم التجارية الدولية " من أجل صياغة أحكام قواعد الإسناد².

وبالرغم من مساهمة العرف في نشأة قواعد الإسناد إلا أنه أضحى في الوقت الحالي مصدرا ضعيفا لها، إذ يسعى أغلب المشرعين في العالم إلى تقنين مختلف الأعراف ضمن قوانينها المدنية كالقانون المدني الأردني مثلا لعام 1976، وضع تشريع خاص بمسائل القانون الدولي الخاص مثل فعل المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص الصادر بالقانون رقم (97) لسنة 1998، وفي أمريكا يتم وضع القواعد العرفية على شكل مواد قانونية سنويا ويشارك في هذه العملية كبار الفقهاء والأستاذة والحكام³.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 72.

² المرجع نفسه، 73.

³ غالب علي الداودي وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص 22.

- بالنسبة لما يعرف بالعرف الدولي فإنه لا يوجد ما يفيد اتفاق الدول على وضع قاعدة عرفية ملزمة التطبيق بالرغم من وجود بعض الحلول المتفق عليها في بعض مسائل تنازع القوانين، كقاعدة خضوع الأموال لقانون موقعها، إلا أن انتقادها لعنصر الالتزام لم يرقى بها لأن تصبح عرفا دوليا وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية، إذ أشارت بعدم وجود عرف دولي في مواد تنازع القوانين في الوقت الراهن. أنظر: الباز مصطفى محمد مصطفى، "منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة"- دراسة انتقادية- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد50، العدد01، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2008، ص208.

3- القضاء:

أو كما يعرف عند بعض الشراح باجتهادات المحاكم الداخلية¹، فهو اذن: "قرارات المحاكم الوطنية الصادرة في مسائل القانون الدولي الخاص..." وتعتبر أهم مصدر من مصادر قواعد الإسناد وبصفة خاصة في الدول التي تعاني فراغا تشريعا بسبب إحجام المشرع فيها عن وضع حلول وأحكام تفصيلية لمشكلة التنازع، فيقوم على إثر ذلك القضاء بالتدخل لملاً هذا الفراغ عن طريق وضع تفسيرات وإيضاحات لهذه النصوص التشريعية².

ففي فرنسا مثلا استطاعت محكمة النقض الفرنسية الوصول إلى قاعدة اسناد غير مكتوبة حيث نصت فيها على اخضاع البنوة الطبيعية إلى قانون الجنسية³، هذا ما جعل بعض من الفقه يعتبرون أن القانون الفرنسي قانون ذو نشأة قضائية عرفية⁴.

إلا أنه ظهر رأي فقهي آخر يقول بعكس ذلك ويعتبر أن الحلول التي اعتمدها القضاء إنما هي قواعد عرفية استمدت عنصر الإلزام من اضطراد المحاكم الأخذ بها⁵.

ولعل من الصعب الإجماع على موقف واحد تجاه اسهامات القضاء في نشأة قواعد الإسناد، وهذا راجع لاختلاف المنظومات القانونية في العالم، فالدول التي تستند على السابقة القضائية في صياغة قواعد القانون وتكسبها قوة الإلزام وتعتبرها مصدرا رسميا أصليا للقانون

¹ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 10.

² غالب علي الداودي، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 23، أيضا: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 77.

³ BUREAU Dominique, Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome2, Partie spéciale, Presses Universitaires de France, 2eme Edition, Paris, 2007, p.38-39.

⁴ الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 209.

⁵ هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 79.

كالدول ذات النظام الإنجلوسكسوني كبريطانيا وأستراليا، سيكون للأحكام القضائية فيها نصيب أوفر من إثراء قواعد الإسناد، على العكس من الدول التي تعطي للقضاء دوراً ثانوياً كتفسير النصوص التشريعية الغامضة كالجزائر مثلاً، والتي لم تعتبر اجتهادات المحاكم القضائية كمصدر رسمي للقانون وبالتالي فستكون مساهمة القضاء في صياغة أحكام قواعد الإسناد ضئيلة.

ثانياً: المصادر الدولية

وتتعلق المصادر الدولية لقواعد الإسناد في كل من المعاهدات الدولية، ومبادئ القانون الدولي الخاص، والقضاء الدولي، وهذا ما سنتطرق إليه وفق الترتيب التالي:

1- المعاهدات الدولية:

يمكن تعريف المعاهدة بصفة عامة على أنها "اتفاق بين دولتين بقصد إنشاء أو تغيير أو إنهاء علاقة قانونية بينهما"¹.

بينما تعرف المعاهدة في إطار القانون الدولي الخاص بأنها: "تلك التي تختص بتنظيم المصالح الخاصة بمصالح أفراد الدول"².

فالمعاهدة الدولية إذن لا تعني بالضرورة معالجة مصالح الدول دوماً، وإنما قد يكون للأفراد نصيب منها وذلك عندما تختلط منازعاتهم بالصيغة الأجنبية، فيكون من الضروري أن تلجأ الدول

¹ حامد زكي، المرجع السابق، ص 37.

² سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 12.

لتنظيم الحياة الدولية الخاصة عن طريق إبرام المعاهدات لتصبح فيما بعد مصدرا هاما لقواعد الإسناد.

والجزائر من الدول التي تهتم بموضوع المعاهدات الدولية، حيث تضمن لها مكانة خاصة ضمن قانونها وبالتحديد ضمن الدستور، إذ تم النص على سمو المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية على القانون وهذا بموجب المادة 154 في التعديل الدستوري لسنة 2020 المعدلة للمادة 150 في دستور 2016.¹ وبالتالي فإن المعاهدات الدولية تعتبر مصدر رسمي للقانون في التشريع الجزائري كأصل عام.

هذا وموضوع المعاهدات الدولية في مسائل تنازع القوانين لا يخرج عن هذه الفروض، فقد ينصب على توحيد قواعد الإسناد أي وضع قواعد موحدة تنهي تنازع القوانين بتحديد القانون الواجب التطبيق كأن يتم الاتفاق على إخضاع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية.²

وقد ينصب محل المعاهدات الدولية على وضع قواعد موضوعية موحدة تحكم العلاقة، كالاتفاق على قواعد الملاحة الجوية أو قواعد الأوراق التجارية.³

ولعل النصف الثاني من القرن التاسع عشر هو عصر المعاهدات الدولية الخاصة بامتياز - والتي تعتبر مصدرا لقواعد الإسناد - وكان ذلك بزعامة الفقيه الإيطالي "مانشيني" والذي استطاع

¹ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ الموافق لـ 2020/12/30م، ج.ر. العدد 80.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 86.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

إقناع أيضا الحكومة الإيطالية وتم عقد مؤتمرين في لاهاي عام 1874، 1881، كما كان للفقهاء الهولندي أسر ASSER دور في هذا أيضا، وتم عقد مؤتمر لاهاي عام 1893 ثم توالى فترات انعقاده في سنوات 1928، 1904، 1925، 1900، 1894، وأسفر هذا المؤتمر عن العديد من الاتفاقيات نذكر أهمها: ثلاث اتفاقيات بتاريخ 12 يونيو 1902 والتي تتعلق بالزواج والطلاق والانفصال البدني (الجسماني) والولاية على القصر¹.

هذا وتلتزم الدول الموقعة على المعاهدات الدولية بتنفيذ بنود المعاهدة كواجب دولي التزمت به تجاه دولة أخرى، وعندما يتم إقرار نفاذها والمصادقة عليها من الجهة الوصية في الدولة المعنية فتصبح بمثابة القانون الملزم داخل الدولة الموقعة².

2- مبادئ القانون الدولي الخاص:

قبل الخوض في تعريف مبادئ القانون الدولي الخاص نشير أولا إلى أن المشرع الجزائري كان قد نص على المبادئ العامة للقانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رابع يلجأ إليه القاضي في المنازعات الوطنية كحل أخير بعدما يتعذر عليه إيجاد الحل الملائم في المصادر الأخرى وكان ذلك في المادة 2/1 من القانون المدني الجزائري³.

¹ الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 205

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 43.

³ ويقصد بالمبادئ العامة للقانون: "قواعد عامة كلية موجودة في صلب التشريع، وكامنة في روحه العامة، وتكون مهمة الفقيه أو القاضي الكشف عنها أو رد الجزئيات والتطبيقات إليها". أنظر عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 60.

ولكن ماذا لو كانت المصادر المشاركة إليها في المادة الأولى سابقا كلها غير قادرة على

تنظيم مسائل خاصة بتنازع القوانين، فمن أين يستقي القاضي أحكامه؟

أجاب المشرع الجزائري عن هذا الإشكال في المادة 23 مكرر 02 بقوله: "تطبق المبادئ

العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"¹.

فمن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد نصب المبادئ العامة للقانون الدولي

الخاص كمصدر احتياطي لقواعد الإسناد حيث يتم اللجوء إليه عند انعدام نص خاص بتنازع

القوانين ضمن المصادر المشار إليها سابقا.

ويقصد بمبادئ القانون الدولي الخاص: "المبادئ العامة الأكثر شيوعا بين الدول"²، كما

تعرف أيضا بأنها: "جملة الحلول التي تستخلص من الأصول الفنية لمادة التنازع، مقرونة أحيانا

باعتبارات سياسية"³.

باستقراء هذين التعريفين يمكن الوصول إلى عدة نتائج نوجزها فيما يلي:

- لم تعرف هذه المبادئ العالمية إلا بعد تطبيق القضاء الداخلي لها بصفة مستمرة، وبالتالي

لا يتصور أنها كانت معروفة عند نشأة تنازع القوانين، هذا ما جعل بعض الفقه يبحث في الوصف

¹ وكان قد نص على ذلك أيضا المشرع المصري في المادة 24 من القانون المدني المصري بقوله: "تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة أحوال تنازع القوانين".

² هشام علي صادق، المرجع السابق، 99.

³ وسام توفيق عبد الله، "مبادئ القانون الدولي الخاص"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 57، السنة 18، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، د.س.ن، ص 41.

الملائم لهذه المبادئ¹، إذ ذهبوا إلى اعتبارها أنها قواعد عرفية دولية، ولكنه سرعان ما تم دحض هذا القول على اعتبار أن هذه المبادئ لم ترتقي إلى مرتبة العرف الدولي الملزم بعد ولا تعدو إلا أن تكون "مجموعة من القواعد المشتركة بين النظم القانونية الوطنية المختلفة" فمن أين لها صفة الإلزام².

- إن المشرع قد أخص مسائل تنازع القوانين وحدها بهذا المصدر دون سائر موضوعات القانون الدولي الخاص ويرجع الفقه العلة في هذا إلى قواعد الإسناد في حد ذاتها إذ يعود الفضل في نشأتها إلى الأسس المشتركة التي ساهمت في ظهور جملة من المبادئ الشائعة بين الدول³.

3- القضاء الدولي:

مثلما سبق وبيننا أن دور القضاء الداخلي في صياغة قواعد التنازع يرتبط بمكانة التشريع بالنسبة لكل دولة، وتوصلنا إلى أن دوره بالنسبة للقانون الجزائري لا يعدوا إلا أن يكون مصدر تفسيري.

أما على المستوى الدولي فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن المحاكم الدولية قد سبق لها وأن فصلت في مسائل القانون الدولي الخاص، ومنها المحكمة الدائمة للتحكيم التي تأسست سنة 1899 بموجب اتفاقية لاهاي، وكانت تمثل نظام التقاضي الدولي المختار ونظرت في قضايا

¹ حيث ذهب جانب من الفقه إلى تسميتها بأحكام الفقه الدولي، وهذه تسمية قد تم انتقادها على أساس أنها تخلط بين مصدرين مستقلين، بالإضافة إلى أن مصدر هذه المبادئ قد يكون القضاء كما قد يكون التشريع المقارن ولكن لا يمكن أن يكون الفقه وحده أنظر وسام توفيق عبد الله، المرجع السابق، ص 41. أشار إليها في الهامش الأول.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 101.

³ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 40.

متعلقة بتنازع القوانين ومركز الأجانب وصدرت عدة قرارات فيها، وعندما تم انشاء محكمة العدل الدولية قامت بإصدار أحكام متنوعة تتعلق بقضايا تنازع القوانين أشهرها الحكمين الصادرين عن محكمة العدل الدولية بتاريخ 12 يوليو 1929، والتي أعلنت فيهما عن مبدأ حرية كل دولة في وضع قواعد الإسناد الخاصة بها فيما لا يتعارض مع العرف الدولي والتزاماتها المقررة بمقتضى المعاهدات الدولية¹.

وعليه فإن القضاء الدولي يلعب دورا محتشما في مجال تنازع القوانين، وبالنتيجة مساهمته ضئيلة في سن قواعد الإسناد، لكن هذا لا ينفي حقيقة أن ترقية المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص إلى مرتبة العرف الدولي الملزم سواء كل هذه المبادئ أو بعضها، مرهون من دون شك إلى سلطة القضاء الدولي والذي يملك المكنة في تأكيد الأصول المشتركة لها وإرساء قواعدها².

¹ غالب علي الداوي وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص33.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 103.

المطلب الثاني

عناصر قاعدة الإسناد

قاعدة الإسناد شأنها شأن بقية القواعد القانونية الأخرى لا تتصل من أركانها الجوهرية لتشبه غيرها من القواعد الاجتماعية، أو القواعد الدينية، بل فضلا عن تمتعها بالأركان الجوهرية التي تتشارك بها مع القواعد القانونية الأخرى، لها عناصرها الذاتية التي جعلت منها قواعد مميزة عن باقي القواعد القانونية.

فإذا قلنا الأركان العامة أو الخارجية لقواعد الإسناد فإنها تتمثل في ركن الفرض والذي هو النطاق أو الإطار الذي تعمل فيه قواعد الإسناد ويتمثل في مجموعة المسائل والأوضاع الواقعية كالحالة المدنية وأهلية الشخص، وركن الحكم الذي يعني الإرشاد إلى القانون الذي يحكم العلاقة أو الرابطة محل النزاع، والذي يكون بصيغ مختلفة، فمثلا بالنسبة لمسائل الأهلية (ركن الفرض) يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم(ركن الحكم) وهكذا¹، أما الأركان الداخلية والتي تعتبر الطابع المميز لقواعد الإسناد فإنها تتحلل الى ثلاث عناصر أساسية تتمثل في كل من الفكرة المسندة (الفرع الأول) ،ضابط الإسناد (الفرع الثاني) ،القانون المسند إليه (الفرع الثالث).

¹ حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 310.

الفرع الأول

الفكرة المسندة *Notion rattachée*

تعرف الفكرة المسندة عند جانب من الفقه "ب" بموضوع الإسناد¹، وهي عبارة عن "مجموعة المراكز، أو العلاقات القانونية المتضمنة للعنصر الأجنبي..."، كما تعرف أيضا بأنها "مجموعة من الحالات أو المسائل القانونية تتركز حول محور واحد"².

فإذا ما قام المشرع بحوصلة للمراكز والعلاقات القانونية التي تتقاطع في مضمونها حول نفس الفكرة ووضعها ضمن حزمة قانونية واحدة كانت تلك هي "الفكرة المسندة".

ويرجع السبب في قيام المشرع بهذه الحوصلة، استحالة حصر كل الروابط القانونية التي تعرفها الحياة الدولية وسنه لقواعد إسناد لكل حالة على إحدى، إذ أنه في مواجهة وقائع غير متناهية تعجز نصوصه عن ضمها جميعا والتفرغ لكل حالة بقاعدة خاصة بها.

هذا وتتخذ الفكرة المسندة عدة طبائع، فقد يجمع المشرع حالات ومراكز قانونية مشابهة ضمن فكرة مسندة واحدة، ففي المادة 2/17 من القانون المدني الجزائري كان قد حصر جميع المسائل المتعلقة بالملكية في فكرة مسندة واحدة، ووضع لها قاعدة إسناد واحدة والمتمثلة في فكرة

¹ كما عرفت عند جانب من الفقه بـ "مادة الإسناد" أنظر فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 23.

² سالم حامد الدحوح، المرجع السابق، ص 41. أيضا: جمال محمود الكردى، تنازع القوانين، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 37.

- انتقد الدكتور عز الدين عبد الله تسمية الطوائف القانونية بالفكرة المسندة، على أساس أنه لا يوجد علاقة بين قاعدة الإسناد والقواعد الموضوعية، معتبرا أن محل قواعد الإسناد قد ينصب على "مسائل" أو "روابط" بين الأشخاص، لا على "أفكار"، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 168.

"مركز الأموال"، والتي تشمل جميع الحالات المتعلقة بكسب الملكية والحيازة وتقرير الحقوق العينية، وأخضعها لقانون موقعها¹.

كما قد يتضمن موضوع قاعدة الإسناد أكثر من مسألة قانونية تدرج جميعا تحت فكرة مسندة واحدة مثلما كان قد فعل في المادة 10 من القانون نفسه² عندما ضم كل من مسألة الحالة والأهلية تحت فكرة مسندة واحدة وأخضعهما لقانون جنسية الشخص.

وعلى العكس من ذلك فقد تكون المسألة القانونية الواحدة تحوي العديد من الحالات القانونية، والتي يقوم على إثرها المشرع بوضع أكثر من قاعد إسناد لمجموع الحالات المتقاربة وأكثر من قانون واجب التطبيق عليها، ففي مثال قاعدة الإسناد التي ينصب موضوعها حول الزواج قام المشرع الجزائري بتقسيمه إلى عدة أفكار مسندة³، فشكل الزواج فكرة مسندة مستقلة عن شروط صحته، وهذه الأخيرة بدورها لا تتشارك نفس القاعدة القانونية الخاصة بأثار الزواج وانحلاله، كما كان قد خص لكل فكرة مسندة قانون يسري عليها.

وإن كان الوضع الظاهر يصور لنا أن آلية عمل الفكرة المسندة في غاية من البساطة ولا تحتاج لتركيز المفاهيم فإن الواقع العملي يقول بعكس ذلك، إذ لازال يطرح إشكالات في غاية من العمق، بداية مع الطبيعة التي يجب أن تكون عليها فكرة الإسناد، حيث رأى جانب من الفقه أن

¹ تنص المادة 17 / 2 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها".

² تنص المادة 10 من القانون المدني: "يسري على الأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

³ أنظر المادة 11، 12، 13 من القانون المدني الجزائري.

فكرة الإسناد فكرة من أفكار القانون العام، ويستندون في ذلك على أساس أن مهمة قواعد الإسناد هي توزيع وتنظيم الاختصاصات التشريعية بين الدول، وهو رأي منتقد، ذلك أن قاعدة الإسناد لا تتضمن حولا لتنازع القوانين بوصفه تنازع بين السیادات، وإنما الهدف الذي تسعى إليه قواعد الإسناد هو إيجاد أنسب الحلول وأجدرها لحكم العلاقة القانونية¹.

بينما رأى جانب آخر من الفقه وهو الغالب أنه يجب أن تكون الفكرة المسندة فكرة من أفكار القانون الخاص، لأنها تنظم علاقات خاصة مشوبة بعنصر أجنبي مثل علاقات الزواج أو الطلاق، وبالتالي يخرج عن نطاقها العلاقات التي تكون فيها الدولة طرفا فيها بوصفها صاحبة سيادة تجنبا للوقوع في تصادم بين السیادات لو تم اتخاذ مسائل القانون العام محلا لقواعد الإسناد، خاصة ما إذا تم التوصل إلى تطبيق القانون الأجنبي².

أما عن الإشكال الثاني فإنه يتمحور حول مدى إمكانية استيعاب الفكرة المسندة لمختلف العلاقات القانونية التي تطرح في الواقع العملي؟، وماذا لو طرحت أمام القاضي علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي يصعب أن يتم إدراجها في تلك الفئات المسندة التي وضع لها المشرع قاعدة إسناد؟

¹ هشام علي صادق، ص 7-8 ، أيضا: كريم مزعل شبي الساعدي، المرجع السابق، ص 2-3.

² محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص - الجنسية الموطن، مركز الأجنبي، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص 220 - 221.

أجاب الدكتور محمود الكردي عن هذه الإشكالية، بحيث ذهب إلى القول بأنه يتعين على القاضي مستعينا بقانونه وقواعد القانون المقارن أن يجتهد من أجل إلحاق تلك العلاقة بالفكرة المسندة التي وضع لها المشرع قاعدة إسناد¹.

وهذا حل نراه منطقي، إذ سبق وأشرنا أن المشرع في مواجهة دائمة مع وقائع غير منتهية ومستجدة، ومن ثم لا مناص من وجود مسائل قانونية قد تفلت من يد المشرع ولا ينزلها تحت فكرة مسندة ما، ومن ثم تظهر أفضال القانون المقارن في تقريب وجهات النظر حول مختلف المسائل القانونية التي تشهدها الحياة الدولية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تقسيم الفكرة المسندة وتحديد مضمونها ليس على مفهوم واحد في سائر التشريعات الوضعية، إذ أن كل نظام قانوني ينفرد بتقسيم وتحديد مضمون الفكرة المسندة حسب ما يراه مناسبا²، ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج" وهو بذلك يكون قد قام بحصر جميع آثار الزواج في فكرة واحدة، ولم يفرق الآثار الشخصية للزواج عن الآثار المالية، وأخضع كلاهما لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت الزواج، بالمقابل تذهب بعض التشريعات كالتشريع

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 40.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 226.

الفرنسي إلى التفرقة بين الآثار المالية للزواج والآثار الشخصية له، وتجعل لكل منهما فكرة مستقلة، إذ تضم الآثار المالية إلى فكرة موضوع العقد وتخضعها لقانون إرادة المتعاقدين¹.

وإذ أردنا تقييم هذا المسلك فإنه يمكننا القول بأن تقسيم الأفكار المسندة وتحديد مضمونها واعتباره مسألة خيار لا إلزام بين مختلف التشريعات في العالم يقود بنا إلى التساؤل حول مدى حرية المشرعين في تبنيهم لتقسيمات ومفاهيم مغايرة لذات الفكرة المسندة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل يمهد لمناقشة مسائل جوهرية في غاية من الأهمية، بل إنه يكشف عما تمر به قواعد الإسناد ككل من عثرات أضعفت فعاليتها في مواجهة مسائل القانون الدولي الخاص.

ذلك أن تفرد كل تشريع بتحديد وتقسيم مغاير للفكرة المسندة الواحدة سيؤدي لا محال إلى غياب لتوقع القانون الذي سيحكم العلاقة محل النزاع بالنسبة لأطرافها، ونحن نعلم يقينا أن المنازعات التي تطرح في ظل القانون الدولي الخاص يغلب عليها الطابع التجاري، ومن ثم وجود الأمن القانوني يعتبر عنصرا ضروريا في صياغة القاعدة القانونية وهذا ما لا تستطيع تحقيقه قاعدة الإسناد في ظل المفاهيم والتقسيمات المختلفة من تشريع لآخر للفكرة المسندة الواحدة.

لربما يكون هذا الحديث سابقا لأوانه، لكن هذا لا يمنع من القول أنه بات من الضروري أن يتم الاتجاه إلى عولمة مفاهيم الفكرة المسندة (هذا ما سنتناوله في الباب الثاني من هذه الدراسة)، بحيث يتم إشراك أكثر من تشريع _ لا نقول كل التشريعات- ولكن على الأقل التشريعات التي

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، 39.

تقترب قواعد القانونية من بعضها البعض من أجل توحيد التصنيفات المختلفة للحالات والمراكز القانونية وتغطيتها بنفس الفكرة المسندة بالإضافة إلى إعطاءها ذات المضمون.

الفرع الثاني

ضابط الإسناد

تظل الفكرة المسندة مجرد فكرة جامدة مالم يتم وصلها بضابط إسناد¹ ، ذلك أن الاتفاق على ضم حالات مشابهة ضمن فكرة مسندة، ليس كاف من أجل وضع قاعدة إسناد مكتملة المعالم إذ لا بد من ربطها بضابط إسناد معين حتى يتم التوصل إلى القانون الواجب التطبيق.

ولم يجمع الفقه على اعطاء ضابط الاسناد تسمية واحدة، إذ ذهب بعض المؤلفات إلى التعبير عنه بواسطة - ظرف الإسناد -² ، بينما وصفه الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأنه "الهوية التي بموجبها يتحدد القانون الواجب التطبيق"³.

وتفصيلا لما سبق سنتطرق أولا إلى توضيح المقصود من ضابط الإسناد ثم نتعرض إلى أنواع ضابط الإسناد ثانيا.

¹ يطلق على ضابط الإسناد "point of contact" أو "connecting factor rattachement" ويطلق عليه الأستاذ Lepaulle "أفكار الإسناد " notions de rattachement" خلافا للأفكار المسندة والتي أطلق عليها تسمية "Notions rattachées" والتي هي موضوع قاعدة الإسناد. أنظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، أشار إليها في الهامش الرابع، ص 168.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 333.

³ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 40. أشار إليه في الهامش الثالث.

أولاً: تعريف ضابط الإسناد

تعددت التعاريف الفقهية التي تناولت المقصود من ضابط الإسناد، إذ عرفه جانب من الفقه على أنه " المعيار المختار الذي يرشد إلى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني من حيث الموضوع، فهو إذن نقطة الارتكاز التي تنير الطريق إلى القانون الذي ينطبق على المركز القانوني"¹.

كما كان قد عرفه الدكتور كمال فهمي في تعريف مشابه له بأنه " المعيار الذي يتم في نظر الشارع أي قانوناً معيناً هو أفضل القوانين بحكم الفكرة المسندة فهو إذن الوساطة التي تربط ما بين الفكرة المسندة وقانون دولة معينة"².

بينما عرفه الفقيه البلجيكي "فرانسوا رينغاكس" F. RINGAX بأنه "العلاقة أو الإشارة أو صنف الإسناد الذي يتم عن طريقه الإسناد إلى نظام قانوني معين"³.

وعلى هذا النحو يمكن القول أن ضابط الإسناد هو الرافعة الأساسية لعملية الإسناد، إذ بواسطته يتم الكشف عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع بعد أن يتم الربط بين الفكرة المسندة والقوانين الأكثر ملائمة لحكم النزاع وكأمثلة على ذلك: ربط فكرة الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى بضابط موقع المال.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.15

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، 333.

³ كريم مزعل شبي الساعدي، المرجع السابق، ص.6.

هذا ويجرى اختيار ضابط الإسناد بالنظر إلى العنصر الأكثر أهمية في العلاقة ذات الطابع الدولي وذلك بالنظر إلى طبيعتها، أي العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية والذي يتعلق أساساً بعنصر الأشخاص، وعنصر الموضوع، أو المحل، وعنصر السبب، أو الواقعة المنشئة¹.

فالقاعدة التي تربط مسائل الحالة والأهلية بضابط الجنسية إنما جاءت نتيجة لاحتلال عنصر الأشخاص مركز الثقل فيها، وفي العلاقات المتعلقة بالعقود والعلاقات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية فإن عنصر السبب هو مركز الثقل فيها، ومن ثم تكون إرادة المتعاقدين هي ضابط الإسناد الذي يحقق هذا العنصر، أما إذا تبين أن العنصر المهيمن في العلاقة هو الموضوع كما في مثال الملكية والحقوق العينية فإن ضابط موقع المال هو الأكثر صلة بهذه العلاقة².

ولعل إتباع المشرع لهذه المنهجية في اختيار ضابط الإسناد من دون شك له تأثير مباشر على استقرار المعاملات الدولية³، إذ سيوسع من إقبال الأفراد من مختلف الدول على إبرام التصرفات القانونية خارج الحدود الإقليمية لدولتهم، وهم على يقين تام بالقانون الذي سيحكم علاقاتهم، فلا يكون هناك فرضية لتطبيق قانون يجهله أطراف العلاقة.

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 40.

² محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2000، ص 125.

³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 22.

ومن جهة أخرى فإنه يكفل للعلاقة القانونية امتداد آثارها في سائر الدول التي لها صلة بالعلاقة، بحيث يؤدي عدم تطبيق القانون المزعوم إلى المساس بالسيادة التشريعية لهذه الدول أيضا¹.

وإن كانت الصورة العامة التي يرسمها المشرعين توحى بأن انتقاءهم لضابط الإسناد يستند على معايير دقيقة وأسس ممنهجة، في حين لو تفحصنا الأهداف الغير المعلنة لهم فإننا نتفق جميعا أن لا مجال لإبعاد المصالح الذاتية والواقع الاجتماعي لكل دولة عند انتقاءها لضوابط الإسناد بصددها صياغتها لقواعد الإسناد.

وهذا ما يفسر بشكل واضح اختلاف المشرعين مثلا في وضع ضابط الإسناد الخاص بحالة الأشخاص وأهليتهم بين ضابط الموطن وضابط الجنسية، إذ تفضل الدول المصدرة للسكان إلى الأخذ بضابط الجنسية حتى تضمن بقاء سريان قانونها على حكم علاقات مواطنيها خارج حدود إقليم دولتهم، بينما تميل الدول المستوردة للسكان إلى الأخذ بضابط الموطن حتى تتمكن من تطبيق قانونها على كافة الأجانب المتوطنين في إقليمها إيماناً منها بأن ذلك سيؤدي إلى إدماجهم داخل الدولة، بالإضافة إلى تحقيق نوع من الوحدة والانسجام بين كافة المقيمين على إقليمها مواطنين كانوا أم اجانب².

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 22.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 17.

ثانياً: أساليب الإسناد

إن الناظر في قواعد الإسناد يلحظ اختلافاً واضحاً في عدد ضوابط الإسناد التي تتضمنها كل قاعدة على إحدى، وهذا راجع لتركيبية قاعدة الإسناد في حد ذاتها، إذ يتم التمييز بين نوعين من القواعد، قاعدة إسناد بسيطة Rattachement simple وقاعدة إسناد مركبة Rattachement Complexe¹، وتبعاً لهذا يكون الفرق أيضاً في ضوابط الإسناد.

فمتى كانت قاعدة الإسناد بسيطة، والتي هي الحالة الأعم، فإنها تتضمن ضابط اسناد وحيد ومن ثم يعهد الاختصاص لقانون وحيد واجب التطبيق، وكمثال على هذا مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المدني إذ تم إخضاع الأهلية لضابط وحيد وهو جنسية الشخص.

وقد تكون قاعدة الإسناد مركبة وفيها يكون ضابط الاسناد على صورتين:

أ- الإسناد الموزع rattachement distributif :

وفي هذه الحالة تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط اسناد وحيد لكن الفرق هنا أنه يعهد الاختصاص إلى أكثر من قانون واجب التطبيق على كل مسألة من المسائل أو على طرف من أطراف العلاقة على إحدى²، ومثال هذه الحالة ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 11 من

¹ هشام صادق، حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 21

² صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص- الجنسية وتنازع القوانين-، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 265.

القانون المدني الجزائري بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج، إذ نص على أنه في حالة اختلاف جنسية كل من الزوجين فإنه يتم تطبيق على كل زوج قانونه فيما يتعلق بمدى صحة زواجه.

فعلى الرغم من أن هذه المادة قد ربطت فكرة الزواج بضابط إسناد وحيد والذي هو ضابط الجنسية بالنسبة لكل من الزوجين، إلا أنه يعتبر ضابط إسناد مركب، ويتضح ذلك بشكل جلي في حالة اختلاف جنسية الزوج عن جنسية الزوجة، إذ سيؤدي أعمال هذا الضابط إلى تطبيق قانونين مختلفين.

ولعل الغاية المتوخاة التي يجمع عليها المشرعين من خلال هذا النوع من أساليب الإسناد هي رغبتهم في إخضاع العلاقة لأكثر من قانون في ذات الوقت، وهذا بالنظر لأهمية الصلة التي تربط هذه القوانين جميعها بالعلاقة¹.

ب- الإسناد الانتقائي² Rattachement alternatif

وفي هذا الفرض يقوم المشرع بوضع عدة ضوابط إسناد لقاعدة إسناد واحدة، بحيث يكون كل ضابط إسناد صالحا لأن يحكم العلاقة القانونية المرتبطة بتلك الفكرة المسندة¹، ومن أمثلة هذه

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 44.

² ويذهب بعض من الشراح إلى تسميته بالإسناد الاختياري (انظر في هذا الصدد هشام علي صادق، حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 22، وأنظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 266). وحسب تقديرنا المتواضع، نرى أن هذه التسمية لا تعكس بشكل أدق العملية التي يقوم بها القاضي في هذا الفرض، إذ تظهر وكأن القاضي يرجع إلى أهواءه في تحديد ضابط الإسناد، ويرهن العلاقة القانونية لأي ضابط اسناد يراه هو ملائم فقط، بينما لو قلنا أنه يقوم بالانتقاء فإنه سيكون أكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية، وهذا بالنظر إلى سلطته التقديرية أو إرادة الأفراد، وبالتالي هذا الانتقاء سيكون مرتبط بإحدى الأهداف التي أسس عليها المشرع قاعدة الاسناد تلك، كما أن القول بأنه يقوم بالانتقاء لا التخيير يعني أن كل الضوابط قادرة على أن تكون صالحة لحكم العلاقة القانونية المرتبطة بذات الفكرة المسندة، على العكس من التخيير الذي يتضمن في معناه التفضيل، وبالتالي سيكون هناك ضابط إسناد وحيد مؤهل لحكم العلاقة القانونية.

الضوابط ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني²، والتي تتعلق بصحة التصرفات القانونية في جانبها الشكلي إذ تضمنت خضوعها لضابط المكان الذي تمت فيه كأصل عام وفي المقابل أجاز خضوع هذه التصرفات لضابط الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما المشترك.

هذا ويراد من وراء هذا الإسناد المتعدد تحقيق عدة أهداف، فقد يسعى المشرع من وراءه إلى فسح المجال إلى كل القوانين التي لها علاقة بالمسألة القانونية المطروحة نظرا لتساوي هذه القوانين في الصلة بها، كما قد تكون غايته تيسير مصالح الأفراد فيما يتعلق بالتجارة الدولية، إذ ستكون أمامهم الفرصة في اختيار أكثر القوانين ملاءمة لحكم علاقاتهم وهذا ما جسده المادة 19 السالفة الذكر، وأخيرا قد يهدف المشرع من وراء هذا التعدد لضوابط الإسناد وضع تدرج للقوانين المرشحة لحكم العلاقة القانونية وهذا بوضع ضابط إسناد أصلي وإلى جانبه عدة ضوابط اسناد احتياطية بحيث يتم تطبيق ضابط الإسناد الأصلي أولا، وفي حالة تعذر إعماله يتم اللجوء إلى ضابط الاسناد الاحتياطي³.

ج- ضابط الإسناد المتغير

سبق وأشرنا أن المشرع يصيغ ضابط الإسناد على أساس العنصر الذي يمثل مركز النقل في العلاقة القانونية، لكن قد يحدث ويكون أحد عناصر هذه العلاقة محكوم بمدة زمنية معينة،

¹ كريم مزعل شبي الساعدي، المرجع السابق، ص 7.

² أنظر المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

³ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 266-267.

ومثال ذلك جنسية الشخص أو موطنه، موقع المال، فقد يغير الموصي جنسيته بعد الإيصاء ويتوفى على جنسيته الجديدة، فينشأ تنازع بين قانون الموصي وقت الإيصاء وقانون الموصي وقت الوفاة وقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكسب جنسية أخرى فينشأ تنازع بين قانون الزوج وقت الزواج وقانونه وقت الطلاق ومن ثم ينشأ لنا ما يعرف بالتنازع المتغير وهو تنازع مكاني لأنه يتعلق بقانونين مختلفين، وتنازع زمني لأنه يتمخض عن وجود قانون جديد وقانون سابق¹.

ومن أجل حل هذا الإشكال يتم تحديد مجال زمني لسريان ضابط الإسناد لمواجهة هذا التنازع المتغير كتحديد وقت الاعتراف بالجنسية أو الموطن بوقت الزواج أو وقت الوفاة أو وقت اكتساب الملكية في المال².

وهذا ما تبناه أيضا المشرع الجزائري³ ففي نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى منها والتي تتعلق بالوصية والميراث وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الوفاة، إذ تم الاعتراف بجنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته، كما كان قد حدد سريان قانون جنسية الواهب أو الواقف بوقت اجراءهما وهذا في الفقرة الثانية من نفس المادة.

¹ يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 586.

² الشماسنة محمد أحمد عبد الله، مواعمة قواعد الاسناد لأعراف التجارة الدولية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2005، ص 34-35.

³ أنظر المواد 12، 13 و13 مكرر 1، والمادة 16 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث

القانون المسند إليه *la loi applicable*

وهو العنصر الختامي في تأسيس قاعدة الإسناد، فبعد اقتران الفكرة المسندة بضابط الإسناد المناسب لها يتم التوصل الى القانون المسند إليه والذي سيحكم العلاقة القانونية المطروحة أمام القاضي.

هذا ويعبر عن القانون المسند إليه بالقانون الواجب التطبيق، وهو بهذا المعنى إذن يضم إشكالين بحيث يتعلق الإشكال الأول بالمقصود من هذا القانون، بينما الإشكال الثاني فيتعلق بشروط تطبيق هذا القانون وهذا ما سنجيب عنه فيما يلي:

أولاً: تعريف القانون المسند إليه

تعددت التعاريف الفقهية التي حاولت الوقوف على تحديد المقصود من القانون المسند إليه، إذ تم تعريفه على أنه "القانون الوطني لدولة معينة والذي تستند إليه قاعدة الاسناد لحكم نزاع ذو طابع دولي"¹.

والملاحظ من هذا التعريف أنه جاء شاملاً ومفصلاً للمقصود من القانون المسند إليه، بحيث تم التطرق فيه لطبيعة القانون الذي سيحكم النزاع (القانون الوطني لدولة معينة)، بالإضافة إلى وصف طبيعة النزاع الذي أدى إلى تطبيق هذا القانون، فيكون بذلك قد علل وصول قانون دولة معينة إلى طاولة القاضي الوطني والحكم به.

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 47.

بينما اتجه جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بشكل وجيز على أنه "القانون الذي يحكم الفكرة المسندة" أو "القانون الذي يتم اختياره لحكم العلاقة محل النزاع"¹.

كما كان قد عرفه أيضا أحد الشراح بأنه "القانون الذي يتحدد بموجب ضابط الإسناد، ويتولى حكم المادة المسندة بموجب قاعدة الإسناد"².

وهذا التعريف لا يختلف عما جاء به التعريفين السابقين، إلا أنه وحسب تقديرنا المتواضع نرى أنه جاء مركزا بصفة خاصة على ضابط الإسناد لما له من أهمية في الوصول إلى القانون المسند إليه خلافا للتعريفات التي تناولتها أنفا.

وترتبيا على ما سبق يمكن أن نوجز مضمون القانون المسند إليه بأنه "المرجع في حكم العلاقة القانونية محل النزاع بمعنية من ضابط الإسناد".

ومما لا شك فيه أن لكل قاعدة إسناد على الأقل قانون مسند إليه واحد، وهذا راجع إلى الخصائص التي تتسم بها القاعدة المسندة، فقد تكون قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب فتقضي بتطبيق قانونين مختلفين مثل ما تضمنه نص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري³ والذي أخضع حالة الأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم، وبهذا يكون القانون المسند إليه في هذه الحالة هو القانون الأجنبي، وقد تكون قواعد الإسناد فردية فتولي الاختصاص للقانون الوطني

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 26. أيضا: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 104.

² فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 26.

³ تنص المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"

مباشرة مثل ما فعل المشرع في المادة 13 من القانون المدني الجزائري¹ والتي تضمنت تطبيق القانون الجزائري وحده إذا ما كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج.

وبالرغم من أن غالبية الفقهاء يتفقون على أن القانون المسند إليه هو عنصر مستقل بذاته عن باقي عناصر قاعدة الإسناد إلا أن بعض من الفقه كانت له رؤية مغايرة تماما، إذ ذهب إلى القول بأن القانون المسند إليه ليس عنصرا في قاعدة الإسناد وهذا لسببين: الأول أنه سيتضح بمجرد معرفة ضابط الإسناد (ويطلقون على ضابط الإسناد معيار الإسناد)، والسبب الثاني يتمثل في كونه يمثل الغاية المبتغاة من قاعدة الإسناد وبالتالي لا يمكن أن يكون جزءا منها².

ونحن بدورنا لا نوافق بأي شكل من الأشكال ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي بهذا الخصوص، ذلك أن معرفة ضابط الإسناد ليس كاف وحده للوصول الى تطبيق القانون المسند اليه، ففي الفرض الذي يكون القانون الأجنبي هو المختص في حكم العلاقة القانونية، لا بد أن يستوفي مجموعة من الشروط التي نص عليها المشرع الوطني حتى يتمكن القاضي من تطبيقه وهذا ما سنعكف على تبيانه في النقطة الموالية.

¹ تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11،

12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج"

² خليل ابراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 86.

ثانيا: شروط تطبيق القانون المسند إليه

يراعي القاضي في تطبيق القانون المسند إليه على العلاقة القانونية المطروحة أمامه عدة شروط حتى يأذن باختصاص ذلك القانون، وعموما تتمثل هذه الشروط في شرطين أساسيين¹، أن يكون صادر عن دولة، أما الشرط الثاني فيتعلق بنطاق القانون المسند إليه وفيما يلي تفصيل لهذين الشرطين:

1 - أن يكون صادر عن دولة:

ونعني بهذا الشرط أن يكون هذا القانون صادر عن وحدة سياسية اكتملت فيها العناصر اللازمة لقيام الدولة، ولها مكانتها في المجتمع الدولي كشخص من أشخاص القانون العام، وتبعا لهذا فإنه لا يمكن اعتبار قانون متنازع لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي العادات أو التقاليد الخاصة بمجموعة من البدو الرحل، لأنها لا ترقى إلى مرتبة الدولة فهي تفتقر إلى التنظيم السياسي وبالتالي لا يمكن اعتبارها شخص من أشخاص المجتمع الدولي².

¹ ومن بين الشروط الأخرى أيضا: أن يكون هذا القانون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، كما يجب ألا يكون قد ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. أنظر: أمحمدي بوزينة آمنة، محاضرات في قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية موجهة لطلبة ماستر تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2016، ص 11.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 246.

وبالمثل لا يعتبر قانون الدويلات الداخلة في الاتحاد الفدرالي كقوانين الولايات المتحدة الأمريكية أو ولايات سويسرا، وكذلك النظم الطائفية، وكذا قوانين الإقليم المضموم سارية المفعول بعد ضمه، وقوانين الدول التي تكون تحت الاستعمار قانونا مسندا إليه¹.

وعلى العكس من ذلك فإنه يعتد بقوانين تلك الدول التي تخلت عن إقليمها بصفة مؤقتة مادامت تمارس سيادتها وحققها في التمثيل الدبلوماسي، ومثال ذلك دول الكومونولث البريطانية والتي تعتبر دولا كاملة السيادة بالرغم من أنها ترتبط برابطة الولاء للتاج البريطاني ذلك لأنها محتفظة بحقها في التمثيل السياسي²، فلو عرض مثلا على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية بريطاني فإنه سيطبق عليه قانون جنسيته أي القانون البريطاني مثل ما جاء في نص المادة 1/10 على اعتباره قانون دولة مكتملة العناصر.

ولعل الإشكال الرئيسي الذي يطرح في هذا الصدد يتمثل أساسا في مدى قبول دولة القاضي الاعتراف بقانون الدولة الذي سيحكم النزاع؟ وهل يشترط بالإضافة إلى الاعتراف بقانون الدولة أن يتم الاعتراف بحكومتها؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا الإشكال، فبالنسبة للمسألة الأولى التي تتعلق باشتراط الاعتراف بقانون الدولة الذي سيفصل في النزاع، فقد رأى الفريق الأول الذي يهدف إلى إبعاد تطبيق قانون الدول الغير معترف بسيادتها في دولة القاضي ذلك أن عدم الاعتراف بها يحمل في

¹ حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، 2010-2011 ص 79.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 247.

معانيه انكار وجودها القانوني وبالتالي إنكار ما تصدره من قوانين مدام أن عملية إصدار القوانين يعتبر من أعمال السيادة¹.

ويضيف الدكتور محمد كمال فهمي أن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية إنما يكون بين الدول التي تعتبر أعضاء في المجتمع الدولي، ولما كان الاعتراف له أثر نسبي فإن عدم الاعتراف بدولة أجنبية يعني أنه ينظر إليها على أنها لا تنتمي للمجتمع الدولي الذي يسمح في نطاقه بتطبيق القوانين الأجنبية².

بينما رأى الفريق الثاني من الفقه الحديث أنه لا علاقة بين الاعتراف بالدولة الأجنبية وقبول تطبيق قانونها واستند في تبرير موقفه إلى حجبتين³:

- تتعلق الحجة الأولى بالاعتراف بالدولة بحد ذاته، إذ يعتبر من الأعمال القانونية الكاشفة عن الشخصية الدولية، فطالما أن الدولة تمارس سلطتها تجاه الأشخاص المتواجدين على إقليمها، فإنها تعتبر دولة ذات سيادة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تطبيق دولة القاضي لقانون تلك الدولة التي تزعم عدم الاعتراف بها لا يعني أبدا أنها تعترف بها كدولة.

- لما كان عمل القاضي تطبيق قاعدة التنازع للوصول إلى القانون الملائم لحكم العلاقة القانونية المعروضة أمامه، فإنه يجدر به أن ينفك من الاعتبارات السياسية ويركز على التطبيق السليم للقانون، ذلك أن تجاهل القاضي لأحكام قانون الدول التي لا تعترف بها دولته فيه مساس

¹ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين -، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002، ص42.

² كمال محمد فهمي المرجع نفسه، 248.

³ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 80.

بقيمة قاعدة الاسناد الوطنية وإهدار لغايتها، لذا يفضل بعض من زعماء الفقه الحديث إلى الاتجاه نحو التحرر من القواعد التي تصدرها الدول ذات السيادة الإقليمية، كتطبيق نظم دينية والقبلية السائدة في إفريقيا وآسيا أو تطبيق ما يعرف¹ *lex mercatoria*.

ربما من الصعب علينا أن نبدي رأينا في هذه المسألة الحاسمة، ذلك أن كل من الفريقين قد جانب الصواب من خلال حججه التي قدمها في هذا الصدد، ولكن الفكر القانوني السليم يقتضي منا أن ننتصر للفقه التقليدي ومراعاة ما جاء به الفقه الحديث، فمن الناحية الواقعية من البديهي أن ترفض دولة القاضي تطبيق قانون دولة لا تعترف بوجودها ككيان مستقل يمارس سلطته ويصدر قوانينه، وإن فعلت فإنها تكون قد وضعت قانون تلك الدولة أسوة بقانونها، فلا يتصور مثلا أن ينشأ تنازع بين القوانين الجزائرية والقوانين الإسرائيلية، باعتبار أن الجزائر من الدول التي لا تعترف بكيان إسرائيل.

من الناحية الثانية لو أخذنا بالاعتراف بالدولة كشرط أساسي لقبول تطبيق قانون تلك الدولة بموجب قاعدة الاسناد الوطنية فإنه يثار الإشكال الآتي: ما محل مصلحة الأفراد عندما يتعنت القاضي ويرفض تطبيق أحكام العلاقة القانونية المسندة للقانون الأجنبي مع الأخذ بعين الاعتبار أن قاعدة الاسناد التي قضت بتطبيقه إنما قضت بذلك لأنه القانون الأكثر ملائمة؟

¹ أطلق تجار أوروبا هذا المصطلح للتعبير عن مجموعة القواعد التي نشأت بشكل تلقائي جراء نشاط وسلوك هؤلاء التجار في الأسواق، وما وضعه زملاؤهم من لوائح لتنظيم طبيعة كل عمل تجاري تختص به فئة معينة ومن ثم تكونت العادات التجارية فضلا عن اللوائح الخاصة بتنظيم عمل التجار، وسبب ظهور هذه القواعد هو عدم مواكبة النصوص القانونية المتوفرة آنذاك للمعاملات التجارية الدولية، لتتحول فيما بعد هذه المبادئ إلى مجالات أخرى وتعدت المسائل التجارية ويسميتها بعض الفقه القانوني المشترك. أنظر: هيبه نجود و الكاهنة إرزيل، "عن القوة الملزمة لمصادر قانون التجارة الدولية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، جامعة الوادي، الجزائر، 2019.

وبصيغة أخرى فإنه يفهم من سلوك القاضي من ذلك أن الاعتبارات السياسية تفوق المصلحة العليا للأفراد.

هذا ما دفع بالفقه الحديث إلى القول بضرورة التوجه نحو تطبيق قواعد القانون المشترك *lex mercatoria* والتخلي عن تطبيق القواعد القانونية للدول ذات السيادة الإقليمية، وهو توجه نعززه لما فيه من تحقيق التوازن بين مصلحة الأفراد من جهة، والحفاظ على سيادة الدول التي تقر بمبدأ الاعتراف بقانون الدولة كشرط أساسي والزامي للسماح بتطبيقه على المنازعة المطروحة.

أما فيما يتعلق بالاعتراف بالحكومة الأجنبية المراد تطبيق قانونها في دولة القاضي فقد طرح هذا الإشكال لأول مرة بمناسبة قيام الاتحاد السوفياتي بعد ثورة أكتوبر 1917، حيث كان قضاء الدول في تلك الفترة في موقف متشكك بين رفض تطبيق القوانين التي أصدرتها باعتبارها صادرة عن سلطة غير معترف بها كقضاء كل من فرنسا وبلجيكا وبريطانيا، وقبول تطبيق قوانينها كقضاء ألمانيا والنمسا، على اعتبار أن هذا الأخير معمول به فعلا في الدولة السوفياتية ومن ثم قد اعتبرت أن رفض الاعتراف بحكومة تلك دولة أمر بلا معنى¹.

ولكن الاتجاه الحديث من الفقه توجه إلى الفصل بين العلاقات الخاصة للأفراد والاعتراف بالحكومة، معتبرين أن هذه الأخيرة مسألة سياسية²، ومثال ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بتاريخ 1973/05/03، حيث أكدت فيه وبالرغم من موقفها السلبي في

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 42.

² H. BATIFFOL, traité élémentaire de droit international privé, 4 éd, paris, 1967, p03.

بداية الأمر، على أن عدم الاعتراف بالحكومة الأجنبية ليس مانع من تطبيق القاضي للقانون الصادر عن هذه الحكومة باعتباره القانون المطبق فعلا على هذا الاقليم¹.

2- نطاق القانون المسند إليه :

من المعلوم أن أي قانون يشتمل على طائفتين من القواعد: قواعد موضوعية وقواعد الإسناد أو ما تعرف بقواعد التنازع، فمتى عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية شخص فرنسي وبعد تطبيقه لقاعدة الاسناد الجزائرية توصل الى تطبيق قانون جنسيته وهو القانون الفرنسي، في هذا الفرض فإنه يثار التساؤل حينئذ حول المقصود من هذا القانون؟ فهل سيكتفي القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية مباشرة على هذا النزاع أم أنه سيلجأ إلى تطبيق قواعد التنازع في القانون الفرنسي؟

إن الإجابة عن هذا الإشكال يقتضي تحديد نطاق القانون المسند إليه²، فإذا كان المقصود من تطبيق هذا القانون القواعد الموضوعية منه، فإن القاضي الجزائري سينتهي عند تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي، ويفصل في النزاع ولكن إذا كان المقصود من هذا القانون هو تطبيق قواعد الإسناد، فإن القاضي هنا سيكون عليه أولاً أن يحتكم إلى قاعدة الاسناد الفرنسية وهذا ما يعرف عند جمهور الفقه بالإحالة، والتي سنتناولها في الفصل الثاني من هذه الدراسة. ولكن نكتفي بالقول أن مسألة تحديد نطاق القانون المسند إليه في هذا الفرض يتعلق أساساً بموقف المشرع الجزائري والذي كان قد رفض الأخذ بها في المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني

¹ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 82.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 245.

الجزائري لكنه عاد في الفقرة الموالية من نفس المادة ليؤكد اكتفائه بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى منها فقط.

هذا ويجدر التنبيه إلى أن تطبيق القانون المسند إليه لا يجب أن يسلك غير مسلك الإسناد الإجمالي، إذ يتوجب على القاضي أن يقوم بإسناد كلي للقانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة ذات العنصر الاجنبي، بمعنى أنه ملزم بتطبيق النظام القانوني للدولة المحددة بكل ما تشمله من قواعد قانون الخاص، وقواعد القانون العام، وقواعد التطبيق الضروري والتي تعتبر جزءا منه¹.

مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الاسناد الاجمالي للقانون المسند إليه لا يتعارض لا مع طبيعة قاعدة الإسناد ولا مع طبيعة القانون الذي تختاره خاصة إذا ما كان هذا القانون أجنبيا، وهذا راجع لكون أن قاعدة الاسناد ليست إلا وسيلة إرشادية بيد القاضي والتي تمكنه من اختيار القانون الملائم للعلاقة، وبالتالي هي ليست معيار للتفرقة بين قواعد ذلك القانون (قانون عام أو خاص)، ومن ناحية أخرى إن هذا الاسناد الإجمالي للقانون الواجب التطبيق له ذات المكنة مثل سائر القوانين في حل النزعات ذات الطابع الدولي الخاص².

¹ خليل ابراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 85.

² الشماسنة محمد أحمد عبد الله، مواصلة قواعد الاسناد، المرجع السابق، ص 36.

المبحث الثاني

نشأة وتطور قواعد الإسناد

ارتبطت نشأة قواعد الاسناد بقيام ظاهرة تنازع القوانين، حيث لم تظهر الحاجة لوجود قواعد قانونية تنظم الحياة الدولية الخاصة في العصور التي عرفت غياب تام للعلاقات الأجنبية الخاصة، مثلما كان عليه الحال في المجتمعات القديمة كالإغريق والرومان والتي عرفت بتهميشها للأجنبي، إذ كان لا يتمتع بالشخصية القانونية الكاملة، فليس له الحق في الالتجاء إلى القضاء، كما كان لقوانين المدن الإغريقية النظرة العدائية بشكل صارخ، أين كانت تفرق بين الإغريقي والأجنبي كالفرق بين الإنسان والحيوان بل هناك قول لأرسطو يقول فيه " أن القرصنة تعد مشرفة ومشروعة إذ وقعت على أجنبي"¹.

ولما أحكمت روما سيطرتها على الشعوب المجاورة لها والشعوب البعيدة عليها وبدأ الحكم الروماني في التوسع، أخذت بالاهتمام بالأجانب فوضعت " قانون الشعوب"، والذي هو قانون خاص بالشعوب وتم انشاء وظيفة " قاضي الشعوب"، والذي أصبح ملزما بتطبيق قوانين متعددة تختلف باختلاف جنسيات المتقاضيين، ومما يجدر التنبيه أن قانون الشعوب لم يكن يمارس الوظيفة الإرشادية مثل قواعد الاسناد بل كان عبارة عن مجموعة من القواعد الموضوعية تطبق

¹ سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي- تنازع القوانين من حيث المكان-تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب-، ط4، دار الكتب الوطنية، بن غازي، ليبيا، 2007، ص51. أيضا: أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، - الجنسية وتنازع القوانين- 2012، ص231. متوفر على الموقع التالي: <https://books-library.website/a-3544-download> تم الاطلاع بتاريخ : 2020/10/22، الساعة : 17.00.

مباشرة على علاقات الأفراد في دول مختلفة، كما لمح بعض الفقه أن وظيفة قاضي الأجنبي قد حملت في طبيعتها مظاهر لتنازع القوانين¹.

وبعد غزو القبائل الجرمانية "البرابرة" للأقاليم التي كانت تحت سيطرة الحكم الروماني وسقوط الإمبراطورية الرومانية، عرفت هذه الأقاليم خاصة جنوب أوروبا وغربها" فرنسا وإيطاليا تعاقب نظامين على حكمها، بحيث يعرف النظام الأول بنظام الممالك الجرمانية والذي طبق نظام شخصية القوانين حتى القرن العاشر²، أما النظام الثاني فكان يعرف بنظام الأمراء الإقطاعيين والذي عرف بتكريسه لمبدأ إقليمية القوانين، ليمتد بعد ذلك إلى غاية بداية القرن الثالث عشر³.

وظل النظام الإقطاعي سائدا في إيطاليا وفرنسا حتى نهاية القرن الحادي عشر، فلم يكن هناك فرصة لظهور تنازع للقوانين، إذ كان مبدأ الإقليمية المطلقة هو السائد في تلك الفترة، ولكن منذ بداية القرن الثالث عشر عرفت روما تغيرا شاملا لظروف اقتصادية وسياسية وقانونية مما أدى إلى نشوء علاقات مختلطة مع سكان مختلف المدن، فأصبح حينئذ مبدأ الإقليمية غير قادر على استيعاب مختلف التطورات التي مست روما، فبحث الفقه ورجال القانون وأساتذة الحقوق عن حل للمسائل التي أفرزتها الحياة الجديدة لروما، فظهرت مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة لتليها مدرسة الأحوال الفرنسية، وبعدها مدرسة الأحوال الهولندية والتي عرفت أيضا بمدرسة المجاملة

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 521.

² ويقضي مبدأ شخصية القوانين أن تكون القوانين شخصية لا تسري إلا على طائفة معينة من السكان ولا تطبق على كل ساكني الإقليم، أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، 233.

³ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 521-523.

الهولندية، وما إن أفلت هذه المدارس، وإن كان الصحيح أنها لم تغل بل أنها خلقت مدارس جديدة نهلت من نفس مبادئها وإن كان بقدر ضئيل فظهرت مدرسة النظرية الإيطالية الحديثة، ثم النظرية الألمانية الحديثة وتلتها النظرية الفرنسية الحديثة.

وتفصيلا لهذه المدارس سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نتناول في المطلب الأول تطور قواعد الإسناد في الفقه الغربي القديم (فقه الأحوال) ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تطور قواعد الإسناد في الفقه الغربي الحديث.

المطلب الاول

مراحل تطور قواعد الاسناد في الفقه الغربي القديم (فقه الاحوال)

مثمنا أشارنا سابقا إلى أن ظهور نظرية الأحوال¹ كانت نتيجة لعدة عوامل تبلورت داخل الإمبراطورية الرومانية لذا كانت الانطلاقة الرسمية لبروز هذه المدرسة من روما، وذكرنا أن هذه العوامل كانت تتوزع بين عوامل سياسية وعوامل اقتصادية وعوامل قانونية، بحيث أدى الاستقلال الذي عرفته مدن روما والتي أصبحت تشكل جمهوريات، إلى ازدياد التعامل بين هذه المدن بحيث أصبح لكل مدينة قانونها الخاص واطلق عليه "les statuts" وإلى جانبه كان القانون الروماني والذي كان يعتبر القانون العادي لكل تلك المدن، هذا ما ساعد على إقامة علاقات مختلطة بين مختلف سكان هذه المدن، وأصبح مبدأ الإقليمية غير كاف لحل كافة مشاكل التي نتجت عن هذه

¹ يقصد بنظرية الأحوال: "مجموعة القواعد الفقهية، وقد نفذ بعضها إلى القضاء، والتي وضعها رجال الفقه في أوروبا القديمة لفض النزاع فيما بين قوانين البلد الواحد أول الأمر، ثم لفض النزاع فيما بين قوانين البلدان المختلفة" أنظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 13.

العلاقات القانونية، فنشأ تنازع بين القانون الروماني والأنظمة الخاصة وبين الأنظمة الخاصة بعضها البعض¹.

وفي القرن السادس عشر أخذ الفقهاء الفرنسيون نظرية الأحوال الإيطالية بشيء من التحليل والتعديل وتوصلوا إلى وضع مدرسة أحوال فرنسية، وعلى نفس نهجهم أكمل الطريق الفقه الهولندي مع إكساء مدرستهم نوعاً من التميز، فظهرت إذن مدرسة الأحوال الهولندية والتي عرفت أيضاً بمدرسة المجاملة الهولندية، وكل هذه النظريات تصب في مجرى واحد فيما يعرف بـ "نظرية الأحوال" وهذا ما سنقوم بتفصيله في فروع ثلاث بحيث نتناول كل مدرسة من هذه المدارس في فرع مستقل.

الفرع الأول

مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة *La théorie de statuts*

يعود الفضل في نشأة هذه النظرية بالدرجة الأولى إلى الاستقلال الذي عرفته مدن إيطاليا الشمالية كميلانو وبولونيا وجنوا عن الإمبراطورية الرومانية، وذلك بموجب معاهدة "كونستانس" في 21 يونيو 1183، حيث حاولت كل مدينة من هذه المدن أن تضع قوانين خاصة بها والتي تعرف بـ "LES STATUTS"² والتي كانت مستمدة من الأعراف والتقاليد السائدة فيها، كما أن هذه

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 525-526.

² كان المعنى الشائع لكلمة "statuts" يعني القوانين الخاصة بكل مدينة والتي كان يقابلها التشريع العام لشمال إيطاليا وهو القانون الإيطالي والذي كان يعبر عنه أولاً بلفظ "Loi"، وبعدما أصبحت كلمة "statuts" مماثلة لكلمة "Loi"، أصبح يعبر عن القوانين التي موضوعها الأشخاص بتعبير "statuts personale" أي الأحوال الشخصية، والقوانين التي محلها الأشياء "statuts réel".

القوانين المحلية les statuts لم تكن متنافرة فيما بينها بل كانت بينها أصول مشتركة، تعود إلى القانون الروماني وإلى تعاليم الدين المسيحي¹.

ولقد كان لازدهار الحياة الاقتصادية في هذه المدن أثر مباشر في توسيع المعاملات التجارية بين أفرادها، فظهرت الحاجة إلى وجود نظام يكفل التعايش المشترك بين هذه القوانين المختلفة وهذا بسبب التنازع الذي كان قائماً بين قوانين النفاذة في إحدى هذه المدن وبين القانون الروماني من جهة، وبين قوانين هذه المدن فيما بينها من جهة أخرى².

وفي أواخر القرن الثاني عشر نشط اتجاه فقهي حاول أن يتناول هذا الإشكال بغية الوصول إلى إيجاد قواعد لتحل هذا التنازع، واعتمدوا من أجل ذلك على طريقة التعليق على الحواشي في نصوص القانون الروماني ومن هنا جاء أصل تسمية هذه المدرسة بـ "مدرسة الشراح المحشيين" «école des glosateurs»³.

وتعتبر حاشية الفقيه "ACCURS" أهم هذه الحواشي والتي يعود تاريخها إلى 1328 والتي كانت نقطة انطلاق الفقهاء في دراستهم لنظرية الأحوال، حيث جاء نص في مجموعة "جستنيان" بما يلي: "جميع الشعوب التي تخضع لحكمنا الامبراطوري يلزمها إتباع الديانة التي جاء بها بطرس الرسول" هذا النص والذي هو قاعدة في الثالث المقدس CONCTUSPOPULUS

أي الأحوال العينية ومن هنا جاء تعبير تسمية نظرية الأحوال la théorie des statuts تلك النظرية التي تهتم بالبحث عن حلول لتنازع القوانين الشخصية والعينية. أنظر: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 527.

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 360.

² سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص 57.

³ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 361.

كان هذا النص مصدر إلهام للفقهاء « ACCURS »¹ ، فذهب إلى القول بأن خضوع شعوب الإمبراطورية ليس مقصوراً على الديانة المسيحية بل لقوانين الإمبراطورية أيضاً حتى ولو كانوا خارج هذه الإمبراطورية، فلو ترك مواطن بولونيا وذهب إلى مودان فإن أهليته لا تحكم بقانون المدينة التي حل بها، بل يحتفظ بقانونه مثلما يحتفظ الروماني بالمسيحية، واعتبره الفقه بمثابة أول استثناء على مبدأ السيادة الإقليمية للقوانين².

ومن بين إسهامات الفقهاء "ACCURS" في إنشاء قواعد الإسناد كان بمناسبة تعليقه عن الشكل الذي يلزم أن تنظم به وصية بولوني يقطن "مودان"، إذ تساءل عن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، إن كان القانون الشخصي أي القانون البولوني، أو القانون الإقليمي أي قانون البلد الذي أبرم فيه التصرف القانوني وهو قانون "مودين"، وتوصل إلى الحل القانوني الذي يقضي بوجوب إعطاء الاختصاص لقانون المحل الذي تمت فيه الوصية والذي هو قانون مودين، وعلل تطبيق هذا القانون بأنه يعطي للأفراد الشعور باليقين بقدرتهم على إجرائهم لتصرفات قانونية صحيحة في أي بلد كان، ومن ثم تم التوصل إلى إنشاء قاعدة الإسناد التي تخضع شكل التصرف لبلد إجرائه والتي تعتبر الآن قاعدة شائعة في غالبية التشريعات القانونية، مع الإشارة إلى أن هذه القاعدة تم وضعها على أساس أنها قاعدة ملزمة لا اختيارية بحيث يمكن للأطراف الإتفاق على

¹ جاءت حاشية الفقهاء " ACCURS " على هذا النص والموجودة تحت عنوان مسألة "Argumentum"، التي يعود تاريخها إلى سنة 1328 ميلادية بما يلي: "إذا انتقل بولوني من مدينة بولونيا إلى مدينة "مودين" لا تنطبق عليه أحوال "مودين" لأنه لا يخضع لها". أنظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 23.

² حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، د.ط، مطبعة الارشاد، بغداد، العراق، 1967، ص36. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 361.

مخالفتها، كما رأى جانب من الفقه معلقا على هذه القاعدة الفقهية بأن التطبيق المقصود هنا ليس مقصورا على الناحية الشكلية للعقد فقط، بل يتعلق بشروط العقد الموضوعية والشكلية معا¹.

وبعد أقول هذه المدرسة نهضت مدرسة المحشين اللاحقين "les postglossateurs" في أواخر القرن الرابع عشر، حيث تميز هذا الفقه بهجره لطريقة التحشية على النصوص عند دراسته للقانون الروماني، واستبدلوها بالطريقة التحليلية، كما أنها ضمت فقهاء فرنسيين باحثين في القانون الروماني إلى جانب الفقهاء الإيطاليين، ومن أشهرهم الأستاذ "Bartole" وتلميذه "Balde"².

وتتميز الحلول التي أتت بها هذه المدرسة بأنها حلول غير مقيدة بمبدأ معين، كمبدأ شخصية القوانين، أو مبدأ إقليمية القوانين، ذلك أنهم اقتصروا عند وضعهم الحلول لمختلف تنازع الأحوال على أن تكون متوافقة مع مجموعة الاعتبارات كأن تكون متوافقة مع متطلبات التجارة وضرورات الحياة العملية، فمتى تحلى القانون الواجب التطبيق بهذه الأوصاف كان هو الحل العادل الذي سيفصل به القاضي في النزاع³.

ومن بين الحلول التي تم التوصل إليها والتي أصبحت الآن قواعد اسناد متعارف عليها في

جل تشريعات العالم ما يلي:

¹ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 37.

-هذا وقد ميز الفقيه "Bartol" بين آثار العقد المباشرة وبين آثاره التنفيذية، وقام بإخضاع هذه الأخيرة إلى قانون محل التنفيذ لا إلى قانون البلد الذي تم إبرام فيه العقد. أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 49.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 361.

³ مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص 2 -تنازع القوانين- مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2008، ص 45.

1- التفرقة بين مسائل الإجراءات "ordinatoria litis" ومسائل الموضوع "decisoria"

"litis".

ذكرت هذه التفرقة أول مرة عند الفقيه "jacoubs balduni" سنة 1235 ثم تداولها كل من الفقيه "pierre de belleperche" سنة 1308، والفقيه "بارتول"، لتعيش هذه الفكرة عبر قرون لتصل إلى التشريعات الحديثة¹.

ومقتضى هذه القاعدة أن يتم الفصل بين الإجراءات والموضوع بحيث يتم إخضاع الأولى إلى قانون القاضي بينما الثانية تخضع للقانون الذي يحكم إنشاء الحق، وهذا ما يجعل القاضي الوطني يطبق غير قانونه². وهذا ما هو معمول فيه القانون الجزائري أيضا أنظر المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري.

2- الجرائم:

والجريمة بالمفهوم الحديث اليوم هي المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار، ذلك أن القانون الروماني لم يكن يعرف التفرقة بين المسؤولية المدنية والجريمة الغير العمدية، هذا وتوصلوا إلى إخضاعها إلى قانون البلد الذي وقعت فيه، وهذا ما تعمل به التشريعات الحديثة³.

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 24.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 362.

³ سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص 59. وهذه القاعدة القانونية التي جاء بها المحشون تقابلها المادة 2/20 من القانون المدني الجزائري.

3-المال:

قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع المال لقانون موقعه "lex rei sitae"¹ تعود بالأساس إلى سنة 1296 إذ قال بها الفقيه " Jacques de Révigny " بمناسبة فصله في مسألة الميراث في العقار وتوصل إلى إخضاعه لقانون المال، كما قال بها أيضا الفقيه "بارتول" بمناسبة القانون الذي يخضع له العقار من حيث تعليته surélever وأخضعه لقانون موقعه، كما أخذ بها أيضا ديمولان وهو بصدد التعرض إلى القانون الذي يحكم التقادم في الأشياء المنقولة والعقارية وأخضعه أيضا لقانون موقعه².

4- حالة الأشخاص وأهليتهم:

كانت مسائل الزواج والطلاق وغيرها من المسائل التي تنصب في موضوع الأسرة من اهتمام هذه المدرسة أيضا إذ تم إخضاعها إلى قانون البلد الذي يتوطن فيه الشخص وليس لقانون القاضي، نظرا لصلة هذه المسائل بالفرد وانصهارها في شخصه مما يعلل تطبيق قانون موحد بشأنها، فلو تم العمل بعكس ذلك أي كلما غير الفرد مكانه تغير القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل لو ثار نزاع في المستقبل بشأنها، فإن هذا سيؤثر على الأفراد سلبا ويجعلهم يحجمون عن الخروج عن المدن التي يتوطنون فيها، مما قد ينعكس بالسلب على مقتضيات التجارة

¹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, T1 , 7ème éd. L.G.D.J. Paris, 1983, p317.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص26. وتقابلها قاعدة الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري في المادة 17، والتي نص فيها المشرع على إخضاع كل من الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى إلى قانون موقع العقار على النحو الذي سيتم تفصيله في الباب الثاني من هذه الدراسة.

والتعامل، وهذا ما طبقه المشرع الجزائري أيضا في المادة 10 من القانون المدني أين أخضع الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم لقانون جنسيتهم¹.

كما تم الكشف عن الخطوط العريضة لفكرة النظام العام واستخدامه كأداة لصد تطبيق القانون الأجنبي عندما تقضي قاعدة الإسناد بذلك لدى فقه هذه المدرسة، وذلك من خلال تطرقهم إلى الفصل بين الأحوال البغیضة "statuts favorables" كالقواعد التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث²، إذ تبقى حبيسة ذلك الإقليم الذي صدرت فيه وبين الأحوال الملائمة "statuts odieux" أو المستحسنة التي يمكن أن يمتد تطبيقها خارج الإقليم، وهذا رعاية للهدف الذي يصبو إليه النظام العام و الذي هو حماية المصالح العليا للجماعة³.

من خلال ما تقدمنا به نصل إلى أن فقه المدرسة الإيطالية القديمة هو فقه عالمي خصب بالرغم من بعض الاعتلالات التي رافقت بعض قواعده، إلا أنه قد استطاع أن يبادر إلى سن قواعد قانونية تعتنى بالمصلحة الخاصة للأفراد في مواجهة السلطة الحاكمة التي كانت لا تعترف إلا بقانونها، وهذا من خلال بحث حلول تتوافق مع متطلبات استقرار الحياة الدولية الخاصة، كما تتميز المدرسة الإيطالية القديمة أيضا بالمرونة إذ تناولت مختلف المسائل القانونية فلم تبقى فقط على دراسة الأحوال الشخصية بل تطرقت أيضا إلى دراسة الأحوال العينية واعطاء حلول نموذجية للمسائل التي تطرح في هذا الشأن.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 38. أكثر تفصيل أنظر القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية في الباب الثاني من هذه الدراسة.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 50.

³ سالم حامد الدحوح، المرجع السابق، ص 18.

الفرع الثاني

مدرسة الأحوال الفرنسية

يرجع ميلاد هذه النظرية إلى القرن السادس عشر للميلاد وبالضبط في الفترة التي كانت فيها أوروبا تعيش الأزمة السياسية بسبب وجود الإقطاع، ويعتبر كل من الفقيه "برتراند دارجنتره" وإلى جانبه المحامي الفرنسي ديمولان "Dumoline" أهم رواد هذه المدرسة¹.

ويذهب بعض الشراح إلى القول بأن ملامح تنازع القوانين كانت ظاهرة أساسا في فرنسا وذلك منذ ظهور مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، إذ كان القانون الروماني يسود الجزء الجنوبي من فرنسا، في حين أن شمالها كان مقسما إلى مقاطعات وكل مقاطعة كانت لها أعراف وقوانين خاصة بها، هذا يؤكد ظهور تنازع في القوانين داخل فرنسا في تلك الحقبة².

بل توصل الأستاذ "Mejers" إلى القول بأن أحكام المحاكم الفرنسية في كل من باريس ونورماندي تثبت وجود قضاء غني بمسائل تنازع القوانين في نفس الفترة التي وضعت فيها الحواشي الإيطالية، كما وجدت أيضا حاشية لفقيه مجهول علق فيها على القانون الروماني والتي بينت أن النقاش كان يدور حول تنازع القوانين في جامعة السوربون بفرنسا منذ أوائل القرن الثالث عشر³.

¹ غالب علي الداودي و حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 42.

² سالم إرجيعة، المرجع السابق، ص 62.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

ولكن بالرغم من هذا فإنه لا يخفى على أحد أن هذه النظرية قد أخرجت إلى الوجود بعد تظافر جهود الفقه الذي أشرنا إليه أعلاه، وفيما يلي سنحاول أن نقف عند كل فقيه من هؤلاء الفقهاء حتى نتوصل إلى الخلفية التاريخية لقواعد الإسناد في ظل مدرسة الأحوال الفرنسية.

أولاً: الفقيه شارل ديمولان 1500-1560م

برز الفقيه "ديمولان" والذي كان محامياً في البداية، ثم أستاذ في جامعة (TUBINGEN) بألمانيا في الفترة التي كانت تدون فيها الأعراف المحلية، فأخذ يعلق عليها بالحواشي على نهج الفقهاء الإيطاليين، مما جعل بعض الشراح يعتبره من أنصار المدرسة الإيطالية¹، في حين ذهب فريق آخر من الشراح إلى تنفيذ هذا القول واعتبروه أنه أول ممثل للمدرسة الفرنسية، وذلك بالنظر إلى الإضافات التي ساهم بها في مجال تنازع القوانين بصفة عامة، وفي قواعد الإسناد بصفة خاصة².

فبالرغم من احتفاظ "ديمولان" بحلول المحشيين اللاحقين كخضوع العقد لقانون بلد إبرامه، والتمييز بين الأحوال البغيضة والأحوال المستحسنة إلا أن له إسهاماته الخاصة والمتمثلة فيما يلي:

1- توسع "ديمولان" في مبدأ خضوع العقد لمحل إبرامه والتي تم تأسيسها بالنظر إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين أين قام بالكشف عن مكنة تطرق المتعاقدين لاختيار غير هذا القانون، وذلك عن طريق أعمال الإرادة أو كما يعرف اليوم بمبدأ سلطان الإرادة، إذ توصل إلى هذا المبدأ بعد

¹ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 47.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 51.

تحليله للقضية المشهورة والمعروفة ب: قضية الزوجين "دوقانى" 1525، والتي كانت تدور حيثياتها حول معرفة القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين فيما إذا كان للزوجين أموال في مقاطعات أخرى، فتساءل إن كان سيتم تطبيق كل قوانين المقاطعات التي تقع ضمنها هذه الأموال أم أن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون واحد¹.

ولم يكتف بطرح تساءله بل ذهب ليجيب أنه لا يحكم النظام المالي للزوجين سوى قانون واحد وهو قانون موطن الزوجية، على اعتبار أن إرادة الزوجين قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون لحكم نظام الأموال فيما بينهما ويرر ذلك بقوله: "إذا كان مرد تطبيق قانون محل الابرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية، فمن باب أولى أن يسمح لهما باختيار قانون غير قانون محل الابرام ليحكم العقد المبرم بينهما"².

2- التكييف: يبدو أن هذه القضية كانت ملهمة لـ "ديمولان"، إذ توصل من خلالها أيضا إلى

الكشف عن التكييف في القانون الدولي الخاص وهذا من خلال اعتباره أن النظام المالي للزوجين

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 394.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 51.

- هذا وقد تم العمل بهذه القاعدة لغاية يومنا، ففي المادة 18 من القانون المدني الجزائري قد افسح المشرع المجال للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، إذ تضمنت المادة عدة خيارات إلى جانب القاعدة العامة التي تخضع التصرفات القانونية إلى قانون بلد الابرام، حيث أجاز خضوعها أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو لذات القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية. (سيتم التفصيل أكثر في هذا المجال في الباب الثاني من هذه الدراسة عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية).

يدخل ضمن فئة العقود وليس فئة الأموال، ليأتي من بعد الفقيه "برتان" ليفجر هذه النظرية- التكييف- ويبني لها أحكامها¹.

ثانياً: فقه برتراند دارجنتره (1519-1590م)

نشأ " برتراند دارجنتره" في مقاطعة بريطانيا من عائلة نبيلة في مدينة " فيتره" وكان متشعباً بروح أبناء هذه المقاطعة الذين كانوا يميلون إلى العزلة داخل مقاطعتهم وعدم الانتشار في الأرض، لكن في عام 1523 تم ضمهم إلى المملكة وهذا في عهد "فرنسوا الأول" ، لكن سكان هذه المقاطعة كانوا رافضين تماماً لهذا القرار، فعملوا على الإحتفاظ بمقوماتهم الشخصية ولم يختلطوا بالفرنسيين، كل هذه الظروف دفعت بـ الفقيه "برتراند دارجنتره" والذي كان من رجال القضاء، أن ينهض من أجل الدفاع عن استقلال بريطانيا ضد توغل ملوك فرنسا فكانت كل مؤلفاته تدافع عن مبدأ الإقليمية².

ونقطة البداية التي انطلق منها الفقيه دار جنتره كانت بمناسبة تعليقه على المادة 228 من عرف بريطانيا، والتي تقضي بأنه " يجوز للشخص أن يهب ثلث ماله للغير إذا كانت الهبة حاصلة بغير نية الغش بالورثة"، حيث قام بطرح تساؤه حول المجال الإقليمي الذي تنحصر فيه هذه الأموال المعنية بالهبة، بمعنى أدق هل تستهدف هذه الأموال تلك الموجودة في مقاطعات

¹ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 9.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 29-30. أيضاً: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 529.

أخرى غير مقاطعة بريطانيا؟، وكانت إجابته عن هذا التساؤل بنشره لبحث كامل بعنوان: الأحوال الشخصية والأحوال العينية¹.

الأصل هو عينية القوانين أي إقليميتها والاستثناء هو شخصيتها أي إمكان تطبيقها خارج الإقليم، كانت هذه هي فلسفة "دارجنترية" في تقسيم الأحوال إلى شخصية وأحوال عينية والتي توصل إليها "دار جنترية"² وهو متأثر بالظروف المحيطة التي عرفت بها بيئته وتطلعه للاستقلال مقاطعة بريطانيا من قبضة الاقطاعيين، فأدخل ضمن إطار الأحوال العينية كل تصرف له علاقة بالأرض سواء كان عقدا من العقود أو وصية وتم إخضاعها إلى القانون الإقليمي أي موقع العقار واستند في بناء هذه القاعدة من القاعدة التقليدية "قواعد العرف عينية"³.

أما الأحوال الشخصية فهي التي تتعلق بالحقوق العائلية مثل الزواج والبنوة وبحالة الشخص مثل الأهلية والاسم والموطن⁴، بالإضافة إلى المنقولات باعتبارها تتبع الأشخاص وذهب إلى إخضاعها لقانون الجنسية أي القانون الشخصي للأجنبي⁵.

وفي بعض الأحيان قد تكون المسألة الواحدة متصلة بكل من الأموال والأشخاص وهذا ما يطلق عليه "الأحوال المختلطة" كالنص الخاص بمنع الزوجة من أن توصي بالعقار لزوجها، وتم إخضاع مثل هذه الحالات إلى القانون العيني أيضا¹.

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص365.

² Pierre GOTHOT et Paul LAGARDE, op.cit, n25,p15.

³ حامد زكي، المرجع السابق، ص 69. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص31.

⁴ François MELIN, droit international privé, 2ème .Édition, Gualino editeur, L.G.D.J ,Paris , FRANCE 2005 P. 29.

⁵ غالب علي الداودي وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص 42.

وبالرغم من الإسهامات التي قدمها الفقيه "دارجنتريه" في مجال قواعد الإسناد إلا أنه انتقد على أساس أن نظريته لم تحط بكافة مسائل التنازع، فلم يضع قواعد إسناد خاصة بمسائل الجرائم ولا بشكل التصرفات والعقود والالتزامات والتي هي كلها مسائل تطرقت إليها مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة².

كما أخذ عليه أيضا أنه قام بتوسيع قسم الأنظمة العينية على حساب قسم الأنظمة الشخصية وبالتالي فإن دار جنتريه لم يكن موضوعيا في تقسيماته، بل كان دائم الميل إلى نصرته مبادئه الشخصية التي ناضل من أجلها، فيضع القانون العيني كمرجع في كل حالة يتعذر فيها إيجاد القانون الملائم لها³.

لكن بعض الفقه كان رافضا لهذا النقد الأخير وقام بتأويل الفكرة التي أتى بها "دارجنتريه" بأنه لم يكن يقصد عند تقسيمه للأحوال إلى عينية وشخصية الناحية الموضوعية لهذه الأحوال، بل كان يقسمها بالنظر إلى مجال تطبيقها، وبالتالي فهذا التقسيم يعد تقسيما شاملا تدخل ضمن نطاقه كافة الأحوال، فقط يعاب عليه عدم انتقائه للمصطلحات المناسبة التي عبر بها عن فكرته وهذا عندما عبر عن الإقليمية بالعينية، وبالشخصية عن الامتداد⁴.

وفي الإجمال يمكن القول بأن نظرية الأحوال الفرنسية قد طورت من قواعد الإسناد، وأضافت لفقه تنازع القوانين، فهي نظرية استفادت من نقائص المدرسة الإيطالية القديمة وحاولت

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 530.

² سالم إرجيعة، المرجع السابق، ص 65.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 34.

أن تبني قواعدها بالاستناد إلى الأسس التي وضعتها المدرسة الإيطالية القديمة، ولو أردنا أن نضع مفارقة بسيطة بينهما نخص بالذكر فقه "دارجنترية" باعتباره زعيم المدرسة الفرنسية¹، والمدرسة الإيطالية القديمة فإننا نصل إلى ما يلي²:

* فقه مدرسة الأحوال الفرنسية فقه غير متحيز بمعنى أنه فقه يبدأ من فكرة عامة محددة ومنها يصل إلى نتيجة عامة تجتمع فيها جميع حلوله وهكذا عمل "دارجنترية"، إذ انطلق من فكرة عامة والمتمثلة في إقليمية القوانين أو كما سماها هو عينية الأحوال وتوصل إلى نتائجه، في حين فقه المدرسة الإيطالية القديمة هو فقه متحيز إذ أن طريقة عمله ليست وفق منهجية معينة.

* فقه مدرسة الأحوال الفرنسية فقه تأصيلي: فعلا على خلاف المدرسة الإيطالية الذي يعالج كل مسألة على حدة ويتم التعليق عليه ليتم التوصل إلى القاعدة أو المبدأ القانوني فإن فقه هذه المدرسة يقوم برد كل الحلول إلى مبدأ واحد، وقد يبدو للبعض أن الخاصية الأولى تتشابه مع الخاصية الثانية ولكن هذا غير صحيح، بحيث أن الأولى تتعلق بالفكرة التي يؤمن بها الفقيه بينما الخاصية الثانية تتعلق بآلية العمل التي يعالج بها المشكلة³.

* فقه المدرسة الفرنسية فقه وطني خاص: ويعني هذا أنه فقه يهدف إلى تحقيق غايات محلية اقليمية، في حين أن فقه مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة فقه عالمي.

¹ لسنا هنا للتقليل من شأن أي فقيه، وقولنا هذا جاء بالنظر إلى أن عصر هذه المدرسة قد فجره الفقيه "دارجنترية"، وبالطبع لا ننفي البتة إسهام الفقيه "ديمولان" في هذه المدرسة.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 33.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وبالرغم من أن نظرية "دارجنتريه" لم تلق نجاحا كبيرا في فرنسا إلا أنه تم الترحيب بها في كل من هولندا وهذا في القرن السابع عشر، ثم إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وهذا لاتفاقها مع الظروف التي كانت سائدة في هذه الدول آنذاك، كما أن الحلول التي أتت بها هذه النظرية لم يتم تطبيقها فقط من أجل حل مشاكل التنازع الداخلي كما فعل "دارجنتريه"، بل استخدمت لحل مشاكل التنازع الداخلي والدولي معا¹.

الفرع الثالث

مدرسة المجاملة الهولندية

رسم القرن السابع عشر بداية جديدة للأراضي الواطنة، حيث عرفت استقلال مقاطعاتها السبع الشمالية من قبضة الإسبان (سنة 1579) وأصبحت تعرف باسم المقاطعات المتحدة، وكان لهذا الاستقلال أثره، إذ أضحت تنعم بازدهار تجاري وتعج بالعلاقات بين مختلف مقاطعاتها، كما كان لكل مقاطعة قانون خاص بها، هذا ما حفز على ظهور تنازع بين مختلف هذه القوانين، وبطبيعة الحال كان التنازع في بدايته محلي لا أكثر، ليتطور ويصبح بعد ذلك تنازع بين المقاطعات المتحدة الشمالية وبين مقاطعات الجنوب².

وقد تناول فقه المدرسة الهولندية مسألة التنازع بين القوانين بميول عدوانية، إذ كان لهم موقف سلبي تجاه تطبيق القانون الأجنبي في أراضيهم، فتلخصت عقيدتهم بالولاء المطلق لقانونهم

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 42.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 35.

وإحياء مبدأ إقليمية القوانين نتيجة لما عاشته أراضيهم من اضطهاد¹، وهذا ما وجدوه فعلا عند فقه "دارجنترية" والذي عد الأب الروحي لمدرستهم، فأخذوا ينهلون من أحكامه ومبادئه ويتشبهون به فكانت المدرسة الهولندية تبدو وأنها بنت المدرسة الفرنسية².

ومن مظاهر التقليد للمدرسة الفرنسية ما ذهب إليه الفقيه الهولندي burgundus (1586-1649) حول تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية ومختلطة، وجعل الأصل هو العينية والشخصية والمختلطة -امتدادها- هي الاستثناء وهذه كلها أفكار تقليدية لم تضيف الجديد لحل مشكلة تنازع القوانين.

وبعد مجيء كل من الفقيه "paul voet" و "ulrich Huber" وابنه "jean voet" أخذوا يطلقون أفكارهم الجديدة والمستقلة عن فقه الفرنسيين، وكانت أهم هذه الأفكار فكرة المجاملة الدولية والتي اعتبرت قفزة نوعية لفقه هذه المدرسة³. وتفصيلا لما سبق سنتطرق أولا إلى التعريف بمبادئ هذه النظرية ثم الوقوف على تقديرها.

أولا: مضمون نظرية المجاملة الدولية *courtoisie internationale*

تميز الفقه الهولندي عن الفقه الفرنسي بمبدأ المجاملة الدولية، والذي أضفى طابع خاص للمدرسة الهولندية⁴، فعلى غرار مدرسة الأحوال الإيطالية والفرنسية والتي كانت حلولهما تقتصر

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 367.

² عصام الدين القصبى، المرجع السابق، 31.

³ غالب علي الداودي و حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 43.

⁴ H . Batiffol et Paul Lagarde, p.270

إما على فك التنازع الداخلي بين المدن أو لإيجاد حلول للمنازعات بين المقاطعات تمكن فقه الأحوال الهولندي من توجيه بوصلة بحثه نحو إيجاد حلول لتنازع القوانين بين الدول، وبهذا تكون المدرسة الهولندية أول مدرسة تتناول هذه المسألة حيث لم تصل إليها أي مدرسة من قبل¹.

وتأتي نظرية المجاملة الدولية كاستثناء على مبدأ اقليمية القوانين الذي يسري على جميع الأحوال بصرف النظر عن موضوعها، ومن المعلوم أن الفقه الهولندي مثلما ذكرنا سابقاً أنه أخذ من الفقه الفرنسي بعض المبادئ ليتوسع فيها فيما بعد، وكان التقسيم الثلاثي للأحوال أهم قاعدة تبناها الهولنديين لكن الاختلاف كان في الموضوع الذي تضمنته هذه الفئات ونخص بالذكر فئة الأحوال المختلطة والتي جعلوا موضوعها يخلو من الأشخاص والأموال ووضعوا قواعد إسناد تعتنى بموضوع الإجراءات والتصرفات والوقائع القانونية، وأبقوا على نفس التصنيفات فيما يتعلق بفئة الأحوال العينية التي كانت تضم كل المسائل المتعلقة بالمال، وفئة الأحوال شخصية والذي كان يشكل الأشخاص موضوعها الرئيسي².

وعليه فإن المدرسة الهولندية تضع جميع الأحوال على قدم المساواة، بل أن إيمانها بالإقليمية جاء بصفة مطلقة³، وهذا ما أكده الفقيه "هوير" زعيم هذا المبدأ بقوله "قوانين كل دولة تسود داخل حدود إقليمها على جميع رعاياها"¹.

¹ حسن الهداوى، المرجع السابق، ص 40.

- وكان أول استعمال لمصطلح تنازع القوانين *conflits de lois* قد عرف على يد المدرسة الهولندية بعد ما كان سائد مصطلح "تنازع الأحوال" *"conflits de statues"* أنظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 37.

² محمد كمال فهمي المرجع السابق، ص 368. سالم إرجيعة، المرجع السابق، ص 67.

³ وهذا ما يعرف بمبدأ الإقليمية البحتة *"stricte territorialité"* أنظر: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق ص 531.

وفي ظل هذا التشدد والإيمان الراسخ بضرورة تطبيق مبدأ الإقليمية، تظهر نظرية المجاملة الدولية لتداعب خيال المستهجنين لهذا المبدأ - مبدأ الإقليمية² - وهذا ما أكده الفقيه هوبر في قوله: "يجوز أن يسمح رئيس كل الدولة من باب المجاملة الدولية أو من باب تبادل المصالح بأن يتصرف بآثار تطبيق القوانين الأجنبية على ما يقع في حدود إقليمها على ألا يترتب على ذلك أي مساس بسلطان الدولة أو بمصالحها الدولية أو بمصالحها الجوهرية³."

ولم تحافظ هذه النظرية على نسقها المعتاد، إذ جاء الفقيه "جون فوت" وقام بتطويرها وتحديد نطاقها بقصد تطبيق هذا الاستثناء على مسائل الأحوال المختلطة والأحوال الشخصية، وبالفعل تم العمل بهذا الاستثناء في الوقت الحاضر تحت مسمى: الدفع بالنظام العام والذي يعتبر قيذا على تطبيق القانون الأجنبي داخل دولة القاضي⁴.

وظلت تتداول هذه النظرية بمفهومها الخاطئ لمدة قرنين كاملين، وتم اعتبارها على أنها قد شوهت غاية قاعدة الاسناد عندما رفعت عنها صفة الإلزام، وأصبحت تخضع لأهواء القاضي، فمتى شاء طبقها ومتى شاء رفضها، إلا أن جاء الفقيه "نيبوايه" وقام بإماطة اللثام عن المفهوم الصحيح لهذه النظرية، بحيث أرجع السبب وراء هذا التفسير الخاطئ لهذا المصطلح هو الترجمة

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 368

² يذهب الدكتور فؤاد ديب في تبرير هذا الاستثناء بقوله "أن الهولنديون قد شعروا بالقسوة من تطبيق هذا المبدأ وبناتج السلبية على مصالح الأفراد وعلى تطور علاقاتهم الخارجية والمصالح المشتركة والمتبادلة للدول فتم صياغة مبدأ المجاملة الدولية واعتبر كأساس لتطبيق القانون الأجنبي لديهم". أنظر: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 10.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 531-532.

غير الموفقة التي تم استعمالها للتعبير عن هذه الفكرة، إذ ترجم المصطلح اللاتيني "comitas" بتعبير "Courtois international" أي المجاملة أو اللباقة الدولية¹.

فعلى عكس ما ذهب إليه الفقيه "دارجنتره" حول اعتبار فكرة العدالة كأساس للسماح بتطبيق القانون الأجنبي، فإن هذه النظرية بمفهومها الصحيح تعطي الحرية للمشرع الوطني بالسماح بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه، وليس حرية القاضي كما تم فهم مقصدها، فيتم اللجوء إلى تفعيل مبدأ المجاملة الدولية في مرحلة سابقة على النزاع وبالتحديد وقت وضع قواعد الإسناد، فهو معنى يقوم في ذهن المشرع، والذي يراعي في تطبيقه ما تقتضيه الضرورة الواقعية "neccessitas facti"².

ويغض النظر عن التفسيرات والمبررات التي تم وضعها من أجل تزكية مبدأ المجاملة الدولية ودحض الشبهات التي عابت هذه النظرية، إلا أننا نرى بأن فكرة المجاملة الدولية هي الفكرة الوحيدة التي استطاعت الكشف عن النية الخفية لغالبية المشرعين في العالم من وراء وضع قواعد الإسناد، فليس غريبا أن يمدد المشرع مصالح دولته ويدفع القانون الأجنبي بعيدا عن تطبيقه في حالات ومسائل تتنافى مع المقومات التي تقوم عليها هذه المصلحة والاعتبارات، بل إننا نعتبر أن من يقول بعكس ذلك هو من يجامل مشرعه ويموه من حقيقة هذا الأمر.

فبما أن قاعدة الإسناد هي قاعدة من وضع المشرع الوطني، فسيكون من المنتظر أن تكون متوافقة مع مصالح دولته قبل كل شيء، ولكن الجانب المظلم من هذه النظرية يرجع إلى كون أن

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 369.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 38.

فكرة اقتران المجاملة الدولية بالمفهوم الغير المحدد " للمصلحة"، قد يخلق تجاوزات صارخة لحقوق الأفراد ويهدر من قيمة قواعد الإسناد كما قد يحول النزاع بين الأفراد إلى نزاع بين السیادات.

وهذا ما حدث بالفعل عندما تم استخدام هذه النظرية بدون ضبط لحدود مفهوم المصلحة المشروطة من قبل دولة القاضي على القانون الأجنبي، لذا يجب على المشرع أن يقوم بتهديب هذه المصالح المتنافرة بعضها البعض، بانتقاء الصياغة القانونية السليمة لقواعد الإسناد حتى يتمكن من الموازنة بين مصالح الدولة من جهة وحقوق الأفراد من جهة أخرى.

ثانيا: مآل مدرسة المجاملة الهولندية

انتقل فقه المدرسة الهولندية إلى إنجلترا في القرن الثامن عشر وكان ذلك على يد القاضي الانجليزي "جنكنز"، الذي تم نفيه من إنجلترا إلى هولندا وهذا لفترة من الزمن فأخذ يدرس فقه المدرسة الهولندية وبصفة خاصة فقه "هوبر"، ليعود فيما بعد حاملا هذا الميراث العلمي الهولندي إلى إنجلترا، كما ساهم أيضا في هذا الطلاب الانجليز والاسكتلنديين الذي كانوا يتوافدون على جامعات هولندا وبالأخص جامعة "ليدن" فنقلوا بالطبع ما تلقونه من المدرسة الهولندية إلى إنجلترا¹.

كما تأثر الفقه الانجلو أمريكي بفقه المدرسة الهولندية فسلم بمبدأ اقليمية القوانين وكان هذا بفضل الأستاذ والقاضي "JOSEPH STORY" والذي عمل على تبرير مبدأ " التطبيق الإقليمي لقانون القاضي" على أساس فكرة السيادة، إذ ذهب إلى القول بأنه لا أثر للقانون متى تعدى

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 40.

الإقليم إذ لم تقبل الدول الأخرى أن تتنازل عن جزء من سيادتها¹، أي أنه كان يقيم العلاقة بين قبول تطبيق القانون الأجنبي وانتقاص السيادة.

وبصفة عامة فإن الفقه الانجلوسكسوني كان متمسكا بالنظرية الهولندية إلى أقصى الحدود، إذ لا يزال الشراح الانجلوسكسون يتداولون اصطلاح المجاملة الدولية، بل وأن بعض الفقه قد استعان بها ليصل إلى تبرير نظرية "احترام الحقوق المكتسبة" THEORY VESTED RIGHTS " كأساس لتطبيق القانون الأجنبي².

وليس الفقه الأنجلوسكسوني وحده من اعتنق نظرية الأحوال، بل إن الفقه الحديث بأكمله واصل على نهجها وأضاف الجديد، وأزال الشوائب التي كانت تهز نظرية الأحوال ككل، وقبل أن نتطرق إلى مناقشة نهج الفقه الحديث في إنشاء قواعد الإسناد فإننا رأينا أنه من المفيد أن نسلط الضوء على نقطة مهمة رصدناها من خلال ما تناولناه حول تطور قواعد الإسناد في هذه الحقبة والتي نحسبها بتقديرنا المتواضع نتيجة مهمة.

حيث تم التوصل إلى أن الظروف السياسية كانت تلعب دور محوري في قيادة المجتمعات في تلك الحقبة، بل حتى أن مكانة القانون كسلطة لا يعلو عليها أحد قد تراجع إبان الظروف الصعبة التي مرت بها المجتمعات القديمة والتي كانت لا تعرف سوى الحرب والنصرة للغالب كأداة لفرض القوة والهيمنة على المجتمعات المغلوب أمرها، وعندما عرفت المدن الإيطالية والهولندية طعم الاستقلال بدأت تهتم بمسائل تنازع القوانين، ولكن وبالرغم من الأثر الذي أحدثته

¹ هشام صادق، حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 15.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 371.

هذه المدارس فإنها لم تتمكن من انشاء قواعد اسناد واضحة المعالم ذات توجه عالمي، ذلك أن اهتمامها الأعظم كان موجه حول حماية "السيادة" التي حظيت بها المدن التي نالت منها الأنظمة الديكتاتورية، بل حتى أنها كانت متخوفة من إهدار هذه السيادة في حالة ما إذا قامت بتوسع في وضع قواعد تهتم بالحياة الدولية الخاصة وحياة الأجانب خوفا من غضب الطبقة السياسية الحاكمة، هذا ما جعل من نشوء قواعد اسناد بالمفهوم الحديث أمر غير وارد اطلاقا.

المطلب الثاني

تطور قواعد الإسناد في الفقه الغربي الحديث

تميز تنازع القوانين في القرن التاسع عشر بعدة أحداث تاريخية مميزة ساعدت في تطوير قواعد الإسناد والتي يمكن اجمالها فيما يلي¹:

*تم الاتجاه إلى تبني نظام الدولة بالمفهوم الحديث المتعارف عليه في القانون الدولي الوضعي بدلا من نظاما المدن المستقلة الذي كان سائدا طيلة الفترة الزمنية السابقة، مما أدى إلى نشوء روابط ومبادلات ذات عنصر أجنبي بين أفراد تلك الدول، والذي ساعد في ظهور تنازع القوانين بالمفهوم المعاصر.

*بداية ظهور التقنيات المدنية في تلك الدول الجديدة واحتوائها على بعض قواعد التنازع.

*وأخيرا تراجع مكانة مدرسة الأحوال وتعاليمها وظهور فقه عالمي جديد يحل تنازع القوانين باستعمال مناهج قائمة على إرادة المشرع وطبيعة الحياة الدولية الخاصة فظهرت المدرسة الألمانية

¹ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 51.

الحديثة، طُورت المدرسة الإيطالية والفرنسية بمفاهيم حديثة وهذا ما سنأتي إلى معالجته في فروع ثلاث.

الفرع الأول

المدرسة الألمانية الحديثة

إن كان الفقه الانجلوسكسوني قد آمن بنظرية المجاملة الهولندية وراح يصوغ أحكامه متمسكا بتعاليمها، فإن المدرسة الألمانية قد أعدتها نظرية تحتضر، إذ عُرِفَ الفقهاء الألمان من أمثال الفقيه واغجر "wachter" والفقيه "شافنر" "schaeffner" وإلى جانبهم سافيني "savigny" والفقيه "هاوس" بنكرانهم الشديد لنظرية المجاملة الدولية بل جعلوا من مؤلفاتهم شاهدا على ذلك.

ومما يجدر الإشارة إليه أن بعض من فقهاء القانون الدولي الخاص قد قصروا المدرسة الألمانية على الفقيه سافيني¹، وهذا مالم نشأ نحن على إتباعه، إذ رأينا أنه من الأفضل أن نتناول اسهامات كل الفقهاء الذين أشارنا إليهم أعلاه، إذ لا بد وأنهم قد أضافوا للمدرسة الألمانية ولو القليل، وهذا ما سنعكف على تبيانه فيما يلي:

¹ اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص60. أيضا: سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص77. و أيضا: حسن الهداوي، المرجع السابق، ص44.

أولاً: نظرية الفقيه " واغجر waechter "

تتاول الفقيه "واغجر" ضمن كتابه المعنون بـ" تنازع القوانين" عام 1841 في جامعة "Tubingen" نظريته التي رأى فيها أن القاضي عندما يبت في نزاع مشوب بعنصر أجنبي في أي دولة يتوجب عليه أن يرجع لأحكام التنازع التي يتضمنها قانونه الوطني أولاً، وإن لم يجد فيها حكم صريح كان عليه أن يحلها وفقاً لما يستتبطه من روح قانونه الوطني¹.

ولم تأخذ نظريته التأييد المطلوب إذ تم نقدها على أساس أن القاضي غير ملزم إلا بالانصياع لأوامر مشرعه الوطني، وليس ملزماً بتطبيق قواعد التنازع الموضوعية ضمن قانونه الوطني، كما أن لجوء القاضي إلى استتباط الحكم من خلال قواعد قانونه الوطني سيؤدي لا محال إلى تطبيق القانون الوطني دائماً وفي كل الأحوال، ولا مجال إذن لتطبيق القانون الأجنبي وهذا يعني تطبيق مبدأ إقليمية القوانين بصورته المطلقة، وهذا ما جعل بعض الفقه يعتبرون أن الفقيه "واغجر" من أنصار مبدأ إقليمية القانون².

ثانياً: نظرية الفقيه "سافنر schaeffner"

أصدر الفقيه "سافنر" كتابه في تنازع القوانين في نفس العام الذي نشر فيه الفقيه "واغجر" كتابه، وفيه قام بالتهجم على نظرية الأحوال معتبراً أنها نظرية تعج بالتناقضات ولم تستطع إيجاد الحل الملائم الذي يمكن أن يفض به تنازع القوانين، ثم طرح نظريته التي تتمحور حول وجوب

¹ غالب علي الداودي وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص 42.

² المرجع نفسه، ص 44.

رجوع القاضي إلى قواعد التنازع المتضمنة في القانون الوطني للفصل في العلاقات القانونية المصبوغة بالصبغة الأجنبية، ومتى تعذر ذلك، فإنه يطبق قانون محل إبرام التصرف القانوني ويكون هذا جميع الحالات القانونية التي تعرض عليه، واستثنى من ذلك الأهلية والتي أخضعها لقانون الموطن والأموال لقانون محل وجودها¹.

لكن تم نقد هذه النظرية أيضا وذلك لاتصافها بالغموض وعدم الدقة إذ لم توضح المقصود من العلاقة القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه من الصعب أن يتم تحديد مكان إجراء التصرف القانوني².

ثالثا: نظرية الفقيه "سافيني savigny"

يعتبر الفقيه "سافيني"³ من أشهر الفقهاء الألمان الذين لاقى فقههم رواجاً كبيراً بين الأوساط الفقهية الباحثة في القانون الدولي الخاص، حيث ضمن نظريته حول تنازع القوانين في الجزء الثامن من كتابه الذي نشره سنة 1849 والذي حمل عنوان "القانون الروماني"، والسبب وراء اهتمامه بالقانون الروماني يعود بالأساس إلى كونه القانون المطبق في كثير من أجزاء ألمانيا بالإضافة إلى أنه كان يعتبر القانون العام لها جميعاً، كما درس أيضاً فقه تنازع القوانين من حيث

¹ محمد البشير أحمد عوضة، تنازع القوانين - دراسة مقارنة بالتطبيق على القانون السوداني والمصري-، مكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، أم درمان، السودان، 2004-2005، ص 42.

² المرجع نفسه، ص 43.

³ ولد سافيني Frederich-Karl Von savigny في فرانكفورت وتوفي في برلين، وهو ينتمي إلى عائلة فرنسية محافظة، عمل كأستاذ جامعي كما يعتبر مؤسس نظام القانون المدني الحديث في ألمانيا والنظام القانون الخاص، وعرف عليه أيضاً دفاعه عن الفقه التاريخي Historical Jurisprudence في تعريف القوانين القائمة والعمل بها. أنظر: محمد ضو فضيل، المرجع السابق، ص 493 أشار إليها في الهامش الأول.

الزمان وابتدع فكرة " تنازع القوانين من حيث المكان" وبحثها بغض النظر عن طبيعة التنازع إن كان محليا أو كان تنازع دوليا¹.

وكان الفقيه "سافيني" أول من نادى بضرورة الرجوع إلى المنهج التحليلي الذي قامت عليه مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، وفي نفس الوقت لم يخفي هذا الفقيه رفضه لما جاءت به أفكار كل من الفقيه "دارجنتره" و "مانشيني" والذي اعتبر أن آراءهم كانت ضحية الظروف السياسية السائدة آنذاك ولا تتوافق مع المنطق القانوني السليم، ولكن وبالرغم من اعتناقه لمنهج مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، إلا أنه لم يذعن لكل ما جاءت به بل اكتفى فقط بأخذ روح هذه النظرية لذا عرفت نظريته بنظرية: "الاعتداد بتحليل الروابط القانونية"².

ويأسس الفقيه سافيني نظريته على فكرتين جوهرتين والتي تتمثل في: فكرة الاشتراك الحقوقي وفكرة التركيز المكاني³.

فأما بالنسبة لفكرة الاشتراك الحقوقي فمردها أن البلدان التي اعتنقت القانون الروماني وسادت فيها الديانة المسيحية تجمعها فكرة الاشتراك القانوني أو الحقوقي، أي تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني، حتى أن مفهوم العدالة مشترك فيما بينهما وبالتالي فلا مناص من قبول تطبيق قانون أحد هذه البلدان⁴، ذلك أنه من نتائج تطبيق فكرة الاشتراك الحقوقي أن تكون كل حلول تنازع القوانين بما يتضمنه مفهوم العدالة واحدة مقبولة عند كل هذه البلدان التي يجمعها

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 48.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 44.

³ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 12-13.

⁴ BUREAU Dominique, Horatia Muir Watt, op.cit, p357-358.

الاشتراك الحقوقي وبالتالي فلا محل للأخذ والعطاء مع مبدأ إقليمية القوانين وهكذا تكون هذه النظرية قد قذفت بنظرية تنازع القوانين للعالمية، كما أن فكرة الاشتراك الحقوقي بهذا المعنى تكون قد دحضت ما استقرت عليه المدرسة الهولندية والفرنسية حول رد تطبيق القانون الأجنبي على أساس فكرة المجاملة أو كاستثناء على قانون القاضي.

أما عن فكرة التركيز المكاني فإنها تعني أن لكل رابطة قانونية مركز قانوني معين ومن ثم فإنه يتوجب تحليل الرابطة القانونية وتحديد طبيعتها ليتم تركيزها في مكان معين ثم تطبيق قانون هذا المكان على هذه الرابطة القانونية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن تحديد مركز الرابطة القانونية يتم بالنظر إلى المكان الذي تحقق فيه كافة أثارها أو أغلبها¹.

وعليه فإنه حسب ما ذهب إليه الفقيه "سافيني" أن حل تنازع القوانين مرهون بتحديد مقر الشخص ومقر العلاقة، والذي يتم التوصل إليه عن طريق معرفة المحكمة المختصة إذ متى ثبت أن الاختصاص لمحكمة معينة، كان قانونها هو المختص بحكم العلاقة، كما يكون لرغبة أصحاب المصلحة دور في تحديد مركز هذه العلاقة القانونية² أو كما يعرف بفكرة الخضوع الإرادي والذي يقصد به أن ارتباط الشخص بروابط معينة يفترض خضوعه لقانون مركزها وهو بهذا المعنى القانون الذي تتركز فيه آثارها³.

¹ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 54.

² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 32.

"- la méthode proposée par F.-C. SAVIGNY, qui retient au départ une relation juridique et cherche, en en fixant le « siège », à déterminer la loi qui lui est applicable"

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 45-46.

وإعمالاً لفكرة التركيز القانوني فقد ذهب "سافيني" إلى إخضاع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الموطن على اعتبار أن تركيز هذه الروابط المتعلقة بحالة الأشخاص لا يأتي ثماره إلا في المكان الذي يستقر فيه الشخص، في حين أخضع الأموال لقانون موقعها سواء كانت أموال منقولة أو غير منقولة، أما الالتزامات التعاقدية، ولما كانت لا تشغل حيزاً مكانياً فإنه بحث لها عن المظاهر التي يمكن أن تجسد هذا الالتزام، فتوصل إلى أن الالتزام التعاقدى يجسده كل من الإبرام والتنفيذ فأخضعه لمكان تنفيذ هذه الالتزامات، كما أجاز أيضاً أن يتم إخضاع هذا الالتزام لقانون آخر غير قانون محل التنفيذ وهذا وفقاً لما تقتضيه الإرادة الحرة للمتعاقدين، أما بخصوص الالتزامات المترتبة على الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) أو الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) فقد أخضعها لقانون محل وقوع الفعل¹.

وأخيراً فإنه وبالنسبة للدعاوى والذي يقصد بها إجراءات التقاضي فإنه أخضعها إلى قانون القاضي باعتباره قانون محل تطبيقها².

ولم يكتف "سافيني" بتبيان القواعد العامة التي تقوم عليها نظريته في تنازع القوانين، إذ يستشف من خلال ما أورده بشأن فكرة الاشتراك القانوني والتي يتحدد نطاقها بالدول التي تدين بالديانة المسيحية وجمعها القانون الروماني، أنه عندما تنتفي هذه الشروط فلا مجال لتطبيق القانون الأجنبي وإنما الاكتفاء بتطبيق قانون القاضي، وبالتالي فمتى غابت فكرة الاشتراك القانوني

¹ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 13.

² المرجع نفسه، ص 14.

فلا مجال للحديث عن القانون الأجنبي وهذا ما يعرف اليوم بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي¹.

وبالرغم من أن "سافيني" قد فجر الأوساط الفقهية بنظريته وكان أول مبادر لدراسة مشكلة تنازع القوانين من أساسها ويفضله تم الكشف عن قواعد إسناد بالمفهوم الحديث السائد في القانون الدولي الخاص، إلا أن بعض الناقدون قد اعتبروا أن نظريته لا تخلو من الشوائب وراحوا ينتقدونها ويكشفون عن مواطن الضعف التي هزت نظريته والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

* تم توجيه النقد لفكرة الخضوع الإرادي كونها فكرة غير سليمة من الناحية القانونية، إذ أن الأصل في القواعد القانونية أن تكون آمرة فمنذ متى كانت إرادة الأفراد هي التي تختار القانون الواجب التطبيق أو تختار عدم الانصياع لما وضعه المشرع، وإنما وفي حالات استثنائية يعطي المشرع حيزا للأفراد أن يختاروا قانون علاقاتهم، ولكن لا يكون هذا إلا في حالات محددة مسبقا يضعها المشرع، كما تم نقدها من الناحية الثانية كونها فكرة تضع تصور مسبق على إرادة الأفراد، إذ من الوارد جدا أن تكون إرادة الأفراد قد توجهت إلى اختيار قانون آخر مثلما كان عليه الحال في افتراض قانون محل التنفيذ بالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية².

* تم انتقاد فكرة الاشتراك القانوني على أساس أنها فكرة مهجورة، بالإضافة إلى أن حركة التجارة الدولية والتي دفعت بالأشخاص للانتقال من بلد إلى آخر كانت قد ساهمت في تغيير

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 46.

² أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 62.

موقف الدول تجاه تطبيق القانون الأجنبي على إقليمها وأصبحت تطبقه وبشكل عادل أيضا بالرغم من عدم تحقق فكرة الاشتراك القانوني¹.

لكن كل هذه الانتقادات لم تكن قادرة على أن تطفئ نور نظرية "سافيني"، إذ احتضنها الفقه الأنجلوسكسوني أيضا وكان شديد التأثير بها مثلما كانوا متأثرين بفكر زعيمهم الفقيه الأمريكي ستوري story ، والذي ذاع صيته بعدما بحث في نظرية المجاملة الهولندية، كما كان قد رحب بها في فرنسا كل من الفقيه ديسبانييه Despaget وفالير Valéry².

رابعا: نظرية الفقيه هاوس Hauss

بحث الفقيه "هاوس" في كتابه الذي نشره عام 1924 عن حل لتنازع القوانين وأقام نظريته بشأن تنازع القوانين، حيث رأى أن القاضي ملزم بأن يبحث أولا عن القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأفراد لتطبيقه على علاقاتهم، وإن تعذر عليه ذلك كان عليه حينئذ أن يرجع لأحكام وقواعد قانونه الوطني، ومتى غابت الحلول في كلتا هذين الفرضين فإنه يطبق قانون الموطن أو قانون مكان وجود المال³.

ولعل عيوب نظرية "هاوس" مكشوفة لا تحتاج إلى تعميق المفاهيم، ذلك أن العيب الذي تم على أساسه انتقاد الفقيه "سافيني" كان قد وقع فيه هو أيضا، ذلك أنه من نتائج الأخذ بنظريته تنصيب الإرادة فوق القانون، علاوة على أنه قد حول مشكلة تنازع القوانين من البحث عن القانون

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 50.

² غالب علي الداودي و حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 47.

³ محمد ضو فضيل، المرجع السابق، ص 494-495.

الواجب التطبيق إلى البحث عن إرادة أطراف النزاع، بالإضافة إلى أنه قد تؤدي هذه الإرادة إلى تطبيق قانون أجنبي يخالف النظام العام السائد في دولة القاضي وهذا ما لا يمكن أن يستوعبه القانون الدولي الخاص¹.

الفرع الثالث

المدرسة الفرنسية الحديثة

يعتبر القرن العشرين بداية جديدة للمدرسة الفرنسية، حيث راح الفقهاء الفرنسيون يبحثون عن مناهج مغايرة لحل مشكلة تنازع القوانين ليخالفوا نهج أسلافهم من الفرنسيين القدامى، وكان من أبرزهم كل من الفقيه "بيليه pillet" و "بارتان bartin" و "نيبويه niboyet"، حيث كان لكل منهم نظريته الخاصة في تعاطي مشكلة تنازع القوانين ومنهجية خاصة في سبيل التوصل إلى حلول لها، لذا سيكون من المفيد أن نتناول نظرية كل فقيه على حدى، وهذا بالفعل ما سنعكف على تبيانه فيما يلي:

أولاً: نظرية الفقيه الفرنسي "بيليه"

كان "بيليه pillet" أستاذ في القانون الدولي العام في كلية الحقوق بباريس، وكانت محاولته الأولى لإيجاد حلول لمشكلة تنازع القوانين قد تضمنتها أبحاثه المنشورة في مجلة clunet التي تناولت نظريته المعروفة بـ "طبيعة القوانين الإجتماعية والهدف العام" وكان هذا في أواخر القرن

¹ غالب علي الداودي، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 47.

التاسع عشر (1894-1896)، وفي عام 1903 قام بنشر هذه النظرية في كتابه "مبادئ القانون الدولي الخاص" ثم في مؤلفه المطول الذي أخرجه عام 1922-1924.¹

ونقطة البداية عند "بيليه" أن تنازع القوانين ما هو إلا تنازع بين السیادات وأن الأمر لا يعدو إلا أن يكون معرفة مدى إمكانية اذعان سيادة دولة أمام سيادة دولة أخرى بشرط أن تقبل تطبيق قوانين هذه الأخيرة على إقليمها.²

ولما كان كل قانون دولة يعبر عن سيادتها فإنه من اللازم أن يكون متمتعا بخاصيتين: خاصية الدوام وخاصية العموم، بحيث أعمال الخاصية الأولى يفضي إلى أن القانون يكون تابعا للأشخاص والأموال من تاريخ صدوره إلى يوم إلغائه، في حين أعمال الخاصية الثانية يؤدي إلى تطبيق القانون على كافة الأشخاص والأموال على إقليم الدولة³، ومن ثم فإن محافظة كل قانون دولة على هذه الخاصيتين سيؤدي لا محالة إلى غياب تنازع للقوانين، ذلك أن كل دولة ستطبق قانونها على كافة مواطنيها حتى ولو كانوا خارج إقليمها لتضمن لهم الدوام وفي نفس الوقت تكون قد طبقتها على كافة إقليمها لتضمن لهم العموم فيصبح إذن الحديث عن تطبيق القوانين الأجنبية ضعيفا بل مرادف للمعدوم.⁴

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 381. أيضا: محمد ضو فضيل، المرجع السابق، ص 496

² عز الدين عبد الله، المرجع لسابق، ص 63.

³ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 46.

⁴ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 63.

وعندما أدرك بيليه أن نظريته بهذا الشكل قد لا تأتي بنتيجة كاملة في مجال تنازع القوانين

نظرا للتطورات التي قد تعرفها المعاملات التجارية الدولية قسم القوانين إلى مجموعتين¹:

مجموعة تكون ممتدة لاحتفاظها بخاصية الدوام دون خاصية العموم، فتطبق على الوطنيين

حتى لو كانوا في الخارج، لكنها لا تسري في مواجهة الأجانب داخل الإقليم.

مجموعة تكون إقليمية التطبيق، حيث تكون متمتعة بصفة العموم دون صفة الدوام، فتطبق

على كل الوطنيين والأجانب لكنها لا تمتد إلى خارج هذا الإقليم حتى بالنسبة للمواطنين.

والمرجع في هذا التحديد يتم عند "بيليه" وفقا للغرض الاجتماعي للقانون social But، فإذا

كان الغرض هو حماية الفرد غلبت فيه صفة الاستمرار على صفة العموم وأصبح قانونا ممتدا،

أما إذا كان الغرض الاجتماعي للقانون هو حماية الجماعة احتفظ بصفة العموم وأصبح قانونا

إقليميا².

وفي هذا السياق كان قد وضع الأمثلة التالية لتعزيز موقفه حيث اعتبر أن القوانين الخاصة

بالأهلية ويتحدد سن الرشد وحماية القصر، غرضها الاجتماعي حماية طائفة معينة من الأفراد،

ولكي تتحقق هذه الحماية يجب أن تكون هذه القوانين مستمرة ومن ثم يتم إخضاع هؤلاء لقانونهم

الشخصي أينما وجدوا، في حين أن هذه القوانين تغيب فيها صفة العموم فلا تسري في مواجهة

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 63.

² سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص 84.

أهلية الأجانب المقيمين في البلد السارية فيه هذه القوانين ذلك أنها قوانين مستمرة لكنها ليست عامة، ومن ثم تكون شخصية وليست اقليمية¹.

وبالمقابل يتمثل هدف القوانين المتعلقة بموضوع الملكية في حماية المعاملات العقارية لحماية الملاك كأفراد، فهو إذن هدف متعلق بكل من يملك هذا الحق داخل الإقليم، ومن ثم يجب أن تتسم هذه القوانين بصفة العموم وتبقى محصورة داخل الإقليم، بحيث لا يتصور ان يكون هذا القانون ممتداً، وبالنتيجة لا يتصور أن تخضع العلاقات القانونية المتعلقة بالملكية تلك القائمة في البلدان الأجنبية حتى ولو مارسها وطنيين².

ولو أردنا الوقوف على الخصائص العامة التي تميز بها فقه "بيليه" لتوصلنا إلى ما يلي³:

- **فقه بيليه فقه مخير:** ومقتضى هذه الخاصية أن "بيليه" لا يعترف مبدأ معيناً بواسطته يبني نظريته عليه كمبدأ إقليمية القوانين أو امتدادها، بل يخول القانون سلطة الفصل واختيار القانون الواجب التطبيق انطلاقاً مما سماه بالغاية الاجتماعية، ولا يهم في ذلك إن تم التوصل إلى تطبيق القانون الأجنبي أم قانون القاضي وهو بهذه الخاصية يتوافق مع فقه المدرسة الإيطالية القديمة وفقه "سافيني".

فقه بيليه فقه تحليلي: ذلك أنه يقوم بمعالجة مسائل تنازع القوانين عن طريق التطرق إلى كل حالة أو مسألة على حدى، فيتناولها بالتفصيل بحثاً عن الغاية الاجتماعية التي تحققها وهو

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 383.

² المرجع نفسه، ص 383.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 59-60.

بهذا الطريقة يشبهه فقه "سافيني" والذي لجأ إلى الطريقة التحليلية ليتعرف على مقر العلاقات القانونية وفق ما تقتضيه طبيعة الأشياء وكلا الهدفين يتعذر إدراكهما.

فقه "بيليه" فقه عالمي: ذلك أن حلول تنازع القوانين عند الفقيه "بيليه" يجب أن تكون عالمية الإلتباع تأسيساً على مبادئ القانون الدولي العام.

بالرغم من تميز الفقيه "بيليه" في طريقة تحليله لمشكلة تنازع القوانين، إلا أن نظريته لم تسلم من الانتقادات، فمن الناحية الأولى، أخذ عليها أنها قد خرجت عن مسار تنازع القوانين إذ أن موضوعها الأساسي قد أصبح العلاقات الخاصة الفردية، أما من الناحية الثانية فإنه قد أخذ على نظريته أنها تفرق تفرقة تعسفية بين مصالح الأفراد ومصصلحة الجماعة¹، في حين أنه في الواقع لم يسبق أن تم وضع قواعد مخصصة فقط لحماية مصلحة الفرد أو أخرى تعنتي بمصلحة الجماعة، ذلك أن القانون يهدف من خلال قواعده إلى إعمال نوع من الموازنة بين مصالح الفرد ومصصلحة الجماعة وعندما تغيب هذه الموازنة يجب الانتصار لمصلحة الجماعة².

ثانياً: نظرية "بارتان BARTIN"

يرى الفقيه بارتان أن معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية يرتبط بروح النظام القانوني الذي تدخل فيه هذه العلاقة، ومن ثم يجب تحليل العلاقات القانونية وبيان طبيعتها على

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 65.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 384-385.

ضوء القانون الداخلي الوطني من أجل إلحاقها بالأصناف القانونية وهذا ما عرف بعملية "التكييف القانوني"¹.

وعلى عكس ما ذهب إليه الفقيه "ببليه" حول اعتبار تطبيق القانون الأجنبي هو التزام يفرضه القانون الدولي العام، أو أن أساس تطبيق القانون الأجنبي فكرة مجاملة مثلما تداوله فقهاء المدرسة الهولندية، رأى أن تطبيق الدولة لهذا القانون لا يعدوا إلا أن يكون التزاما أشبه بالالتزام بالطبيعي في القانون المدني، والذي تؤديه الدول طواعية ومن تلقاء نفسها².

لكن الفقيه "بارتان" لم يتخلى عن فكرة أن تنازع القوانين هو تنازع بين السيادة، إذ رأى أن قواعد الإسناد وبالرغم من أنها قواعد وطنية إلا أن دورها لا يخرج عن تحديد امتداد السيادة التشريعية للدول المختلفة من حيث المكان كما أن القانون المختص بشأن رابطة قانونية معينة هو قانون الدولة التي تتعلق بتلك الرابطة بسيادتها أكثر من غيرها³.

وقد قسم بارتان الطوائف القانونية أو الفئات الحقوقية إلى أربع مؤسسات ووضع لكل منها قانون مختص بها وهي⁴:

- الطائفة التي تمس تكوين الأسرة أو التي تهتم بحماية الأفراد وتخضع لقانون الجنسية.

¹ عز الدين عبد الله المرجع السابق، ص 62.

- ورد في بعض المؤلفات مصطلح الأصناف القانونية بدلا من مصطلح المؤسسة الحقوقية أو المؤسسة القانونية. أنظر: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 15، أنظر أيضا: سعيد يوسف البساتني، المرجع السابق، ص 541.

² كمال فهمي، المرجع السابق، ص 391.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 15.

- الطائفة المتعلقة بنظام المال، ويطبق عليها قانون موقع المال.

- الطائفة الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية وشكل التصرف، وتخضع للقانون المحلي

- الطائفة الخاصة بالتصرفات المالية وتخضع لقانون الإرادة.

وعليه فإن معرفة القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية معينة يجب تحليل تلك العلاقة

ومن ثم يتم وصلها بأحد هذه الأقسام ومن ثم يتحدد القانون المختص عن طريق ما أسماه "برتان" بنظرية "التكييف" وهكذا تحل مسألة تنازع القوانين.

ثالثاً: نظرية "نيبوايه"

عرف الفقيه "نيبوايه" بنزعه الوطنية وتعلق نظريته بمبدأ إقليمية القوانين، حيث ذهب إلى

القول بأن الهدف الرئيسي من قاعدة الإسناد الفرنسية هو حماية المصالح الفرنسية، وبناء على هذا

أوجب أن يتم انتقاء قواعد تنازع القوانين بما يتفق مع مصالح فرنسا، دون الأخذ بعين الاعتبار إن

كانت هذه القواعد مقبولة وصالحة لحل تنازع القوانين عند الدول الأخرى أم لا¹.

ولما كانت فرنسا من البلدان المستوردة للسكان وتكثر فيها الهجرة فإنه من الأفضل لها أن

تعتمد على مبدأ إقليمية القوانين، حيث تسري القوانين الفرنسية على كافة المتواجدين في إقليمه،

هذا ما سيساعد من اندماج الأجانب مع السكان الأصليين، وبالمقابل فإنه يتم حصر نطاق تطبيق

القانون الشخصي أو كما يعرف بمبدأ شخصية القوانين لأنها ستصعب من اندماج الأجانب².

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 66.

² فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 16.

وبالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية للأجانب فقد خالف "نيبواييه" ما جاء به الفقيه "مانشيني" في خضوعهم لقانون الجنسية وأقر بوجود إخضاعهم لقانون الموطن¹.

هذا وقد تم توجيه الانتقاد لنظرية "نيبواييه" على أساس أنها نظرية تدل على التعصب القانوني والذي يرمي إلى تجاهل تطبيق القانون الأجنبي على أراضيها، وبالتالي فإن نظرة "نيبواييه" لتنازع القوانين تفتقر إلى صفة العالمية، بل إنه قد وضع نظريته هذه فقط لتعتني بمصالح بلده في منأى عن تنازع القوانين الذي تعرفه الدول الأخرى، ويكون بهذا قد أعاد بفقهاء المدرسة الفرنسية الحديثة إلى الوراء من خلال أفكاره التقليدية التي أحييت من جديد مبدأ إقليمية القوانين بالمفهوم القديم².

¹ يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 542.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 66.

الفصل الثاني

الآليات الفنية اللازمة لتفسير وإعمال قواعد الإسناد

تعرف منازعات القانون الدولي الخاص وضعا استثنائيا فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فعلى غرار باقي فروع القانون الأخرى تظهر قواعد الإسناد كوسيلة فنية لإنهاء معضلة تنازع القوانين وإرشاد القاضي إلى أنجع الحلول العادلة من بين العديد من القوانين المتلهفة للفصل في النزاع¹.

ولا يمكن أن تكون قواعد الإسناد فاعلة ومنتجة لأثرها إلا إذا تم الكشف عن مضمونها والنطاق الذي تعمل في إطاره، ذلك أن القاضي لن يتمكن من إعمال قواعد الإسناد من دون أن يتقصى مفهومها وتفسيرها.

وتفسير قواعد الإسناد يثير مشكلتين أساسيتين، حيث تتعلق المشكلة الأولى بالتكييف والذي هو المرحلة الأولية التي يتم بموجبها الكشف عن طبيعة النزاع، إذ يتعين على القاضي أولا وقبل البت في موضوع المسألة تحديد الطائفة القانونية التي تتدرج ضمنها، فإذا تصدى مثلا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بخضوع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، فإن عليه أولا أن يحدد مضمون الفكرة المسندة، وهي

¹ تجدر الإشارة هنا أن قواعد الإسناد أو كما تعرف أيضا "بقواعد التنازع" ليست هي الوسيلة الوحيدة لحل معضلة تنازع القوانين فقد أسفرت البحوث الحديثة والمعقدة للقانون الدولي الخاص إلى ظهور نوع جديد من القواعد أطلق عليها الفقه "لقواعد المادية للقانون الدولي الخاص" Règles Matérielles de droit international privé " والتي سنشير إليها في الباب الثاني من هذه الدراسة عند الحديث عن تقييم قواعد الإسناد. أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 38.

فكرة الشكل في هذا الفرض، وبمعنى أدق فإنه يناط بالقاضي أن يتبين ما إن كانت المسألة المطروحة أمامه تدخل في فكرة شكل التصرفات وتخضع بالتالي إلى قانون المكان الذي تمت فيه، أم أن المسألة تتعلق بموضوع العقد بحد ذاته، وبذلك تتدرج تحت مضمون الالتزامات التعاقدية، وبالتالي تخضع للقانون الذي اختاره المتعاقدون طبقاً للمادة 18 من القانون المدني.

وبعد أن ينتهي القاضي من عملية التكييف، تكون قد اتضحت أمامه معالم القانون الواجب التطبيق بشكل جلي ليبقى له الفصل في مشكلة أكثر عمق من التكييف إذ يتعين عليه تحديد المقصود من هذا القانون، مع الإشارة إلى أنه لا مشكلة إذا توصل إلى تطبيق قانونه الوطني، إذ يحتكم في هذه الحالة إلى تفسيره وتطبيقه وفقاً للمبادئ العامة في قانونه، ولكن المشكلة إذا ما توصل إلى تطبيق القانون الأجنبي، ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول الكيفية التي يتم تطبيق فيها هذا القانون؟ بمعنى آخر هل يتم الاكتفاء بتطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد في هذا القانون؟ أم إعمال القانون الأجنبي كوحدة واحدة لا تتجزأ، بمعنى تطبيق قواعد الإسناد أيضاً فيه؟ وهذه هي المشكلة الثانية والتي تعرف بالإحالة.

وعليه فإن تفسير وإعمال قواعد الإسناد يقتضي تناول هذين الآليتين بشكل من التفصيل، وهذا ما سنحاول معالجته في هذا الفصل، والذي قسمناه إلى مبحثين، في المبحث الأول يتم فيه التعرض إلى التكييف أما في المبحث الثاني فنتناول الإحالة.

المبحث الأول

التكييف La qualification

قد يكون من المبالغ فيه إذا حصرنا التكييف على مسائل القانون الدولي الخاص¹، ذلك أن القانون الداخلي كان قد عرف التكييف في أغلب فروع قوانينه قبله بزمان طويل، فقد استخدم في قانون العقوبات عندما كان القاضي يبحث في عناصر الفعل المرتكب إن كان يشكل جريمة أم لا. كما تم اللجوء إليه في القانون المدني وكان الهدف المتوخى منها تحديد طبيعة الأعمال والتصرفات القانونية المختلفة لمعرفة طبيعة التصرف الذي يطرح أمام القاضي هل هو عقد بيع أم إيجار الخ...، ثم توالى استخدامات التكييف في كل مرة يتم طرح مسألة جديدة أمام القاضي، إلى أن تم التوصل إلى تطبيقها على مسائل تنازع القوانين².

و عملية التكييف في تنازع القوانين لها طابعها الخاص، فهي ليست على مفهوم واحد مع التكييف الذي يقوم به القاضي في مسائل القانون الداخلي، وهذا راجع إلى طبيعة عمل قواعد الإسناد في حد ذاتها، إذ أنها لا تضع حلا لكل مسألة تعرض على القضاء على حدى، بل إنها تضع الحلول لكل طائفة من المسائل، وهذا أمر منطقي فالوقائع التي تعرفها الحياة الدولية للأفراد غير منتهية ولا يمكن أن يحصرها المشرع ضمن نطاق معين ومن هنا يظهر عجز المشرع على

¹ إرتبط ظهور التكييف في القانون الدولي الخاص بنشأة مسألة تنازع القوانين، ولكن مع ذلك فظهور التكييف كمسألة لها كيانها الخاص برز في أواخر القرن التاسع عشر. أنظر: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 61.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 111.

مواكبة كل الوقائع المستجدة في المجتمع مهما كانت صياغته للنصوص فنية وعلى قدر من المرونة فمن المؤكد أن هناك وقائع مستقبلية ستقلت من نصوص قوانينه.

كما تظهر خصوصية التكييف في اتصال المسألة المراد تكييفها بأكثر من نظام قانوني، حيث أن كل قانون يريد الهيمنة على تكييف النزاع، كما أن القاضي لا يملك أي حق في أن يستأثر بالتكييف لصالح قانونه الوطني، وهذا ما دفع بجانب من الفقه إلى التعبير عن التكييف بمشكل تنازع التكييفات على النحو الذي سنبينه في هذا المبحث.

ولمعالجة هذه الآلية ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث في المطلب الأول نتناول مفهوم التكييف، أما في المطلب الثاني فسيتم التعرض فيه إلى القانون الذي يحكم التكييف.

المطلب الأول

مفهوم التكييف

بداية وقبل الخوض في مفهوم التكييف نشير إلى أن جانب من الفقه قد فضل نعت هذه العملية الأولية التي يقوم بها القاضي - بالتصنيف - بدلا من - التكييف -، وفي تقديرنا المتواضع نرى أن هذا الاصطلاح لا يتقاطع مع طبيعة العمل القانوني الذي يقوم به القاضي.

فإذا قلنا أن المشرع يقوم بالتصنيف فسيبدو الأمر مستساغا من الناحية القانونية، فهو الذي يقوم بخلق القاعدة القانونية من عمق الحاجة الاجتماعية، فمثلا في القانون الجنائي هو الذي يمنح الفعل الوصف القانوني الذي ينطبق عليه، ويقوم بتصنيفه إلى جنایات وجنح ومخالفات وهذا مالا يستطيع فعله القاضي، لأن مهمته تنتهي عند الفصل في النزاع المطروح أمامه.

فإذا عرض على القاضي نزاع فإنه يلتزم بما لديه من وقائع ويبني عليها حكمه ولا يقوم بإسقاط أحكامه السابقة التي أصدرها بشأن مسائل مشابهة في قضية أخرى، وعليه فالأصح أن القاضي يقوم بالتكييف أي أنه يتكيف مع طبيعة كل نزاع ويصدر أحكامه، بالإضافة إلى أن الوصف الذي يمنحه لا يلتزم به قاضي آخر إذا عرض عليه نفس النزاع، وعليه فإنه من الأفضل الإبقاء على اصطلاح التكييف وتقادي مصطلحات من الممكن أن تشكك في طبيعة السلطة الممنوحة للقاضي.

وللتكييف دور متعاظم في حل إشكالات القانون الدولي الخاص، بل الأمر أكثر من هذا، ذلك أن قيام القاضي بإعطاء الوصف القانوني للنزاع فيه تجسيد لسيادة القانون وعدم انصياعه لأهوائه وإصداره أحكام عشوائية دون أساس قانوني، بل سيكون حكمه مقيد بالوصف الذي يمنحه للمسألة المطروحة أمامه.

ولكي يتسنى لنا تحديد مفهوم التكييف قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نتناول في الفرع الأول تعريف التكييف أما في الفرع الثاني يتم التعرض إلى نشأة التكييف.

الفرع الأول

تعريف التكييف

تجاذب فقهاء القانون الدولي الخاص الكثير من التعاريف في محاولة منهم لإعطاء تعريف جامع لعملية التكييف لكنهم فشلوا في ضم كل هذه الجهود والوقوف على تعريف موحد، ولم يتوقف الجدل عند إعطاء تعريف للتكييف، بل أثار الفقه اشكالية أخرى تتعلق بموضوع التكييف

بعد ذاته، إذ تباينت الآراء حول المحل الذي ينصب عليه التكييف، فمنهم من رأى موضوع التكييف ينصب على القواعد والمفاهيم القانونية، في حين رأى صنف آخر من الفقه أن محل التكييف يتعلق بالوقائع والمراكز القانونية.

وتفصيلاً لما سبق، نتناول أولاً أهم التعاريف الفقهية التي تناولت التكييف ثم نتطرق إلى معالجة موضوع التكييف.

أولاً: التعاريف الفقهية للتكييف

قبل التطرق إلى عرض اجتهادات الفقهاء في تعريف التكييف نشير في عجالة إلى المعنى الذي يتخذه من الناحية اللغوية، إذ أنه يأتي بمعنى: "القطع من كف الشيء إذا قطعه، ويأتي بمعنى حالة شيء وصفته من كيف إذا جعل له كيفية معينة، فهو مشتق من كيفية الشيء وحقيقته"¹.

أما من الناحية الفقهية القانونية فقد عرف بعدة صيغ مختلفة تبعا لوجهة نظر كل فقيه حول الطبيعة القانونية لعملية التكييف، إذ عرفه الدكتور "عز الدين عبد الله" على أنه تحديد طبيعة المسألة التي تتازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد"².

¹ ديداني بومدين، "أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 04 العدد 01، جامعة الطاهر مولاي

سعيدة، جوان 2017، ص 93.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 118.

وبلاحظ من هذا التعريف أنه جاء شاملا ومفصلا لعملية التكييف، بالإضافة إلى أنه جعل الهدف من هذه العملية تحديد طبيعة المسألة محل النزاع، كما أنه أشار إلى أن محل الفكرة المسندة متعلق بطائفة من المسائل القانونية، على العكس مما ذهب إليه الغالبية من الفقه في إرجاع محل الفكرة المسندة إلى طائفة من النظم القانونية، وهذا ما ينطبق على تعريف الدكتور "علي علي سليمان" في قوله: " تحديد طبيعة المسألة التي تتازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين"¹.

وما رآه أيضا الفقيه "باتيفول" بأنه: " تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر المسندة، تمهيدا إلى إسنادها إلى قانون معين"².

وما ذهب إليه أيضا الفقيه "بارتان" في تعريفه قائلا: " بأنه مسألة معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على المسألة التي تتازعها قوانين دولية مختلفة"³.

وذات المضمون قال به الكاتبان الفرنسيان "بييه" و"نيبوييه" في تعريفهما إذ عرف علي أنه: "الطبيعة القانونية التي يعترف بها الحاكم لعلاقة ما أو للنظام قانوني معين"⁴.

¹ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، د.س.ن، ص41.

² H. BATIFFOL, op.cit.p333.

³ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص150.

⁴ ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد العراق، 1977، ص266.

بينما فضل جانب من الفقه تناول التكييف كعملية معقدة تستلزم الدقة في تحليل الوقائع المطروحة أمام القاضي وهذا ما أورده الدكتور "حامد زكي" في تعريفه للتكييف على أنه " تحليل الوقائع أو التصرفات التي تعرض أمام القاضي وذلك للوقوف على الوصف الذي يعطيه إياها القانون"¹.

كما عرف أيضا في نفس المعنى بأنه: " العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي، بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها بحثا عن القانون الواجب التطبيق"².

ويعرفه الكاتب الانجليزي "جيشاير" بأنه " تحديد أو تخصيص النزاع المرفوع أمام المحكمة إلى الصنف القانوني الصحيح، والغرض منه هو إظهار القاعدة القانونية لفرض مسألة قواعد الاسناد"³.

وهذا ما ذهب إليه أيضا الدكتور "محمد كمال فهمي" بأنه: " تشخيص حالة قانونية معينة بقصد تصنيفها بين مختلف الفكر المسندة"⁴.

¹ حامد زكي، المرجع السابق، ص 188.

² نورية شبرور، "التكييف وتنازع القوانين"، مجلة الدراسات القانونية الاقتصادية المجلد 05، العدد 01، المركز الجامعي بركة، الجزائر، جوان 2022، ص 1313.

³ ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 257.

⁴ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 397.

هذا وقد عقب على تعريفه بأنه قد وضح الغاية من التكييف على أنها وصل الحالة القانونية بإحدى الفكر المسندة لا بأحد النظم القانونية كما جرت العادة¹.

ولعل أهم ما يمكن التوصل إليه بخصوص هذه التعاريف التي تناولت مسألة التكييف، أنه بالرغم من الاختلاف الواسع في الاصطلاحات والدلالات التي استعملت ضمن كل تعريف على حدى، إلا أنها تتقاطع في مجملها حول فكرة أن التكييف عملية تنطلق من تحديد طبيعة المسألة المعروضة أمام القاضي وتنتهي بوضع النتيجة المتوصل إليها ضمن طائفة قانونية معينة بغية إسنادها إلى قانون معين، وبالتالي يكون التكييف اللبنة الأساسية التي تقوم عليها عملية الإسناد، ومن ثم فإن أي خلل يتعرض إليه التكييف فبالضرورة يؤثر على عملية الإسناد.

ثانيا: موضوع التكييف

اختلفت نظرة الفقه تجاه المحل الذي ينصب عليه التكييف، وهذا ما انعكس بشكل واضح على التعاريف التي تم تناولها سابقا، وعموما يمكن حصرهما في اتجاهيهن أساسين، اتجاه رأى أن موضوع التكييف ينصب على العلاقة أو النظام القانوني²، واتجاه آخر رأى أن محل التكييف ينصب على الواقعة القانونية وهذا ما سنأتي إلى تبيانه فيما يلي:

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص397.

² Sandrine Clavel, op.cit, p34.

- Pour identifier la loi applicable à une question de droit donnée, il importe afin de sélectionner la règle de conflit pertinente de classer cette question de droit dans l'une des catégories forgées par le droit international privé.

الاتجاه الأول: موضوع التكييف علاقة أو نظام قانوني

قدم الفقه المؤيد لهذا الاتجاه عدة آراء في محاولتهم لتوضيح المقصود من الطبيعة القانونية للتكييف، ولعل من بين أبرز الفقهاء الذين عرضوا محاولتهم في تبيان ذلك كل من الفقيه الألماني كاهن " kahan " والفقيه الفرنسي بارتان "Bartin"، فأما الفقيه الألماني "كاهن" فإنه رأى أنه من الواجب أن ينصب الإسناد على موضوع العلاقة القانونية، ذلك لأنه يستحيل تطبيق قواعد التنازع على الوقائع المادية، وهذا ما ذهب إليه الفقيه "بارتان" أيضا إذ يقول في هذا الصدد "إن تكييف الادعاء محل النزاع و تكييف الحقوق والنظم يشكل علاقات قانونية ما"¹.

إذن فوفقا لهذا الرأي فإن القاضي يقوم بتكييف العلاقات القانونية ويدرجها ضمن الفئات القانونية التي خصص لكل منها ضابط اسناد ومثال العلاقات القانونية، الزواج والطلاق، العقد الفعل الضار الوصية... الخ².

في حين رأى آخرون أن موضوع التكييف يتعلق بالنظم القانونية والتي تدخل ضمنه العلاقات القانونية، وكمثال على هذا نأخذ عقدا ابرم في فرنسا من قبل امرأة أمريكية متزوجة وكان ذلك دون إذن زوجها، فإذا تم تكييف العلاقة القانونية -التعاقد بدون إذن- لتم وضعها في طائفة الأهلية، والتي تخضع وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية إلى قانون الجنسية وهو في هذا الفرض القانون الأمريكي والذي يبيح هذا التعاقد ولا يمنعه، وعليه فإذا ما تم تكييف هذه العلاقة باعتبارها

¹ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 158-159.

² عبد الرسول كريم مهدي أبو صبيح، "التكييف في تنازع القوانين - دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية-"، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد 05، العدد 07، جامعة الكوفة، العراق، جانفي 2008، ص222.

داخلة في نظام معين وهو مدى أهلية المرأة المتزوجة فمن المؤكد أن الحل سيختلف تبعاً لعدة اعتبارات اجتماعية وعائلية والتي تتعلق أساساً بالنظام العام، ومن ثم فإن القانون الفرنسي يكون هو الأولي بالتطبيق في هذا المثال¹.

في حين ذهب آخرون إلى اعتبار القواعد القانونية محلاً للتكييف، إذ رأى الفقيه Bertrand Ancel أنه مدام "أن الادعاء يأخذ الشكل القانوني الذي ينصب على القاعدة الجوهرية المحددة وفقاً لأحد الأنظمة القانونية، فإن التكييف يتناول أيضاً القاعدة القانونية محل الادعاء"².

وبالرغم من أن هذا الرأي -الذي يتخذ من ميدان القانون محلاً للتكييف- قد قارب الصواب، إلا أنه قد انطوى على عيوب جعلته عرضة للنقد، ذلك أن القانون الواجب التطبيق هو الذي يعطي الوقائع الوصف القانوني، وهو في ظل هذه المرحلة يكون لا يزال مجهولاً، إذ أن معرفته متوقفة على أعمال التكييف ومن ثم التعرف على قاعدة الإسناد وهي بدورها تكشف على القانون الواجب التطبيق³.

¹ عبد الرسول كريم مهدي أبو صبيح، المرجع السابق، 222-223.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 160.

³ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 56.

الاتجاه الثاني: موضوع التكيف هو الوقائع

يذهب هذا الرأي¹ إلى اعتبار الوقائع الواردة ضمن النزاع المعروض على القاضي محلا للتكيف ومن ثم تكون وظيفة التكيف رد هذه الوقائع إلى إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع لكل منها قاعدة إسناد تحدد القانون المختص بشأنها².

وهذا الرأي أيضا كان عرضة للنقد على أساس أن الوقائع لا تصلح في حد ذاتها لأن يتم إدراجها في إطار الفئة المسندة، فلا وجود لوقائع مجردة عن الطابع القانوني، بل إنه من اللازم أن تتصهر في نظام قانون معين وتستند إليه، وهي الحالة الوحيدة التي تستحق وصف الواقعة أو الرابطة القانونية³.

وبين هذين الاتجاهين المختلفين يظهر اتجاه توفيقى، والذي يتزعمه الدكتور "عز الدين عبد الله" أن التكيف قد ينصب على الواقعة، كحادثة يراد معرفة ما إذا كانت عملا ماديا ضار أم لا، كما يمكن أن ينصب أيضا على مسألة قانونية كحق الحضانة من أجل معرفة إن كان أثر من آثار الزواج، أو أثر من آثار الطلاق أم أنه ينتمي إلى نطاق الولاية على النفس ومن هنا استقى الدكتور "عز الدين عبد الله" تعريفه للتكيف قائلا عنه بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازع القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد"⁴.

¹ من أمثاله الفقيه MARTYG، والفقيه الانجليزي "BECKETT"، والفقيه الألماني RABEL، والفقيه الإيطالي "AGO" أنظر حمزة قتال، المرجع السابق، ص 56، أشار إليهم في الهامش الرابع.

² عبد الرسول كريم مهدي أبو صبيح، المرجع السابق، ص 223.

³ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 114.

⁴ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 114

ولقد تقصد من خلال تعريفه هذا إلى الإلمام بقدر الإمكان بالصور المختلفة التي من الممكن أن تكون محلا للتكييف، إذ يظهر هذا بشكل جلي في استعماله لمصطلح " المسألة "، والذي يتميز بأنه مصطلح فضفاض يشمل أيضا التعبير عن الغرض من التكييف باعتباره إدخال المسألة التي تتنازع من أجلها القوانين في طائفة من طوائف المسائل القانونية الواردة بقواعد الإسناد، بالإضافة إلى أن استعماله لاصطلاح المسائل القانونية فيه تحديد لموضوع الفئة المسندة لقاعدة الإسناد¹.

هذا ويرجع الأستاذ الدكتور "بلمامي عمر" السبب في عدم إجماع الفقه على اتخاذ موقف موحد من موضوع التكييف هو الاختلاف الذي تعرفه التشريعات الدولية بخصوص المفاهيم القانونية، ومن ثم يظل محل التكييف مرهونا بانتهاء هذا الاختلاف².

الفرع الثاني

نشأة التكييف

كما سبق وأشرنا أن عملية التكييف ليست حكرا على القانون الدولي الخاص، بل هي عملية تفرض نفسها على القاضي عند كل نزاع يعرض أمامه، وإن كانت عملية التكييف في القانون الداخلي لها أثر محدود، بحيث تنتهي بمجرد تطبيق القاعدة الموضوعية على النزاع المطروح، فإن الأمر أعمق من هذا على مستوى القانون الدولي الخاص، إذ أن التكييف هنا هو الجانب

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 114-115.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 164.

المفتاحي من النزاع المعروض على القاضي، ومن هذا المنطلق يتضح لنا أن للتكييف دور متعاظم في حل مسائل القانون الدولي الخاص ولكي نصل إلى معرفة أفضاله في هذا الشأن فإن هذا يقودونا بالضرورة إلى البحث في جذوره التاريخية.

هذا وقد ارتبطت نظرية التكييف في الأوساط الفقهية باسم فقيهين: الفقيه الألماني كاهن "kahan" والفقيه الفرنسي "بارتان Bartin" والذان كانا قد بحثا هذه النظرية دون علم أحدهما بالآخر، ولكن جانب من الفقه المعاصر رأى أن مصطلح التكييف مصطلح قديم كان قد عرف في الكثير من المسائل، فقد استعمل من قبل الفقيه الفرنسي "ديمولان Dumoulin" وهو بصدد تكييف النظام المالي للزوجين "قاني Gane"¹، وكان قد استعمله أيضا الفقيه "كريتيان chretien" سنة 1881 عند قيامه بدراسة موضوع السفنجة في القانون الدولي الخاص، حيث كان مصطلح التكييف واردا عندما تكلم عن الطبيعة القانونية للقوانين المؤجلة للديون المستحقة سنة 1870².

وفيما يلي سنعرض أهم القضايا التي عاصرت تطور عملية التكييف في القانون الدولي الخاص:

¹ زنادة عبد الرحمان، "التكييف في تنازع القوانين"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جوان 2021 ص 224.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 62.

أولاً: زواج المالطي " la succession du maltais "

تدور حيثيات هذه القضية في أن زوجين من جزيرة مالطا تزوجا دون عقد زواج، وبعد أن أتما مراسم الزواج هاجرا الى الجزائر - والتي كانت مستعمرة فرنسية آنذاك - واتخاذها موطناً مشتركاً لهم، وأثناء اقامتهم تملك الزوج عقارات فيها ثم توفي، وعلى إثر هذه الوفاة طالبت أرملته بحقها فيما تركه من عقارات وقامت برفع ادعاءها أمام محكمة البلدية وطالبت بما يسمى بـ"نصيب الزوج المحتاج"، طعنت أرملته في الحكم الصادر عن محكمة البلدية أمام محكمة استئناف الجزائر بعد أن رفضت دعواها بسبب أنها لم تقدم وثائق رسمية تثبت تحقق واقعة الزواج، وقامت بتقديم الوثائق التي تثبت العلاقة الزوجية، مؤكدة بأحقيتها في هذا النصيب والذي عرف أيضاً بـ"برع الزوج الفقير" « quart du conjoint pauvre »¹.

وتتحقق هذه الحالة حسب ما جاء في المادة 17 من القانون المالطي متى أثبت الرفيق الباقي على قيد الحياة حالة عوز أو فقر، حينها تقرر له حصة تبلغ الربع في الملكية الخاصة بالرفيق المتوفى، وهذا مالا يعترف به القانون الفرنسي².

ووفقاً لنظرية "بارتان" فإنه يجب على المحكمة أن تتدخل وتقوم بما يسمى بالتكليف وعلى أساسه يمكن الجرم بأحقية طلب الأرملة من عدمه، حيث إذا قامت بتكليفه على أساس أنه من النظام المالي للزوجين، ففي هذه الحالة فإنه يخضع لقانون موطن الزوجية أي القانون المالطي،

¹ محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط1، منشورات الجامعة المفتوحة، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا د.س.ن، ص56. أيضاً: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص77. أيضاً: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص608.

² عصام القصبى، المرجع السابق، ص91.

ومن ثم فالحق الذي ادعته الأرملة يكون مؤسس، أما إذا تم تكييفه على أساس أنه ميراث فإن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق تبعاً لما تقتضيه - قواعد الإسناد الفرنسية - بوصفه قانون موقع العقار، ومن ثم سيتم رفض طلب الأرملة لأن القانون الفرنسي كما سبق وأشرنا يجهل ما يسمى "بنصيب الزوج المحتاج"¹.

هذا وقد توصلت محكمة استئناف الجزائر إلى اعتبار الحق الذي طالبت به الأرملة من قبيل المسائل التي تدخل في الميراث وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1889².

ثانياً: وصية الهولندي Testament du hollandais

في 04 أغسطس 1889 قام هولندي بتحرير وصية بخط يده (الوصية العرفية) في فرنسا وقام بالتوقيع عليها، على اعتبار أن هذا الشكل من الوصايا يجيزه القانون الفرنسي ويمنعه القانون الهولندي³.

وبعد وفاته ثار نزاع حول هذه الوصية، حيث أن القانون المدني الهولندي (المادة 992) كان يحظر على الهولنديين تحرير الوصية بخط اليد، ولم يكن هذا سارياً فقط داخل هولندا بل كان يطبق حتى بالنسبة للهولنديين المقيمين خارج هولندا، إذ أنه يعتبر الوصية في شكل رسمي من مسائل الأهلية والتي تتعلق بحماية الموصي، أما القانون الفرنسي فإنه اعتبر أن هذا الحظر يدخل

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع نفسه، ص 609. أيضاً: محمد مبروك اللاقي، المرجع السابق، ص 56.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 79.

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 119.

ضمن فكرة شكل التصرفات، على أساس أنه لا يؤثر على جوهر إرادة الموصي، فالأمر حسب تقديره لا يعدو إلا أن يكون مجرد اتخاذ الوصية كوسيلة لتعبير عن الإرادة في العالم الخارجي¹.

وعليه إذا قامت المحكمة الفرنسية بتكييف مسألة حظر الوصية العرفية على أنها من مسائل الأهلية المشروطة في عمل الوصية، فحينئذ ستطبق قانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي إعمالاً لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بمنح الاختصاص في الأهلية اللازمة لعمل الوصية لقانون الجنسية، ومن ثم ستكون الوصية باطلة، أما إذا تم تكييف مسألة المنع على أنها من مسائل التي تدخل في الشكل الخارجي للتصرفات، فسيتم إخضاعها للقانون الفرنسي، استناداً لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تمنح شكل التصرف القانوني لبلد إبرامه²، ومن ثم ستكون الوصية صحيحة ومنتجة لآثارها.

هذا وقد رأت المحكمة الفرنسية أن النزاع يتعلق بشكل الوصية وأخضعته لقانون محل الإبرام والذي هو القانون الفرنسي والذي يجيز هذه الوصية³.

ثالثاً: زواج اليوناني الأرثوذكسي le mariage de grec orthodoxe

تزوج رجل يوناني يدعى كاراسلانيس "caraslanis" المسيحي من مذهب ارتثوذكسي مع امرأة فرنسية زواج مدني في فرنسا، وكان القانون المدني اليوناني يلزم المعتنقين للمذهب

¹ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 49.

² Vincent DELAPORTE, Forme des actes, art, décembre 2001, Répertoire de droit international, Dalloz, 2020,n13, p09.

-" la forme des actes est régie par la loi du lieu de leur conclusion.."

³ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 609.

الارثودوكسي أن يتم زواجهم في شكل ديني¹، أي يجب أن يتم عقد القران بحضور رجل الدين وداخل الكنيسة وإلا تم إبطاله، ذلك لأن القانون اليوناني قبل تعديل 1982 كان يرى أن المسألة الخاصة - بإبرام الزواج في الشكل الديني وفق مراسيم وطقوس معينة- ترجمة للإرادة الإلهية التي يجب أن تظل هذا الزواج بالرعاية والعناية².

على إثر نزاع بينهما قام "caraslanis" برفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية من أجل ابطال هذا الزواج لأنه تم في شكل مدني على خلاف ما ينص عليه القانون المدني اليوناني، ومن أجل الفصل في هذه المسألة يجب على المحكمة الفرنسية أن تقوم بتكييف شرط الطقوس الدينية، فإذا اعتبرت أن الشرط شكليا فيتم اخضاعه للقانون الفرنسي حينئذ يتم اعتبار الزواج صحيحا، لأن القانون الفرنسي يعترف بالزواج المدني من حيث الشكل³.

أما إذا تم اعتباره من الشروط الموضوعية لصحة الزواج - تدخل رجل الدين يعبر عن رضا الرب بالزواج- فسيتم اخضاعه لقانون جنسية الزوجين حسب ما تقتضيه قواعد الاسناد الفرنسية، ومن ثم سيكون الزواج باطلا⁴، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت في 1995/06/22 بأن القانون الفرنسي هو المرجع في التكيف والذي يعتبر مسألة الزواج في شكل ديني من المسائل الشكلية، وبالتالي تخضع لقانون المكان الذي تم فيه الزواج، حيث جاء في حيثيات الحكم أن اعتبار الطقوس الدينية من قبيل الشروط الشكلية أو الموضوعية هو أمر يتعين الرجوع في شأنه إلى

¹ سالم ارجيعة ، المرجع السابق، ص 94.

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 50.

³ سالم ارجيعة، المرجع السابق ص 95.. أيضا: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 80

⁴ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 71.

القواعد السائدة في فرنسا، ومؤدى هذه القواعد أن الصفة الدينية أو المدنية للزواج هي مسألة تدخل في مضمون فكرة الشكل¹.

رابعاً: قضية أوكدن الصادرة في 1908 في إنجلترا

في عام 1908 تزوج رجل يدعى أوكدن "OGADEN" من جنسية فرنسية ذو 19 عاماً والقاطن بإنجلترا مع امرأة انجليزية بدون حصوله على رضا الوالدين، حيث تم هذا الزواج دون احترام نص المادة 148 من القانون المدني الفرنسي، والتي كانت تشترط بلوغ سن 25 عام كشرط أساسي للزواج كما كانت تشترط على الولد الذي لم يحقق السن المطلوب وجوب رضا الوالدين وإلا اعتبر الزواج باطلاً، بعد عودته إلى فرنسا رفع دعوى أمام المحكمة الفرنسية، وطالب بإبطال الزواج على أساس أن زواجه لا يحقق شرط رضا الوالدين، وفور حصوله على قرار ابطال زواجه تزوج مرة ثانية، كما تزوجت أيضاً زوجته السابقة الإنجليزية من رجل إنجليزي في موطنها إنجلترا، عندما علم زوجها الانجليزي أنها كانت على ذمة رجل آخر قام هو الآخر برفع دعوى ابطال زواجه أمام محكمة انجليزية مشيراً إلى أن زوجها السابق الفرنسي بزواجه الثاني يكون قد خالف القانون الإنجليزي الذي يحظر تكرار الزواج².

قامت المحكمة الانجليزية بتأييد طلب الزوج الانجليزي وقررت إبطال زواجه وبقائها تحت عصمة زوجها الفرنسي، حيث رأى القانون الفرنسي أن رضا الوالدين هو من الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الولد الذي يقل سنه عن 25 عام، أي أنه كيفها على أساس أنها من مسائل

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 616.

² غالب علي الداودي و حسين الهداوي، المرجع السابق، ص 68.

الأهلية وتخضع لقانون الجنسية، في حين أن القانون الانجليزي يضع هذا الشرط كمتتم للشكلية ويخضعه لمكان انعقاد الزواج أي القانون الانجليزي¹.

خامسا: الانفصال الجسماني لزوجين اسبانيين

تقدم زوجين اسبانيين أمام المحاكم الفرنسية من أجل طلب الانفصال الجسماني²، فدفعت المحاكم الفرنسية بعدم اختصاصها للنظر في هذا الطلب وأرجعت السبب في هذا أن المسألة المعروضة أمامها تدخل في نظام الأحوال، والتي يطبق عليها قانون الجنسية سواء بالنسبة للقانون الاسباني أو الفرنسي، ولما كان القانون الاسباني يعقد الاختصاص لمحكمة الكنيسة، ويكيف مسألة التفريق الجسماني على أنها من المسائل الموضوعية مثلها مثل نظام الطلاق ونظام الزواج فيتوجب على الزوجين أن يرفعا طلبهما أمام محكمة الكنيسة بإسبانيا، وفي 09 يناير 1943 قضت محكمة استئناف باريس في قرار لها أن مسألة الانفصال الجسماني تخضع للمحاكم الفرنسية، بعدما قامت بتكييفها على أنها مسألة تدخل ضمن قانون المرافعات، وبالتالي فإنها لا تمت بالصلة إلى القواعد الموضوعية³.

¹ غالب علي الداودي و حسين الهداوي، المرجع السابق، ص 69.

² تعرف الدول الغربية نظام الانفصال الجسماني "SEPARATION DE CORP" كبدل لنظام الطلاق وهو: "مباعدة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون سببا للطلاق إذا استمر مدة معينة"، أنظر دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاثر السياسة والقانون، المجلد 03، العدد 04، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2011، ص 244.

³ علي علي سليمان المرجع السابق، ص 42.

الملاحظ من هذه التطبيقات القضائية أن القضاء الفرنسي كان قد حظي بعدد كبير من القضايا المعقدة التي حملت معها الملامح الأولية لنظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، مقارنة مع القضاء الإنجلوسكسوني والقضاء الألماني.

وبالنظر إلى الأحكام التي أصدرها القضاء الفرنسي يتضح لنا مدى التزام القاضي الفرنسي في أعمال قواعده الوطنية عند تكييفه للنزاع المطروح أمامه، فكلما كان يرجع في كل مرة إلى قانونه ويستقي تكييف المسألة، إلا وكان قانونه هو الواجب التطبيق على النزاع، فنقطة الإنطلاق هي نفسها النتيجة، ومن النادر جدا أن نجد له مواقف جريئة قام فيها بالتكييف على أساس القانون الأجنبي.

فالقاضي الفرنسي كان متعصب لقانونه الوطني، حتى أن أحد الباحثين وصف تطبيقه للقانون بالتطبيق البراغماتي وليس الموضوعي، ففي قضية وصية الهولندي لما كان الورثة من جنسية هولندية وطالبو بإبطال الوصية لعدم توافقها مع ما ينص عليه القانون الهولندي، والأكد أن الموصى له ليس من الهولنديين، قضى القاضي بصحة الوصية التي قام بها الهولندي واعتبر المسألة من مسائل الشكل لا الموضوع، لكن وفي قضية مشابهة تماما تكشف عن عمق التناقض الذي مر عليه القضاء الفرنسي، حيث أنه في 03 مارس 1927 اعتبر القضاء الفرنسي اشتراط الاعتراف بالولد الطبيعي في ورقة رسمية من مسائل الموضوع وليس من مسائل الشكل، ويكون بحكمه هذا قد رسخ انحياز القاضي الفرنسي لتطبيق قواعده الوطنية، فعلى أي أساس قام بتكييف

المسألة هنا على أنها من الموضوع، ووصية الهولندي من مسائل الشكل وكلاهما تصرف قانوني واحد¹.

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم التكييف

كما سبق وأشرنا أن عملية التكييف في مسائل القانون الدولي الخاص تثير مشكلة عسيرة تعرف "بتنازع التكييفات"، ومرد ذلك إلى طبيعة المنازعات المعروضة أمام القاضي والتي تتميز بوجود عنصر أجنبي فيها، هذا ما أهل عملية التكييف لأن تتنازع فيها العديد من النظم القانونية ذات الصلة بالمسألة المطروحة.

وحرى بنا الإشارة إلى أن القضاء لم يناقش أساسا إمكانية أن يكون هناك تنازع للقوانين بالنسبة للتكييف، ذلك أن القاضي يقوم آليا بإعطاء الوصف القانوني للمسألة المطروحة بناء على أحكام قانونه، وهذا أمر منطقي ذلك لأن القاضي قبل أن يتدخل ويمنح الوصف القانوني للنزاع المطروح يكون جاهلا للقانون الذي سيطبقه على النزاع هذا ما يدفعه إلى الاحتكام مباشرة إلى قانونه الوطني².

كما أن سكوت القضاء وإحجامه على الخوض في الاحتمالات التي من الممكن أن تؤول إليها عملية التكييف في ظل تنازع القوانين، لم يكن مانعا لعرض الفقه محاولاته تجاه هذه المشكلة،

¹ علال طحطاح، "النزعة البرغماتية في إنشاء أحكام القانون الدولي الخاص"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 02، العدد 01، جامعة عمار تليجي، الأغواط، الجزائر، ماي 2018 ص 24-25.

² مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 90.

والذي انقسم بدوره إلى ثلاث اتجاهات، حيث رأى الاتجاه الأول وجوب إخضاع التكييف لقانون القاضي(الفرع الأول)، أما الاتجاه الثاني فقد أرجع الاختصاص بالتكييف للقانون الذي يحكم النزاع(الفرع الثاني)، في حين رأى الاتجاه الثالث وجوب إخضاع التكييف للقانون المقارن(الفرع الثالث).

الفرع الأول

إخضاع التكييف لقانون القاضي LEX FORI¹

لا يخفى على أحد أن الفضل في نشوء هذه النظرية يعود إلى الفقيه "بارتانBartin" أين كان القضاء الفرنسي يعاني أزمة خانقة مع مشكلة التكييف، حيث كان يقوم بتحديد طبيعة المسألة المتنازع فيها محتكما في ذلك إلى قانون القاضي ليصل إلى التعرف على قاعدة الإسناد دون أن يدري أن عمله هذا يعبر عن عملية - التكييف -².

لكن القول بهذا لا يعني نقادي جهود الفقيه الألماني "فرانتز كاهنKahn" عام 1891 والذي سبق "بارتان" في تقرير حل مماثل والذي أطلق عليه اسم التنازع "الكامن" أو التنازع "المستتر conflit latent"، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن هذه المشكلة تم طرحها ولأول مرة في

¹ أصل هذه الكلمة لاتيني وهي "forum" وتعني المحكمة، وباللغة الفرنسية "la loi du for"، هذا وقد عمد الفقهاء إلى تعريف قانون القاضي lex fori على أنه "قانون المحكمة أي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى". أنظر: فاروقي حارس سليمان الفاروقي، المعجم القانوني - انجليزي، عربي- ط05، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت 2008 ص302 وص 418.

- كما يوصف أيضا بأنه: "قانون المحكمة التي يطلب إليها حسم المنازعة ذات العنصر الأجنبي". أنظر: مومن يمينة، "مركز قانون القاضي في تنازع القوانين"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد07، العدد02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ديسمبر 2021، ص79.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص117.

أمريكا على يد الفقيه " لورنزن Lorenzen " عام 1920 وفي إنجلترا على يد الفقيه "بيكيت becket"¹.

وتفصيلا لما سبق، سنتطرق أولا لمبررات خضوع التكييف لقانون القاضي، ثم يتم التطرق إلى استثناءات خضوع التكييف لقانون القاضي.

أولا: مبررات إخضاع التكييف لقانون القاضي

يتلخص فحوى هذه النظرية في أن كل قاضي يلتزم بتحديد طبيعة العلاقات المعروضة أمامه بالاستناد إلى قانونه، إذ أن المحاكم عندما تريد تحديد طبيعة الواقعة أو التصرف القانوني محل النزاع فإنها تستند في ذلك إلى القانون الوطني وهي تفعل ذلك دونما الحاجة إلى تقديم إيضاحات أو تبريرات لذلك، فهي تقوم بالتكييف وفقا لقانونها بطريقة ضمنية وغير محسوسة².

ويؤسس "بارتان" نظريته هذه على عدة أسانيد، ولعل فكرة السيادة هي الفكرة المحورية التي تقوم عليها نظريته، فتنازع القوانين حسب تقديره ما هو إلا تنازع بين السیادات التشريعية للدول التي تتصل بالعلاقة محل النزاع³، ومن ثم فإن تطبيق القوانين الأجنبية على الأراضي الوطنية مرهون بالسلطة التقديرية للقاضي، سواء كان مرجعه في ذلك إيمانه بتقرير العدالة أو مجرد المجاملة الدولية⁴.

¹ نورية شبرور، المرجع السابق، ص1316. أيضا: عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص110.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص170. أيضا: هشام صادق وحفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 94.

³ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص276.

⁴ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 74.

بالإضافة إلى أنه عندما يقرر المشرع الوطني السماح بتطبيق قانون أجنبي على إقليم دولته فإن سلوكه هذا يعبر حتما عن تنازله على قدر من سيادته، لأنه بذلك يقوم بإخراج بعض المسائل من نطاق سيادته الإقليمية التي يحكمها هو أصلا ويسلمها إلى القانون الأجنبي¹.

هذه الحجة لم ترق لجانب من الشراح، حيث وصفوها بالغموض وعدم التحديد، بالإضافة إلى أن قواعد تنازع القوانين ليست مهمتها حل مشكل تصادم السيادات، وإنما هي قواعد تجد مصدرها في روح العدالة والهدف منها الوصول إلى تقرير حلول عادلة ونافعة².

كما انتقدت ذات الحجة على أساس أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتقاصا من السيادة الوطنية بل إن المشرع الوطني عندما يسمح بتطبيق قانون أجنبي في بعض المواضع، فإن الدافع الذي يجعله يقوم بهذا هو يقينه بأن هذا القانون - الأجنبي - هو خير القوانين المتزاحمة ملائمة للعلاقة الدولية الخاصة محل النزاع، ومن ثم فإن السماح بتطبيق القانون الأجنبي يكرس السيادة الوطنية ذاتها ولا يعد نهائيا انتقاصا من السيادة عكس ما يروج له الفقيه "بارتان"³.

الانتقادات اللاذعة التي تلقاها أصحاب هذا الرأي حول فكرة السيادة⁴، جعلت الفقه الحديث يتجه إلى تبرير ذات النظرية لكن بحجج متماسكة أكثر، فلما كان التكييف عملية ضرورية لمعرفة

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 112.

² محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 58.

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 123.

⁴ ونحن بدورنا نضع يد التأييد على ما ذهب إليه الفقه الناقد بخصوص مسألة السيادة كأساس لتبرير وجوب إخضاع التكييف لقانون القاضي، فالبيئة الدولية التي تحتضن العلاقات القائمة من جنس القانون الدولي الخاص بحاجة إلى ضوابط مرنة تتلاءم مع طبيعة المنازعات التي قد تقوم بين أطراف العلاقة القانونية، وهذا مالا يمكن أن تحققه فكرة جامدة مثل فكرة السيادة، إذ أنها

قاعدة الاسناد المختصة ومن ثم التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، فإنه من غير المعقول ترك مسألة تحديد الوصف القانوني الذي ينطبق على العلاقة محل النزاع لقانون أجنبي معين دون تبين أصلا ما إن كان هذا القانون سيحمل مهمة الفصل في النزاع أم لا¹.

ولما كان التكييف ليس إلا تفسيرا لقاعدة الإسناد الوطنية، فعلى القاضي إذا أراد أن يعمل قاعدة الإسناد عليه ألا يخضع لما تمليه عليه القوانين الأجنبية عند الوقوف على تفسيرها، وإنما عليه أن يعود إلى قانونه الوطني ويبني عليه تفسيراته².

كما كان العامل النفسي مبررا هو الآخر لقيام القاضي بالرجوع إلى قانونه، إذ أنه يتأثر عند قيامه بإعطاء الوصف القانوني للمسألة المعروضة أمامه بالمبادئ الواردة في قانونه وهذا بسبب تكوينه الثقافي والقانوني، هذا ما جعل البعض يصفون عملية التكييف بأنها عملية استدلال عقلي يستعين فيها القاضي بمكتسباته القانونية، وفيها يثبت حدود خبرته وإمامه بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه³.

سكنون عائقا للقاضي بحيث تحد من اجتهاده في تطبيق القوانين الأخرى من غير قانونه، لأنه سيكون مقتنعا بأنه سينتهك السيادة التي تتمتع بها دولته في حال تخليه عن الحكم لصالح قانونه الوطني.

¹ عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 97.

- تبدو هذه الحجة في ظاهرها سليمة من الناحية القانونية، إذ أن القانون الواجب التطبيق لن تتضح معالمه إلا إذا قمنا بعملية تكييف للمسألة القانونية وبالتالي فلا مناص من رجوع القاضي الى تطبيق قانونه الوطني عند قيامه بالتكييف، فهو الخيار الوحيد الذي سيسمح بالتعرف على القوانين الأخرى التي ستفصل في النزاع، لكن و بالرغم من أنها مبرر قوي في تعليل هذه النظرية إلا أن التسليم بقانون القاضي بشكل مطلق قد يحد من وظيفة القانون الدولي الخاص، وينهي التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وستتضح معنا الصورة أكثر بعد أن نتطرق إلى الاتجاهات الأخرى التي تناولت القانون الواجب التطبيق على التكييف.

² سالم حامد الدحدوح، المرجع السابق، ص 69.

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 124. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 118.

ثانياً: استثناءات خضوع التكييف إلى قانون القاضي

يتحفظ الفقيه "بارتان" على عدة استثناءات حول خضوع التكييف لقانون القاضي، وحقيقة يعبر سلوك "بارتان" هذا عن يقينه التام بأن تفعيل قانون القاضي في عملية التكييف قد لا يأتي أكله في بعض المسائل القانونية، ولهذا تم تحديد نطاق هذه النظرية بهذه الاستثناءات:

أ- عدم خضوع التكييف اللاحق أو الثانوي لقانون القاضي:

ميز الفقيه "بارتان" بين التكييف اللازم لتحديد القانون المختص والذي أطلق عليه اسم التكييف الأولي *qualification préalable*، وبين التكييف اللاحق لتحديد القانون المختص والذي اصطلح عليه التكييف الثانوي *qualification secondaire*¹.

فالتكييف الأولي حسب رأيه هو "التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق" وهو التكييف الوحيد الذي يخضع لقانون القاضي، ويتحقق هذا الفرض في حالة ما إذا عرض على القاضي نزاع بخصوص اتفاقية معينة، فإنه يقوم بإعطائها الوصف القانوني وفقاً لقانونه الوطني²، فإذا تبين له مثلاً أن هذا التصرف ينتمي إلى طائفة الالتزامات التعاقدية أخضعها لقانون الإرادة، وبالتالي فدور قانون القاضي ينتهي عند الكشف عن القانون المختص³.

أما التكييف اللاحق هو "الذي يقتضي الرجوع إلى التعريفات (*définitions*) التي يتضمنها القانون الواجب التطبيق"، وهو تكييف يخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد، فبعد أن

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 401.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 83.

³ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 96.

يتبين للقاضي من خلال قيامه بالتكييف أن المسألة تندرج ضمن فئة الأهلية، وكانت قاعدة الإسناد في قانونه تملّي عليه تطبيق قانون الجنسية، فإذا أراد أن يصل إلى مفهوم أهلية التصرف أو غيرها من المفاهيم التي تندرج تحت غطاء الأهلية بصفة عامة، فإنه يحتكم إلى القانون المختص في هذا النزاع، وهنا هو قانون جنسية الشخص¹.

ويسترسل "بارتان" في تبرير حجته معتمدا على ذات الفكرة التقليدية أي فكرة السيادة، فالتكييف الأولي يخضع لقانون القاضي على اعتبار أنه ذا صلة بالسيادة التشريعية لدولة القاضي، أما التكييفات الثانوية فلا تؤثر على السيادة بل تتعلق بنطاق القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض ولا مشكلة في خضوعها له².

وقد رأى بعض الفقهاء أن هذا الاستثناء الذي وضعه "بارتان" لا يمكن الأخذ به، ذلك لأن المعنى الدقيق للتكييف يقتضي تحديد الوصف القانوني وربط هذا الوصف ضمن طائفة من طوائف الإسناد للكشف عن القانون المختص فقط، وعليه فكل ما يأتي بعد هذه المرحلة لا ينطبق عليه وصف - التكييف - وعليه فإن التكييفات اللاحقة هي جزء من الحكم الموضوعي الذي يتضمنه القانون الواجب التطبيق وبالتالي لا مجال للتعامل مع التكييفات اللاحقة على أنها صنف آخر من التكييف³.

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 401. أيضا: أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 83.

² مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 96.

³ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 282 - 283.

ب- وصف المال:

ذهب الفقيه "بارتان" إلى الاعتماد على قانون دولة موقع المال كمرجع لتكييف المال إن كان من قبيل العقارات أم المنقولات وقت إنشاء العلاقة القانونية (*lex rei sitae*)، رغبة منه في الحفاظ على أمن واستقرار المعاملات، كما سعى من خلال هذا الاستثناء إلى الحفاظ على الثروة الوطنية، وهذه أمور تتدرج ضمن إطار النظام العام¹.

كما يضيف الأستاذ "بارتان" أنه " إذا أخذت كافة الدول بهذا الاستثناء فإن قواعد التكييف بالنسبة لهذه المسألة ستتوحد فيها جميعا، وهو أمر مرغوب فيه كل الرغبة، لأن توحيد القوانين الدولية وإجماعها على الأخذ بهذا الاستثناء يقضي على الكثير من الاختلافات القانونية التي تحدث حول هذه المسألة"².

لكن تم انتقاد هذا الاستثناء على أساس أنه يحول دون تطبيق قاعدة الإسناد المتضمنة في قانون القاضي تطبيقا سليما، والسبب في ذلك عدم توحيد قاعدة الإسناد بالنسبة للمال على مستوى التشريعات، بالإضافة إلى أن التقسيم المعهود للمال (عقار - منقول) سواء بحسب طبيعته أو بحسب نص قانوني يختلف من دولة إلى أخرى، فما يعتبر في دولة من قبيل المال المنقول قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، ومن ناحية أخرى قد يكون المال المتنازع عليه متوطن في أكثر من

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 563. أيضا: علي غالب الداودي وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص 72.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 136.

- هذا وقد ذهب الفقيه "ستوري" في أمريكا، إلى تبرير هذا الاستثناء بقوله إنه مدام أن الأموال موجودة على إقليم تلك الدولة، فإنه يقع واجبا احترام كل ما تقرره بشأن تلك الأموال، فالسيادة التي تتمتع بها تسمح لها بإصباغ الأوصاف القانونية على الأشياء وفقا لما تراه ملائم ولا تستطيع أي دولة أخرى إنكار الصفة التي تختارها لتلك الأموال. أنظر: مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 98.

دولة، مما يؤدي إلى تعارض في التكييفات، وعدم التوصل إلى تكييف واحد يمكن القاضي من تحديد قاعدة الإسناد المختصة¹.

بالرغم من العيوب التي تكتنف هذه النظرية، إلا أن غالبية التشريعات في العالم تنصر هذا الاتجاه²، كما كان قد أخذ المشرع الجزائري بها في المادة 09 من القانون الجزائري، إذ جاء فيها: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

من خلال استقراء هذا النص يظهر بشكل جلي أن المشرع قد اعتمد على قانون القاضي كمرجع لتكييف العلاقات القانونية محل النزاع من أجل التوصل إلى القانون الواجب التطبيق ويكون بذلك قد تأثر بنظرية "بارتان".

هذا وقد اتجه الغالبية من الشراح إلى تفسير هذا النص على أنه جاء مخصصا حول التكييف الضروري أو كما يعرف أيضا بالتكييف السابق، ويظهر هذا من خلال عبارة " لمعرفة

¹ عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 72-73. أيضا: غالب علي الداودي وحسن الهداوى، المرجع السابق، ص 107. - كما يصعب إعمال هذا الاستثناء بالنسبة للأموال المعنوية، لأن تحديد موقع المال المعنوي لا تتفق بخصوصه كل التشريعات، فهو يختلف من دولة إلى أخرى. أنظر: سالم حامد الدحوج، المرجع السابق، ص 67.

² اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى الأخذ بهذه النظرية وعبرت عن تأييدها في قرارها الصادر بتاريخ 22 جوان 1955 وقالت: " إن مسألة معرفة إن كان عنصر من عناصر مراسيم الزواج يندرج تحت فئة القواعد المطبقة على الشكل، أو تحت فئة القواعد المطبقة على الموضوع، ينبغي أن يحل من طرف القضاة الفرنسيين وفقا لمفاهيم القانون الفرنسي والذي يعتبر الصفة الدينية أو اللائكية للزواج مسألة شكل". أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 80.

القانون الواجب تطبيقه"، وبالتالي تكون التكييفات اللاحقة مستثناة من هذا التطبيق، ذلك لأنها تخضع للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، والذي يرجع في شأنه للقانون المختص بالنزاع¹.

هذا وبالرغم من عدم النص على الاستثناءات التي تضمنتها نظرية "بارتان" في ذات المادة، إلا أنه قام - المشرع - بإدراجها في نصوص متفرقة ضمن القانون المدني، حيث أخذ بالاستثناء المتعلق بوصف المال والذي أخضعه بارتان إلى قانون موقعه في المادة 1/17 من القانون المدني الجزائري بنصها: " يخضع تكييف المال، سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

في حين أخذ بالاستثناء المتعلق بتحديد وصف الفعل هل هو جريمة جنائية أم مدنية في المادة 2/20 من القانون المدني، وبالإستثناء المتعلق بالالتزامات التعاقدية في المادة 18 من القانون نفسه، والاستثناء المتعلق بالمعاهدات في المادة 21 من نفس القانون.

وبحسب تقديرنا المتواضع نرى أن المشرع الجزائري حاول أن يكسب القانون الوطني قدسية منيعة، إذ اكتفى به كمرجع وحيد لتكييف العلاقة محل النزاع ويظهر هذا بشكل جلي في عبارة " يكون القانون الجزائري وحده المرجع"، ويكون بذلك قد جنب القاضي معاناة البحث في القانون الأجنبي والاكتفاء بقانونه من أجل الكشف عن الوصف القانوني السليم للمسألة المعروضة أمامه.

¹ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 283. أيضا: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 94.
- يرى الأستاذ الدكتور بلمامي عمر أنه تم صياغة نص المادة بطريقة مرنة، وفي تقديره أن هذه المرونة غير كافية ولا بد من القيام بتعديل صريح على المادة السالفة الذكر، بحيث تتيح للقاضي الاستعانة بالقانون الأجنبي وفي نفس الوقت العمل على تحقيق الأهداف المرجوة من القانون الدولي الخاص. أنظر: بلمامي عمر، المرجع نفسه، ص 288.

هذا وبالرغم من إدراج المشرع للاستثناءات الواردة في نظرية "بارتان"، إلا أننا نرى عدم النص عليها ضمن هذه المادة يفسر أن المشرع الجزائري لم يردّها أن تمثل استثناءات على المبدأ العام الذي يقضي بالرجوع إلى قانون القاضي، وإنما كان ينظر إليها أنها تكييفات ثانوية أو لاحقة على التكييف الأولي ويبقى الأصل دائماً الاحتكام أولاً إلى القانون الوطني.

الفرع الثاني

إخضاع التكييف لقانون الذي يحكم النزاع (lex casae)

بالرغم من نجاح نظرية الفقيه الفرنسي "بارتان" في الوصول إلى حل سليم أولي يتوافق مع مقتضيات السياسة التشريعية التي تتبناها كل دولة من أجل إنهاء مشكلة تنازع التكييفات، إلا أن بعض الناقدين من أمثال الفقيه الفرنسي "ديسبانيه Despagnet" والفقيه الإيطالي "باكيوني" "Pachioni" و "ولف Wolff" في ألمانيا أبدوا رفضهم لما أتت به نظرية بارتان بشأن إخضاع التكييف لقانون القاضي.

فخلال سنة واحدة من نشر بارتان نظريته في التكييف، كتب الأستاذ الفرنسي "ديسبانيه" مقالا انتقد فيه هذه النظرية، وحول الأنظار إلى حتمية تطبيق القانون الذي يحكم النزاع حتى ولو كان هذا القانون أجنبياً¹.

¹ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 37.

ولا جرم في أن الفقيه "ديسبانيه" عندما رمى سهام نقده على نظرية "بارتان" وأسس لنظريته، لم يكن هذا من فراغ، بل كانت لديه حجج وأسانيد قانونية كافية لتبرير وجهة نظره، ومن جهة أخرى فإنه ومهما بلغت نظريته جانب من الصواب لن تسلم من النقد.

وعليه يتم التطرق أولاً إلى مبررات خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع ثم نتناول تقدير النظرية ثانياً.

أولاً: مبررات خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع

ينطلق أنصار هذا الاتجاه من أن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو المؤهل لأن يحكم عملية التكييف، ويتوجهون في تبرير ذلك من منطلق أنه مدام أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي قد أشارت بتطبيق قانون معين¹، فمن الواجب تطبيقه على العلاقة منذ نشأتها حتى نهايتها بما في ذلك مسألة التكييف، ذلك لأن إعطاء الوصف القانوني للمسألة المعروضة هو "جزء لا يتجزأ من القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع"².

ذلك أن تكييف العلاقة محل النزاع وفقاً لأي قانون آخر هو تشويه لها على حد تعبير الفقيه "ديسبانيه"، ومن ثم سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة، كإعمال قانون دولة أخرى، أو استعمال القانون المختص استعمالاً سيئاً بعد إعمال قواعده في غير الحالات التي نص عليها مشرعه، وعليه فإنه

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 270.

² زنادة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 2249.

يقع لازماً على القاضي التقيد بالقانون الذي يحكم النزاع من أجل أن يتوخى المساواة التي تنجر على غياب هذا القانون في الفصل في النزاع المطروح¹.

فمتى انعقد الاختصاص لتكييف المسألة المطروحة للقانون الأجنبي فسيتربأثران لازمان أحدهما سلبي والذي يتمثل في انتهاء وظيفة قانون القاضي، حيث لا يمكنه أن يتدخل لتكييف المسألة تحت أي ظرف، وثانيهما إيجابي يتمثل في الاعتماد على القانون الأجنبي المختص في كل المسائل المرتبطة بالنزاع المطروح بما في ذلك الوقوف على مسألة التكييف، ومن أجل هذا يجب عقد الاختصاص الكامل لهذا القانون دون الفصل بين القواعد الخاصة بالتكييف والقواعد الموضوعية الواجب تطبيقها².

وعليه فإن القاضي عند قيامه بعملية تكييف علاقة قانونية يجب أن يعامل قواعد القانون الأجنبي على قدم المساواة إذ يتعين عليه عدم التمييز بين قواعده الخاصة بالتكييف وقواعده الموضوعية التي تحكم النزاع، فلا يمكن أن يرعى القاضي سلامة تطبيق القانون الأجنبي في معزل عن الأوصاف والتكيفات التي يضمنها هذا القانون³.

فإذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي مثلاً بتطبيق قانون بلد الإبرام على التصرفات، فإنه يتعين على القاضي الرجوع في تفسير الشكل إلى القانون ذاته⁴.

¹ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 248. أيضاً: جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 85.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 130.

³ سالم إرجيعة، المرجع السابق، ص 106. أيضاً: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 31.

⁴ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 137.

ففي مثال وصية الهولندي، فإنه يجب أن يرجع القاضي إلى القانون الهولندي في تكييف القاعدة الواردة في المادة 992 من القانون الهولندي، والتي تمنع الهولنديين حتى خارج هولندا من إجراء وصاياهم بالشكل العرفي، بالإضافة إلى أنه إذا كان التكييف يحمل معنى تفسير القانون الأجنبي بالاستعانة بمفاهيم لا تتقاطع معه، فهذا لا يعني أن القاضي طبق هذا القانون، بل خرق قواعد القانون الدولي الخاص¹.

ولاعتبارات العدالة نصيب من تبرير هذا الاتجاه، فقد لا يتعرف قانون القاضي على وقائع ومراكز قانونية بسبب عدم تناول قانونه الوطني لها، فلقصور القوانين الوضعية مهما بلغت من الاستحسان ضعف لا أحد ينكره، ومن ثم تبرز الحاجة إلى إعمال قانون العلاقة - القانون المختص - من أجل استخلاص التكييف المناسب للنزاع².

ولقد طبق القضاء الانجليزي هذه النظرية في قضية Haldonade (1954)، حين أرجعت المحكمة الحق لما قضت به الحكومة الإسبانية في مطالبتها بملكية المنقولات الخاصة بإسباني توفي في إنجلترا لعدم وجود وارث له، وهذا في حالة ما وصفت الأموال بالإرث، وتكون هذه الأموال من حق إنجلترا إذا تم تكييفها وانتهت المحكمة إلى وجوب تحليل هذه المسألة وفقا لما يراه القانون الإسباني، وإن لم يتم التكييف بواسطته فسيؤدي هذا إلى عدم تطبيقه وإغفاله³.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 87. أيضا: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 250.

² سالم حامد الدحدوح، المرجع السابق، ص 71.

³ عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 98.

كما طبقت هذه النظرية في قضية التقادم الأنجلو- أمريكي، والتي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 04 جانفي 1882 أصدرت محكمة النقض الألمانية حكما لها بمناسبة فصلها في دعوى مطالبة بقيمة سندات إذنية- سند لأمر -، تخضع في تطبيقها إلى القانون الأمريكي وفقا للشريعة العامة والذي يعتبر التقادم المسقط قاعدة اجرائية وفقا لقاعدة الإسناد الألمانية، وكان المدعي عليه قدم دفعه مستندا إلى التقادم، في حين أن مدة التقادم كانت قد انقضت فعلا قبل رفع الدعوى طبقا للقانون الأمريكي المختص وطبق للقانون الألماني بوصفه قانون القاضي، وبالتالي تم رفض هذه الدعوى، لكن محكمة النقض الألمانية قامت بقبول هذه الدعوى وإلزام المدعي بدفع قيمة السندات بعدما احتكمت إلى القانون المختص في تكييفها للنزاع¹.

ثانيا: تقدير النظرية

حملت هذه النظرية في طياتها العديد من التناقضات التي حالت دون انجذاب المشرعين لها، هذا ما جعل الناقدين من الفقه يردون على هذه النظرية مظهرين مواطني ضعفها، وتتمثل الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية فيما يلي:

عمليا خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع هو افتراض لنتيجة قبل السبب، ذلك لأن التكييف عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وفي هذه المرحلة لا يمكن للقاضي أن يكشف عن القانون الواجب التطبيق في المسألة المعروضة عليه²، ومن ثم فإن القول بعكس ذلك

¹ بلامامي عمر، المرجع السابق، ص 70.

² فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 38. أيضا: ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 269

يعني أنه تم التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، وهذا ما لا يتماشى مع الواقع القانوني الذي يقتضي أن الإسناد مرحلة لاحقة على التكييف.

إلا أن الفقيه "وولف" رد على هذا النقد بفكرة جديدة مفادها أن يتم تغيير صياغة قواعد الإسناد نفسها، وعلى سبيل المثال القاعدة التي تقول بخضوع الميراث لموطن المتوفى وقت الوفاة يتم إعادة صياغتها بالشكل الآتي "إذا مات شخص فعلى القاضي أن يطبق في شأن تركته القواعد السارية في الدولة التي كان يقطن فيها وقت الوفاة والتي يعتبرها قانون هذه الدولة من القواعد الخاصة بالميراث"¹.

وبنتهي إلى القول "بأنه يتعين على القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي أن يأخذ بكل التكييفات التي يثيرها هذا القانون"².

لكنه هو الآخر سيواجه نفس النقد الموجه لأنصار هذا الاتجاه، فالتكييف كما سبق القول هو عملية سابقة على الإسناد، فلا يمكن بشكل من الأشكال أن يطبق القاضي قانونا لا يزال مجهولا ويقوم بالتكييف على أساسه وهو لا يعلم أي القوانين التي سيحتكم إليها.

هذا وقد رأى الأستاذ الدكتور "بلمامي عمر" أنه سيكون من العسير على القاضي أن يجد أسس قانونية من أجل أن يبرر البدء في إخضاع التكييف لأحد القانونين دون الآخر، ومتى تحقق ذلك فحتما سيقع في حلقة مفرغة"³.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 139-140.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 245.

³ نفس المرجع، ص 253.

نظريا قواعد الإسناد قواعد من وضع المشرع الوطني، فهو المكلف بتحديد نطاقها ورسم حدود أعمالها وهو من يملك التفسير الملائم لها، ومن ثم فإنه لا يتصور ترك مسألة خطيرة كهذه في يد قانون أجنبي فالصبغة الوطنية لقواعد الإسناد تستدعي بالضرورة عدم التخلي عن صلاحية تفسير قواعد الإسناد لأي قانون أجنبي¹.

ضعف هذه النظرية وعدم ارتكازها على أسس سليمة جعل الفقه الحديث يسعى وراء حل وسطي للتخفيف من حدة الاختلاف الحاصل بين أنصار نظرية قانون القاضي والقانون الذي يحكم النزاع وهذا بالأخذ بهما معا، لكنهم كانوا منقسمين في الأخذ بهذه الفكرة إلى اتجاهين، اتجاه رأى أن العلاقة القانونية يجب أن تخضع لتكفيين متلاحقين، حيث يكون هناك تكيف مبدئي ويتم وفقا لقانون القاضي وعلى إثره يتم التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، وتكييف ثانوي يتم وفقا للقانون الأجنبي بما يتماشى وقاعدة الإسناد في قانون القاضي، ويتحدد بواسطته مفهوم القواعد الموضوعية².

واتجاه آخر رأى أنه يجب على القاضي أن يقوم بالتكفيين واسنادين معا، بمعنى أن يكيف العلاقة محل النزاع وفقا لقانون القاضي أولا، ثم ما إن يتضح القانون الواجب التطبيق يقوم القاضي مرة ثانية بإعادة التكيف وفقا لهذا القانون المختص، ثم اسنادها بموجب قواعد الإسناد الوطنية إلى القانون المختص³.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 133.

² بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 258.

³ المرجع نفسه، ص 259.

بالرغم من أن هذا الاتجاه قد لامس جانب من الصواب إلا أنه يصعب إعماله من الناحية الواقعية، حتى أننا لا نرى أي جدوى من أن يقوم القاضي بالتكييف وإعادة التكييف، فهذا المذهب أو الآخر - الذي نادى بالاقْتِصَار على القانون الذي يحكم النزاع - نراه حقيقة جاء من أجل تغيير وجهات النظر التقليدية التي ترى أن قانون القاضي وحده قادر على أن يختص بحكم عملية التكييف، وأرادوا أن يجعلوا للقانون الأجنبي محلاً ثابتاً بين قانون القاضي، حيث يحتكم إليه كلما دعت قواعد الإسناد في قانون القاضي الرجوع إليه.

لكن وإن كان يبدو أن الفكرة هنا هي استشارة قواعد التنازع في القانون الوطني أولاً، إلا أن الهدف الحقيقي الذي تصبو إليه هذه النظرية حسب تقديرنا هو إبعاد قانون القاضي عن حكم عملية التكييف، ويتأكد هذا في ما ذهبت إليه النظرية الحديثة، التي بالرغم من أنها نادت بالأخذ بالقانون المختص بعد القيام بعملية التكييف الأولي على أساس قانون القاضي، إلا أنها رست على القانون الذي يحكم النزاع وهذا بعد القيام بالتكييف الثانوي، ومن ثم تكون قد استعملت قانون القاضي كوسيلة للوصول إلى تطبيق القانون الأجنبي على عملية التكييف.

الفرع الثالث

إخضاع التكييف للقانون المقارن

بالرغم من الجهود التي بذلها رواد النظريتين السابقتين من أجل التوصل إلى حل وسطي يمكن الاعتماد عليه في حل مسألة التكييف، إلا أن الأسس التي اعتمدت من جانبهم في سبيل تبرير وجهات نظرهم لم تعد كافية لاستيعاب كل المشاكل التي يفرزها التكييف، فالاقْتِصَار على

قانون القاضي بحجة السيادة والقيام بالتكييف على أساسه لم يتقبله دعاة الخروج عن القوانين الوطنية بالنسبة لعلاقات القانون الدولي الخاص.

فالتهم ذاته لم يكن مقصورا على نظرية "بارتان"، بل طال إلى نظرية "ديسبانيه" والتي قابلها الغالبية من الفقه بالنكران الشديد، بسبب افتقارها لأسس منطقية تقوم عليها، وعدم اتصالها بالواقع العملي.

هذه العيوب التي شابت النظرتين السابقتين دفعت بالفقيه الألماني "إرنست رابل" "E.Rabel" إلى سلوك مسلك مغاير لما أتت عليهم النظريات السابقة، وتبني نظرية جديدة مفادها خضوع التكييف للقانون المقارن، حيث عبر عن وجهة نظره هذه في مقال له حمل عنوان "مشكلة التكييف" و قام بنشره في مجلة القانون الدولي الخاص سنة 1911¹.

وتفصيلا لما سبق، سنتطرق أولا إلى الأساس الفني للنظرية، ثم نتناول تقدير النظرية ثانيا.

أولا: الأساس الفني للنظرية

يدعو الفقيه الألماني "رابل" من خلال نظريته إلى وجوب ابتعاد القاضي بمناسبة تكييف المسألة المطروحة أمامه عن المفاهيم السائدة في قانونه الوطني والقانون المحتمل التطبيق، و"استخدام مفاهيم ذاتية خاصة بالقانون الدولي الخاص"، فهو يرى أن "علم القانون المقارن هو الذي يجب العمل به في تفسير مفاهيم قواعد التنازع في دولة القاضي"².

¹ زنادة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 2248.

² هشام صادق، حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 71. أيضا: بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 264.

ومعنى ذلك أنه يتم الرجوع إلى المفاهيم العالمية الموحدة للأفكار المسندة والتي يتم استنباطها من خلال إتباع منهج البحث المقارن أي أعمال " الأفكار المجردة السائدة في قوانين دول العالم المتمدين"¹. وحتى يتمكن القاضي من استخلاصها يجب عليه إجراء الدراسات القانونية المقارنة للعائلات القانونية المختلفة من أجل التوصل إلى حل مشكلة معينة وتبيان أوجه الشبه والاختلاف بينها.

ويبرر "رابل" هذه النظرية من منطلق أن الصبغة الدولية هي الصفة الغالبة على مسائل تنازع القوانين، ومن ثم فإنه من غير المستساغ أن يلجأ القاضي إلى المفاهيم السائدة في قانونه الوطني من أجل تلبية غاية دولية وسد حاجة عالمية خاصة عندما تواجه القاضي مسألة غير مألوفة في تشريعه الوطني أو حتى بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع².

هذا وقد ذهب رابل إلى القول بأن سد حاجة المعاملات الدولية هو الهدف المرجو من قواعد الإسناد والذي لا يمكن أن يتحقق إلا إذا تم منحها معنى عالميا وتم التخلي عن فكرة حصر المفاهيم ضمن نطاق ضيق، أي عدم التقيد بقانون دولة معينة لتحديد مضمون هذه القواعد³.

فمثلا لو أشارت قاعدة الإسناد في مسألة الأهلية إلى تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص على أساس جنسيته، فإن المقصود من الأهلية لا يجب أن يتم وفق قانون دولة معينة بل يستلزم من القاضي الرجوع إلى القانون المقارن للوقوف على المعنى الدقيق لها¹.

¹ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 289-290. أيضا: غالب علي الداودي وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص71.

² ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 270. أيضا: مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 102.

³ عبد الرسول كريم مهدي أبو صيب، المرجع السابق، ص 225.

ولو تصدى القاضي لقاعدة الإسناد الواردة في القانون الألماني والتي ترد مسألة الوصاية لقانون الشخص الذي يجب حمايته، فإنه يتعين عليه عند تحديد المقصود بنظام الوصاية الرجوع إلى المعنى العام المجرد السائد في كل أنحاء العالم، والذي يشمل كافة النظم الوضعية التي تناولت مسألة حماية ناقصي الأهلية ممن لا يخضعون للولاية الأبوية وكذلك النظم الخاصة بالنيابة عنهم².

وتأخذ فكرة الأستاذ النمساوي "نيونر NEUNER" نفس البعد مع نظرية الفقيه "رابل"، حيث يرى هو الآخر أن القاعدة القانونية الدولية تختلف عن القاعدة المادية، حيث أن الأولى هدفها هو تحديد النظم القانونية المختلفة، أما القواعد المادية فيطبقها القاضي بشكل فوري على النزاع³.

وبالرغم من إيمان الفقيه "نيونر" (NEUNER) بأن التكييف يجب أن يأخذ معنى دوليا la *qualification doit être internationale*، غير أنه يحذر من الوقوع في الأخطاء القضائية للمفاهيم⁴.

ومن بين المحاسن أيضا التي تضمنتها نظرية "رابل" أنها نظرية استطاعت التجاوب مع الصعوبات التي تواجه قاضي الموضوع في تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني مجهله قانونه الوطني كنظام تعدد الزوجات، والأوقاف، والمهر بالنسبة لقوانين الدول الأوروبية، والتبني بالنسبة لقوانين الدول الإسلامية، وأيضا قضية "التروست" المعروفة في النظام الأنجلوسكسوني،

¹ عبد الرسول كريم مهدي أبو صبيح، المرجع السابق، ص 225.

² عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 100.

³ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 266.

⁴ المرجع نفسه، ص 267.

والزواج المؤقت المباح قديما في القانون السوفيتي، وهنا تظهر أفضال القانون المقارن في تخفيف العبء على القاضي عند قيامه بتكييف موضوع لا وجود له في تشريعه الداخلي¹.

وعليه فإنه يناط بالقاضي عند قيامه بالتكييف، التوسع في البحث في قرارات المحاكم الأجنبية وتعاليم الفقهاء والكتب ونصوص القوانين في كافة الدول للتوصل إلى الحل السليم، أي "إعطاء التكييف الصفة العالمية"².

ثانيا: تقدير النظرية

لقد سعى الفقيه "رايل" من خلال نظريته إلى الخروج بقواعد القانون الدولي الخاص إلى العالمية، وهذا عن طريق خلق بيئة خاصة تحتضن المعاملات التي تقام على صعيد القانون الدولي الخاص والابتعاد عن المفاهيم الكلاسيكية التي ألفها القاضي في قانونه الوطني.

وإذا تأملنا في الفكرة التي جسدها نظرية "رايل" نجد أنها تأخذ البعد العالمي الذي أتت به نظرية العولمة، فكلاهما يروجان لنفس الفكرة المتمثلة في: وجوب تخطي الحدود الإقليمية للوصول إلى المفاهيم المثالية.

وبالرغم من الإيجابيات التي قدمتها هذه النظرية إلا أنها انطوت على نقاط ضعف أدت إلى اضمحلال فعاليتها، وسنأتي إلى تبيانها فيما يلي:

¹ سالم حامد الدحود، المرجع السابق، ص 72. عبد الرسول كريم مهدي أبو صبيح، المرجع السابق، ص 225.

² ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 270.

أعاب الفقه هذه النظرية من منطلق أنها نظرية تدعو إلى الكمال ولا تتصل بالواقع، بمعنى أن الغاية التي حملتها كانت محصورة في التوسع في مفهوم التكيف عن طريق السماح لقواعد القوانين الأجنبية في التوغل في مضمون قواعد الإسناد، ولكن من الناحية النظرية فإن استخدام المنهج المقارن من أجل تبيان المقصود من الفكرة المستندة يتنافى مع قواعد التفسير المتبعة، ثم إن القواعد التي تتضمنها التشريعات الأجنبية ليس محكوم عليها بالثبات، فهي تتغير من فترة إلى أخرى بإرادة المشرع الأجنبي، ولهذا فإنه يستحيل أن يتم رد تفسير قواعد الإسناد إلى القانون المقارن، وبالنتيجة خضوع التكيف إلى القانون المقارن عسير من الناحية النظرية¹.

على الصعيد العملي فلا أثر يذكر لهذه النظرية، حتى أن أحد الشراح وصفها بأنها " مجرد أمل عسير المنال من الوجهة العملية"²، وتظهر الصعوبة العملية لهذه النظرية بشكل جلي في كون أن الدراسة المقارنة لمختلف الفروع القانونية لازالت في مرحلة العموميات، مما تحول دون الوصول إلى حل واضح للمسألة المطروحة، فتوحيد الأوصاف القانونية يستدعي القيام ببحوث كثيرة ودراسات على مستويات عالية³.

بالإضافة إلى أن القاضي وفقا لهذه النظرية سيكون مضطرا لبذل مجهود كبير دون تحقيق نتيجة تذكر، فليس له مصدر معين يستقي منه المعلومات الكافية حول التشريعات الأجنبية

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 135. أيضا: زنانة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 2249.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 290.

³ هشام صادق، حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 71. أيضا: غالب على الداودي و حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 71.

المختلفة، فضلا أن الدراسة المقارنة تحتاج إلمام واسع لمختلف لغات العالم، وهو لا يملك لا اللغة التي تساعده في ذلك ولا الوقت الكافي ليقوم بإجراء هذه المقارنات.

وحتى في الفرض الذي تكون فيه الوسائل اللازمة للقيام بالدراسة المقارنة متاحة أمام القاضي فإنه يصعب عليه أن يصل إلى مفاهيم عالمية مشتركة، ذلك لأن القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون مجموعة قواعد قانونية¹، وعليه إذا أراد التوصل إلى مفهوم موحد لنظام الزواج مثلا سيصطدم بمشكلتين أساسيتين، تتعلق المشكلة الأولى بتباين المفاهيم بين مختلف التشريعات محل المقارنة²، أما المشكلة الثانية تتعلق بموضوع المقارنة في حد ذاتها، فهل يجب على القاضي أن يعامل كل التشريعات على قدم المساواة أم أنه ملزم بترجيح كفة تشريع دولة أو دول محددة على حساب أخرى، وهل الغاية المرجوة من هذه المقارنة هي استنباط الفكرة من بين النظم القانونية أو من بين القوانين³.

فضلا على أن القاضي ابن بيئته، فتكوينه الثقافي والقانوني وحتى النفسي يستمد من قانونه الوطني، وعليه فإنه من العسير أن يتم فصل هذا الجانب اللصيق بشخصية القاضي عند إجراءه لعملية التكييف عن طريق المنهج المقارن، فالقاضي من دون شك سيميل كل الميل لقانونه الوطني ومعتقداته ونظمه الوطنية، ويترك التشريعات الأجنبية⁴.

¹ بلمامي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1993-1994، ص 294-2095.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 136.

³ غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 71.

⁴ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 290. ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 270.

كما نفى الفقه الحجة التي قال بها "رابل" على أساس أن قانون القاضي من الممكن أن يواجه صعوبات في حالة عدم تعرفه على نظام قانوني معين¹، واعتبروا أنه لم يواجه أي صعوبة في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل الدخيلة على نظامه القانوني، فلم يتردد القاضي مثلاً في تكييف مسألة الزواج الثاني والذي تعرفه الشريعة الإسلامية على أنه نوع من الزواج بالرغم من خلو تشريعه الداخلي من هذا النظام، وأيضاً تصديه لعقد التركة وتكييفه على أنه نوع من أيلولة التركة².

وبالرغم من النقائص التي طالت هذه النظرية، إلا أنها انطوت على جانب مفتاحي، حيث يعود الفضل لها في تبني الأذهان أهمية إتباع المنهج المقارن في حل النزاعات التي يصعب على القاضي أن يتعرف عليها أو التي يجهلها قانونه، بالإضافة إلى المساهمة في إرشاده إلى حلول ناجعة والتي من الممكن أن تحل النزاع باحترافيه أكثر.

¹ عبد الرسول كريم مهدي أبو صبيح ، المرجع السابق، ص 225.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 55.

المبحث الثاني

الإحالة Le renvoi

قد يتبادر إلى الأذهان أن القاضي فور انتهاءه من عملية التكييف فإنه يتوصل إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا التصور سليم لا عيب فيه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، إذ أنه لا يطرح أي إشكال بخصوص القواعد الواجب تطبيقها، فالقاضي يحتكم مباشرة إلى القواعد الموضوعية في قانونه ويطبقها على النزاع.

لكن إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي بتطبيق القانون الأجنبي فأبي قواعد قانونية سيحتكم إليها القاضي؟ فهل المقصود هنا إعمال القواعد الموضوعية؟ أم اللجوء إلى قواعد الإسناد في هذا القانون؟

ومن جهة أخرى، يجب أن لا ننسى أن قواعد الإسناد ليست على مفهوم واحد في ظل كافة التشريعات الوضعية، إذ أن اختلاف مضمونها من تشريع إلى آخر، أمر يفرضه الواقع العملي والقانوني معاً، فقواعد الإسناد وضعت بالدرجة الأولى لتستجيب للحاجة الاجتماعية، ومسايرة النظام العام السائد في تلك الدولة.

هذا التباين الذي تشهده قواعد الإسناد قد ساهم بطريقة واعية أو نصف واعية في تصاعد معضلة جديدة أمام القانون الدولي الخاص، والتي تمثلت في "الإحالة".

وعلى العموم فإن الإحالة هي آلية من الآليات التقليدية التي تم اللجوء إليها لتخفيف حدة الخناق الحاصل بين مختلف القوانين، إذ أنها تعمل إلى جانب التكييف في التوصل إلى التفسير الملائم لقواعد الإسناد دون تعصب لغاية محددة، ففكرتها العامة التي تقوم عليها لا تعكس بالضرورة الهدف الذي تسعى إليه، ذلك أن الإحالة فكرة مرنة يمكن أن تساير أي توجه من التوجهات السائدة في الساحة الدولية¹.

والمما بكافة العناصر الأساسية لمشكلة الإحالة تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث في المطلب الأول نتعرض إلى مفهوم الإحالة أما في المطلب الثاني نتناول جدلية الإحالة بين القبول والرفض.

¹ حسب تقديرنا الأولي نرى أن نظرية الإحالة يمكن أن تساير عدة طبائع، إذ يمكنها أن تتفق و إرادة جل المشرعين، سواء كان الهدف المتوخى منها التمسك بتطبيق القانون الوطني، أو السماح بإعمال قواعد التنازع في القانون الاجنبي، وما يؤكد وجهة نظرنا هذه، تفرع الإحالة إلى أنواع عدة، ومن هذا المنطلق فسيأخذ بالإحالة من الدرجة الاولى أنصار قانون القاضي أو القانون الوطني أما التشريعات التي ترى ضرورة استشارة قواعد الاسناد الأجنبية فإنهم سيلجئون إلى تطبيق الإحالة من الدرجة الثانية وهكذا، وسنتناول هذا في شيء من التفصيل لاحقا.

المطلب الأول

مفهوم الإحالة

لم يخف فقهاء القانون الدولي الخاص اختلاف تصوراتهم حول فكرة الإحالة، حتى أن البعض من الباحثين كونوا اعتقادهم حول فكرة الإحالة بأنها مشكلة لا حل¹، كما كان أسلوب بعض الشراح في تناول الإحالة يعكس يسهم من هذه النظرية حول مكانتها في حل مشاكل القانون الدولي الخاص.

ولعل قراءة عابرة للمؤلفات التي تناولت موضوع الإحالة تبين لنا أن اهتمام الباحثين في موضوع الإحالة جاء بشكل مركز حول جدوى قبولها من عدمه²، ثم تحول هذا الاهتمام إلى مناقشة المسائل الجوهرية التي تقوم عليها، من الوقوف على تعريف جامع لها ومحاولة الكشف عن جذورها التاريخية، ومعرفة الدرجات التي يمكن أن تؤول إليها إذا تم قبول هذه النظرية.

¹ عالج الدكتور "صلاح الدين جمال الدين" الإحالة ضمن مشكلات تطبيق القانون الأجنبي، بينما تناول الدكتور "جمال محمود كركدي" في كتابه "تنازع القوانين" موضوع الإحالة واصفا إياها بأنها "مشكلة"، كما كان قد صاغ الدكتور "بلمامي عمر" عنوان مقاله عن الإحالة في القانون الجزائري على أنها "اشكالية"، في حين عنون الدكتور "الدح عبد المالك" مقاله عن الإحالة بقوله "الإحالة مشكلة أم حل". أنظر: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 297، و أيضا جمال محمود الكركدي، المرجع السابق، ص 114. وأيضاً: بلمامي عمر، "إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2008. وأنظر أيضاً: الدح عبد المالك، "الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري - مشكلة أم حل-"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 08، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2015، ص 150.

² هنا لا ننفي وجود دراسات ناقشت كافة مسائل الإحالة، بل كلامنا هذا جاء كملاحظة استتجناها من أسلوب الباحثين بصفة عامة في التعاطي مع نظرية الإحالة، إذ لاحظنا أنه تم التركيز على عرض الآراء المتضاربة حول هذه النظرية ومحاولة إيجاد حلول لقبول الإحالة ثم توالى الإهتمام بعد ذلك ليمس بكافة مسائل الإحالة.

وهذا ما سنتناوله في فروع ثلاث، إذ يتم التعرض في الفرع الأول إلى المقصود بنظرية الإحالة ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى نشأة نظرية الإحالة، وأخيرا نتناول أنواع الإحالة وهذا في الفرع الثالث.

الفرع الأول

المقصود بالإحالة

بداية نشير إلى أنه ليس كل رجوع للقانون الأجنبي ينتج عنه الإحالة¹، إذ لا بد أن تؤدي استشارة قواعد الاسناد في قانون القاضي إلى الرجوع إلى قواعد الاسناد في القانون الأجنبي وانطلاقا من هذه القواعد سيتضح ما اذا كان هذا القانون يقبل الاختصاص أم يرفضه. وهذا أيضا غير كاف لقيام الإحالة إذ لا بد أن تكون قواعد الاسناد مزدوجة الجانب مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف مضامين قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى².

ففي حالة تماثل أو تطابق مضمون قواعد الاسناد في كل من دولة القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه، لا تقوم الإحالة وهذا الوضع الغالب في معظم التشريعات العربية، ومثال ذلك إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري متعلق بأهلية تونسي، فالقاضي الجزائري بعد استشارته لقواعد الاسناد في قانونه سيطبق القانون التونسي على اعتباره قانون جنسيته، كما أن قاعدة

¹ يطلق على الإحالة باللغة الفرنسية "le renvoi"، وبالانجليزية "foreign court theory"، وبالألمانية "samtvter weisung"، وبالإيطالية "rinvio"، وبالإسبانية "referencia". أنظر: عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 116.

² عيشوية فاطمة، "الإحالة في القانون الدولي الخاص"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01 العدد 02، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، أكتوبر 2015، ص 425.

الإسناد في القانون التونسي تقضي بتطبيق قانون الجنسية وبالتالي القاضي الجزائري يطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون التونسي¹.

ومتى اختلفت قواعد الاسناد وكانت قواعد مزدوجة أمكن حدوث تنازع بين القوانين، ولكن ليس كل حالات التنازع هي منشأة للإحالة، بل هي مقصورة على صورة من الصور التي يكون عليها تنازع القوانين².

وعليه نتطرق أولاً إلى تبيان صور التنازع المنشئ للإحالة، ثم نأتي إلى تعريف الإحالة ثانياً.

أولاً: صور التنازع المنشئ للإحالة

مثلما سبق القول أن تنازع القوانين يكون في صورتين، فقد يكون تنازع إيجابي وقد يكون تنازع سلبي، والإحالة لا تكون إلا في أحد هذين الفرضين وهذا ما سنحاول تبيانه في ما يلي:

1- التنازع الإيجابي:

في هذه الحالة تكون كل من قواعد الإسناد في القانون الوطني والقانون الأجنبي تسند الاختصاص لقانونها، وهذه هي الصورة الإيجابية لتنازع قواعد الإسناد، كما لو تعلق الأمر بموت

¹ الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 150.

² جل الاختلاف الحاصل بين قواعد الاسناد في القانون الأجنبي والقانون الوطني يتعلق بأمرين:

- القانون الشخصي الذي يطبق على مسائل الأحوال الشخصية حيث انقسمت التشريعات اتجاهين، حيث اسند البعض الحكم الى قانون جنسية الشخص "la lex paria"، والبعض الآخر طبق قانون موطن الشخص "lex domicilia".
- القانون الذي يحكم الزواج حيث كان البعض يقول بتطبيق قانون جنسية الشخص، والبعض الآخر يحكم قانون محل ابرام أو اشهار الزواج "lex loci celebrationis". انظر: عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 116.

ألماني متوطن في فرنسا تاركا وراءه أموال منقولة، فلو عرض النزاع على القضاء الألماني في شأن مسألة ميراث المتوفى فإنه سيطبق عليه قانونه الألماني على أساس أن قواعد الإسناد فيه تشير إلى إخضاع الميراث من المنقولات إلى قانون جنسية المتوفى، في حين لو عرضت ذات المسألة على القضاء الفرنسي فإنه سيطبق القانون الفرنسي بوصفه قانون موطن المتوفى¹.

وهذه صورة من التنازع لا تثير أي إشكالية، ذلك لأن كل قاضي يطبق قواعد الإسناد في قانونه، وهذا ما جسده المثال السابق إذ كل من القاضي الألماني والقاضي الفرنسي يطبق قانونه وهذه هي المهمة الأصلية لكل قاضي، تطبيق قانون دولته².

2 التنازع السلبي:

تحدث هذه الحالة عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي فيرفض هذا الأخير الاختصاص ويقوم إما بإرجاعه لقانون القاضي من جديد، أو يحيله إلى قانون ثالث، ومثال هذه الحالة أن يقوم انجليزي مقيم في الجزائر بإبرام تصرف متعلق بأهليته، فمتى عرض النزاع على القانون الجزائري فإنه سيخضع التصرف لقانون الانجليزي بوصفه قانون جنسيته، في حين القانون الانجليزي يقضي بإخضاع التصرف للقانون الجزائري بوصفه قانون الموطن، وبهذا يكون كل من القانونين يرفض الاختصاص في حكم المسألة المعروضة أمامه، وهذا ما يعبر عنه بالإحالة³.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 96.

² Sandrine Clavel, op.cit, p47-48

³ عيشوية فاطمة، المرجع السابق، ص 426. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 97-98

من خلال عرض هذين الصورتين من التنازع، يتضح لنا أنه لا مجال للحديث عن الإحالة في ظل التنازع الايجابي وإنما ظهور الإحالة مرتبط بالتنازع السلبي بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية والتي أشارت بتطبيقها قواعد قانون القاضي الوطني.

ومن ثم فإن أعمال الإحالة سيجعل القاضي الوطني يفسر نطاق القانون الأجنبي الذي يأمر قانونه بتطبيقه، بأن "الأولوية لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص الموجودة في ذلك القانون الأجنبي أي قواعد الاسناد فيه قبل تطبيق قواعده الموضوعية"¹.

ثانياً: تعريف الإحالة

تأخذ الإحالة معناها في اللغة على أنها مشتقة من الفعل "أحال" إذ يقال أحال فلان شيء معين" بمعنى أنه ترك التصرف لذلك الشخص بالشيء وخوله بمتابعة أمره ليترك له حرية الاختصاص والتصرف بما يجده مناسباً"².

أما من الناحية القانونية فلم تتناول التشريعات الآخذة بنظرية الإحالة ضمن نصوص قوانينها أي معنى يفيد المقصود من الإحالة، وإنما ذهبت الغالبية منها إلى الاكتفاء بالنص على حدود أعمالها، ولا عيب في ترك المشرعين توضيح المقصود منها، ذلك لأن صياغة التعاريف من مهمة الفقه، والذي بدوره عرف تباين في الآراء حول المقصود من الإحالة ولم يجمع على تعريف موحد لها، وفي ما يلي أهم التعاريف التي تم تداولها في الساحة القانونية:

¹ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 88.

² حسن غسان بني عودة، الإحالة في القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة-، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2020-2021، ص9.

عرف الدكتور "عزالدين عبد الله" الإحالة على أنها " تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا"¹.

ويمكن أن نستشف من هذا التعريف أنه جاء مركز حول شروط قيام الإحالة، من وجوب اختلاف مضمون قواعد الإسناد وقيام حالة التنازع السلبي.

في حين ذهب الدكتور "ممدوح عبد الكريم حافظ" إلى تعريفها على أنها " تلك النظرية التي تقتضي بلزوم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية في قانون المحكمة في حال وجود اختلاف في الحكم بينهما"².

كما عرفها الدكتور "الدح عبد المالك" في نفس المعنى بأنها " تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص الذي أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع"³.

بينما ذهب بعض الشراح إلى النظر للإحالة من زاوية الاختصاص المعهود إليها، وذلك في محاولة إلى التمييز بينها وبين الاختصاص القضائي، إذ قال في تعريفها الدكتور "فؤاد ديب" أنها "نقل الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بمقتضى قواعد

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 143-144.

² ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 275.

³ الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 151.

الإسناد الوطنية إلى قانون القاضي، أو إلى قانون أجنبي آخر، وذلك بمقتضى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"¹.

وهنا كان قد أكد الدكتور "فؤاد ديب" أن الإحالة في القانون الدولي الخاص تبتعد كلياً عن الاختصاص القضائي، إذ لا يجب أن نصل بينها وبين نقل الاختصاص القضائي من المحاكم الوطنية إلى المحاكم الأجنبية، كما أن مفهوم الإحالة يختلف عن مفهوم الإسناد"².

أما البعض الآخر فقد اعتبرها أداة فنية لحل مشكلات القانون الدولي الخاص، فعرفت على أنها "تتاج أسلوب خاص لتطبيق قاعدة التنازع الوطنية يجعل من تحديدها - عن طريق ضابط الإسناد فيها- لقانون أجنبي معين باعتباره القانون الواجب التطبيق، بمثابة إشارة إلى نظام قانوني متكامل يتعين تطبيقه بما في ذلك قاعدة التنازع المعينة فيه والتي تحمل ضابطاً مغايراً للإسناد"³.

في حين رأى آخرون أن العمل بالإحالة هو إسناد إجمالي للقانون المسند إليه، إذ لا يتم الاكتفاء بتفعيل قواعده الموضوعية، بل يتعدى الأمر إلى استشارة قواعد التنازع فيه، ومن ثم كان تعريفهم لها بأنها "الإسناد الإجمالي من قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع بعقد الاختصاص لقانون أجنبي، ومن ثم تقضي قاعدة الإسناد في القانون الأخير القانون الأجنبي

¹ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 46،

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 116.

بعدم الاختصاص لنفسها، وتعقد الاختصاص لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، أو لقانون آخر¹.

والملاحظ على هذه التعاريف وإن اختلفت في صياغتها فقد اتفقت على بعض الأمور الجوهرية التي تقوم عليها الإحالة، كما أنها جميعاً تدور حول نفس الفكرة المتمثلة في إسناد الاختصاص لقواعد التنازع في القانون الأجنبي انطلاقاً من قواعد التنازع في القانون الوطني.

إذا أردنا أن نطلق تعريف خاص بالإحالة وفق منظورنا الشخصي فإننا نقول:

" الإحالة هي البداية الفعلية لتطبيق القاضي الوطني لقواعد الاسناد في القانون الأجنبي عند نظره منازعات القانون الدولي الخاص".

ذلك لأننا حسب تقديرنا المتواضع نرى أنه من شأن تطبيق الإحالة الوصول إلى سلسلة تطبيقات لقواعد التنازع في القوانين الأجنبية أمام منازعات ذات العنصر الأجنبي.

الفرع الثاني

نشأة الاحالة

يذهب الغالبية من الفقه إلى إرجاع الفضل في نشأة الاحالة لقضية مشهورة والمعروفة باسم "فورجو" والتي عرضت على القضاء الفرنسي عام 1878، في حين ذهب آخرون إلى القول بأن الوجود الفعلي للإحالة تحقق على يد القضاء الانجليزي، إذ لجأ إلى تطبيقها في مسائل الميراث والوصاية، ورأى البعض من الفقه أن الوجود الفعلي للإحالة قد تحقق على يد المشرع الألماني.

¹ حسن غسان بني عودة، المرجع السابق، ص 9.

هذا التضارب في الآراء يمكن أن نحصره في ثلاث محطات تاريخية للوقوف على النشأة الحقيقية للإحالة، حيث نتطرق أولاً إلى تناول نشأة الإحالة في القضاء الإنجليزي، ثم التعرض إلى نشأتها في ظل القضاء الفرنسي، وأخيراً نتعرض إلى نشأتها بالنسبة إلى التشريع الألماني.

أولاً: نشأة الإحالة في القضاء الإنجليزي

عرف القضاء الإنجليزي بتطبيقات جريئة عبر فيها عن إيمانه بضرورة التسليم بإعمال قواعد الإسناد الأجنبية إلى جانب قواعد الإسناد الوطنية، ففي القضية المعروفة بـ "Annesely"، والتي تدور وقائعها حول وفاة بريطانية الجنسية متوطنة في فرنسا (وذلك بالمفهوم الموطن الواقعي في القانون الإنجليزي وليس بمفهوم الموطن الرسمي الحكمي الذي تقضي به المادة 13 من القانون المدني الفرنسي)، تاركة وصية تنازلت فيها عن ملكية جميع أموالها للموصى لهم، وقد تضمنت الوصية شرطاً ضمناً بأن يكون الموصى لهم ليسوا من الورثة، وبذلك تكون قد قامت بحرمانهم من الإرث وهذا الشرط يعتبر باطلاً في القانون الفرنسي، ولا يسري على الورثة إلا في حدود معنية، ولكن على العكس من ذلك، فإن القانون الإنجليزي يعتبر الوصية نافذة في حق الورثة حتى ولو تم استغراق كل أموال التركة¹.

وفي سبيل التوصل إلى حل لهذا النزاع ارتأت المحكمة العليا الإنجليزية إلى حل النزاع

بالشكل الآتي:

¹ عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 118.

بما أن موطن المتوفاة يقع في فرنسا والقانون الواجب التطبيق هو القانون الإنجليزي بوصفه قانون الموطن حسب ما تقتضيه قواعد القانون الدولي الخاص الإنجليزي، ولما كان القانون الفرنسي يشير بتطبيق القانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية الموصي، وحيث أن القانون الفرنسي يقبل الإحالة فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي تطبيق القانون الفرنسي الذي يقضي ببطلان شرط حرمان الورثة من التركة، وعدم نفاذ الوصية إلا في الحدود التي يقرها القانون الفرنسي¹.

وفي القضية المعروفة بـ "كولير ضد ريفماز" الصادرة في عام 1841، والتي تتلخص وقائعها في أن رجلا بريطانيا متوطن في بلجيكا توفي تاركا وصية خالف فيها أحكام القانون البلجيكي ولكنها تصح في القانون الإنجليزي، ولما عرض النزاع على المحكمة الإنجليزية طبقت قواعد الإسناد البلجيكية، واعتبرت نفسها كما لو أنها في بلجيكا، أين قضت قواعد الإسناد الإنجليزية بإرجاع الاختصاص للقانون البلجيكي بوصفه قانون الموطن الذي حصلت فيه الوفاة، بينما أرجعت قواعد الإسناد البلجيكية الاختصاص لحكم هذه الوصية للقانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، وهنا طبقت المحكمة الإنجليزية القانون الإنجليزي وفق قواعد الإسناد البلجيكية².

كما طبق القضاء الإنجليزي الإحالة في قضية "Ross" عام (1929) والتي كانت متوطنة في إيطاليا و" Duke wellington" (1946) الذي كان موطنه في إسبانيا، والذي كان

¹ الملاحظ هنا أن القاضي الإنجليزي يتقمص دور القاضي الأجنبي، فإذا كان هذا الأخير يقبل بالإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الأجنبي فإنه سيتبع نفس المنهج، ويطبق أحكام القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد القانون الدولي الخاص الإنجليزي وهذا ما حدث فعلا في قضية Annesley ، أنظر: عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 119.

² ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 276.

موضوعها يتعلق بإمكانية مواطن انجليزي متوطن في الخارج التنازل عن ثروته العقارية الموجودة في انجلترا بطريق الوصية الشاملة أي الوصية التي تحرم الورثة من الميراث، حيث ذهبت المحكمة أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بوصفه قانون "آخر موطن للمتوفى"، وأنه يتعين على القاضي الإنجليزي قبول الإحالة وتطبيق أحكام القانون الإنجليزي¹.

يستشف من هذه التطبيقات القضائية أن القضاء الانجليزي قد عمل بالإحالة كحل لتنازع القوانين ولكن بطريقة مغايرة، إذا كان القاضي الانجليزي ينطلق من القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الإنجليزية، وليس من قانونه الوطني وهذا ما يعرف بالإحالة المزدوجة والتي تعد من السمات الخاصة للقانون الدولي الخاص الانجليزي².

ثانيا: نشأة الإحالة في القضاء الفرنسي

تصدرت قضية "فورغو" الأوساط الفقهية الباحثة في نشأة الإحالة، إذ اعتبرها الغالبية من الفقه أنها تمثل النشأة الحقيقية لها، وعموما تتلخص وقائع هذه القضية في أن ولدا غير شرعي يدعى "FORGO" انتقلت به أمه إلى فرنسا وهو في الخامسة من عمره، فأقام بها حتى توفي وهو في ثمانية وستين من عمره مخلفا وراءه ثروة منقولة دون أن يكون له لا أولاد ولا زوجة ولا موطن يحتضنه، ذلك أن القانون الفرنسي كان يلزم اجراءات قانونية تتضمن موافقة الدولة الفرنسية

¹ عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 119-120.

² المرجع نفسه، ص 120.

من أجل الحصول على موطن قانوني، ولكن "فورجو" قام بإهمالها مما أكسبه موطن فعلي في فرنسا وموطن قانوني في بياريا¹.

وبعد وفاته قامت مصلحة الأملاك العامة الفرنسية بالاستيلاء على الثروة التي تركها والتي اعتبرت تركة بلا ورثة، لأن القانون الفرنسي كان لا يعطي للحواشي حقا في التركة، فتبقى التركة شاغرة إلا أن تؤول إلى الدولة الفرنسية، ولما علم أقاربه من الحواشي من عائلة "DITICHEL" ثار نزاع بينهم وبين الدولة الفرنسية ممثلة في مصلحة الملك العام "DOMAINE PUBLIC"، إذ طالب أقاربه بحقهم في الميراث مستنديين إلى قواعد القانون البفاري والتي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد الغير شرعي، كما أنه يعطي للحواشي نصيبهم في التركة، لكن إدارة الدومين العام بفرنسا طالبت بتطبيق القانون الفرنسي برغم من أن قاعدة الاسناد الفرنسية المختصة في هذه الحالة تقضي بتطبيق القانون البفاري، وهذا حتى تتمكن من الاستيلاء على التركة، وأسست طلبها هذا على أن الموطن الفعلي لـ"فورغو" كان في فرنسا، وبالرجوع الى قواعد الاسناد في القانون البفاري فإنها تقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي ومن ثم القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي².

ولكن محكمة الاستئناف الفرنسية قررت في حكمها الصادر في 24 مايو 1876 وعلى خلاف ما رأته إدارة الدومين، وجوب تطبيق قاعدة الاسناد الفرنسية والتي تقضي بخضوع الميراث

¹ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 89. أيضا: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 99.

² أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 99-100.

في المنقول لقانون الموطن الأصلي للمتوفى، أي القانون البفاري وبالتالي قضت بتأييد حق الحواشي في التركة¹.

وعندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 جوان 1878، لم تؤيد ما ذهب إليه محكمة الاستئناف، وانتصرت لإدارة الدومين العام الفرنسية، إذ قضت بأنه كان يجب على محكمة استئناف "بورديو" أن تطبق قاعدة الاسناد المعمول بها في القانون البفاري وليس أن تلجأ مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية فيه والتي تعطي الحل المباشر للنزاع، وأضافت محكمة النقض الفرنسية: "إن قاعدة الإسناد أو التنازع تعهد الاختصاص لقانون محل الإقامة الفعلي أي القانون الفرنسي على اعتباره موطن "فورغو" الفعلي، ولما كان القانون الفرنسي يقضي بحرمان الحواشي من التركة، الأمر الذي سيؤدي إلى بقاء التركة شاغرة حيث لا وارث لها، بالنتيجة ستؤول إلى الدولة الفرنسية متمثلة بمصلحة الملك العام - الدومين -"².

وبالتالي فإن أهم ما يمكن ملاحظته انطلاقاً من الحل الذي انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية، أن هذه الأخيرة أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى بعدما طبقت قواعد الإسناد البفارية والتي أشارت باختصاص القانون الفرنسي، وهي بذلك تكون قد أخذت بفكرة الإحالة بالرغم من عدم الإفصاح عنها بشكل واضح في حيثيات حكمها³.

¹ جمال محمود الكردى، المرجع السابق، ص 116.

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 89-90.

- هذا وقد أحالت محكمة النقض الفرنسية النزاع الى محكمة تولوز فأيدت ما ذهب إليه محكمة النقض في قرارها الصادر في 1880/05/22. أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 100.

³ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 101.

هذه القضية كانت قد مهدت الطريق أمام القضاء الفرنسي لتطبيق الإحالة إلى القانون الفرنسي في عدة قضايا عرضت عليها، أي ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى بل أكثر من هذا، ففي 07 مارس 1938 أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً لها فسر لدى بعض الشراح بأنه كان يحمل ملامح تبني القضاء الفرنسي للإحالة من الدرجة الثانية، ونلمس هذا في حكمها القائل بـ "وجوب الأخذ بالإحالة التي يقرها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى، والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي في هذا الشأن في الحالة محل البحث" هذا ما دفع "باتيفول" إلى القول أنه وبالرغم من أن الحكم قد قضى بالإحالة إلى القانون الفرنسي وهي إحالة من الدرجة الأولى، إلا أن عبارته كانت مطلقة، وفيها إشارة إلى ضرورة التسليم بالإحالة من القانون الأجنبي غير القانون الفرنسي أي إلى تبني الإحالة من الدرجة الثانية¹.

كما كانت أيضاً قد عرفت إعمالاً صريحاً للإحالة من الدرجة الثانية في إحدى تطبيقاتها القضائية، ففي حكم لمحكمة باريس الصادر بتاريخ 19 مارس 1965 طبقت المحكمة القانون التركي في دعوى قد رفعت أمامها بالرغم من أن قواعد الإسناد الفرنسية قد أشارت بتطبيق القانون الانجليزي، ومردّها في ذلك أن قواعد الإسناد الانجليزية ترفض الاختصاص المعروض عليها وتشير بتطبيق القانون التركي، مما يؤدي إلى تطبيق هذا القانون أخذاً بالإحالة المقررة بمقتضى القانون الانجليزي².

¹ H. BATIFFOL, op.cit.p354.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 170.

ثالثا: نشأة الإحالة في التشريع الألماني

إن كان القضاء في إنجلترا وفرنسا هو من كشف عن الإحالة، فإن ألمانيا كانت قد عرفت الإحالة عن طريق نصوصها التشريعية، إذ صدر القانون الدولي الخاص الألماني في 18/08/1896، والذي اعتبرت فيه المادة 27 كأول نص تشريعي وطني يقرر قبول الإحالة من الدرجة الأولى، ولكنها كانت قد قصرتها على مسائل محددة والمتمثلة فيما يلي:

أ- حالة الشخص وأهليته

ب- الشروط الموضوعية لانعقاد الزوجية

ج- النظام المالي للزوجية

د- ميراث الأجانب المتوطنين في ألمانيا

ولكن وبالرغم من التحديد الذي أتى به هذا النص التشريعي فإن قضاء المحكمة العليا في ألمانيا استقر إلى تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى في غير المواضع التي نصت عليها المادة 27 السالفة الذكر، بل ذهب إلى أكثر من ذلك، وطبق الإحالة من الدرجة الثانية¹.

هذا وقد نص القانون الدولي الخاص الألماني والصادر في 25 جوان 1986 في المادة 4 منه على أنه "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق قواعد الإسناد المطبقة والموجودة في قانون هذه الدولة وبالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد،

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 571-572.

ويجب أن تطبق القواعد الداخلية الألمانية إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني¹.

من خلال استقراء هذا النص يتبين لنا وبشكل جلي لا غبار عليه، أن القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون الأجنبي إلى القانون الألماني والمعروفة بالإحالة من الدرجة الأولى، وكذا الإحالة من الدرجة الثانية مدام أن المادة جاءت بعبارات فضفاضة لم تتضمن معنى الرفض للإحالة من الدرجة الثانية.

في نهاية هذا العرض التاريخي نصل إلى أن الفضل في ظهور هذه النظرية يعود بالدرجة الأولى إلى القضاء الفرنسي، إذ أن قضية "فورغو" كانت بمثابة الصخرة الفعلية للإحالة، ومن ثم توالت النظريات الفقهية في محاولة الكشف عنها ورسم حدود أعمالها.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 572.

الفرع الثالث

أنواع الإحالة

إن كان الفضل في نشأة الإحالة يعود لأدراج القضاء، فإن تأصلها ووضعها ضمن إطارها القانوني كان من فضل الفقه وجهودهم، فبعد أن كانت مجرد وقائع متناثرة، ونزاع متجول بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، استطاع الفقه إيجاد نوع من الانسجام بين المواقف التي اتخذها القضاء في هذا الشأن، والوقوف على اقرار تصنيف لها.

حيث توصلوا بعد دراسة معمقة للأحكام التي صدرت في القضايا السالفة الذكر إلى التمييز بين نوعين من الإحالة احالة من الدرجة الأولى وإحالة من درجة الثانية، وتفصيلا لما سبق نقوم بدراسة كل صورة من صورها على الترتيب.

أولا- الاحالة من الدرجة الأولى

وتعرف أيضا بالإحالة إلى قانون القاضي¹، ويتحقق هذا الفرض، إذا ما أشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى الرجوع إلى قانون القاضي وتطبيق القواعد

¹ وتسمى باللغة الانجليزية "Remission" وبالفرنسية "Renvoi au Premier Degré"، وباللغة الالمانية "Rückver Weisan" وباللغة التركية "Bir Derceli atif"، كما أطلق عليها الفقيه "ارمنجون" الإحالة الحقيقية، في حين اصطلح عليها الفقيه "عبد الحميد أبو هيف" بـ "احالة الرجوع". أنظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 78.

- يميل بعض الفقهاء العرب إلى التعبير عن الإحالة الأولى بالرد أو الإرجاع، أما الإحالة من الدرجة الثانية فيطلقون عليها تسمية الإحالة فقط، ولكنهم تراجعوا عن هذه التسميات منعا لأي لبس وخط قد يقع عند مطالعة المراجع باللغة الفرنسية، واكتفوا بالتعبير الدارجة في الأوساط الفقهية وهي: الإحالة البسيطة والإحالة الى قانون ثالث، مع الإشارة إلى أن تعبير الرد يحمل معنى الإحالة الأولى. أنظر: عيشوية فاطمة، المرجع السابق، ص 429.

الموضوعية منه بعد أن ترفض اختصاصه كلياً في حل النزاع، وعليه فإن الإحالة إلى قانون القاضي تستلزم وجود اختلاف بين قانون دولتين في موضوع واحد¹.

ونسوق المثال الآتي لنوضح كيفية عمل هذه الآلية، فلو طرح أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق مثلاً بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر، فبالاحتكام إلى قاعدة الإسناد الجزائرية فإنها ستعهد الاختصاص للقانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية الشخص، ومن جهة أخرى فإن قاعدة الاسناد في القانون الانجليزي سترفض اختصاصها في هذا النزاع، وتقوم بالرد وإرجاع الاختصاص للقانون الجزائري بوصفه قانون الموطن من أجل الفصل في هذا النزاع².

ولا يغيب عن الذهن أن الاعتراف بالاختصاص لقانون القاضي بطريق الإحالة من الدرجة الأولى يمثل الاستثناء على مبدأ المساواة، حيث أن تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يكون احتياطياً، أي أن الإحالة لا تضمن تطبيقاً آلياً لقانون القاضي، وإنما تطبيقاً ممكناً (potentiel) مرهون بقيام حالة تنازع بين قواعد الاسناد³.

هذا النوع من الاحالة والذي يمثل الخلفية التاريخية لهذه النظرية⁴، استحسنه الكثير من التشريعات، ولعل السبب في هذا حسب الدكتور "عصام الدين القصبى"، هو تمادي بعض الدول

¹ جمال محمود الكردى، المرجع السابق، ص 118. أيضاً: غالب علي الداودي وحسن الهداوي، المرجع السابق، ص 78.

² بلمامي عمر، اشكالية الاحالة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 347.

³ مسعود بورغدة نريمان، "حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماجستير، تخصص: عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011، ص 123.

⁴ فباستقراء الحكم الذي اقرته محكمة النقض الفرنسية في قضية "فورجو" يتبين أنها أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى حيث قامت بتطبيق قاعدة الإسناد في القانون البفاري والذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الفرنسية. أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 101.

في مشاعر التعصب نحو القانون الوطني أو ما يعرف "la nationalism"، مما يخلق تنافر بين القانون الوطني والمنازعات ذات العنصر الأجنبي، بالإضافة إلى يقين القاضي بأنه سيطبق قانونه على أحسن وجه بما يتماشى مع غاية العدالة الفعلية في الدعوى المعروضة عليه¹.

ونحن نؤيد صراحة ما ذهب إليه في تشخيصه للسبب الذي دفع بغالبية التشريعات إلى اعتناق هذا النوع من الإحالة، فالمنطق والواقع العملي يتحدان ليدحضوا كل تفسير مخالف لهذا الرأي، فأنصار الغلبة للقانون الوطني نراهم يحلون أينما حل التأييد له، فالتأييد كان من أجل تغليب القانون الوطني وإرجاع الاختصاص له، فلو كانت نتيجة الإحالة إبعاد القانون الوطني مثلما سنرى لاحقاً فبالتأكيد أن النكران هو مآل هذه النظرية.

هذه النزعة الوطنية نرها تستحوذ أيضاً على تفكير القاضي، إذ أن شعوره بواجب الانصياع لقانونه الوطني وترك كل ما قد يبعد الاختصاص له، يجعله في طاعة تامة لنصوص مشرعه والاحتكام أكثر لقانونه الوطني، وعليه فلما كانت الإحالة من الدرجة الأولى تستهدف إرجاع الكفة إلى قانون القاضي، فقد سايرتها بعض التشريعات الوضعية وأخذت بها².

¹ عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 118.

- عبر المستشار الفرنسي DENIS في مرافعة له أمام محكمة النقض الفرنسية بمناسبة الحكم الصادر في الإحالة بتاريخ: 1910 /03/01 عن ولعه بتطبيقه لقانونه الفرنسي قائلاً " إنني أقبل إحالة القانون الأمريكي إلى القانون الفرنسي لأنني أحب القانون الفرنسي أكثر من أي قانون أجنبي آخر " أنظر: سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص132.

² من بين الدول التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى الإمارات العربية المتحدة (المادة 26 من قانون المعاملات المدنية الفقرة 2) بقولها "على أن يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق" كما أخذ به القانون السوداني في المادة 33 من القانون المدني القديم لسنة 1971، كما أخذ بها القانون الإسباني في المادة 2/11 من قانون 3 مايو 1974، والقانون المجري في المادة 4 من قانون 1974، والقانون الياباني المادة 32 لعام 1989، أنظر: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 205-206.

ولعل الإيجابيات التي تحملها هذه الصورة من الإحالة كثيرة حسب آراء مناصريها، إذ أنها تجنب القاضي عناء التفسير والتعمق في القانون الأجنبي، فضلا على أن مشاهدة القاضي وهو يفصل في النزاع يبيث على الطمأنينة في نفوس أطراف النزاع، لأنهم سيكونون على ثقة في أن القاضي سيطبق أحكام قانونه بتفاني وإخلاص، مستندا إلى خبرته الواسعة في تطبيق نصوص قانونه الوطني، ومن جانب آخر فإن الإحالة من الدرجة الأولى تحقق الانسجام والتطابق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، وفي هذا الشأن يرى بعض المؤلفين الفرنسيين أن أعمال الإحالة من الدرجة الأولى من شأنه تجنب إدخال عنصر لا يتجانس مع أحكام القانون الفرنسي¹.

ومن جانب آخر فإن القاضي عند تطبيقه لقانونه الوطني في دولته لن يتعرض للمشاكل التي يواجهها لو طبق القانون الأجنبي، خاصة فيما يتعلق بموضوع النظام العام، كما أنه في الإحالة من الدرجة الأولى أعمال للغاية التي وضعت لأجلها، إذ أنها تؤدي إلى ضبط المعاملات واستقرار المراكز القانونية داخل إقليم دولة القاضي، علاوة على توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني سواء كانت العلاقة وطنية أو دولية².

¹ مقدس أمينة، "الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري" - دراسة تحليلية مقارنة - مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 06، العدد 02، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، ديسمبر 2020، ص 230.

- هذا وقد أخذ بها القضاء الفرنسي واستند إلى سببين: حماية المصالح الوطنية نظرا لأنها تطبق أحكام القانون الداخلي، والسبب الثاني يرجع إلى كون أنها ستعيد الاختصاص إلى القاضي المعروف عليه النزاع مما يؤدي إلى تطبيق قانونه الوطني والذي يكون على دراية كافية به. أنظر حليتييم سراح، "منهجية تحليل قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني"، مجلة الفقه والقانون، العدد 33، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جوان 2015، ص 96 ،

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 208-209.

ثانيا - الإحالة من الدرجة الثانية

وتعرف أيضا بالإحالة إلى قانون دولة غير دولة القاضي، ويطلق عليها جانب من الفقه بالإحالة المطلقة أو الملحقـة- Le prolongation¹، وتتحقق هذه الحالة عندما تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص المعهود إليها بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، وتقوم بإحالته إلى قانون دولة أجنبية أخرى من غير دولة القاضي، وقد تتعدد صور الإحالة إلى قانون رابع وهكذا².

ونضرب مثلا لنزاع مفترض يعرض على القاضي الجزائري يتعلق بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في الدانمرك، فطبقا لقواعد الإسناد الجزائرية فإن الاختصاص يؤل إلى القانون الانجليزي باعتباره قانون الجنسية، ولكن قواعد الاسناد الانجليزية ترفض الاختصاص وتحيله بدورها إلى القانون الدانماركي بوصفه قانون الموطن، فلو أن القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق على هذا النزاع القانون الدانمركي الذي أحالت إليه قواعد الاسناد الانجليزية، ولكن هذا معلق بشرط قبول قواعد الاسناد في القانون³.

ونأخذ القانون الألماني(القديم) مثلا آخر، حيث كان يخضع الإرث لقانون جنسية الموروث سواء كان المال الموروث منقولاً أو عقارا، أما في القانون التركي فإن الميراث في المنقول يخضع لقانون جنسية المتوفى، أما الميراث في العقار فيخضع لقانون موقع العقار، ومن ثم فإذا توفي تركي في ألمانيا وترك عقارات في سويسرا، فإن قاعدة الاسناد الألمانية ستولي الاختصاص

¹ درج القضاء الانجليزي على تسمية الاحالة من الدرجة الثانية بـ "transmission"، وعند الفقه الفرنسي " Renvoi au second degré"، وعند الألمان " weisung Weiterver"، انظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 145.

² مقدس أمينة، المرجع السابق، ص 230.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 101.

للقانون التركي بوصفه قانون جنسية الموروث، ولكن القانون التركي سيدفع بعدم اختصاصه ويرفض الحكم في النزاع لأنه في مثل هذه الحالة يتوجب الاحتكام إلى القانون السويسري بوصفه قانون دولة العقارات الموروثة¹.

وهذه هي الإحالة من الدرجة الثانية، والتي تقتضي من قواعد الإسناد المختصة استهداف قانون دولة ثالثة من غير دولة القاضي.

وبالرغم من الصعوبات التي تواجه القاضي الوطني عند إعمال هذا النوع من الإحالة، إلا أن هذا لم يكن مانعا من اعتناق القضاء والتشريعات الوضعية لهذا الاتجاه².

فلقد كان القضاء الفرنسي حقا خصبا للإحالة من الدرجة الثانية أيضا، ففي قراره الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بمناسبة فصله في قضية "patino" بتاريخ 15 ماي 1963، والتي تدور وقائعها في أن رجلا بوليفي تزوج من فتاة أجنبية والتي اكتسبت عن طريق الزواج الجنسية البوليفية وتم هذا الزواج في إسبانيا، بعد مدة من زواجهما رفعا دعوى طلاق أمام القضاء الفرنسي، فما كان للقاضي إلا الرجوع إلى قواعد الإسناد الفرنسية، والتي قضت بعهد الاختصاص للقانون البوليفي الذي كان لا يسمح بالطلاق إلا إذا كان مقبولا في المكان الذي تم

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 574.

² أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية أيضا القانون البولوني الخاص بتنازع القوانين والصادر في 1926، في المادة 37 والقانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر في سنة 1963 في المادة 35 منه. أنظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 147-148.

فيه الزواج، أي الرجوع إلى القانون الإسباني والذي كان يحرم الطلاق آنذاك ومن ثم حكم القاضي بمنع الطلاق وهو بذلك طبق الإحالة من الدرجة الثانية¹.

وفي 15 جوان 1982 أقرت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها المدنية بمناسبة فصلها في قضية -zagha-، والتي تتلخص تفاصيلها في أن زوجين من ديانة يهودية حاملين للجنسية السورية تزوجا في إيطاليا زواجا دينيا وليس مدنيا، ثار نزاع بينهما وتباين موقفهما من استمرارية الزواج، حيث أن أحدهما رفض الطلاق معتبرا أن الزواج لاغيا وفق قانون الدولة الفرنسية والتي كانت لا تؤمن إلا بالزواج المدني، وهنا قام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد الفرنسية وعهد الاختصاص لقانون الدولة الإيطالية بوصفه مكان انعقاد الزواج والذي كان يعتبره زواجا باطلا، ولكن قواعد الاسناد الإيطالية هي الأخرى رفضت اختصاصها في حل النزاع وقامت بإحالة الاختصاص للقانون السوري بوصفه قانون جنسية الزوجين والذي كان يعترف بالزواج الديني²، وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد طبق الاحالة من الدرجة الثانية.

هذا وقد تتعدد صور الإحالة فتؤول إلى درجات متعددة، بحيث يؤدي تطبيق قاعدة الاسناد الأجنبية إلى تطبيق قاعدة الإسناد لقانون دولة ثالثة، ثم تطبيق قاعدة اسناد لقانون دولة رابعة بإحالة من قانون دولة ثالثة، وهكذا تستمر الإحالة إلى غاية التوصل إلى قانون يشير بتطبيق القواعد الموضوعية فيه³.

¹ مقدس أمينة، المرجع السابق، ص 231.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ بلمامي عمر، اشكالية الاحالة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 348

ولكي نوضح الصورة العملية لكيفية عمل هذا النوع من الإحالة نعرض المثال الآتي:
انجليزي متوطن في الولايات المتحدة الأمريكية أثناء إقامته في إيطاليا يوصي بأموال منقولة في متواجدة في الجزائر، فإذا ثار نزاع حول هذه الوصية وتم رفع القضية أمام القضاء الجزائري، فإن القاضي بتطبيقه لقاعدة الاسناد الجزائرية سيشير بتطبيق القانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية الموصي، في المقابل قاعدة الاسناد في القانون الإنجليزي ستشير بالرجوع إلى قانون الموطن وهو القانون الأمريكي، وعندما يصل النزاع لطاولة القاضي الأمريكي فسيقضي برد النزاع إلى القانون الايطالي باعتبار أن الوصية تم تحريرها هناك وهذا بعد استشارة قواعد الاسناد الأمريكية، غير أن قواعد الاسناد الإيطالية ستقوم بإحالة الاختصاص إلى القانون الانجليزي على اعتباره قانون جنسية الموصي¹.

وهكذا تتوالى الاحالات من قانون لآخر بين أخذ ورد، إلا إذا تم التوقف عند قانون معين وتطبيق قواعده الموضوعية، لكن احتمالية حدوث هذه الإحالات المتعددة أمر نادر الوقوع، فجل التشريعات تتوقف عند تطبيق القواعد الموضوعية لقانون دولة معينة لإنهاء النزاع.

ولعل القراءة المتأنية للمساعي التي أريدت من هذا النوع من الإحالة، تقينا النزعة الشوفينية². فطالما واجه معارضي وصول القانون الاجنبي لطاولة القاضي الوطني كل مسعى نحو التقدم

¹ بلمامي عمر، اشكالية الاحالة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 348-349.

² الشوفينية: هي "الاعتقاد المغالي والتعصب للوطن والقومية والعنجهية في التعامل مع خلافه، وتعبر عن غياب رزانة العقل والاستحكام في التحزب لمجموعة ينتمي إليها الشخص، والتفاني في التحيز لها؛ وخاصة عندما يقترن الاعتقاد أو التحزب بالحط من شأن جماعات نظيرة والتحامل عليها، وتفيد معنى التعصب الأعمى. الشوفينية امتداد طبيعي للنزعة القومية، فالفخر القومي

بقواعد القانون الدولي الخاص بذات الحجة المتمثلة في " السيادة"، ومن ثم فلو تم تطبيق الاحالة من الدرجة الثانية بنفس الوثيرة التي حققتها الاحالة من الدرجة الاولى فإننا نرى الازدهار لقواعد القانون الدولي الخاص.

فتحرير القانون الدولي الخاص من القيود التي تعيق تطوره يستلزم من القاضي تطبيق القواعد القانونية بمفهوم مغاير على نحو يحقق الخصائص التي يتميز بها ويساير المصالح التي تكتنف المسألة المعروضة أمامه، وليس التفكير في كسب النزاع لصالح قانونه الوطني.

ولكن لا يجب أن يفهم من قولنا هذا أننا نضع يد التأييد على الأخذ بالإحالات المتعددة والتي نراها حقيقة نظرية تمتلئ بلغو أفرغ النزاع من محتواه، بل إننا نشجع على الاقبال على تطبيق الاحالة من الدرجة الثانية دونما الوصول بالنزاع إلى حلقة مفرغة.

المطلب الثاني

جدلية الإحالة بين القبول والرفض

خاض موضوع الإحالة جدلاً فقهيًا واسعاً بين فقه مؤيد لها نادى بوجوب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وعدم الاقتصار على القواعد الموضوعية فيه، وبين فقه معارض لها لم يقتنع أساساً بفكرة الإحالة كحل من الحلول التي يرجى منها فك التنازع المحتدم بين القوانين، فكان موقفهم سلبياً تجاهها، لكن هذا لم يوقف أنصارها عن التتقيب على حجج أكثر صلابة من التي أعابها معارضوها، فراح الفقه الحديث يصوغ أسس أخرى يبرر فيها قبوله للإحالة.

ولعل الاختلاف الحاصل بين الفقه كان له أثره مباشر في تقسيم وجهات النظر بين المشرعين، فلقد عرفت تباين موقفهم بشأنها، فمن التشريعات من قبلت الأخذ بنظام الإحالة بصورتها المطلقة، ومنها من رفضتها على إطلاقها، في حين فضلت تشريعات أخرى الاقتصار على أحد صورها.

وتفصيلاً لما سبق سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، حيث نتناول في الفرع الأول نظرية الإحالة في ظل الفقه التقليدي، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى قبول الإحالة في ظل الفقه الحديث، وكفرع ثالث نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري من الإحالة.

الفرع الأول

نظرية الإحالة في ظل الفقه التقليدي

نادى أنصار نظرية الاحالة من الفقه التقليدي¹، بوجود أخذ القانون الأجنبي على إطلاقه، بمعنى إعمال قواعده الموضوعية وإلى جانبها قواعد الإسناد، فإن كان القاضي سيطبق قواعد الإسناد التي هي من صلب قانونه ليصل إلى تفعيل القواعد القانونية المضمنة في القانون الأجنبي فعليه أن يلتزم ذات الالتزام بالنسبة لأحكام هذا الأخير ويمنح ذات المقام لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

في المقابل ذهب خصومها إلى تقصي مواطن الضعف من خلال الرد على جملة الحجج التي تمسك بها الفقه المؤيد لها.

وعليه سنتناول أولاً مبررات مناصري الإحالة ثم يتم التعرض إلى عيوب الأخذ بنظرية الإحالة ثانياً.

أولاً- مبررات مناصري الإحالة

يستهل أنصار هذا الرأي مبرراتهم حول- وجوب الأخذ بنظرية الإحالة -من منطلق أن تخلي القاضي عن إعمال قواعد الإسناد المتضمنة في القانون الأجنبي والاقتصار على القواعد الداخلية

¹ من بين مؤيدي هذا الاتجاه "weiss" و "Batiffo" في فرنسا، "westlake" و "Dicey" في إنجلترا ، ومجموعة من الفقه في ألمانيا من أمثال "Melchior" و "Nussbaum" و "Frankenstein" ، "Bar" ، كما أيدها الفقيه " Pouillet " في بلجيكا، أما في إيطاليا فكان قد أيدها الفقيه " FIORE " ، كما نصرها في أمريكا كل من الفقيهين " Cowan " و "Griswald" .أنظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 151.

منه هو تجزئة للقانون، أي الدعوة إلى تطبيق ما يسمى بفكرة الإسناد الإجمالي "RATTCHAMENT GLOBAL"، فكل دولة تتمتع بالحرية الكاملة في ضبط اتجاه نصوصها التشريعية، وصاحبة القرار في ذلك¹، فمتى رأت أنه من الملائم الرجوع إلى قواعد الإسناد المشار إليها في قانونها فعلى القاضي الوطني احترام ما قضت به إرادة المشرع الأجنبي، فحتى ميزان المنطق لا يستوعب فكرة تطبيق قانون دولة في حالة لا يعهد هو لنفسه الاختصاص بها وفقا لما تمليه قواعد التنازع، إذ يجب عدم التشدد أكثر من تشدد القانون الأجنبي ذاته².

فإذ ما كان القانون الفرنسي مثلا يطبق على مسائل الأهلية قانون جنسيته وعرض على القاضي الفرنسي نزاع موضوعه أهلية بريطاني، فإنه يقع عليه أن يستشير قواعد الإسناد في القانون البريطاني، وإذا ما وجد هذه القاعدة تخضع الأهلية لقانون موطن الشخص، كان عليه أن يطبق هذا القانون مبدئيا بقواعد الإسناد فيه أيضا³.

ونلمس جانب من الصواب في هذه الحجة المقدمة من أنصار هذه النظرية، فلا يجب أن يذهب عن الذهن أننا أمام تنازع موضوعه علاقة قانونية مشمولة بعنصر أجنبي، فالنزاع الذي سيفصل فيه القاضي في غاية العمق، وعليه فإن أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي بوجوب تطبيق القانون الأجنبي، فإنه من الواجب أن يعتنق القاضي الوطني القانون الأجنبي بكل أجزائه

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 645-646.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 151-152

ويترك نظرتة الضيقة التي ألفها في تطبيق قواعد قانونه على المنازعات الداخلية، فالقاضي الوطني هو يد المشرع الأجنبي عند تطبيق القواعد القانونية لهذا الأخير.

ويضيف أنصار هذا الرأي بأن على القاضي أن يفصل في النزاع المعروف أمامه على نفس المنهج الذي يسير عليه القاضي في الدولة الأجنبية، أي أنه يستلزم من القاضي الوطني أن يعمل وفق لما تقتضيه حدود سلطته، فلما كان الأصل عند القاضي الأجنبي أنه يستشير قواعد الإسناد بداية، فالأمر ذاته سيقوم به القاضي الوطني ويقوم هو الآخر باستشارة قواعد الإسناد في الدولة الأجنبية التي يختص قانونها بحكم العلاقة القانونية المطروحة، تجسيدا لمبدأ المعاملة بالمثل وحفاظا على المصالح الوطنية¹.

ومن جانب آخر فإن الأخذ بنظرية الإحالة من بابها الواسع سيرفع من مقام العدالة درجات أسمى، فلو رأى القاضي أن تطبيق القواعد الموضوعية من شأنه أن يفضي إلى حل مبتور فستكون له المكنة في الرجوع إلى قواعد الإسناد وتبني الإحالة منها إلى قانون بخر يحقق العدالة على نحو أفضل².

كما يرتكز أنصار هذا الرأي على مبرر آخر مؤداه أن في تطبيق الإحالة تحقيق للانسجام والتنسيق بين قواعد الإسناد في مختلف التشريعات الوضعية، بالإضافة إلى توحيد الحلول القانونية.

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 646-647.

² صالح مهدي كحيط، "مفهوم الإحالة بين النسبية والاطلاق واحكام الحل الوظيفي -دراسة مقارنة-"، العدد 18، كلية القانون جامعة أهل البيت، كربلاء، العراق، د.س.ن، ص252.

فحسب تقديرهم أن قواعد الإسناد وبالرغم من طابعها الوطني إلا أن غايتها تستهدف تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وهذا التنظيم لا يتحقق إلا إذا كان هناك توافق بين قوانين الدول، فلا مضرة من تخفيف الأثر الحاد للسيادة وعدم أخذها على مطلقها من أجل السماح لقواعد الاسناد بأن تكون مفعلة¹.

فلو طرحت مسألة تتعلق بأهلية انجليزي متوطن بالجزائر، فتبعاً لما تقتضيه قواعد الاسناد الجزائرية فإنها ستعهد بالاختصاص إلى القانون الانجليزي على اعتبار أنه قانون موطنه، فلو أخذ القاضي الجزائري بالإحالة فإنه سيطبق على أهلية هذا الإنجليزي القانون الجزائري وبالمقابل لو عرض ذات النزاع على القضاء الانجليزي فإنه هو الآخر سيخضع المسألة للقانون الجزائري على اعتبار أنه قانون موطن الإنجليزي، فالحل الذي ستقدمه الاحالة سيان سواء على مستوى القضاء الانجليزي أو القضاء الجزائري، وهذه إحدى الأمثلة التطبيقية لإحدى المسائل التي تشاركت فيها الحلول بفضل نظرية الإحالة².

ومن جهة أخرى فإن العمل بالإحالة يضمن سهولة تطبيق الأحكام التي تصدر في المنازعات ذات العنصر الأجنبي³، فلو أخذنا بعين الاعتبار طول المسار الإجرائي الذي يسلكه من صدر الحكم لصالحه من أجل اكسائه بالقوة التنفيذية داخل الاقليم الواحد، فإنه سيكون من

¹ باسم العواد محمود العموش، "مفهوم الاحالة في القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة -"، مجلة روح القوانين، العدد 90، جامعة نجران، المملكة العربية السعودية، أبريل 2020، ص 255.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 103.

³ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 306.

الضروري جدا أن نتقبل فكرة الإحالة لما تتضمنه من سهولة في تنفيذ الأحكام الصادرة عن غير القضاء الذي صدرت فيه.

كما رأى أنصار هذا التوجه أن في تطبيق الإحالة استجابة " للروح العامة المسيطرة على تنظيم تنازع القوانين وهي الروح الوطنية"، ويتجسد هذا فعليا عند قبول القاضي الإحالة من الدرجة الأولى¹، مما سيمنحه من الابحار في قانونه الوطني بشكل أعمق من أنه لو اكتفى بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، كما يسمح له من استعمال سلطاته من أجل تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، فالإحالة إذن تحاكي نزعة السيادة التي تتمسك بها الغالبية من التشريعات الراضة لأي مساس بسياستها التشريعية حسب تقديرهم.

وأخيرا فإن قبول الإحالة من شأنه منع التحايل على القانون، بمعنى أن القاضي عند قبوله للإحالة فإنه ليس بالضرورة سيتجه إلى تطبيق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد في قانونه، ومن ثم سيغلق باب الغش نحو القانون أمام الأطراف المتنازعة².

ثانيا - عيوب الأخذ بنظرية الإحالة

ساهمت نظرية الإحالة في إعادة بلورة مفاهيم القانون الدولي الخاص وإكسابها حيز من الخصوصية، كما وسعت من نطاق تطبيق القانون الأجنبي عن طريق السماح لقواعد الاسناد الأجنبية بتطبيقها على نزاع مطروح على طاولة القاضي الوطني، إلا أن اعتماد أنصارها في

¹ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 114.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

تأسيس نظريتهم على صيغ عامة ينقصها التحديد، سمح لخصومهم الراضين لفكرة الإحالة إلى الكشف على العيوب التي تنطوي عليها والرد على المبررات التي تم اعتمادها من قبلهم والتي سنقوم بإيجازها فيما يلي:

يسلم خصوم الإحالة بضرورة التضييق من نطاق القانون الأجنبي بالاقتصار على تطبيق القواعد الموضوعية منه، دون التطرق إلى قواعد الإسناد الأجنبية.

فمتى أشارت قواعد الإسناد في القانون الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فعلى القاضي الوطني أن يتمتع عن تمديد الاختصاص إلى قواعد الإسناد الأجنبية، ويحسم النزاع بناء على أحكام قواعد الإسناد الوطنية والقواعد الموضوعية للقانون الأجنبي، ومن ثم جاء الرد على الحجة المتمثلة في - أن عدم الأخذ بالإحالة ينجر عنه تجزئة القانون والخروج عن إرادة المشرع الأجنبي-، بأن القاضي الوطني عندما يقضي باختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع، فهذا لا يعني أبداً أن القاضي قد تنازل عن مهمته الأساسية والمتمثلة في الوصول إلى حل للنزاع، فمتى احتكم القاضي إلى قاعدة الإسناد الوطنية وأشارت له بتطبيق قانون معين، فلا حاجة للرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية وتحكيمها من أجل الفصل في نزاع قد فض وانتهى، فالقاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي مجاملة بل إن مسعاه موجه نحو تطبيق القواعد الموضوعية الأكثر ملائمة مع المسألة المطروحة أمامه وتحقيق العدالة من وجهة نظره¹.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 171.

وبضيفون أن الأخذ بالإحالة على أساس أن القانون وحدة لا تتجزأ سيؤدي حتما إلى الوقوع في حلقة مفرغة، فإذا ما فتحنا باب الإحالة ستتوالى الإحالات إلى ما لا نهاية، إذ أن الأمر سيكون أشبه بغرفة المرايا المتقابلة، والتي تحدث كل منها انعكاساتها على الأخرى، كما أن القول بالإحالة يؤدي إلى تناسق وتوحيد في الحلول بين الدول المرتبطة بالعلاقة القانونية محل النزاع، يفترض وجود تباين بين موقف التشريعات من الإحالة من مؤيدين ومعارضين، ولو حدث عمليا هذا التباين سيكون بحد ذاته دليلا على ضعف نظرية الإحالة ذلك لأنه لو كانت مؤسسة على مبررات سليمة لأخذت بها جل التشريعات¹.

هذا وقد تناول الفقه المعارض للإحالة مثال نظري للتأكيد على صفرية النتائج المتوصل إليها في حال لو طبقنا الاحالة بهدف توحيد قوانين الدول، ففي الفرض الذي يكون فيه كل من التشريع الإنجليزي والفرنسي يسلم بنظرية الإحالة فيما يخص مسائل الاهلية، وتم عرض نزاع على القاضي الفرنسي يتعلق بأهلية الإنجليزي متوطن في فرنسا فإن القاضي سيطبق قانون جنسيته، أي القانون الإنجليزي والذي سيحيله بدوره إلى قانون موطنه أي القانون الفرنسي، ومن جهة لو تم عرض نفس النزاع على القاضي الإنجليزي فسيوجه إلى تطبيق القانون الفرنسي على اعتبار أنه قانون موطنه والذي بدوره سيحيله إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسيته، ومما لا شك فيه أن كل قاضي

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 197 - 201.

سيفصل في النزاع بوجهة نظر مغايرة، فالحل الذي يراه القاضي الإنجليزي لا يراه القاضي الفرنسي¹.

كما استهدف نقدهم أيضا فكرة - أن الأخذ بالإحالة يساهم في تنفيذ الأحكام - ذلك أن التسليم بهذه الحجة يقتضي افتراض أن الحكم سيتم لا محال في الدولة التي أشارت قواعد الاسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونها، وهذا أمر غير مقبول، ذلك أن مكان تنفيذ الحكم مرهون بمصلحة المدعي، وعليه فمن الوارد جدا أن ينفذ في دولة غير تلك التي صدر الحكم فيها، بل إن هذه الحجة في حد ذاتها تقتضي من الدولة المراد التنفيذ فيها اشتراط صدور الحكم وفقا لقواعد الاسناد المتضمنة في قانونها، وهذا الشرط بالذات لا تأخذ به إلا القليل من التشريعات².

كانت هذه جملة الانتقادات التي أضعفت الركائز التي قامت عليها نظرية الإحالة، ومهدت الطريق لخصومها نحو ارساء اتجاه فقهي حديث يؤمن بوجوب التسليم بالإحالة ولكن وفق أسس جديدة.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 197-201.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 121.

الفرع الثاني

الاتجاه الفقهي الحديث المؤيد للإحالة

عمد جانب من الفقه الحديث إلى تبني نظرية الإحالة مع الارتكاز على أسس جديدة رغبة منهم في التوفيق بين مختلف الاتجاهات التي تناولت نظرية الإحالة وإصلاح ما شاب النظرية من عيوب، وانقسموا بدورهم إلى فقه تبني حلولاً اصلاحية لنظرية الإحالة (أولاً)، بينما عمد البعض الآخر إلى إعطاء حلول مضيقة لنطاق الإحالة (ثانياً).

أولاً: الحلول الإصلاحية لنظرية الإحالة:

وتتمثل في مجموعة من المحاولات لكبار فقهاء القانون الدولي الخاص، إذ ارتكزت نظرياتهم على تغيير الأسلوب، والبحث عن مبررات جديدة من أجل فرض واقع الإحالة عن طريق تبني نتائجها دون الأخذ بها، ومن بين هذه النظريات ما يلي:

1- فكرة قاعدة الإسناد الاحتياطية *renvoi- règlement subsidiaire*

جسد القاضي الفرنسي " ليربور بيجونيير " ليربور بيجونيير " PIGEONNIERE-LERBOURS " فكرة الإحالة تحت قناع ما يسمى بفكرة قاعدة الإسناد الاحتياطية، وبمقتضى هذه القاعدة فإنه متى رفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له بموجب قواعد الإسناد في القانون الوطني، فإنه يجب الرجوع إلى قانون القاضي والعمل على إيجاد قاعدة اسناد مغايرة لمفهوم قاعدة الإسناد الوطنية، والتي بتطبيقها تحقق المساعي المشتركة لمختلف جهات النظر بالنسبة للمصالح المتعارضة لمختلف الدول، وتحقق الانسجام بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية،

وبعبارة أخرى ضرورة التسليم بوجود قاعدة اسناد احتياطية تعمل إلى جانب قواعد الإسناد الأصلية، حيث يتم الرجوع إليها في كل مرة يتم فيه رفض الاختصاص المعهود للقانون الأجنبي وارجاعه إلى قانون القاضي، كما يمكن أن تؤدي إلى الرجوع إلى قانون أجنبي آخر¹.

ومن ثم فإذا قضت قاعدة الإسناد الاحتياطية بوجوب تطبيق القانون الوطني، فإن القاضي يكون قد طبقه بناء على أوامر مشرعه لا على إحالة من قاعدة إسناد أجنبية، وبهذا يكون الرد على الانتقاد القائل بتدخل القانون الأجنبي في الاختصاص التشريعي للقانون الوطني من جهة، ومن جهة أخرى يهدف "ليربور بيجونيير" من خلال فكرته هاته إلى تحطيم تسلسل الحلقة المفرغة وذلك بالتوقف عند الإحالة من الدرجة الأولى دون الاستمرار في الإحالات المتكررة².

ولو اتجهنا إلى وضع هذه الفكرة في ميزان الواقع لوجدناها نظرية نشأت من العدم، إذ لا يوجد في الحقيقة إلا قاعدة إسناد وطنية واحدة، ولا يوجد ما يدل على العكس، ومن هذا المنطلق

¹ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 50. أيضا: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 156.
- هذا وقد أورد ليربور بيجونيير استثناء يسمح بتطبيق القانون الأجنبي عن طريق قاعدة الاسناد الاحتياطية، حيث أقر بتطبيق قانون الموطن بصفة احتياطية على أهلية الأشخاص وحالاتهم بدلا من قانون الجنسية، هذا بعدما يقوم القاضي برفض الاختصاص المعهود إليه من قاعدة الاسناد الاصلية. أنظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 178-179.

² سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص 124.
- ولتوضيح أكثر حول الكيفية التي تعمل بها قاعدة الاسناد الاحتياطية نتناول المثال الآتي: على افتراض أنه ثار نزاع حول موضوع أهلية انجليزي متوطن في فرنسا، فبالرجوع إلى قاعدة الاسناد الفرنسية فإنها سترجع الاختصاص إلى قانون الانجليزي بوصفه قانون جنسيته، ولكن وفقا لهذه النظرية يجب على القاضي الفرنسي التوقف عند هذا الرفض والرجوع إلى قانونه، والبحث عن القانون الذي سيطبقه على النزاع مدام أن القانون الانجليزي أبدى رغبته في رفض الاختصاص وأشار الى قانون الموطن كمرجع للفصل في النزاع المطروح، فمدام أن لكل قاعدة اسناد أصلية قاعدة اسناد احتياطية فإنه يتعين على القاضي الفرنسي استشارتها، وفي هذا الفرض سيطبق القانون الفرنسي باعتباره موطن الانجليزي، أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 112-113.

فما عسانا إلا أن نقول أن عيوب هذه النظرية قد أضحت مكشوفة لدى الفقه وتعرضت لانتقادات نوجزها في ما يلي:

*ينطلق " لريبور بيجونيير" في تبرير نظريته على نفس الأسس التي تم اعتمادها في تبرير نظرية الإحالة، إذ لا يجوز الرجوع إلى القانون الأجنبي إلا إذا سمحت إرادة المشرع الأجنبي بذلك، والتسليم بهذا الفرض يعني خضوع النزاع لفكرة المجاملة وهذا أمر مرفوض لدى الفقه¹.

*من ناحية أخرى فإن استناد هذه النظرية على أساس مجهول وغير واقعي كما سبق القول يجعل هذه النظرية هش في نظر معارضي الاحالة، إذا لا يوجد ما يثبت وجود قاعدة غير مرئية تعمل إلى جانب قاعدة الإسناد الوطنية².

لكن جاء الرد على هذه الاعتراض نصره لواقعية هاته النظرية من قبل الاستاذ لوزورن LOUSSOUARN، حيث أشار لحكمين لمحكمة النقض الفرنسية طبقت فيها المحكمة قانون المشترك على نزاع يتعلق بطلاق زوجين من جنسيتين مختلفتين، فلجأت حينها إلى قانون الموطن المشترك بصفة احتياطية بعدما تعذر عليها أعمال ضابط الجنسية المشتركة، ووفقا لهذين الحكمين تم التوصل بواسطة الأستاذ "لوزورن" إلى أن قاعدة الإسناد الإحتياطية لها وجود فعلي، وأن القضاء التجأ إلى تطبيق ضابط اسناد احتياطي في كل مرة يتعذر عليه اعمال الضابط

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 180

² سالم ارجيعة، المرجع السابق، ص 124، كما انتقد كمال فهمي هذه النظرية قائلا: أن قاعدة الاسناد الاحتياطية مشكوك في مصدرها وهي أقرب إلى الافتراض منها الى الحقائق القانونية، أنظر: محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 420.

الأصلي، ونفس الأمر سيكون في حالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص المعهود إليه بمقتضى قواعد الإسناد الأصلية¹

ولم يسلم "لوزورن" هو الآخر من النقد إذ جاءه الرد من قبل جانب من الفقه، والذي ابدى اعتراضه على إمكانية التسليم بأحقية وجود قاعدة إسناد احتياطية بناء على تطبيقين قضائين صادرين في شأن مسألة محدودة، فاستخلاصه لمبدأ عام ليس من شأنه أن يعبر عن الحقائق الوضعية السائدة بالنسبة لقواعد الإسناد الفرنسية الأخرى².

2- فكرة الإقليمية:

يرى الأستاذ "نيبوايه" NIBOYET وهو رائد هذا الاتجاه أن الأصل في القانون هو الإقليمية، وأنه متى عرضت قاعدة الاسناد الوطنية الاختصاص على القانون الأجنبي من أجل حكم علاقة قانونية وتم رفضه، فإن هذه العلاقة تصبح بلا قانون يحكمها أو كما يسميها علاقة بلا وطن *rapport de droit apatride* ، وتفاديا للوقوع في هذه الحالة رأى "نيبوايه" أن الحل المثالي لهذه المشكلة يقتضي إعمال قاعدة الإقليمية والتي تقتضي بتطبيق قانون القاضي على جميع المنازعات التي تثور في إقليم دولته³.

كما اشترط في تطبيق مبدأ الإقليمية والرجوع بالنزاع إلى قانون القاضي أن ترتبط العلاقة القانونية بمصالح وطنية، كأن يكون أشخاصها أو سببها أو موضوعها في إقليم القاضي ومن ثم

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 180.

² نفس المرجع، ص 181

³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 215.

تصاغ القاعدة الآتية: "إذا رفض القانون الأجنبي المختص، وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، حكم العلاقة طبق القاضي قانونه متى كانت العلاقة تمس مصالحا على إقليميه"¹.

ولقد اتجه الفقيه "نيبوايه" من خلال فكرته هاته إلى تبرير الإحالة من الدرجة الأولى دون الالتفات إلى الصور الأخرى التي قد تكون عليها الإحالة، وهذا يفسر بشكل واضح ميوله إلى التحيز لقانون القاضي مثل باقي أقرانه من المدافعين على مبدأ السيادة، ولما كانت الإحالة من الدرجة الثانية أو الاحالات المتعددة لا تتوافق مع الغاية الجوهرية التي هدف إليها "نيبوايه" من خلال ارساءه لنظريته، والتي تستلزم الازعان لقانون القاضي كحل الزامي وأخير وإلا ظل النزاع كما سماه علاقة بلا وطن، نراه قد أحجم عن التطرق إليها في ظل فقه المدافع عن الإحالة، وهذا يعني أن الإحالة هي ذريعة بالنسبة للفقيه "نيبوايه" من أجل فرض قانون القاضي على النزاع المطروح.

إن بساطة نظرية "نيبوايه" وارتكازها على قاعدة مألوفة في القانون الداخلي جعل الخوض في نقدها أمر سهل بالنسبة لجانب من الفقه، انطلاقا من نقطة البداية الخاطئة التي استند إليها في تبرير نظريته والتي عابها الفقه، مثلما كان قد انتقد عليها الفقيه "ليربور بيجونيير" والمتمثلة في قيام النظرية على فكرة لمجاملة واحترام إرادة المشرع الأجنبي كأساس لتطبيق القانون الأجنبي،

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 157-158

خلافًا للاعتقاد السليم الذي يجب أن يعمل فيه، والذي يقتضي أن يطبق القانون الأجنبي بالنظر إلى أحكامه الأكثر ملائمة لحكم العلاقة والأقدر على تحقيق مقتضيات العدالة¹.

ومن ناحية أخرى التسليم بنظرية "نيبواييه" وبالتحديد فكرة علاقة بلا وطن يجعلنا نجزم أن حل النزاع يكون مع قانون القاضي، وإلا فلا وجود لقانون آخر قد يتبنى الاختصاص، وهذا اعتقاد غير صحيح، إذ لا يمكن القول على علاقة أنها بدون وطن إلا إذا تخلت عن حكمها كل التشريعات، وهذا أمر نادر الوقوع فلا بد أن هناك من التشريعات من تعترف بالاختصاص لنفسها². وعلى نقيض الاعتقاد الذي يؤمن به "نيبواييه" حول أحقية الرجوع إلى قانون القاضي في جميع الفروض باعتباره القانون المثالي لحكم النزاع، فقد يحدث ويتعارض قانون القاضي مع الغاية التي وضعت لأجلها قواعد الإسناد³، ومن ثم لن يفلح في اعطاء النزاع الحل الملائم له عكس ما يروج له نيبواييه.

3- فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد والتعايش المشترك بين النظم القانونية:

اتخذ الفقيه الفرنسي "باتيفول" من الهدف المبتغى من قواعد الإسناد فكرة لتبرير أخذ القضاء الفرنسي لنظرية الإحالة، فأقام العلاقة بين الحلول القضائية وبين الغاية المثلى التي تهدف إليها

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 216.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 183.

³ عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 217.

قواعد القانون الدولي الخاص والمتمثلة في فكرة التنسيق بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق

التعايش المشترك بينها ¹ La Coordination Des Systèmes.

فالعلاقات القانونية الخاضعة للقانون الدولي الخاص تتصل بقانون دولتين أو أكثر ومن ثم فإن المشرع يجب أن يكون على قدر من الحرص في صياغته لقواعد الإسناد في قانونه بالسعي وراء التنسيق بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، ولن يتحقق هذا التنسيق إلا إذا تم الرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية واستشارتها، وتطبيق القانون الذي تراه ملائم لحكم النزاع، كما أنه من الضروري جدا أن لا يتعامل القاضي الوطني مع هذا الوضع كأنه امتثال لأوامر المشرع الأجنبي وخضوع قواعد الاسناد الوطنية لقواعد الإسناد الأجنبية بل هي وجه من أوجه التنسيق².

كما استفاض "باتيفول" في تدعيم نظريته من خلال تأكيده على أن فكرة التناسق ليست مجرد كلمة بل هي حقيقة ملموسة بشكل فعلي، ففي الفرض الذي تحيلنا فيه قواعد الاسناد الوطنية إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن إجراء التنسيق بين قواعد اسنادها الداخلية وقواعد التنازع في القانون الوطني سيكون ضرورة حتمية، من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق³.

هذا وقد رتب "باتيفول" على الأخذ بالإحالة عدة نتائج نوجزها فيما يلي:

¹ H. BATIFFOL, op.cit, p304.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 115. انظر أيضا: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 52.
- يقول عكاشة محمد عبد العال في هذا الشأن " قاعدة التنازع الأجنبية لم تسقها الصدفة، ولم تدخل حلبة النزاع بمعجزة n'entre pas en jeu par miracle فهذه الأخيرة عينتها قاعدة الاسناد الوطنية، فثمة إذن تنسيق بين القاعدتين". أنظر: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 217.

³ اعراب بلقاسم، نفس السابق، ص 116.

يسمح الأخذ بالإحالة إلى حل مشكلة تنازع بين السیادات الكامن في ظاهرة تنازع القوانين، ومن جهة أخرى فإنه يسمح بتمديد اختصاص القانون الوطني ليشمل كل النزعات التي لها علاقة بالمصالح المباشرة في دولة القاضي¹.

إن تطبيق الإحالة من شأنه أن يساهم في تنفيذ الحكم في الدولة التي تمت الإحالة منها وكذا الدول التي تأخذ بقاعدة إسناد مماثلة لقاعدة الإسناد في قانون هذه الدولة، وهذا ما يعني أن في تطبيق الإحالة رعاية لمصالح الأفراد من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأخذ بها يتوافق مع متطلبات النظام العام الدولي والداخلي².

هذا والإحالة عند "باتيفول" تتوقف عند الدرجة الأولى أي الرجوع بالنزاع لقانون القاضي دونما الخوض في الأنواع الأخرى من الإحالات التي تؤدي إلى الوقوع في الحلقة المفرغة، كما أنه يرفض الإحالة في المواضع التي لا يمكن أن يتحقق فيها التناسق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي وقد حصرهما في حالتين: الحالة التي تشير فيها قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون الإرادة، والحالة التي تقضي فيها قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون محل الإبرام³.

بالرغم من قوة الحجة التي ارتكز عليها "باتيفول" في إرساء نظريته، إلا أن جانب من الفقه أعاب نظريته انطلاقاً من الفكرة الإجمالية التي صاغها كمبرر لتفسير التطبيقات القضائية الفرنسية للإحالة، إذ أنه من الصعب تحقيق التناسق بين مختلف الأنظمة القانونية، خاصة في

¹ H. BATIFFOL, op.cit, p305-306.

² عيشوية فاطمة، المرجع السابق، ص 436.

³ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 52. سنتطرق إلى الإستثناءات التي أقر بها الفقيه "باتيفول" في الاتجاه الضيق للإحالة.

ظل تباين قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، كما أن الأخذ بالإحالة بهذا المنطق قد يمس بمصالح الأفراد، إذ يخالف توقعاتهم مما ينعكس سلباً على استقرار التعامل الدولي وهي مضرة لا أحد ينكر أثرها¹.

كما أن القول بأن فكرة التنسيق بين النظم القانونية من شأنه أن يحل مشكلة تنازع السيادات قول غير سليم، إذ أن الغاية من قاعدة الإسناد الوقوف على تعيين القانون الملائم والذي في تطبيقه تحقيق للمصالح الخاصة التي يكتنفها النزاع، ومن ثم فإن محاولة إرضاء تنازع السيادات محاولة لا يرجى منها فائدة².

ولعل سكوت "باتيفول" عن السبب الذي دفعه إلى التوقف عند الإحالة الأولى وتطبيق القانون الداخلي للقاضي أضعف ركيزة هذه النظرية³، إذ لم تتطرق نظريته إلى الكشف عن السبب الذي دفع بالقضاء الفرنسي التقليدي إلى التوقف عند الإحالة من الدرجة الأولى، هذا ما يدفعنا إلى القول أن نظرية التنسيق بين النظم القانونية والتوجه نحو التعايش المشترك نظرية مثالية أكثر منها واقعية، والقول في الواقع ليس كالفترض، ولما كان الاختلاف صفة جوهرية ينفرد به كل قانون على آخر، فلا يمكننا أن نقم فكرة افتراضية لنتخطى بها أمر واقعي.

¹ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 91، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 193.

² كمال فهمي، المرجع السابق، ص 426.

³ صالح مهدي كحيط، "مفهوم الاحالة بين النسبية والاطلاق واحكام الحل الوظيفين"، المرجع السابق، ص 253.

ثانيا - الحلول المقيدة لنطاق الإحالة:

ذهب جانب من الفقه الحديث من أنصار الإحالة من الدرجة الأولى إلى عدم الأخذ بها بصورة مطلقة تقيد نطاق أعمالها وهذا إما بقصرها ضمن حالات محددة أو وضع استثناءات بحيث لا تطبق فيها الإحالة متى تحققت، وعموما تتلخص هذه الحالات في مايلي:

أ- الاقتصار على تطبيق الاحالة على مواد الأحوال الشخصية للأجانب:

نادى الأستاذ الألماني فرانكشتين " frankenstein " وبعض من الفقه¹ بوجوب قصر نطاق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية للأجانب فقط، حيث ذهبوا إلى وجوب التفرقة بين الوطنيين والأجانب، إذ أن الوطنيين محكومين بالنسبة لأحوالهم الشخصية بقانونهم الوطني (قانون الجنسية) أينما ذهبوا، في حين أن الأجانب يرتبطون من حيث الأصل بقانون جنسيتهم ولكن هذا لا يمنع من قبول خضوعهم لقانون آخر غير قانون الجنسية، كقانون الموطن متى أشارت قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون بذلك، ومن ثم فإن الإحالة هنا تكون لازمة احتراماً لما قضى به المشرع الأجنبي، وبالتالي يكون الأجانب محكومين بقانون الجنسية بصفة أصلية، وقانون الموطن بصفة احتياطية².

هذا وقد أخذ بهذا الاتجاه العديد من التشريعات نذكر منها مايلي³:

¹ من بين القائلين بوجوب قصر الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية كل من الفقيه « DE BUSTAMENTE »، والفقيه « VOIBAR » أنظر: عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 155. أشار إليه في الهامش الأول.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 199.

³ أنظر عيشوية فاطمة، المرجع السابق، ص 438.

• ألمانيا واليابان ولكن بشرط أن يؤدي إلى تطبيق قانونها الوطني.

• السويد وسويسرا في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

• العراق بصدد أهلية الالتزام بمقتضى سفتجة.

ب- الاستثناءات الواردة على تطبيق الاحالة:

ذهب الفقيه "باتيفول" إلى التقييد من مجال أعمال الإحالة في الحالات التي لا تؤدي فيها قواعد الإسناد الأهداف التي وضعت من أجلها، والمتمثلة أساسا في تحقيق التناسق بين القانون الوطني والأجنبي وحصرهما ضمن حالتين:

الحالة الأولى: الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين

إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى اختيار قانون معين ليحكم علاقاتهم التعاقدية فليس للقاضي أن يستشير قواعد الإسناد في هذا القانون، ذلك أن المتعاقدين قد أسسوا اختيارهم لهذا القانون بالنظر إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها، وهذا ما يجب أن يراه القاضي أيضا، فعليه أن ينفذ مباشرة الأحكام الموضوعية في القانون المختار ويطبقها على واقعة الدعوى، ومرد ذلك أن ضابط الإرادة يتنافى في ذاته مع الأخذ بالإحالة في هذا الفرض، فلو اختار المتعاقدين القانون الإيطالي لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، فلا حاجة إلى استشارة قواعد الإسناد في هذا القانون ونقبل الإحالة إلى قانون آخر، وإلا كنا أمام تجاهل لضابط الإسناد الذي وضعه المشرع كمعيار

لاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بالإضافة إلى الإخلال بتوقعات المتعاقدين¹.

غير أنه لو اتجهت إرادة المتعاقدين إلى اختيار قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، فإن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يعبر عن احترام رغبة المتعاقدين، ويتفق مع هدف قاعدة الإسناد².

الحالة الثانية: إخضاع شكل التصرف لبلد إبرامه

مؤدى هذا الاستثناء أنه مدام أن المتعاقدين قد أفرغوا تصرفهم في الشكل الذي يتطلبه قانون بلد الإبرام، فلا يجوز بعد ذلك التمسك ببطلان هذا التصرف على أساس أنه لم يراعي الشكل الذي يتطلبه القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف، والعلة في ذلك أن الرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون، وقبول الإحالة منها إلى قانون آخر، فيه تفويت للاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، إذ أن الهدف المتوخى من هذه القاعدة هو التيسير على المتعاقدين في شأن الأحكام المتعلقة بالشكل³.

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 198. كمال فهمي، المرجع السابق، ص 425-426.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

هذا وقد رفضت اتفاقية لاهاي الأخذ بالإحالة في شأن عقد البيوع الدولية للمنقولات، إذ جاءت المادة الثانية منها أن البيع ينبغي أن يخضع للقانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً، كما قد رفض العديد من قضاء الدول الأخذ بالإحالة في مجال العقود، كما هو الحال في كل من بريطانيا وسويسرا والنرويج. أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 120.

³ هشام علي صادق، نفس المرجع، ص 199.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري

قبل التطرق إلى تبيان موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة نعرض ولو في عجلة التوجهات التي استقرت عليها أبرز التشريعات الوضعية إزاء الإحالة في محاولة منا لتقريب وجهات النظر المختلفة مع الأخذ بعين الاعتبار أنه قد سبق وأشارنا إلى مواقف بعض التشريعات ولكن بشكل موجز.

بداية مع التشريعات العربية فإن الغالبية منها أجمعت على رأي واحد مفاده إنكار نظرية الإحالة بكل درجاتها وبشكل صريح مثلما فعل المشرع المصري، والذي أقر برفض الإحالة في المادة 27 من القانون المدني المصري " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تطبق في القانون الدولي الخاص"¹، ذات النص تم اعتماده في العديد من التشريعات العربية كالمادة 31 من القانون المدني العراقي، والمادة 29 من القانون المدني السوري، والمادة 27 من القانون المدني الليبي، والمادة 22 من القانون الأردني والمادة 72 من القانون المدني الكويتي، وعلى العكس من ذلك سلك المشرع الإماراتي سلوكا حميدا تجاه الإحالة وأقرها في المادة 26 من قانون المعاملات المدنية لكنه اقتصر على الإحالة من الدرجة الأولى².

¹ الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 154.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 659.

كما رفضت الإحالة العديد من التشريعات الأجنبية كالقانون السويسري في المادة 14 من

قانون 18 ديسمبر 1987، وقانون الكيبك المادة 380 من قانون 18 ديسمبر 1991¹.

وعلى النقيض من ذلك توجهت بعض التشريعات إلى اتخاذ موقف ايجابي تجاه الإحالة

ولكنها اقتصرت على الدرجة الأولى منها فقط، كالقانون الإسباني في المادة 11 من قانون 31

مايو 1974، والقانون الياباني في المادة 22 من قانون 1989، بينما فضلت أخرى قبول الإحالة

بنوعيتها، منها القانون النمساوي في المادة 54 من قانون 15 يونيو 1979، والقانون البولندي في

المادة 04 من قانون 12 نوفمبر لسنة 1965، والقانون اليوغسلافي في المادة 06 من قانون

1982، والقانون الألماني لسنة 1986، والذي عبر عن قبوله للإحالة في نص المادة الرابعة².

أما عن موقف المشرع الجزائري والذي تميز بالغموض وعدم وضوح الرؤية فإننا سنقوم

برصد تطور وجهة نظره في ظل صدور القانون المدني لسنة 1975 وبعد تعديله سنة 2005

من أجل التوصل إلى مذهب مشرعنا تجاه الإحالة.

أولاً- موقف المشرع الجزائري في ظل صدور القانون المدني لعام 1975:

باستقراء أحكام القانون المدني الصادر في سنة 1975، يتضح لنا غياب أي تصريح

للمشرع ضمن نصوص مواده يتضمن معنى الأخذ بالإحالة في مجال تنازع القوانين، إذ أنه اكتفى

بالنص على الإحالة في مجال القانون الداخلي وهذا في المادة 23 منه والتي جاء فيها "متى ظهر

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 204-205.

² سعيد يوسف البساتني، المرجع السابق، ص 660-661، عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 205.

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".

هذا ما دفع بالفقهاء آنذاك إلى فتح نقاش حول موقف المشرع الجزائري والكشف عن غموض توجهه، فاختلقت الآراء بين فقه أكد تأييد المشرع الجزائري للأخذ بالإحالة، واستند في تبرير موقفه إلى ذات الحجج التي تبناها داعمو الاحالة، كتوسيع دائرة القانون الجزائري وتسهيل مهمة القاضي، بينما ذهب آخرون من أنصار الاحالة أيضا إلى القول بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالإحالة نظرا لكونها استثناء يجب النص عليه، ولكنهم لم يخفوا رغبتهم في التأمل من القانون الجزائري النص على الاحالة من الدرجة الأولى حتى ولو من باب الاقتصار على نطاق الأحوال الشخصية¹.

بينما رأى جانب من الفقه الرافض لنظرية الإحالة أن المشرع الجزائري لم يقبل الإحالة مبررين توجههم السلبي تجاه الإحالة بعدة حجج نوجزها فيما يلي:

*تتعلق الاستحالة الأولى بقانون الأحوال الشخصية الجزائري، إذ أن هذا الأخير ليس علمانيا²، بل هو مستمد من روح الشريعة الاسلامية مما سيؤدي إلى اخضاع أجنب غير مسلمين

¹ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 98

² العلمانية أو العالمية أو اللاتكنية أو الدنيوية هي المبدأ القائم على فصل الحكومة ومؤسساتها والسلطة السياسية عن السلطة الدينية أو الشخصيات الدينية. أنظر: العلمانية <https://ar.wikipedia.org/wiki/> أطلع عليه يوم 29/08/2021 على الساعة 16:16.

لقانون الأسرة الجزائري، وهذا أمر لا يتمشى لا مع رغبة المشرع الجزائري ولا مع رغبات الأجانب المقيمين في الجزائر¹.

يتجسد رفض المشرع الجزائري للإحالة بنوعيتها في سكوته عن إيراد حكم واضح يتعلق بقبولها، وتم الاستناد على نصوص القانون المدني لتبرير هذا الرفض للإحالة حيث أشارت المادة 15 منه إلى وجوب تطبيق الأحكام الموضوعية في قانون جنسية الشخص المعني بالحماية دون أحكام التنازع التي يتضمنها هذا الأخير، كما أشارت المادة 20 في فقرتها الثانية من نفس القانون إلى أن المقصود من القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتمثل في أعمال قواعده الموضوعية دون الخوض في أحكام التنازع الواردة فيه ويتأكد ذلك في عبارة " وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه"، فمشروعية الفعل أمر تقرره القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وليس قواعد الإسناد الأجنبية، ومن جهة أخرى فإن الفقرة الثانية من نص المادة 20 السالفة الذكر كان قد اعتمدها المشرع المصري في تبيان موقفه من الاحالة والذي كلل بالرفض المطلق لها، والمشرع الجزائري بدوره كان قد طبق ماذهب إليه المشرع المصري عند صياغته للفقرة الثانية من المادة 20 السالفة الذكر بشأن الفعل الضار، ومن ثم فليس من المنطقي أبدا القول أن المشرع الجزائري قد أخذ بأحكام تتنافى والإحالة لكي يعبر عن تأييده لها².

كانت هذه جملة الردود التي تجاذبها الشراح من أجل الوصول إلى معرفة حقيقة موقف المشرع الجزائري تجاه الاحالة، ولكن هذه المحاولات الفقهية كانت قبل تعديل القانون المدني سنة

¹ حمزة قتال، المرجع السابق، ص98.

² عيشوية فاطمة، المرجع السابق، 441.

2005، إذ أن القضية صارت أعمق بعد هذا التعديل، والذي بدوره انعكس على موقف المشرع الجزائري، وهذا ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانيا - موقف المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005:

بعد أزمة الغموض التي عرفها موقف المشرع الجزائري تجاه الإحالة طويلة الفترة السابقة، صدر القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، وفيه تم استحداث مادة جديدة لمأ الفراغ القانوني، حيث نصت المادة 23 مكرر 1 من هذا القانون على ما يلي "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".

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

بداية وقبل الخوض في مناقشة موقف المشرع الجزائري من الاحالة، نزيل اللثام عن بعض النقاط التي تقتضي تفعيل هذه المادة:

من حيث صياغة المادة، اعتمد المشرع الجزائري في وضعه للمادة 23 مكرر 1 السالفة الذكر على نفس الصياغة التي صاغ بها المشرع الإماراتي المادة 26 من قانون المعاملات المدنية، والتي سبق وأشرنا إليها ولا مانع للتذكير بها هنا والتي تنص: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو القانون الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي

الخاص. على أنه يطبق قانون الامارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق".

كما أن المادة 23 مكرر 1 هي طبق الأصل للمادة 27 من القانون المدني المصري والذي عبر فيها عن رفضه الإحالة بكل أنواعها.

ولعل القراءة المتأنية للصياغة العامة للمادة 23 مكرر 1 تكشف لنا مبدئياً عن وجود خلل في الفقرة الأولى من هذه المادة مع الفقرة الثانية منها، هذا ما دفع بعدة فقهاء إلى التحري عن سبب التناقض الصارخ الذي لامس نص هذه المادة.

حيث يرى الأستاذ الدكتور "بلمامي عمر" أن هذا التناقض الذي شاب هذا النص من زاوية مغايرة تماماً، ووجه الأنظار إلى حتمية تصحيح بعض الاعتقادات الغير السليمة التي دفعت الكثيرين إلى القول بوجود تعارض في المادة وهذا من خلال تأكيده على عدة نقاط¹:

فقد شدد الأستاذ الدكتور "بلمامي عمر" على أنه لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يضع المشرع الجزائري نصاً عبثياً وبدون معنى أو كأن يكون نص بدون غاية، فالمشرع عندما يضع نصاً إلا وكان يهدف إلى معالجة مسألة ما، ومن ثم فإن الغاية المنشودة من هذا النص التشريعي هي حرصه على رعاية المصالح الوطنية، وعدم تضييعها بسبب خلاف قد يحدث نتيجة حدة التنازع بين القوانين، ومن ثم كان الإلهام لقبول الإحالة من المشرع الجزائري بهذه الطريقة المحتشمة.

¹ عمر بمامي، اشكالية الاحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 350.

كما أن استشارة القاضي الوطني لقواعد الاسناد في القانون الأجنبي ليس معناه قبول الإحالة من حيث المبدأ وإنما قبولها فقط من حيث الاستثناء، كما أن المشرع الجزائري قد جعله قبولاً مشروطاً ومحصوراً على الإحالة من الدرجة الأولى.

كما أكد أن قبول الإحالة الغير مقيد ضمن حالات محددة سيخلق عدة مشاكل بالنسبة للأجانب، خاصة من الذين لا يدينون ديانة الاسلام، إذ سيخل بتوقعاتهم خاصة في مجال الأحوال الشخصية مما يؤدي إلى ضياع حقوقهم.

فبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري المذكور يتضح أن المشرع رفض الأخذ بالإحالة من حيث المبدأ من خلال تقييد القاضي مسبقاً بالتوقف عند تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، دون المرور إلى قواعد الاسناد في هذا القانون وهو اسناد موضوعي لا اسناد إجمالي، أي يتعين على القاضي القيام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة على النزاع، دون تلك المتعلقة بقواعد الاسناد فيه¹.

في حين رأى الدكتور "بلغيث عمارة" أن المادة بهذه الصياغة المبهمة تجعل القاضي في حيرة من أمره، فإذا أخذ بالإحالة فإنه يكون قد خالف قاعدة أمره وهي الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1، مما يؤدي إلى إلغاء الحكم الذي سيصدره القاضي، ومن جهة أخرى إذا لم يأخذ بالإحالة فسيكون أيضاً قد خالف قاعدة أمره وهي نص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1، بالمقابل اقترح

¹ بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، المرجع السابق، ص 127.

أن يتم تعديل نص المادة 23 مكرر 1، وذلك بحذف الفقرة الأولى والإبقاء على الفقرة الثانية، أي أخذ الإحالة من الدرجة الأولى والتي ترجع الاختصاص لقانون القاضي¹.

بينما اقترح الدكتور "الدح عبد المالك" والذي وصف المادة السالفة الذكر بالغموض والإبهام، أن يتم الاعتماد على ما يسمى بالحل الوظيفي²، وبعبارة أدق الاتجاه نحو تفعيل الإحالة الوظيفية باعتبارها الأداة التي يمكنها تحقيق التنسيق بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية، حيث يتم الأخذ بها في حالة ما إذا حققت الغاية منها وتكون ملائمة لحل النزاع وتحقق توقعات الأفراد، ورفضها وعدم الأخذ بها في حالة ما إذا كانت لا تتجاوب لا مع الغاية التي وضعت لأجلها ولا مع توقعات الافراد³.

حقيقة لا ينكر أحد جهود الأساتذة والباحثين في الجزائر والذين نشطوا من أجل تقصي نية المشرع الجزائري من وراء هذه المادة المستحدثة في القانون المدني، والتي كان من المتوقع أن تقدم اجابة عن الاستفهام الذي أرق الباحثين من رجال القانون والفقهاء عامة حول موقف المشرع الجزائري من الاحالة.

وفي تقديرنا المتواضع، ورغم تأييدنا لما جاء في رأي الأستاذ الدكتور "بلمامي عمر" فيما يخص تبني الاحالة من الدرجة الأولى حسب الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1، فإننا نرى كذلك أن المشرع الجزائري عندما نص على المادة 23 مكرر 1، وبسبب صياغة النص جعل البعض

¹ بلغيث عمارة، "الاحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية"، المجلد 1، العدد 02، جامعة العربي تبسي، تيسة، الجزائر، مارس 2007، ص 290.

² للمزيد من التفصيل حول ماهية الحل الوظيفي أنظر: على: صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 256 ومابعداها.

³ الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 156.

يضمن أن المشرع جمع بين موقفين متعارضين والمنطق السليم للأمر يقضي بعدم جواز الجمع بين المتعارضين، فكان بالإمكان أفضل مما كان، وكان له صياغة النص بشكل يزيل الغموض واللبس على القاضي وكذا على الفقهاء والشرح.

ومن جهة أخرى واستنادا على الرأي السائد من الفقه بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وكانت له أسبابه في ذلك، فما الذي حمله على رفض الإحالة في الفقرة الأولى بموجب قاعدة آمرة؟ ألم تكن له أسباب كافية وقوية دفعته إلى عدم الأخذ بالإحالة بشكل صريح دون التطرق إلى النص على الاستثناء من هذا الرفض في الفقرة ذاتها لو كانت له نية قبول أي نوع من الإحالة - وعلى رأي الغالبية من الفقه الإحالة من الدرجة الأولى-؟

وكيف يمكن أن نفسر تعامله مع الإحالة بهذا الشكل؟ هل أن المشرع الجزائري كان حذرا في قبوله للإحالة، إذ كان يتوقع فشلها في حل بعض المسائل القانونية؟ أم أن المشرع الجزائري براغماتي مثله مثل المشرع الفرنسي الذي كان يتقصى مواطن القوة في النزاع ليكسبه قانونه الوطني؟

ونعتقد ان أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي كان بهدف حماية المصالح الوطنية عامة وحماية مصلحة الأفراد بشكل خاص بشكل يحفظ توقعاتهم، وذلك تجنبنا لوجود فراغ قانوني أو الوقوع في حلقة مفرغة نتيجة تعدد الإحالات بمختلف درجاتها من قانون إلى آخر.

خلاصة الباب الأول

كخلاصة لهذا الباب يمكن القول أن ابتكار قواعد الإسناد كآلية فنية تسمح بالتوصل إلى تطبيق القانون السليم من جهة والقانون الأكثر ملائمة للنزاع المطروح على طاولة القاضي من جهة أخرى، ويتمحور المقصود من قاعدة الاسناد على أنها قواعد ارشادية تمهد الطريق للقاضي نحو ايجاد القانون المناسب للمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهذا بالنتيجة يكسبها خصائصا مميزة لها ومصادر خاصة بها تنهل منها أحكامها.

ولعل فعالية قواعد الإسناد مرتبطة أساسا بالعناصر الأساسية المكونة لها والمتمثلة في الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند اليه، والتوصل إلى وضع قاعدة اسناد متكاملة العناصر لا يعني أبدا أن المشكلة زالت وتم حل النزاع، ذلك أن عملية الإسناد هي مرحلة موائية لعملية التكييف، بحيث يعتبر هذا الأخير أول ما يقوم به القاضي فور طرح النزاع أمامه لكي يتسنى له وضعه في الطائفة القانونية الخاصة به ومن ثم التوصل إلى القانون الواجب التطبيق.

فإذا ما تم التوصل الى القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح فإنه لا مشكلة إذا كان القانون المسند إليه يشير بتطبيق قانون معين سواء كان وطني أو أجنبي بل إن المشكلة تكمن في ما إذا أشار هذا القانون باختصاص قانون آخر باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع، أي عدم اختصاص قانون الدولة الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد في دولة القاضي، والذي يعرف بمشكلة الإحالة.

الباب الثاني

تقييم قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون

الباب الثاني

تقييم قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون

يقصد بالعولمة¹ القانونية أو عولمة القانون بأنها "عملية توحيد القوانين وجعلها عالمية الطابع، تشريعاً وتنفيذاً وتطبيقاً قضائياً"، خاصة ما تعلق منها بالقوانين المنظمة لمسائل التجارة الدولية وحقوق المواطنين².

تعد العولمة أحد التحديات الرئيسية التي تواجه النظام القانوني الدولي والمحلي، وقد تأثرت العديد من المجالات القانونية بالعولمة بما في ذلك التجارة الدولية، وحقوق الملكية الفكرية، والبيئة، وحقوق الإنسان، والجرائم الدولية، والملكية العقارية، والتحكيم التجاري الدولي، والقانون الدولي الخاص.

¹العولمة بالفرنسية mondialisation وبالإنجليزية Globalization : هي عملية تاريخية دامت عدة قرون لربط المجتمعات حول العالم، و أصبحت مألوفة لجميع البشر، تتمثل في الاندفاع الغير مسبوق لتدفقات الإنتاج والتبادلات التي تواجهها البشرية حالياً فهي المرحلة الأكثر حداثة في العالم، فالعولمة تتكون من عدة عمليات تتعلق بمجالات كبرى (اجتماعية، اقتصادية، ثقافية، تكنولوجية، وما إلى ذلك) مرتبطة ببعضها البعض، تم اعتماد مصطلح "العولمة" اعتباراً من الثمانينيات من القرن الماضي، على الرغم من أنه استُخدم في فرنسا لأول مرة في عام 1904. ويتم تمييز "العولمة" عن "العالمية (Globalisation)"، وهي كلمة إنجليزية تستخدم بالفرنسية للإشارة بشكل أساسي إلى العولمة المالية.

- **La mondialisation** (globalization en anglais) est un processus historique, pluriséculaire, de mise en relation des sociétés du monde entier, ou plutôt du Monde, avec une majuscule, devenu un lieu commun à toute l'humanité. L'accélération sans précédent des flux, de la production et des échanges, que connaît actuellement l'humanité n'est que la phase la plus récente de la mondialisation. La mondialisation se décompose en plusieurs processus relevant de plusieurs grands domaines (socio-économiques, culturels, technologiques, etc.) liés entre eux. Le terme « mondialisation » s'est imposé à partir des années 1980, même s'il a été employé en France pour la première fois dès 1904. Il se distingue de la « globalisation », anglicisme qui, en français, désigne plutôt la mondialisation financière. Carroué Laurent, Atlas de la mondialisation. Une seule terre, des mondes, disponible sur le site suivant le23/10/2021.h:17.00. <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/mondialisation>

² بوزيد سراغني، "العولمة القانونية وآلياتها"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، المجلد 05، العدد 02، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر 01-07-2016، ص175.

كما يرى البعض بأن العولمة تكمن فيما يعرف بالعالم الافتراضي والتجارة الإلكترونية والمحكمة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق في البيئة الافتراضية وغيرها من المسائل المتعلقة بالتطور التكنولوجي¹.

ولا شك في أن تأثير العولمة على القانون الدولي الخاص يتمثل في العديد من الجوانب المختلفة، من خلال تفاعلها مع عدة عوامل أساسية مثل التجارة الدولية وحركة الأشخاص بين الدول والتقنيات الحديثة والعلاقات الدولية بين الأفراد والمنظمات الدولية.

فقد تغيرت الطريقة التي يتعامل بها الأشخاص والشركات والدول في العالم الحديث، حيث يتم توسيع نطاق التعاملات الدولية لمجالات لم تكن معروفة سابقا، وتوسيع الاختلافات الثقافية واللغوية والقانونية بين الدول المختلفة، مما يتطلب التأقلم مع متطلبات التباين التشريعي بين الدول وتوفير الحماية القانونية اللازمة للأطراف.

كل هذا أدى إلى تزايد الحاجة إلى قوانين دولية موحدة تتعامل مع القضايا العابرة للحدود، مثل التجارة الدولية والاستثمارات الأجنبية والعلاقات الأسرية الدولية والقضايا الجنائية الدولية، أين تم إنشاء العديد من المؤسسات الدولية والاتفاقيات الدولية لتنظيم هذه القضايا.

وأمام هذا الوضع كان لزاما علينا التساؤل حول مصير قواعد الاسناد في ظل هذه المتطلبات الجديدة وما إذا كانت قواعد الاسناد باعتبارها منهج تقليدي كفيلة بمفردها لفض مشكلة تنازع

¹ بلمامي عمر، "نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الاسناد في ظل عولمة القانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 44، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 01-12-2007، ص 150.

القوانين في الوقت الراهن؟ أم أنها عاجزة عن حكم المسائل المستحدثة وتحتاج إلى تعديل قواعدها؟ أم يتعين البحث عن وسائل بديلة مكملتها؟

ولعل الإجابة على هذه الأسئلة تقتضي منا أولاً التطرق للحلول التي تقدمها قواعد الإسناد كمنهج أصيل لحل مشكلة تنازع القوانين ثم الحديث عن العوائق التي تواجه تطبيقها في الوقت الراهن في مرحلة ثانية، وذلك عبر تقسيم هذا الباب إلى فصلين نتناول في الفصل الأول: تطبيقات قواعد الإسناد، ثم نتناول في الفصل الثاني: أزمة قواعد الإسناد.

الفصل الأول

تطبيقات قواعد الإسناد

ذكرنا سابقاً أن قواعد الإسناد عبارة عن قواعد قانونية ترشد القاضي وتدله على القانون الواجب التطبيق على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي والتي يتزاحم على حكمها قانونين أو أكثر، و العنصر الأجنبي في العلاقة يتحدد من خلال أشخاص العلاقة أو أطرافها أو محلها أو السبب المنشئ لها.

كما أن هذه العناصر هي التي تحدد ضابط قاعدة الإسناد ومعياريها، إذ أن ضابط الإسناد له أهمية بالغة باعتباره يحدد مركز ثقل العلاقة الذي يجب أن يرتبط به القانون الواجب التطبيق ارتباطاً وثيقاً¹.

¹ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 217.

فيتعين بهذا الشكل اختيار قانون واحد من بين القوانين المتزاحمة، وتكون مهمة القاضي هنا تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة بعد تكييفه لها على النحو السابق شرحه في الباب الأول من هذه الدراسة.

والأكيد أن قواعد الإسناد وضوابطها تختلف باختلاف الأنظمة القانونية من دولة لأخرى، باعتبار أن تحديد هذه القواعد يخضع لاعتبارات سياسية واقتصادية وثقافية ودينية، غير أن هذا الاختلاف ليس بالاختلاف المطلق، إذ هناك من القواعد التي تشترك فيها العديد من الدول كما سيتم تبيانه في هذا الفصل، أين سنلاحظ توافق العديد من الدول في بعض الضوابط التي يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية.

وعلى هذا الأساس سنحاول من خلال هذا الفصل دراسة الحلول التي تقدمها قواعد الاسناد باعتبارها أسلوب فني لحل مشكلة تنازع القوانين، وسنركز بالدرجة الأولى على قواعد الإسناد التي أقرها المشرع الجزائري في القانون المدني مع القاء الضوء على بعض التشريعات المقارنة في هذا الخصوص، لمعرفة نقاط الاتفاق والاختلاف بينها.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد تضمن قواعد الاسناد المتعلقة بمسائل تنازع القوانين في المواد من 09 إلى 21 من القانون المدني الجزائري، ويمكن تقسيم هذه القواعد وفق ما ذهب إليه غالبية الفقه إلى قسمين: قواعد تتعلق بالأحوال الشخصية وقواعد تتعلق بالأحوال العينية.

وعليه وللإحاطة بكل الحلول التي تقدمها قواعد الاسناد في كل العلاقات ذات العنصر الأجنبي ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يتضمن المبحث الأول قواعد الاسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية، أما المبحث الثاني فيتضمن قواعد الإسناد الخاصة بالمعاملات.

المبحث الأول

قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية

سبق القول أن ظهور مصطلح الأحوال الشخصية يرجع على القرن الثالث عشر عندما ظهرت في مدن ايطاليا بعض صور التنازع بين القواعد والأعراف الداخلية لتلك المدن من جهة، وبينها وبين القانون الروماني من جهة أخرى، وسميت هذه الأعراف بالقوانين أو "الأحوال" على النحو السابق بيانه، ومن ثم أطلق مصطلح الأحوال الشخصية على القواعد التي تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص، ويقابلها في ذلك الأحوال العينية التي تطبق على الأموال والمعاملات المالية¹.

وبذلك تعالج قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية كل المسائل المتعلقة بمركز الشخص من أسرته ودولته كحالته المدنية وأهليته ومسائل الزواج وآثاره وانحلاله، وكذا روابطه وعلاقاته الأسرية².

¹ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 375، مشار إليها في الهامش الأول.

² François MELIN, op.cit,p147.

وعلى هذا الأساس ولتحديد القانون الواجب التطبيق على كل مسائل الأحوال الشخصية ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المدنية والأهلية، و في المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج، وفي المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المدنية وأهليته

تعرف حالة الشخص الطبيعي بأنها مجموع الصفات أو المزايا التي تحدد ذاته وكذا مركزه القانوني من أسرته، وتسمى بالحالة المدنية، وتشمل هذه الصفات جنس الشخص ذكر أو أنثى، متزوج أو أعزب أو مطلق أو أرمل، أبا أو ابنا، بالغ أو قاصر، مسلم أو غير مسلم، سليم العقل أو مصاب بعاهة¹ إلى غير ذلك من الصفات، وكذا مركز الشخص من دولته والتي تتحدد عن طريق الجنسية وتسمى بالحالة العامة أو السياسية، هذه الأخيرة التي لا تثار حولها مشكلة تنازع القوانين، إذ أن لكل دولة كامل الحرية في تحديد شروط التمتع بجنسيتها².

¹ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، د. س. ن، ص 3. أيضا: أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 68.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 476.

أما حالة الشخص الاعتباري فيقصد بها النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية من شروط تمتعها بالشخصية المعنوية، وتنظيمها وكيفية تسييرها وإدارتها وطرق تعديلها وأسباب انقضاءها¹. كما تعد الأهلية من المقومات الأساسية للشخص الطبيعي الحي²، وتعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية، ويقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وكذا قابليته للقيام بالأعمال والتصرفات القانون، وبذلك تحمل الأهلية معنيين، معنى يعبر عن أهلية الوجوب ويسمى البعض بأهلية التمتع من ناحية (capacité de jouissance)، ومعنى يعبر عن أهلية الأداء (capacité d'exercice)، من ناحية أخرى، هذه الأخيرة تمثل صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية باسمه و لحسابه³.

ومن هذا المنطلق تعتبر حالة الشخص وأهليته من صميم مسائل الأحوال الشخصية، والتي قد تثار حولها مشكلة تنازع القوانين، لذا كان لزاما علينا البحث والتحري عن القانون الذي يحكم حالة الشخص وأهليته.

وتحقيقا لهذا الهدف سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المدنية، وفي الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص.

¹ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص381.

² وهيبة بوطش، "الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون"، المجلد 14، العدد03، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر جوان 2022، ص153.

³ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 ص125.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المدنية

من خلال التقديم الذي تم سرده في هذا المبحث يتضح بأن مشكلة تنازع القوانين لا تتعلق بحالة الشخص الطبيعي فقط، بل قد تشمل حالة الشخص المعنوي، وعلى هذا الأساس ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى عنصرين، نتناول أولاً القانون الذي يحكم حالة الشخص الطبيعي، ثم القانون الذي يحكم حالة الشخص المعنوي ثانياً.

أولاً- القانون الذي يحكم الحالة المدنية للشخص الطبيعي:

نص المشرع الجزائري على ضابط الاسناد المتعلق بحالة الشخص الطبيعي المدنية في المادة 10 فقرة 01 و 02 من القانون المدني بنصها " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة..."، وتقابلها المادة 1/11 من القانون المدني المصري، وكذا المادة 1/11 من القانون الليبي.

من خلال هذا النص يتضح أن حالة الشخص المقصودة هنا هي حالة الشخص الفردية، أما الحالة العامة والحالة السياسية والعائلية وأيضا الحالة الدينية فهي تخرج من نطاق أحكام المادة

10 من القانون المدني الجزائري¹، وقد أخضع المشرع في هذه المادة حالة الشخص لقانونه الشخصي أي قانون جنسية الدولة التي ينتمي إليها الشخص.

وبناءً على أهمية الحالة الفردية التي تشمل الصفات المعبرة عن هوية الشخص بمفرده، والتي تميزه عن غيره من الأشخاص، بما في ذلك أفراد أسرته، سنركز في هذه الدراسة على العناصر المكونة لهذه الهوية، ومن بين هذه العناصر، يأتي الإسم واللقب والموطن كواحدة من أهم العناصر التي تحكمها قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص.

أ - القانون الذي يحكم الاسم واللقب:

نص المشرع الجزائري في المادتين 28 و 29 من القانون المدني الجزائري على الاسم واللقب، أين ورد في نص المادة 28 منه أنه " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده.

يجب أن تكون الأسماء جزائرية، وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين"، أما المادة 29 ق.م.ج فقد نصت على أنه " يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

يتضح أن المشرع الجزائري أوجب أن يكون لكل شخص اسم ولقب يميزه عن غيره من أفراد المجتمع، واشترط أن تكون الأسماء جزائرية ما عدا في حالة ما إذا كان الأبوين غير مسلمين، في

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 732.

حين أكدت المادة 29 ق.م.ج أن الحق في اكتساب الألقاب وتغييرها يحكمه القانون المتعلق بالحالة المدنية¹.

كما نصت المادة 48 ق.م.ج أن لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عن الضرر الذي أصابه.

وقد اختلفت الآراء الفقهية والتشريعات المقارنة في تحديد طبيعة حق الشخص على اسمه، ما إذا كان حق ملكية أم حق مرتبط بوضع الشخص على الدولة واعتباره من ضروريات الأمن المدني، أين استقر الرأي الراجح في الفقه والقضاء في كل من فرنسا² ولبنان ومصر والجزائر على إخضاع اسم الشخص ولقبه لقانونه الشخصي أي قانون جنسيته، واستندوا في ذلك إلى كون الاسم واللقب يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بشخصية الإنسان، ومالهما من أثر في تمييز الشخص وتحقيق هويته وبيان حالته الذاتية التي تفصله عن سواه، وتطبيق قانون الجنسية يحقق صفات الثبات والاستقرار اللزمان للاسم واللقب ويستبعد بذلك تطبيق القانون الإقليمي للشخص³.

وتجدر الإشارة أن تغيير الشخص لجنسيته لا يؤدي إلى تغيير اسمه، ما لم يكن قانون الجنسية الجديدة يحضر هذه الألقاب، أو يقبلها بشرط الحصول على إذن من دولته لاكتسابه

¹ أنظر الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذو الحجة 1379 الموافق لـ 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، ج.ر.ع 49 سنة 2014.

² François MELIN, op.cit,p149.

³ موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1989، ص 281. أنظر أيضاً: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 735.

ألقاب تلك الدولة¹، فتغيير الاسم سواء الاسم الشخصي أو اللقب وحمايته يخضع أيضا للقانون الشخصي، حيث لا يعارض التشريع الجزائري طلب الأجنبي الذي يريد منح اسم لولده من اختياره².

ب- القانون الذي يحكم موطن الشخص

لمحل إقامة الشخص وموطنه أهمية بالغة على مستوى العلاقات الخاصة الدولية، أو على مستوى العلاقات الداخلية، ووفقا للتشريع الجزائري³ موطن الشخص هو المحل الذي يوجد فيه مسكنه الرئيسي، واستثناء مكان الإقامة في حالة غياب سكن رئيسي.

كما قد يكون للشخص أكثر من موطن وفي أكثر من دولة وهو ما يبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على موطن الشخص، خاصة إذا كانت قوانين هذه الدول تختلف في تحديد درجة أهمية العناصر المكونة له، بالإضافة إلى الأهمية الخاصة لحالات تحديد الموطن القانوني بالنسبة لكل من المرأة المتزوجة والولد القاصر، فهل يتعين تحديد المقصود بالموطن استنادًا إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته؟ أم استنادًا إلى قانون القاضي الذي ينظر في النزاع؟ أم ربما استنادًا إلى قانون آخر؟

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 638.

² محند إسعاد، المرجع السابق، الصفحة 281.

³ تنص المادة 36 ق.م.ج " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن"

فبالرجوع إلى المادة 10 ق.م.ج وباعتبار موطن الشخص يدخل ضمن عناصر الحالة المدنية، فقد أخضع المشرع الجزائري كيفية تحديد الموطن والمقصود به وكل ما يتعلق به لقانون جنسية الشخص.

وهو ما أخذت به مختلف التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الفرنسي¹.

ثانيا - القانون الذي يحكم حالة الشخص المعنوي:

أدى التطور المعاصر في الظروف والحوافز الاقتصادية والاجتماعية بإعطاء اعتراف لجماعات من الأشخاص، مثل الشركات والجمعيات، أو الجماعات من رؤوس الأموال، مثل المؤسسات، بالشخصية القانونية أو الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ولم يعد نشاط هذه الكيانات مقتصرًا على المعاملات الوطنية فحسب، بل امتد أيضاً عبر الحدود الإقليمية للدول في صورة الشركات الدولية ذات النشاط العالمي²، ويقصد بحالة الشخص المعنوي نظامه القانوني من حيث تكوينه ونشأته، وأجهزة نشاطه وسيره وكذا كيفية انقضائه³. هذه المسائل التي غالباً ما يثار بشأنها نزاع حول تحديد القانون الذي يحكمها وتبعاً لذلك تنشأ مسألة تنازع القوانين⁴.

وقد نظم المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص المعنوية في نص المادة 10 فقرة 03 و 04 من القانون المدني الجزائري بقولها " ..أما الأشخاص الاعتبارية من

¹ François MELIN, op.cit,p150.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 380-381.

³ هشام خالد، المرجع السابق، ص 761.

⁴ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 115.

شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، 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".

فبالرجوع إلى النص السابق يتضح أن المشرع الجزائري وضع قاعدة عامة أين أخذ بالمقر الرئيسي والفعلي للشخص المعنوي كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المعنوي ونظامه القانوني سواء كان هذا الشخص المعنوي أجنبي أم جزائري الجنسية، وهو ما أخذ به كذلك المشرع المصري في المادة 2/11 من القانون المدني، وكذا المشرع الليبي في المادة 02/11 قانون مدني، وكذا المادة 12 من القانون المدني السوري - هذه المواد متطابقة تقريبا في المحتوى-.

غير أنه وفي الفقرة الأخيرة من المادة 10 وضع المشرع الجزائري استثناء من القاعدة العامة المتمثلة في مركز الإدارة الرئيسي ويتعلق الاستثناء بالشركات الأجنبية التي تزاوّل نشاطها في الجزائر حيث تخضع للقانون الجزائري.

وبناء على ذلك، تخضع الأشخاص المعنوية من حيث تكوينها ونشأتها والاعتراف بالشخصية المعنوية وكيفية إدارتها وتسييرها ونشاطها وإجراءات وأسباب انقضاءها لقانون البلد الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي والفعلي الحقيقي، أي مركز الاستغلال وليس مجرد مركز أو

موقع افتراضي¹، ومن بين الوسائل التي يستعين بها القاضي في تحديد مكان الإدارة الرئيسي هو مكان انعقاد الجمعية العامة، أو مكان انعقاد مجلس الإدارة، أو المكان الذي يتم فيه اتخاذ القرارات².

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص La Capacité

إن الأهلية محل الدراسة هي الأهلية الخاصة بالتصرفات القانونية وحدها ولا يتعلق الأمر هنا بالأهلية اللازمة للمسؤولية الجزائية³، باعتبار أن هذه الأخيرة يحكمها القانون المحلي أي قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار المنشئ للمسؤولية⁴، كما سنراه لاحقا عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية.

وحسب التشريع الجزائري يعد الصغير قبل سن 13 عديم أهلية الأداء أي غير مميز حسب ما جاء في الفقرة 02 من المادة 42 من القانون المدني الجزائري، ومن بلغ سن 13 إلى 19 له أهلية أداء غير كاملة، أي ناقص التمييز-ناقص الأهلية- طبقا لنص المادة 43 ق.م.ج، وبعد سن 19 يصبح الشخص بالغا سن الرشد مالم يكن معتوها أو مجنونا حسب نص المادة 40 ق.م.

¹ فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 92.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 215.

³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 777.

⁴ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 143.

وقد أخضع المشرع الجزائري الأهلية لقانون الجنسية¹ حسب ما ورد في نص المادة 10 ق.م.ج والتي ورد في متنها أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

وفي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة". والملاحظ أن هذه المادة مطابقة تماما لمحتوى نص المادة 11 من القانون المدني المصري، والمادة 12 من القانون المدني الأردني، وكذا المادة 11 من القانون المدني الليبي.

ومن خلال موقف المشرع الجزائري في المادة 10 يتضح أنه وضع قاعدة عامة تتمثل في خضوع الأهلية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، وأورد استثناء في الفقرة الثانية بخصوص التصرفات التي تبرم في الجزائر وتنتج أثارها فيها إذا كان أحد الأطراف أجنبيا ناقص الأهلية ونقص أهليته يصعب تبينه، وعليه سيتم تفصيل كلا من القاعدة والاستثناء فيما يلي:

أولاً- القاعدة: خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته

تعتبر الأهلية أمر لازم لصحة التصرفات القانونية بحيث يجب أن تكون متوافرة عند انعقادها، وتحديد ضابط الإسناد على هذا النحو- قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص

¹ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط1، د.د.ن، الجزائر 2010، ص16. أيضا: اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 214.

بجنسيته- هو النتيجة الطبيعية لاعتبار الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية، وأساس ذلك أن الغرض من أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه ولو كان التصرف الذي يباشره من التصرفات المالية، والعبرة هنا في تحديد القانون الواجب التطبيق هي بجنسية الشخص وقت انعقاد التصرف القانوني وليس بعده إذا قام بتغيير جنسيته¹.

ويدخل في نطاق أعمال ضابط قانون الجنسية في النزاع الذي يثور حول تحديد الأهلية الخاصة بالشخص حسب سنه، ومعرفة ما إذا كان صبيا مميزا، أو بالغا سن الرشد، وتحديد الجزاء المترتب على مباشرة ناقص الأهلية لتصرفات معينة، وكذلك يتم الرجوع إلى قانون الجنسية لتحديد صحة التصرفات التي يمارسها من اعتراه عارض من عوارض الأهلية، كالجنون والسفه والعتة والغفلة².

غير أنه لا يدخل في نطاق قانون الجنسية ما يثور من نزاع حول أهلية الأداء الخاصة لبعض الأشخاص وهي التي لا ترتبط بالتمييز، ولكن قررت حمايةً لمصلحة معينة، فأهلية الأداء هنا خاصة لا تخضع لقانون الجنسية بل للقانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني المقصود من تقييد الأهلية بشأنه³، ومثال ذلك منع رجال القضاء والمحامين والموثقين وكتاب الضبط أن يشترروا بأنفسهم مباشرة أو عن طريق وسيط حقوق متنازع فيها، إذا كان النظر في النزاع يدخل في

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 838.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 386.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 225.

اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها طبقا لنص المادة 402 من القانون المدني الجزائري¹.

وعليه مما سبق يتضح أن أهلية الأداء المقصودة في المادة 10 من القانون هي أهلية الأداء العامة وبذلك يستبعد إعمال ضابط الجنسية على أهلية الوجوب أو أهلية الأداء الخاصة ببعض الأشخاص عند ممارستهم لتصرفات معينة ممنوعة عليهم بنص خاص في القانون.

ثانيا - الاستثناء المتمثل في عدم تطبيق قانون جنسية الأجانب:

سبق القول أن الأهلية في القانون الجزائري تكتمل ببلوغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة، غير أن سن الرشد يختلف من نظام قانوني لآخر، حيث نجد سن الرشد في القانون المصري هو 21 سنة طبقا لنص المادة 44 من القانون المدني المصري، بينما نجده في القانون السوري والعراقي والأردني 18 سنة حسب نص المادة 46 من القانون المدني السوري² وكذا المادة 106 من القانون المدني العراقي³، والمادة 43 من القانون المدني الأردني⁴.

ففي هذا الوضع يثار النزاع عند إبرام تصرف قانوني بين شخص جزائري وأجنبي حول مدى صحة التصرف الذي قام به الأجنبي إذا تعذر على الوطني كشف نقص أهلية هذا الأجنبي.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 217.

² المرسوم التشريعي رقم: 48 لعام 1949 يتضمن القانون المدني السوري المنشور بتاريخ: 18/05/1949.

³ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

⁴ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

وقد عالج المشرع الجزائري هذا الوضع في نص المادة 10 فقرة 02 السالفة الذكر والتي أكد فيها أنه إذا تم إبرام تصرف مع أجنبي في الجزائر وأنتج هذا التصرف أثره في الجزائر، وكان نقص أهلية الأجنبي فيه خفاء يصعب تبيينه، يعد هذا الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري ولا يآثر نقص أهليته على صحة التصرف المبرم.

ومن أهم القضايا التي عرضت فيها مسألة نقص أهلية المتعاقد الأجنبي لسبب جهله المتعاقد الوطني القضية المشهورة التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية سنة 1861 المسماة بقضية "ليزاردى Lizardi" التي تتلخص وقائعها في أن شاب مكسيكي في سن 21 اشترى وهو في باريس بعض الجواهر من تاجر فرنسي وحرر لدفع الثمن عدة سندات، وعند مطالبته بالسداد دفع ببطلانها لنقص أهليته بسبب عدم بلوغه سن الرشد حسب القانون المكسيكي الذي يحدده بـ 25 سنة¹، وعند وصول النزاع إلى محكمة النقض أيدت القضاء بصحة السندات مستندة في تسببها على أنه لا يجوز أن يفترض في الشخص الفرنسي العلم بجميع القوانين الأجنبية وخاصة ما تحويه من نصوص تتعلق بنقص الأهلية وبلوغ سن الرشد، وإنما يكفي لصحة العقد أن الفرنسي قد تعاقد بغير خفية ولا رعونة وأن يكون حسن النية².

ومن خلال الفقرة الثانية من نص المادة 10 ق.م يتضح أن المشرع الجزائري وضع شروط لإعمال هذا الاستثناء من خضوع الأهلية لقانون الجنسية تتمثل أساسا فيما يلي:

¹ François MELIN, op.cit,p151.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق ص 389-390، أنظر أيضا: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 218-219، أيضا: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 793.

- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية، حيث لا يسري الاستثناء على التصرفات غير المالية كمسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج¹.

- أن يبرم التصرف في الجزائر وينتج أثره فيها، وبالتالي لا يتم إعمال هذا الاستثناء على التصرفات التي يقوم بها الأجنبي مع جزائري خارج الجزائر وينتج أثره في الجزائر أو العكس، أما بخصوص جنسية المتعاقد مع الأجنبي فإن النص الحرفي للمادة يبين أن المتعاقد مع الأجنبي يجب أن يكون وطني لأنه لو كان الأمر عكس ذلك لتم استعمال عبارة التصرفات التي يعقدها أجنب في الجزائر وتنتج أثرها في الجزائر، فاستعماله عبارة "أحد الطرفين أجنبيا" يفيد بأن المتعاقد الآخر جزائري.

- أن يكون الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري وناقص الأهلية وفقا لقانون البلد الذي ينتمي إليه بجنسيته².

- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع لسبب فيه خفاء يصعب تبينه بحيث لا يمكن للمواطن كشف نقص أهليته بالنظر للظروف التي تم فيها التعاقد أو أن هيئته ومظهره الخارجي لا يوحي اطلاقا بنقص أهليته.

فبتوفر الشروط السالفة الذكر التي تضمنتها الفقرة 02 من المادة 10 ق.م.ج يكون المشرع الجزائري حمى المواطن الجزائري عند تعامله مع الأجنبي في حال تعذر عليه كشف نقص أهلية

¹ محد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 145.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 221.

هذا الأخير، وجعل من التصرف الذي يبرمه الأجنبي ناقص الأهلية في هذه الحالة تصرف صحيح منتج لجميع آثاره القانونية.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج

يعتبر الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الانسان في حياته، فهو رابطة تربط بين الرجل والمرأة تهدف لدوام العشرة بينهما، فيرتب بذلك حقوق والتزامات متبادلة بينهما، فهو عماد الأسرة وعنصر تكوينها الأساسي، ويتميز بارتباطه بالمفاهيم الدينية والاجتماعية والسياسية في كل دولة.

وبذلك يعد الزواج من أهم المواضيع في الأحوال الشخصية، ويمس العلاقات والروابط العائلية التي تشكل حقا خصباً لتنازع القوانين، بسبب تشعب هذه العلاقات وإمكانية تعديها حدود الدولة الواحدة واتصالها بأكثر من قانون¹، ذلك أن قوانين الدول مختلفة وغير متشابهة في موضوع الزواج، لاختلاف الفكرة التي يقوم عليها وكذا تأثيره بالطابع الديني فمن الدول من تعترف بالانفصال الجسماني، ومنها من تحرمه ومن الدول من تعترف بالتعدد ومنها من تمنعه، ومن الدول من تضع شروطاً للزواج تعتبر محرمة في دولة أخرى، وغيرها من الاختلافات التي أدت بالضرورة إلى اختلاف النظام القانوني المطبق على الزواج في كل دولة.

¹ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 382.

وبسبب اختلاف النظم القانونية المنظمة لمسائل الزواج ومع ظهور الهجرة بين الدول وتزايد حالات الزواج المختلط بين أشخاص من مختلف الجنسيات، تزايدت حالات تنازع القوانين بشكل ملحوظ، واصبحنا نتساءل في كل مرة ما هو القانون الواجب التطبيق في حال نشوء نزاع يتعلق بزواج وطني مع أجنبي أو حتى زواج وطنيين في بلاد أجنبية؟

وللإجابة على هذا السؤال وبالنظر إلى تشعب وتعدد المسائل المتعلقة بالزواج ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج، وفي الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وانحلاله.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

معلوم بأن انعقاد الزواج خاصة في المجتمع الجزائري تسبقه مرحلة مهمة وهي مرحلة الخطبة، هذه الأخيرة التي تعتبر كمقدمة أو تمهيد للزواج، وقد عالجت أغلب التشريعات مرحلة الخطبة ونظامها القانوني وكذا الآثار المترتبة عليها.

وبعد الخطبة يحتاج انعقاد الزواج إلى توافر شروط موضوعية وكذا شروط شكلية حتى يكون العقد صحيح منتجا لآثاره القانونية.

وعليه فإن مسألة تنازع القوانين في انعقاد الزواج تشمل كل من النظام القانوني للخطبة، وكذا شروط الزواج الشكلية والموضوعية والتي سنقوم بتفصيل مضمونها فيما يلي:

أولا - القانون الواجب التطبيق على الخطبة:

تعرف الخطبة بأنها تمهيد للزواج فهي اتفاق بين رجل وامرأة على استعدادهما المبدئي على إبرام عقد الزواج، وقد نصت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"¹، فعن طريقها يتم إبداء الرغبة في الزواج، وهي وسيلة للتعرف بين الخاطب ومخطوبته وليست التزاما قانونيا، على عكس بعض التشريعات التي تعتبر الخطبة عقد له قوته الملزمة وفي حالة العدول عنه يترتب مسؤولية عقدية كما هو الأمر في التشريع الانجليزي². إذ اعتبر بأن العدول عن الخطبة نوع من أنواع عدم التنفيذ، مما يترتب عليه آثار المسؤولية العقدية، وبذلك تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد³.

بالرجوع للتشريع الجزائري طبقا للمادة 09 ق.م.ج فإن تكيف الخطبة يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، ومنه تعتبر الخطبة طبقا للنظام القانوني الجزائري وعدًا، فهي لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج⁴.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم مسألة تنازع القوانين في الخطبة ولم يبين قواعد الإسناد التي تطبق عليها إذا كانت جنسية الخاطب تختلف عن المخطوبة، على غرار بعض التشريعات المقارنة كالتشريع الكويتي الذي حدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة في نص

¹ القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ع 15.

² أمحمدي بوزينة أمينة، المرجع السابق، ص 73. أنظر أيضا: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 478.

³ دربة أمين، المرجع السابق، ص 238.

⁴ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

المادة 35 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والتي نصت على أنه "تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة لكل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ"¹، وأيضاً القانون القطري بموجب المادة 18 من القانون 22 لسنة 2004 المتضمن القانون المدني، والقانون التشيكوسلوفاكي الذي أخضع شروط صحتها لقانون الزوجين المستقبليين، وتخضع آثارها في المجر والنمسا والنرويج وهولندا لقانون القاضي².

وبذلك فقد أخضع المشرع البحريني شروط صحة الخطبة إلى قانون جنسية الخاطب، أما فسخها فيخضع لقانون جنسية الخاطب وقت الفسخ.

وانطلاقاً من عدم تنظيم المشرع الجزائري لقواعد الاسناد المتعلقة بالخطبة على غرار العديد من الدول العربية فإنه لا مناص من البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها وفقاً للقواعد العامة³ التي تحكم الأحوال الشخصية وهي قانون الجنسية، فيرى البعض أن القانون الواجب

¹ مهند أحمد صانوري و محمد عبد الحفيظ الخمايسية، "قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج في قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني - دراسة تحليلية مقارنة -"، المجلة القانونية، العدد 08، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، المنامة، البحرين، يونيو 2017، ص 248.

² الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ 9 في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلا، الجزائر، 2008، ص 159.

³ كريم كريمة، "القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج"، مداخلة مقدمة في إطار مجريات الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23-24 أبريل 2014، ص 61.

التطبيق على شروط الخطبة هي القانون الذي يحكم شكل التصرفات أي قانون البلد الذي تمت فيه تطبيقا لنص المادة 19 ق.م.ج.¹.

أما القانون الواجب التطبيق على العدول عن الخطبة وبالإستناد للحل الناتج عن العدول عن الخطبة في نص المادة 05 ق.أ.ج بخصوص رد الهدايا وما إذا ترتب عن العدول ضرر، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد التي تمت فيه الخطبة تماشيا مع نص المادة 20 ق.م.ج، التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، مع العلم أنه وفقا للقواعد العامة وقياسا على الزواج طبقا لنص المادة 13 ق.م.ج فإنه إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية تطبق القانون الجزائري وحدة حتى ولو كانت الخطبة خارج الإقليم الجزائري².

ثانيا- القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج:

الزواج كغيره من التصرفات القانونية الإرادية يستوجب أن يتوافر على مجموعة من الشروط الموضوعية، والتي يتعين لتحقيقها توفر شروط شكلية معينة وعليه سنتناول في هذا العنصر القانون الواجب التطبيق على كل من الشروط الموضوعية والشكلية للزواج.

أ- الشروط الموضوعية للزواج:

يقصد بالشروط الموضوعية هي ما يتوقف وجود الشيء على تحققه، ومن هذه الشروط وجود الإرادة ومناطها هو الأهلية والرضا، وقد يكون رضا الوالدين أو أحدهما بالنسبة للقاصر،

¹ هشام علي صاق، المرجع السابق، ص 478.

² أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 75. أنظر أيضا: درية أمين، المرجع السابق ص 238.

وكذلك اتحاد مجلس العقد وعدم الرجوع عن الإيجاب قبل القبول، وأيضا ما يتعلق بمحل العقد وهو أهلية المرأة وكونها من غير المحارم، وكذا الصداق المتفق عليه، وقد اتجهت أغلب القوانين إلى إخضاع الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الزوجين، مثل القانون السويسري والألماني والفرنسي والياباني والبولوني¹. ومن هذه الشروط تلك الواردة في نص المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري².

أما في الجزائر فقد نصت المادة 11 ق.م.ج على أنه: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوج والزوجة.

وهو نفس الأمر الذي جاءت به المادة 97 من قانون الحالة المدنية³، التي اعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج، والملاحظ من هذا النص أن

¹ أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص76.

² تنص المادة 09 ق.أ.ج على أنه " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" أما المادة 09 مكرر من نفس القانون فتتص على أنه " يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".
³ الأمر رقم: 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 14-08 المؤرخ في 13 شوال عام 1435، الموافق لـ 09 غشت سنة 2014، ج.ر.ع 49 لسنة 2014.

- تنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية على أنه " إن الزواج الذي يعقد بين جزائريين أو بين جزائري واجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الاوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

ويجرى مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري واجنبية وتم امام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قنصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية".

ضابط الاسناد هنا أحادي الجانب، لأنه لم يتكلم عن زواج الأجانب سواء داخل الجزائر أو خارجها¹.

وتجدر الإشارة أن المادة 13 ق.م.ج استثنت تطبيق ضابط جنسية الزوجين وأخضعت الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا، ولعل الهدف من هذا الاستثناء في القانون الجزائري راجع إلى الرغبة في مواجهة حالات خاصة، كأن يكون الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس، فالعبرة هنا بما يتضمنه القانون الجزائري².

وتطبقا لنص المادة 11 ق.م.ج فإنه لا يثار إشكال في حالة ما اذا اتحدت جنسية الزوجين، غير أنه في حالة اختلاف جنسية الزوجين ولم يكن أحدهما جزائري فلم ينظم حل تشريعي لهذه المشكلة، فكيف نواجه تلك المشكلة وماهي الحلول التي عرضت من قبل الفقه لحسمها؟ فهل نطبق قانون جنسية كل منهما تطبيقا جامعا أم تطبيقا موزعا³.

ونعني بالتطبيق الجامع أن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا كان كذلك وفقا للقانون الزوجية والزوج، أي يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط التي يتطلبها قانون جنسيته وكذا كل الشروط

¹ بومراو سفيان، "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة-"، مداخلة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي و 23 24أفريل، 2014ص 98.

² زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص.19.

³ أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص 231.

التي يتطلبها قانون جنسية زوجته ونفس الأمر بالنسبة للزوجة، أي إدماج كل من القانونين¹، أما التطبيق الموزع فإنه يجب أن تتوفر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط وفي الزوجة الشروط التي يتطلبها قانون جنسيته فقط².

والرأي الراجح في الفقه والذي نؤيده بدورنا هو تطبيق كل قانون من القانونين تطبيقاً موزعاً، فالزوج ينطبق عليه قانونه والزوجة ينطبق عليها قانونها، إذ أن هناك بعض الشروط السلبية التي قد يتطلبها قانون أحد الزوجين والتي تسمى بموانع الزواج، فمراعاة المانع لدى أحد الزوجين يستوجب مراعاته بالنسبة للزوج الآخر، ومثال ذلك إذا نص قانون أحد الزوجين على منع الزواج لاختلاف الدين أو بسبب درجة القرابة، ويتحقق الاختلاف فإن الزواج لا يكون صحيحاً حتى ولو كان المانع غير مقرر في قانون الزوج الآخر³.

ب- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

يقصد بشكل الزواج كل مسلك يلزم اتباعه لإظهار الإرادة وكل إجراء ضروري لإثبات الزواج أو إشهارة أو علانيته⁴. فالشروط الشكلية إذا تتعلق بالقلب أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج⁵.

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 260.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 405.

³ هشام خالد، المرجع السابق، ص 789.

⁴ محمد أحمد صانوري و محمد عبد الحفيظ الخمايسية، المرجع السابق، ص 249.

⁵ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 409.

والشروط الشكلية على غرار الشروط الموضوعية تختلف من دولة لأخرى باعتبار أن كل دولة تحدد الشروط الشكلية الخاصة بالزواج وفق ما يتماشى مع طبيعة المجتمع وكذا ديانته، فقد نجد بعض الدول تعتمد على الشكل المدني، في حين تلجأ دول أخرى لمراسيم دينية معينة كما هو الحال بالنسبة للتشريع اليوناني الذي يستوجب أن يتم زواج اليوناني الأرثوذكسي أمام كاهن تابع لكنيسة الروم الأرثوذكس، كما قد تعتمد دول أخرى على مجرد التراضي لانعقاد الزواج دون الحاجة لإفراغه في شكل معين¹.

فإذا ثار نزاع حول صحة شكل الزواج، فإن مضمون هذا النزاع يتمحور حول اثبات الزواج، ويتم ذلك بتقديم الدليل أمام القضاء يتمثل هذا الدليل في عقد الزواج المحرر وفق الأوضاع التي يشترطها القانون، حيث تنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون"².

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج نجد أنه أغفل وضع ضابط اسناد يحكم هذه الشروط، غير أن القواعد العامة في القوانين المقارنة قد وضعت قاعدة إسناد متعددة الضوابط واختبارية التفضيل بحيث يمكن للأفراد إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام، ومن ذلك ما تقضي به القوانين العربية في الكويت

¹ حسن الهداوي المرجع السابق، ص 157. أيضا: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 488.

² أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 86.

والأردن والإمارات العربية والمغرب، كما يمكنهم إبرام عقود زواجهم وفقا للشكل الذي ينص عليه قانون جنسيتهم، وهناك طريق ثالث يقضي بإبرام الزواج وفقا للشكل الدبلوماسي أو القنصلي¹. ونجد أن المشرع الجزائري قد تبنى بشكل ضمني القاعدة الشهيرة المعروفة بقاعدة "لو كيس Locus regit actum" التي سبق التطرق إليها في الباب الأول من هذه الدراسة، والتي تؤكد على أن القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية يتمثل في قانون محل إبرام الزواج طبقا لما تضمنته المادة 19 من القانون المدني الجزائري، وكذا ما أكدته المادة 97 من قانون الحالة المدنية² المذكورة أعلاه في معرض الحديث عن الشروط الموضوعية للزواج.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وانحلاله

متى استوفى الزواج شروطه الشكلية والموضوعية انعقد صحيحا منتجا لجميع آثاره القانونية، وتنقسم آثار الزواج إلى آثار شخصية تتمثل في الحقوق والواجبات المتبادلة كالإخلاص والطاعة وحسن المعاشرة بين الزوجين والاسم الزوجي ورعاية الأولاد وغيرها من الآثار غير المادية³، وقد تضمنتها المواد من 36 إلى 37 ق.أ.ج. وآثار مالية، كالنفقة والغذاء والكسوة.

¹ مسعودي يوسف، "القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج"، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي و 24 و 23 أبريل 2014، ص 77.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 238-239.

³ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 398.

وكذلك قد يحث وتنقضي العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطلق أو البطلان أو التفريق أو الانفصال الجسماني الذي تتبناه بعض الدول¹.

وعليه سنتناول أولاً القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، ثم القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في مرحلة ثانية.

أولاً- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

وبطبيعة الحال تختلف هذه الآثار من دولة لأخرى ويختلف كذلك النظام القانوني المطبق عليها، خاصة إذا كان الزوجين من جنسيتين مختلفتين، وعلى هذا الأساس وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نصت المادة 12 ق.م.ج على أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج".

وبذلك يتضح أن المشرع الجزائري أخضع آثار الزواج سواء الشخصية منها أو المالية للقانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت انعقاد الزواج، وهو ما تبنته كذلك مختلف التشريعات العربية² على غرار التشريع المصري في نص المادة 1/13 من القانون المدني المصري، و المادة 2/19 من القانون المدني العراقي، وكذا المادة 14 من القانون المدني الأردني، والمادة 13 من القانون المدني الليبي.

ولعل سبب اخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام العقد، هو ايمان المشرع الجزائري بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار الزواج، إذ سبق للفقهاء الفرنسي أن نبه إلى خطورة

¹ هشام صادق، حفيظة الحداد، المرجع السابق ص 205.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 796.

إخضاع آثار الزواج لأكثر من قانون، إذ يتعذر في هذه الحالة الخيار بين القانونين عندما يختلفان، فلا يتصور أن تخضع آثار الزواج لغير قانون واحد بل تقتضي الوحدة في النظام القانوني الذي يحكمها وتتفر بالضرورة من التعدد، وإذ كان من الواجب أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجين، فإن الأولى بحكم آثار الزواج هو قانون الزوج بصفته رب العائلة¹.

ويمكننا تقديم بعض الملاحظات حول إخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام

عقد الزواج نلخصها في ما يلي²:

- أن المشرع الجزائري وضع ضابط اسناد واحد يحكم آثار الزواج المالية والشخصية وهو القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

- أن المشرع الجزائري رجح الاتجاه الذي يفضل تغليب قانون الزوج على قانون الزوجة في هذه المسألة، الأمر الذي انتقده البعض من حيث ووجوب المساواة بين الرجل والمرأة، والمطالبة بتطبيق القانون المشترك للزوجين، وهو ما جعل جانب من الفقه يرد بأن اختيار جنسية الزوج لا يعبر عن أفضلية معينة له، وإنما يعبر عن اختيار موضوعي لرب العائلة.

- أن المادة 12 ق.م.ج عالجت مسألة مهمة وهي امكانية تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج، فقررت تطبيق جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 797. أنظر أيضا: عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 248.

² عصام الدين القسبي، نفس المرجع، ص 248-249.

- أن مسألة تنازع القوانين في آثار الزوج تخضع هي الأخرى للاستثناء الوارد في نص المادة 13 ق.م.ج، بتطبيق القانون الجزائري وحده في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية، فإذا كانت الزوجة جزائرية متزوجة بأجنبي فلا مجال لإعمال المادة 12 ق.م.ج على آثار الزواج إنما تخضع هذه الأخيرة للقانون الجزائري.

ثانيا- القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج:

سبق القول أن الزواج ينقضي إما بالطلاق طبقا لنص المادة 48 ق.أ.ج، أو التطليق طبقا لنص المادة 53 ق.أ.ج، أو الخلع طبقا لنص المادة 54 ق.أ.ج، أو البطلان طبقا لنص المواد من 32 الى 34 ق.أ.ج، أو الانفصال الجسماني¹ الذي تقره بعض الدول، وكلما كان الزواج يربط بين زوجين مختلفي الجنسية ثارت مشكلة تنازع القوانين والتساؤل حول ما هو القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، هل هو قانون الزوج أم قانون الزوجة أم قانون كلا الزوجين أم قانون مكان إبرام عقد الزواج؟

بالرجوع إلى المشرع الجزائري أقر قاعدة اسناد تتعلق بانحلال الزواج أين نصت المادة 12 فقرة 02 ق.م.ج على أنه" .. يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، والملاحظ أن المشرع الجزائري أخضع بصفة عامة انحلال

¹ الانفصال الجسماني: "هو نظام يترتب على انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون حل عقدة النكاح في الحال ولكن قد يكون سببا للطلاق إذا استمر مدة معينة تختلف من قانون لآخر، فهو ليس إنهاء العلاقة الزوجية بل مجرد مباحة مادية ما بين الزوجين أنظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول"، مرجع سابق، ص 178. أيضا: عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص 308 .

الزواج مهما كان سببه للقانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى¹، على عكس المشرع المصري والأردني والكويتي الذين فرقوا بين الطلاق الذي أخضعوه لضابط جنسية الزوج وقت الطلاق بينما التطلق والانفصال الجسماني فيخضع لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى².

غير أنه وطبقا لنص المادة 13 ق.م.ج والتي سبق ذكرها أعلاه عند الحديث عن الشروط الموضوعية للزواج وكذا آثاره، فإنه يطبق القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج.

وعليه يمكن تلخيص مسائل التنازع المرتبطة بنص المادة 12 فقرة 02 والمادة 13 ق.م.ج

على النحو التالي:

- إذا كان الزوجان أجنبيان ينتميان إلى نفس البلد فإنه يطبق على انحلال الزواج أو الانفصال الجسماني بينهما، قانونهما المشترك باعتبار أن قانون الزوج وقت رفع الدعوى هو نفسه قانون الزوجة.

- إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية لا يتم إعمال ضابط الإسناد الذي تضمنته المادة 12 فقرة 02، وإنما يطبق القانون الجزائري وحده حتى ولو كان أحد الزوجين هي زوجة وليس زوج.

¹ عليوش قربوع كمال، "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري"، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي و 24 و 23 أبريل 2014، ص141.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص816.

- أن المشرع الجزائري اشترط تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وليس وقت انعقاد العقد، وبذلك إذا غير الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج فإن انحلال الزواج يسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته الجديدة، أما آثار الزواج فيسري عليها قانون الدولة التي كان ينتمي إليها أي الجنسية السابقة.

- كذلك يفهم من نص المادة 12 فقرة 02 أنه بعد انحلال الرابطة الزوجية والفصل في الدعوى لا مجال لإعمال جنسية الزوج إنما يخضع كل زوج لقانونه الوطني¹.

- أن آثار انحلال الزواج كالنفقة-نقصد النفقة كأثر للطلاق وليس كأثر للزواج- والحضانة هي الأخرى تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى².

أما بالنسبة لبطلان الزواج فيرى البعض إخضاعه للقانون المختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج والقانون الذي يحكم شكله، أي قانون جنسية كل من الزوجين أو القانون الجزائري وحده أو قانون محل الإبرام حسب ما ورد في المواد 11 و13 و19 ق.م.ج، السالفة الذكر، إذ أنه متى تخلف شرط موضوعي أو شكلي للزواج طبقا لقانون معين، يكون هذا القانون هو المختص بحكم بطلان الزواج كأثر لعدم توافر الشروط الضرورية لصحته، ويرجع إلى هذا القانون لتحديد حالات البطلان وطبيعته وما إذا كان في الإمكان تصحيحه³.

¹ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 143.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 320.

³ أمحمدي بوزينة أمينة، المرجع السابق، ص 97.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية

تخضع العلاقات الأسرية للعديد من الأنظمة والقوانين التي تنظم الحقوق والواجبات والتزامات أفراد الأسرة تجاه بعضهم البعض، فالأسرة هي وحدة اجتماعية تتمتع بالحماية القانونية والدستورية في كل الدولة.

ومن بين القوانين الرئيسية التي تنظم العلاقات الأسرية، قانون الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة كما هو عليه الحال في الجزائر، والذي يتعلق بالزواج والطلاق والنسب والولاية على الأطفال والميراث والنفقة والحضانة إلخ..، وبذلك يحدد هذا القانون الحقوق والواجبات والتزامات الزوجين والأبوين تجاه أبنائهم، وهذه القوانين بالنسبة للدول العربية والإسلامية تنهل أحكامها من الشريعة الإسلامية.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هناك قوانين متفرقة تنظم الهجرة والجنسية والزواج المختلط والتي تتطلب التعامل مع العديد من الجوانب القانونية المعقدة في العلاقات الأسرية.

وأمام إمكانية تعدي العلاقة الزوجية حدود الدولة الواحدة عن طريق الزواج المختلط، لا شك في أن الروابط الأسرية التي تنشأ عن هذا الزواج تثير العديد من الإشكالات القانونية من بينها إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات والروابط الأسرية.

ووفقا لهذا الطرح سنحاول الاجابة على هذا الإشكال وفق فرعين نتناول في الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية ذات الطابع الشخصي، ونتكلم في الفرع الثاني عن القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية ذات الطابع المالي.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية ذات الطابع الشخصي

يمكن تقسيم العلاقات ذات الطابع الشخصي والتي تتعلق بالأحوال الشخصية للفرد داخل الأسرة الواحدة إلى علاقات بين الآباء والأبناء وعلاقات بين الأقارب وهو ما سنبينه في التفصيل التالي:

أولاً- القانون الذي يحكم العلاقة بين الآباء والأبناء:

سبق القول أنه بالزواج تترتب مجموعة من الآثار سواء بين الزوجين أو علاقة الأبوين بأبنائهم، هذه العلاقة الأخيرة تتمحور أساسا حول النسب والكفالة والتبني وهنا يطرح التساؤل حول القانون الذي يحكم هذه المسائل في حال تنازع القوانين؟

أ- القانون الذي يحكم النسب:

يعد النسب من أهم مسائل الأحوال الشخصية في مجال العلاقات الخاصة الدولية نظرا لاختلاف الأنظمة القانونية المنظمة للنسب بين مختلف الدول، واختلاف الحلول المقررة لتنازع القوانين فيه¹.

وبما أن النسب يرتبط بثلاث أشخاص هم الأب والأم والإبن فإنه كان لزاما أن يخضع للقانون الشخصي أي ضابط قانون الجنسية²، غير أن القانون الواجب التطبيق على النسب يختلف باختلاف ما إذا كان النسب شرعيا أو غير شرعي - طبيعي³.

1- النسب الشرعي-البنوة الشرعية-

اختلفت الآراء الفقهية والتشريعات المقارنة في تنظيم مسألة تحديد القانون الذي يحكم البنوة الشرعية، إذ نادى جانب تشيكوسلوفاكية وبولونيا وألمانيا-، بإخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الإبن، باعتبار أن البنوة صفة في الشخص وتشكل جزء من حالته، بينما يرى المشرع النمساوي تطبيق القانون الأصلح للإبن باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة، في حين يأخذ القانون

¹ عبد الكريم موكة، "القانون الواجب التطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 02، جامعة تيزي وزو، الجزائر جوان 2021، ص 91.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 263.

³ تنص المادة 41 ق.أ.ج "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينهه شرعيا"، وبذلك فإن النسب الشرعي هو النسب الذي ينشأ نتيجة عقد زواج صحيح، أما النسب الطبيعي أو غير الشرعي فيقصد به البنوة الناشئة عن علاقة غير شرعية بين الأب والأم. أنظر: محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 136-137.

الفرنسي بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وفي حالة عدم معرفة الأم فيسري قانون جنسية الطفل، في حين يرى جانب آخر بتطبيق قانون جنسية الشخص المطلوب الإنتساب إليه¹.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد نصت المادة 13 مكرر على أنه "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أخضع النسب لقانون الدولة التي ينتمي إليها الأب بجنسيته وقت ميلاد الطفل، وإذا توفي الأب قبل ميلاده نطبق قانون الدولة التي ينتمي إليها الأب بجنسيته وقت وفاته.

وعلى هذا الأساس يخضع إثبات النسب² والاعتراف به لقانون جنسية الزوج، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القضية التي فصلت فيها بموجب القرار الصادر بتاريخ 1991/04/23، والذي جاء فيه أن الإعتراف بتثبيت النسب للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام في الجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج، إذن فالقانون

¹ أيت مولود ذهبية، "اشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق"، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي و 24 و 23 أبريل 2014، ص 190.

² نصت المادة 40 ق.أ.ج على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

الجزائري -قانون الأب- أي قانون الزوج هو الذي يطبق رغم أن القانون الأجنبي قد اعترف بانتساب البنين للأب¹.

2- النسب الطبيعي غير الشرعي:

سبق القول أن النسب الطبيعي ناتج عن علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة، وقد اختلفت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية والأنظمة القانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب الطبيعي غير الشرعي، وانقسمت الآراء إلى فريقين رئيسيين: الفريق الأول يأخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي والنسب الطبيعي كما هو عليه الحال في مصر، حيث يخضع كل منهما لقانون الشخص الذي يراد الانتساب إليه، وفي فرنسا يطبق بشأنهما قانون الأم وفي حال عدم معرفتها قانون الولد، أما الفريق الثاني فينادي بإخضاع النسب الطبيعي لقانون مختلف عن النسب الشرعي، فهو عند بعضهم قانون الولد على أساس أن البنية الطبيعية تتعلق بفكرة حماية الولد وضمان حقوقه ومصالحه وليس بفكرة تكوين الأسرة كما هو الأمر بالنسبة للبنوة الشرعية².

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص على قاعدة الاسناد المتعلقة بالنسب غير الشرعي باعتبار أن هذه المسألة لا تعترف بها الشريعة الإسلامية، مما جعل البعض يرى بإخضاعها للقانون الشخصي للولد أي قانون جنسية الولد بما أنها هي التي تحكم حالته وتتعلق بحمايته

¹ أمحمدي بوزينة أمينة، المرجع السابق، ص 146.

² فؤاد ديب المرجع السابق، ص 136.

استنادا لنص المادتين 10 و 15 ق.م.ج¹، أما البعض الآخر فيرى بأنه لا يمكن الحديث عن أسرة طبيعية وبالتبعية لا يمكن إخضاع البنية غير الشرعية لقانون الزوج لأنه أساسا لا يعتبر زوج لانعدام رابطة الزواج، وعدم اعتراف الشريعة الاسلامية بهذا النسب وبناء على ذلك يتعين خضوعه لقانون القاضي².

وحسب اعتقادنا الشخصي أن الرأي الأول أكثر ملاءمة في هذه المسألة وهو خضوع البنية الطبيعية- غير الشرعية- لقانون جنسية الولد لأنها الأكثر اتصالا بحالته وهي التي تقرر الحماية اللازمة له.

ب- القانون الذي يحكم الكفالة والتبني:

تتم الكفالة بعقد موثق أو ترخيص من المحكمة بوجبه يخول الكافل الولاية الشرعية على القاصر فيلتزم بالعناية به عناية الأب أو الأم لأولادهما من نفقة وتربية ورعاية، ودون أن يلحق نسب المكفول بالكافل، ويندرج ضمن هذه العلاقة التبني في الدول التي تقره عكس التشريع الجزائري الذي لا يعترف به³. وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى غاية 125 من قانون الأسرة⁴.

¹ أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 147.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 255.

³ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص 19.

⁴ عرفت المادة 116 ق.أ.ج الكفالة بقولها "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

وباعتبار الكفالة من مسائل الأحوال الشخصية فهي الأخرى تخضع للقانون الشخصي أي قانون الجنسية، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد خص الكفالة بقاعدة إسناد في نص المادة 13 مكرر 01 بقولها "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل، وتطبق نفس الأحكام على التبني"

وباستقراء نص المادة 13 مكرر 1 ق.أ.ج، يمكن تقديم الملاحظات التالية:

- أن شروط صحة الكفالة وجانبها الشكلي يخضع للقانون الذي ينتمي إليه بجنسيته كل من الكفيل والمكفول وقت إجراء الكفالة، فالعبرة بوقت إبرامها حتى ولو تم تغيير جنسية كل من الكفيل والمكفول فيما بعد، والتساؤل يطرح بهذا الصدد حول ما إذا اختلفت جنسية كل من الكفيل والمكفول، هل يطبق قانونهما تطبيقا جامعا أو موزعا؟ ونعتقد أن التطبيق الموزع هو المراد به في هذا الصدد، قياسا على الشروط الموضوعية للزواج والتي سبق الإشارة إليها.

- أن آثار الكفالة تخضع للقانون الذي ينتمي إليه الكفيل.
- أن التبني¹ يخضع لنفس الأحكام التي تطبق على الكفالة والتي تم تفصيلها أعلاه.

¹ يعرف التبني بأنه "تصرف قانوني ينشأ بين المتبني والمتبني بعلاقة أبوة وبنوة دون أن تقوم بينهما رابطة الدم". انظر: فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 138.

- وقد نصت المادة 46 ق.أ.ج. "يمنع التبني شرعا وقانونا".

ثانيا- القانون الذي يحكم العلاقة بين الأقارب:

يقصد بالعلاقة بين الأقارب إما القرابة المباشرة وتعرف بعلاقة الأصول بالفرع أو غير مباشرة وتسمى قرابة الحواشي، وإما المصاهرة وبموجبها يصبح أقارب أحد الزوجين أقارب للزوج الآخر في نفس المرتبة¹، و لعل أهم أثر قانوني يترتب على العلاقة بين الأقارب هو واجب الإنفاق فيما بينهم².

وقد أخضع المشرع الجزائري النفقة بين الأقارب للقانون الشخصي، أي قانون جنسية المدين بالنفقة طبقا لنص المادة 14 ق.م.ج والتي تنص على أنه " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

ويلاحظ هنا أن المشرع تعمد ذكر عبارة "النفقة بين الأقارب" لكي لا يختلط الأمر بينها وبين النفقة الزوجية والنفقة بين الأصول والفروع، دفعا للغموض واللبس³، ذلك أن النفقة بين الأصول تخضع لنص المادتين 13 مكرر و 13 مكرر 1 السالفتي الذكر⁴.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 266.

² أمحمدي بوزينة أمينة، المرجع السابق، ص 152.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 334.

⁴ أمحمدي بوزينة أمينة، نفس المرجع، ص 153.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية ذات الطابع المالي

العلاقات الأسرية ذات الطابع المالي تقوم على أساس مادي وهي الأموال، وقد راع المشرع الجزائري عند تنظيمها الاعتبارات الأسرية والاجتماعية للمجتمع الجزائري وكذا أحكام الشريعة الإسلامية، وقد نهل قانون الأسرة الجزائري بعض أحكامها¹، وتتمثل هذه العلاقات أساسا في الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وعليه سنتناول مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في كل مسألة من المسائل المتعلقة

بهذه الروابط على النحو التالي:

أولاً- القانون الواجب التطبيق على الميراث:

يقصد بالميراث خلافة شخص بحكم القانون فيما ترك بسبب وفاته²، ويشمل الممتلكات والأموال والحقوق التي يتركها الشخص عند وفاته، والتي تحول إلى ملكية الورثة الذين يحق لهم التصرف فيها وفقاً للقوانين والتشريعات المعمول بها في كل دولة، ويختلف توزيع الميراث حسب قوانين كل دولة، وغالباً ما يحددها الدين والتقاليد والأعراف المحلية.

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص20.

² أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص 268. أيضا: أمحمدي بوزينة أمانة، المرجع السابق، ص 154.

ولا شك في أن اختلاف الأنظمة القانونية المتعلقة بالميراث وكيفية توزيعه تخلق بالضرورة مشكلة تنازع القوانين في الحالة التي ترتبط فيها العلاقة بعنصر أجنبي، فيطرح السؤال حول القانون الواجب تطبيقه على الميراث في هذه الحالة؟

لقد اختلفت الأنظمة القانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث، وكذا تكييفه حيث اعتبرت البعض منها أن الميراث من الأحوال العينية مثل النظام القانوني الفرنسي تأثرا بنظريات الفقيه "درجنتره"، مما يؤدي إلى توزيع الاختصاص التشريعي للميراث بين كل من قانون موقع العقار بالنسبة لميراث التركة العقارية وإخضاعه لموطن المتوفى بالنسبة للتركة المنقولة. في حين ذهب معظم النظم القانونية إلى اعتبار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية تأثرا بنظريات الفقهاء "مانشيني" و"سافيني" السالفتي الذكر في الباب الأول من هذه الدراسة¹.

أما بعض التشريعات الأخرى فلم تأخذ بالتفرقة السابقة - منقول وعقار - في تحديدها للقانون الواجب التطبيق، أين وضعت قاعدة اسناد واحدة تحكم كلا من العقار والمنقول وهي إخضاع الميراث لقانون موقع المال كما هو الأمر بالنسبة لدولة "بنما"، ومنه من أخضعه لقانون جنسية المتوفى كإيطاليا وألمانيا واليونان، في حين أخضعت دول أخرى الميراث سواء عقار أو منقول لقانون موطن المتوفى كالنرويج والدانمارك².

¹ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 442-443.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 338.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري، فقد نصت المادة 16 ق.م.ج على أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخضع الميراث لقانون جنسية المتوفي وقت موته ولم يفرق بين المنقول والعقار كما ذهب إليه القضاء الفرنسي¹، وهو الموقف الذي أخذت به مختلف التشريعات العربية على غرار ما قضت به المادة 16 من القانون المدني المصري، والمادة 22 من القانون العراقي، والمادة 18 من القانون الأردني، والمادة 17 من القانون الليبي.

فقانون جنسية المتوفي-المورث- وفقا للقانون الجزائري هو الذي يبين من هم الورثة² وشروط استحقاق التركة³ ومرتبة كل واحد من الورثة ونصيبه وموانع الإرث⁴ وحالات الحجب وتوريث الجنين⁵ وكيفية افتتاح التركة وغيرها من المسائل المتعلقة بها⁶.

وبالنسبة للتركة الشاغرة التي لا وارث لها فمعلوم أنها تعود لملكية الدولة¹ غير أن السؤال المطروح بهذا الخصوص هو أي دولة؟ هل هي الدولة التي يوجد بها المال أم الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق على الميراث²؟

¹ تريكي دليلة و المولود آيت شاوش، "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة لما بعد الموت في القانون الجزائري"، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي و 24 و 23 أفريل 2014، ص 248.

² تنص المادة 126 ق.أ.ج "أسباب الارث القرابة والمصاهرة"

³ تنص المادة 127 ق.أ.ج "يستحق الارث بموت المورث حقيقة او باعتباره ميتا بحكم قضائي"

⁴ تنص المادة 131 ق.أ.ج "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الورثة" وتنص المادة 138 "يمنع من الارث اللعان والردة"

⁵ تنص المادة 134 ق.أ.ج " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"

⁶ أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 154.

يرى البعض بأنه إذا تم اعتبار إحقاق التركة إلى الدولة على أساس أنها وارث لمن لا وارث له، فإن انتقال التركة لها ينظمه قانون الميراث التابع لجنسية المتوفي، أما إذا كان الانتقال على أساس سيادة الدولة على إقليمها فإن التركة تؤول إليها باعتبارها مالا لا مالك له³.
في حين يرى جانب آخر أن التركة الشاغرة تعتبر مالا شاغرا تستولي عليه الدولة بموجب سيادتها على إقليمها تطبيقا لأحكام النظام العام، وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربية منها التشريع الجزائري طبقا لنص المادة 180 ق.أ.ج⁴.

ثانيا - القانون الواجب التطبيق على الوصية والتصرفات التي تنفذ بعد الموت:

سنتناول هذا العنصر في ثلاث نقاط نتعرض أولا للقانون الذي يحكم الوصية، ثم القانون الذي يحكم الهبة، ثم القانون الذي يحكم الوقف.

أ - القانون الذي يحكم الوصية:

تعرف الوصية بأنها "تصرف قانوني يجريه الشخص أثناء حياته وتتراخي آثاره إلى ما بعد وفاته"، وتجاوز الوصية في القانون الجزائري في حدود الثلث أما إذا كانت لأحد الورثة فتتطلب اقرار بقية الورثة لها حتى تكون نافذة في حقهم⁵.

¹ تنص المادة 180 ق.أ.ج. فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدون آلت إلى الخزينة العامة"

² تريكي دليلة و المولود آيت شاوش، المرجع السابق، ص252.

³ عبد الحكيم بوجاني، "مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 05، العدد02، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 28 ديسمبر 2020 ص175.

⁴ تريكي دليلة والمولود آيت شاوش، نفس المرجع، ص252. أنظر أيضا: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 272.

⁵ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص 21.

وبما أن الوصية تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، فقد أخضعها المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات المقارنة لقانون الجنسية، لكن السؤال المطروح هل تخضع لجنسية الموصي، أم لجنسية الموصى له، أم لجنسية مكان إبرام الوصية؟

بالرجوع إلى التشريع الجزائري فإنه وقبل تعديل القانون المدني سنة 2005 كانت المادة 16 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل، تنص على أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، غير أنه يسري على كل الوصية قانون الموصي وقت الإيضاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت".

ووفقا لهذه المادة فإن المشرع الجزائري أجاز خضوع الجانب الشكلي للوصية وكيفية اجرائها لقانون البلد الذي تمت فيه، وبذلك يمكن للجزائري في الخارج والأجنبي في الجزائر أن يخضع شكل الوصية للقانون المحلي، أي القانون المحلي الأجنبي بالنسبة للجزائري والقانون المحلي الجزائري بالنسبة للأجنبي، كما أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية في هذه الحالة تخضع للأحكام التي تطبق على الوصية¹.

أما بعد تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005، فقد نصت المادة 16 ق.م.ج على أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". وبذلك ألغي الاستثناء من القاعدة العامة الواردة

¹ أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص167.

في المادة 19 ق.م.ج المتعلقة بشكل التصرفات وأصبحت هذه الأخيرة هي التي تحكم شكل الوصية وكيفية إبرامها¹.

أما موضوع الوصية وأحكامها فقد أخضعها المشرع الجزائري إلى جنسية الموصي وقت موته.

ب- القانون الذي يحكم الهبة:

تعرف الهبة بأنها عقد تبرعي يتصرف بمقتضاه شخص يسمى الواهب في مال له دون عوض لمصلحة شخص آخر يسمى الموهوب له². وقد اعتبرها المشرع الجزائري من مسائل الأحوال الشخصية، ونظم مسائلها بموجب قانون الأسرة في المواد من 202 إلى 212 ق.أ.ج، كما أخضعها لضابط الجنسية³.

وقد نصت المادة 16 ق.م.ج الفقرة 02 أن الهبة تخضع للقانون الذي ينتمي إليه الواهب بجنسيته وقت إبرامها.

أما بالنسبة لشروطها الشكلية وكيفية إبرامها فتخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 ق.م.ج المتعلقة بشكل التصرفات والتي تخضع لقانون المكان الذي تمت فيه⁴.

¹ تريكي دليلة و المولود آيت شاوش، المرجع السابق، ص254.

² محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص160.

³ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص 21.

⁴ أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص169.

ج- القانون الذي يحكم الوقف:

الوقف هو نظام موضوعه الانتفاع بالمال أقرته الشريعة الإسلامية، وبموجبه يضع الواقف المال الموقوف للجهة المحبس عليها مؤقتا دون أن يكون لها الحق في التصرف فيه، او لمؤسسة عامة أو خاصة على وجه التأييد، وقد أدرجه المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية في المواد من 213 إلى 220 ق.أ.ج، وتخضع مسأله لضابط الجنسية¹.

وعلى غرار الهبة يسري على الوقف قانون جنسية الواقف وقت اجرائها طبقا لنص المادة 16 فقرة 02، أما جانبها الشكلي فتخضع لقانون الدولة التي تم فيها طبقا لنص المادة 19 ق.م.ج.

المبحث الثاني

قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال العينية

عند الحديث عن الأحوال العينية التي تقابل الأحوال الشخصية فنحن نتكلم هنا عن كل ما هو مادي كالحقوق العينية والواجبات المالية للشخص، فتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين: الأصلية والتي يكون وجهها مستقل بحيث لا تكون متعلقة بحقوق أخرى كما هو الحال في حق الملكية الذي يعتبر الأوسع مدى دون شك، لأن صاحبه يتمتع بالتصرف فيه دون قيود وذلك على خلاف الحقوق العينية الأصلية الأخرى مثل حق الارتفاق الذي يكون صاحبه يمتلك سلطة محدودة كما هو الحال في حق المرور من أرض يمتلكها غيره.

¹ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص 21-22.

أما الحقوق العينية التبعية وعلى خلاف الأصلية ترتبط بحق الغير ولا تكون مستقلة، ولا تنشأ إلا بوجود حق شخصي، ومثالا على ذلك: حق الرهن فهو حق عيني بسبب توفر السلطة المباشرة على المال المرهون.

وإضافة الى الحقوق تشكل الالتزامات المالية جزء من مفهوم الأحوال العينية، والتي تتلخص في الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية.

كل هذه المسائل إذا تضمنت العلاقات الناشئة عنها عنصرا أجنبيا وثار نزاع بشأنها نكون بصدد مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الملائم لحكم هذه المنازعات.

وعليه لمعالجة مسألة تنازع القوانين في الأحوال العينية بصفة عامة ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال، في حين نتناول في المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الأموال

يعرف المال بأنه كل حق مالي يمكن تقييم محله بالنقود، فيدخل في إطار المال كل الأشياء القابلة للتقييم نقداً، وتنقسم الأموال إلى أموال مادية وأخرى غير مادية، وتنقسم بدورها إلى أموال منقولة وأموال عقارية¹.

ويشمل النظام القانوني للأموال بالإضافة إلى تقسيماتها، تحديد طبيعتها ونطاق كل منها، وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها، ولا شك من أن تعدد المسائل القانونية التي يشملها نظام الأموال، يؤدي بالضرورة إلى حدوث منازعات بشأنها بين حائزيها أو ملاكها والغير، هذه المنازعات ليست بمنأى عن مشكلة تنازع القوانين متى تضمن محل وأطراف المنازعة عنصر أجنبي، كأن يدعي على سبيل المثال أجنبي حق ملكية أو انتفاع أو رهن على شيء موجود بالجزائر، أو العكس كأن يدعي جزائري حقا على شيء موجود خارج الجزائر.

فيطرح التساؤل في هذا الوضع حول القانون الواجب تطبيقه هل هو القانون الجزائري أم

القانون الأجنبي؟

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد نص على ضابط الإسناد المتعلق بنظام الأموال في

مادتين من القانون المدني الجزائري، المادة 17 والتي تتعلق بالأموال المادية، وكذا المادة 17

مكرر والتي تتعلق بالأموال المعنوية.

¹ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 275.

وعلى هذا النحو ولتفصيل كل ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الأموال، ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية، في حين نتناول في الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية

سبق القول عند الحديث عن نظرية الأحوال الإيطالية أن أنصارها نادوا بإخضاع المال لقانون موقعه "Lex rei sitae"، أي قانون المكان الذي توجد به هذه الأموال¹، لكن إعمال هذا الضابط يختلف باختلاف نوع وطبيعة هذه الأموال المادية فيما إذا كانت منقول أو عقار.

وقد أخذت مختلف التشريعات العربية بهذه القاعدة على غرار المشرع الجزائري، منها المشرع المصري في المادة 18 قانون مدني مصري، وكذا المشرع العراقي في المادة 24 من القانون المدني العراقي، والمشرع الليبي في المادة 18 من القانون المدني الليبي².

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 376.

² تنص المادة 18 من القانون المدني المصري على أنه "يسري على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون موقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيابة او الملكية أو الحقوق العينية الأخرى".

- وتنص المادة 24 من القانون المدني العراقي على انه "المسائل الخاصة بالملكية والحيابة و الحقوق العينية الأخرى وينوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده".

- تنص المادة 18 من القانون المدني الليبي بأنه "يسري على الحيابة والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيابة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 17 من القانون المدني الجزائري على أنه "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد بها، يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

وسنتناول شرح وتفصيل هذا الضابط في نقطتين على النحو التالي:

أولاً- خضوع العقار لقانون موقعه:

عرف المشرع الجزائري العقار في نص المادة 638 من القانون المدني بقوله "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول"، وعليه بحسب هذه المادة فإن العقار هو كل شيء مستقر بحدوده ولا يمكن نقله دون تلف.

فيما يتعلق بالعقار وما قد يترتب عليه من حقوق عينية، يخضع لقانون موقعه، أي القانون الإقليمي¹، وسبق القول أن هذه القاعدة ترجع أصولها إلى مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، حيث نادى بها كل من الفقيه "بارتول" عند تحديده للقانون الواجب التطبيق على العقار، ثم "مانشيني" في القرن التاسع عشر بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقار، والتي اعتبرها استثناء من

¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 792.

قاعدة شخصية القوانين التي نادى بها، مؤسسا ذلك على أن القواعد المتعلقة بالملكية العقارية تتعلق بالنظام العام¹.

أ- المبررات التي يستند إليها أنصار ضابط موقع العقار:

لقد تباينت الآراء الفقهية بشأن تبرير ضابط موقع العقار، فقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن إخضاع الأموال العقارية لقانون موقعها يتفق مع مبدأ أساسي وهو مبدأ الإقليمية، إذ أن سيادة الدولة الإقليمية تقتضي أن تشمل كل ما يوجد على إقليمها، فالعقارات هي جزء لا يتجزأ من إقليم الدولة، وبالتالي تخضع لقانونها²، حيث يقول الدكتور "عز الدين عبد الله" أنه "يكفي تبريرا لخضوع العقار لقانون موقعه، اعتبار كون العقار جزءا من إقليم الدولة وهو المسقط الأول لسيادتها"³.

وهناك جانب من الفقه استند إلى اعتبارات فنية، في تبريره لهذا الضبط بقوله أن أنسب القوانين لحكم العلاقات الخاصة بالأشياء المادية هو موقعها، انطلاقا من فكرة التركيز المكاني التي تؤدي لا محالة إلى إخضاع العقار إلى قانون موقعه، وتفاذي تطبيق أكثر من قانون في نفس المكان⁴.

وبذهب البعض إلى القول بأن أساس إخضاع الاموال لقانون موقعها، هو تحقيق الاطمئنان في المعاملات، فمن يتعامل بعقار أو منقول لا بد من أن يطمئن على سلامته القانونية، ولا

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 282.

² صالح مهدي كحيط، تنازع القوانين في مسائل الأموال المادية، مجلة رسالة الحقوق، العدد 03، السنة 03، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2011، ص 192.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 378.

⁴ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op.cit,p310.

يتحقق ذلك إلا إذا كان بإمكانه الرجوع إلى نظام قانوني معين يحكم هذا الأخير، وبالنتيجة فإن قانون موقع المال هو الأصلح لحكمه مهما كان نوع هذا المال¹.

ب- مجال تطبيق قانون موقع العقار:

يشمل نطاق ومجال تطبيق قانون موقع العقار مجموعة من المسائل أهمها²:

- بيان ما يمكن أن يكون من الأشياء محلا للحقوق المالية، وكذا وصفها ما إذا كانت منقولا أو عقارا بطبيعته أو بالتخصيص.

- بيان أحكام الحيابة وتحديد الحقوق العينية الأصلية والتبعية وبيان نطاق كل منها وآثارها.

- بيان المركز القانوني للعقار من حيث جواز التعامل فيه أو عدمه وكذا أسباب كسبه وانتقاله ووسائل حمايته.

- بيان وسائل الشهر والعلانية الواجب توفرها لنشر الحق أو الإحتجاج به في مواجهة الغير.

وتجدر الإشارة أن تطبيق ضابط موقع العقار لا يثير أي صعوبة من الناحية العملية، إلا في

حالة نادرة وهي الحالة التي يقع فيها العقار على الحدود الفاصلة بين إقليميين دولتين مختلفتين، وقد

اتجه الفقه في هذا الفرض إلى القول بتجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد

بها على إقليمها، خاصة في حالة ما إذا لم توجد اتفاقية دولية تنظم هذه المسألة³.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 999.

² محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 163. أنظر أيضا: مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 279.

³ هشام صادق و حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 320. أنظر أيضا: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 284.

ثانيا - خضوع المنقول لقانون تواجده:

يعرف المنقول بمفهوم المخالفة لنص المادة 683 من القانون المدني بأنه كل شيء غير مسقر بحيزه وغير ثابت يمكن نقله من مكان لآخر، ويخضع المنقول لنفس قاعدة العقار وهي مكان تواجد المنقول طبقا لنص المادة 17 من القانون المدني الجزائري، وقد أخذت أغلب التشريعات بهذه القاعدة على النحو الذي سبق شرحه، ويستند أنصار هذا الضابط لمجموعة من المبررات أهمها¹:

- أن هذه القاعدة تحقق مصلحة الأفراد ومصالح الدول، إذ أن مصلحة الأفراد تقتضي الاعتراف بقانونهم على علم به، يحفظ توقعاتهم ويحقق الطمأنينة بالنسبة لغيرهم، كما أن مصلحة الدولة تقتضي خضوع الثروات المنقولة الكائنة بإقليمها لقانونها، باعتبارها تشكل وعائها الاقتصادي.
- كما أن القواعد القانونية التي تنظم الأموال المنقولة، تهدف لحماية الائتمان، وبالتالي تعتبر قواعد من النظام العام.
- أن موقع المال هو محل التركيز القانوني لكل ما يتعلق به، وقانون هذا الموقع هو القانون الذي توجد به أكثر الروابط وثوقا، بما يسوغ تطبيقه.

وتطبيق قانون الدولة التي توجد بها الأموال المنقولة، كقاعدة عامة لا يثير أي صعوبات في تحديد موقع المنقول، إلا أنه يصعب تحديد موقع وسائل النقل مثل السفن والطائرات من جهة،

¹ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 281.

ومن جهة أخرى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها¹، وهو ما سيتم تفصيله فيما يلي:

أ- القانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات أثناء نقلها:

معلوم بأن السفن والطائرات دائمة الحركة والتنقل بين الدول، ومن هنا تثير العديد من الاشكالات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق عليها، كما في حالة تواجد السفن والطائرات في اقليم لا يخضع لسيادة أي دولة، ومن هذا المنطلق يرى الرأي الغالب في الفقه إلى وجوب إخضاعها لقانون دولة العلم الذي تحمله الطائرة أو السفينة، بغض النظر عن المكان الذي تتواجد فيه².

ب- القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها:

يطرح الفقه اشكال آخر بخصوص القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها، لأن موقعها هنا غير ثابت، فقد يتم شحن بضاعة على سفينة تمر بأكثر من دولة، فيطرح التساؤل هل نطبق قانون الدولة التي توجد بها في تلك اللحظة أم قانون آخر كقانون الدولة التي تتوجه إليها البضاعة³؟

يسمي الفقه هذا التنازع بالتنازع المتغير أو المتنقل، ويعتبر من قبيل تنازع القوانين من حيث الزمان وينشأ نتيجة التعديل الذي يؤثر في المركز القانوني المعتمد عليه في تحديد القانون الواجب

¹ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 163.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 1000.

³ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 285.

التطبيق، وبالتالي ينقل هذا الأخير من نظام إلى آخر¹، مثل الحالة التي ينتقل فيها المال المنقول من دولة تتحقق فيها أحكام الحيازة، أو أي سبب من أسباب كسب الحقوق على المنقول وفق قانون هذه الدولة، إلى دولة أخرى وقانون جديد لا يعترف بهذه الحقوق².

وقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي في هذه الحالة هو قانون الدولة المصدر إليها، أي قانون الدولة التي تتوجه إليها البضاعة، ويرى جانب آخر أن البضائع التي تنقل على السفن والبواخر والطائرات تخضع لقانون دولة علم السفينة أو الطائرة، في حين اتجه رأي ثالث إلى إخضاعها لقانون المكان الذي استقرت فيه مؤقتا في تلك اللحظة³.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد أكد في المادة 17 قانون مدني أن القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي هو قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، أي قانون مكان وجود المنقول عند اكتساب الحقوق أو فقدها.

¹ Bertrand ANCEL , conflit de lois dans le temps, art, décembre 2000 Répertoire de droit international , Dalloz, 2020. n° 53 , p40.

- "Le conflit mobile est la figure du conflit de lois dans le temps qui résulte de la modification affectant l'élément de la situation sur lequel repose la détermination de la loi applicable et déplaçant ainsi la désignation d'un ordre juridique à un autre".

² راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال - دراسة مقارنة-، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير، تخصص: قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2014-2015، ص 53.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 394.

لكن تجدر الإشارة أن التمسك بالحق المكتسب على منقول في ظل النظام القانوني لموقعه القديم يسقط إذا كان قانون الدولة التي نقل إليها لا يعترف بهذا الحق، رغم مناداة البعض بوجود أعمال مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة على المنقول في دولة موقعه الجديد¹.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية

تعرف الأموال المعنوية بأنها تلك الأشياء التي لا تتمتع بكيان مادي ملموس ومع ذلك تكون محلا للحق العيني، وهي ذات طبيعة منقولة لعدم وقوعها على عقار²، وتتقسم الأموال المعنوية إلى نوعين من الحقوق حقوق الملكية الفكرية وكذا الحقوق الشخصية (الديون)³.

ولا شك في أن النظام القانوني للأموال المعنوية هو الآخر يثير عدة إشكالات من بينها مشاكل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بشأن هذه الحقوق، وعلى هذا الأساس نظم المشرع الجزائري مسألة تنازع القوانين في الأموال المعنوية بموجب المادة 17 مكرر من القانوني المدني، والتي تنص على أنه " يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة او الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها،

يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول المصنف أو إنجازها،

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 289.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 442.

³ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 167. أنظر أيضا: هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 811.

ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها،

ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجل أو أودعا فيه،

ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال،

ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري".

ولشرح محتوى هذه المادة وتفصيل جميع جوانب قواعد الاسناد في الأموال المعنوية، سنقسم

هذا الفرع إلى عنصرين، نتناول أولاً القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية، ثم في

مرحلة ثانية القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية -الديون-.

أولاً- القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية:

تعرف الملكية الفكرية بأنها "كل ما ينتجه العقل البشري من أفكار محددة، تتم ترجمتها إلى

أشياء ملموسة، فيدخل في نطاقها كافة الحقوق الناتجة من النشاط الفكري للإنسان في الحقول

الفنية والأدبية والعلمية والصناعية والتجارية وما شابهها"، وتنقسم بهذا الشكل إلى الملكية الأدبية

والفنية كحقوق المؤلف وما جاورها، وكذا الملكية الصناعية كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع

والنماذج والرسوم الصناعية والتصاميم الشكلية وتسميات المنشأ¹.

¹ رمازنية سفيان، "دور الآليات الإدارية غير المتخصصة بالجزائر في حماية الملكية الفكرية"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف الجزائر 2021/12/29، ص520.

أ- القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الأدبية والفنية:

يرى غالبية الفقه أن حقوق الملكية الأدبية والفنية كحق المؤلف¹، تخضع لقاعدة الموقع، أي قانون الدولة التي ينشر فيها المصنف للمرة الأولى، ويستندون في ذلك بالقول أن هذا المكان هو الذي تظهر فيه القيمة الذاتية للمؤلف، ومنذ نشر هذا المصنف يمكن القول أن هذا الأخير أصبح مالا يحق لصاحبه والغير الاستفادة منه²، وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات، بنصه في المادة 17 مكرر/2 "...يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه".

أما بالنسبة للمصنف الذي لم يتم نشره بعد، فيرى الفقه إخضاعه للقانون الشخصي للمؤلف على اعتبار أن المصنف في هذه المرحلة وثيق الصلة بشخص مؤلفه، ونتيجة عدم نشره لم ترتب حقوق للغير³، وهو ما أخذت به اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية⁴.

أما إذا تم نشر المصنف في أكثر من دولة، يرى الفقه أن القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون الدولة التي يقرر قانونها مدة حماية أقصر لحق المؤلف، وانتقد هذا الرأي على أساس أنه

¹ حق المؤلف هو "سلطة يمارسها المؤلف على أعماله التي يبتكرها، سواء شفوية كانت أو كتابية أو مرئية أو فنية مثبتة وفقا للقانون" أنظر: راضي نبيه راضي علاونة، المرجع السابق، ص 73.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 1002.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 295.

⁴ أنظر المادة 4/5 ج من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886 والتي كان آخر تعديلاتها عام 1979.

يرتب مشقة على القاضي الذي يتعين عليه هنا اجراء مقارنة بين قوانين الدول التي تم فيها النشر، والتعرف على أحكامها للوصول إلى القانون الذي يقر مدة حماية أقل¹.

وعلى أساس هذا النقد بنى جانب آخر من الفقه رأيه، والمتمثل في الاعتماد بقانون موقع النشر الرئيسي، فإذا كان المصنف قد نشر في وقت واحد في أكثر من دولة، فإنه يتعين الرجوع إلى قانون الدولة التي كان لنشر المصنف فيها أهمية أكثر من غيرها، ويمكن تقدير هذه الأهمية بالنظر لقصد المؤلف وكذا بعدد النسخ المباعة وما لقيه المصنف من قبول لدى القراء².

ب- القانون الواجب التطبيق على الملكية الصناعية:

لا يقتصر الانتاج الذهني على حقوق الملكية الأدبية والفنية في مجالات الأدب والفنون والعلوم الاجتماعية، بل يتعداها إلى مجالات العلوم التطبيقية والصناعية والطبية والزراعية وغيرها، ولا شك في أن تثور مشكلة تنازع القوانين بخصوص استغلال حقوق الملكية الصناعية إذا تم مثلا التعدي عليها أو التنازل عنها أو نقلها إلى شخص أجنبي³.

وعلى هذا الأساس سنتناول اشكالات تنازع القوانين في كل عنصر من عناصر الملكية

الصناعية على النحو التالي:

¹ راضي نبيه راضي علاونة، المرجع السابق، ص 80.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 814.

³ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 289.

1- براءة الاختراع:

يرى الرأي الراجح في الفقه أن براءة الاختراع تخضع للدولة التي منحتها، وبذلك فإن كل الجوانب القانونية لبراءة الاختراع من شروط صحتها والحقوق التي تمنح لصاحبها، وكيفية تسجيلها وأسباب بطلانها وتسجيلها تخضع لقانون البلد الذي منحها¹، وحثهم في ذلك أن براءة الاختراع هي التي تنشئ حق المخترع، وعليه فإن قانون الدولة التي منحت هذه البراءة للمخترع هو الأجر بالتطبيق².

وهو ما أقرته مختلف الدول في قوانينها بما فيها التشريع الجزائري الذي نص في الفقرة 03 من المادة 17 مكرر قانون مدني على أنه "...يعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها".

2- الرسوم والنماذج الصناعية:

تأخذ الرسوم والنماذج الصناعية³ نفس الحكم الخاص بالحقوق الأدبية والفنية، حيث أخضعها غالبية الفقهاء لقانون البلد الذي تم فيه تسجيل أو ايداع الرسم أو النموذج الصناعي⁴، إذ يستوجب تسجيل الرسوم والنماذج الصناعية لحماية حقوق أصحابها، وتحتل عملية التسجيل هنا نفس الأهمية المترتبة على نشر المصنف بالنسبة لحقوق المؤلف، على النحو السابق بيانه عند

¹ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 442.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 1007. أيضا: عصام الدين القصيبي، المرجع السابق، ص 270.

³ يعرف الرسم الصناعي بأنه "كل تنسيق جديد للخطوط على سطح المنتج يضيف عليه رونقا جميلا كالرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات والسجاد والجلد والورق الخاص بتغطية الجدران" أما النموذج الصناعي فيعرف بأنه "الهيئة الخارجية للمنتج كهياكل السيارات وعلب العطور"، أنظر: راضي نبيه راضي علاونة، المرجع السابق، ص 108.

⁴ سامي بديع منصور، نفس المرجع، ص 434.

الحديث عن حق المؤلف، وعليه فمن الأجدر خضوع هذه الرسوم والنماذج الصناعية لقانون البلد الذي تم تسجيلها أو ايداعها فيه¹، وهو ما تبنته مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري في نص المادة 17 مكرر فقرة 04 التي تنص " ...ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو أودعا فيه".

3- العلامات والأسماء التجارية:

يدخل في نطاق القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية والإسم التجاري كل ما يتعلق بنظامهما القانوني والأحكام التي تسري عليهما من بداية اكتساب الحق وشروط تسجيله ومشروعيته وصولا إلى طرق حمايته والآثار المترتبة على تسجيله².

معلوم أن الحقوق المتصلة بالعلامة والاسم التجاري لا يتقرر بالتسجيل، وإنما بالأسبقية في استعمالها، لأنها تتصل بقواعد المنافسة غير المشروعة، ولهذا يرى الفقه أن القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الذي استعملت فيه أول مرة³، في حين يرى جانب آخر إخضاعها للقانون الذي يوجد فيه المشروع الذي تميزه العلامة أو الإسم⁴.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد أخضع العلامة التجارية لقانون البلد الذي توجد فيه منشأة الاستغلال أي المكان الذي تستغل فيه هذه العلامة، حسب نص الفقرة 05 من المادة 17 مكرر

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 296-267.

² راضي نبيه راضي علاونة، المرجع السابق، ص 93.

³ أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 297.

⁴ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 817. أيضا: هشام خالد، المرجع السابق، ص 1008.

من القانون المدني والتي تنص على أنه "...ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال"، أما بالنسبة للاسم التجاري فقد نصت الفقرة 06 من نفس المادة أنه "...ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري" وبذلك أخضع المشرع الجزائري الاسم التجاري لقانون البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للمحل التجاري الذي يستغل هذا الاسم التجاري.

ثانيا- القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية -الديون:-

قد تنشأ الديون عن التزامات سواء تعاقدية أو غير تعاقدية وهنا تخضع للقانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات والذي سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني من هذه الدراسة، غير أنه قد ينظر إلى الحق الشخصي باعتباره مالا منقولاً معنوياً يكون محلاً للتعامل فيه بنقله عن طريق الحوالة أو التداول دون الوقوف على ارادة المدين¹، هنا يطرح التساؤل حول القانون الذي يحكمه في هذه الحالة؟

يتمثل الحق الشخصي في الديون الثابتة في ذمة الغير أو الموثقة على شكل أوراق قابلة للتداول²، وقد اتجه الفقه التقليدي إلى إخضاع الدين أو الحق الشخصي باعتباره مالا معنوياً لقانون موقعه بالموازاة مع الأموال المادية³.

غير أن الفقه الحديث يرى عكس ذلك، فأخذ يميز بين الأسهم من جهة، والأوراق التجارية من جهة أخرى، حيث أخضع الأسهم للقانون الذي يحكم النظام القانوني للشخص المعنوي الذي

¹ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 171، أيضا: مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 292.

² راضي نبيه راضي علاونة، المرجع السابق، ص 117.

³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 819.

أصدرها، باعتبارها تمثل حصة الشريك في الشركة ومن الطبيعي أن يحكمها قانون الشركة وهو قانون مركز ادارتها الرئيسي، في حين تخضع الأوراق التجارية باعتبارها تمثل حقا للدائن إلى القانون الذي يخضع له العمل القانوني الذي أنشأها¹، أي القانون الذي ينظم أحكام هذه الأوراق وقت انشائها.

غير أن الرأي الراجح في الفقه هو خضوع الأوراق التجارية كالسفتجة والسند لأمر والشيك لقانون مكان الوفاء، إذ فيه تنشأ المنازعة وفيه تتخذ الاجراءات التحفظية والتنفيذ الجبري².

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

تعد نظرية الالتزامات القانونية من النظريات الأساسية في علم القانون، حيث تتعلق هذه النظرية بالدراسة والتحليل للعلاقات القانونية بين الأفراد أو المؤسسات، والالتزامات القانونية التي تنشأ عن هذه العلاقات.

ومعلوم أن أي التزام يكون مصدره إما التصرف القانوني الذي ينتج عن اتجاه ارادة الشخص لترتيب أثر قانوني معين، كالعقد الذي ينشأ عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وإما عن طريق واقعة قانونية مادية يترتب عليها القانون أثرا قانوني كالعمل غير المشروع³.

¹ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 444.

² محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 172. أيضا: اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 301.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام، د.ط، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ن، ص 01-02.

ولا شك أن هذه التصرفات سواء التعاقدية أو غير التعاقدية لا تحدث على إقليم الدولة الواحدة فحسب، بل يمكن أن تتعداها إلى إقليم دولة أخرى أو ما نسميه في القانون الدولي الخاص احتواء العلاقة القانونية عنصراً أجنبياً على النحو السابق شرحه، كأن يبرم جزائري عقداً مع أجنبي أو أن يرتكب جزائري خطأً يسبب ضرراً لأجنبي أو العكس.

فهنا يطرح التساؤل حول القانون الذي يجب تطبيقه في هذا الوضع هل هو القانون الأجنبي أم القانون الجزائري؟

وعلى هذا الأساس ولتفصيل مسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وفي الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء أثر قانوني معين، ويتمثل في التزام شخص أو أكثر في مواجهة شخص آخر بإعطاء شيء أو القيام بشيء أو الامتناع عن عمل¹. وبجانب العقود الداخلية التي تبرم بين مواطني الدولة الواحدة، هناك عقود تتعدى إقليم الدولة الواحدة، وتحتوي على عنصر أجنبي سواء كان هذا العنصر الأجنبي ممثلاً في أطراف العقد، أو محل العقد، أو مكان تنفيذ هذا العقد².

وقد يحدث بين الأطراف نزاع في مسألة معينة من مسائل هذا العقد، وهنا تثار مشكلة تنازع القوانين والتساؤل حول القانون الأجر بحكم هذا النزاع؟

فبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد عالج مسألة تنازع القوانين في الالتزامات التعاقدية بموجب المادة 18 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو العقد،

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة،

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد،

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي - مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته -، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2001، ص 05.

² عباس زبون العبودي و ليث عبد الرزاق علي الأنباري، "عقد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، الجزء الأول، العراق، 2018، ص 05.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد،

غير أنه يسري على الالتزامات المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

وعليه يتضح أن المشرع الجزائري اعتمد أساسا على ضابط أصلي وهو الإسناد الشخصي المتمثل في إرادة الأطراف، وضوابط احتياطية موضوعية في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم.

ومن هذا المنطلق سنعالج الإسناد الشخصي - قانون إرادة الأطراف - أولا باعتباره الضابط الأصلي، ثم ضوابط الإسناد الاحتياطية - الإسناد الموضوعي الجامد - ثانيا.

أولا- الإسناد الشخصي (قانون الإرادة):

كان لفقہ "مانشيني" أثر كبير في تقبل قاعدة خضوع العقد لفكرة سلطان الإرادة، كما يعتبر مبدأ قانون الإرادة وما ينتج عنه من حرية الأطراف في اخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه مبدأ ثابتا في القانون المقارن، حيث تعترف به أغلب التشريعات الوطنية¹، وتعترف به أيضا الاتفاقيات الدولية²، كما أنه يعد مبدأ عاما معترف به من القضاء الداخلي والدولي³، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 01/18 من القانون المدني، أين اعتبر الإرادة هي الضابط

¹ على سبيل المثال: نصت على قانون الإرادة المادة 1/19 من القانون المدني الليبي، والمادة 19 من القانون المدني المصري، والمادة 20 من القانون المدني الأردني، والمادة 12 من القانون الألماني والمادة 15 من القانون الإيطالي. أنظر: هشام خالد، المرجع السابق، ص من 865 إلى 869.

² منها اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المادة 01/03، وكذا اتفاقية لاهاي لسنة 1955، والمتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنتجات المادية وذلك في نص المادة 01/02.

³ صالح المنزلوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2008، ص263.

الأصلي الذي يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التقليدية ذات العنصر الأجنبي.

وعليه وللإمام بمختلف الجوانب المتعلقة بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ارتأينا شرح هذا الضابط من خلال النقطتين التاليتين:

أ- مضمون فكرة قانون الإرادة:

ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر، والذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقا طبيعيا وفطريا له، فالفرد وحرية هي الغاية التي وجدت من أجلها الجماعة وليس العكس¹.

كما عرفت مختلف النظم القانونية مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"²، في الحدود التي ينشأ فيها هذا العقد وفقا للقانون، باعتبار أن العقود والاتفاقيات هي من أنسب الوسائل تحقيقا للعدل والمساواة، ومن ثم كان من الطبيعي أن يرتضي الشخص التعاقد كلما كان في ذلك مصلحة له، فالرضا دليل على العدل والمساواة بين الأطراف، وبناء عليه ترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها شروط تكفل تحقيق مصالحهم، وهذا ما يسمى بـ "بمبدأ سلطان الإرادة"³.

1 هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014، ص101.

2 تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون".

3 أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص156.

ومن هذا المنطلق استقر فقه تنازع القوانين على أن جوهر فكرة قانون الإرادة، هو الإقرار لأطراف العقد بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وتتوقف إرادتهم عند هذا الحد، ليخضع العقد فيما بعد خضوعاً كاملاً لذلك القانون المختار¹، وكمثال على ذلك إذا أبرم جزائري مع فرنسي عقداً، وتضمن هذا العقد شرطاً يفيد بأن عقدهم يخضع للقانون الانجليزي فإن هذا القانون الأخير هو الذي يحكم المنازعات التي قد تحدث مستقبلاً بينهم فيما يخص هذا العقد.

وبهذا الشكل يرى أنصار المدرسة الشخصية أن العقود الدولية تخرج من دائرة تنازع القوانين، بل وتقتل منها، ولا تخضع على هذا النحو إلا لإرادة الأطراف التي عينت القانون المختص².

ولعل السؤال المطروح بهذا الخصوص هو مجال تطبيق قانون الإرادة على العقد، هل نطبق قانون الإرادة على الجانب الشكلي للعقد؟ أو على أركانه؟ أو على الآثار الناتجة عنه؟

لقد اختلف الفقه بشأن المسائل التي تخضع لقانون الإرادة في العقد، ذلك أن غالبية الفقه اتجه إلى القول بأن القانون الذي يختاره الأطراف لا يحكم جميع المسائل المتعلقة بالعقد، فأهلية المتعاقدين مثلاً وإن كانت شرطاً لصحة التعاقد، إلا أنها تخضع لضابط اسناد خاص بها باعتبارها من المسائل اللصيقة بالشخص وعليه يتم اسنادها لقانون الجنسية³، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري على النحو السالف ذكره في معرض تحديد القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.

¹ عبد الوافي عز الدين، "القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية"، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق جامعة جيجل، 2007-2008، ص 08.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 108.

³ عبد الوافي عز الدين، نفس المرجع، ص 51.

كما أنه وبالرجوع إلى الجانب الشكلي للعقد أو ما يعرف بشكل التصرفات، فإن المشرع الجزائري أخضعه لضابط اسناد خاص أيضا وهو المكان الذي أبرم فيه العقد أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو جنسيتها المشتركة أو القانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، وذلك طبقا لنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " 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".

وكذلك الفقرة الأخيرة للمادة 18 من القانون المدني الجزائري أوردت استثناء عن قانون الإرادة فيما يتعلق بالعقود التي يكون محلها عقارا بقولها " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"، أي أن العقود المتعلقة بالعقار تخضع لقانون الدولة التي يوجد بها هذا العقار.

ومن هذا المنطلق نرى أن اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم وفقا للتشريع الجزائري مقيد وليس مطلق أي أن قانونهم لا يسري على جميع المسائل المتعلقة بالعقد، فالحالة والأهلية الخاصة بالشخص المتعاقد، وكذا الجانب الشكلي للعقد، والعقود التي يكون محلها عقارا، يخرجون من نطاق مبدأ سلطان الإرادة ويخضعون لقواعد اسناد خاصة بهم.

ب- كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق من المتعاقدين:

سبق القول أن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود ذات العنصر الأجنبي يكون من قبل المتعاقدين، وفي حالة عدم اختيارهم للقانون الذي يحكم عقدهم، هنا يفوض الأمر للقاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد¹ استنادا للضوابط الإحتياطية الأخرى التي يضعها غالبية المشرعين عادة كاستثناءات للضابط الأصلي المتمثل في قانون الإرادة، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

ولعل السؤال الذي يطرح بهذا الخصوص هل يكتفي القاضي بالإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من المتعاقدين أم يتعين على القاضي عليه البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين؟ كما يطرح سؤال آخر حول ما إذا كان يشترط عند اختيار القانون الواجب التطبيق أن يكون لهذا القانون المختار صلة بالعقد أم لا؟

بخصوص الإجابة عن السؤال الأول فإننا نكون أمام اختيار صريح إذا نص الأطراف صراحة في العقد المبرم بينهم على إخضاعه لقانون دولة معينة، أما الاختيار الضمني فلا يدل أطراف العقد بنفسهم على الاختيار²، إنما يستنبطه القاضي من ظروف وملابسات التعاقد كاللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي سيتم الوفاء بموجبها، فاختيار المتعاقدين على الوفاء مثلا بالدينار التونسي يشير إلى انصراف إرادتهم إلى اختيار القانون التونسي لحكم عقدهم، وهذا ما

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 179.

² عباس زبون العبودي و ليث عبد الرزاق علي الاتباري، المرجع السابق، ص 12.

أشارت إليه المادة 19 من القانون المدني المصري بقولها " ...مالم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه¹ وكذا المادة 25 من القانون المدني العراقي².

فيكون الاختيار الصريح عادة عند تحرير العقد، حيث يتم تضمين بند يحدد فيه القانون الواجب التطبيق، غير أن هذا لا يمنع من إمكانية تحديد المتعاقدين لقانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد، وحتى أمام المحكمة المختصة وقبل الفصل في النزاع، وذلك تحقيقا لفعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة.

أما الاختيار الضمني يتم الكشف عنه من الملبسات والظروف المحيطة بالعقد، كاختيار نموذج عقد خاص بدولة معينة، كاختيار نموذج عقد تأمين إنجليزي أو نموذج عقد إيجار سفن إنجليزي، كدلالة على اختيار القانون الإنجليزي، أو استعمال مصطلحات قانونية خاصة بدولة معينة دون سواها كمصطلح "بيوع الأمانة" الذي اختص به القانون المدني العراقي³.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في المادة 1/18 من القانون المدني نجده نص على الإختيار الصريح دون الاختيار الضمني مقارنة مع باقي التشريعات العربية، وذلك لعدم احتوائها على فقرة تنفيذ بإمكانية استتباط القاضي الإرادة الضمنية من ملبسات وظروف التعاقد، مما يفيد بأن المشرع

¹ محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 308.

² القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

³ عباس زبون العبودي و ليث عبد الرزاق علي الانباري، المرجع السابق، ص 12.

لم يعتد بالاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق¹، و في غياب النص لا يمكن للقاضي القيام بالبحث عن الإرادة الضمنية إنما يتوجه مباشر إلى تطبيق واعمال الضوابط الاحتياطية.

وبخصوص الاجابة عن السؤال الثاني المثار حول ما إذا كان يجب أن يكون للقانون المختار صلة بالعقد، فقد نادى جانب من الفقه إلى ضرورة وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة، إذ أن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر اختياره، مثل الصلة بين القانون المختار وجنسية المتعاقدين، أو الصلة بين القانون المختار وموطن المتعاقدين، أو الصلة بينه وبين مكان إبرام العقد أو تنفيذه، ومتى توفرت هذه الصلة صح الاختيار ومتى انعدمت لا يعتد بهذا الاختيار².

بينما يذهب جانب آخر من الفقه خاصة الإنجليزي، إلى القول بأن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد غير مقيدة بالصلة التي ينادي بها أصحاب الرأي الأول، إذ أن منح المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم هو الصورة النظرية للقاعدة، والواقع العملي يفيد بأن المتعاقدين لا يختاران لحكم العقد قانونا مقطوع الصلة به، بل غالبا ما تتوافر هذه الصلة، فإن لم تتوفر من حيث جنسية المتعاقدين أو موطنهما، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه، فهي على الأقل تأتي من حاجة التجارة الدولية لذلك³.

¹ اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 309.

² هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 660.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 442.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري فيقول الدكتور "أعراب بلقاسم" أن نص المادة 18 ورد مطلقا غير مقيد بأي قيد، مما يفيد أنه ترك للمتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهما حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد وذلك تماشيا مع متطلبات التجارة الدولية¹.

غير أنه وحسب تقديرنا نرى عكس ذلك، إذ ورد في الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو العقد"، فالنص الصريح للمادة لا يحتاج أي تفسير أو تأويل، إذ أن المشرع قيد حرية الأطراف وربطها بشرط صريح وهو أن يكون القانون المختار من المتعاقدين له صلة بالعقد أو المتعاقدين، وفي غير وجود هذه الصلة حسب تقديرنا فإنه لا يعتد بإرادة الأطراف ويقوم القاضي في هذه الحالة بتطبيق الضوابط الاحتياطية الأخرى التي تضمنتها المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا - الاسناد الموضوعي (الضوابط الاحتياطية):

الأصل أن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هو قانون الإرادة وفق ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني، غير أنه في حالة غياب الاختيار الصريح لقانون العقد فإنه لا يسوغ للقاضي أن يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع، وإنما يجب عليه الاجتهاد للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد وهو ما يسمى بفكرة " التركيز أو التوطين".

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 307.

وعلى هذا الأساس وضع المشرع الجزائري ضوابط اسناد احتياطية في الفقرتين 02 و 03 من المادة 18 ق.م.ج¹، حيث يلجأ القاضي لهذه الضوابط الأخيرة عند عدم تعيين الأطراف القانون الذي يحكم عقدهم بنص صريح في العقد، وهو ما أخذت به مختلف التشريعات كالتشريع المصري في المادة 19 من القانون المدني، والعراقي في المادة 25 من القانون المدني على النحو السابق بيانه.

وتبعاً لذلك سنقوم بتفصيل هذه الضوابط الإحتياطية على النحو التالي:

أ - ضوابط متصلة بالمتعاقدين:

وتتمثل أساساً في ضابطين هما الموطن المشترك والجنسية المشتركة طبقاً لنص المادة 01/18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "...وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة" وسيتم شرحهما على الترتيب:

1- ضابط الموطن المشترك:

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 01/18 من القانون المدني الموطن المشترك أول ضابط إسناد احتياطي يتم اعماله في حالة غياب قانون الإرادة، وتقابلها في ذلك المادة 19 من القانون المدني المصري والمادة 25 من القانون المدني العراقي.

وقد اختلفت التشريعات المقارنة في ترتيب ضابط الموطن المشترك، ففي الوقت الذي وضع فيه المشرع المصري والعراقي الموطن المشترك كأول ضابط اسناد احتياطي يتم اعماله في حال

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 196-197.

تخلف قانون الإرادة، نجد أن القانون المدني الإسباني وضعه في المرتبة الثانية بعد الجنسية المشتركة و قبل قانون محل الإبرام¹.

ويرى أنصار هذا الضابط أن تطبيق قانون الموطن المشترك له إيجابيات فعالة، باعتبار أن قانون الموطن المشترك من القوانين التي يتوقع الأطراف تطبيقها عند سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك لا يخل هذا الاسناد بتوقعات الأطراف²، كما أن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدين أكثر من غيرهم، واعتادوا الخضوع له بسبب معرفتهم المسبقة لمقتضياته بالمقارنة مع باقي القوانين³.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري استوجب أن يكون الموطن مشتركا - اتحاد الموطن - لكلا المتعاقدين على غرار أغلب التشريعات، ففي حالة اختلاف موطن المتعاقدين كأن يكون أحدهما متوطن في الجزائر والآخر في فرنسا، فهنا يتجه القاضي لإعمال ضابط احتياطي آخر من الضوابط الواردة في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

2- ضابط الجنسية المشتركة:

تأثر البعض بأراء الفقيه الايطالي "مانشيني" حيث اعتقدوا بأن الجنسية المشتركة للمتعاقدين يمكن أن يكون لها دور فعال في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذا كان المتعاقدان من

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 333.

² أحمد عبد الحميد الأنباري، "سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي - دراسة مقارنة -"، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2016-2017، ص 82.

³ طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان 2018، ص 139.

جنسية واحدة، فيمكن افتراض أن إرادتهما اتجهت إلى إخضاع عقدهما لقانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتها¹.

وقد اختلف القضاء الفرنسي في شأن قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكامه قرينة على الإرادة الصريحة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية². وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد وضع ضابط الجنسية المشتركة في نفس المرتبة مع ضابط الموطن المشترك في المادة 02/18 قانون مدني، ولم يفاضل أحدهما على الآخر، غير أنه وعلى النحو السالف ذكره في الموطن المشترك فإن المشرع كذلك اشترط اتحاد جنسية المتعاقدين حتى يتم اعمال هذا الضابط، وفي الحالة العكسية يتم التخلي عنه والتوجه إلى ضابط احتياطي آخر.

ب- الضوابط المتصلة بالعقد:

وتتمثل في ضابط وحيد وهو محل إبرام العقد حسب الفقرة 03 من المادة 18 قانون مدني جزائري، في حين هناك من التشريعات من تبنت ضابط محل تنفيذ العقد وعليه سيتم شرح هذان الضبطان على الترتيب:

1- ضابط محل إبرام العقد:

يعتبر قانون محل إبرام العقد ضابط إسناد احتياطي مستقل بذاته، ويقصد بمحل الإبرام المكان الذي يتم فيه اتحاد كل من الإيجاب والقبول¹.

¹ القاضي بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية- دراسة مقارنة-، ط1، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا، لبنان، 2017، ص173-

² صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص333.

وقد كان اسناد العقد لقانون بلد الإبرام هو الحل السائد لدى كل من القضاء الإنجليزي والقضاء الفرنسي القديم في كل الحالات التي يسكت فيها أطراف العقد عن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة أو ضمناً².

ومفاد ذلك أنه في حالة غياب ارادة المتعاقدين، واختلاف موطنهم و كذا اختلاف جنسيتهم فعلى القاضي أن يطبق قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد.

وتتمثل حجج انصار إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد فيما يلي³:

- أنه اسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد.
- أنه يكفل للمتعاقدین خاصية العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثمة يحقق لهم الأمن القانوني المنشود.

- أنه يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

غير أن هذه الحجج تعرضت لبعض الإنتقادات نوجزها فيما يلي:

- أن إبرام العقد في بلد ما قد يتم بناء على ظرف عارض لا غير، أين التقى المتعاقدین فيه صدفه دون أن تكون هناك رابطة حقيقية بين العقد وقانون محل إبرامه⁴.

- أن إسناد العلاقة العقدية لقانون محل إبرام العقد قد يؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني الذي ينشده المتعاقدون¹.

¹ عبد الوافي عز الدين، المرجع السابق، ص116.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص433.

³ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص327.

⁴ أحمد عبد الحميد الأنباري، المرجع السابق، ص86.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد وضع هذا الضابط الإحتياطي في المرتبة الرابعة بعد قانون الإرادة والموطن المشترك والجنسية المشتركة، عكس بعض التشريعات المقارنة التي وضعت في المرتبة الثانية بعد قانون الموطن المشترك على غرار المشرع المصري والإيطالي².

و الملاحظ أنه وإن كان قانون محل إبرام العقد متوافقا مع العقود التقليدية إلا أنه لم يعد كذلك أمام التطور الهائل لعقود التجارة الدولية لاسيما العقود التي تتم بين غائبين عن طريق وسائل الاتصال الحديثة الالكترونية، إذ يصعب توطين العلاقة وبالتبعية صعوبة تحديد مكان إبرام العقد³.

2- قانون محل تنفيذ العقد:

يتعلق هذا الضابط بموضوع أو محل العقد وليس بمكان إبرامه، وأول من نادى بإسناد العقود الدولية إلى قانون دولة تنفيذ العقد هو "الفقيه سافيني" باعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وعلى أساسه ينعقد الإختصاص لها⁴.

وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية ضابط محل تنفيذ العقد، وقد أخذ به كذلك القضاء الفرنسي في كل ما يتعلق بآثار العقد، وكذا القضاء الإنجليزي في الحالة التي يتم فيها تنفيذ العقد كليا أو جزئيا في مكان آخر غير مكان محل إبرام العقد⁵.

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 328.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 435.

³ طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 156.

⁴ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 165.

⁵ عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص 435.

ويستند أنصار ضابط قانون الدولة محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح الأطراف المتعاقدة، إذ في هذا المكان سيجني هؤلاء ثمار تعاقدهم وتتعد في مسؤولياتهم في حالة عدم تنفيذ التزاماتهم¹.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه لم يتبنى قانون محل تنفيذ العقد كضابط احتياطي في حال غياب إرادة الأطراف المتعاقدة أو الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وأكتفى بضابط محل إبرام العقد.

وفي الأخير تجدر الإشارة أنه وبخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وبعد صدور القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية²، وبالرجوع إلى نص المادة 02 منه³، نجد أنه أسقط واستغنى عن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق المعمول بها في العقود التقليدية، واعتمد على ضوابط موضوعية جامدة لتحديد القانون الواجب التطبيق، تتمثل في تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعاً بالجنسية الجزائرية، أو مقيماً إقامة شرعية بالجزائر، أو شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر، الأمر الذي يطرح أكثر من استفهام، باعتبار أن

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 559. أيضاً: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 331.

² القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 28.

³ تنص المادة 02 على أنه " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعاً بالجنسية الجزائرية أو
- مقيماً إقامة شرعية في الجزائر أو
- شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري،
- أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر".

الإرادة أهم ضابط يمكن الإستناد إليه لحكم العلاقات التجارية الالكترونية، بالنظر إلى خصوصية المعاملات الالكترونية من جهة، وكذا حجم الانتقادات الموجهة للضوابط الموضوعية المكانية من جهة أخرى، والتي سيتم التطرق إليها في الفصل الثاني من هذا الباب عند الحديث عن أزمة قواعد الإسناد.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية تلك الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار - المسؤولية التقصيرية¹ أو تلك المترتبة على الفعل النافع² كالإثراء بلا سبب أو الدفع غير المستحق أو الفضالة³.

وقد اتجهت أغلب الدول إلى اخضاع الإلتزامات غير التعاقدية إلى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام على غرار المادة 1/21 من القانون المدني الليبي⁴، والمادة 1/21 من القانون المدني المصري، و المادة 22 من القانون المدني الأردني، والمادة 66 من القانون الدولي

¹ تضمن القانون المدني الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية في المواد من 124 الى 140 مكرر1 (المسؤولية عن الأفعال الشخصية في المواد من 124 الى 133، والمسؤولية عن فعل الغير في المواد من 134 الى 137، والمسؤولية الناشئة عن الأثنياء في المواد من 138 الى 140 مكرر1).

² هشام صادق و حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 263. أيضا: سالم إرجيعة، المرجع السابق، ص 283.

³ تضمن القانون المدني الجزائري أحكام الفضالة في المادتين 141 و 142 وأحكام الدفع غير المستحق في المواد من 143 إلى 149 و أحكام الفضالة في المواد من 150 إلى 159.

⁴ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 187.

الخاص الكويتي¹، هذه المواد التي تطابق تماما في محتواها نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام،

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

ولشرح ضابط الإسناد المتعلق بالالتزامات غير التعاقدية يتعين الحديث على نشأته أولا ثم كيفية إعماله ثانيا، وصعوبات تطبيقه ثالثا.

أولا- نشأة ضابط محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام:

قبل الحديث عن ضابط محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، نشير بأن الفقه اختلف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، حيث اتجه جانب من الفقه إلى إخضاع الالتزامات غير التعاقدية في حالات معينة للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية عند البعض وقانون الموطن عند جانب آخر، إذ يرون بأن العبرة بالقانون الشخصي للدائن المضرور، بينما يعتقد فريق آخر بالقانون الشخصي للمدين المضرور، متأثرين في ذلك بفقه "مانشيني" والذي جعل شخصية القوانين هي الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق².

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 975.

² هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 819.

وإذا ما بحثنا عن نشأة ضابط قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام أو محل وقوع الفعل الضار، فإن جذوره تمتد إلى فقهاء نظرية الأحوال منذ القرن الثالث عشر، أين أخضعوا العمل المادي الضار لقانون محل وقوعه، وكانوا يطلقون عليه قانون "محل وقوع الجريمة"، وقد أخذ بهذه القاعدة "بارتول" و "ديمولان" و "دارجنتيه"، وكذا فقهاء المدرسة الهولندية وفقهاء القرن الثامن عشر¹، أين بدت هذه القاعدة متجاوبة مع أنصار النزعة الإقليمية²، كما تنبأها "مانشيني" في القرن التاسع عشر واعتبرها استثناء من نظرية شخصية القوانين التي نادى بها، ولم يتوانى "سافيني" عن الأخذ بها، مستندا في ذلك على أن مكان وقوع الفعل هو الذي يتم فيه تركيز العلاقة الناشئة عن الفعل³.

كما تبنى قضاء مختلف الدول والمشرعون هذا الضابط على النحو السالف بيانه⁴، لأن العلاقة القانونية المتولدة من هذا العمل لا يمكن اسنادها بالنظر إلى موضوعها- الالتزام بالتعويض- ولا بالنظر إلى أشخاصها (مرتكب الفعل والمضروب)، وإنما يتم اسنادها إلى مصدرها وهو العمل الضار ذاته، خاصة وأن القانون يرتب الأثر القانوني على العمل المادي دون دخل إرادة مرتكبيه بغية تحقيق التوازن ما بين حقوق الفرد وحقوق الآخرين⁵.

¹ Pierre GOTHOT et Paul LAGARDE, op.cit.n24, p15.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 509.

³ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 322.

⁴ Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Obligations, art, décembre 1998, Répertoire de droit international, Dalloz2020, n° 14, p09.

"Les obligations délictuelles sont soumises à la loi du délit, c'est-à-dire à la loi de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit, ce lieu s'entendant aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce der"

⁵ عز الدين عبد الله، نفس المرجع، ص 511.

ويمكن تلخيص مبررات الفقه والقضاء لتطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام فيما

يلي:

- يؤسس جانب من الفقه مبرراته على أساس أن القواعد التي تحكم الالتزامات الناشئة عن

الفعل الضار أو النافع تهدف إلى تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد، ولا يتحقق ذلك إلا

بتطبيق قانون الدولة على جميع الأعمال المادية التي تقع على إقليمها¹.

- أن هذا الضابط يحقق المعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق، كما أنه محدد في الزمان

والمكان، وبذلك يتم تقاضي الاشكالات المتعلقة بتعدد جنسية أو محل إقامة أطراف العلاقة،

كما قد يتعدد الأشخاص المتضررون².

- أن تطبيق قانون مكان وقوع الفعل على الالتزامات المتولدة عن عمل غير مشروع أو ضار

يقوم على أساس تعلق القواعد التي تحكم الأفعال الضارة بالبوليس والأمن المدني في الدولة

التي وقعت هذه الأفعال على إقليمها³.

غير أن هذا الأساس الأخير أنتقد من زاوية أن قواعد البوليس والأمن المدني تطبق تطبيقاً

إقليمياً ولا تمتد خارج إقليم الدولة التي وضعتها، وعليه يصلح هذا الأساس بالدرجة الأولى لتبرير

تطبيق قانون القاضي ولا يصلح لتبرير قانون محل وقوع الفعل⁴.

¹ هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 728.

² سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 477.

³ هشام علي صادق، تنازع القوانين، نفس المرجع، ص 728.

⁴ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 331.

ثانيا - موقف المشرع الجزائري من ضابط مكان الفعل المنشئ للالتزام:

سبق القول أن المشرع الجزائري وعلى غرار بعض الدول، أخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل، أو كما يسميه جانب من الفقه القانون المحلي¹، وذلك في نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري بقولها "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري وضع في الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر قاعدة عامة بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بخضوعها لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام²، أي القانون المحلي سواء تعلق الأمر بالفعل الضار أو الفعل النافع.

فبالنسبة للفعل الضار نقصد به المسؤولية التقصيرية، إذ أن قانون مكان وقوع الفعل الضار هو الذي يبين شروط قيام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، أو عن عمل الغير، أو عن الأشياء، وما إذا كان الخطأ ركنا من أركانها أم لا، وما إذا كان يمكن مساءلة عديم التمييز أو

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 976. أيضا: محمد مبروك اللافي المرجع السابق، ص 189.

² هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 730.

ناقص الأهلية، ويبين كذلك نوع الضرر القابل للتعويض هل هو الضرر المادي فقط أم المعنوي كذلك، وغيرها من الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية¹.

وقد أقرت المحكمة العليا بهذا الضابط في قرارها الصادر بتاريخ 1994/04/27 تحت رقم: 107604، في قضية أحد المواطنين ضد الوكيل القضائي للخزينة الفرنسية أين جاء في تسببها" من المقرر قانونا أنه يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، ولما تبين أن موضوع النزاع يتعلق بوضوح بتعويضات مدنية عن حادث مرور أدى إلى أضرار بالغة بالضحية، فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما اعتبروا أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق وطبقوا مضمونه على أكمل وجه، مما يتعين رفض الطعن"².

أما بخصوص الالتزامات غير التعاقدية الناتجة عن الفعل النافع كالإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة، فمثلا بالنسبة للإثراء بلا سبب نجد أن قانون مكان وقوع الإثراء بلا سبب هو الذي يحدد معنى الإثراء وأركانه وكل أحكامه، ونفس الأمر بالنسبة للدفع غير المستحق والفضالة³.

كما أورد المشرع الجزائري استثناء على القاعدة العامة في الفقرة الثانية من نفس المادة مفادها عدم تطبيق القاعدة السابقة والمتعلقة بتطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام إذا

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص338.

² القرار رقم: 107604 الصادر بتاريخ: 1994/04/27 عن المحكمة العليا، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03 سنة 1994، ص 33.

³ أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 339.

كان القانون الجزائري يعتبر الفعل المرتكب في الدولة الأجنبية مشروعاً، حتى ولو كان هذا الفعل غير مشروع ومجرم في تلك الدولة¹.

وعليه يتعين على القاضي في هذه الحالة تكيف الوقائع الناشئة والأفعال المرتكبة استناداً إلى القانون الجزائري، والكشف عما إذا كانت مشروعة أو غير مشروعة في القانون الجزائري لتطبيق ضابط قانون محل وقوع الفعل الضار.

ثالثاً - صعوبات تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام:

لا توجد أي صعوبة في إعمال ضابط قانون محل الفعل المنشئ للالتزام في الفرض الذي يقع فيه الفعل الضار أو النافع في إقليم الدولة الواحدة ويتحقق الضرر والإنتفاع أو الإفتقار في إقليم نفس الدولة، إنما يطرح التساؤل حول حكم الحالة التي تنتجاً فيها الواقعة المنشئة للالتزام بين أكثر من دولة، كما لو قامت شركة تجارية بمنافسة غير مشروعة في كل من فرنسا وإنجلترا ترتب عليها ضرر لبعض الأشخاص في كل من الدولتين²، فما هو القانون المحلي الواجب التطبيق في هذه الحالة إذا ما تفرقت عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة واحدة؟ فهل يعتد بمكان وقوع الخطأ أم مكان وقوع الضرر؟ وما هو الحكم إذا ما تمت الواقعة في مكان لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة؟

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 976.

² هشام صادق حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 269.

للإجابة على هذه الأسئلة سنتناول أولاً حالة تفرق عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة

ثم حالة وقوع الفعل في مكان خارج السيادة الإقليمية لدولة معينة:

أ- تفرق عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة:

يتعين عند تحديد القانون الواجب التطبيق عند تجزئة الواقعة القانونية وتعيدها لأكثر من دولة، التفرقة بين المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار من جهة والمسؤولية الناشئة عن الفعل النافع من جهة أخرى.

1- المسؤولية المترتبة عن الفعل الضار:

قد يحدث وأن يقع الخطأ المرتب للمسؤولية التقصيرية في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى، كتصنيع منتجات أو أجهزة في دولة تحدث أضراراً في دولة أخرى¹، أو يضع شخص قنبلة زمنية في طائرة ثم تنفجر في دولة أخرى، أو تم تقليد علامة في دولة ثم بيعت البضائع في دولة أخرى.

والملاحظ أن نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري وعلى غرار بعض المشرعين كما هو عليه الحال في المادة 21 من القانون المدني المصري لم توضح الحلول اللازمة لهذه المشكلة، فنص المادة يقول " قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام " ومعلوم أن المسؤولية

¹ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 190.

التقصيرية تنشأ بتوافر عنصري الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما¹، مما يتعين معه الاجتهاد والبحث لتفسير المقصود من النص.

اتجه الفقه الفرنسي عند بحثه هذا للإشكال بالقول أن القانون المختص بحكم المسؤولية التقصيرية هو قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ مع صرف النظر عن مكان تحقق الضرر²، وحثهم في ذلك أن مكان وقوع الضرر قد يصعب تحديده، وقد يكون مكانا عارضا، وقد يتعدى الضرر إلى أكثر من دولة، كما أن قواعد المسؤولية التقصيرية تهدف إلى حماية المجتمع من الأعمال غير المشروعة³.

وأنتقد الدكتور "هشام علي صادق" هذا الرأي بقوله أن هذا الرأي اتسم بالمغالاة في الاعتداد بمحل وقوع الفعل الضار - الخطأ - وتجاهله لمكان الضرر تجاهلا تاما، فرغم أن الخطأ يعتبر ركن من أركان المسؤولية، إلا أن التطور الحديث في نظام المسؤولية المدنية يؤكد افتراقها عن المسؤولية الجنائية من حيث الاعتداد بعنصر الفعل غير المشروع، فنظام المسؤولية المدنية في تطوره الحديث لا يرمي إلى توقيع الجزاء على المخطئ بقدر ما يهدف أساسا إلى حماية المضرور وتعويضه عما لحق به من ضرر⁴.

¹ هشام صادق حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 270.

² Olivera BOSKOVIC, Loi applicable aux obligations non contractuelles : matières civile et commerciale, art, septembre 2010, Répertoire de droit européen, Dalloz, France, 2020, n21, p96.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 518.

⁴ هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 738.

ورغم سداة هذا الرأي يرى الدكتور "محمد مبروك اللافي" أنه رغم التطور في أحكام المسؤولية التقصيرية واتجاهها أحيانا للاعتداد أساسا بتعويض المضرور عن ما أصابه من ضرر بصرف النظر عن الخطأ المرتكب، إلا أن جانب من الفقه يؤكد أنه من العسير أن نتجاهل دور عنصر الخطأ، خاصة وأن القضاء لا يقدر التعويض المقرر للمضرور على أساس حجم الضرر الذي لحق به دائما، وإنما يأخذ أيضا بخطورة الخطر المقترف، علاوة على أنه يصعب تركيز الواقعة أحيانا، فالقذف أو التشهير في وسائل الإعلام قد تترتب عليه أضرار تتعدد بتعدد الأماكن التي يشاهد فيها التلفاز أو توزع فيها الصحف والمنشورات¹.

وبدورنا نرجح الرأي القائل بأن القانون الواجب التطبيق عند تجزأ الواقعة القانونية في المسؤولية التقصيرية وتعيدها لأكثر من دولة، هو قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ باعتباره أسهل تطبيقا على القاضي مقارنة بمكان وقوع الضرر الذي قد تنتج عنه إشكالات كثيرة أهمها تعدد الدول التي يقع فيها الضرر، وهو ما يستتف من الإستثناء الوارد في الفقرة 02 من المادة 20 قانون مدني جزائري، والتي اشترطت أن يكون الفعل غير مشروع وفقا للتشريع الجزائري على النحو السابق بيانه، ما يؤكد توجه المشرع إلى الإعتداد بمكان وقوع الخطأ أو العمل غير المشروع على حساب الضرر عند تحديده القانون الواجب التطبيق في الحالات التي تشمل فيها الواقعة أكثر من دولة.

¹ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص191.

2- المسؤولية الناتجة عن الفعل النافع:

كذلك في إطار الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة قد يحدث وأن يختلف مكان الإثراء أو الدفع أو فعل الفضالة عن مكان الافتقار، ويرجح جانب من الفقه ضرورة الإعتداد بالمكان الذي تحقق فيه الإثراء أو الدفع غير المستحق أو الفضالة، باعتبار أن هذا الفعل هو النتيجة الإيجابية¹، وهو الأكثر ظهوراً للعالم الخارجي من الافتقار، فضلاً عن أن هذا الفعل هو الأساس القانوني للالتزام في هذا الفرض².

فالالتزام الذي يقوم على فكرة الإثراء بلا سبب أو الدفع غير المستحق أو الفضالة هو في حقيقته الأمر التزم بعدم الإثراء على حساب الغير، وهو ما يقتضي رد ما اكتسبه الشخص بدون وجه حق³، والقانون الواجب التطبيق هنا هو قانون الدولة التي حدث فيها الإثراء، ونفس الأمر إذا تعلق الأمر بدفع غير مستحق فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي تم فيها الدفع، وبالنسبة للفضالة يسري قانون الدولة التي تولى فيها الفضولي شؤون الغير⁴.

ب - وقوع الفعل خارج السيادة الإقليمية لدولة معينة:

لا تتور الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما وقع الفعل على ظهر سفينة أو تصادم السفن في المياه الإقليمية لدولة معينة، أو على طائرة عند مرورها بالفضاء الجوي لدولة

¹ Hélène.CHAHTELOUP, La loi applicable aux quasi-contrats, thèse de doctorat en Droit privé, université Paris Nanterre, France, 1994, p51.

- " l'obligation sera rattachée à la loi du lieu du fait « profitable »"

² مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 333.

³ هشام صادق وحفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 277.

⁴ هشام خالد، المرجع السابق، ص 984.

من الدول، إذ في هذه الحالة يرى الفقه الغالب وجوب تطبيق قانون الدولة صاحبة الإقليم الذي وقع فيه الفعل، في حين ينادي فريق آخر بتطبيق قانون دولة العلم، بالنظر إلى صعوبة تحديد ما إذا وقع الفعل حقيقة في المياه الإقليمية للدولة أو في البحر العام، أو وقعت في الفضاء الجوي للدولة أو خارجه هذا من جهة ومن جهة أخرى يستند هذا الرأي إلى كون قانون دولة العلم يعرفه كل من الركاب والريان و قائد الطائرة والطاقم¹.

غير أنه قد يُرتكب الفعل المنشئ للالتزام في مكان لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة، كما في حال ما إذا وقع تصادم بين سفينتين في عرض البحر، أو بين طائرتين في الفضاء الجوي الذي يعلو وسط البحار²، فيثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على حوادث السفن والطائرات في مثل هذه الحالات؟.

إذاً تكمن الصعوبة عند حدوث الفعل في إقليم غير خاضع لسيادة دولة معينة، أو عند عدم وجود معاهدة دولية تحدد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، وهنا يرى الفقه أنه من المتعذر الرجوع في شأن حوادث السفن الواقعة في أعالي البحار، أو حوادث الطائرات التي تقع في الفضاء الجوي الذي يعلو هذه المناطق إلى قاعدة الإسناد التقليدية التي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، إذ ليس هناك قانون دولة يسود أعالي البحار أو الفضاء الذي يعلوها، وبالتالي فإن القول بتطبيق قانون مكان وقوع الفعل على حوادث السفن والطائرات في مثل هذه

¹ مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 333.

² هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 745.

الحالات هو قول غير سديد، مما يتعين معه ضرورة البحث عن ضابط إسناد احتياطي يحدد القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض¹.

ولحل هذا الإشكال ذهب جانب من الفقه إلى إخضاع تصادم السفن لقانون دولة السفينة التي ارتكبت الخطأ وسببت الحادث²، ذلك أن السفينة التي وقع منها الخطأ تشكل مكان وقوع الفعل الضار، والسفينة التي لحقت بها الأضرار تعتبر في حكم المكان الذي تحقق فيه الضرر³.

وبناء على ذلك، يكون حل التنازع في هذه الحالة بتطبيق قانون علم السفينة التي أخطأت فيما لو أخذنا بالرأي القائل بإخضاع المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الفعل الضار- الخطأ-، وتطبيق قانون علم السفينة التي تعرضت للأضرار إذا ما أخذنا بالرأي القائل بإخضاع المسؤولية التقصيرية لقانون محل تحقق الضرر⁴.

كما ذهب فريق آخر إلى القول بأن للمضروب أن يختار بين القانونين، ويرى جانب آخر بتطبيق كلا من قانون السفينة التي ارتكبت الخطأ وقانون السفينة التي تضررت، أي تطبيق كلا القانونين⁵. وهي نفس الآراء بخصوص تصادم الطائرات، في الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار⁶.

¹ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 193.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 520.

³ هشام صادق و حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 279.

⁴ هشام علي صادق، تنازع اللقوانين، المرجع السابق، ص 747.

⁵ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 193. أيضاً: مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 333.

⁶ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 142.

وبعيدا عن تصادم السفن يطرح اشكال آخر يتعلق بالحالة التي يقع فيها الفعل المنشئ للالتزام على ظهر سفينة في أعالي البحار غير خاضعة لإقليم دولة معينة أو على ظهر طائرة في الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار؟

وهنا اتجه الرأي الغالب في الفقه إلى تطبيق قانون العلم - قانون الدولة التي تنتمي إليها السفينة أو الطائرة- استنادا إلى الفكرة التقليدية التي مفادها أن السفينة و الطائرة هي جزء من إقليم الدولة التي ترفع علمها وهو ما يشكل امتداداً لإقليمها، أي أن الأفعال المرتكبة فوق السفينة أو الطائرة تعتبر وكأنها وقعت فوق إقليم الدولة صاحبة العلم¹، وبذلك يطبق ضابط قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام.

وقد نصت المادة 94 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على أن كل سفينة تخضع لولاية وقانون الدولة التي ترفع علمها²، وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 590 من قانون الاجراءات الجزائية بخصوص الجرائم المرتكبة على ظهر السفن، وكذا المادة 591 منه بخصوص الجرائم المرتكبة على ظهر الطائرات³.

¹ هشام صادق و حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 284.

² تم التوقيع على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار في مونتيجو باي- جمايكا في ديسمبر 1982، ودخلت حيز التنفيذ في نوفمبر 1994، وصادقت عليها 168 دولة، وهي ملزمة لها، بما فيها الجزائر و تعتبر "دستور المحيطات" متوفرة على الموقع التالي: www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm تم الاطلاع يوم: 2022/12/25.

³ الأمر رقم: 155/66 المؤرخ في: 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم: 19-10 المؤرخ في: 14 ربيع الثاني عام 1441، الموافق لـ 2019/12/11، ج.ر عدد 78.

الفصل الثاني

أزمة قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون

يعتبر المنهج القائم على قواعد الاسناد هو المنهج الشائع والسائد لحل مشكلة تنازع القوانين التي تثور في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، نظرا للدور الذي لعبه منذ نشأته في القرن 13 عشر ميلادي في فض العديد من هذه المنازعات، فهو يحتل الصدارة مقارنة بباقي المناهج، وقد استقر الفقه والقضاء والتشريع في مختلف دول العالم على اتباعه، ويلجأ إليه القاضي في وقتنا الراهن كلما عرض أمامه نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا.

غير أن النصف الثاني من القرن العشرين شهد محاولات متتالية تهدف إلى تغيير أسلوب فض مشكلة تنازع القوانين المرتكزة أساسا على قواعد الإسناد¹، هذه المحاولات التي نشأت نتيجة الصعوبات التي اعترت أعمال قواعد الإسناد في المسائل ذات العنصر الأجنبي والنتيجة من طبيعة قواعد الإسناد في حد ذاتها، أين وصفها البعض بأنها قواعد عمياء² لأنها تحدد القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمون هذا القانون.

كما كان للتطور الذي شهده العالم في مختلف مجالات الحياة السياسية والاقتصادية، والمنظومة التشريعية لا سيما المبادلات التجارية بين الدول، الأثر البالغ على ظهور أزمة قواعد

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، أسلوب الاسناد في الميزان - دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية - د.ط، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1985

² إلهام فاهم نغيش، "العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد في نطاق القانون الدولي الخاص"، مجلة كلية القلم الجامعة، المجلد 05، العدد 10، كركوك، العراق، 2021. ص102.

الإسناد، هذه الأخيرة التي لم تعد قادرة على استيعاب المتغيرات المستحدثة التي عرفها المجتمع الدولي، والتي كان من بينها محاولة إيجاد وسائل قانونية تحرر التجارة الدولية¹ وتخضعها لقانون خاص بالتجار على النحو السابق بيانه.

نهيك عن ظهور الحاسب الآلي والثورة الالكترونية أو ثورة المعلومات Révolution d'informations التي سهلت الحياة اليومية للأفراد²، وتلاها ظهور شبكة المعلومات والاتصالات الدولية والمسمات بـ"الأنترنت"، وما نتج عنها من معاملات تتم في الواقع الافتراضي، الأمر الذي جعل القواعد القانونية السابقة عاجزة عن مواكبة هذا التطور الحاصل، وبالتبعية عدم قدرتها على معالجة العلاقات المستحدثة.

ولاشك في أن قواعد الإسناد باعتبارها وسيلة لفض مشكلة تنازع القوانين ليست بمنأى عن العجز الذي واجهته باقي القواعد القانونية في حكم هذه المسائل المستحدثة، مما جعل البعض من الفقه يبحث عن عيوبها ومشاكلها وينادي بهجرها تمهيدا للبحث عن منهج آخر يكون أنسب لحكم كل العلاقات ذات العنصر الأجنبي سواء التقليدية منها أو المستحدثة في ظل التطور التكنولوجي.

وعلى هذا النحو ولتفصيل كل المسائل المتعلقة بأزمة قواعد الإسناد وأسباب عجزها عن حكم بعض المسائل ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول: أزمة قواعد

¹ بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، المرجع السابق، ص150.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني- السياحي- البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 15.

الإسناد في ظل العلاقات التقليدية، في حين نتناول في المبحث الثاني: أزمة قواعد الإسناد في ظل التطور التكنولوجي.

المبحث الأول

أزمة قواعد الإسناد في حكم العلاقات التقليدية

عند الحديث عن أزمة قواعد الإسناد في حكم العلاقات التقليدية، فإننا نقصد بهذه الأخيرة المسائل التي لا تتعلق بالتطور التكنولوجي وظهور الأنترنت وثورة المعلومات، وهي المسائل التي تناولناها في الفصل الأول من هذا الباب والمتمثلة أساساً في الأحوال الشخصية، كالحالة والأهلية ومسائل الزواج وآثاره وانحلاله والروابط الأسرية، ومسائل المعاملات كالالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية و مركز الأموال.

وقد سبق وأن رأينا عند التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل، وجود اختلاف كبير بين الأنظمة القانونية المختلفة للدول، خاصة من حيث ضابط الإسناد الذي يحكم كل مسألة من المسائل، هذا الاختلاف الذي هو نتاج تباين الآراء الفقهية التي رافقت نشأة قواعد الإسناد وخصائصها والانتقادات الموجهة لها من جهة، وكذا اختلاف الاعتبارات السياسية واجتماعية والثقافية والدينية من دولة لأخرى من جهة ثانية.

ولعل تطور العلاقات ذات العنصر الأجنبي وازدياد حجم المعاملات الدولية وتشعبها، أثر بشكل كبير على المنظومة القانونية، أين بدأت بعض المحاولات لتطوير منهج قواعد الإسناد أو

تعديله لمواكبة التطورات الحاصلة في مختلف المجالات، في حين سعت محاولات أخرى لتحطيم منهج قواعد الإسناد وإزالته من ريادة المناهج المتخصصة في فض مشكلة تنازع القوانين.

وقد أدت هذه المحاولات الأخيرة إلى خلق مناهج جديدة لم تكن معروفة سابقا تحل محل منهج قواعد الإسناد الذي حسب زعمها لم يعد صالحا لحكم مشكلة تنازع القوانين، وقد استند أنصار هذه المناهج إلى العيوب التي شابت قواعد الإسناد التي يقومون بإثرائها من أجل التخلي على قواعد الإسناد شيئا فشيئا وتصبح مناهجهم هي الرائدة في حل مشكلة تنازع القوانين.

وعلى هذا الأساس ولتفصيل الأسباب التي خلقت أزمة قواعد الإسناد في العلاقات والمسائل التقليدية، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: أسباب المطالبة بهجر منهج قواعد الإسناد، وفي المطلب الثاني: ظهور مناهج تنازع قواعد الإسناد.

المطلب الأول

أسباب المطالبة بهجر منهج قواعد الإسناد

في الحقيقة أن المناداة بهجر قواعد الإسناد والبحث عن عيوبه لم تكن وليدة اليوم ولم تتعلق بالدرجة الأولى بالتطور التكنولوجي بل صاحبته منذ نشأته وفي بداياته الأولى، فقد اختلف الفقه حول دور قواعد الإسناد في حكم مسألة تنازع القوانين، وظهرت بشأن هذه الأخيرة نظريات عديدة على النحو السابق بيانه في الباب الأول من هذه الدراسة، وأخذت هذه النظريات تطعن في طبيعة قواعد الإسناد وخصوصيتها والضوابط التي تستند إليها وصولا إلى الحلول الوضعية التي تقدمها.

ثم جاءت التطورات الحاصلة في العلاقات ذات العنصر الأجنبي لتزيد من حدة الخلاف والنقد، هذا الأخير الذي ينادي به أصحاب المناهج الجديدة والذين سعوا إلى إخفاء منهج قواعد الإسناد من الوجود بتبيينهم عيوب القاعدة ذاتها وكذا الإشكالات المصاحبة لتطبيقها. ولإلقاء الضوء على كل هذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول: الانتقادات الموجهة لمنهج قواعد الإسناد، أما في الفرع الثاني: فنتناول الإشكالات المتعلقة بتطبيق قواعد الإسناد.

الفرع الأول

الانتقادات الموجهة لمنهج قواعد الإسناد

تعرض منهج التنازع أو ما يعرف بمنهج قواعد الإسناد إلى العديد من الانتقادات أو المؤاخذات منذ نشأته إلى يومنا هذا، تتمحور هذه الانتقادات حول طبيعة قواعد الإسناد وكذا تكوينها وخصائصها والحلول التي تنجم عنها.

ووفقا لذلك يمكن إجمال هذه الانتقادات التي أدت إلى المطالبة بالتخلي عن قواعد الاسناد كأسلوب فني لحل مشكلة تنازع القوانين فيما يلي:

أولاً- اتسام المنهج القائم على قواعد الاسناد بالتعقيد والغموض:

وصف بعض فقهاء القانون الدولي الخاص قواعد الاسناد بأنها "مستتقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعص على الفهم"،

أي أن مسائل قواعد الإسناد تتسم بالغموض بحيث يصعب على المواطن البسيط فهم هذه القواعد وتفسيرها¹، حتى أنها في البعض منها يصعب حتى على القاضي المكلف بتطبيقها فهم محتواها، وهو ما رأيناه من اختلاف بين القضاة في أعمالهم لقواعد الإسناد.

فأسلوب أعمال قواعد الإسناد غير واضح بحيث لا يمكن للأطراف معرفة القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم، وبذلك لا يمكن توقع حل واضح باستعمال قواعد الإسناد، بل مهمة هذه القواعد دائماً البحث عن قانون مناسب لحكم النزاع².

بالإضافة إلى إمكانية تحريفه، مما يقود إلى نتائج شاذة تنجم عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحيث يفسر هذا القانون بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من أجله³.

فيرى البعض أن قاعدة التنازع لا فائدة ترجى منها إلا إذا رفع بشأن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي دعوى أمام القضاء، وهنا يظهر عجز هذا المنهج لأنه يفقد الوظيفة الوقائية، أي الحيلولة دون وقوع النزاع بين الأفراد، وهي الوظيفة الأولى لقواعد القانون بصورة عامة، ولا شك في أن القاعدة التي تنعدم فائدتها قبل وقوع النزاع تعد أمراً مثيراً للقلق، مما يدعو إلى هجرها

¹ بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، المرجع السابق، ص 153.

² بلاق محمد، "أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة"، المجلد:07،

العدد:01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف الجزائر، 28-06-2021 ص 2665.

³ بلمامي عمر، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

لأنها لا تتفق ومتطلبات السرعة والثبات الذي تتطلبه معاملات التجارة الدولية والأمن القانوني لها¹.

كما أنه ولتطبيق قواعد الإسناد لأبد من القيام بمجموعة من العمليات الفنية قبل أن نتوصل إلى القانون الواجب التطبيق، كالتكييف القانوني للمسألة ثم البحث عن القانون الواجب التطبيق ومعرفة مضمونه، وما يعترض ذلك من إشكاليات متعددة كالإحالة والإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع، والفراغ التشريعي المتصور في حالة صعوبة التوصل إلى حكم في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، مما يعرقل تحقيق العدالة².

وقد تم وصف قواعد الإسناد بأنها قواعد جامدة أدت لتظليل المحاكم، ووصولها إلى تطبيق قانون القاضي تذرعا بأفكار مختلفة كالإحالة والتكييف وعدم إثبات القانون الأجنبي والغش في القانون والنظام العام، هذا كله لتفادي النتائج السيئة لتلك القواعد الجامدة³.

كما أنه متى تعذر الوصول لأحكام القانون الأجنبي وذلك لخلوه من نص قانوني، أو لاستحالة التوصل إلى النص والتعرف عليه، أو لتعذر أعمال ضابط الإسناد الذي تضمنته قاعدة التنازع، فإنه لا مناص أمام القاضي بالكشف عن الحل الواجب الإلتباع، خاصة إذا ما خذله قانونه وخلا من نص يحكم المسألة، وعمل القاضي حينئذ إنشاء الحل القانوني تحت ستار مبادئ

¹ الشماسنة محمد أحمد عبد الله، التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية ودور التحكيم في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لتنظيمها، المرجع السابق، ص 265.

² أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- دراسة تأصيلية انتقادية-، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص195.

³ الشماسنة محمد أحمد عبد الله، نفس المرجع، ص 266.

القانون الطبيعي أو قواعد العدالة والإنصاف ... الخ، في حين أن عمله الأساسي هو إسباغ الحماية القضائية لا إنشاء و سن القواعد القانونية¹.

ثانيا - غياب توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني:

يرجع ظهور مفهوم الأمن القانوني لأول مرة في روما القديمة، إذ تم تقسيمه إلى فئتين فرعيتين: *Sécurité* و *Certitude* فوفقاً للمبدأ الأول، يجب أن يعرف المتقاضي مسبقاً ما هو السلوك الذي سيتبناه، وبالتالي يجب أن يكون القانون واضحاً ودقيقاً فضلاً عن هذا عدم إمكانية المساس بالحقوق المكتسبة، أما فيما يتعلق بالمبدأ الثاني يفترض إحترام القواعد القانونية وعدم خرقها من قبل الشعب وكذلك من قبل السلطة والقضاة².

وقد سبق القول بأن قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين، أي أن هذه القواعد لا تعطي حلاً مباشراً للمسألة محل النزاع، فهي تعتمد على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن كون هذا الاختيار يحقق العدالة للقضية محل النزاع من عدمه، بحكم أنها قواعد آلية تنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، بمعنى أن المحكمة تغض عينها قبل أن تختار القانون الواجب التطبيق³.

¹ الباز مصطفى محمد مصطفى، "منهج قواعد التنازع في المنازعات الدولية الخاصة- دراسة انتقادية-"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد: 50، العدد: 01، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2008، ص 227.

² خير الدين كاظم الأمين، "نظرة انتقادية لمنهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص العراقي"، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد: 26، العدد: 08، محافظة بابل، العراق، 2018 ص 105.

³ ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 27.

وينجر عن ذلك عدم معرفة القانون الذي سيطبق على القضية، وهنا تكمن خطورة العمل بهذه القواعد، ويصبح حل هذه القضية في حكم المجهول، وهذا ما يطلق عليه باصطلاح انعدام الأمن القانوني¹.

وتتخذ قواعد الإسناد في بعض الدول من القضاء مصدرا لها أكثر من التشريع، وهو ما يفقدها الوضوح نسبيا وبالتالي تؤدي إلى عدم القدرة على التنبؤ بالحلول أو بعدم القدرة المسبقة لحكم الأوضاع الدولية، فتأتي حلول مسائل التنازع في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمالا لقاعدة مجردة ومضبوطة، وهذا الأمر يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكيمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة، ذلك أن قاعدة التنازع هي قاعدة ميكانيكية أو آلية، حيث يتم إعمالها إذا توفرت الصفة الدولية في المسألة محل النزاع أيا كان القانون الذي يقود إليه هذا الإعمال بغض النظر عن جوهره ومضمون أحكامه².

كما أعاب جانب من الفقه على قواعد التنازع عدم قدرتها على التعامل مع تطور العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي لا يسمح لها بلعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، والتي يفترض أن تستجيب للاحتياجات والتغيرات التي تطرأ على الأفراد وعلاقاتهم الدولية³.

غير أنه وعلى الرغم من مرور مدة طويلة جدا على تبني هذه القواعد، إلا أنها بقيت على حالها دون تعديل، ويفسر بقاء هذه النصوص منذ مدة بعيدة ولحد الآن إلى الدور الفعال والمهم

¹ بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد، المرجع السابق، ص 153-154.

² الشماسنة محمد أحمد عبد الله، التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية ودور التحكيم في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لتنظيمها، المرجع السابق، ص 267.

³ بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، المرجع السابق، ص 2666.

للقضاء في مواكبة النصوص الجامدة مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية¹، وبالنتيجة فإن دور القضاء قد مكن ومنذ وقت بعيد إلى التكيف مع هذه التطورات.

ثالثاً- تطبيق نصوص قانونية لا تتفق مع النزاع المطروح:

وُجهت كذلك انتقادات لقواعد الإسناد تتمثل بالخصوص في افتقاد هذه القواعد للخاصية الدولية، أو الإفراط في دوليتها، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى تطبيق قوانين لا تتسجم وطبيعة النزاع، مما يتوجب التخلي عن قاعدة التنازع عندما يتضح عدم ملاءمتها للنزاع².

فعندما تفتقد قاعدة التنازع الصفة الدولية، يقترح الفقه استبعادها وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الداخلي مكانها وتجاهل الحياة الخاصة الدولية، وعلى خلاف ذلك عندما يشوب قاعدة الإسناد إفراط في الصفة الدولية وهي صفة لصيقة بالطبيعة المتعدية لقواعد الإسناد، والتي تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطني على قدم المساواة³، فإنه يقترح علاجاً لذلك باللجوء إلى ما يسمى بقواعد البوليس - القواعد ذات التطبيق الضروري- ، وهذه الثنائية في الحلول المقترحة لا تثير الدهشة حيث أنها انعكاس للثنائية في طبيعة القصور الذي يلحق قاعدة التنازع⁴.

يتضح مما سبق أن منهج قواعد التنازع التقليدية قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تطبيق قانون لا يتسم بالفاعلية ثم أنها قواعد وضعت من أجل تكريس سلطة الدولة ولا تقدم فائدة فنية

¹ خير الدين كاظم الأمين، المرجع السابق، ص106.

² الشماسنة محمد أحمد عبد الله، التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية ودور التحكيم في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لتنظيمها، المرجع السابق، ص 269.

³ نفس المرجع نفس الصفحة.

⁴ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين - دراسة مقارنة-، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية مصر 1989، ص15-16.

للمحكمة من أجل حل النزاع، ومن أجل مواجهة هذا التعقيد إقترح الفقه تطبيق منهج الحل الوظيفي وقد لقي هذا الحل ترحيباً من قبل المحاكم، ووفقاً لهذا المبدأ فإن المحكمة تحقق في كل حالة على حدى لاتخاذ قرار يتفق مع مبدأ العدالة والإنصاف¹.

كما يرى البعض أن مجال قاعدة الإسناد المرتبط بحاجات وخصوصيات الحياة الدولية يتعارض مع الهدف الإجتماعي لعلم القانون بوجه عام، فالقانون ظاهرة اجتماعية يوجد ليوافق مشكلات الحياة في المجتمع، حيث أن المشكلات التي توجد في مجتمع معين تختلف عن تلك التي توجد في مجتمع آخر وبالتالي فإن القواعد القانونية في كلا المجتمعين تكون دائماً متباينة، فإذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن بالتالي إقامة التطابق بين مشكلات الحياة الداخلية، ومشكلات الحياة الدولية للأفراد².

رابعا - الانتقادات المتعلقة بحياد قواعد التنازع وتجريدها:

إن تنوع واختلاف قواعد الإسناد في النظم القانونية الوطنية يؤدي إلى اختلاف القوانين الوطنية الواجبة التطبيق على ذات المسألة، وعندما يصل القاضي إلى مرحلة تتطلب منه إعمال القانون المختار، فإنه يعجز عن تركه إذا تبين له عدم ملاءمته ومناسبته للعلاقة محل النزاع، وذلك تأكيداً للصفة الملزمة لقاعدة الإسناد في توجب احترامه وتطبيقه بالرغم من عدم ملاءمته، كذلك نجد أن العلاقة القانونية قد لا تغطيها قاعدة إسناد واحدة بحيث يصبح من الضروري البحث

¹ خير الدين كاظم الأمين، المرجع السابق، ص106.

² أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص194.

عن قوانين أخرى لتحكم باقي جوانب النزاع، أين يترتب على ذلك آثار سلبية في بعض مجالات الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي¹.

وعلى هذا الأساس قيل أن قواعد الإسناد بمثابة السقوط إلى هاوية لا يعرف لها قرار، أو القفز إلى المجهول، ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يتنبأ بالحكم الذي يفرضه القانون الأجنبي في اللحظة التي يتم فيها تحديد هذا القانون باعتباره المختص بحكم العلاقة القانونية، بل تتراخى معرفته الأكيدة لحكم هذا القانون إلى لحظة تطبيقه، وسبب ذلك أن المشرع الوطني لم يقم بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بذات الوجه الذي نظم فيه العلاقات الوطنية المحضة، بمعنى أنه لم يضع لها تنظيماً قاعدياً يكفل في ذاته تنظيم حل مباشر وواضح لكل حالة، وإنما اكتفى المشرع بأن عين للعلاقات ذات العنصر الأجنبي قانوناً يمكن أن تجد حكمها فيه من خلال ضوابط الإسناد².

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 191.

² الشماسنة محمد أحمد عبد الله، التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية ودور التحكيم في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لتنظيمها، المرجع السابق، ص 273.

الفرع الثاني

الإشكالات المتعلقة بتطبيق قواعد الإسناد

سبق وأن تعرضنا في الفصل الأول من الباب الثاني لهذه الدراسة إلى تطبيقات قواعد الإسناد، والحلول الوضعية التي تقدمها هذه القواعد في مختلف المسائل كالأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية، ومن خلال هذه الحلول لمسنا بعض الإشكالات التي تعترض تطبيق قواعد الإسناد عند فضها لمشكلة تنازع القوانين والبحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة محل النزاع.

هذه الإشكالات والصعوبات ترتبط أساسا بضوابط الإسناد المقررة من التشريعات المقارنة والمتمثلة أساسا في القانون الشخصي، والقانون المحلي، والقانون المكاني، وقانون الإرادة¹، وسنتعرض لكل منها على حدى فيما يلي:

أولا - صعوبات أعمال الضابط الشخصي:

تعرضنا في ما سبق إلى أنه وعند نشأة نظرية الأحوال الإيطالية القديمة تم إخضاع حالة الشخص لقانون الموطن بوصفه القانون الشخصي، وحينما واجه الفقه مشكلة التنازع الدولي للقوانين بعد أن تأكدت سيادة الدولة وتوحدت قوانينها الداخلية، أصبح من المتصور أن يتحدد

¹ الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 233.

القانون الشخصي على أساس تبعية الشخص للدولة، وبذلك أصبح المقصود من الضابط الشخصي بالدرجة الأولى هو قانون الجنسية ثم انتشر في كل الدول بما فيها الدول العربية¹.

ولعل أهم الصعوبات التي تصادفنا عند تطبيق القانون الشخصي هو التنازع السلبي والتنازع الإيجابي كما سيتم تفصيله على النحو التالي:

أ- إشكالية التنازع الإيجابي في تحديد القانون الشخصي:

لا تثار أي صعوبة عند تحديد القانون الشخصي في الحالة التي يكون فيها الشخص أحادي الجنسية أو الموطن أي يحمل فيها جنسية واحدة أو متمتع بموطن واحد قانوناً، لكن الإشكال يدق فيما لو كان الشخص يحمل جنسيتين فأكثر أو متمتع بأكثر من موطن، فالقاضي المنظور أمامه النزاع يحتار في تحديد قانونه الشخصي، وكيف يفاضل بين تلك الجنسيات، إذ يستحيل عملاً الأخذ بها جميعاً في وقت واحد².

عند مواجهة تلك الإشكالية فإنه يتعين التفرقة بين فرضين أساسيين: أحدهما أن تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة والمتنازعة أو يكون الشخص متوطناً في دولة القاضي، والفرض الثاني ألا تكون جنسية القاضي من بين هذه الجنسيات ولم يكن الشخص متوطناً في دولة القاضي³ وفيما يلي بيان ذلك:

¹ هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 392-393.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 182.

³ الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 234.

1- أن يكون النزاع أمام قاضي احدي الدول التي ينتمي إليها الشخص:

وتكون هذه الحالة عندما يكون الشخص متوطنا بدولة القاضي أو متمتعاً بجنسيتها وفقاً لقانونها، وهنا اتفق الفقه على وجوب اعتداد القاضي وأخذ بقانون دولته، باعتبار أن هذا الأخير هو القانون الشخصي للفرد، متجاهلاً باقي قوانين الجنسيات الأخرى وكذلك باقي قوانين الدول الأخرى المتوطن فيها الشخص¹.

وهو ما أخذت به مختلف التشريعات والأنظمة القانونية للدول، على غرار المشرع الجزائري الذي نص في المادة 2/22 ق.م.ج على أنه "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول". فوفقاً لذلك فإنه في حالة تعدد الجنسية وكان للشخص الجنسية الجزائرية فإنه يطبق القانون الجزائري.

2- أن يكون النزاع أمام قاضي إحدى الدول التي لا ينتمي إليها الشخص بجنسيته وغير متوطن بها:

في هذا الفرض تعددت الآراء الفقهية في تحديد القانون الشخصي، لكن الراجح من بينها هو الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية أو الموطن الفعلي، وبذلك فقانون دولة هذه الجنسية أو هذا الموطن يصير القانون الشخصي².

¹ هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص 399.

² الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 236.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 01/22 ق.م.ج بقوله " في حال تعدد

الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

غير أن الإشكال المطروح بهذا الصدد من هو الشخص الذي يقوم بالمفاضلة؟، وما هو

الحل لو عجز عن الوصول إلى هذه الجنسية؟

لقد أسندت التشريعات المقارنة هذه المهمة للقاضي المطروح أمامه النزاع وبذلك له مطلق

الحرية وكامل الصلاحية في الوصول إلى الجنسية الحقيقية للقاضي¹، وهو ما يستشف من نص

المادة 01/22 ق.م.ج التي منحت للقاضي هذه السلطة بقولها "يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

وقد أنتقد هذا الحل من منظور أن القاضي يفلت من رقابة محكمة النقض - المحكمة العليا

في الجزائر - حول سلامة المعيار المعتمد لتحديد الجنسية الحقيقية لمتعدد الجنسية، وتظهر بذلك

خطورة إنشاء القاضي لقاعدة قانونية بدل مهمته الرئيسية وهي تطبيق القاعدة القانونية².

إضافة إلى هذا قد يعجز القاضي عن استخلاص الجنسية الفعلية، وهو فرض يفضل البعض

مواجهته بالقول بأن الشخص الذي لم تثبت له جنسيته الفعلية يجب معاملته معاملة الشخص عديم

الجنسية³.

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 182.

² الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 237.

³ هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 403.

ب- اشكالية التنازع السلبي في تحديد القانون الشخصي:

قد يحدث وأن تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع يكون فيه الشخص عديم الجنسية لأي سبب من الأسباب، فهنا استغل معارضو قواعد الإسناد هذه النقطة واعتبروها مبررا لهجر قواعد الإسناد.

وفي معالجة هذا الإشكال يرى البعض بأنه في الحالة التي تنعدم فيها جنسية الشخص، يتعين تطبيق قانون موطنه أو قانون محل إقامته إن لم يكن له موطن معروف، والغالب أن يكون قانون الموطن هو قانون القاضي¹. وهو الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 03/22 ق.م.ج بقوله "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن، أو قانون محل الإقامة". وبذلك إذا لم يكن للشخص جنسية معروفة أو منعدم الجنسية فما على القاضي إلا تطبيق قانون موطنه أو محل إقامته.

غير أن السؤال المطروح هنا حول ما إذا كان الشخص غير مقيم إقامة دائمة أو معروفة في الدولة أو مقيم إقامة غير شرعية في تلك الدولة ما هو القانون الذي يحكم هذه الوضعية؟

يذهب أحد الشراح إلى القول بأنه لا مناص في هذا الوضع أن يكون القانون الشخصي هو قانون القاضي، بما أن الشخص عديم الجنسية وليس له موطن معروف ولا إقامة دائمة أو شرعية،

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 182.

وبذلك يكون قانون القاضي هو قانونه الشخصي رغم وجود احتمالية أن يكون هذا القانون الأخير بعيد كل البعد عن الشخص محل النزاع ولا تربطه به أي صلة تذكر¹.

ثانياً - الإشكالات المتعلقة بتطبيق القانون المحلي:

قد تشير قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون المحلي على النحو السابق بيانه، ولعل ما يبرر ذلك هو تحقيق وحدة الحلول القضائية وتشابهاً بصرف النظر عن أطراف العلاقة أو مكان رفع الدعوى²، ويمكن إجمال الصعوبات المتعلقة بخضوع المسألة للقانون المحلي والتي استند إليها الجانب الرفض لمنهج قواعد التنازع في ما يلي:

أ - تفرق عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة:

تعتبر الالتزامات الغير تعاقدية المجل الخصب لإعمال القانون المحلي، باعتبار أن ضابط الإسناد الخاص بها يتحدد بماكن وقوع الفعل المنشئ للالتزام على النحو السابق بيانه عند الحديث عن الالتزامات غير التعاقدية، كالمسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب.

ورأينا أن الواقعة القانونية هنا - المسؤولية- قد تتفرق عناصرها لتشمل أكثر من دولة في الوضع الذي يتعدى فيه الخطأ المرتكب حدود الدولة الواحدة أو أن تمتد نتائجه لأكثر من دولة.

¹ الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص241.

² نفس المرجع، نفس الصفحة، ص241.

وهذه الصعوبة التي تواجه القاضي عند بحثه عن القانون الواجب التطبيق تعد من أحد الانتقادات الموجهة للمنهج القائم على قواعد الإسناد، الأمر الذي أدى بالبعض إلى البحث والتقصي لمحاولة معالجة هذا الإشكال.

وقد تطرقنا لمعظم الآراء الفقهية بهذا الخصوص¹. والتي يمكن ايجازها فيما يلي:

- بالنسبة للمسؤولية المترتبة عن الفعل الضار فقد اتجه الرأي الراجح عند الفصل في هذا الإشكال بالقول أن القانون المختص بحكم المسؤولية التقصيرية هو قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ مع صرف النظر عن مكان تحقق الضرر²، وهو ما نلاحظه من الإستثناء الوارد في الفقرة 02 من المادة 20 قانون مدني جزائري، والتي اشترطت أن يكون الفعل غير مشروع وفقا للتشريع الجزائري على النحو السابق بيانه، ما يؤكد توجه المشرع إلى الغعتداد بمكان وقوع الخطأ أو العمل غير المشروع على حساب الضرر عند تحديده القانون الواجب التطبيق في الحالات التي تتعدى الواقعة أكثر من دولة.
- بالنسبة للمسؤولية الناتجة عن الفعل النافع فقد اتجه الرأي الراجح في الفقه، إلى ضرورة الاعتماد بالمكان الذي تحقق فيه الإثراء أو الدفع غير المستحق أو الفضالة، باعتبار أن هذا

¹ أنظر أكثر تفصيل المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني لهذه الدراسة.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص518.

الفعل هو النتيجة الإيجابية¹، وهو الأكثر ظهوراً للعالم الخارجي من الإفتقار، كما أن هذا الفعل هو الأساس القانوني للالتزام في هذا الفرض².

ب- إشكالية وقوع الأفعال في أماكن لا تخضع لسيادة أي دولة:

تكمن الصعوبة هنا عند حدوث الفعل في إقليم غير خاضع لسيادة دولة معينة، أو عند عدم وجود معاهدة دولية حول هذا الإشكال، كما هو عليه الحال في شأن حوادث السفن الواقعة في أعالي البحار، أو حوادث الطائرات التي تقع في الفضاء الجوي الذي يعلو هذه المناطق التي لا يمكن إخضاعها لقاعدة الإسناد التقليدية التي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، إذ ليس هناك قانون دولة يسود أعالي البحار أو الفضاء الذي يعلوها، وبالتالي فإن القول بتطبيق قانون مكان وقوع الفعل على حوادث السفن والطائرات في مثل هذه الحالات هو قول غير سديد، مما يتعين معه ضرورة البحث عن قاعدة إسناد احتياطية تحدد القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض³.

وقد رأينا في الفصل الأول من هذه الدراسة اختلاف الفقه بشأن هذه المسألة كما سبقت الإشارة إليه، أين ذهب جانب من الفقه إلى إخضاع تصادم السفن لقانون السفينة التي ارتكبت

¹ Hélène. CHANTELOUP, op.cit, p51.

² مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 333.

³ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 193.

الخطأ وسببت الحادث¹، باعتبار أن السفينة التي وقع منها الخطأ تشكل مكان وقوع الفعل الضار، والسفينة التي لحقت بها الأضرار تعتبر في حكم المكان الذي تحقق فيه الضرر².

كما ذهب فريق آخر إلى القول بأن للمضروب أن يختار بين القانونين، ويرى جانب آخر بتطبيق كلا من قانون السفينة التي ارتكبت الخطأ وقانون السفينة التي تضررت، أي تطبيق كلا القانونين³. وهي نفس الآراء بخصوص تصادم الطائرات، في الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار⁴.

أما الحالة التي يقع فيها الفعل المنشئ للالتزام على ظهر سفينة في أعالي البحار غير خاضعة لإقليم دولة معينة أو على ظهر طائرة في الفضاء الجوي فقد رأينا أن الرأي الغالب في الفقه اتجه إلى تطبيق قانون العلم - قانون الدولة التي تنتمي إليها السفينة أو الطائرة - استناداً إلى الفكرة التقليدية التي مفادها أن السفينة والطائرة هي جزء من إقليم الدولة التي ترفع علمها أي امتداد لإقليمها، وأن الأفعال المرتكبة فوق السفينة أو الطائرة تعتبر وكأنها وقعت فوق إقليم الدولة صاحبة العلم⁵.

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 520.

² هشام صادق و حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 279.

³ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 193. أيضاً: مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 333.

⁴ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 142.

⁵ هشام صادق وحفيظة الحداد، نفس المرجع، ص 284.

ثالثاً - الإشكالات المتعلقة بتطبيق القانون المكاني:

عند حديثنا عن القانون الواجب التطبيق وجدنا أن أغلب التشريعات أخذت بقانون موقع وجود هذه الأموال وبالنسبة للعقار مكان تواجد العقار، باعتبار أن مكان تواجد الأموال هو مركز الثقل في العلاقة.

غير أن هذا التحديد لا يخلو هو الآخر من الصعوبات، خاصة في الحالة التي يقع فيها العقار بين الحدود الفاصلة لدولتين، وكذا صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عند انتقال الأموال محل المنازعة من مكان لآخر كالبضائع المشحونة¹، هذه الصعوبة التي شكلت أحد الانتقادات الموجهة للمنهج القائم على قاعدة الإسناد، وقد تطرقنا لمعظم الآراء الفقهية بهذا الخصوص²، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على العقار الواقع في الحدود الفاصلة بين دولتين فقد اتجه الفقه في هذا الفرض إلى القول بتجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد بها على إقليمها، خاصة في حالة ما إذا لم توجد اتفاقية دولية تنظم هذه المسألة³.
- بالنسبة للقانون الذي يحكم السفن والطائرات أثناء تنقلها فإنه وحسب الرأي الراجح في الفقه تخضع لقانون دولة العلم الذي تحمله الطائرة أو السفينة، بغض النظر عن المكان الذي تتواجد فيه¹.

¹ الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 259.

² أنظر أكثر تفصيل المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني لهذه الدراسة.

³ هشام صادق و حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 320. أنظر أيضاً: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 284.

- بالنسبة للقانون الذي يحكم البضائع أثناء نقلها، باعتبار أن موقعها هنا غير ثابت، فقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي في هذه الحالة هو قانون الدولة التي تتوجه إليها البضاعة، في حين رأى جانب آخر أن البضائع التي تنقل على السفن والبواخر والطائرات، تخضع لقانون دولة علم السفينة أو الطائرة، في حين اتجه رأي ثالث إلى إخضاعها لقانون المكان الذي استقرت فيه مؤقتا في تلك اللحظة².

وقد أكد المشرع الجزائري في المادة 17 قانون مدني أن القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي هو قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، أي قانون مكان وجود المنقول عند اكتساب الحقوق أو فقدها.

وتجدر الإشارة أن التمسك بالحق المكتسب على منقول في ظل النظام القانوني لموقعه القديم يسقط إذا كان قانون الدولة التي نقل إليها لا يعترف بهذا الحق، رغم مناداة البعض بوجوب أعمال مبدأ الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة على المنقول في دولة موقعه الجديد³.

رابعاً- الإشكالات المتعلقة بتطبيق ضابط قانون الإرادة:

كذلك تعرض القانون المختار من الأطراف كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق إلى جملة من الانتقادات التي تدور أساسا حول الصعوبات المصاحبة لإعمال الإرادة الضمنية للأطراف.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 1000.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 394.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 289.

فعند عدم وجود ارادة صريحة يمكن للقاضي استخلاص الإرادة الضمنية من ظروف وملابسات التعاقد، من بين هذه العلامات أو الظروف نذكر مثلا: إشارة المتعاقدين لنصوص قانون معين، أو استخدامهم للمصطلحات المقررة في هذا القانون، الموثق الذي حرر لديه العقد، واللغة التي حرر بها، والعملية المتفق على الوفاء بها، واتحاد جنسية الخصوم ... الخ من الأمور التي يستفاد منها الوقوف على إرادة الأطراف¹.

ولعل أهم الإنتقادات الموجهة للإرادة الضمنية هي عدم خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا في بحثه عن إرادة الأطراف الضمنية، لأنه في الحقيقة يقوم بتفسير العقد، وهو ما لا يخضع فيه بصفة عامة لرقابة المحكمة العليا، الأمر الذي يكشف عن مقدار الحماية والحصانة الممنوحة للقاضي وهو بصدد إنشاء قاعدة الإسناد، وذلك وفقا لما يقدره بترجيحه لهذه الظروف والملابسات، والتي قد تؤدي في النهاية إلى تحديده لقانون لم يرد المتعاقدان الإحتكام له ولم تتجه إرادتهم الحقيقية لذلك².

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعط للقاضي صلاحية البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في نص المادة 18 ق.م.ج أين تكلم فقط عن الإرادة الصريحة وفي حال غيابها وضع ضوابط احتياطية يمكن اللجوء إليها لتحديد القانون الذي يحكم العقد.

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص431.

² الباز مصطفى محمد مصطفى، المرجع السابق، ص261.

المطلب الثاني

ظهور مناهج جديدة تُتازع قواعد الإسناد

لقد كان للعولمة أثراً بارزاً على تطور العلاقات فيما بين الدول والأفراد هذا التطور بالضرورة نتج عنه تطور في مضمون الأفكار المسندة، وبالمقابل عدم وجود ضوابط إسناد محددة ودقيقة لهذه الأفكار¹، وبالتالي فإن قواعد الإسناد التقليدية لم تعد تتلاءم مع العلاقات الخاصة الدولية والواقع الاقتصادي الجديد.

ونظراً للإشكالات التي صاحبت تطبيق قواعد الإسناد والطعنات الموجهة لها طيلة فترة طويلة من الزمن، والتي سبق تفصيلها أعلاه، كان لزاماً على فقهاء القانون الدولي الخاص التحري والبحث عن مناهج جديدة تكمل المنهج التقليدي القائم على قواعد الإسناد أو تستبعده تماماً، بقواعد مباشرة لا يشوبها أي لبس أو غموض.

هذه المناهج الجديدة ورغم عدم قدرتها على احتلال مركز الصدارة الذي تحتله قواعد الإسناد التقليدية إلا أنها تشكل أزمة في حد ذاتها لقواعد الإسناد، بما أن أنصار هذه المناهج يطالبون في كل مرة بهجر قواعد الإسناد وتبني مناهجهم الجديدة.

وإزاء هذا الوضع توجب علينا في هذه الدراسة التعرض ولو بإيجاز لهذه المناهج التي تترامق قواعد الإسناد في فض مشكلة تنازع القوانين، من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، بحيث نتناول في الفرع الأول: منهج القواعد المادية، وفي الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري.

¹ خير الدين كاظم الأمين، المرجع السابق، ص103.

الفرع الأول

منهج القواعد المادية

لقد ظهر منهج القواعد المادية كبديل لمنهج التنازع بسبب المتطلبات الاقتصادية المستحدثة، أين حاول أن يسهم في منح المتعاملين في ميدان التجارة الدولية التيسير والطمأنينة في التعامل والعلم المسبق بالقانون الذي يحكم علاقتهم¹.

وعلى هذا النحو سنحاول من خلال هذا الفرع تسليط الضوء على مفهوم منهج القواعد المادية ودوره في حل مشكلة تنازع القوانين، وكذا تبيان علاقته بقواعد الإسناد، من خلال العناصر التالية:

أولاً - مفهوم القواعد المادية:

لمعرفة المقصود بالقواعد المادية أو الموضوعية ومضمونها ارتأينا أولاً تعريفها ثم بيان مصادرها.

أ - تعريف القواعد المادية:

تعرف القواعد المادية بأنها "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيمات قانونية وحلول ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانوناً

¹ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2015-2016.

خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة"¹، وقد ركز هذا التعريف بدرجة أولى على الدور الذي تلعبه هذه القواعد في كونها تقدم حلول مباشرة باستقلالية تامة.

كما يعرفها أحدهم بأنها " القانون الذي يضع مباشرة تنظيما قانونيا موضوعيا خاصة، ومستقلا عن حلول القوانين الوطنية، للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية"².

ووفقا لهذين التعريفين يتضح أن منهج القواعد المادية يختلف عن قواعد الاسناد من حيث أن قواعد الاسناد لا تقدم حولا مباشرة على النحو السابق بيانه ذلك أن وظيفتها ارشادية، في حين أن القواعد الموضوعية أو المادية هي قواعد تقدم حلول مباشرة للنزاع المطروح أمامها.

فبواسطة هذه القواعد يتم حل النزاع موضوعيا ودون الحاجة إلى تعيين قانون معين، لأنها وضعت أساسا لتستجيب لطبيعة العلاقات الخاصة الدولية، ومن بينها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، بغض النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين، مما يقتضي التسليم بسموها على قواعد القانون الداخلي الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه³.

ب- خصائص القواعد المادية:

من خلال العريف السابق للقواعد المادية يمكننا ابراز خصائصها على النحو التالي:

1-القواعد المادية هي قواعد مباشرة وموضوعية:

¹ خليل ابراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص103.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص47.

³ بلاق محمد، القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012، ص88.

تعطي القواعد المادية حلاً مباشراً للنزاع المعروض دون الحاجة للوسائل الفنية السابقة الشرح كالتكليف والإحالة ودون الإستناد إلى قانون معين، وبذلك يسهل تطبيقها والعلم بها مسبقاً مما يحقق توقعات الأطراف، وتحقق الأمن القانوني¹.

وعليه ومن خلال تسميتها بالموضوعية يتضح أنها تفصل في النزاع مباشرة تماشياً مع متطلبات المعاملات الخاصة الدولية التي أضحت تركز على الوقت والسرعة.

2- القواعد الموضوعية قواعد ذاتية:

نقصد بالذاتية هنا أنها تشكل قانوناً مستقلاً قائماً بذاته وهذه الخاصية ترجع بالدرجة الأولى لطبيعة هذه القواعد التي تتفق فيها مع القواعد الموضوعية في مختلف فروع القانون، فإذا كان منهج الإسناد منهج تتميز به وسائل فض مشكلة تنازع القوانين في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فإن القواعد الموضوعية لا تختلف في العلاقات الخاصة الدولية عن غيرها من العلاقات الخاصة الوطنية، فكلاهما يضع أحكاماً موضوعية تفصل في النزاع المطروح مباشرة².

3- القواعد المادية قواعد ذات مضمون عالمي:

تعدّ القواعد المادية ذات مضمون عالمي، إذ أنها موجودة في النظم القانونية الوطنية والدولية، وتحكم العلاقات التجارية الدولية، ويشير المضمون الدولي لهذه القواعد إلى أنها تنطبق على العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، حتى لو كانت بعض عناصرها وطنية، ما دام الطابع

¹ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 27.

² عبد الله سيف علي هلال السبوسي، "دور القواعد الموضوعية ومنهج الإسناد في فض مشكلة تنازع القوانين في مسائل الفعل الضار الناتج عن الاعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف مع التطبيق على قانون دولة الإمارات العربية المتحدة"، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، المجلد: 05 العدد: 05، الامارات العربية المتحدة، 2020 ص 273.

التعاقدية لهذه العلاقات دولياً، بل وتتنطبق هذه القواعد حتى إذا كانت إحدى الأطراف دولةً أو شخصاً في القانون الدولي العام، ويهدف هذا النهج إلى تحقيق حلولٍ عالمية¹.

4- القواعد الموضوعية قواعد تلقائية:

ترتكز خاصية التلقائية للقواعد الموضوعية على نشأتها، حيث أن العديد من القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية هي قواعد عرفية، اتفقت عليها الأطراف في العلاقات التجارية الدولية واتفقوا على ضرورة تطبيقها، حتى ولو لم يتم تنظيمها تشريعياً عن طريق الاتفاقيات دولية أو القوانين المحلية².

5-قواعد سهلة التطبيق وتستجيب لاحتياجات الأطراف:

هذه الخاصية تتمثل في سهولة الوصول إلى المعلومات الخاصة بالقواعد المادية وسهولة تطبيقها، حيث يعد الحصول على الحلول بسرعة وسهولة والتنبؤ بها من بين المتطلبات الرئيسية للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، التي تشهد نشاطاً معقداً ومتشابكاً، وبالتالي فإنه يتعين على الجميع البحث عن إطار قانوني فعال يسهل الوصول إلى الحلول ويحقق السرعة والائتمان. وهو ما يتحقق مسبقاً في هذه القواعد الموضوعية، فهي تمكن الأطراف المتعاقدة والقضاة والمحكمين من معرفة حكم القانون ومضمون الحل التنازعي مسبقاً³.

¹ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 29.

² عبد الله سيف علي هلال السبوسي، المرجع السابق، ص 273.

³ بلاق محمد، نفس المرجع، ص 29.

ج- مصادر القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية:

قد تكون القواعد الموضوعية وطنية المصدر، حال لجوء بعض المشرعين الوطنيين إلى وضع تنظيم قانوني خاص بمسألة معينة، أو حال استحداث القضاء في بعض الدول قواعد موضوعية تنطبق على عقود التجارة الدولية مباشرة، مخالفاً بذلك ما يقضي به القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد، وبجانب ذلك توجد قواعد موضوعية غير وطنية المصدر¹، تنشأ عن طريق الاتفاقات والمعاهدات الدولية التي تبرمها الدول فيما بينها²، وهو ما سنفصله فيما يلي:

1- القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي:

قد نجد أحكاماً تشريعية موضوعية تقرها الدول تخص المعاملات التجارية الدولية³، من ذلك الأحكام التشريعية الخاصة بالرقابة على الصرف والتنظيم الوطني الخاص بالإستيراد وتصدير البضائع، فتعتبر هذه القواعد من أصل داخلي غير أنها معدة أساساً لحكم العلاقات الدولية وأول صعوبة تثيرها تلك الأحكام هي عدم تحديد مجال تطبيقها بدقة، وعليه فإن التمييز بينها فيما يخص ما هو خاص بالعلاقات الدولية، وما هو خاص بالعلاقات الداخلية يعتبر مشكل ينبغي

¹ Deby Gerard- Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, Paris, 1973, P. 124

² الهواري أحمد محمد أمين، "عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد"، مجلة الأمن والقانون، المجلد: 20، العدد: 02، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2012، ص 11.

³ R. Quenaudon, Les intermédiaires de commerce, dans les relations internationales, Dr. Int. j. class. 1997, p 119.

حسمه بصفة أولية، بسبب اختلاف التشريعات الوطنية حسب التكييف الخاص بكل مسألة على حدى¹.

فإختلاف جنسية الطرفين وورود شروط تحكيم في العقد، ليست قرينة قاطعة على دولية العلاقات القانونية، فقد تكون مسائل عارضة أو أولية أو مصطنعة².

بالإضافة إلى القوانين التشريعية فقد لعب القضاء الداخلي دورا هاما في خلق القواعد المادية، أين صدرت العديد من الأحكام القضائية تمثل قواعد موضوعية ذات طابع قضائي، وذلك بغض النظر عما يقضي به القانون الداخلي بمقتضى قواعد التنازع، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن هذه القواعد الموضوعية أو المادية جاءت استجابة للعقود الدولية، وتطبق مباشرة على النزاع المطروح³.

2- القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي:

تتمثل القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي في الإتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم المسائل المتعلقة بمجالات القانون الدولي الخاص، حيث ترى الدول أحيانا ان من مصلحتها توحيد بعض النظم القانونية الخاصة بتنظيم مراكز دولية معينة، مثال ذلك الإتفاقيات الضريبية وأنظمة التصدير

¹ الطيب زروتي، "مناهج تتنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية"، المجلد:35، العدد:03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 15-09-1998، ص 87.

² نفس المرجع، ص87.

³ الهواري أحمد محمد أمين، المرجع السابق، ص 20.

والإستيراد والمعاهدات المتعلقة بتوحيد الأوراق التجارية والمعاهدات الخاصة بالملكية الصناعية والأدبية والفنية، والمعاهدات المنظمة للبيع الدولية ومعاهدات النقل الدولي.... إلخ¹.

غير أن هذه المعاهدات أو الاتفاقات الدولية لا تعد المصدر الوحيد للقواعد الموضوعية التي لا تتبع من مصدر وطني، إذ يوجد بجانبها القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية، وهي عادات وأعراف التجارة الدولية، والتي تكونت واستقر عليها المتعاملون بالتجارة الدولية، وتجد هذه العادات والأعراف التجارية مجالاً خصباً للتطبيق لدى قضاء التحكيم الدولي خلافاً للقضاء الداخلي والذي مازال موضع خلاف حول تطبيق هذه القواعد مباشرة على المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطابع الدولي².

ثانياً - علاقة القواعد المادية بقواعد الإسناد:

منذ ظهور منهج القواعد المادية تماشياً مع المتطلبات المستحدثة في العلاقات الخاصة الدولية، لا سيما فيما يتعلق بالتجارة الدولية، طفى إلى السطح جدال فقهي حول طبيعة العلاقة بين القواعد المادية و قواعد الإسناد، لذا سنحاول إبراز أهم هذه الآراء فيما يلي:

أ - علاقة القواعد المادية بقواعد الإسناد هي علاقة تنافس:

يرى أنصار هذا الإتجاه إلى أن هناك عداء قائم بين المنهجين يتجاوز حد إقصاء منهج القواعد المادية لحلول قواعد الإسناد فقط، بل يصل إلى إقصاء أو استبعاد وسيلة تعيين ذلك

¹ الطيب زروتي، مناهج تتنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 99.

² الهواري أحمد محمد أمين، المرجع السابق، ص 23.

القانون، أي هجر منهج قواعد الإسناد، فالثابت فقها أن القواعد المادية هي قواعد دولية القالب جاءت لتلائم مع متطلبات التجارة الدولية والعلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة، فهي مخلوقة من أجلها وتحل مباشرة منازعاتها، بخلاف قاعدة التنازع التي تعد وطنية المنشأ تستهدف في الأساس تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الخاصة الدولية، وهذا الوضع من شأنه أن يجعل المنهجين في وضع تنافس وعداء¹.

ونادى بهذا الرأي الفقه الأمريكي الذي أطلق على منهج القواعد المادية تسمية المنهج الواقعي، ذلك أن قاعده التنازع طبقا لهذا الرأي، قاعده ميكانيكية لا تستند إلى المنطق القانوني السليم في تحديد القانون الواجب التطبيق وإنما تستخدم ضوابط إسناد خاصة لا تؤدي إلى التوصل إلى الحل السليم، فهي لا تكثر بالحل الموضوعي للنزاع وإنما تكتفي فقط بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق وبالتالي يتعين استبدالها بمنهج القواعد المادية بوصفه وسيلة فنية وجدت أساسا للخروج من التعقيد الذي تتصف به قاعدة الإسناد².

ب - علاقة قواعد الإسناد بالقواعد المادية هي علاقة تعاون وتكامل:

يعتبر الفقه اليوناني أول من تطرق لنظرية التكامل في قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، وقد انطلق هذا الفقيه في فكرة أنه في الوقت الذي تعد فيه قواعد الإسناد ضمن منهجية تنازع القوانين هي النموذج الأمثل والوحيد حسب ما يرى الفقه التقليدي، فإن القانون الدولي

¹ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 228.

² عباس العبودي، "المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية، وأثرها على قاعدة تنازع القوانين"، مجلة اليرموك الجامعية، المجلد: 08، العدد: 01، العراق، 2016، ص 08.

الخاص فضلا عن قواعد الإسناد، توجد أيضا قواعد أخرى أطلق عليها هذا الفقيه تسمية "القواعد الموضوعية"، هذه القواعد تتولى في النظام القانوني الوطني توفير الحل الموضوعي المباشر للمسائل القانونية التي تخضع له، عند عجز قواعد الإسناد في عن تغطية الحالات التي يتم فيها تحديد قانون أجنبي لحكم العلاقة القانونية بالرغم من كونه قانونا عاما يتضمن تنظيم مختلف جوانب الحياة، مثل قوانين النقد والتأمين الاجتماعي وتنظيم السجل المدني ومرفق القضاء ومحاربة الإحتكار وغيرها من التشريعات التي تؤثر بالضرورة على علاقات القانون الخاص، وترتب آثارا خارج إقليم الدولة¹.

يرى البعض من الفقه أن علاقة قواعد الإسناد بالقواعد المادية هي علاقة تكامل وتعاون، إذ أن القواعد المادية لم تصل بعد إلى تشكيل نظام قانوني مستقل متكامل بكل أركانه، فالأمر يتعلق بمنهج ما زال في بداياته الأولى يشوبه القصور والنقص في جوانب عديدة منه، و بالتالي فلا مناص من الإستعانة بقواعد التنازع و لو بصفة جزئية، و العمل على تطويرها في معظم النظم القانونية الوطنية لمختلف الدول قصد معالجة النقص في هذه الأحكام².

ونعتقد بأن الرأي القائل بأن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تكامل هو الأنسب، باعتبار أن القواعد المادية من الناحية العملية لا ترقى لأن تكون منهجا مستقلا قائما بذاته، إذ أن القواعد المادية هي قواعد مهنية لا تنظم في الواقع إلا نوعا معينا من حالات التنازع دون أن تكون قادرة

¹ إلهام فاهم نغيش، المرجع السابق، ص121.

² بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص124.

على حكم جميع المسائل ذات العنصر الأجنبي وبذلك فإن الإحتكام للقواعد المادية يكون فقط في الحالات التي تعجز عن حلها قواعد الإسناد، وهنا يظهر تكامل المنهجين¹.

الفرع الثاني

القواعد ذات التطبيق الضروري

رأينا سابقا أنه للفصل في أية رابطة قانونية ذات عنصر أجنبي قد تشير قاعدة الإسناد لتطبيق قانون أجنبي لحل النزاع الذي ينشب بخصوصها، إلا أن هذا الأمر ليس مطلقا من كل قيد، حيث توجد بعض القواعد القانونية التي لا تسمح طبيعتها الخاصة بقبول الاشتراك القانوني بين الدول المختلفة، ففي وجود تلك القوانين يتعين على القاضي تطبيق قانونه الوطني فقط، وإن كانت قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق قانون أجنبي تحت ما يسمى بالنظام العام، ومن بين هذه القواعد القانونية " القواعد ذات التطبيق الضروري" أو ما درج بعض الفقه على تسميتها بقواعد البوليس والأمن².

وللإحاطة بمختلف جوانب هذه القواعد إرتابينا أولا تقديم مفهوم هذه القواعد ثم في مرحلة ثانية تبيان علاقتها بقواعد الإسناد.

¹ عباس العبودي، المرجع السابق، ص08.

² علي الهادي الأسود، "العلاقة القانونية بين القواعد ذات التطبيق الضروري(قواعد البوليس والامن) وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، السنة الثانية، العدد:07، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015، ص26.

أولاً- مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري - قواعد الأمن والبوليس:-

لمعرفة المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري يتعين بالدرجة الأولى تعريفها وتبيان الفرق بينها وبين قواعد الإسناد ومجال تطبيقها وهو ما سنعالجه في النقاط التالية:

أ- تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد الامن والبوليس:

يعترف القانون الدولي الخاص بوجود مفهوم دقيق للنظام العام يعرف بقوانين البوليس ذات التطبيق الضروري، حيث أضحت هذه الفكرة من الأفكار الأساسية التي تحتل مكانا بارزا في هذا الفرع القانوني، وقد أطلق الفقه التقليدي على هذه القواعد عدة تسميات منها *Règles de police et de sucrette* والمعبر عنها بقواعد البوليس والأمن، وتشمل كل القواعد التي تحمي المصلحة العامة¹.

وقد عرف الدكتور "هشام علي صادق القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها" قواعد مادية ذات طابع داخلي قد تنتمي إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي، ويمكن للقاضي أن يكشف من خلال تحليله لمضمونها وكذلك الهدف الذي تسعى إلى إدراكه، عن مدى إرادة مشرعيها في تطبيقها على النزاع المطروح"².

فمن خلال هذا التعريف يتضح أن هذه القواعد تطبق مباشرة على النزاع دون الحاجة إلى إعمال أو استشارة قواعد الاسناد.

¹ بلاش ليندة، "دور القواعد ذات التطبيق الضروري بين الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبتها"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد:10، العدد:03، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 31-12-2019، ص501.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 54.

ولعل الجمع بين قوانين الأمن والبوليس يثير نوعاً من اللبس، إذ يرى الفقه الحديث، ضرورة توضيح التفرقة بين كلا القانونين، فقوانين الأمن من خصائصها الإقليمية فهي تشمل قواعد القانون الجنائي والإداري وقواعد القانون العام الأخرى التي لا ينشأ بشأنها تنازع القوانين مطلقاً، في حين تتصل قوانين البوليس بالقانون الخاص، وتهدف لحماية المصلحة العليا للدولة مثل قوانين الائتمان الاقتصادي، وبعض القوانين الاجتماعية كقانون العمل والأحوال الشخصية¹.

ولا شك في أن جميع هذه التسميات تشترك في كونها منطوية على أسلوب أو منهجية مغايرة لمنهجية قاعدة الإسناد في شأن المسألة الخاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، ومفاد هذه التسميات أن هناك بعض القواعد القانونية في قانون القاضي المختص بالفصل بالمنازعة لا تقبل أن تزاخمها في حكم المنازعة أية قواعد أجنبية أخرى فقواعد قانون القاضي تستأثر بحكم هذه العلاقة، ومتى ترسخ في ذهن هذا المعنى، صح في نظر هذا الجانب من الفقه بعد ذلك استخدام تعبير قوانين البوليس" أو "القوانين ذات التطبيق الضروري أو "القوانين ذات التطبيق المباشرة أو غيرها، متى كان معروفاً سلفاً الموضوع الذي تتعلق به في نطاق القانون الدولي الخاص².

ب- التمييز بين القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد:

يرجع سبب ظهور القواعد ذات التطبيق الضروري، إلى اجتياح الدولة للمجالات المتعددة للقانون الدولي الخاص ومن أبرز هذه المجالات وأهمها مجال العقود الدولية، حيث ازدادت

¹ علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 29.

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 143.

النصوص الآمرة في هذا المجال، و قيدت حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، نذكر على سبيل المثال علاقات العمل التي أصبحت تخضع لقواعد آمرة في قانون الدولة التي ينفذ عقد العمل على إقليمها، وتسمى هذه القواعد بـ *Loi de police contractuelle* ، فلا يكون هناك مجال لإعمال قانون الإرادة في مثل هذا الوضع¹.

وهو ما عالجه المشرع الجزائري في نص المادة 05 ق.م.ج بقولها "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

وعليه يمكن توضيح الفرق بين قواعد الإسناد و قواعد البوليس أو التطبيق الضروري في عدة نقاط نبرزها على النحو التالي²:

- أن القواعد ذات التطبيق الضروري، تكون واجبة التطبيق بمجرد أن يتحقق القاضي من وجودها سواء أكانت العلاقة محل النزاع وطنية أم دولية، أما قاعدة الإسناد فلا يمكن تطبيقها إلا إذا تحقق القاضي من أن العلاقة المعروضة عليه هي علاقة دولية.

- كذلك يذهب منهج قاعدة الإسناد إلى تحليل العلاقة أو المركز القانوني محل النزاع، ثم يسندها إلى قانون دولة معينة باعتباره القانون الأمثل لحل ذلك النزاع، وقد يكون ذلك القانون هو قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية، أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، فهو يقوم على تحقيق الحماية التي أوجبها المشرع للنظام القانوني لمجتمعه، فإذا تأكد

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 58-59.

² علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 39.

القاضي من هذا الهدف، وهو هدف الحماية، طبق تلك القاعدة فورا ودون البحث عن طبيعة المسألة أو العلاقة القانونية، حتى وإن كانت تلك العلاقة دولية.

- يعتمد منهج قاعدة التنازع على اختيار أنسب القوانين المتنافسة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي¹. بحيث يمكن للقاضي بمقتضى معايير الإسناد المتداولة ربط العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي بأحد هذه القوانين باعتباره الأقرب صلة لتلك العلاقة، وهو ما يقوده إلى نوع من الاعتدال في معاملته للقانون الأجنبي ويرتبط بمفهوم هذا الاختيار، أن قاعدة التنازع هي بحسب المبدأ قاعدة مزدوجة يمكن أن تشير بحسب الأحوال ودون تحكم بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي².

وعلى خلاف ذلك فإن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، تصدر لمواجهة مقتضيات أمر، وإعمال هذه الأخيرة يكون بصورة مستقلة عن قواعد التنازع، ويتم تطبيقها متى ثبت ارتباطها بالعلاقة ولو كان هذا الارتباط ضعيف³.

- من حيث هدف كل منهما، نجد أن قواعد الإسناد تعمل على الموازنة بين القوانين المتنافسة على حكم علاقة معينة، من أجل تحقيق حل مناسب يعمل على تسهيل العلاقات الخاصة الدولية بين الأفراد عبر الحدود على النحو السابق ذكره، فيزيد من نموها وتعاضمها، في حين

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 60-61.

² بلاق محمد، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 245.

³ أحمد عبد الحميد عشوش، نفس المرجع، ص 60-61.

نجد أن هدف القواعد ذات التطبيق الضروري هي حماية النظام القانوني الوطني، وفق ما يرسمه المشرع الوطني، ولا تهدف إلى حماية مصالح العلاقات الخاصة الدولية¹.

ثانيا - علاقة قواعد الاسناد بالقواعد ذات التطبيق الضروري:

بعد تعرضنا لأهم ما يميز قواعد الإسناد عن القواعد ذات التطبيق الضروري يطفو إلى السطح تساؤل حول ضرورة قواعد الأمن والبوليس، ومدى مدى أعمال المنهجين جنبا إلى جنب أو بمعنى أدق هل تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري يغنينا عن استعمال قواعد الإسناد أو يمكن الاستعانة بهما معا؟

وللإجابة على هذا التساؤل يقول الدكتور "هشام علي صادق" أن تطبيق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري لا يعني تجاهل المنهج القائم على قواعد الإسناد، هذا الأخير الذي يقوم في الفقه الحديث إلى جانب منهج التطبيق الضروري ويتعايش معه، إذ يتعين على القاضي خارج نطاق سريان قواعد التطبيق الضروري المقررة لحماية المجتمع²، أن يتصدى لتحليل العلاقة المطروحة أمامه، والكشف عن طبيعتها حتى يتمكن من تحديد قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق، ووفق هذا الطرح فإن قواعد الإسناد تحكم جميع المسائل المتنازع حولها والتي لا تدخل في مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري³.

¹ علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 39.

² BUREAU Dominique, Horatia Muir Watt, op.cit, p. 315.

³ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 541.

وقد تقيد القواعد ذات التطبيق الضروري من أعمال قواعد الإسناد طبقاً للشروط والأهداف التي تسعى لتحقيقها، ومشروعية المصلحة المحمية بموجبها، وتأسيساً على هذه الأهداف فقد تشكل قيوداً حتى على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار العلاقات الخاصة الدولية على النحو السابق ذكره، هذه الأهداف التي يجب تحقيقها أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع، وكذلك أخذها في الاعتبار بالنسبة لحالة عرض النزاع أمام المحكم الدولي¹.

وفي الأخير يمكن القول أنه ورغم كل الانتقادات والطعنات الموجهة لقواعد الإسناد على النحو المذكور، ورغم ظهور مناهج جديدة لحل مشكلة تنازع القوانين إلا أن هذه الأخيرة لم تستطع إقصاء الدور الذي تلعبه قواعد الإسناد في فض مشكلة تنازع القوانين، بحث لا زالت إلى يومنا هذا تحتل الصدارة في القوانين والأنظمة المقارنة وكذا الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية، وعليه لا تعدو هذه المناهج الجديدة إلا أن تكون مناهج مكملة لمنهج قواعد الإسناد.

¹ بلاش ليندة، المرجع السابق، ص 505.

المبحث الثاني

أزمة منهج النزاع في ظل التكنولوجيات الحديثة

تم في السنوات الأخيرة تطوير تكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات بشكل هائل، حيث أثرت هذه الأخيرة بشكل كبير على المجتمعات في مختلف جوانب الحياة، أين ظهرت شبكة الإنترنت، المعروفة أيضاً بالشبكة العنكبوتية، وقد حوّلت العالم إلى قرية صغيرة حيث يمكن إجراء جميع المعاملات ببساطة عبر الضغط على لوحة المفاتيح الخاصة بالحاسوب، دون الحاجة للتنقل أو الانتظار.

كما ظهر نوع جديد من المعاملات يُعرف بالتجارة الإلكترونية، والتي تتميز بخصائص مختلفة عن تلك المعاملات المعروفة في التجارة التقليدية. فعلى سبيل المثال، تتم هذه المعاملات عن بُعد، حيث يتم إبرامها باستخدام وسائل الاتصال عن بُعد، وخاصةً عبر شاشات الحواسيب وشبكة الإنترنت، ومن الميزات البارزة لهذا النوع من التجارة هو إمكانية إقامة علاقات تعاقدية مباشرة بين الأطراف من خلال الشبكة في دول مختلفة.

تلك الميزات الفريدة في التجارة الإلكترونية تجعلها تختلف عن التجارة التقليدية، وتمنع تطبيق بعض الأحكام القانونية التقليدية على المعاملات والعقود الإلكترونية.

ومع تزايد انتشار التجارة الإلكترونية، يُعدّ تطوير الأطر القانونية والقوانين المتعلقة بهذا المجال أمراً حيويًا لضمان سلامة ونجاح هذه المعاملات، وتوفير بيئة قانونية موثوقة وعادلة

لجميع الأطراف المشاركة فيها، ومن هنا أصبحت الضرورة ملحة لتعديل بعض الأحكام التقليدية، أو إصدار قانون جديد ينظم هذه المعاملات الإلكترونية، وعلى غرار باقي الدول حاول المشرع الجزائري مواكبة هذا التطور التكنولوجي، وخطى خطوة مهمة بإصداره القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، رغم أن إصداره كان متأخرا مقارنة ببعض الدول العربية السبّاقة في هذا المجال.

فظهر المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت، جعل من فقهاء القانون الدولي الخاص، يراجعون أفكارهم التقليدية، أو على الأقل محاولة تعديلها بما يتماشى وطبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتسم بالطبيعة الافتراضية غير المادية، والتي لا ترتبط بالحيز الجغرافي للدولة، وطبيعة وصفة الأشخاص، أين ثار جدال كبير بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول مدى اعمال وتطبيق قواعد الإسناد التقليدية على العقود الإلكترونية.

هذا الاختلاف الفقهي في تطبيق قواعد الاسناد على العقود الإلكترونية يُعدُّ روح القانون ومصدر متعة البحث القانوني، ويفضله، وبعد إسقاط قواعد الإسناد التقليدية على العقود الإلكترونية، تم الكشف عن العديد من الصعوبات التي تواجه تطبيق تلك القواعد التقليدية على هذا النوع من العقود، كما أدى إلى ظهور أفكار جديدة ومفاهيم متطورة تحل محل قواعد الإسناد التقليدية، وتُعرفُ بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، هذه القواعد المادية تأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الفريدة والتميزة للتجارة الإلكترونية، وتوفر التوجيهات والإرشادات اللازمة للأطراف المعنية للتعامل بشكل صحيح وآمن في هذا النطاق.

حيث تتطلب هذه القواعد المادية للتجارة الإلكترونية مرونة في تفسير وتطوير الأطر القانونية المناسبة لتلبية تحديات التجارة الإلكترونية المستمرة، وتعزز الأمان والثقة في المعاملات الإلكترونية كما تسهم في تعزيز النمو والتطور الاقتصادي لقطاع التجارة الإلكترونية.

وعليه وللكشف عن العقبات القانونية التي تعيق تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بمنهج التنازع التقليدي على العقود الإلكترونية، ولالإلقاء الضوء على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية كمنهج جديد، قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الإشكالات المصاحبة لإعمال قواعد الإسناد على العقود الإلكترونية، أما في المطلب الثاني سنتطرق إلى ظهور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية كحل بديل لقواعد الإسناد التقليدية.

المطلب الأول

الإشكالات المصاحبة لإعمال قواعد الإسناد على العقود الإلكترونية

حكم منهج التنازع التقليدي المعاملات والعقود التقليدية لفترة طويلة من الزمن ولا زال فعالاً ومعمولاً به في وقتنا الراهن، باعتباره يلعب دوراً هاماً في حل مشكلة تنازع القوانين، على النحو السابق بيانه.

وعلى غرار العقود التقليدية، تطرح العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت العديد من المشاكل القانونية، كتحديد زمان ومكان إبرام العقد، والتحقق من هوية الأطراف، وحماية المستهلك الإلكتروني، وتنفيذ العقد الإلكتروني، والقانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ

عن العقود الالكترونية، هذا الإشكال الأخير تحتاج الاجابة عنه تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتاول في الفرع الأول: إشكالات تطبيق ضابط القانون المختار (قانون الارادة)، وفي الفرع الثاني: إشكالات أعمال ضوابط الاسناد الاحتياطية.

الفرع الأول

اشكالات تطبيق ضابط القانون المختار من المتعاقدين

سبق وأن أشرنا في الفصل الأول من هذا الباب عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، أن اختيار القانون الواجب التطبيق من أطراف العقد، ساهم بشكل كبير في فض مشكلة تنازع القوانين، حيث تتبناه مختلف التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية وكرسه قضاء العديد من الدوال، وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ قانون الإرادة في نص المادة 18 من القانون المدني، أين اعتبر الإرادة هي الضابط الأصلي الذي يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التقليدية¹ على النحو السابق بيانه في الفصل الأول من هذا الباب.

إلا أنه وبعد صدور القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، وبالرجوع إلى نص المادة 02 منه²، لم ينص المشرع الجزائري على إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

¹ بورزام رمزي، "أزمة اعمال قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد: 13، العدد: 25، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2021/01/15، ص 597.

² - تنص المادة 02 على أنه " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا كان أحد اطراف العقد الالكتروني:

- متمتعاً بالجنسية الجزائرية أو
- مقيماً إقامة شرعية في الجزائر أو
- شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري،

بخصوص العقود الالكترونية، واعتمد على ضوابط موضوعية جامدة لتحديد القانون الواجب التطبيق تتمثل في تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية بالجزائر، أو شخصا معنويا خاضع للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر، الأمر الذي جعلنا نتساءل حول سبب تخليه عن ضابط الارادة الذي تبناه في العقود التقليدية، باعتبار أن الإرادة أهم ضابط يمكن الاستناد إليه لحكم العلاقات الالكترونية، بالنظر إلى خصوصيتها من جهة وكذا حجم الانتقادات الموجهة للضوابط الموضوعية المكانية التي رأيناها سابقا، من جهة أخرى.

فتسري قاعدة قانون الارادة على العقود الدولية المبرمة عبر الأنترنت بأي وسيلة كانت، سواء تم هذا الاختيار بواسطة شبكة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة، أو نماذج العقود الموجودة أصلا على هذا الموقع، أو من خلال رسائل الهاتف النقال أو من خلال تبادل رسائل البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة أخرى يتم بها تبادل الرسائل الالكترونية عن طريق شبكة الانترنت¹.

ويرى جانب من الفقه يدعم تطبيق منهج التنازع على العقود الإلكترونية بأنه لا توجد صعوبة حقيقية تعوق تطبيق ضابط الإرادة في حال توافرت الإرادة الصريحة في اختيار قانون العقد، ويعزز هذا الجانب الاعتقاد بأن العقود الإلكترونية تتميز بمرونة عالية، حيث يمكن للأطراف

- أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر".

¹ فقيرة فايزة، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، أطروحة دكتوراه، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2017-2018، ص79.

المتعاقدة اختيار القانون الذي يتوافق مع احتياجاتهم وتفضيلاتهم بشكل سلس ومباشر¹، باعتبار أن الإشكالات الحقيقية تثور في الفرض العكسي حينما تكون الإرادة ضمنية، حيث يصعب تحديد اتجاه إرادة المتعاقدين في اختيار قانون معين ليحكم العقد، ورغم أنه توجد بعض الصعوبات التي تواجه تطبيق القانون المختار حتى في حالة الإختيار الصريح².

ووبناء عليه سنحاول ابراز الإشكالات المصاحبة للاختيار الصريح لقانون العقد أولاً، ثم الإشكالات المصاحبة للاختيار الضمني لقانون العقد ثانياً.

أولاً- الإشكالات المصاحبة للاختيار الصريح لقانون العقد:

في العقود التي يتم ابرامها عبر صفحة الويب يرى البعض أنه يجب أن يتفق الطرفان على القانون المطبق على صفحة الشاشة المستقبلية، إذ من الطبيعي أن يمارس هؤلاء المتعاقدين هذا الحق ويعلنوا صراحة عن القانون المختص لحل ما يثور بينهم من منازعات في المستقبل في صفحة الاستقبال، علاوة على أنه يمكن أن توضع هذه الشروط على صفحة أخرى من الموقع، وقد جرى العمل في عقود خدمات المعلومات أن يدرج في نهايتها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم³.

¹ - CAPRIOLI Eric, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce, électronique J.C.P, paris, France 2002, p47

² - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص250.

³ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 135.

تُطرح عدة تحديات في حالة العقود المبرمة عبر الإنترنت، حيث يمكن أن يكون هناك صعوبة في التحقق من هوية الأطراف المعنية وتأكيد صحة التصرفات المقدمة¹، وقد يفضي ذلك جزئياً إلى وجود حواجز تقنية وقانونية في الكشف عن هوية الأفراد والتحقق منها عبر الوسائل الإلكترونية، علاوة على ذلك، قد يكون هناك اختلاف في القوانين المعمول بها في مجال المعاملات الإلكترونية في مختلف الدول، وهذا يضيف تعقيداً إضافياً لتحديد القانون الذي ينطبق على العقد المبرم عبر الإنترنت وحل النزاعات الناشئة عنه².

وعليه يمكن إجمال هذه الصعوبات في ثلاثة نقاط هي: صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد، وفي الفرع الثاني صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، أما الفرع الثالث ندرس فيه صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته.

أ- صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

في المعاملات العادية، يتم التعاقد بين أطراف العقد في مكان واحد وزمان واحد، مما يسهل التحقق من هوية وشخصية الأطراف المعنية بالعقد، ولكن في حالة العقود التي تبرم عبر الإنترنت، يمكن للأطراف التحقق من إرادة كل منهما من خلال عدة طرق، بما في ذلك الإيجاب والقبول بالرسائل الإلكترونية، فعندما يتم تبادل الرسائل الإلكترونية بين الأطراف، ويتم اعتبار هذه الرسائل كوسائل للتواصل والتفاوض والموافقة على شروط العقد، وتحقيقاً لذلك يمكن استخدام

¹ بيان اسحق القواسمي، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-"، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007، ص 58.

² بلاق محمد، "ضوابط الاسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة المعيار، المجلد 05، العدد 10، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، تاريخ 2014/12/31، ص 166.

تقنيات التشفير والتوقيع الالكتروني لتأمين الرسائل وتحقيق الثقة في صحة وسلامة الاتفاقيات المبرمة عبر الإنترنت¹.

وتهدف هذه الإجراءات إلى تعزيز الثقة في العقود المبرمة عبر الإنترنت وتحقيق التزام قانوني صحيح بين الأطراف، ويجب أن تتبع العقود الإلكترونية المعايير والتشريعات المحلية والدولية المعمول بها لضمان صحة وفعالية تلك العقود.

غير أن المشكلة تثار حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلاً، وكذلك الأمر في حالة قيام الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه، مما يثير التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد الإلكتروني، وعم إذا كان يتحملها مبرمج الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه².

وتوجد صعوبات إضافية في التحقق من الإرادة في حالة تعرض الرسائل الإلكترونية للاختراق أو التلاعب بها، فقد يحدث ذلك إذا تم بث الرسائل من قبل شخص آخر غير مخول بالتصرف نيابةً عن الطرف الأصلي في العقد، أو إذا تم تغيير محتوى الرسائل بطرق غير مشروعة³.

¹ عبد العزيز الزعابي، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مقال منشور بتاريخ: 2016/06/12، متاح على الموقع التالي: http://legalblog01.blogspot.com/2016/06/blog-post_81.html تاريخ الاطلاع: 2020/08/15، الساعة: 15:15،

² بورزام رمزي، المرجع السابق، ص598.

³ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص353.

ب- صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

إن غياب التواجد المادي لأطراف العقد الإلكتروني يُعتبر واحدًا من السمات الأساسية للتجارة الإلكترونية، هذا الغياب يزيد من التحديات المتعلقة بالتحقق من هوية وشخصية المتعاقدين، حيث يكون من الصعب تحديد الجنسية أو البلد التابع للعنوان الإلكتروني، خاصة عندما يُشار في النهاية إلى امتدادات شهيرة مثل (.com) أو (.org)، حيث أن هذه الأخيرة لا تعطي معلومات دقيقة بشأن البلد أو الجنسية، إذ يُمكن استخدام هذه الامتدادات في جميع أنحاء العالم، وبالتالي يكون التحقق من هوية الأطراف أكثر صعوبة¹.

كما يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتأكد من هوية الطرف الآخر، وقد لا تسمح هذه المواقع بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم².

ومع ذلك، يجب الإشارة إلى أنه لا يعتمد التحقق من هوية المتعاقدين على العنوان الإلكتروني وحده، إذ يمكن استخدام طرق إضافية للتحقق من هوية المتعاقدين، مثل التحقق الثنائي، والتوقيع الإلكتروني، والشهادات الرقمية، هذه الآليات تهدف إلى تعزيز الثقة وتوفير آلية للتحقق من الأطراف المتعاقدة في العقود الإلكترونية.

¹ - خليف سيمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2009-2010 ص 34.

² - بالرجوع إلى التوجيه الأوروبي رقم: 46/95 الصادر في 1995/10/24، المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود، نجد أنه اعتبر تخزين التجار للبيانات الخاصة بالعملاء عمل غير مشروع وغير مسموح به، أنضر في ذلك: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 354.

في النهاية، يجب على المتعاقدين والمنظمات القانونية والحكومية التعاون وتبني الأطر القانونية والتقنية المناسبة لتحقيق التوثيق الإلكتروني القوي والتحقق الجيد من هوية المتعاقدين في بيئة التجارة الإلكترونية.

ج- صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته:

قواعد الإثبات تعتبر من القواعد القانونية الأساسية لتحديد وتوثيق الحقوق والالتزامات في مختلف العقود والمعاملات، وفي حالة المعاملات الإلكترونية، تكتسب هذه القواعد أهمية خاصة نظراً لغياب الدعامة المادية الخطية التقليدية، فعندما يتم التعاقد عبر الإنترنت، يتم تبادل البيانات والمعلومات بين الأطراف عبر وسائل اتصال حديثة، مثل شاشات الحواسيب والتطبيقات الإلكترونية، وقد نواجه صعوبة تقديم دليل مادي لإثبات تصرفات الأطراف في هذا السياق¹.

فإذا كان أطراف العلاقات العقدية في مجال المعاملات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادي لإثبات تصرفاتهم، فإن التعاقد عبر شبكة الانترنت يتضمن إلغاء لتلك الأدلة المادية وكل توقيع خطي، وهي أهم ميزة أدت إلى خلق عقبات حقيقية تتعلق بتطبيق قواعد الإثبات الخاصة بالعقود التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية²، ومن بين هذه الإشكالات نذكر على سبيل المثال ما يلي:

¹ - Nicolas Brault, le droit applicable à internet de l'abîme aux sommets, revue Lègicom, vol 2 N° 12 – avril, mai, juin 1996, Victoires éditions, france, p 7.

- أنظر بخصوص قواعد الإثبات المواد: 323 مكرر، 323 مكرر 1، 327 من القانون المدني الجزائري.

² - يوسف نور الدين و بروك الياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة المفكر، المجلد 11، العدد 13، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 13/02/2016، ص 255.

1-الصعوبات الفنية:

إن العطل الفني داخل الأجهزة الإلكترونية يمكن أن يؤدي إلى فقدان البيانات المخزنة أو تلفها، مما يؤثر على قدرتها كوسيلة إثبات في المعاملات الإلكترونية، فعندما تكتمل مساحة تخزين البيانات، قد تتلف أو تصبح غير قابلة للقراءة، مما يعوق استخدامها كدليل قانوني، كما قد يصعب استرجاع البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة تؤدي إلى مشاكل تقنية أثناء عملية الاسترجاع¹.

للتغلب على هذه التحديات، نعتقد أنه يجب على المتعاقدين اتخاذ إجراءات احترازية لحماية ونسخ البيانات المهمة والحفاظ على نسخ احتياطية محدثة. وينبغي أيضاً اختيار أجهزة تخزين مناسبة وتنصيب البرامج بشكل صحيح ومتابعة الصيانة الدورية للأجهزة الإلكترونية.

2-المشكلات القانونية:

تتمثل هذه المشكلات أساساً في النقاط التالية:

-اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات:

أقر الفقه بوجد تباينات في النظم القانونية المتعلقة بتقدير أدلة الإثبات في المعاملات الإلكترونية، فبعض الأنظمة القانونية تعتمد على قواعد مرنة نسبياً، حيث لا تحدد طرق محددة للإثبات التي يجب اتباعها، بل تترك الحرية للأطراف في تقدير الأدلة التي تقدمها لإقناع

¹ - بلال عبد المطلب بدوي، "البنوك الإلكترونية: ماهيتها - معاملاتها - والمشاكل التي تثيرها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون"، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10 الى 12 مايو سنة 2003، ص 1972.

القاضي، وفي هذه الحالة، يتم منح القاضي حرية مطلقة في تكوين قناعته القانونية بناءً على الأدلة المقدمة¹.

في المقابل، تعتمد بعض الأنظمة القانونية منهجاً صارماً وتحدد طرق محددة للإثبات في المعاملات الإلكترونية، تقوم هذه الأنظمة بتحديد الأدلة المقبولة والإجراءات التي يجب اتباعها، وتمنع القاضي والأطراف من التحايل على هذه القواعد أو تجاهلها أو تخطيها، و ذلك لضمان التوثيق القانوني الصحيح والموثوق للمعاملات الإلكترونية وللحفاظ على النظام والثقة في العدالة. وفي هذه الحالة، يكون للقاضي دور أكثر تحديداً في تقييم الأدلة وفقاً للقواعد القانونية المحددة من المشرع، ويكون للأطراف واجب تقديم الأدلة وفقاً لتلك القواعد الآمرة².

– عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية:

معلوم بأن قوانين المعاملات الإلكترونية ليست موجودة في جميع التشريعات الوطنية، ويعود ذلك إلى التطور السريع للتكنولوجيا والتحول في المجال الرقمي التي تتطلب مراجعة وتحديث القوانين القائمة، فقد تكون بعض التشريعات قديمة ولم تتماشى بشكل كامل مع المتطلبات والتحديات الحديثة للمعاملات التجارية الإلكترونية³. الأمر الذي يجعل المتعاقدين عبر الشبكة

¹ – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 358.

² – نفس المرجع، ص 359.

³ – عبد الكريم موكة، "في التحكيم الإلكتروني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 1، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 15/01/2018 ص 351.

الإلكترونية يتطلعون دائما إلى معرفة أو البحث عن القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة التعاقدية حماية لمصالحهم¹.

غير أنه يمكن أن يواجه المتعاقدون تحدياً عند اختيارهم القانون الواجب التطبيق على عقودهم، إذ قد يتعارض القانون الوطني لبعض الدول مع اعتراف الكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية كوسائل قانونية للإثبات².

وتجنباً لذلك نادت بعض المنظمات الدولية إلى ضرورة انضمام الدول إلى المعاهدات الدولية ذات الصلة، وتعديل تشريعاتها الوطنية لتتناسب مع الاحتياجات المتعلقة بالعقود الإلكترونية، وتوفير بيئة قانونية تسهم في تنمية وتعزيز المعاملات التجارية الإلكترونية وتوفير الحماية للأطراف المشاركة فيها³.

ثانياً - الإشكالات المصاحبة للاختيار الضمني لقانون العقد:

سبقت الإشارة أن الأصل في التعبير عن الإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق يكون صريحاً في العقد⁴، لكن قد لا يذكر الأطراف في عقدهم صراحة القانون الذي يحكم عقدهم وهنا نشأ خلاف كبير بين الفقه والقضاء والتشريع بخصوص حل هذه المشكلة وتحديد قاعدة الإسناد الاحتياطية التي يسترشد بها في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد⁵.

¹ - خليفي سمير، المرجع السابق، ص 35.

² - نفس المرجع، ص 36.

³ - بلاق محمد، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 168.

⁴ BLANCO Dominique, négociier et rédiger un contrat international, Dunod, paris, France 1993, p153.

⁵ فقير فايزة، المرجع السابق، ص 99.

فمن بين هذه الضوابط الاحتياطية نجد الإرادة الضمنية للمتعاقدين، هذه الأخيرة التي بدورها أثارت مجموعة من الإشكالات القانونية عند محاولة الكشف عن الاختيار الضمني لقانون العقد وذلك من ناحيتين، وهي رفض الاختيار الضمني في العقود الدولية، وكذا رفض الاختيار الضمني في العقود الإلكترونية.

أ- رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدولية:

التجاذبات الفقهية حول إرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق كانت موجودة قبل ظهور العقود الإلكترونية واستخدام الإنترنت، ففي العقود الدولية التقليدية رفض بعض الفقهاء فكرة الاعتماد على الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وبدلاً من ذلك، يرون بأنه يجب أن تكون هناك إرادة صريحة وواضحة من الأطراف لتحديد القانون الذي يحكم عقدهم، حيث يعتبرون أن الإرادة الضمنية قد تكون غير واضحة أو مفتوحة للتفسيرات المتعددة وتفتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي، مما يؤثر على توقعاتهم حول القانون المطبق على العقد¹.

وينطلق هذا الاتجاه من فكرة أساسية مفادها أن الإرادة الضمنية ماهي إلا وهم وتصور يستند إليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويبرر هذا الاتجاه موقفه بالاستناد إلى عدة فروض قد تعتري العملية التعاقدية والتي تتمثل في دخول الصفة الأجنبية على العقد بصورة لاحقة على التعاقد، كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج، أي أن

¹ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 363.

تحديد القانون الواجب التطبيق لم يظهر لأطراف العقد في وقت التعاقد، بالإضافة إلى أنه في بعض الحالات التي قد يعتمد فيها أطراف العقد عدم تحديد القانون الواجب التطبيق كونها محل خلاف بينهم، وخوف الأطراف من عدم إتمام العملية التعاقدية، ويتم التعاقد من دون الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق¹.

ويرى هذا الجانب من الفقه أن الأطراف في العقد قد لا تكون لديهم نية صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يعتبر البحث عن الإرادة الضمنية اجتهاداً قضائياً قد يؤدي إلى تأثير قاضي النزاع وآرائه الشخصية في تحديد القانون المعمول به، وهو ما قد يتعارض مع حقيقة إرادة الأطراف وقد يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم².

ب- رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الالكترونية:

في العقود والمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الافتراضية، يمكن أن تواجه القاضي صعوبة عند استناده إلى القرائن أو الدلالات التي تشير إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث تعتمد هذه القرائن والدلالات على العديد من العوامل، مثل اللغة المستخدمة في العقد، مكان توقيع العقد، والعناصر الأخرى الخارجية تستخلص من ظروف وملابسات الحال، كالقرائن المستمدة من مضمون القوانين التي تنازع حكم العقد أو تلك المستمدة من مسلك المتعاقدين اللاحق على إبرام العقد³.

¹ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 338.

² أحمد حميد الأنباري، المرجع السابق، ص 68.

³ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 526.

غير أنه يمكن أن تكون هذه القرائن غير واضحة أو قابلة لتفسيرات متعددة، لذا كان من الصعب الاعتماد بشكل حاسم على القرائن الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية¹، وعلى هذا الأساس ذهبت أغلب التشريعات الوضعية في إطار العقود الإلكترونية إلى التخلي عن الاختيار الضمني لصعوبة تصوره في إطار المعاملات الإلكترونية، وهو ما أخذ به المشرع المصري في مضمون مشروع قانون التجارة الإلكترونية²، وكذلك المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية أين تخلى عن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم سواء بالتعبير الصريح أو الضمني.

فعلى سبيل المثال لا يمكن الاعتماد على اللغة التي حُرر بها العقد في تحديد الإرادة، لأن اللغة الإنجليزية أصبحت لغة التخاطب في مجال المعاملات الإلكترونية في أغلب الدول، وأيضاً لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدي بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود الكترونياً أو بواسطة بطاقة الوفاء، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بأي عملة وفي أي وقت³، ناهيك عن اشتراط بعض المواقع التعامل بعملة معينة دون سواها لأسباب اقتصادية أو أسباب سياسية، ليس لها علاقة بإرادة المتعاقد في اختيار قانون دولة العملة على أنه هو الواجب التطبيق.

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 364.

² بلاق محمد، ضوابط الاسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 168.

³ عبد العزيز الزعابي، المرجع السابق، ص 14.

الفرع الثاني

اشكالات اعمال ضوابط الاسناد الاحتياطية

إذا لم تفصح الأطراف المتعاقدة عن القانون الواجب التطبيق على عقدهم الإلكتروني، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية، اتجهت بعض التشريعات المقارنة إلى وضع ضوابط احتياطية موضوعية يطبقها القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، وتتم هذه الضوابط الجامعة أساساً في: الموطن، الجنسية، مكان إبرام العقد أو تنفيذه¹، وهو ما أخذ به كذلك المشرع الجزائري في نص المادة 02 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السالفة الذكر.

ففي العقود الإلكترونية التي تتعامل مع أشياء غير مادية، مثل البرامج التجارية الإلكترونية Services La Commercialisation des logiciels، والخدمات المالية عبر الإنترنت bases de Financiers en ligne، وبيع المعلومات من خلال قواعد البيانات عبر الإنترنت données، يمكن أن تواجه صعوبات في توطين العلاقة العقدية أو تحديد المكان المادي الذي يرتبط به العقد².

وعلى هذا الأساس يكون من الصعب تحديد القانون الذي ينطبق على العقد بناءً على الموطن أو الجنسية أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه، ذلك أن أعمال هذه الضوابط الجامعة التقليدية على العقود الإلكترونية، تعتبرها مجموعة من العقبات كونها تعتمد على التركيز المكاني للمعاملة

¹ بيان اسحق القواسمي، المرجع السابق، ص 153.

² صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 368.

محل النزاع، في حين أن العقود الإلكترونية تسبح في فضاء رقمي افتراضي¹، وتتم بين نظم ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها².

وعليه يمكن إبراز أهم هذه العقبات بالتطرق أولاً لإشكالات تطبيق قانون موطن المتعاقدين أو جنسيتهم، ثم التعرض لإشكالات تطبيق قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

أولاً- إشكالات تطبيق قانون موطن المتعاقدين أو جنسيتهم

تعتمد معظم التشريعات على ضابطي الجنسية والموطن كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية في حالة عدم توافر إرادة صريحة من الأطراف بشأن القانون الذي يحكم عقدهم، ومفاد هذه الضوابط أن القاضي سيحدد القانون المناسب استناداً إلى جنسية الطرفين أو الدولة التي يمتلكان فيها موطناً³، فعلى سبيل المثال، إذا كانت العقود الإلكترونية تتم بين طرفين يحملان نفس الجنسية، فقد يتم تطبيق قانون الجنسية الخاص بهما على العقد، وإذا كانت العقود تبرم بين أطراف من جنسيات مختلفة، فقد يتم تحديد القانون الواجب التطبيق بناءً على الموطن أو الإقامة الدائمة لأحد الأطراف.

وعلى غرار أغلب التشريعات تبنى المشرع الجزائري هذان الضابطان سواء في نص المادة

18 من القانون المدني بخصوص العقود التقليدية، أو المادة 02 من القانون 18-05 المتعلق

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 39.

² محمد إبراهيم أبو الهجاء، التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 126.

³ فقير فايزة، المرجع السابق، ص 101 - 102.

بالتجارة الإلكترونية، غير أن الواقع العملي أثبت وجود بعض الصعوبات في تطبيق هذين الضابطين¹.

وعليه سندرس عوارض تطبيق ضابط الموطن، ثم عوارض تطبيق ضابط الجنسية.

أ- عوارض تطبيق ضابط موطن المتعاقدين:

في العقود الإلكترونية، قد نواجه صعوبة في تطبيق ضابط الموطن بشكل كامل، وذلك يرجع إلى طبيعة هذه العقود التي تتم عبر العناوين الإلكترونية التي لا تحمل مؤشرًا قويًا على مكان حقيقي وثابت لإبرام العقد، كما أن العناوين الإلكترونية لا تتبع بالضرورة مفهوم الموطن التقليدي الذي يستند إلى مكان محدد، بالإضافة إلى ذلك، توجد العديد من المواقع والعناوين الإلكترونية التي تنتهي بالمقاطع الشائعة مثل ".org" " "net" أو ".com" والتي لا ترتبط ببلد معين²، وبالنسبة للمواقع التي تعمل بشكل دائم ومنتقل عبر شبكة الإنترنت، فقد يكون من الصعب تحديد موطنها الحقيقي وتطبيق ضابط الموطن على معاملاتها لأن هذه العناوين الإلكترونية لم تصمم أصلاً وفقاً لمنظور مكاني وحدود جغرافية، مما يستوجب إبعاد تطبيق هذا المعيار في عقود التجارة الإلكترونية³.

¹ بورزام رمزي، المرجع السابق، ص 602-603.

² طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، 2018، ص 199.

³ Rosario DUASO CALÉS, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation, art. , faculté de droit, Université de Montréal, France, 2002, p06.

هذه المشكلة جعلت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تقرر بضعف قيمة التوطين في العقود الإلكترونية¹.

بناءً على ذلك، قد يكون من الأفضل تبني ضوابط أخرى مرنة وموضوعية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، مثل الاستناد إلى قوانين الاتفاقات الدولية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وهذا يهدف إلى تحقيق التوافق بين الأطراف وتوفير بيئة قانونية ملائمة للعقود الإلكترونية العابرة للحدود.

ب- عوارض تطبيق ضابط جنسية المتعاقدين:

تواجه عقود التجارة الإلكترونية صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق عبر تطبيق ضابط الجنسية، نظرًا للطبيعة الافتراضية للعقود التي تتم عبر الإنترنت وإلغاء الحدود الجغرافية في العالم الافتراضي، علاوة على ذلك، في حالة إبرام العقد الإلكتروني بين أطراف من جنسيات مختلفة، يكون تحديد قانون الجنسية المشترك للأطراف صعبًا، حيث لا يتم تأكيد تطبيق قانون الجنسية المشترك بصورة تلقائية، ناهيك عن الصلة الضعيفة بين الجنسية والعقد نفسه، وعدم اعتبار الجنسية الأجنبية عاملاً مؤثرًا في العقود الدولية².

¹ بلاق محمد، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 175.

² صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 333.

بالإضافة إلى ذلك، تحديد الجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف ومكان وجودهم في وقت إبرام العقد، وهذا الأمر غالباً ما يكون غير مهم في العقود الإلكترونية التي تتم بصورة آنية وغير مرتبطة بمواقع جغرافية محددة¹.

ثانياً - اشكالات تطبيق قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه:

الاستناد إلى ضابطي محل إبرام العقد أو تنفيذه هو الآخر يواجه في معاملات التجارة الإلكترونية مجموعة من العقبات، سيتم تفصيلها في نقطتين، نتناول أولاً عوارض تطبيق قانون محل إبرام العقد على العقود الإلكترونية، ثم في مرحلة ثانية نتكلم عن عوارض تطبيق قانون محل إبرام العقد.

أ- عوارض تطبيق قانون محل إبرام العقد:

صعوبة تطبيق قانون محل إبرام العقد لا تقتصر فقط على عقود التجارة الإلكترونية، بل قد تنطبق أيضاً على العقود التقليدية، وهذا يعود إلى اختلاف الأنظمة القانونية في تحديد مكان إبرام العقد بالدرجة الأولى².

ف نجد بعض الدول تعتمد على نظرية تصدير القبول، حيث يتم اعتبار العقد مبرماً في المكان الذي تم منه إرسال قبول العرض، ومن الأمثلة على ذلك القانون الإنجليزي، وهناك دول تعتمد نظرية تسلّم القبول، حيث يتم اعتبار العقد مبرماً في المكان الذي تم فيه استلام القبول على غرار

¹ طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 200.

² بيان اسحاق القواسمي، المرجع السابق، ص 63.

القانون الألماني، في حين تعتمد دول أخرى نظرية العلم بالقبول، حيث يتم اعتبار العقد مبرماً في المكان الذي تم فيه علم الطرف الآخر بالقبول، ومن الأمثلة على ذلك القانون المصري، بينما هناك دول أخرى لا تعتمد أيًا من هذه النظريات السابقة وتترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع لتحديد مكان إبرام العقد، ومن الأمثلة على ذلك فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية¹.

فتكمن صعوبة أعمال هذا الضابط أساساً في الطابع العالمي والافتراضي للعقود الالكترونية، الأمر الذي جعل تحديد المكان أكثر صعوبة من أي وقت مضى، وتكمن هذه الصعوبة في أن العالم الشبكي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد أي التعاقد بين غائبين²، فإرسال الإيجاب قد يكون في بلد، في حين أن العنوان الالكتروني للشركة موجود في بلد آخر، وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط، وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما تقديم الدليل على صحة ادعائه³، فضلاً على أن التعاقد من خلال الأنترنت يفترض اتصال العقد عند إبرامه بجميع الدول المتصلة بالإنترنت⁴.

ب- صعوبة تطبيق قانون محل تنفيذ العقد:

سبق القول بأن الفقيه "سافيني" كان أول من نادى بإسناد العقود الدولية لقانون دولة محل التنفيذ، وقد أخذت أغلب التشريعات بهذا الضابط منها التشريع الألماني، وكذا تبناه القضاء

¹ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص 163 أيضاً: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 369.

² فقير فايزة، المرجع السابق ص 105.

³ صلاح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 369.

⁴ Valérie Sédallian, Droit de l'internet, Réglementation, responsabilités, contrats, Net Press, France 1997, p263.

الفرنسي فيما يتعلق بآثار العقد، وكذا نصت عليه معظم الاتفاقيات الدولية التي تعنى بتنظيم العقود الدولية باعتباره مركز الثقل في العلاقة التعاقدية¹، حيث يُعْتَبَر مكان التنفيذ من بين المؤشرات القوية عندما تكون المؤشرات الأخرى التي ذُكِرَت سابقاً غير متاحة، فإذا كانت العملية تتضمن تسليم مادي (تنفيذ مادي)، يُمكن اللجوء إلى مؤشر مكان التنفيذ لتحديد قانون الدولة الذي يحكم العقد، غير أنه إذا كانت العملية تشمل تنفيذاً إلكترونيًا، فإن تطبيق هذا المؤشر من الناحية العملية غير ممكن بالنظر إلى خصوصية المعاملات الإلكترونية².

فبالنسبة للعقود التي يتم تنفيذها خارج شبكة الإنترنت لا تثير مشكلة كبيرة عند تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها التسليم، حيث يكون التطبيق أمرًا واضحًا ومحددًا، ومع ذلك، في حالة وجود تسليم متعدد المواقع، فإن ذلك يؤدي إلى صعوبة تحقيق التوافق القانوني نتيجة لاختلاف المفاهيم القانونية في الدول المختلفة التي تشمل أماكن التنفيذ، بالإضافة إلى ذلك، قد يكون هناك احتمال عدم وجود تنظيم قانوني في تلك الدول لمثل هذه المعاملات الإلكترونية³.

أما في حالة العقود التي يتم تنفيذها عبر شبكة الإنترنت، قد يصعب تحديد مكان التنفيذ بسبب أن عملية إبرام العقد وتنفيذه تتم عبر الشبكة نفسها، على سبيل المثال، في حالة برامج الحاسوب التي يتم تنزيلها مباشرة من الإنترنت، فإن العقد يتم تكوينه وتنفيذه عندما يتم تحميل البرنامج وتثبيته على جهاز الكمبيوتر الشخصي للمستخدم، وبالنسبة للموسيقى والأفلام وغيرها من

¹ فقير فايزة، المرجع السابق، ص 106.

² أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية - تكوين العقد وإثباته -، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2008، ص 208.

³ طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 201.

المحتوى الذي يتم توفيره عبر الإنترنت، فإن العقد يتم تنفيذه عندما يتم تحميل الملف والوصول إلى المحتوى¹.

فتحديد مكان التنفيذ في هذه الحالات يمكن أن يكون تحدياً في حد ذاته، حيث يعتمد على مكان تواجد الشخص الذي يستخدم الإنترنت ويقوم بتنفيذ العقد، إذ قد يكون هذا الشخص في بلد معين، في حين يتم توفير المحتوى من خلال خوادم توجد في بلد آخر. بالإضافة إلى ذلك، قد تكون هناك صعوبات في تحديد الجهة المسؤولة عن المحتوى والعقد، وهو أمر يزيد من تعقيد عملية تحديد مكان التنفيذ، فهل هو مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنزيل، أم مكان مزود الخدمة الذي قدمها للبائع، أو مكان المستضيف الذي يجري عملية التحميل، أو المكان الذي يوجد فيه الحاسوب الشخصي للمشتري².

من خلال ما سبق شرحه من اشكالات مرتبطة بتطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية يمكن القول أن قواعد الإسناد التقليدية ورغم أنها أسلوب مثالي ومعتاد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، إلا أنها تتصف بالجمود وترتكز على أسس جغرافية وحدود سياسية لا تتناسب وخصوصية العقود الإلكترونية التي تتم في الفضاء الافتراضي الرقمي، ما جعل الفقه يبحث عن قانون بديل يحكم المعاملات التي تتم على شبكة الأنترنت وهو ما تحقق فعلاً بظهور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية والتي سيتم التطرق إليها في المطلب الموالي.

¹ القاضي بلال عدنان بدر، المرجع السابق، ص168.

² طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص201.

المطلب الثاني

القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (lex electronica)

يُعتَقَد بشكل عام أن تجنب مشكلات تنازع القوانين وتعقيدها في مجال عقود التجارة الإلكترونية¹ يمكن تحقيقه من خلال وضع قواعد موضوعية ومتخصصة تحل محل القواعد التقليدية لتنازع القوانين، حيث يتعين على هذه القواعد أن تكون مصممة خصيصًا لتتوافق مع طبيعة العقود الإلكترونية وأن توفر حلولًا مباشرة وفعّالة تتناسب مع خصائص وظروف هذه العقود، بهدف تعزيز الأمن القانوني وتوفير بيئة تجارية موثوقة ومستقرة للأطراف المعنية و تحقيق التوافق بين مختلف الأنظمة القانونية وتخفيف حالات التنازع والشكوك القانونية².

ويتعين أن تكون هذه القواعد قادرة على التعامل مع القضايا المتعلقة بحماية البيانات والخصوصية، وتأمين المعاملات الإلكترونية، وتسوية المنازعات بطرق فعالة وعادلة، وتوفير آليات لإثبات هوية وصحة الأطراف وتوثيق العقود الإلكترونية.

إذ رأينا من خلال ما تم طرحه أن قواعد الإسناد من خصائصها عدم تقديم حلول مباشرة وسريعة إنما تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العقد وتحدد النظام القانوني المختص به، وهذا ما لا يتلاءم مع خصائص ومميزات العلاقات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، في حين أن

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 765.

² بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل درجة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 131.

للجوء الى قواعد موضوعية مادية من صنع مستخدمي شبكة الانترنت ذاتهم، يكفل حلولا مباشرة لنزاعات أطراف هذه العلاقات وتكفل توقعاتهم.

فيتطلب التعامل مع تلك التحديات ووضع القواعد الموضوعية التي تلبى متطلبات عقود التجارة الإلكترونية تعاونا دوليا وتبادل خبرات ومعايير مشتركة بين الدول لتحقيق الاستقرار والتنمية المستدامة للتجارة الإلكترونية وتعزيز الثقة بين الأطراف المعنية.

ومن هنا ظهرت القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (lex electronica) كحل بديل لمنهج التنازع التقليدي، وسنتناول جميع الجوانب القانونية لهذا المنهج من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول: ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، في حين ندرس في الفرع الثاني: تقييم القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول

ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

تعتبر القواعد الموضوعية في مجال التجارة الإلكترونية منهجا جديدا يهدف إلى تحقيق الأمان القانوني وتوفير حلول مباشرة للنزاعات التي تنشأ عبر الإنترنت، تتميز هذه القواعد بأنها تتماشى مع الطبيعة الخاصة للعلاقات التجارية الإلكترونية وتأخذ في الاعتبار تطورات التكنولوجيا واحتياجات المستخدمين.

ولإحاطة بمختلف جوانب القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، سنحاول تحديد مفهومها بالدرجة أولى، وكذا تبيان مصادرها في مرحلة ثانية.

أولاً- مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (lex electronica):

لقد تعددت المصطلحات المستخدمة في الفقه للتعبير عن القواعد المعنية بتنظيم المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات، والتي جاء مولدها في بداية العقد الأخير من القرن العشرين بعدما أجاز استخدام الشبكة الدولية في غير الأغراض العلمية، ومن أمثلة هذه المصطلحات نذكر على سبيل المثال مصطلح القانون الإلكتروني (lex electronica) ومصطلح قانون المعلوماتية (les informatica) والقانون الافتراضي (Les Virtual)، والقانون الرقمي (les numerica) وقانون الإنترنت (les net) وقانون الاتصالات (jus communication) والقانون التجاري عبر الدول (droit commercial transnational)¹.

غير أن الفقه الراجح يفضل إطلاق مصطلح القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (les règles matérielles du commerce électronique) على مجموعة القواعد التي تضع تنظيمًا مباشرًا وخصوصًا للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية لتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، والقواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر².

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 111.

² طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 232.

1- تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية:

تعرف القواعد المادية أو قواعد قانون التجارة الدولية العرفي بشكل عام على أنها " ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا خاصاً ومستقلاً عن كل قانون داخلي، لبعض العلاقات القانونية بالنظر الى صفتها الدولية"¹.

وكذلك تعرف " بأنها مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية "². وعرفه جانب آخر بأنه " مجموعة القواعد القانونية الغير رسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية"³.

ويتبين من خلال التعاريف المذكورة أعلاه أن القواعد المادية للتجارة الالكترونية قد تكونت مما درج عليه العمل في المجتمع الإلكتروني من قبل الحكومات والهيئات ذات العلاقة والمستخدمون -من عادات و ممارسات-، بحيث عملت على تطويرها المنظمات ذات الطابع الدولي، الحكومية وغير الحكومية، مثل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وغرفة التجارة الدولية ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية وغيرها، من خلال ايجاد أفكار جديدة تسعى من

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 47.

² أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 281-283.

³ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 111.

خلالها إلى التعامل الموضوعي مع عقود التجارة الإلكترونية بما يتيح الثقة لكافة الأطراف في حال ظهور قواعد موحدة دولية خاصة تطبق مباشرة على عقود التجارة الإلكترونية¹.

2- خصائص القواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بجملة من المميزات والخصائص التي تميزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي، وحتى القواعد الوضعية الداخلية، والتي يمكن ابرازها فيما يلي:

- القواعد الموضوعية الإلكترونية هي قواعد تلقائية النشأة:

تتميز القواعد الموضوعية الإلكترونية بأنها قواعد تلقائية النشأة، فهي لم تظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية والرسمية، بل نشأت من الأعراف والعادات التجارية، بحيث تبرز وتتطور حسب المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة²، فجزورها تعود الى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين، مثلما عليه الحال بالنسبة للقوانين الوضعية خاصة وأن شبكة الأنترنت غير خاضعة لجهة مركزية رسمية، ولا تتبع سلطة معينة توجه العمل من خلالها، أين أصبحت هذه العادات، والممارسات عبر الوقت قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به³.

¹ فراس كريم شيعان و طه كاظم حسن، "القواعد المادية للتجارة الإلكترونية-دراسة تحليلية في ضوء القانون الدولي-"، مجلة المحقق، المجلد 08، العدد 02، الحلى للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثامنة، العراق، جوان 2016، ص 320.

² طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 238.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 58.

- القواعد المادية للتجارة الإلكترونية هي قواعد طائفية ونوعية:

من خصائص القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بأنها قواعد طائفية تخاطب كافة مستخدمي الشبكة الافتراضية ومقدمي الخدمات والبرامج الإلكترونية¹، وخاصة الأشخاص الذين يمارسون التجارة الإلكترونية، أشخاصا طبيعيا كانوا أو هيئات، تجارا أو مستهلكين، كما تظهر طائفية هذه القواعد كذلك بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي تعالجها، فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلية بكل نوع من أنواع التجارة الدولية، فإن هناك أحكام أكثر تفصيلا في تنظيم العقود و المعاملات التي تتم عبر الشبكة الافتراضية².

أما المقصود بأنها قواعد نوعية فذلك يعود لكونها تشير إلى قواعد معدة لحل المشكلات والمنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية بشكل عام، وكذا نظام التعاملات مع البنوك الإلكترونية والدفع الإلكتروني وغيرها، فإنها إذا قواعد مادية مهنية يطبقها مختصون بمجال المعاملات الإلكترونية³.

- القواعد الموضوعية الإلكترونية هي قواعد عبر دولية:

تعد القواعد الموضوعية الإلكترونية قواعد دولية، باعتبارها تنظم "فضاء افتراضيا مشتركا cyberspace common law" غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلب "قانون غير

¹ أمال حابت، التجارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2015-2016، ص506.

² طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص236.

³ فراس كريم شيعان و طه كاظم حسن، المرجع السابق، ص325.

وطني" أو "قانون عبر الدول Droit transnational" أو "قانون عابر للحدود" ورغم اختلاف هذه التسميات، فكلها تعكس أمرا هام وجوهري مفاده أن هذا القانون لم يكن من وضع سلطة وطنية، ولا من هيئة دولية، بل أن طابعه الدولي يستمد من طبيعة المعاملات التي يحكمها، باعتبارها معاملات عابرة للحدود¹، وتتصل بأكثر من دولة، تنظم مجتمعا افتراضيا يتضمن بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم التبادل بالطرق السلكية واللاسلكية، وقد خصص أساسا لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي، والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية².

- القواعد الموضوعية الالكترونية هي قواعد مادية مباشرة:

تتميز القواعد المادية للتجارة الكترونية كذلك بكونها قواعد مباشرة وموضوعية تقدم الحلول مباشرة للمسألة محل النزاع دون أن تستمد هذه الحلول من خلال الإحالة إلى قانون آخر كما هو الحال في قواعد التنازع التقليدية، والتي لا تعطي الحل المباشر وإنما تشير الى القانون الداخلي الواجب التطبيق الذي يضع الحل الموضوعي النهائي للنزاع³.

ثانيا- مصادر القواعد الموضوعية الالكترونية:

توجد العديد من المصادر التي أدت إلى ظهور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، نذكر منها على سبيل المثال: الممارسات التعاقدية (عقود الإيجار المعلوماتي وعقود إنشاء موقع إلكتروني أو متجر إفتراضي) وهي كلها عقود أرست العديد من الممارسات التعاقدية، وشكلت قواعد متبعة في غالبية الدول التي انتشرت فيها الإنترنت والتجارة، كما ساهم المتعاملين في ميدان

¹ Pierre TRUDEL, La Lex Electronica, Droit international, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2001, p228.

² احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 58.

³ احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 59.

التجارة الإلكترونية في ارساء أعراف وعادات وممارسات في الأوساط المهنية للعالم الرقمي والمعلومات والاتصالات، كالأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات¹.

ومع ذلك يرى البعض أنه بسبب حداثة العقود الإلكترونية لا يمكن القول بوجود عرف تجاري دولي فيما يتعلق بالتعامل الإلكتروني، وحسب رأيهم يجب الاستعانة بالأعراف والعادات التجارية الدولية التي تنظم عقود التجارة الدولية التقليدية².

وتعتبر أيضا التوصيات والاتفاقيات الدولية مصدرا هاما من مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني، حيث نجد مثال عنها: توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود سنة 1980، و التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات، كما تم التوقيع في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفردية على اتفاقية تتعلق بالملكية الادبية والفنية في العالم الرقمي³، بالإضافة الى مجموعة من المعاهدات والإتفاقيات والقوانين النموذجية التي صدرت بخصوص تنظيم بعض المسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية⁴.

¹ Pierre TRUDEL, op.cit.p236-237.

² ربحي فاطمة الزهراء، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، ص363-364. متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/76157> تاريخ الاطلاع: 2021/05/15، الساعة:16:00.

³ أمال حابت، المرجع السابق، ص 508-509.

⁴ Pierre TRUDEL, op.cit,p248.

بالإضافة إلى المصادر ذات الصبغة الوطنية والتي تتبع من التشريعات الخاصة ببعض الدول بصدد تنظيم المعاملات الإلكترونية، وكذا مختلف القرارات القضائية سواء الصادرة عن القضاء العادي أو قضاء التحكيم الإلكتروني¹.

الفرع الثاني

تقييم القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

بعد أن تطرقنا لمفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ومصادرها، وكذا خصائصها التي تدور كلها حول فكرة مفادها أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية تقدم حلا مباشرا للنزاع على عكس قواعد النزاع التقليدية التي لا تقدم حلا مباشرا للنزاع، ولا توفر حماية للحقوق والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي، بل تشير فقط إلى القانون الذي يتكفل بذلك الحل.

ومهما يقال حول وجود قانون مادي دولي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت فإن الواقع العملي يتجه إلى التشكيك في وجود هذا القانون، وكذا تجاذب الأفكار حول قدرته على حسم كافة المنازعات التي تثور بشأن المعاملات التي تتم في البيئة الرقمية، فهذه القواعد معظمها غير مدونة، وتعد مجرد أعراف وعادات وقواعد سلوك لا ترقى لمستوى القانون².

ولتقييم القواعد المادية الإلكترونية لابد من الإجابة على مجموعة من التساؤلات، تكمن أساسا في مدى إضفاء صفة النظام القانوني على القواعد المادية الإلكترونية؟ ثم هل تعد القواعد

¹ لمزيد من التفصيل حول مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية أنظر: طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص من 253 الى 264. وكذا صلاح المنزلاوي، المرجع السابق، ص من 160 الى 180.

² بيان اسحق القواسمي، المرجع السابق، ص 113.

الموضوعية للتجارة الإلكترونية كافية بذاتها لحل النزاعات المترتبة على العقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت؟ هذه التساؤلات التي سنحاول الاجابة عليها في النقاط التالية:

أولاً- تشكيل القواعد الموضوعية الإلكترونية لنظام قانوني مستقل:

لقد اختلف فقهاء القانون في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية التي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني، حيث ظهر هناك اتجاهان في الفقه، اتجاه ينكر صفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني، وجانب آخر يعترف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني¹.

1- الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية الإلكترونية:

يرى أنصار هذا الاتجاه برفض فكرة الوجود الخاص للقانون الموضوعي الإلكتروني، ونفي صفة النظام القانوني عنها، حيث يؤكدون صعوبة الإعراف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني، على أساس أن تلك الصفة لا تتوفر إلا عندما نكون بصدد جماعة متماسكة ومنظمة بشكل كافي، وهو فرض ينفيه الواقع العملي عبر شبكة الأنترنت، فالأنترنت تضم أشخاص ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية مختلفة لا يعرفون بعضهم ، وبالتالي فهي جماعة تفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني، كما أن عدم التجانس ناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين داخل شبكة الأنترنت، قد أسفر عن وجود عادات خاصة بكل

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص195.

طائفة تعبر عن مصالحها المتعارضة، مما يصعب معه القول بتوافر فكرة التنظيم الموحد اللازم لقيام النظام القانوني¹.

كما يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن الدول لا تزال غير متعاونة في هذا المجال، انطلاقاً من توفير الحماية اللازمة لمواطنيها، لذلك فإنها غير مستعدة لتترك حل المنازعات التي يعتبر احد مواطنيها طرفاً فيها، ناهيك على أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتكون من قواعد السلوك المجردة من حيث نشأتها، ومضمونها، وبسبب حداثة تكوينها وكذا افتقارها للجزاء والردع، فإنها خالية من عنصر الإلزام، بما يجعل منها عرفاً واجب الإلتباع².

2-الاتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية الإلكترونية:

يعترف هذا الاتجاه بالوجود الخاص للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، ولا ينكر عليها استقلالها عن القواعد المادية التقليدية، كونها عبارة عن قواعد نشأت في بيئة إلكترونية وفي أحضان التجارة الدولية، وبهذا الخصوص يسعى أنصار هذا الاتجاه إلى وضع اطار نظري يهتدى عن طريقه الى تحديد المصادر التي تتشكل منها القواعد المادية الإلكترونية، استناداً إلى محتوى هذه القواعد أو على مضمونها، وذلك بتقسيمها إلى مصادر رسمية تحتوي على الاتفاقيات الدولية والمعاهدات المطبقة في التجارة الإلكترونية، والأدوات التعاقدية التي تشمل تقنيات السلوك، والعقود النموذجية، وقرارات التحكيم الإلكتروني الخاصة بالتجارة الدولية، بالإضافة إلى المصادر ذات

¹ سيني مخالفة نور الدين، المرجع السابق، ص75.

² طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، 292.

النشأة التلقائية، والتي تضم الممارسات التجارية في المجال الإلكتروني، والمبادئ العامة للقانون والأعراف المهنية¹.

ثانيا- القواعد المادية الإلكترونية كمنهج متكامل يحكم عقود التجارة الإلكترونية:

أمام الخلاف الفقهي حول منهج القواعد المادية الإلكترونية بين رافض له ومؤيد، فإنه يمكن القول بأن منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية هو المنهج الوحيد الذي يمكنه حكم المعاملات الإلكترونية وكذا المنازعات الناشئة عنها، شريطة توفره على مجموعة من العناصر، تشكل نظاما قانونا متقنا ومتكاملا، تقلل الانتقادات الموجهة إليه، ويمن إبراز هذه العناصر فيما يلي²:

- خلق مجموعة من القواعد المادية الإلكترونية الدولية تتكفل بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية يكون مصدرها مجموعة الأعراف والممارسات التجارية السائدة المقبولة، التي طورتها المحاكم بالتعاون مع المستخدمين والحكومات، وكافة الأطراف ذات الصلة، يكون هذا القانون متطورا يستجيب للتغيرات التي تحدث في البيئة الرقمية.
- إنشاء منظمة دولية تسهر على توحيد وتطبيق القواعد المادية الإلكترونية وتحديثها عند اللزوم، تكون هذه المنظمة بمثابة الحارس الأمين على خلق صرح قانوني منضبط لعقود التجارة الإلكترونية، بتأمين كافة عوامل السلامة القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية وأطرافها، وذلك ببعث أليات لتسوية المنازعات الناجمة عن هذه العقود، وكذا فرض عنصر الإلزام والجزاء.

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص144.

² نفس المرجع، ص 146.

خلاصة الباب الثاني

رأينا في هذا الباب أن لعولمة القانون أثر بالغ في تحديد دور قواعد الإسناد ومصيرها، حيث تغيرت الطريقة التي يتعامل بها الأشخاص والشركات والدول في العالم الحديث، وتوسع نطاق التعاملات الدولية لمجالات لم تكن معروفة سابقا، مما يتطلب التأقلم مع التباين التشريعي بين الدول وتوفير الحماية القانونية اللازمة للأطراف، وأصبحت الحاجة إلى قوانين دولية موحدة تتعامل مع القضايا العابرة للحدود ضرورة ملحة.

وفي ظل عولمة القانون حاولنا تقييم قواعد الإسناد بإبراز تطبيقاتها وحلولها الوضعية في مختلف المسائل ذات العنصر الأجنبي كالأحوال الشخصية التي اتفقت أغلب التشريعات على خضوعها لقانون الجنسية، وكذا خضوع الأموال لقانون موقعها، في حين تخضع الالتزامات التعاقدية بالدرجة الأولى لقانون الإرادة وفي حال غيابها حددت التشريعات المقارنة ضوابط احتياطية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في القانون المدني، في حين تخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام.

وقد واجهت قواعد الإسناد في العصر الراهن انتقادات ومآخذ حول خصائصها وكذا كيفية إعمالها، وعدم ملاءمتها لحكم بعض المسائل في ظل التطور التكنولوجي الحديث على غرار العقود الإلكترونية، مما جعل الفقه يبحث عن مناهج جديدة تحل محل قواعد الإسناد كمنهج القواعد المادية التقليدية منها والإلكترونية، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

خاتمة

خاتمة:

لقد تعرضنا في هذه الدراسة لموضوع قواعد الإسناد باعتبارها وسيلة فنية لحل مشكلة تنازع القوانين، أين حاولنا إبراز أهميتها وكذا الدور الكبير الذي تلعبه في فض تنازع القوانين، التي تثور عند تراحم أكثر من قانون لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، بما يحقق مصلحة الأطراف المتنازعة، وتطبيق القانون الملائم والأكثر ارتباطا بعناصر العلاقة المطروحة أمام القاضي.

كما قمنا بتحليل قواعد الإسناد وإبراز خصائصها أين رأينا بأن قواعد الإسناد وظيفتها ارشادية بالدرجة الأولى، حيث ترشد القاضي إلى القانون الأجدر بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع، دون أن تتولى بنفسها الفصل في النزاع، كما توصلنا في هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي:

- أن قواعد الإسناد تركز على عناصر أساسية لقيامها تتمثل في الفكرة المسندة والتي تشكل مجموع العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وضابط الإسناد الذي يعتبر المعيار الذي يستند إليه القاضي لمعرفة القانون الواجب التطبيق، والعنصر الأخير يتمثل في القانون المسند إليه، وهو القانون الذي يتوصل إليه القاضي في النهاية لحكم العلاقة موضوع النزاع.
- أن أساليب الإسناد تختلف باختلاف قاعدة الإسناد، ما إذا كانت بسيطة أو مركبة، ففي الحالة الأولى تكون بسيطة إذا تضمنت ضابط اسناد وحيد كما هو عليه الحال في نص المادة 10 ق.م.ج أين أخضع المشرع الأهلية لضابط وحيد هو الجنسية.

وقد تكون قاعدة الاسناد مركبة وهنا إذا كان الإسناد موزعا، ففي هذه الحالة يكون ضابط الإسناد وحيد لكن يعهد الاختصاص إلى أكثر من قانون واجب التطبيق على كل مسألة من المسائل أو على كل طرف من أطراف العلاقة على حدى، ومثال هذه الحالة ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 11 من القانون المدني الجزائري بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج.

أما إذا كان الاسناد انتقائيا يقوم المشرع بوضع عدة ضوابط إسناد لقاعدة إسناد واحدة، بحيث يكون كل ضابط إسناد صالحا لأن يحكم العلاقة القانونية المرتبطة بتلك الفكرة المسندة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 19 ق.م.ج، والهدف من وراء هذا الإسناد المتعدد تحقيق عدة أهداف، فقد يسعى المشرع من وراءه إلى فسح المجال إلى كل القوانين التي لها علاقة بالمسألة القانونية المطروحة نظرا لتساوي هذه القوانين في الصلة بها، كما قد تكون غايته تيسير مصالح الأفراد فيما يتعلق بالتجارة الدولية.

- أن تطبيق القانون المسند إليه أو الأجنبي يرتبط بشرط أساسي، يتمثل في أن يكون صادرا من دولة كاملة السيادة، وبذلك لا يعتبر قانون الدويلات الداخلة في الاتحاد الفدرالي كقوانين الولايات المتحدة الأمريكية أو ولايات سويسرا، وكذلك النظم الطائفية، وكذا قوانين الإقليم المضموم سارية المفعول بعد ضمه، وكذا لا تعتبر قوانين الدول التي تكون تحت الإستعمار قانونا مسندا إليه.

- أنه وإعمال قواعد الإسناد وتفسيرها يقوم القاضي بعمليتين رئيسيتين تتمثلان في التكييف والإحالة.

- يعد التكييف المرحلة الأولية التي يتم بموجبها الكشف عن طبيعة النزاع، إذ يتعين على القاضي أولاً وقبل البت في موضوع المسألة تحديد الطائفة القانونية التي تندرج ضمنها، وقد توصلنا إلى وجود اختلافات فقهية بخصوص القانون الذي يخضع له التكييف ولكل فقيه مبرراته التي استند إليها، وتحصلنا من خلال هذه النظريات على مجموعة من النتائج أهمها:

- أن هذه النظريات قدمت حلولاً نظرية بحتة يصعب الأخذ بها على إطلاقها من الناحية الواقعية التي تتطلب حلولاً عملية ملموسة ودقيقة للمشاكل القانونية التي تطرح في هذا الميدان.

- أن التكييف بطبيعته لا يزال مسألة اجتهادية متطورة لا يجب أن تكون محصورة في النصوص القانونية الوضعية ويستحسن أن يترك أمرها للفقهاء والاجتهاد القضائي.

- أن مسألة التكييف ليست مقصورة على القانون الدولي الخاص فالمسألة تعرض بالنسبة لسائر الفروع القانونية الداخلية الأخرى وكافة العلوم، غير أن التكييف في القانون الداخلي هدفه التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أو المادية في قانون دولة القاضي، على عكس التكييف في القانون الدولي الخاص الذي يهدف للكشف عن طبيعة النزاع من أجل تحديد

- القانون الواجب التطبيق، فعلى القاضي أن يبحث عن طبيعة الواقعة القانونية المعروضة عليه بعملية عقلية منطقية قوامها الاستنباط والاستدلال.
- أن التكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو ذلك التكييف السابق على أعمال قاعدة الإسناد، وليس التكييف الثانوي أو اللاحق لإعمال قاعدة الإسناد.
- أن المشرع الجزائري جعل من القانون الجزائري هو المرجع في عملية التكييف طبقا لنص المادة 09 ق.م.ج.
- ليس بالضرورة كل رجوع للقانون الأجنبي ينتج عنه الإحالة، فقد تشير قواعد الإسناد الوطنية على تطبيق قانون أجنبي، وعند استشارة قواعد هذا الأخير، سيتضح ما إذا كان هذا القانون يقبل الاختصاص أم يرفضه.
- يمكن اعتبار أن المشرع الجزائري قد تأثر بالقضاء الفرنسي والإتجاه الفقهي الحديث الذي يساند تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى والتي ارتبط ظهورها بالقضية الشهيرة المعروفة بقضية "فورجو"، ومن ثم قد خفف من الانتقادات الموجهة للإحالة وكذا تجنب الوقوع في الحلقة المفرغة أو الإحالة المتعددة.
- أن المشرع الجزائري قرر التقليل من وظيفة قاعدة الإسناد عندما اقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مكتفيا بقبول الإحالة من القانون الأجنبي إذا منحه هذا الأخير الاختصاص والمعروفة بالإحالة من الدرجة الأولى، غير أن هذا القبول

المباشر من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي قد يؤدي إلى إخلال صارخ بتوقعات الأطراف .

- أن المشرع الجزائري عندما نص على المادة 23 مكرر1، وبسبب صياغة النص جعل البعض يقول بأن المشرع جمع بين موقفين متعارضين، والمنطق السليم للأمور يقضي بعدم جواز الجمع بين المتعارضين، في حين وبعد تحليل وشرح لمضمون المادة 23 مكرر 1، توصلنا أنه لا يوجد تعارض بين الفقرتين، وأن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، وكل هذا الاختلاف بخصوصها راجع لصياغة نص المادة المبهم، الأمر الذي أحدث بعض اللبس والغموض بين الشراح.

- أن المشرع الجزائري أخضع الأحوال الشخصية بصفة عامة لضابط الجنسية، باعتباره أكثر ملاءمة لحكم المراكز القانونية للشخص.

- أخضع المشرع الجزائري حالة الشخص الطبيعي وأهليته لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، كما حمى المواطن الجزائري عند تعامله مع شخص أجنبي في حال تعذر عليه كشف نقص أهلية هذا الأخير، وجعل من التصرف الذي يبرمه الأجنبي ناقص الأهلية في هذه الحالة تصرف صحيح منتج لجميع آثاره القانونية، شريطة أن تعقد هذه التصرفات في الجزائر وتنتج آثارها فيها.

- أن المشرع الجزائري أخذ بالمقر الرئيسي والفعلي للشخص المعنوي كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المعنوي ونظامه القانوني سواء كان هذا

الشخص المعنوي أجنبي أم جزائري الجنسية، غير أنه استثنى الشركات الأجنبية التي تزاول نشاطها في الجزائر حيث تخضع للقانون الجزائري.

- أن المشرع الجزائري لم ينظم مسألة تنازع القوانين في الخطبة ولم يبين قواعد الإسناد التي تطبق عليها إذا كانت جنسية الخاطب تختلف عن المخطوبة، على غرار بعض التشريعات المقارنة.

- توصلنا إلى أن المشرع الجزائري أغفل وضع ضابط اسناد يحكم الشروط الشكلية للزواج وبالتبعية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

- أن سبب إخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام العقد، هو ايمان المشرع الجزائري بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار الزواج، بالنظر إلى خطورة إخضاع آثار الزواج لأكثر من قانون، إذ يتعذر في هذه الحالة الخيار بين القانونين عندما يختلفان.

- أن المشرع الجزائري وضع ضابط اسناد واحد يحكم آثار الزواج المالية والشخصية وهو القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وتفضيله تغليب قانون الزوج على قانون الزوجة في هذه المسألة لا يعبر عن أفضلية معينة له، وإنما يعبر عن اختيار موضوعي لرب العائلة.

- أن المادة 12 ق.م.ج عالجت مسألة مهمة وهي امكانية تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج، لذلك قررت تطبيق جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وبذلك إذا غير الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج فإن انحلال رابطة الزواج يسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته

الجديدة، أما آثار الزواج فيسري عليها قانون الدولة التي كان ينتمي إليها أي الجنسية السابقة، كما أنه أورد استثناء في نص المادة 13 ق.م.ج يتعلق بتطبيق القانون الجزائري وحده اذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج.

- تخضع الأموال لقانون الدولة التي تتواجد بها، وتخضع الالتزامات التعاقدية كأصل عام لإرادة الأطراف، وفي حال غياب ذلك يطبق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، في حين تخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، كما تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لمكان إبرام التصرف كأصل عام.

- توصلنا إلى أن منهج قواعد الاسناد تعرض إلى كم هائل من الانتقادات من أنصار المناهج الأخرى الجديدة، والتي تترامق قواعد الاسناد في فض مشكلة تنازع القوانين، وصلت إلى حد المناداة بهجر قواعد الاسناد لعدم مواكبتها التطورات الحاصلة في عالمنا الراهن والذي يتميس بالسرعة والحاجة لقواعد بسيطة غير معقدة تطبق مباشرة على موضوع النزاع.

- رأينا من خلال أزمة قواعد الاسناد ظهور مناهج جديدة حاولت الحلول محل قواعد الإسناد، منها منهج القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري، واتضح من خلال دراسة هذين المنهجين عدم قدرتهما على حكم جميع مسائل تنازع القوانين التي تثور في العلاقات الخاصة الدولية.

- أن قواعد الاسناد واجهتها صعوبات واشكالات كبيرة عند محاولة إعمالها على العقود الالكترونية تتمثل فيما يلي:
- أن اعمال ضابط الإرادة على عقود التجارة الالكترونية لا يشكل صعوبة حقيقة عندما تكون الإرادة صريحة، لكن هذا لا يمنع وجود بعض الإشكالات البسيطة حولها والمتمثلة أساسا في صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد، وصعوبة تحديد هوية الأطراف، وصعوبة التحقق من جدية إرادة التعاقد واثباته.
- ينتج عن اعمال الاختيار الضمني لقانون العقد مجموعة من الاشكالات تتمحور حول رفض تطبيق الإرادة الضمنية للمتعاقدين من طرف جانب كبير من الفقه، وذلك لصعوبة الكشف عنها في مجال المعاملات الإلكترونية.
- أن صعوبة التوطين والتركيز المكاني للرابطة العقدية في مجال المعاملات الالكترونية، باعتبار أن موضوعها أشياء غير مادية وافترضية، تمنع إعمال الضوابط الجامدة التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية.
- أن أزمة قواعد الإسناد في مجال المعاملات الإلكترونية أدت إلى المناداة بوجود قانون جديد موضوعي يحكم هذا النوع الجديد من المعاملات، تم تكوينه من قواعد ذات وجود خاص ومستقل تنتمي إلى البيئة الافتراضية، الأمر الذي عجل بظهور منهج القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية، كحل بديل يحل محل منهج التنازع التقليدي.

- بعد تحليلنا للقواعد الموضوعية الإلكترونية اتضح أن هناك خلاف يدور حول طبيعة هذه القواعد ومدى امكانية تشكيلها لقانون مستقل يُعنى بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، أين لاحظنا أن هذه القواعد لا زالت في طور البناء، لم يكتمل وجودها بعد، بسبب عدم كفايتها وعدم قدرتها على معالجة كل ما يثور من منازعات في البيئة الرقمية، وكذا عدم توفر قواعدها على عنصر الإلزام والجزاء.

وبالموازاة مع هذه النتائج يمكننا تقديم بعض الاقتراحات على النحو التالي:

- اعادة صياغة نص المادة 23 مكرر 1 بشكل واضح يربط بين الفقرة الأولى والثانية، بحيث يبين المشرع الجزائري موقفه من الإحالة مزيلا بذلك التجاذبات الفقهية الحاصلة بشأن موقف المشرع الجزائري، وحتى لا يتأثر القضاة بهذه الأفكار وتتناقض أحكامهم بين مؤيد للإحالة من الدرجة الأولى ومستبعد لها.

- حسب رأينا فإن الحل الأمثل لقيام قواعد الاسناد بوظيفتها، هو تكييف هذه القواعد وتحديد المسائل التي تخضع لها في ضوء هذه العلاقات الخاصة الدولية، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار التعاون الدولي.

- من الأحسن إعادة صياغة المادة 09 ق.م.ج المتعلقة بالتكييف بإضافة فقرة أخرى تسمح للقاضي عندما تعرض عليه علاقة قانونية أجنبية مجهولة في نظامه القانوني أن يجري التكييف وفقا للقانون الذي تنتمي إليه هذه العلاقات، فعبارة " القانون الجزائري هو المرجع"

تشير ضمناً بأن المشرع الجزائري لم يهمل المنهج المقارن، غير أنه يتعين تبيان ذلك بشكل صريح يزيل اللبس والغموض.

- يتعين على المشرع الجزائري وضع ضابط يحكم الشروط الشكلية للزواج، ونعتقد أن الحل المناسب في هذا الوضع هو تطبيق كل قانون من قانون الزوجين تطبيقاً موزعاً، فالزوج ينطبق عليه قانونه والزوجة ينطبق عليها قانونها، إذ أن هناك بعض الشروط السلبية التي قد يتطلبها قانون أحد الزوجين والتي تسمى بموانع الزواج، فمراعاة المانع لدى أحد الزوجين يستوجب مراعاته بالنسبة للزوج الآخر، ومثال ذلك إذا نص قانون أحد الزوجين على منع الزواج لاختلاف الدين أو بسبب درجة القرابة، ويتحقق الاختلاف فإن الزواج لا يكون صحيحاً حتى ولو كان المانع غير مقرر في قانون الزوج الآخر.

- على المشرع تدارك النقص ومعالجة مسألة التنازع السلبي في الحالة التي لا يكون فيها للشخص جنسية معروفة، وغير مقيم إقامة دائمة في الدولة، أو مقيم إقامة غير شرعية في تلك الدولة وذلك بالاستعانة بالآراء الفقهية والتشريعات المقارنة.

- على المشرع الجزائري تدارك النقص والنص على ضابط اسناد يحكم مسألة تفرق عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة، بالنسبة للمسؤولية الناتجة عن الفعل الضار أو الفعل النافع على حد سواء، كالحالة التي يقع فيها الخطأ في دولة ويتحقق الضرر في أكثر من دولة.

- يتعين على المشرع الجزائري تدارك النقص وتحديد ضابط اسناد واضح يحكم مسألة وقوع الأفعال في الأماكن التي لا تخضع لسيادة أي دولة، كحوادث السفن الواقعة في أعالي البحار أو حوادث الطائرات التي تقع في الفضاء الجوي الذي يعلو هذه المناطق التي لا يمكن إخضاعها لقاعدة الإسناد التقليدية التي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، وذلك بالاستناد لبعض الآراء الرائدة في هذا الشأن والتي تناولناها في هذه الدراسة.
- على المشرع الجزائري وضع ضابط اسناد يخص مسألة التنازع حول العقار الذي يقع في الحدود الفاصلة بين دولتين، خاصة في الحالة التي لا توجد فيها اتفاقية تنظم المسألة، ومن بين هذه الحلول المقترحة تجزئة العقار وخضوع كل جزء لقانون الدولة التي يقع فيها.
- على المشرع الجزائري تدارك النقص الوارد في نص المادة 02 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وإضافة حرية الأطراف و اختيارهم القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم الإلكترونية شريطة أن يكون القانون المختار ينظم المعاملات الإلكترونية.
- الاعتراف بالقوة الملزمة للقوانين النموذجية المعنية بالتجارة الإلكترونية.
- تنظيم وإبرام اتفاقيات دولية توحد أحكام وقواعد المعاملات الإلكترونية، وكذا تحدد القانون الواجب التطبيق عليها.
- اشتراط الإدلاء بجميع المعلومات الشخصية الخاصة بأطراف المعاملات الإلكترونية والتي تفصح عن هويتهم وتثبت حالتهم وأهليتهم.

- سد النقائص التي تشوب منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ليصبح نظام قانوني مستقل يحكم المعاملات الإلكترونية، وذلك بإنشاء مجموعة من القواعد المادية الإلكترونية الدولية تتكفل بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية يكون مصدرها مجموعة الأعراف والممارسات التجارية السائدة المقبولة، وكذا انشاء منظمة دولية تسهر على توحيد وتطبيق القواعد المادية الإلكترونية وتحديثها عند اللزوم، وتكون هذه المنظمة بمثابة الحارس الأمين على خلق صرح قانوني منضبط لعقود التجارة الإلكترونية، وتكفل تأمين كافة عوامل السلامة القانونية للمعاملات الإلكترونية وأطرافها، وذلك ببعث أليات لتسوية المنازعات الناجمة عن هذه العقود، وكذا فرض عنصر الإلزام والجزاء.

تم بحمد الله وفضله،

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً-المصادر:

أ- الدستور:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442هـ الموافق لـ 2020/12/30م، ج.ر العدد 80.

ب- الاتفاقيات:

1. اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المادة 01/03، وكذا اتفاقية لاهاي لسنة 1955، والمتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية.

2. اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية لسنة 1886 والتي كان آخر تعديلاتها عام 1979.

ج- القوانين الجزائرية:

2. الأمرين رقم 65-182 ورقم 70-53 المؤرخين في 11 ربيع الأول عام 1385 الموافق 10 يوليو سنة 1965، 18 جمادى الأول عام 1390 الموافق 21 يوليو سنة 1965 المتضمنين تأسيس الحكومة.

3. الأمر رقم: 155/66 المؤرخ في: 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الاجراءات الجزائرية المعدل والمتمم بالقانون رقم: 19-10 المؤرخ في: 14 ربيع الثاني عام 1441، الموافق لـ 2019/12/11، ج.ر، عدد78.

4. الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 14-08 المؤرخ في 13 شوال عام 1435، الموافق لـ 09 غشت سنة 2014، ج.ر.ع 49 لسنة 2014.

5. الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر، عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

6. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر 15 لسنة 2005.

7. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر، العدد 28.

د- القوانين المقارنة:

1. القانون البولوني الخاص بتنازع القوانين والصادر في 1926.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.
3. المرسوم التشريعي رقم 48 لعام 1949 يتضمن القانون المدني السوري المنشور بتاريخ 1949/05/18:
4. القانون المدني العراقي رقم 40 سنة 1951.
5. القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر في سنة 1963.
6. القانون المدني السوداني القديم لسنة 1971.
7. القانون الاسباني قانون 3 مايو 1974.
8. والقانون المجري 1974.
9. والقانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1976.
10. والقانون الياباني 1989.
11. القانون المدني الليبي 2016.

ثانيا - المراجع:

أ-الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، أسلوب الاسناد في الميزان - دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية-، د.ط، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1985.
2. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2014.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني - السياحي - البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
4. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي - مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2001.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية - دراسة تأصيلية انتقادية-، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1989.
6. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين-، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
7. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر - نظرية التكيف-، د.ط، دار هومه، الجزائر، 2008.
8. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
9. حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، ط4، مكتبة وهبة، مصر، 1946.
10. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، د.ط، مطبعة الارشاد، بغداد، العراق، 1967.

11. سالم أرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي- تنازع القوانين من حيث المكان-تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب-، ط4، دار الكتب الوطنية، بن غازي، ليبيا، 2007.
12. سالم حامد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين - في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، - الجزء 2، ط08، د.د.ن، 2006، د.ب.ن.
13. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص - تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة-، ط1، دار العلوم العربية، بيروت- لبنان، 1994.
14. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، -المضمون الواسع المتعدد الموضوعات - منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2009.
15. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2008.
16. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص- الجنسية وتنازع القوانين-، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
17. طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان 2018.
18. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط1، د.د.ن، الجزائر 2010.
19. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين في ضوء القانون 05- 10 المؤرخ 9 في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام، د.ط، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ن.
21. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، دون سنة النشر.

22. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
23. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
24. عصام الدين القصبى، القانون الدولي الخاص، د.ط، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، 2008.
25. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت، لبنان، 2001.
26. علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص - الجنسية، الموطن، مركز الاجانب وأحكامه في القانون العراقي، مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع، جامعة الموصل، العراق، 1982.
27. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، د.س.ن.
28. فاروقي حارس سليمان الفاروقي، المعجم القانوني - انجليزي، عربي - ط05، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت 2008.
29. القاضي بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا، لبنان، 2017.
30. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص 2 -تنازع القوانين-، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 2008، حلب، سوريا.
31. محمد إبراهيم أبو الهجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
32. محمد المبروك اللافى، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط1، منشورات الجامعة المفتوحة، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا د.س.ن.
33. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص - الجنسية الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع-، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.

34. محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2000.
35. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1989.
36. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر 2014.
37. هشام صادق، حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، -تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي-، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2015.
38. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014.

ب- المذكرات والأطروحات:

*أطروحات الدكتوراه:

1. أمال حابت، التجارة الالكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2015-2016.
2. بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2015-2016.
3. بلمامي عمر، نظرية التكيف في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1993-1994.
4. حمزة قتال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، 2010-2011.
5. خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2011-2012.

***مذكرات الماجستير:**

1. الشماسنة محمد أحمد عبد الله، مواعمة قواعد الاسناد لأعراف التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الاردن، 2005.
2. أحمد عبد الحميد الأنباري، سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2016-2017.
3. بلاق محمد، القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012.
4. بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل درجة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.
5. بيان اسحق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل درجة الماجستير، في القانون، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007.
6. حسن غسان بني عودة، الإحالة في القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2020-2021.
7. خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2009-2010.
8. راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال- دراسة مقارنة-، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير، تخصص: قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2014-2015.

9. عبد الرزاق عبد الخليل، الأحكام المنظمة للغش وأثرها على قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين الخرطوم-السودان، 2018.
10. عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق جامعة جيجل، 2007-2008.
11. محمد البشير أحمد عوضة، تنازع القوانين- دراسة مقارنة بالتطبيق على القانون السوداني والمصري-، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، أم درمان، السودان، 2004-2005.
12. مسعود بورغدة نريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماجستير، تخصص: عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

ج- المجالات:

1. إلهام فاهم نغيش، العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في نطاق القانون الدولي الخاص، مجلة كلية القلم الجامعة، المجلد 05، العدد 10، كركوك، العراق، 2021.
2. الباز مصطفى محمد مصطفى، منهج قواعد التنازع في المنازعات الدولية الخاصة- دراسة انتقادية-، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد: 50، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2008.
3. الباز مصطفى محمد مصطفى، منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة- دراسة انتقادية- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 50، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2008.
4. باسم العواد محمود العموش، مفهوم الاحالة في القانون الدولي الخاص-دراسة مقارنة-، مجلة روح القوانين، العدد 90، جامعة نجران، المملكة العربية السعودية، أبريل 2020.

5. بورزام رمزي، أزمة اعمال قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد:13، العدد:25، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2021/01/15.
6. بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري بين الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد:10، العدد:03، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 31-12-2019.
7. بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد:07، العدد:01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 28-06-2021.
8. بلاق محمد، ضوابط الاسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد 05، العدد 10، تاريخ النشر 2014/12/31.
9. بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2008.
10. بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الاسناد في ظل عولمة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد44، العدد04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 01-12-2007.
11. بلغيث عمارة، الاحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد1، العدد02، جامعة العربي تبسي، تبسة، الجزائر، 1-03-2007.
12. بوزيد سراغني، العولمة القانونية وآلياتها، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، المجلد05، العدد02، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر 01-07-2016.
13. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة أهل البيت، العدد20، كلية القانون، جامعة كربلاء، د.س.ن.
14. حلبيتم سراح، منهجية تحليل قواعد الاسناد أمام القضاء الوطني، مجلة الفقه والقانون، العدد 33، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جوان 2015.

15. خير الدين كاظم الأمين، نظرة انتقادية لمنهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد: 26، العدد: 08، محافظة بابل، العراق، 2018.
16. الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري - مشكلة أم حل- مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 08، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2015.
17. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 03، العدد 04، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2011.
18. ديداني بومدين، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 04 العدد 01، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، جوان 2017.
19. رمازنية سفيان، دور الآليات الإدارية غير المتخصصة بالجزائر في حماية الملكية الفكرية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف الجزائر 2021/12/29.
20. زناندة عبد الرحمان، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جوان 2021.
21. الشماسنة محمد أحمد عبد الله، التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية ودور التحكيم في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لتنظيمها، مجلة إربد للبحوث والدراسات، المجلد 18، العدد 02، جامعة إربد الأهلية -عمادة البحث العلمي - الاردن، 2015.
22. صالح مهدي كحيط، تنازع القوانين في مسائل الأموال المادية، مجلة رسالة الحقوق، العدد 03، السنة 03، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2011.
23. صالح مهدي كحيط، مفهوم الاحالة بين النسبية والاطلاق واحكام الحل الوظيفي -دراسة مقارنة-، العدد 18، كلية القانون جامعة اهل البيت، كربلاء، العراق، د.س.ن.

24. الطيب زروتي، مناهج تتنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد:35، العدد:03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 15-09-1998.
25. عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية، وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، مجلة اليرموك الجامعية، المجلد:08، العدد:01، العراق، 2016.
26. عباس زبون العبودي، ليث عبد الرزاق علي الأنباري، عقد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، الجزء الأول، 2018.
27. عبد الحكيم بوجاني، مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد 05، العدد02، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 28 ديسمبر 2020.
28. عبد الرسول كريم مهدي أبو صبيح، التكييف في تنازع القوانين - دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية-، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد 05، العدد 07، جامعة الكوفة، جانفي 2008.
29. عبد الكريم موكة، القانون الواجب التطبيق على النسب في عقود الزواج الدولية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد02، جامعة تيزي وزو، الجزائر جوان 2021.
30. عبد الكريم موكة، في التحكيم الالكتروني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، المجلد 05، العدد 1، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 15/01/2018.
31. عبد الله سيف علي هلال السبوسي، دور القواعد الموضوعية ومنهج الاسناد في فض مشكلة تنازع القوانين في مسائل الفعل الضار الناتج عن الاعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف مع التطبيق على قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، المجلد:05 العدد:05، الامارات العربية المتحدة، 2020.

32. علال طحطاح، النزعة البرغماتية في إنشاء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 02، العدد 01، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، ماي 2018.
33. علي الهادي الأسود، العلاقة القانونية بين القواعد ذات التطبيق الضروي (قواعد البوليس والامن) وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والشرعية، السنة الثانية، العدد: 07، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015.
34. عيشوية فاطمة، الاحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01 العدد 02، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، أكتوبر 2015.
35. فراس كريم شيعان وطه كاظم حسن، القواعد المادية للتجارة الالكترونية-دراسة تحليلية في ضوء القانون الدولي- مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، السنة الثامنة، العراق، جوان 2016.
36. كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها - دراسة مقارنة في تنازع القوانين-، مجلة البحوث الانسانية، كلية القانون، المجلد 03 العدد 13، جامعة كربلاء، كانون الثاني 2005.
37. محمد بلاق، "منهج القواعد ذات التطبيق الضروي في إطار العلاقات الخاصة الدولية"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة تيارت، الجزائر، 2021.
38. محمد ضو فضيل، قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، مجلة روح القوانين، كلية الشريعة والأنظمة، جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية، العدد الخامس والتسعون، يوليو 2021.
39. مقدس أمينة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري- دراسة تحليلية مقارنة- مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 06، العدد 02، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، ديسمبر 2020.
40. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد العراق، 1977.

41. مهدي كحيط، قواعد الاسناد بين التنوع في الطبيعة والتعدد في نطاق التطبيق، مجلة رسالة الحقوق، جامعة أهل البيت، كلية القانون، العدد الثالث، السنة العاشرة، 2018.
42. مهند أحمد صانوري ومحمد عبد الحفيظ الخمايسية، قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج في قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني - دراسة تحليلية مقارنة - المجلة القانونية، العدد 08، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، المنامة، البحرين، يونيو 2017.
43. مومن يمينة، مركز قانون القاضي في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ديسمبر 2021.
44. نورية شبرو، التكيف وتنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية الاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، المركز الجامعي بريك، الجزائر، جوان 2022.
45. الهواري أحمد محمد أمين، عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد، مجلة الأمن والقانون، المجلد: 20، العدد: 02، أكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، 2012.
46. هيبية نجود والكاھنة ارزيل، عن القوة الملزمة لمصادر قانون التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، جامعة الوادي، الجزائر 2019/09/28.
47. وسام توفيق عبد الله، مبادئ القانون الدولي الخاص، محلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 57، كلية الحقوق، جامعة الموصل، السنة 18، د.س.ن.
48. وهيبية بوطش، الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 03، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، جوان 2022.
49. يوسف نور الدين وبروك الياس، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية، مجلة المفكر، المجلد 11، العدد 13، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016/02/13.

د - الملتقيات:

1. أيت مولود ذهبية، اشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23-24 أبريل 2014.
2. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية: ماهيتها - معاملاتها - والمشاكل التي تثيرها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10 الى 12 مايو سنة 2003، المجلد الخامس.
3. بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة-، مداخلة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23-24 أبريل 2014.
4. تريكي دليلة والمولود آيت شاوش، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة لما بعد الموت في القانون الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23-24 أبريل 2014.
5. عليوش قربوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23-24 أبريل 2014.
6. كريم كريمة، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، مداخلة مقدمة في إطار مجريات الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23-24 أبريل 2014.

7. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مداخلة مقدمة في إطار أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23-24 أبريل 2014.

هـ - المحاضرات:

1. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية -تكوين العقد واثباته-، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2008.
2. أمحمدي بوزينة أمنة، محاضرات في قواعد الـYسناد في الأحوال الشخصية موجهة لطلبة ماستر تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2017.
3. عزيز إطوبان، محاضرات في القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين- السادسة الخامسة - قانون خاص-، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني المحمدية، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 2016-2017.

و - القرارات والأحكام:

1. القرار رقم: 107604 الصادر بتاريخ: 1994/04/27 عن المحكمة العليا، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03 سنة 1994.

ن - المواقع الإلكترونية:

1. اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار في مونتيجو باي- جمايكا، متوفرة على الموقع التالي: www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm تم الاطلاع يوم: 2022/12/25.
2. أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، - الجنسية وتنازع القوانين-، 2012، متوفر على الموقع التالي: <https://books-library.website/a-3544-download> تم الاطلاع بتاريخ: 2020/10/22، الساعة: 17.00.

3. ربحي فاطمة الزهراء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/76157> تاريخ الاطلاع: 2021/05/15، الساعة:16:00.
4. عبد العزيز الزعابي، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية"، مقال منشور بتاريخ: 2016/06/12، متاح على الموقع التالي: http://legalblog01.blogspot.com/2016/06/blog-post_81.html تاريخ الاطلاع: 2020/08/15، الساعة: 15:15.
5. العلمانية <https://ar.wikipedia.org/wiki/> أطلع عليه يوم 29/08/2022 على الساعة 16:16.
6. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص 02، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 26. متوفر على الرابط التالي: <https://pedia.svuonline.org/search/index.php> تم الاطلاع يوم: 2021/12/25 الساعة: 16.15.
7. الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki/> تم الاطلاع عليه يوم 23/08/2021 الساعة 19:54.
- المراجع باللغة الأجنبية:

Les ouvrages:

1. BLANCO Dominique, négociier et rédiger un contrat international, Edition Dunod, paris, France 1993.
2. BUREAU Dominique, Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome2, Partie spéciale, Presses Universitaires de France, 2eme Edition, Paris, France,2007
3. CAPRIOLI Eric, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce, électronique, J.C.P, paris, France 2002.

4. Deby Gerard- Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, Paris, France, 1973.
5. François MELIN, droit international privé, 2ème .Édition, Gualino editeur, L.G.D.J ,Paris , FRANCE 2005.
6. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, T1, 7ème éd. L.G.D.J. Paris, France, 1983.
7. H. BATIFFOL, traité élémentaire de droit international privé,4 éd, paris, France, 1967.
8. Pierre TRUDEL, La Lex Electronica, Droit international, Éditions Bruylant, , Bruxelles, 2001.
9. R. Quenaudon, Les intermédiaires de commerce, dans les relations internationales, Dr. Int. j. class. 1997.
10. Sandrine Clavel, Droit international privé, 5em, Ed, Dalloz, Paris, France, 2018.
11. Valérie Sédallian, Droit de l'internet, Réglementation, responsabilités, contrats, Net Press, France 1997.

Les thèses:

1. Hélène CHANTELOUP, La loi applicable aux quasi-contrats, thèse de doctorat en Droit privé, université Paris Nanterre, France, 1994

Les Revues:

1. Nicolas Brault, le droit applicable à internet de l'abîme aux sommets, revue Lègicom, vol 2 N° 12 – avril, mai, juin 1996. Victoires éditions, France.

Les articles:

1. Bertrand ANCEL, conflit de lois dans le temps, art, décembre 2000 Répertoire de droit international, Dalloz, France, 2020.

2. Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Obligations, art, décembre 1998, Répertoire de droit international, Dalloz, France 2020.
3. Olivera BOSKOVIC, Loi applicable aux obligations non contractuelles : matières civile et commerciale, art, septembre 2010, Répertoire de droit européen, Dalloz, France, 2020.
4. Pierre GOTHOT et Paul LAGARDE, Conflits de lois : principes généraux, article, janvier 2006, Répertoire de droit international, dalloz, France, 2020.
5. Rosario DUASO CALÉS, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation, art, faculté de droit, Université de Montréal, France, 2002.
6. Vincent DELAPORTE, Forme des actes, art, décembre 2001, Répertoire de droit international, Dalloz, France, 2020.

Les sites internet:

1. Carroué Laurent, Atlas de la mondialisation. Une seule terre, des mondes, dispnible sur le site suivant <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/mondialisation> le 23/10/2022.h:17.00.

الفهرس

الفهرس:

.....	شكر وتقدير
.....	إهداء
.....	قائمة المختصرات
.....	مقدمة
1	مقدمة:
14	الباب الأول الأحكام العامة لقواعد الإسناد
17	الفصل الأول ماهية قواعد الإسناد
20	المبحث الأول مفهوم قاعدة الإسناد
21	المطلب الأول المقصود بقواعد الاسناد
22	الفرع الأول تعريف قواعد الإسناد
23	أولاً: مضمون قواعد الاسناد
26	ثانياً: وظيفة قواعد الإسناد
28	الفرع الثاني خصائص قواعد الإسناد
28	أولاً: قاعدة الاسناد قاعدة غير مباشرة
30	ثانياً: قاعدة الاسناد قاعدة وطنية
31	ثالثاً: قواعد الاسناد مزدوجة الجانب une règle bilatéral
34	رابعاً: قواعد الاسناد مجردة أو محايدة REGLE ABSTRATIE OU NEUTRE
35	خامساً: قواعد الاسناد قواعد ملزمة Règle Obligatoire
37	الفرع الثالث مصادر قاعدة الاسناد
38	أولاً: المصادر الوطنية
43	ثانياً: المصادر الدولية

49	المطلب الثاني عناصر قاعدة الإسناد
50	الفرع الأول الفكرة المسندة Notion rattachée
55	الفرع الثاني ضابط الإسناد
56	أولاً: تعريف ضابط الإسناد
59	ثانياً: أساليب الإسناد
63	الفرع الثالث القانون المسند إليه la loi applicable
63	أولاً: تعريف القانون المسند إليه
66	ثانياً: شروط تطبيق القانون المسند إليه
73	المبحث الثاني نشأة وتطور قواعد الإسناد
75	المطلب الأول مراحل تطور قواعد الاسناد في الفقه الغربي القديم (فقه الاحوال)
76	الفرع الأول مدرسة الأحوال الايطالية القديمة La théorie de statuts
83	الفرع الثاني مدرسة الأحوال الفرنسية
84	أولاً: الفقيه شارل ديمولان 1500-1560م
86	ثانياً: فقه برتراند دارجنتره (1519-1590م)
90	الفرع الثالث مدرسة المجاملة الهولندية
91	أولاً: مضمون نظرية المجاملة الدولية courtoisie internationale
95	ثانياً: مآل مدرسة المجاملة الهولندية
97	المطلب الثاني تطور قواعد الإسناد في الفقه الغربي الحديث
98	الفرع الأول المدرسة الألمانية الحديثة
99	أولاً: نظرية الفقيه " واغجر waechter "
99	ثانياً: نظرية الفقيه "سافنر schaeffner "
100	ثالثاً: نظرية الفقيه "سافيني savigny "
105	رابعاً: نظرية الفقيه هاوس Hauss

106	الفرع الثالث المدرسة الفرنسية الحديثة
106	أولاً: نظرية الفقيه الفرنسي "بيليه"
110	ثانياً: نظرية "برتان BARTIN"
114	الفصل الثاني الآليات الفنية اللازمة لتفسير وإعمال قواعد الإسناد
116	المبحث الأول التكييف La qualification
117	المطلب الأول مفهوم التكييف
118	الفرع الأول تعريف التكييف
119	أولاً: التعاريف الفقهية للتكييف
122	ثانياً: موضوع التكييف
126	الفرع الثاني نشأة التكييف
128	أولاً: زواج المالطي " la succession du maltais "
129	ثانياً: وصية الهولندي Testament du hollandais
130	ثالثاً: زواج اليوناني الأرثوذكسي le mariage de grec orthodoxe
132	رابعاً: قضية أوكدن الصادرة في 1908 في إنجلترا
133	خامساً: الانفصال الجسماني لزوجين إسبانيين
135	المطلب الثاني القانون الذي يحكم التكييف
136	الفرع الأول إخضاع التكييف لقانون القاضي LEX FORI
137	أولاً: مبررات إخضاع التكييف لقانون القاضي
140	ثانياً: استثناءات خضوع التكييف إلى قانون القاضي
145	الفرع الثاني إخضاع التكييف لقانون الذي يحكم النزاع (lex casae)
146	أولاً: مبررات خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع
149	ثانياً: تقدير النظرية
152	الفرع الثالث إخضاع التكييف للقانون المقارن

153	أولاً: الأساس الفني للنظرية.....
156	ثانياً: تقدير النظرية.....
160	المبحث الثاني الإحالة Le renvoi.....
162	المطلب الأول مفهوم الإحالة.....
163	الفرع الأول المقصود بالإحالة.....
164	أولاً: صور التنازع المنشئ للإحالة.....
166	ثانياً: تعريف الاحالة.....
169	الفرع الثاني نشأة الاحالة.....
170	أولاً: نشأة الاحالة في القضاء الانجليزي.....
172	ثانياً: نشأة الإحالة في القضاء الفرنسي.....
176	ثالثاً: نشأة الاحالة في التشريع الألماني.....
178	الفرع الثالث أنواع الإحالة.....
178	أولاً- الاحالة من الدرجة الأولى.....
182	ثانياً - الاحالة من الدرجة الثانية.....
187	المطلب الثاني جدلية الإحالة بين القبول والرفض.....
188	الفرع الأول نظرية الإحالة في ظل الفقه التقليدي.....
188	أولاً- مبررات مناصري الإحالة.....
192	ثانياً- عيوب الأخذ بنظرية الإحالة.....
196	الفرع الثاني الاتجاه الفقهي الحديث المؤيد للإحالة.....
196	أولاً: الحلول الاصلاحية لنظرية الاحالة:.....
205	ثانياً - الحلول المقيدة لنطاق الإحالة:.....
208	الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري.....
209	أولاً- موقف المشرع الجزائري في ظل صدور القانون المدني لعام 1975:.....

217 خلاصة الباب الأول
215 الباب الثاني تقييم قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون
217 الفصل الأول تطبيقات قواعد الإسناد
219 المبحث الأول قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية
220 المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المدنية وأهليته
222 الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص المدنية
222 أولاً- القانون الذي يحكم الحالة المدنية للشخص الطبيعي
226 ثانيا- القانون الذي يحكم حالة الشخص المعنوي
228 الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص La Capacité
229 أولاً- القاعدة: خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته
231 ثانيا- الاستثناء المتمثل في عدم تطبيق قانون جنسية الأجانب
234 المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج
235 الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج
236 أولاً - القانون الواجب التطبيق على الخطبة
238 ثانيا- القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج
243 الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وانحلاله
244 أولاً- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج
246 ثانيا- القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج
249 المطلب الثالث القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية
250 الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية ذات الطابع الشخصي
250 أولاً- القانون الذي يحكم العلاقة بين الآباء والأبناء
256 ثانيا- القانون الذي يحكم العلاقة بين الأقارب
257 الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الروابط الأسرية ذات الطابع المالي

- 257..... أولًا- القانون الواجب التطبيق على الميراث
- 260..... ثانيًا- القانون الواجب التطبيق على الوصية والتصرفات التي تنفذ بعد الموت
- 263..... المبحث الثاني قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال العينية
- 265..... المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على الأموال
- 266..... الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية
- 267..... أولًا- خضوع العقار لقانون موقعه
- 270..... ثانيًا- خضوع المنقول لقانون تواجده
- 273..... الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية
- 274..... أولًا- القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية:
- 279..... ثانيًا- القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية -الديون-:
- 280..... المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على الالتزامات
- 282..... الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
- 283..... أولًا- الاسناد الشخصي (قانون الارادة)
- 290..... ثانيًا- الاسناد الموضوعي (الضوابط الاحتياطية)
- 297..... الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية
- 298..... أولًا-نشأة ضابط محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام:
- 301..... ثانيًا- موقف المشرع الجزائري من ضابط مكان الفعل المنشئ للالتزام:
- 303..... ثالثًا- صعوبات تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام:
- 311..... الفصل الثاني أزمة قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون
- 313..... المبحث الأول أزمة قواعد الاسناد في حكم العلاقات التقليدية
- 314..... المطلب الاول أسباب المطالبة بهجر منهج قواعد الإسناد
- 315..... الفرع الأول الانتقادات الموجهة لمنهج قواعد الإسناد
- 315..... أولًا- اتسام المنهج القائم على قواعد الاسناد بالتعقيد والغموض:

- ثانيا- غياب توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني: 318.....
- ثالثا- تطبيق نصوص قانونية لا تتفق مع النزاع المطروح: 320.....
- رابعا- الانتقادات المتعلقة بحياذ قواعد التنازع وتجريدها: 321.....
- الفرع الثاني الاشكالات المتعلقة بتطبيق قواعد الإسناد 323.....
- أولا - صعوبات إعمال الضابط الشخصي: 323.....
- ثانيا- الإشكالات المتعلقة بتطبيق القانون المحلي: 328.....
- ثالثا- الإشكالات المتعلقة بتطبيق القانون المكاني: 332.....
- رابعا- الإشكالات المتعلقة بتطبيق ضابط قانون الارادة: 333.....
- المطلب الثاني ظهور مناهج جديدة تُنازع قواعد الاسناد 335.....
- الفرع الأول منهج القواعد المادية 336.....
- أولا- مفهوم القواعد المادية: 336.....
- ثانيا- علاقة القواعد المادية بقواعد الاسناد: 342.....
- الفرع الثاني القواعد ذات التطبيق الضروري 345.....
- أولا- مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري- قواعد الأمن والبوليس-: 346.....
- ثانيا- علاقة قواعد الاسناد بالقواعد ذات التطبيق الضروري: 350.....
- المبحث الثاني أزمة منهج التنازع في ظل التكنولوجيات الحديثة 352.....
- المطلب الأول الاشكالات المصاحبة لإعمال قواعد الاسناد على العقود الإلكترونية 354.....
- الفرع الأول اشكالات تطبيق ضابط القانون المختار من المتعاقدين 355.....
- أولا- الإشكالات المصاحبة للاختيار الصريح لقانون العقد: 357.....
- ثانيا- الاشكالات المصاحبة للاختيار الضمني لقانون العقد: 364.....
- الفرع الثاني اشكالات اعمال ضوابط الاسناد الاحتياطية 368.....
- أولا- اشكالات تطبيق قانون موطن المتعاقدين أو جنسيتهم 369.....
- ثانيا- اشكالات تطبيق قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه: 372.....

376.....	المطلب الثاني القواعد المادية للتجارة الالكترونية(lex electronica)
377.....	الفرع الأول ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية
378.....	أولاً- مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية(lex électronique):
382.....	ثانياً- مصادر القواعد الموضوعية الالكترونية.....
384.....	الفرع الثاني تقييم القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية
385.....	أولاً- تشكيل القواعد الموضوعية الالكترونية لنظام قانوني مستقل
387.....	ثانياً- القواعد المادية الإلكترونية كمنهج متكامل يحكم عقود التجارة الإلكترونية.....
388.....	خلاصة الباب الثاني.....
381.....	خاتمة.....
391.....	قائمة المصادر والمراجع
408.....	الفهرس

الملخص:

تعتبر قواعد الإسناد واحدة من أهم القواعد الفنية التي تمكنت منذ أمد بعيد في حل معضلة تنازع القوانين، بل لازلت إلى يومنا هذا تشكل الوسيلة الأكثر شيوعاً التي يلجأ إليها قضاء الكثير من الدول من أجل حل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وقد نظمها المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني الجزائري، ونظم ضوابطها التي تحدد مجال أعمالها، ووسائل تفسيرها وتطبيقها على النحو الذي يسمح بتطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بعناصر العلاقة موضوع التنازع، غير أن التطورات الحاصلة في شتى مجالات الحياة خاصة الثورة التكنولوجية الحديثة، صاحبها بعض الإشكالات في تطبيق قواعد الإسناد ونتج عنها ما يسمى أزمة قواعد الإسناد.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، قواعد الإسناد، قواعد التنازع، القواعد المادية، أزمة قواعد الإسناد، القانون الدولي الخاص.

Abstract:

Conflict rules are one of the most important technical rules that has long been able to resolve the conflict-of-laws dilemma and to this day it is still the most common means for the judiciary of many States to solve the problem of conflict of laws in foreign-race relations, regulated by the Algerian legislature in the provisions of the Algerian Civil Code and by the regulations governing its enforcement, The means of interpreting and applying them so as to permit the application of the law most closely linked to the elements of the relationship at issue But developments in various spheres of life, especially the modern technological revolution, was accompanied by some problems in the application of attribution rules and resulted in the so-called conflict rules crisis.

Keywords : Conflict of laws, rules of attribution, rules of conflict, material rules, crisis of rules of attribution, private international law.