السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص السداسي الخامس 03

الميدان : الحقوق مقياس القانون الدولي الخاص-تطبيق- د.درار نسيمة

المجموعة 07 - 08

القانون الدولي الخاص

مقدمة :

يعتبر القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص ، نظراً لطبيعة قواعده التي تنظم العلاقات بين الأفراد على المستوى المحلي والإقليمي والدولي، ظهرت الحاجة له نظراً لتشعب وتداخل العلاقات الدولية ، والانفجار السكاني والثورة التكنولوجية الباهرة ، وما خلفته من نتائج كالنزاعات بين الأطراف المختلفة ، وتشمل موضوعات القانون الدولي الخاص ، موضوع تنازع القوانين ويعتبر من أهمها ، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسية، الموطن، المركز القانوني للأجانب ، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وهي من المواضيع ذات الأهمية الكبيرة في حماية حقوق الأفراد ، والتي تنظم الروابط بينهم.

المبحث التمهيدي : المفاهيم المختلفة للقانون الدولي الخاص

اختلف الشراح حول تعريف القانون الدولي الخاص بسبب تنوع موضوعاته ومصادره، ففي صدد الموضوعات التي يتناولها والتعريف المستمد منها، يمكن أن تلمس تصورين :

يقصر أولهما دراسة القانون الدولي الخاص وموضوعه على مسألة تنازع القوانين فقط (تنازع الإختصاص التشريعي) ، ولذلك يتخذ أنصار هذا الإتجاه من عبارة (تنازع القوانين) عنواناً لمؤلفاتهم في هذا السياق بدلاً من عنوان (القانون الدولي الخاص)، ويسود هذا الإتجاه في إيطاليا وألمانيا ، ووفقاً لهذا الإتجاه يمكن التعرف على هذا القانون من خلال (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد) التي تُعين القانون الواجب تطبيقه (القانون

المختص) على الواقعة المعروضة أمام القاضي من بين قوانين عدة دول تتزاحم وتتنازع على حكم قضية مشوبة بعنصر أجنبي، وعلى هذا الأساس يعرف القانون الدولي الخاص بأنه:

(مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي).

وفي الدول الانجلوسكسونية لا يقتصر تعريف القانون الدولي الخاص وموضوعه على تنازع القوانين فقط، بل يشمل تنازع الإختصاص القضائي الدولي أيضاً لتحديد مدى اختصاص محاكم الدولة في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي، لأن النزاع المحتمل ظهوره بين قوانين عدة دول بشأن علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يمكن أن يدخل في نطاق اختصاص محكمة أكثر من دولة واحدة لاتصال أحد عناصر تلك العلاقة بها، مما يستلزم تحديد المحكمة المختصة برؤية هذا النزاع أيضاً ، وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه :

(مجموعة القواعد القانونية التي تعين الاختصاص التشريعي و القضائي الدولي في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي).

وهناك إتجاه آخر يصور القانون الدولي الخاص بشكل أوسع بحيث يشمل إضافة إلى تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية أيضاً، ويسود هذا الإتجاه في الفقه القانوني اللاتيني المتبع في فرنسا والدول الأخرى التي تحذو حذوها في التشريع مثل الجزائر،الأردن،والعراق ومصر و سوريا ولبنان. فالمؤلفات في القانون الدولي الخاص ومفردات مادة القانون الدولي الخاص التي تدرس في جامعات هذه الدول تضم فضلاً عن أحكام تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي، أحكام الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب ، وتنفيذ الأحكام الأجنبية أيضاً ، وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي، وتحدد الموطن والجنسية والمركز القانوني للأجانب وكيفية تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي)

وفي تعاريف آخرى أنه :

(ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص التابعين للدولة وموطنهم ومركز الأجانب فيها ويبين الحلول الواجبة الإتباع في مسائل التنازع الدولي للقوانين وللإختصاص القضائي).

(القواعد القانونية التي تعين المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق عند عرض علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ، وتحدد الموطن و الجنسية و المركز القانوني للأجانب في الدولة) .

المبحث الأول : مصادر القانون الدولي الخاص

المصادر هي المناهل التي يستمد منها القانون الدولي الخاص أحكامه ويتفاوت تأثيرها بين موضوعات القانون الدولي الخاص، فبعض المصادر تكون درجة تأثيرها عالية في بعض المواضيع دون البعض الآخر، والراجح فقهاً أن تلك المصادر تنقسم إلى نوعين: مصادر داخلية أو وطنية: تتمثل في التشريع والعرف الوطني والقضاء الوطني. ومصادر دولية: تتمثل في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، القضاء الدولي، والعرف الدولي أو قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة.

المطلب الأول : المصادر الداخلية أو الوطنية

تتمثل المصادر الداخلية أو الوطنية فيما يلي :

الفرع الأول : التشريع:

يُعرف التشريع بأنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والموضوعة من قبل السلطة المختصة بالتشريع والمشرّع الجزائري جعل المسائل الّتي تنظم القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين جعلها جزء لا يتجزأ من القانون المدني من المواد (24-09) تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان ، كما أنّه فيما يتعلّق بتنازع الاختصاص القضائي فيتمثّل التشريع في المادتين (11-10) من قانون الإجراءات المدنية.

أمّا فيما يتعلّق بتنفيذ الأحكام الأجنبية فموجودة في المادة 305-308 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية، و كذا تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في المادة 1035 من ذات القانون.

كما أنّ هناك أحكام خاصّة بتشريعات خاصّة نظمت بعض المسائل الّتي تدخل في القانون الدولي الخاص منها قانون الجنسية (القانون 63-96 وهو قانون انتقالي ثم تلاه القانون 70-86 والأمر المعدل مؤخرا بالقانون 05-01)، وكذا مركز الأجانب الذي تضمه القانون 08-11 المؤرخ في 25-06- 2011المتعلق بشروط دخول و إقامة الأجانب بالجزائر و تنقلهم فيها .

فرع الثاني : العرف

من المتفق عليه فقهياً أن العرف هو أقدم المصادر، ويعرف بأنه مجموعة القواعد التي استقر العمل بها باستمرار، وشاع الاعتقاد بإلزامها من قبل الناس، وقد ضعُف وتضاءل دور العرف في الوقت الحاضر بفعل تعاظم دور التشريع والمعاهدات.

ودور العرف منعدم في مجال الجنسية، ولكن في المقابل كان له دور رئيس ودور مؤثر في بعض موضوعات القانون الدولي الخاص، خاصة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وكان للعرف دور مكمّل للتشريع في موضوع الموطن ومركز الأجانب.

ويذهب البعض إلى أن هناك أعرافاً دولية تتعلق بالقانون الدولي الخاص، ومنها الحد الأدنى لحقوق الأجنبي، وضرورة وجود علاقة جدية وحقيقية ما بين الفرد والدولة المانحة للجنسية، وحرية الدولة في مسائل الجنسية.

الفرع الثالث : القضاء

هو مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني والدولي التي استقر العمل بها في التعامل مع مسائل القانون الدولي الخاص، وينعدم تأثير هذا المصدر في إطار الجنسية، ويكون له تأثير مساعد واحتياطي في باقي موضوعات القانون الدولي الخاص.

ويعد القضاء مصدراً تفسيرياً وطنياً، ولكن رغم ذلك يعد هذا المصدر في بريطانيا من المصادر الرسمية والرئيسية للقانون، ومن الجدير بالذكر لعب القضاء وعلى مر التاريخ دوراً متميزاً في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص. وإذا رجعنا إلى أحكام محكمة العدل الدولية ومحاكم التحكيم المختلط سنجد العديد من الأحكام التي كانت تعد بمثابة إضافة لأحكام القانون الدولي الخاص في مختلف موضوعاته، فحكم محكمة العدل الدولية عام

1955 في قضية نوتبوم كان له تأثير في موضوع الجنسية عن طريق التشريع، وكذلك حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في عام 1923 حول مراسيم الجنسية في تونس ومراكش فكان له انعكاس في آليات منح الجنسية، وكذلك فإن حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في عام 1926 ضد بوليفيا بشأن نزع ملكية أجنبي بدون تعويض كان له تأثير في موضوع مركز الأجانب.

المطلب الثاني : المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص:

الفرع الاول : المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية

تُعرف المعاهدة بأنها اتفاق بين دولتين أو أكثر من أجل إيجاد حل لمسألة معينة، وتعتبر المعاهدات أهم مصدر للقانون الدولي الخاص ويظهر دورها في كونها تهدف إلى وضع حلٍّ للصعوبات الناتجة عن اختلاف القوانين بين الدول، وإذا كان الأصل أن تقسم المعاهدات إلى معاهدات جماعية وثنائية فإنه يمكن في مجال القانون الدولي الخاص وبالنظر إلى موضوع المعاهدة إيجاد تقسيم آخر وهو: معاهدات موحدة لقواعد التنازع، ومعاهدات موحدة للقواعد الموضوعية. والهدف من هذه المعاهدات هو تنظيم بعض مسائل القانون الدولي الخاص ، ومن أمثلة الاتفاقيات الثنائية ما عقدته الجزائر مع بعض الدول في المسائل التجارية والمدنية مثل :

الاتفاقية الجزائرية المغربية وهي اتفاقية تعاون قانوني المبرمة في 13-03-1963 ، الاتفاقية الجزائرية التونسية المبرمة في 28-07-1967 . وكذلك اتفاقية الجزائر وسوريا فيما يحصّ التعاون القضائي والقانوني (مسألة تنازع القوانين).

والهدف من كلّ هذه الاتفاقيات هو تطبيق القانون الداخلي للبلد طالب التنفيذ أو قانون الاختصاص القضائي للمحكمة الّتي أصدرت الحكم طبقا لقواعد الاختصاص في القانون الداخلي (Ex : اتفاقية سوريا والجزائر ، الحكم يصدر في الجزائر وينفّد في سوريا) ، أمّا في حالة عدم وجود اتفاقية فيعود للمادة 325 قا.إ.م.

كذلك هناك معاهدات : وهي الاتفاقيات المتعدّدة الأطراف وهي كذلك تهدف إلى توحيد قواعد موضوعية أو خاصّة بقواعد الإسناد (القواعد الموضوعية تقصدها القانون الداخلي أمّا قواعد الإسناد فهي من المواد 24-09 قا.م.

تعتبر هذه المعاهدات مصدرا هاما في القانون الدولي الخاص ومن أمثلة ذلك تنظيم مسألة الملكية الصناعية والأدبية والفنية ، اتفاقية جنيف الخاصّة يحث المؤلّف وأصدرت في سنة 1952 ، اتفاقية جنيف الموحدة لسنة 1930 ، الخاصّة بالأوراق التجارية و 1931 المتعلّقة بالشيك.

وقد يتخذ هذا التوحيد أحد الصورتين :

الصورة 01 : الاتفاق على تشريع واحد في موضوع معيّن يحل محل التشريع الداخلي ويطبق هذا التشريع على العلاقات الوطنية وعلى العلاقات ذات العنصر الأجنبي وكذا تطبق هذه الاتفاقيات حتّى على الدول الغير متعاقدة.

لا يعتبر هذا التوحيد بإجماع الفقه مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص باعتبارها صورة تمثّل جزءا من التشريع الداخلي للدول المتعاقدة ، أمّا بالنسبة للدول الغير متعاقدة ، فإنّ مسألة تنازع القوانين دائما تبقى مطروحة.

الصورة 02 : لجوء الدول لإبرام معاهدة يصدد موضوع معيّن ونقول تسري أحكام هذه المعاهدة على الدول المتعاقدة فقط وهي خاصّة أيضا بالمعاملات ذات العنصر الأجنبي.

وتعتبر هذه المعاهدات مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص (Ex : اتفاقية الجزائر سوريا).

مكانة المعاهدات ضمن التشريع الداخلي :

يصدر قانون ويكون هناك تعارض ما بين أحكام هذا القانون مع اتفاقية أو معاهدة.

بماذا يأخذ القاضي ؟

نص المادة 21 قا.م. (قواعد الإسناد) : "لا تسري أحكام المواد السابقة إلاّ حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

إسنادا لهذه المادة في حالة وجود التعارض يرجع إلى المعاهدات.

ففي حالة وجود تعارض بين معاهدة دولية ونص في القانون الداخلي ، فإنّ السمو يكون للمعاهدة لوجود مبدأ دستور يقرّ سمو المعاهدة على القانون المادة 123 في دستور 1989 والمادة 132 في دستور 1996 و 150 من التعديل الدستوري 16-01.

بعدما كانت في دستور 1976 الذي كان يساوي بين المعاهدة والقانون الداخلي كذلك نصّ المادة 21 من قواعد الإسناد تقرّ بعدم سريان مواده إذا وجد تعارض مع قاعدة في معاهدة دولية سابقة لأنّ المعاهدات اللاحقة تلقائيا تلغي أحكام القانون الداخلي.

الفرع الثاني : القضاء الدولي:

عندما نتكلم عن القضاء الدولي فعادة ما نشير إلى أحكام محكمة العدل الدائمة في إطار عصبة الأمم سابقاً، ومحكمة العدل الدولية حالياً في إطار منظمة الأمم المتحدة، والحقيقة أن أحكام هاتين المحكمتين والمتعلقة بمواضيع القانون الدولي الخاص محدودة ونادرة لسببين:أولهما أن محكمة العدل الدولية لا تنظر إلا في القضايا التي تكون بين الدول ولا شأن لها بنزاعات الأفراد، وإن كان يمكن لها بصفة استثنائية وبطريقة غير مباشرة أن تفصل في بعض القضايا المتعلقة بالأفراد وذلك في حالة "الحماية الدبلوماسية".

أما السبب الثاني فيرجع إلى طريقة اللجوء إلى محكمة العدل، إذ لا يمكن لهذه الأخيرة أن تنظر في النزاعات من تلقاء نفسها، وبالتالي لا يتقرر اختصاصها إلا إذا تم رفع النزاع من طرف الدول.

غير أن هذين السببين لم يمنعا محكمة العدل الدولية من إصدار بعض الأحكام التي تندرج ضمن مسائل القانون الدولي الخاص، ففي مجال الجنسية قررت المحكمة في عام 1923 أن للدول الحرية التامة والكاملة في مادة الجنسية، ولا يقيّد هذه الحرية سوى ما تقضي به المعاهدات الدولية، وفي مجال مركز الأجانب قررت المحكمة في عام 1926 أنه ليس للدول أن تنزع الملكية دون تعويض ولو تعلق الأمر بأجانب.

الفرع الثالث : العرف الدولي أو قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة:

يقصد بهذا المصدر تلك القواعد التي سارت الدول على اتباعها والعمل بها، وقد كان للعرف دور كبير فيما مضى خاصةً في مجال تنازع القوانين، فقاعدة خضوع القرار لقانون

موقعه مستقر عليها منذ وقت طويل، ونفس الشيء بالنسبة لقاعدة خضوع الفعل الضار لقانون المكان الذي نشأ فيه الفعل، هذا ويلاحظ أنه وإن كان للعرف دور كبير في مجال تنازع القوانين فإنه بالمقابل يتضاءل دوره كثيراً في باقي المواضيع الأخرى:كالجنسية ومركز الأجانب لارتباط هذه المواضيع بسيادة الدولة، والحقيقة أن العرف الدولي فقد الكثير من أهميته حالياً أمام تزايد حركة التقنين والتشريع.

المبحث الثاني : تنازع القوانين

يتكون القانون، بمعناه العام، من مجموعة القواعد التي تصدر عن السلطة التشريعية المختصة في بلد ما. والقاعدة القانونية هي عبارة عن خطاب ذي صيغة عامة ومجردة ملزمة موجه إلى الأشخاص. ولا توضع القاعدة القانونية لكي تطبق أحكامها بصورة مؤبدة، وإنما قد تتغير هذه الأحكام وذلك بتغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية. وينتج عن هذا التغيير إلغاء القاعدة القانونية النافذة أو تعديلها. وهنا تظهر مشكلة التنازع بين القانونين القديم والجديد. وذلك لمعرفة نطاق تطبيق كل منهما، وهذا ما يسمى بتنازع القوانين من حيث الزمان،هذا من جهة ومن جهة أخرى، فقد تنشأ علاقات قانونية بين أشخاص ينتمون إلى جنسيات مختلفة (كما لو تزوج جزائري من مغربية في إيطاليا)، وهنا تظهر مشكلة التنازع بين قوانين دول عديدة، وتبرز مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه العلاقة، وهذا ما يسمى بتنازع القوانين من حيث المكان. ويتضح من ذلك أن تنازع القوانين هو إمكانية تطبيق أكثر من قانون على علاقة قانونية ما.

وفي تعريف ثانٍ : (التنازع الحاصل بين قوانين دولتين أو أكثر على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي في علاقة قانونية خاصة تتصل في عنصر أو أكثر من عناصرها بتلك القوانيـــن المتنازعة،وإجراء المفاضلة بين هذه القوانين لإختيار أنسبها لحكم العلاقة بإرشاد من قواعد الإسناد).

وفي مثال آخر أشترى رجل تركي عقار من شخص أسباني وموقع العقار في إيطاليا ، ومكان إبرام العقد في فرنسا ، نلاحظ تداخل قوانين عدة دول ، وهنا تظهر فكرة تنازع القوانين ، ودور القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالة مع إحترام مبدأ سيادة هذه الدول على إقليمها.

المطلب الاول: تنازع داخلي بين القوانين :

(تنازع بين قوانين تسري داخل دولة واحدة يختص كل منها بإقليم معين (كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية) أو بطائفة معينة من الأشخاص (كما هو الحال في جمهورية مصر العربية بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية) ، ويغلب في فقه بلاد القارة الاوربية وفي جمهورية مصر العربية عدم إدخال التنازع الداخلي بين القوانين في موضوع القانون الدولي الخاص .

وذلك هو نقيض ما هو متبع في فقه البلاد الإنجلو أمريكية .

المطلب الثاني : تنازع دولي بين القوانين

(تنازع قانون دولة ودولة أخرى أو قوانين عدة دول).

المبحث الثالث : الإختصاص القضائي الدولي :

يقصد بالإختصاص فقهاً (سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة ، ويقابله عدم الإختصاص وهو فقدان هذه السلطة ، ويقال تختص المحكمة بالنزاع . وإختصاص محكمة ما ، معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها).

و يُقصد بالإختصاص القضائي الدولي إختصاص محكمة دولة ما بنزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي .

وسمّي إختصاص المحاكم هذا بالدولي لكون المنازعة تخص علاقة خاصة دولية ومن ثم يتميز هذا الإختصاص عن الإختصاص الداخلي للمحاكم وتعد قواعد الإختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية أي تنتمي إلى تشريع دولة القاضي نفسه فكل دولة تحدد مدى إختصاص محاكمها بنظر المنازعات بصدد العلاقات الخاصة الدولية ولا يحق لها أن تقوم بتحديد هذا الإختصاص لمحاكم دول أخرى.

وهي عملية أولية يجب أن يقوم بها القاضي الذي ينظر الدعوى المرفوعة أمامه فإذا تأكد من إختصاص محكمته بنظر النزاع بموجب قواعد الإختصاص القضائي الدولي

في تشريعه الوطني إنتقل بعدها إلى مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه الوطني أيضاً.

المبحث الرابع :قواعـــد الإسناد

(هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني و هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي).

ومن خصائص قاعدة الإسناد أنها وطنية مرشدة محايدة ومعنى كونها مرشدة أي ترشد للقانون المختص ومحايدة أي أنها تحدده دونما فارق بين كونه قانوناً أجنبياً أم قانون القاضي أي قانون الدولة التي تنتمي إليها المحكمة المختصة اختصاصا قضائياً دولياً.

المطلب الأول :عناصر قواعد الإسناد :

تتكون القاعدة الاسناد من :

الفرع الأول : الفئة المسندة

وهو حصر جميع المسائل المتقاربة والمتشابهة ثم ربط كل فئة بقانون معين عن طريق ضابط خاص هو ضابط الإسناد المادة 17 ق م

الفرع الثاني : ضابط الإسناد :

لما صنف المشرع المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسندة قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداة هي ضابط الإسناد ،وبذلك فإن ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسند إليه .

- ضابط الإسناد يعتبر أهم عنصر من عناصر قاعدة الإسناد فهو الذي يربط بين موضوع الإسناد والقانون الواجب التطبيق ، فضابط الإسناد يعني على ماذا يستند المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد ، مثال : في موضوع الأهلية نجد أن المشرع الأردني قد إستند إلى الجنسية فالجنسية تعتبر ضابط الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يخص الأهلية .

الأصل أن قاعدة الإسناد تحتوي على ضابط اسناد واحد ولكن من الممكن أن تحتوي قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط اسناد ، مثال : قاعدة الإسناد التى تبين القانون الواجب التطبيق على شكل الوصيه فإنها تحتوي على ضابطي إسناد هما قانون الموصي وقانون البلد الذي تمت فيه الوصيه

وكذلك قاعدة الإسناد التى تبين القانون الواجب التطبيق على شكل العقد فإنها تحتوي على أربع ضوابط إسناد :

قانون البلدرالذي تم فيه العقد

القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية

قانون موطن المتعاقدين

قانونهم الوطني المشترك

الفرع الثالث : أهمية ضابط الإسناد

انه يتغير ضابط الإسناد يتغير القانون الواجب التطبيق لذلك فإن اختيار المشرع ضابط الإسناد يتم بعناية فائقة حتى يتم اختيار القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية

الفرع الرابع : : تحديد القانون الواجب التطبيق :

أي أن قاعدة اسناد بعد أن تحدد موضوع الإسناد وضابط الإسناد فإنه تلقائيا يتحدد القانون الواجب التطبيق - كيف يتم إختيار ضابط الإسناد من قبل المشرع :

يتم اختيار ضابط الإسناد من خلال النظر إلى العنصر الأهم في العلاقة القانونية من حيث أن لأي علاقة قانونية ثلاثة عناصر :

أ- الأطراف

ب- الموضوع

ت- السبب

مثال : في مسائل الأحوال الشخصية العنصر الأهم هو أطراف العلاقة لذلك فإن جنسيتهم هي ضابط الإسناد

مثال : في الفعل الضار فإن السبب هو العنصر الأهم لذلك فإن مكان وقوع الفعل الضار هو ضابط الإسناد

وإختيار ضابط الإسناد قد يختلف من تشريع لأخر حسب وجهة نظر المشرع فمثلا بالنسبة إلى مسألة الأهلية نجد أن بعض التشريعات مثل الأردن يستند إلى ضابط الجنسية وذلك للمحافظة على العلاقة بين الشخص ودولته الأم في حين أن بعض التشريعات قد يستند إلى ضابط الموطن للمساواة بين المواطنين والأجانب

المطلب الثالث: طبيعة قواعد الإسناد:

تتميز قواعد الإسناد بما يلي :

الفرع الأول : قواعد غير مباشرة :

لا تتكفل قواعد الإسناد بإعطاء حل نهائي للنزاع وإنما تبين القانون الذي تخضع له.وفي هذا القانون نجد القواعد القانونية التي ستطبق عليه فمثلا قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين لنا السن الذي عند بلوغه يكون الشخص كامل الأهلية وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل ببيانها .

الفرع الثاني : قواعد مزدوجة :أي أنها إما تجعل الاختصاص للقانون الوطني أو القانون الأجنبي وفائدة هذه الميزة أنها لا تترك فراغا في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المطروحة على القاضي إما لقانونه أو القانون الأجنبي . أنها الفرع الثالث : قواعد محايدة : عندما يعمل القاضي قاعدة الإسناد فإنه لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع وهذا القانون قد يكون قانونه وقد يكون قانونا أجنبيا .

المطلب الثاني : تفسير قاعدة الاسناد

تفسر قاعدة الإسناد عن طريق دراسة نظريتين متتاليتين هما الإحالة و التكيف

الفرع الأول : نظرية الإحالــة :

الإحالة هي نظرية تقول بتطبيق قواعد الإسناد (قواعد التنازع)في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ،و البث فيها أمر جوهري لأنه يتوقف الحل النهائي للنزاع على الموقف المتخذ منها ،ونظرا للأهمية التي تتميز بها مسألة الإحالة فقد حظيت في فقه القانون الدولي الخلص باهتمام كبير و مشكلة الإحالة لا تثير أدنى صعوبة فيما لو إتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي و الدولة الأجنبية ،و إنما تثور الصعوبة فيما لو إختلفت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي.

الفرع الثاني : موقف القانون الجزائري من الإحالة

لا يوجد في القانون الجزائري يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين ، غير أنه يوجد نص في التقنين يقبل الإحالة في مجال التنازع الداخلي و هو نص المادة 23 ق م التي تنص على: (متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه)

و كذلك نص المادة 23مكرر 01 ق م التي تنص على Sad 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) من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع يقبل الإحالة من الدرجة الأولى ماعدا هذا فإنه يرفض الإحالة من الدرجة الثانية .

لنوضح ذلك بالمثال التالي: تخضع مسائل الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الإنكليزية لقانون الموطن وفي قواعد الإسناد الأردنية لقانون الجنسية ، فإذا رفع نزاع متعلق بزواج إنكليزي متوطن في الأردن إلى محكمة أردنية ، تسند المحكمة حكم النزاع إلى القانون الإنكليزي إشارة من قواعد الإسناد الاردنية بإعتبارة القانون الشخصي لهذا

الإنكليزي ويأتي القاضي الاردني بالقانون الإنكليزي ليطبقه على النزاع بإعتباره القانون المختص . فإذا طبق القاضي الأردني الأحكام الداخلية منه يحسم بها النزاع ويصدر قراره بموجبها. أما إذا طبق منه قواعد الإسناد ، فإنها قد تحيل حل النزاع من جديد إلى القانون الأردني بإعتباره قانون موطن هذا الإنكليزي ، وبذلك تتولد الإحالة في النزاع بسبب إختلاف قواعد الإسناد في القانونين الإنكليزي والاردني .

الفرع الثالث : سبب نشوء الإحالة:

هو إختلاف ضوابط الإسناد في قانون القاضي و قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق،و لإيضاح نظرية الإحالة يجب الرجوع إلى القضية الشهيرة و التي كانت سببا في إثارة فكرة الإحالة و هي قضية فورغو forgo،و قد كان فورغو هذا ولدا غير شرعي و لد في أوائل القرا 19م بإقليم بافاريا (ألمانيا) و نزحت به أمه وهو طفل في الخامسة من العمر ألى فرنسا و أقاما هناك إقامة فعلية دون أن يتخذا لهما موطنا قانونيا في فرنسا إذا كان القانون الفرنسي يقتضي يومئذ الحصول على تصريح بالتوطن القانوني وهما لم يحصلا على هذا التصريح ،و عندما كبر فورغو تزوج من فرنسية ثرية و تركت له ثروة منقولة طائلة ،و في الثمنة و الستين مات فورغو و ترك هذه الثروة الطائلة دون أن يترك ورثة مباشرين أي دون أب أو أم أو إخوة أو أبناء ، و قد كان القانون الفرنسي لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبوه أو لأخوته فقط ،فإستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثروة بإعتبارها تركة بلا وارث، فطالب الحواشي أقارب أمه بالميراث مستندين في طلبهم إلى القانون البافاري الداخلية التي في الميراث بين الولد الشرعي و الولد غير الشرعي بالنسبة إلى الورثة فقضت المحكمة إستئناف الفرنسية برفض طلبهم في 1874/03/11 مستندة إلى أن فورغو كان متوطنا بفرنسا و بالتالي يجب أن يطبق على ثروتة المنقولة القانون الفرنسي وهو يقضي بحرمان غير الأوين و الإخوة للولد غير الشرعي من ميراثه،فرفع الورثة طعنا في هذا الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية ،فنقضت الحكم في 1875/05/05على أساس أنه مخطئ في إعبار فورغو متوطنا في فرنسا مع أنه لم يتحصل على ترخيص بالتوطن فيها و يكون موطنه القانوني حينئذ هو بافاريا و بالتالي يطبق عليه القانون البافاري.

وأحيلت الدعوى من جديد إلى محكمةإستئناف بوردوفحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي فطعنت مصلحة الأملاك في هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يطبق على الميراث المنقو ل قانون الموطن ،فقضت محكمة النقض في 1878/06/24 بنقضه لأنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون ان يرجع إلى قواعد التنازع فيه و هي تحيل ميراث المتوفي إلى قانون موطنه الفعلي و هو القانون الفرنسيوذ و أحيلت القضية من جديد إلى محكمة إستئناف تولوز فقضت في 1880/05/22 بما رأته محكمة النقض فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الموضوعية فرفضت محكمة النقض هذا الطعن في 1882/02/22و هكذا قبلت محكمة النقض إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي دون أن تصرح بأنها إحالة ،ثم توالت أحكام القضاء الفرنسي على هذا النحو آخذة بالإحالة

الفرع الثاني : نظرية التكييف

بند أ. التعريف بالتكييف القانوني la qualification juridique

(هو الإجراء الأولي الذي يقوم به القاضي لتحديد الوصف الصحيح للتصرف القانوني أو للواقعة القانونية موضوع النزاع،وذلك تمهيداً لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق . وفي بعض الأحيان يتوقف تحديد المحكمة المختص للنظر في النزاع على التكييف القانوني السليم للوقائع موضوع هذا النزاع. ويترتب على ذلك أنه يتوجب على القاضي أن يكون متبحراً في دراسة أحكام القانون الذي يطبق في دولته وفهمها)

بند ب . أهمية التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص

ينظم القانون الدولي الخاص علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، أي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. ويهدف التكييف القانوني في نطاقه إلى تحديد الوصف السليم للعلاقة القانونية وذلك من أجل معرفة المجموعة القانونية التي ترتبط بها العلاقة في سبيل تحديد قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة.

وتبدو أهمية التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، من ناحية. ومن ناحية ثانية بالنسبة لتحديد القانون الذي يطبق على عملية التكييف ذاتها.

بند ج : موقف المشرع الجزائري :

نصت المادة 09 من ق.م.ج(يكون القاضي الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه) ومن خلال هاته المادة يتضح أن المشرع الجزائري اعتمد على قانون القاض.

. أهمية التكييف بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق:

يختلف التكييف في القانون الداخلي عن التكييف في القانون الدولي الخاص من حيث إن التكييف في القانون الداخلي يهدف إلى تحديد القاعدة القانونية التي تطبق في النزاع المعروض على القاضي لإيجاد حل نهائي له، في حين أن التكييف في القانون الدولي الخاص يهدف إلى ربط النزاع بإحدى مجموعات الإسناد، وذلك لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق، والتي تبين القانون الواجب التطبيق على النزاع. وبمعنى آخر، إن التكييف في القانون الدولي الخاص لا يهدف إلى تحديد الأحكام القانونية التي تطبق على النزاع لحله بصورة نهائية، وإنما يهدف إلى بيان قاعدة الإسناد الصحيحة التي

تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق.

فلنأخذ مثال على ذلك : تشاجر زوج فرنسي الجنسية وزوجته إيطالية الجنسية في الجزائر ، ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة القانونية؟ يتوقف تحديد هذا القانون على تكييف العلاقة القانونية موضوع النزاع. وهنا يتنازع تكييفان حول هذه المشاجرة: فإما أن تعد أثراً من آثار الزواج، وإما أن تعدّ فعلاً ضاراً. وبناءً على التكييف القانوني السليم تتحدد قاعدة الإسناد التي

ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق. فإذا عُدّت المشاجرة أثراً من آثار الزواج، يجب على القاضي تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج (بموجب أحكام المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري). أما إذا تم تكييف المشاجرة على

أنها تشكل فعلاً ضاراً، فيجب إخضاعها لقانون الدولة التي وقعت فيها المشاجرة (تطبيقاً لأحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري).

ويعود سبب الأهمية التي يتمتع بها التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص إلى :

تنوع قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، من جهة. ومن جهة ثانية، إلى اختلاف المسائل القانونية، موضوع التكييف، في تشريعات هذه الدول. وهذا ما يؤدي إلى نوع آخر من التنازع وهو تنازع التكييفات conflits des qualifications.

مثال على ذلك مسألة الزواج، حيث تفرض بعض التشريعات الأجنبية على مواطنيها الشكل الديني للزواج، وبعضها الآخر يفرض الشكل المدني. وتحديد القانون الواجب التطبيق يتوقف هنا على التكييف الذي يعطيه القاضي لمسألة الشكل الديني للزواج، هل تُعدّ هذه المسألة من الشروط الموضوعية للزواج، ومن ثم تخضع لقانون كل من الزوجين (وفقاً لأحكام المادة 11من القانون اجزائري)؟، أم تُعدّ شرطاً شكلياً يحكمه قانون البلد الذي أُبرم فيه عقد الزواج (بموجب أحكام المادة 19 من القانون المدني الجزائري)؟

2 . القانون الواجب التطبيق على التكييف: يُعدّ التكييف القانوني في القانون الدولي الخاص الإجراء الأولي الذي لابد منه لتحديد القانون الذي يطبق على العلاقة القانونية موضوع النزاع. والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هنا يتعلق بتحديد القانون الذي يتم وفقاً لأحكامه إجراء التكييف القانوني. اختلف الفقهاء حول هذه المسألة، وانعكس ذلك على معظم تشريعات الدول.

لنأخذ أمثلة على التكييف من القضاء الفرنسي :

ميراث المالطي :

تزوج مالطيان في جزيرة مالطا حيث موطنهما الأول ثم قدما إلى الجزائر المستعمرة الفرنسية .

تملك الزوج عقارات في الجزائر وتوفي بعد ذلك ،طالبت زوجته بحقها في العقارات بموجب القانون المالطي .

إذا كييف القاضي الفرنسي (قانونه) إعتبره نصيب من ميراث الهالك وبالتالي لا تأخذ الزوجة شيئا لأن المرأة لا ترث آنذاك .

وصية الهولندي :

حرر هولندي وصية في فرنسا وفقا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي ولا يجيزه القانون الجزائري .

-قيام نزاع بشأن صحتها .

-إذا تم التكييف وفقا لقانون القاضي (الفرنسي) تعتبر صحيحة ،وإذا تم التكييف وفقا للقانون الجزائري اعتبرت باطلة .

المبحث الخامس:إعمال قاعدة الاسناد

خول المشرع الجزائري حسب ما قررته قواعد الإسناد في المواد من: 09 إلى 24 من القانون المدني المعدل والمتمم، وما ورد في قانون الإجراءات المدنية للقضاء الجزائري المختص أن يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي وهذا بتطبيق القانون الوطني الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي على تلك النزاعات، فالأمر هنا يتوقف على حسب ما تشير إليه قواعد الإسناد الواردة في نصوص القانون المدني .

المطلب الأول : تطبيق القانون الأجنبي

إلا أنه في الحالة التي يتعيّن فيها تطبيق قانون أجنبي معيّن بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وبعد رجوع القاضي الجزائري لمحتوى ذلك القانون يتضح لديه أن قاعدة الإسناد الجزائرية قد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية والأركان الأساسية وتلك الأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع الجزائري، فيكون القانون الأجنبي في هذه الحالة في وضعية قانونية تتناقض تماما مع المبادئ الأساسية المقدّسة في القانون الجزائري، مما يستوجب على القاضي الجزائري هنا المثار أمامه هذا النزاع استبعاد تطبيق ذلك القانون الأجنبي باسم النظام العام والآداب العامة.

كما قد يتضح لدى قاضي النزاع المشتمل على عنصر أجنبي أن اختصاص قانون أجنبي معيّن للفصل في النزاع المطروح عليه نشأ عن طريق تحايل أطراف العلاقة القانونية وتلاعبهم بقاعدة الإسناد الجزائرية، نتيجة قيامهم بإحداث تغيير في ضوابط الإسناد بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

وبناء عليه يتعيّن على القاضي الجزائري أيضاً أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب

اللجوء للغش من قبل أحد أطراف النزاع، ليُخضع بعدها العلاقة القانونية محل النزاع للقانون الواجب تطبيقه عليها أصلاً لو لم يقع ذلك الغش.

ومن هذا المنطلق اتضح لدينا جليا بأن هناك حالتين أساسيتين لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي

المختص بحكم النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري عملا بالنص الجديد للمادة 24 من القانون المدني المعدّل والمتمّم كما سيأتي بيانه.

إضافة للحالتين السابقتين هناك حالات أخرى اختلف بشأنها الفقه والتشريع تستدعي في نظرنا استبعاد القانون الأجنبي وعدم تطبيقه رغم اختصاصه بحكم النزاع أمام القاضي الجزائري، وسوف نعالجها أيضاً في هذا البحث مع إبراز رأينا الشخصي فيما يتعلق بمدى ضرورة اعتماد هذه الحالات صراحة في التشريع الجزائري، والعمل بها قضائياً كذلك.

وبناء على ما سبق عرضه عالجنا بحثنا منهجيا وفق الخطة الآتية:

المطلب الثاني : موانع تطبيق القانون الأجنبي:

استقرّ الفقه والقضاء حديثا لدى معظم الدول على اعتماد حالتين رئيسيتين يلجأ إليهما القاضي من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص على النزاع المعروض عليه والمشتمل على عنصر أجنبي.

والحالتين المعنيتين هما: الدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون، وقد سايرت جل التشريعات الحديثة أيضاً هذا الاتجاه فنصّت في تشريعاتها بموجب قواعد

الإسناد الخاصة بها على ضرورة استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية كلما اصطدمت بدعائم النظام العام لدولة القاضي، وكذا استبعادها أيضاً على أساس أن اختصاصها كان بطريقة استعمال الغش نحو القانون.

ومن هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري بمقتضى نصوص قواعد الإسناد الجديدة إثر التعديل الأخير للقانون المدني حيث نظمت المادة 24 منه المعدّلة والمتمّمة هذين الحالتين بقولها:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

ومن هذا المنطلق قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول حالة الدفع بالنظم العام والآداب العامة،

وفي الثاني نتناول حالة الغش نحو القانون كالتالي:.

الفرع الأول : حالة الدفع بالنظام العام

كقاعدة عامة أجاز المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية على النزاعات المعروضة أمامه للفصل فيها عندما تكون مشتملة على عنصر أجنبي، وعندما تشير قواعد الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي معين.

إلا أنه استثناء قد يوقف إعمال القاعدة العامة المشار إليها أعلاه وبصريح إحدى نصوص قواعد الإسناد ذاتها عملاً بنص المادة 24 من القانون المدني السالفة الذكر، وهذا بعد أن رجع القاضي المطروح عليه مثل هذه النزاعات للقانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد الجزائرية فوجد مضمونه يتعارض كلية مع الدعائم الأساسية التي بني عليها نظام المجتمع الجزائري.

فيضطر القاضي المعني بالنزاع إلى استبعاد تطبيق ذلك القانون الأجنبي، على أساس أن المشرع الجزائري عندما أجاز للقاضي العمل بالقاعدة السابقة لم يكن ذلك بصفة

مطلقة بل ربط تطبيقها بشرط ألا يكون مضمونها متعارضا مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع، و حتى لا يفهم من ذلك بأن المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لتطبيق كل القوانين الأجنبية مهما كان مضمونها

الفرع الثاني : التحايل على القانون أو الغش نحو القانون:

المانع الآخر من تطبيق القانون الأجنبي، هو الغش نحو القانون أو التحايل على القانون ، ويتم التحايل بتغيير ظرف الإسناد بهدف نقل الإختصاص من قانون لآخر يتفق مع رغبة الشخص ويجنبه تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختص أصلاً.

- أشار المشرّع الجزائري إلى فكرة الدفع بالغش نحو القانون في المادة: 24 من القانون المدني من خلال فقرتها الأولى إثر التعديل الأخير له، حيث نصت على أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون."

فالمشرّع الجزائري نلاحظ من خلال هذا التعديل الجديد أنه حاول مسايرة الاتجاه الفقهي الحديث وما استقر عليه القضاء في هذا الشأن في مختلف الدول الحديثة.

- فأذا كان قانون الجنسية لا يجيز تعدد الزوجات فيلجأ الراغب بالزواج من ثانية تغيير جنسيته (ظرف الإسناد) والحصول على جنسية دولة أخرى يسمح قانونها بتعدد الزوجات ، ويتزوج مستفيداً من قانون جنسيته الجديدة ، إذ لا يخفى أن المشرع وهو يضع القواعد القانونية موضوعية كانت أو قواعد إسناد فإنه يجعل منها قواعد تفسيرية وأخرى آمرة حسب ما تتطلبه مقتضيات بالعدالة والمصلحة العامة والدولية .

الخاتمة

أخيراً فإن القانون الدولي الخاص المسؤول عن الفضّ في نزاعات الأفراد التي يكون بها عنصر أجنبي، يتمحور حول أربعة موضوعات وهي: جنسية المواطنين وهو ركن أساسي من سيادة الدولة، ومركز الأجانب الذي يحدد ماهية حقوق كل من المواطنين والأجانب، وتنازع القوانين وقد مر هذا الموضوع بطورين من التطوير سواء في المدارس القديمة أو الحديثة،

وآخر موضوعات القانون الدولي الخاص هو موضوع تنازع المحاكم وتنفيذ القانون الأجنبي الذي يُستند فيه إلى قاعدة الإسناد.

وتتمثل مصادر القانون الدولي الخاص في المصادر الداخلية كالقضاء والعرف والتشريع، وأيضاً فهنالك مصادر دولية كالعرف الدولي والقضاء الدولي، وأهمها وهي المعاهدات الدولية.