



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية

19 مارس 1962

القانون الدولي الخاص

(الجزء الأول)

مطبوعة محاضرات معتمدة موجهة لطلبة السنة الثالثة ل م د تخصص قانون خاص

من إعداد:

أ. صاري نوال

السنة الجامعية: 2017-2018



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)

مستخرج من محضر المجلس العلمي

المنعقد بتاريخ 2018/10/30

بناء على طلب المصادقة على تقرير الأستاذ الدكتور قاسم العيد عبد القادر والأستاذ الدكتور تشوار جيلالي والدكتور ميكالي هواري بصفتهم خبراء للتقويم العلمي للمطبوعة الجامعية المقدمة من قبل الدكتورة صاري نوال والموسومة بـ «القانون الدولي الخاص (الجزء الأول)»، موجهة لطلبة السنة الثالثة ل م د تخصص قانون خاص. بعد الإطلاع على تقرير الخبرة الذي أكد على قابلية المطبوعة لتكون مرجع يعتمد عليه الطالب في مساره البيداغوجي. بعد المناقشة والمداولة أبدى المجلس العلمي رأيه بالموافقة على المصادقة على تقرير الخبرة وإعتمادها كمطبوعة جامعية.

حرر بسيدي بلعباس في 2018/11/04

عميد الكلية

عميد الكلية
مصطفى كراجي



رئيس المجلس العلمي





مقدمة

القانون الدولي الخاص هو القانون المطبق على أشخاص القانون الخاص في روابطهم القانونية الدولية .
من هذا التعريف، ينتج:

- إنه قانون مطبق على أشخاص القانون الخاص، وعليه يتعين التفرقة بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص. الأول ينظم العلاقات القانونية بين الدول وبين هذه الأخيرة والمنظمات الدولية وبين هذه الأخيرة فيما بينها.

- إنه قانون مطبق في العلاقات الدولية. أي أن تطبيقه وآثاره تتعدى نظام العلاقات داخل الدولة الواحدة لتتجاوزها إلى إقليم أكثر من دولة، وذلك لاهتمامه بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي¹، مما يجعلها تتصل بأكثر من قانون، إن بسبب اختلاف جنسية أطرافها أو بسبب نشأتها أو تنفيذها في الخارج أو لتعلقها بمال في الخارج. وبهذا النوع من العلاقات يتحدد نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص. والقانون الدولي الخاص فرع مستقل من فروع القانون الخاص، له مباحثه ومصادره.

مواضيع القانون الدولي الخاص : تختلف هذه المواضيع بحسب المفهوم الواسع (المدرسة اللاتينية) أو الضيق (المدرسة الأنجلوساكسونية).

-الجنسية: فرض وضع الحدود السياسية بين الدول التفرقة بين الوطنيين والأجانب، عن طريق قواعد موضوعية ترمي إلى تحديد من يكوّنون عنصر السكان في الدولة وهي قواعد الجنسية. وتُعرّف على أنها العلاقة السياسية التي تربط الشخص بالدولة وينظمها قانون يحدد شروط اكتسابها بصورة أصلية أو لاحقة وآثار التجنس وأسباب فقد الجنسية، سحبها والتجريد منها... هذا وتستقل كل دولة بوضع القواعد الخاصة بجنسيتها، لاتصالها بالسيادة.

وتأخذ قواعد الجنسية مركز المسائل الأولية بالنسبة لموضوعي تنازع القوانين ومركز الأجانب. إذ بتطبيق قواعدها نستطيع أن نتيين ما إذا كانت العلاقة القانونية أجنبية في عنصرها الشخصي أم لا. وعلى أساس هذه القواعد يتم التمييز بين الوطني والأجنبي، عند بحث مسألة تمتعه بحق معين، لأن المسألة لا تطرح إلا بالنسبة لمن لا ينتمي إلى جنسية الدولة. والجنسية ظرف من ظروف الإسناد في مسائل الأحوال

¹ وسواء تطرّق هذا العنصر الأجنبي إلى أشخاص العلاقة القانونية (مثلا علاقة زواج بين جزائري وفرنسية)، محلها (كالبيع بين الجزائريين لبضاعة يتم استلامها من تركيا) أو سببها (كما لو وقع حادث سيارة بين جزائريين في تونس).



الشخصية. أيضا قد تبرر جنسية الخصوم اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المشتمة على العنصر الأجنبي.

-الموطن: يقصد بالموطن في العلاقات الخاصة الدولية ارتباط الشخص بإقليم دولة معينة. ولهذا الموضوع أهمية بالنسبة لسائر موضوعات القانون الدولي الخاص. فهو في موضوع تنازع القوانين يستعمل كإسناد في بعض المسائل (مثلا بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحالة الشخصية لعديم الجنسية)، كما تعتد به الدول الأنجلوساكسونية كضابط للإسناد. ويعد الموطن كأصل عام ضابطا لثبوت الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في المنازعات الخاصة الدولية. وبالنسبة لمركز الأجانب، قد يفرق المشرع بين الأجانب المتوطنين وغير المتوطنين، ليخص المتوطنين منهم بمعاملة ممتازة. ويعتد بالموطن بالنسبة لموضوع الجنسية، عند منح الجنسية الأصلية أو اكتسابها.

-مركز الأجانب: وهو موضوع يتضمن شقين من القواعد:

- أ- القواعد التي يطلق عليها قواعد أمن الأجانب وتحدد شروط دخول الأجانب وإقامتهم على الأراضي الوطنية والحالات التي يتوجب عليهم فيها مغادرة البلاد.
- ب- القواعد الخاصة بحقوق الأجانب وتبين الحقوق التي يتمتعون بها والواجبات الملقاة على عاتقهم. ويعد هذا الموضوع من المسائل الأولية بالنسبة لموضوع تنازع القوانين: فقيام التنازع يفترض استعمال حق معين واستعمال الحق يفترض التمتع به مقدّمًا. وكلما كانت الحالة القانونية أجنبية في عنصرها الشخصي، عُرِضَت مسألة تمتع الأجنبي بالحق الذي نشأ التنازع بمناسبة استعماله. إذ حتى لو استقر الوضع في القانون الدولي العام على ضرورة الاعتراف للأجنبي بالشخصية القانونية أو بأهلية الوجوب العامة، فإن للدولة أن تحرم الأجنبي من التمتع بحقوق معينة، وعندها لا يثور تنازع القوانين بشأن رابطة قانونية تنطوي على استعمال لهذا الحق.

-تنازع الاختصاص القضائي الدولي: لحل المنازعات التي تثيرها العلاقة الخاصة الدولية، يستلزم تحديد

اختصاص محاكم الدولة بشأنها. وتختلف هذه القواعد عن قواعد تنازع القوانين، كونها لا تحدد القانون الذي تقع على عاتقه مسألة تعيين المحكمة المختصة، وإنما تقوم هذه القواعد بتحديد الاختصاص القضائي الدولي مباشرة.

ويلاحظ في هذا الصدد أن توزيع الولاية على الجهات القضائية في الدول المختلفة لا يخضع لقواعد دولية، بل يقوم مشرع كل دولة على حدة بتحديد اختصاص محاكمه الوطنية من عدمه. لهذا ليس من



وظيفة قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي تحديد المحكمة المختصة، بل تُعنى بتحديد اختصاص محاكم الدولة إزاء محاكم الدول الأخرى.

- آثار الأحكام الأجنبية وتنفيذها: عندما لا يعرض النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي على القاضي الجزائري بصفة مباشرة، وإنما تفصل فيه محكمة أجنبية بحكم، يستطيع صاحب المصلحة التمسك بهذا الحكم والاعتداد بآثاره في الجزائر. مما يعني أن الحكم الأجنبي لا يكون مجردا من أية قيمة أمام القاضي الجزائري، باعتباره قاضي تنفيذ الحكم الأجنبي، وذلك وفق شروط وإجراءات محددة.

- تنازع الاختصاص التشريعي أو تنازع القوانين: تشير العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي تنازع قوانين دول مختلفة، تتعارض على إثره الحلول التي يمكن إعمالها وفق القوانين المتنازعة، ويجد كل من هذه القوانين مجالا لتطبيقه، نظرا لاتصالها بالعلاقة برباط معين. لذلك يتعين تحديد المعيار الذي وفقا له سيتم اختيار أنسب القوانين وأكثرها ملائمة لحكم العلاقة المعنية.

وتعد قواعد التنازع أو قواعد الإسناد من بين التقنيات التي تسمح حل مشكلة تنازع القوانين، باعتمادها على أسلوب غير مباشر (أي لا يسمح بإعطاء الحل المباشر للنزاع)، يقتصر على الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق أو المختص والذي في ظله سيتم حل النزاع المثار في العلاقة الخاصة الدولية. مصادر القانون الدولي الخاص: يعني البحث في مصادر القانون الدولي الخاص، البحث في الأصول التي يستقي منها القاضي المعروض عليه النزاع الحل الذي يتوصل إليه بشأن مختلف الموضوعات التي تندرج تحت هذا القانون.

وإن الموضوع الأساسي في القانون الدولي الخاص هو كيفية حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي أي تنازع القوانين، ولكن ارتباط هذا الموضوع بمباحث متعددة (الجنسية، مركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) تنتمي للقانون العام الداخلي، جعل من مسألة تحديد أهمية مصادره من تشريع أو عرف أو اجتهاد قضائي متغيرة ومتفاوتة من موضوع لآخر، ذلك أنه يوجد تنظيم قانوني داخلي متكامل لموضوعي الجنسية ومركز الأجانب، بخلاف موضوع تنازع القوانين الذي ينقصه مثل هذا التنظيم. هذا ولكل دولة نظامها الخاص في القانون الدولي الخاص: فيوجد قانون دولي خاص جزائري، تركي، ألماني، تونسي... وهكذا بحسب الدول المتواجدة في المجتمع الدولي. إذ على الرغم من أن العلاقات التي يحكمها هذا القانون هي علاقات تتجاوز بطبيعتها حدود الدول، إلا أنه قانون وطني من حيث مصادره. وتزداد أهمية المصادر الداخلية أمام عدم وجود سلطة تشريعية دولية تفرض حولا موحدة ونزعة كل دولة لتحقيق مصالحها ومصالح مواطنيها والمحافظة على القواعد الأساسية التي تؤمن بها. غير أنه قد تبرم



دولتين أو أكثر معاهدة لتنظيم بعض مسائل القانون الدولي الخاص تنظيماً يكفل تحقيق مصالحها المشتركة والقضاء على المساوئ التي تترتب عن اختلاف قواعد القانون الدولي الخاص من دولة إلى دولة، لتعتبر المعاهدة أهم مصدر دولي للتوحيد، بسبب الاختلافات القائمة بين الأنظمة القانونية. غير أن الاختلاف قائم ما بين الاتجاه العالمي والاتجاه الوطني أو الذاتي بخصوص أولوية المصادر الدولية أو المصادر الداخلية. فوفقاً للاتجاه العالمي، يمكن التوصل إلى توحيد قواعد القانون الدولي الخاص عبر الاتفاقيات الدولية، حتى يكون الحل متماثلاً مهما كانت الجهة القضائية الناظرة في النزاع الذي تثيره العلاقة الخاصة الدولية. ولهذا تعطى الأفضلية للمصادر الدولية.

ومع ذلك يوجد عقبات تحول دون هذا التوحيد. فبعض المسائل (كالأحوال الشخصية والجنسية) تستعصي على هذا التوحيد لمساسها المباشر بالمبادئ الدينية والخلقية أو مصلحة الدولة، وعندها تتعصب الدولة لقانونها، وبالعكس أبرمت في المجال الاقتصادي العديد من المعاهدات الدولية أو الإقليمية، الثنائية أو المتعددة الأطراف.

وبخلاف هذه النزعة التي ترى أن أهداف القانون الدولي الخاص لا تقتصر على التحكم في العلاقة الخاصة الدولية بل أيضاً التوصل إلى حل مماثل من خلال توحيد قواعده، يرى أنصار المذهب الذاتي أن الأولوية تكون للمصادر الداخلية ويلاحظون أن القانون الدولي الخاص يمثل انعكاساً على المستوى الدولي للقوانين الداخلية. وبما أن هذه الأخيرة مختلفة فيما بينها وخاصة بكل دولة، فإن هذا الاختلاف سينعكس أيضاً على المستوى الدولي، ومنه عدم إمكانية توحيد القواعد. فلا يوجد قانون دولي خاص مشترك بين كافة الدول وإنما أنظمة متنوعة بعدد الدول، ولو أن ذلك لا يمنع من وجود قواعد وحلول مشتركة بين عدة أنظمة.

غير أن الاعتماد الكلي على المصادر الداخلية يكون مصدراً للتنازع، عندما يكون الشخص مثلاً متعدد الجنسيات، أو أن يكون قانون دولتين مختصاً... . وأن حل المشاكل التي تثيرها العلاقة الخاصة الدولية يختلف بحسب الجهة القضائية الناظرة في النزاع، فيكون هذا سبباً في إثارة مشاكل أخرى حيث يعتبر الشخص مثلاً في دولة مُطلق وغير مُطلق في دولة أخرى.

ومهما يكن من اختلاف بشأن أهمية المصادر الدولية أو الداخلية، فمما لا شك فيه هو وجود كلا النوعين من المصادر في نطاق القانون الوطني، حتى ولو كانت أهميتهما مختلفة. وعليه تتوزع مصادر القانون الدولي الخاص بين المعاهدة، التشريع، العرف والقضاء.



-المعاهدة: يقصد بالمعاهدة المصدر تلك التي تنظم المصالح الخاصة للأفراد وليس تلك التي تنظم المصالح العامة للدول، كمعاهدات الحدود أو التسليح. إذ المطلوب هو تقديم حلول ملموسة في العلاقات الخاصة الدولية وتأمين الانسجام بين الأنظمة القانونية للدول، من خلال توحيد قواعد القانون الدولي الخاص. وسواء كانت ثنائية² أو متعددة الأطراف³ فإنها تسمو على القانون بتطبيق المادة 150 من الدستور⁴.

تعرض القضاء الوطني وهو يطبق المعاهدات المتعلقة بمصالح الأفراد، بعض المسائل تتعلق بقوتها الإلزامية وتفسيرها.

ففيما يخص تحديد القوة الإلزامية للمعاهدة بالنسبة للمحاكم والأفراد بعد استيفاء إجراءات المصادقة عليها طبقاً للأوضاع الدستورية⁵ من أجل تحديد علاقتها بالتشريع، لاسيما في حالة التعارض بينهما، يجري التمييز هنا بين حالتين: وجود تشريع قديم أو صدور تشريع جديد ينص على أحكام تناقض أحكام معاهدة في ذات الموضوع. فعند التعارض بين المعاهدة والتشريع السابق، فإن الجديد يلغي القديم وتفضل المعاهدة على التشريع السابق وذلك في حدود تناقضها مع النص التشريعي. ولكن تبرز الصعوبة عند التعارض بين المعاهدة والتشريع اللاحق، حيث لا يمكن القول بأن التشريع الجديد ألغى المعاهدة السابقة له، لأن الدستور ينص على سمو المعاهدة على القانون الداخلي. ومادام الأمر يتعلق بتنازع بين مصدرين نافذين من مصادر القانون ولكن متمايزين، فتمنح الأولوية لمصدر القانون الأقوى أي المعاهدة، وسواء أكان التشريع الداخلي اللاحق يتعارض معها تعارضا صريحا أو ضمنيا.

² وهي التي تبرمها دولتان في مواضيع محددة بغية توحيدها أو وضع الحلول لها. ومن شأن هذه المعاهدات تضييق الاختلاف بين الأنظمة القانونية للدولتين الموقعتين وتحقيق توازن بين مصالحهما، إلا أن تعدد الاتفاقيات الثنائية يؤدي إلى زيادة القواعد القانونية التي تدفع القاضي إلى تطبيق قاعدة مختلفة وفقا لتمرکز العلاقة القانونية أو لجنسية الأطراف، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يدفع الوجود المتواتر لشرط البلد الأكثر رعاية (La clause de la nation la plus favorisée) إلى إعادة نظر مزعجة للمعاملة المطبقة على رعايا البلد المستفيد.

³ وهي التي تبرمها أكثر من دولة وتهدف إلى تكريس قواعد ذات قيمة عالمية. ولكن يصعب التوصل إليها، لأنها تقتضي جمع أكبر عدد من الدول والحصول على موافقتها بشأن ما تضمنته من قواعد.

⁴ وتتص: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

⁵ أي ما تضمنته المادة 149 من الدستور التي تنص: "يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة".

وقد يثير تطبيق المعاهدة مسألة تفسير النصوص الغامضة أو غير الواضحة الواردة فيها. فمن له سلطة تفسير المعاهدة وماهي الطرق التي يتبعها؟

تكون سلطة التفسير للدول التي وضعت القاعدة الاتفاقية، بحيث تتفق على مدلول ومجال تطبيقها أو أحد أحكامها في نص المعاهدة ذاتها أو من خلال تبادل المراسلات فيما بينها. وقد يصدر التفسير من جانب واحد، مثلما تنص عليه المادة 37 من قانون الجنسية⁶ على أنه في حالة وجود نزاع يستدعي إجراء تفسير لأحكام الاتفاقيات المتعلقة بالجنسية فإن النيابة العامة تطلب التفسير من وزارة الخارجية. ويعتبر تفسير هذه الأخيرة ملزما للمحاكم.

وبالرجوع إلى المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 02-403 الصادر بتاريخ 26/11/2002 الذي يحدد صلاحيات وزارة الشؤون الخارجية⁷، نجدها تمنح بصورة عامة وزير الشؤون الخارجية اختصاص تفسير المعاهدات. حيث يتعين عليه أن يقوم بدعم ومساندة تفسير الدولة الجزائرية لدى الحكومات الأجنبية، وعند الاقتضاء، أمام المنظمات والمحاكم الدولية، كما ولدى المحاكم الوطنية.

على أن المعاهدات الخاصة التي تهتم بتنظيم علاقات ومصالح الأفراد في الدول تفترض طرحها على القضاء الداخلي الذي يتولى تطبيقها وإعمالها كإعماله لأي قانون داخلي ملزم، فهل للقضاء الداخلي وهو يطبق هذه المعاهدات إمكانية تفسيرها؟ تخصيص هذا التساؤل بالقضاء الداخلي مقصود نظرا للتعقيدات التي يثيرها، أما التفسير الدولي الذي يصدر عن محكمة العدل الدولية فهو يدخل ضمن اختصاصها بموجب المادة 36 من نظامها الأساسي.

ويبقى القضاء الداخلي الذي يثير التحفظ بشأن الاعتراف له بمكنة التفسير. حيث يُخشى من خلال الخوض في تفسير المعاهدات، وقد ترتبط بها عدة دول، من أن يعطي المعاهدة تفسيرا مختلفا عن المعنى الذي قصده أطرافها. وأيضا لما في ذلك من مساس بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يمنع القضاء من

⁶ الصادر بموجب الأمر رقم 70-86 بتاريخ 15/12/1970 (جريدة رسمية عدد 105 بتاريخ 18/12/1970) المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01 بتاريخ 27/02/2005 (جريدة رسمية عدد 15 بتاريخ 27/02/2005). وجاء نص المادة كالتالي: "...وعندما يقتضي الأمر تفسير أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية بمناسبة نزاع، تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الشؤون الخارجية.

وتلتزم المحاكم بهذا التفسير".

⁷ جريدة رسمية عدد 79 مؤرخة في 01/12/2002، وهذا هو نص المادة: "يختص وزير الشؤون الخارجية بتفسير

المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقات والبروتوكولات والتنظيمات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها. ويدعم تفسير الدولة الجزائرية ويسانده لدى الحكومات الأجنبية، وعند الاقتضاء، لدى المنظمات أو المحاكم الدولية، وكذا لدى الجهات القضائية الداخلية".

التدخل في العلاقات الدولية التي تحددها السلطة التنفيذية. ويضاف إلى ما سبق أن العلاقات الدولية التي تنظمها المعاهدات هي من أعمال السيادة التي تخرج عن اختصاص القضاء الإداري.

ومع ذلك توصل القضاء المدني⁸ في فرنسا إلى منح نفسه حق تفسير المعاهدات، فهو من يقوم بتطبيقها على الحالات المطروحة عليه ويتعين عليه تفسيرها لأنها تعد بمثابة القانون في النظام الداخلي، وذلك على أساس المصلحة المثارة في النزاع. فالمبدأ هو الامتناع عن تفسير المعاهدات ولكن بقدر تعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات وفي كل مرة يؤدي التفسير إلى خرق ذلك المبدأ، بالتدخل في علاقات الدولة الصرفة، يرفض القضاء التفسير ولا يسعه سوى تبني التفسير الرسمي الصادر عن السلطة المختصة. ويمكنه التفسير إذا تعلق الأمر بمصالح خاصة للأفراد، مثلا المصالح المتعلقة بحالة الأشخاص تفترض تفسير المعاهدات التي تتناول دمج الأقاليم أو تجزئتها بالقدر الذي يكون فيه هذا التفسير ضروريا لتحديد جنسية أطراف العلاقة لإيجاد القانون الواجب التطبيق. كما تفترض المصالح الاقتصادية للأفراد تفسير المعاهدات التجارية، معاهدات العمل أو معاهدات نقل البضائع. على العكس، يمتنع عن تفسير المعاهدات المتعلقة بتحديد الصلاحيات الإقليمية للدول أو التي تنظم العلاقات الدبلوماسية فيما بينها. ولكن القضاء الفرنسي⁹ تخطى عن هذا التمييز الذي يصعب تحديده، مع الاحتفاظ لنفسه بإمكانية تفسير المعاهدات دون الرجوع إلى هيئة غير قضائية.

ومن جانبه اعتبر القضاء الإداري¹⁰ في فرنسا أن التفسير الرسمي غير ملزم ليقبل تفسير المعاهدات، ومن دون التمييز بين المسائل المتعلقة بالمصالح الخاصة والمصالح المتعلقة بالنظام الدولي العام. ولتقدير المسألة في القانون الجزائري، يتبين من النصوص أنها لا ترفض اختصاص القضاء لتفسير المعاهدات. ذلك أن المطلوب من القاضي هو تطبيق وتفسير القانون والمعاهدة جزء من هذا القانون. ثم إن تفسير المادة 37 من قانون الجنسية بمفهوم المخالفة يحفظ للقضاء حرية التفسير، في كل مرة لا ينص فيها المشرع صراحة على العودة إلى التفسير الرسمي. كما أن المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 02-403 لا تجعل التفسير الرسمي للمعاهدات إلزاميا وهي تتضمن في ذاتها إمكانية عدم الالتزام بالتفسير الصادر عن وزير الشؤون الخارجية: فهي لم تقل أن هذا الأخير يعطي تفسيراً ما، بل يدعم تفسيراً أو يسانده، سواء أمام الحكومات الأجنبية والمحاكم الدولية وحتى المحاكم الداخلية. فتفسير الوزير

⁸ قرار الغرفة المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1950/04/27.

⁹ قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1995/12/19.

¹⁰ قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1990/06/29.

الذي يقوم بدعمه أو مسانده أمام هذه الجهات، يمكن استبعاده ولا يلتزم القضاء بالتقيّد به، ولو أنه من غير المنطقي أن لا يأخذ القضاء الداخلي بذلك التفسير، لأنه تفسير بناء على طلبه. ومن أجل رفع اللبس عن الأحكام الغامضة الواردة في المعاهدة، هل يفسّر القاضي الوطني النص الدولي وفقا للقانون الدولي أم يلتزم بتفسيره وفقا لقانونه الداخلي؟

إن تفسير المعاهدة وفقا لقواعد التفسير السائدة في القانون الداخلي منتقد، لأن خضوع المعاهدات لتفسيرات متباينة بحسب قضاء الدول، يتعارض مع هدفها المتمثل في التوحيد. لهذا حتى وإن كان القانون الداخلي هو الذي يهيمن على تفسير المعاهدات، وعلى الرغم من أن تفسير القضاء الداخلي غير ملزم لأطراف المعاهدة من غير دولته، إلا أنه ينبغي الارتكاز على المعاهدة بالذات وعلى النية المشتركة والحقيقية لأطرافها وإتباع طرق التفسير المقررة في القانون الدولي، باعتبار المعاهدة نظاما قانونيا مستقلا عن النظام القانوني الداخلي، وذلك لتحقيق العدالة والتوحيد المنشود.

-التشريع: الملاحظ أن النصوص التي ينظم من خلالها المشرع مختلف جوانب العلاقات الخاصة الدولية تتوزّع على أكثر من قانون، وهو ما يمكن اعتباره بداية لتقنين القانون الدولي الخاص.

حيث خصّ المشرع موضوع الجنسية بقانون مستقل تمثّل في الأمر رقم 70-86 الصادر بتاريخ 1970/12/15 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 الصادر في 2005/02/27.

وتخضع وضعية الأجانب أيضا لأحكام خاصة تضمنها القانون رقم 08-11 الصادر بتاريخ

2008/06/25 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها¹¹. كما صدرت عدة نصوص تشريعية وتنظيمية تخصّ الحقوق التي يتمتع بها الأجانب في الجزائر منها:

- القانون رقم 81-10 بتاريخ 1981/07/11 يتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب¹²،

- المرسوم رقم 82-510 بتاريخ 1982/12/25 يحدد كفاءات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب¹³،

- المرسوم رقم 86-276 بتاريخ 1986/11/11¹⁴ يحدد شروط توظيف المستخدمين الأجانب في

مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم

التنفيذي رقم 04-315 بتاريخ 2004/10/02¹⁵،

¹¹ جريدة رسمية عدد 36 مؤرخة في 2008/07/02.

¹² جريدة رسمية عدد 28 مؤرخة في 1981/07/14.

¹³ جريدة رسمية عدد 56 مؤرخة في 1982/12/28.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-454 بتاريخ 2006/12/11 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني¹⁶،

- القانون رقم 16-09 بتاريخ 2016/08/03 يتعلق بترقية الاستثمار¹⁷، وطبقا للمادة 21 من هذا القانون تُمنح ضمانات للمستثمرين الأجانب من حيث إفادتهم "بمعاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم".

وتجد بعض قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي مكانا لها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالضبط المادتين 41 و42 المتعلقة بامتياز الجنسية، وأيضا المواد 605-608 المتعلقة بتنفيذ الأحكام والأوامر والعقود والسندات الرسمية الأجنبية.

ويبقى موضوع تنازع القوانين الذي نظمت أحكامه المواد 9 وما بعد من القانون المدني¹⁸، وما ورد في الأمر رقم 70-20 بتاريخ 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية والمعدل بموجب القانون رقم 14-08 بتاريخ 2014/08/09¹⁹ (المواد 95-97) بشأن شكل الزواج، بالإضافة إلى أحكام خاصة وردت في القانون البحري (المادة 647 بالنسبة للقانون المختص بشأن عقد استئجار السفينة) وقانون الإجراءات المدنية والإدارية (الفقرة 3 من المادة 1040 بشأن القانون المطبق على اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع، المادة 1043 في القانون المطبق على إجراءات التحكيم والمادة 1050 بخصوص تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع الذي يُفصل فيه عن طريق التحكيم).

-العرف: يحتل العرف مكان التشريع عند غيابه، ولا تزال للعرف أهمية كمصدر للقانون الدولي الخاص. فلهذا المصدر أهمية بارزة في موضوع تنازع القوانين، حيث استُمدت بعض قواعد الإسناد من العرف، كقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه وقاعدة خضوع العقد من حيث الموضوع لقانون إرادة

¹⁴ جريدة رسمية عدد 46 بتاريخ 1986/11/12.

¹⁵ جريدة رسمية عدد 63 بتاريخ 2004/10/03.

¹⁶ جريدة رسمية عدد 80 بتاريخ 2006/12/11.

¹⁷ جريدة رسمية عدد 46 بتاريخ 2016/08/03.

¹⁸ الأمر رقم 75-58 بتاريخ 1975/09/26 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 بتاريخ 2005/06/20 (جريدة رسمية عدد 44 بتاريخ 2005/06/26) والقانون رقم 07-05 بتاريخ 2007/05/13 (جريدة رسمية عدد 31 بتاريخ 2007/05/13).

¹⁹ جريدة رسمية عدد 49 بتاريخ 2014/08/20.

المتعاقدين، ولو أن المشرع قرّر هاتين القاعدتين بنصوص تشريعية (المادة 19 من القانون المدني بالنسبة للأولى والمادة 18 من القانون المدني بالنسبة للثانية).

يمكن أيضا ملاحظة بعض القواعد العرفية في مادة تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مثلا المدعي يتبع المدعى عليه في موطنه، يُطبّق القاضي قاعدة التنازع المقررة في دولته وكذا قواعد الإجراءات في دولته.

وأبرز القواعد العرفية في موضوع مركز الأجانب، تلك التي تعطيهم حدّا أدنى للحقوق في غير دولتهم. ومع ذلك لا يوجد اتفاق بشأن تحديد هذا الحد الأدنى الذي يعود لكل دولة لتحده وفق رؤيتها لمصالحها. ولا يلعب العرف أي دور في مادة الجنسية، لأنها تمس بالمصالح السياسية للدولة.

وفي إطار المصادر الدولية يوجد بعض القواعد العرفية الدولية التي لا تنظم بصفة مباشرة قواعد القانون الدولي الخاص بل توجه إلى الدول ذاتها وتفرض التزامات على عاتقها. وإن توافّق بعض التشريعات على إتباع حلول معينة في بعض مسائل القانون الدولي الخاص لا يعني حتما أن تصبح هذه الحلول مفروضة بمقتضى عرف دولي، كتواتر التشريعات على إتباع قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه وخضوع نظام الأموال لقانون موقعها، لا يمكن اعتبار القاعدتين المذكورتين قاعدتين عرفيتين دوليتين، لأن تكوّن العرف يقتضي فضلا عن العنصر المادي وهو تكرار العمل بقاعدة معينة عنصرا معنويا وهو شيوع الاعتقاد بأن إتباع هذه القاعدة في الحالات المماثلة أصبح أمرا ملزما ولم ينشأ مثل هذا الاعتقاد بعد. ومن أمثلة العرف الدولي الملزم في موضوع الاختصاص القضائي الدولي، وجوب احترام الحصانة القضائية للدولة ولرؤسائها ولممثليها الدبلوماسيين. ولو أن الأساس العرفي للحصانة القضائية لا يسقط بتنظيم جزء منها في معاهدة فيينا الخاصة بالحصانات الدبلوماسية الموقعة في 18/04/1961، والتي انضمت إليها الجزائر في 1964²⁰.

-القضاء: أمام النقص في التشريع يتدخل القضاء الداخلي لوضع الحلول لمختلف المشاكل المطروحة في موضوع تنازع القوانين. وفي الحقيقة، يُحتمل في هذا الموضوع أن يتم تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني خروجا على مبدأ إقليمية القوانين، وهو ما يفرض تنظيم وضبط هذا الاستثناء بأحكام تشريعية. ولكن طبيعة العلاقة ذات العنصر الأجنبي المتطورة من جهة وصعوبة التشريع في مجال تتداخل فيه عناصر الصلة مع أكثر من دولة، هو الذي يجعل مهمة المشرع صعبة ومعقدة. وهنا تبرز مساهمة القضاء الذي لا يقتصر دوره على تطبيق النصوص وتفسيرها، وإنما سدّ النقص وابتداع الحلول

²⁰ وذلك بموجب المرسوم رقم 64-84 المؤرخ في 04/03/1964.

كلما اقتضت العلاقة الخاصة الدولية ذلك. هذا ويمكن للقضاء أن يستند على رأي الفقه في بحثه عن هذه الحلول.

كما أن القاضي الجزائري مدعو أيضا للاجتهاد لتحديد ضوابط اختصاصه في العلاقات المشتملة على العنصر الأجنبي، لعدم كفاية النصوص التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وعلى المستوى الدولي وبما أن الأفراد لا يملكون المنازعة أمام القضاء الدولي، إلا عن طريق الدول، من هنا تتضح المساهمة غير الفعالة من المحاكم الدولية في الموضوع. ومع ذلك يمكن إحصاء بعض القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية والتي تعرضت فيها لبعض مسائل القانون الدولي الخاص. ففي مجال الجنسية قررت هذه المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 1923/02/07 مبدأ استقلال كل دولة بوضع القواعد المتعلقة بكسب جنسيتها وفقدانها. وما قررت في 1955/04/06 في شأن الجنسية الفعلية أنه ليس للدولة أن تبسط حمايتها الدبلوماسية في مواجهة دولة أخرى على شخص تعتبره من وطنيتها ما لم تكن الجنسية قائمة على رابطة فعلية.

في نطاق مركز الأجانب وقرارها الصادر بتاريخ 1926/05/25، حيث قضى بأن نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل هو إجراء مخالف للقانون الدولي.

فيما يتعلق بتنازع القوانين وضعت في قرارها رقم 14 و 15 الصادرين في 1929/07/12 المبدأ التالي: "كل عقد، غير العقد المبرم بين الدول باعتبارها أشخاص القانون الدولي، يستند من حيث أساسه إلى قانون وطني وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل ضمن ما يُعرف بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية تنازع القوانين. إن قواعد هذا القانون يمكن أن تكون مشتركة بين عدة دول وحتى أن تُعدّ بموجب اتفاقيات دولية أو أعراف، وفي هذه الحالة الأخيرة تتمتع بصفة قانون دولي حقيقي يسري على العلاقات بين الدول. وفيما عدا ذلك، يجدر بنا أن نعتبر بأن القواعد المذكورة تشكل جزءا من القانون الداخلي".

لنفرض المسألة التالية: في إطار معاملة تمّت في الصين بين شركتين صينية وجزائرية، من خلالها تتعهد الأولى بتسليم الثانية كمية معتبرة من الهواتف الذكية في ميناء وهران. إلا أن الشركة الجزائرية امتنعت عن تسديد مستحقات الشركة الصينية بالرغم من أن هذه الأخيرة نفذت التزاماتها في الآجال المحددة، وذلك لاعتبارها أن الأجهزة المسلمة لم تكن بالمواصفات المحددة في العقد. فهل يختص القاضي الجزائري للفصل في هذا النزاع؟

تقتضي الإجابة تحديد كل القواعد التي على أساسها يثبت الاختصاص بنظر النزاع الذي تثيره العلاقة ذات العنصر الأجنبي للقضاء الوطني.

تنازع الاختصاص القضائي الدولي

يتولى موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي بيان القواعد التي تحدد ولاية المحكمة التي تعود لها صلاحية النظر في النزاع الذي تثيره العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى.

وفي الواقع، إن تعيين المحكمة المختصة للنظر في النزاع هو الذي يحدد القانون المختص بشأنه وتبعاً لذلك حله المادي والنهائي، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق يتوقف على ما تقضي به قواعد التكييف والإسناد... وغير ذلك من القواعد التي يتعين إعمالها في قانون دولة القاضي للوصول إلى القانون المختص. وتختلف هذه القواعد من بلد لآخر، مما يترتب عليه اختلاف الحل النهائي في النزاع. تتفرد كل دولة بالقول متى تكون محاكمها مختصة للفصل في المنازعات التي تثيرها العلاقات الخاصة الدولية بمقتضى قواعد الاختصاص القضائي الدولي، التي تتميز بالخصائص التالية:

- قواعد مادية: أي تحدد بذاتها ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة أم لا بالنزاع. وعلى الرغم مما يمكن أن توحى به التسمية المستعملة تنازع الاختصاص، فهي ليست قواعد إسناد أو تنازع، بل هي قواعد موضوعية تتولى بنفسها تحديد الحالات التي يُعتبر فيها القضاء الوطني مختصاً أو غير مختص.
- قواعد أحادية أو مفردة الجانب: لكونها تُبين اختصاص المحاكم الوطنية دون اختصاص المحاكم الأجنبية، فلا تتعدى وظيفتها لعقد الاختصاص للقضاء الأجنبي.
- قواعد وطنية: أي أن مشروع دولة القاضي المطروح عليه النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي هو من يُقرّر اختصاصه أو عدم اختصاصه، وهذا ما يجعل هذه القواعد مختلفة من دولة لأخرى.

ومما ينتج عن هذه الخاصية أيضا أن تفسير المفاهيم الضرورية لإعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي، كالموطن ومحل الإقامة...، يتم وفقا للقانون الوطني.

1- وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص الجزائري: يمكن أن تنتج قواعد الاختصاص القضائي الدولي من معاهدة تعمل على توحيد هذه القواعد بين الدول المتعاهدة. ومن قبيل هذه المعاهدات²¹ اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين الدول العربية المبرمة في 1983/04/06 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 2001/02/11²² واتفاقية التعاون القانوني بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في 1991/03/10 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-181 المؤرخ في 1994/06/27²³.

ومن جهة التشريع الجزائري، فإنه لم ينظم بشكل مُرضي الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، بحيث لا نجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية سوى المادتين 41 و 42. ويُفهم من المادتين أن القضاء الجزائري يختص بنظر النزاعات بين جزائريين وأجانب، أي أن أحد أطرافها (مدعي أو مدعى عليه) من الوطنيين. وهي لا تختص، بمفهوم المخالفة، للفصل في النزاعات بين الأجانب. هذا التفسير غير مقبول، والسبب في ذلك أن للأجنبي حق التقاضي أمام الدولة التي يقيم فيها ومن غير الملائم إلزامه بالتوجه إلى بلده الأصلي كلما تطلب الأمر فصل نزاع يكون طرفا فيه. وعليه يمكن للقضاء الجزائري أن يختص بالمنازعات بين الأجانب، يبقى فقط تحديد الضوابط التي على أساسها سيعطى هذا الاختصاص.

في هذا الصدد، تم استعارة قواعد الاختصاص الإقليمي الداخلي ليعمل بها على الصعيد الدولي، مع ما يتطلب ذلك من تكيف، كلما اقتضى الأمر ذلك. بل وأحيانا وضع قواعد خاصة ومستقلة، كمنح الاختصاص للمحاكم الجزائرية تجنباً من الوقوع في جريمة إنكار العدالة. ويلاحظ أن القواعد التي تُمدد العمل بقواعد الاختصاص الإقليمي الداخلي، لا تخصّ فقط المنازعات بين الأجانب، بل كافة الدعاوى، سواء كانت بين جزائريين وأجانب، أم بين أجانب. ولا نستند على امتياز الجنسية المقرر في المادتين 41 و 42 إلا حين لا يتحقق أي معيار عادي للاختصاص الإقليمي في

²¹ وتسمى هذه المعاهدات بالمعاهدات المركبة التي لا تكفي بالنص على القواعد المنظمة للاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية بل تتضمن أيضا تنظيما للقواعد المتعلقة بالاختصاص العام المباشر. ويقابلها المعاهدات البسيطة التي تعمل على تسهيل التنفيذ الدولي للأحكام.

²² جريدة رسمية عدد 11 بتاريخ 2001/02/12.

²³ جريدة رسمية عدد 43 بتاريخ 1994/07/03.

الجزائر. مما يعني أن الضوابط المبنية على قواعد الاختصاص الإقليمي الداخلي تسبق ضابط الجنسية عند النظر في اختصاص المحاكم الجزائرية. فمن غير المنطقي الاستناد على أحكام خاصة (لأنها تقرر امتيازاً للجزائري)، في حين أن القواعد العامة تكفي لتبرير اختصاص القضاء الجزائري وفيها يتساوى الجزائري والأجنبي.

2- ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية: لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، يمكن الاعتماد على الضوابط التالية:

- الضوابط الإقليمية: وبعد هذا الاختصاص من الاختصاصات العادية والأصلية لأي دولة على إقليمها. ويخضع الاختصاص المبني على هذه الضوابط مبدئياً لأحكام المتعلقة بالاختصاص الإقليمي الداخلي، بحيث كلما كان الضابط المعتمد في الاختصاص الإقليمي الداخلي موجوداً في الجزائر، انعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، وكأن كل قاعدة اختصاص إقليمي داخلي يقابلها قاعدة اختصاص قضائي دولي وذلك كالاتي:

⊗ موطن المدعى عليه: القاعدة العامة الواردة في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، "وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وبالتالي ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية متى كان للمدعى عليه موطن في الجزائر.

⊗ موقع العقار: تختص محكمة موقع العقار حسب المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في "المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات،...". وعليه ينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية إذا كان موقع العقار في الجزائر.

⊗ مكان افتتاح الشركة: حسب المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "في مواد الميراث... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي". وعلى ذلك تختص المحاكم الجزائرية بالدعاوى المتعلقة بالشركة متى كانت الشركة قد افتتحت في الجزائر، إذا كان موطن المتوفي في الجزائر. وتؤكد المادة 498²⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما ورد في المادة 40 مع إضافة إمكانية تركيز كل ما يتعلق بعملية تقسيم الشركة في مكان واحد وإخضاعه لمحكمة واحدة. غير أن ما تضمنته

²⁴ وتتص "يؤول الاختصاص في دعاوى الشركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي، حتى وإن وُجِدَت بعض أملاك الشركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

المادة 498 بالذات لا يتلاءم مع المجال الدولي ويُستبعد هنا تمديد العمل بهذه القاعدة، ويبقى القضاء الجزائري مختصا بالممتلكات العقارية الموجودة في الجزائر دون تلك الموجودة في الخارج.

⊗ مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن: إذا كانت هذه الضوابط موجودة في الجزائر، انعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية على التوالي في دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن وفق ما نصت عليه المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⊗ مكان وجود المال: إن كان في الجزائر، انعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية في الدعاوى المختلطة وفقا لنص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⊗ مكان الفعل الضار: بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية عندما تكون الجزائر هي مكان وقوع الفعل الضار، وذلك حسب المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⊗ مكان نشأة الالتزام التعاقدية أو تنفيذه: وقد نصت المادة 39 على انعقاد الاختصاص للجهات القضائية على الوجه التالي: "في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان"، "في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد الشركة، أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها". وحددت المادة 40 الاختصاص في "المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير،... للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه. غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي". ومعلوم أن هذا المكان هو الجزائر في الاختصاص القضائي الدولي.

- ضابط الجنسية: تختص المحاكم الجزائرية للنظر في الدعاوى التي يكون فيها المدعي جزائريا وفق المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو المدعى عليه جزائريا حسب المادة 42 من ذات القانون. ولا يُشترط في هذا الاختصاص أن يكون للجزائري أو لخصمه الأجنبي إقامة في الجزائر. بل ولا يُشترط أن يكون النزاع مرتبطا من حيث موضوعه بالجزائر، كما لو لم يكن العقد مُنفذا فيها. المهم أن

يكون أحد الأطراف جزائرياً -شخصاً طبيعياً أو معنوياً- وقت رفع الدعوى، سواء كانت جنسيته أصلية أم مكتسبة.

أما الدعاوى التي يمكن أن تنتظر فيها المحاكم الجزائرية بناء على هذا الضابط، فهي لا تتعلق فقط بالالتزامات العقدية كما تشير بذلك المادتين المذكورتين، وإنما تشمل حتى دعاوى الأحوال الشخصية وتلك المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية. إذ لا يوجد ما يُبرر حصر نطاق تطبيق المادتين على العقود دون المواد الأخرى، مادام أن العبرة فيهما بالجنسية الجزائرية وليس بطبيعة النزاع. وتزداد أهمية إدخال دعاوى الأحوال الشخصية ضمن نطاق المادتين، إذا علمنا أن الأحوال الشخصية تخضع وفقاً لقواعد الإسناد الجزائرية لقانون الجنسية وأنه بموجب المادة 13 من القانون المدني، إذا كانت جنسية أحد الأطراف جزائرية يُطبَّق القانون الجزائري في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من القانون المدني (باستثناء الأهلية التي تظل خاضعة للقانون الوطني). وبالتالي من مصلحة الجزائري هنا أن يرفع دعواه أمام القاضي الجزائري، لأن هذا الأخير سيُطبَّق القانون الجزائري.

على أنه يتعين أن يُستثنى من مجال تطبيق المادتين ما يتعلق بالدعاوى العقارية والقسمة عندما يكون العقار موجوداً في الخارج والدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ المُمارسة في الخارج، لأنه لا يمكن تنفيذ الحكم الصادر بشأنها مباشرة في الخارج.

وإذا قرر المدعي الجزائري أو المدعي الأجنبي رفع الدعوى أمام المحكمة الجزائرية، فأياً محكمة تختص إقليمياً في دعواهما، خصوصاً وأن الاختصاص المبني على الجنسية لا يتقرر إلا إذا لم تكن ضوابط الاختصاص الإقليمي موجودة في الجزائر؟ يمكن للمدعي رفع دعواه أمام محكمة موطنه، إذا كان له موطن في الجزائر. وفي الحالة المعاكسة، تكون له حرية اختيار المحكمة التي يرفع إليها دعواه. أخيراً، يبدو من صياغة المادتين اللتين تبدآن "يجوز"، أن الامتياز لصالح المدعي أو المدعى عليه الجزائري يمكن التنازل عنه. ويجب أن يقع التنازل من الشخص المستفيد من امتياز الجنسية، وهو المدعي الجزائري في إطار المادة 41، ولكل من المدعي الأجنبي والمدعى عليه الجزائري مصلحة في التمسك به في إطار المادة 42، فيكون لهما معاً التنازل عنه.

ويتم التنازل بشكل صريح أو ضمني، وأكثر أشكاله أن يتفق الطرفان على استبعاد المادتين 41 و42 في النزاعات التي تثار بينهما، دون أن يعني ذلك عدم اختصاص المحاكم الجزائرية وفقاً للقواعد العادية. وقد يُدرج الطرفان في العقد شرط مانح للاختصاص أو مشاركة تحكيم، وفي هذه الحالة يستبعد اختصاص

القضاء الجزائري. هذا ولا يُعدّ تنازلاً عن الامتياز إخضاع العقد لقانون أجنبي، لأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لا يؤثر أبداً على الاختصاص القضائي الدولي.

يُعدّ من قبيل التنازل أيضاً رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية. إن استخلاص التنازل في هذه الحالة لا يثير صعوبة في إطار المادة 41، فيُفترض في قيام المدعي الجزائري برفع الدعوى أمام محكمة أجنبية بأنه تنازل عن اختصاص المحكمة الجزائرية. فإذا عاد ورفعها أمام القضاء الجزائري، كان لخصمه أن يدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين متى كانت الإجراءات في الخارج قائمة. ولكن قرينة التنازل بسيطة يمكن إثبات عكسها، بأن يثبت المدعي أن الدعوى التي رفعها في الخارج لم تكن باختياره وإنما كانت نتيجة لظروف مُلحة ترجع للضرورة (حماية حقوقه أو تفادي الحجز على أمواله) أو للصفة الاستعجالية للنزاع.

وفي إطار المادة 42، يُستخلص التنازل من جانب المدعي، برفعه الدعوى أمام قاضي أجنبي. ولكن استخلاصه من جانب المدعي عليه الجزائري يقتضي الوقوف على سلوكه أمام القاضي الأجنبي. فهو إن تكلم في الموضوع دون أن يعترض على اختصاص القاضي الأجنبي ووجه طلبات مقابلة، عندها يمكن اعتبار أنه تنازل عن الامتياز. وعلى العكس، لا يُعدّ تنازلاً غياب المدعي عليه وتمسكه بعدم اختصاص المحكمة الأجنبية، ولا يمكن اعتباره متنازلاً حتى لو رد في الموضوع، إذا ما قصد بدفاعه الحفاظ على حقوقه.

- ضابط الخضوع الاختياري أو الإرادي: يُخوّل هذا الضابط للخصوم الاتفاق على قبول ولاية قضاء الدولة حتى لو لم تكن محاكمها مختصة بالنزاع أصلاً وفقاً لأي ضابط من ضوابط الاختصاص الدولي المقررة في قانونها.

ولقد سبق القول أن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية يتحدد وفقاً لقواعد الاختصاص الإقليمي الداخلي، بما في ذلك القواعد التي تحدد طبيعة الاختصاص الإقليمي. وبالرجوع إلى هذه القواعد يتبين أن المادة 45²⁵ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تقضي صراحة ببطالان كل اتفاق يقع على خلاف ما تقضي به القواعد المنظمة للاختصاص الإقليمي، ما لم يكن هذا الاتفاق بين أشخاص لهم صفة التاجر. ولكن الفقرة الأولى من المادة 46²⁶ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمنت حكماً

²⁵ وتتص "يعتبر لاغياً وهدم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تمّ بين التاجر".

²⁶ وهذا هو نص المادة "يجوز للخصوم بحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختص إقليمياً.

متعارضا عندما اعتبرت المحكمة المختصة إذا ارتضى الخصوم الخضوع لولايتها، ولو لم تكن مختصة إقليميا. إلا أن التّمعن في المادتين يقود إلى القول بعدم وجود تعارض بينهما، إذا فسرنا المادة الأولى بأنها تعالج فرضية إدراج الشرط المانع للاختصاص في النزاع الذي قد يثور مستقبلا بين الطرفين، وهي لا تجيزه إلا بين التجار؛ أما المادة الثانية فتخص الحالة التي يثور فيها النزاع ويُرفَع أمام الجهة القضائية غير المختصة بعد أن يتفق الخصوم على طرح نزاعهم عليها. وفي هذه الحالة يستوي أن يكون النزاع بين التجار وغير التجار. ومما يدعّم هذا التفسير، أن منع الشرط تُمليه اعتبارات تتعلق بحماية الطرف الضعيف في العلاقة، ولكن إذا ثار النزاع، ليس هناك خشية على الخصوم في أن يخرجوا عن قواعد الاختصاص الإقليمي، مادام أنهم قبلوا ذلك باختيارهم، دون أن يُفرض عليهم ذلك كما هو الحال في الشرط المانع للاختصاص المدرج بمناسبة عقد ما.

وإذا رُفِع هذا اللبس، يبقى أن نتساءل: هل يمكن تطبيق المادتين في إطار قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية؟

إن المتعارف عليه بين جمهور الفقه والعديد من الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية (معاهدة لاهاي بتاريخ 1965/11/25 المتعلقة بالمشاركات المانحة للاختصاص) هو صحة اتفاق الخصوم على منح الاختصاص لجهة قضائية معينة، دون التقيد عند إعماله بصفة المتعامل²⁷، كما هو الحال على المستوى الداخلي. حيث تتغير الاعتبارات في المجال الدولي. هنا نبحت عن حلول متوقّعة وتحقيق الأمن القانوني، وظاهر أن الشرط المانع للاختصاص يستجيب لهذه الاعتبارات لأنه يقطع الشك حول القضاء المختص.

يوقّع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذّر التوقيع يشار إلى ذلك.

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له.

²⁷ ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تأخذ بنفس الحكم، وهي تنص:

« Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

ولم تتقيّد الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بصفة المتعامل، لما قضت في قرارها الصادر في 1985/12/17 بمشروعية المشاركات المعدّلة للاختصاص القضائي الدولي، طالما كانت هذه المشاركات تتعلق بنزاع دولي ولم يكن من شأنها انتهاك الاختصاص الأمر للجهات القضائية الفرنسية.

« Les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international... et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française ».

ثم إن تحقيق الانسجام في الحلول القانونية يقتضي عدم منع الشرط المانح للاختصاص ولو بين غير التاجر-، لأن شرط التحكيم جائز بموجب المادتين 1007 و 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتخضع كل من شرعية الشرط المانح للاختصاص (مدى جواز الخضوع الإرادي لولاية المحكمة الوطنية)، شروط هذا الخضوع عند التسليم بجوازه (ضرورة اتصاف النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص بالصفة الدولية، وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح ودولة المحكمة التي اتفق على الخضوع لولايتها) والآثار التي يربتها الاتفاق على الخضوع لولاية المحكمة (أثره السالب للاختصاص وهو نزع الاختصاص من محكمة كانت مختصة أصلا ويعطيه لمحكمة أخرى لم تكن مختصة أصلا، وهذا هو الأثر الجالب للاختصاص)، وفقا للرأي الراجح، لقانون المحكمة المطروح أمامها النزاع. ويقصد بها المحكمة التي اتفق الخصوم على الخضوع لاختصاصها أو المحكمة التي كانت مختصة أصلا بالنزاع وتمّ الاتفاق على استبعاد اختصاصها والخضوع لولاية قضاء أجنبي ثم خالف أحد الخصوم هذا الاتفاق ورفع دعواه أمامها. ولما كان تطبيق قانون المحكمة المعروض عليها النزاع في مسألة الأثر الذي يربته الاتفاق المانح للاختصاص قد يؤدي في بعض الحالات إلى إنكار العدالة، فيجب التأكد من أن قواعد الاختصاص السارية في محكمة الدولة الأخرى المطلوب طرح النزاع أمامها تُجيز مثل هذا الاتفاق. ويخضع الاتفاق المانح للاختصاص بوصفه عقدا لقانون الإرادة فيما يتعلق بتكوين العقد (التحقق من وجود الاتفاق السابق على الخضوع الاختياري وسلامة الرضا). ولا يشترط بالضرورة أن يكون هذا القانون هو القانون الذي يحكم العقد الأصلي. ولكن إذا اتفق الأطراف في العقد الأصلي على اختيار قانون معين ليحكمه، فإن هذا الأخير يحكم أيضا الاتفاق المانح للاختصاص، إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك.

هذا ولم يتضمن القانون الجزائري -باعتباره قانون القاضي الذي طُرح أمامه النزاع- ما يُمكن القاضي الجزائري من تحديد المدى الواجب إعطاؤه لإرادة الأطراف في جلب الاختصاص للمحكمة الجزائرية أو سلبه منها. فهل يعمل القاضي الجزائري بالاتفاق على الخضوع الاختياري عندما يمنح له هذا الاتفاق الاختصاص، ولا يعتدّ به عندما يسلب منه هذا الاختصاص ويعطيه لقضاء دولة أجنبية؟

اختلفت الإجابة عند الفقه. فمنهم من ينكر الأثر السالب للاتفاق المانح للاختصاص

- لتعارضه مع ما قد يُقدّره المشرع من كون محاكمه الوطنية هي التي يتعين عليها نظر النزاع الذي سلب منها كفالة للأمن والسكينة في الإقليم؛

- وأن الدولة هي التي ترسم حدود ولاية القضاء فيها مقدرة ما يلزم لتحقيق المصلحة العامة وهي أداة العدالة وهي لا ترى أية سلطة أجنبية تصلح لأدائها؛

- إن لكل دولة حرية في تنظيم القواعد الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي، لهذا قد يسمح المشرع لإرادة الخصوم بجلب الاختصاص لقضائه دون السماح لهم بنزع هذا الاختصاص، لتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام.

وعند آخرين الاتفاق المانع للاختصاص يرتب أثره السالب في مواجهة القضاء الوطني

- عملاً بمبدأ التعاون الدولي الذي تفرضه مقتضيات التعايش المشترك في الجماعة الدولية؛

- الاحترام المُتطلب لرغبة الأطراف في الخضوع الإرادي لقضاء أجنبي والذي قد تدعو إليه مصلحتهم المشروعة.

على أنه يُشترط لكي يرتب الاتفاق المانع للاختصاص أثره السلبي في مواجهة المحاكم الوطنية، أن تكون العلاقة التي أثار النزاع غير مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانوني الوطني. وهنا يكون للمحكمة الوطنية أن تفصل في النزاع رغم وجود اتفاق على الخضوع الاختياري لقضاء أجنبي. كما يكون لها أن ترفض تنفيذ حكم المحكمة الأجنبية التي تم الخضوع لولايتها اختيارياً، إذا تبين لهذه المحكمة الوطنية أنها الجهة القضائية التي ترتبط بالنزاع، الارتباط الأوثق، دون غيرها (وفي هذا نوع من التشدد، بالمقارنة مع الأثر الجالب للاختصاص حيث يكفي رابطة جدية بين النزاع والمحكمة الوطنية المختارة).

- ضابط الارتباط: يستند هذا الضابط إلى اعتبارات حسن أداء العدالة ووحدة الخصومة، اقتصاد النفقات ونفاذي صدور أحكام متعارضة. وهو يهدف إلى توحيد الاختصاص، الذي قد يتم بطريقتين:

الطريقة الأولى: وفيها يتم توحيد الاختصاص أثناء السير في الدعوى بتمديد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الجزائرية في المسألة الأصلية، ليشمل حتى

- المسائل الأولية و

- الطلبات العارضة و

- الدعاوى المرتبطة، ولو لم تكن مختصة بهذه المسائل أو الطلبات أو الدعاوى.

- ويمتد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الجزائرية ليشمل المدعى عليهم المتعدّون، عندما

يخضع واحد منهم فقط ابتداءً للاختصاص هذه المحكمة ويخرج الباقيون أو أحدهم عن نطاق هذا

الاختصاص.

الطريقة الثانية: يتم التوحيد بين دعويين أصليتين مرفوعتين أمام محكمتين جزائرية وأجنبية بإجازة

- رفع الدعوى المرتبطة ابتداءً إلى محكمة واحدة أو

- إحالة الدعوى المرفوعة أمام محكمتين من إحداهما إلى الأخرى.

✧ بالنسبة للمسائل الأولية: وهي التي يلزم الفصل فيها أولاً حتى ولو لم تكن هذه المسائل مما يدخل في ولاية المحاكم الجزائرية. مثلاً تحديد جنسية شخص هي مسألة أولية يلزم على المحكمة الفصل فيها أولاً حتى يتسنى لها الفصل في موضوع النزاع المتعلق بصحة الزواج. هنا يمكن اعتبار المحكمة الجزائرية مختصة بدعوى صحة الزواج إذا كان موطن المدعى عليه في الجزائر، ولكن تحديد الجنسية لا يدخل في اختصاصها ولو أن الفصل في هذه المسألة ضروري للفصل في موضوع الدعوى الأساسي المتمثل في صحة الزواج.

لا يمكن العمل في المجال الدولي بالحكم المُقرّر في القانون الداخلي وهو أن توقّف المحكمة الفصل في النزاع إلا أن يتم الفصل في المسألة الأولية من طرف المحكمة المختصة. فذلك يعني بالنسبة للمحكمة الجزائرية أنها ستُعَلّق الفصل في موضوع النزاع الأصلي على ما يتقرّر في شأن المسألة الأولية من محكمة أجنبية لا تخضع لنفس السيادة ولا تربطها بالمحكمة المطروح أمامها النزاع أي قواعد خاصة بتوزيع الاختصاص.

وعليه إذا تعلق الأمر أمام المحكمة الجزائرية بمسألة ما كانت لتختص بنظرها، لو رُفِعَت إليها في صورة دعوى مبتدأة، انعقد الاختصاص للمحكمة الجزائرية بنظر هذه المسألة متى ثارت بمناسبة مسألة أصلية داخلية في اختصاصها وكان الفصل في هذه المسألة لا يتحقق إلا بالفصل في المسألة الأولية مقدّمًا. ومع ذلك فإن امتداد اختصاص القاضي الجزائري بالمسائل الأولية يخضع لسلطته التقديرية ويكون له أن لا يأخذ بحكم امتداد الاختصاص بل يُقرّر تأخير الفصل في الدعوى إلى أن يبيّن القاضي الأجنبي في المسألة الأولية. فإذا قدر القاضي أن حسن سير العدالة يفرض عليه أن يتصدى للفصل في المسألة الأولية، أجرى ذلك. وإذا رأى أن البتّ فيها بما يُحقّق العدالة وعلى النحو الذي يجعل الحكم الذي سيُصدّره مكفول النفاذ، لن يتحقق إلا إذا أوقف الفصل في الدعوى لحين الفصل في المسألة الأولية من القضاء الأجنبي المختص، فلا يفصل فيها وينتظر صدور الحكم الأجنبي إذا كانت المسألة الأولية منظورة أمام القضاء الأجنبي في صورة دعوى أصلية أو يطلب من الخصوم رفع الدعوى أمام القضاء الأجنبي.

✧ بالنسبة للطلبات العارضة: وهي تلك الطلبات التي تُقدّم للمحكمة أثناء نظر الدعوى الأصلية وتؤدي إلى تعديل نطاق الخصومة من حيث الموضوع أو السبب أو الأطراف بشرط أن ترتبط هذه الطلبات بالدعوى المنظورة أمام المحكمة.

والمتفق عليه أنه يجوز مدّ ولاية المحكمة الجزائرية لتشمل الطلبات العارضة التي تثار أمامها ولو لم تكن داخلة في اختصاصها أصلاً فيما لو أثبتت أمامها في صورة دعوى مستقلة. وينعقد الاختصاص للمحكمة الجزائرية بنظر الطلبات العارضة سواء قُدِّم الطلب من المدعي (طلب إضافي) أو من المدعى عليه (طلب مقابل) أو قُدِّم في صورة تدخّل من شخص خارج عن الخصومة إلى الخصوم أو قُدِّم من أحد أطراف الدعوى إلى شخص آخر خارج عن الخصومة (اختصاص الغير) أو إدخال الغير بأمر من القاضي.

◊ بالنسبة للدعاوى المرتبطة: وتكون كذلك عندما توجد صلة وثيقة بين دعويين، تجعل الحل الذي يُقرَّر لإحداهما من شأنه أن يؤثر في الحل الذي يجب أن يُقرَّر للأخرى، ومن هنا تقوم مصلحة لجمعهما معاً أمام محكمة واحدة. وبهذا يمتد اختصاص المحكمة الجزائرية للدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية التي تختص بها ولو لم تكن الدعوى المرتبطة مما يدخل في ولايتها إذا رُفِعَت أمامها في صورة دعوى مبتدأة. مثلاً: يرفع زوج جزائري مقيم في الخارج على زوجته دعوى الرجوع أمام محكمة جزائرية، فتطلب الزوجة الأجنبية الحكم بالتطبيق. تختص هنا المحكمة الجزائرية بطلب الزوجة حتى لو كان مسكن الزوجية موجوداً في الخارج، لأنها تختص بدعوى الرجوع المرفوعة أمامها على أساس جنسية الزوج الجزائرية. ◊ حالة تعدّد المدعى عليهم: قد يتعدد المدعى عليهم عند ابتداء الخصومة، على أن أحدهم لا يكون خاضعاً للاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الجزائرية لكونه أجنبي غير متوطن بالجزائر، فهل يمتد إليه اختصاص المحكمة الجزائرية؟ وفقاً للمادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تختص المحاكم الجزائرية بالدعوى المُقَامَة على المدعى عليهم المتعددين مادام أن لأحدهم موطن في الجزائر. غير أن تمديد الاختصاص ليشمل المدعى عليهم غير الخاضعين ابتداءً للاختصاص المحكمة الجزائرية يقتضي تحقق الشروط التالية:

- 1- الارتباط: أي أن يكون ثمة ارتباط بين الطلبات الموجهة إلى المدعى عليهم، بأن يكون موضوعها واحداً. مثلاً: إذا توفي المدين وكان له عدة ورثة، فيصبح المدعى في دعوى المطالبة بالدين دائناً لكل واحد من الورثة بنسبة ما حصل عليه الوارث من التركة. فالورثة كلهم مدينين بدين واحد. أيضاً تعدد المسؤولين عن فعل ضار واحد.
- 2- تحقّق الاختصاص بالنسبة إلى أحد المدعى عليهم ابتداءً: لا بد أن يثبت الاختصاص للمحكمة الجزائرية على أحد المدعى عليهم بموجب ضابط من ضوابط الاختصاص الشخصية (الموطن

والجنسية)، ثم يمتد هذا الاختصاص بعد ذلك إلى سائر المدعى عليهم الذين كانوا خارج ولاية المحكمة الجزائرية أصلا.

هذا وينعقد الاختصاص للمحكمة الجزائرية بناء على الضوابط الموضوعية (مكان وجود المال، مكان إبرام العقد أو تنفيذه...) بالنسبة لكل المدعى عليهم، دون حاجة إلى القول بامتداد الاختصاص ودون النظر أصلا إلى جنسيات المدعى عليهم أو مواطنهم. أيضا لا يصح الاستناد على ضابط الخضوع الاختياري في حالة تعدد المدعى عليهم إذا كانوا كلهم أجنبان وليس لهم موطن في الجزائر. ولا تختص المحكمة الجزائرية بهم جميعا إذا قبل أحدهم الخضوع لولاية هذه المحكمة، فلا ينسحب رضاء المدعى عليه باختصاص المحكمة الجزائرية إلى باقي المدعى عليهم.

3 أن يكون التعدد حقيقيا: ومقتضى هذا الشرط، أن يكون اختصاص المدعى عليهم بصفة جدية، بأن يكون تعدد المدعى عليهم موجودا أصالة في النزاع قبل أن تُرْفَع الدعوى إلى المحاكم لا أن يكون التعدد ظاهريا من صنع المدعي، الذي لم يقصد منه إلا جلب المدعى عليهم الذين لا تختص المحاكم الجزائرية بهم ابتداءً.

غاية هذا الشرط هي منع الغش نحو الاختصاص، بأن يكون المدعى عليه، الذي تملك المحاكم الجزائرية الولاية عليه والذي تم على أساس مقاضاته جلب المدعى عليهم الآخرين، قد تم حشره بين المدعى عليهم فقط من أجل جلبهم. وحتى ينتفي الغش، يجب أن تُوجَّه طلبات حقيقة إلى ذلك المدعى عليه تدل على جدية النزاع بالنسبة إليه.

وعليه يُعدّ اختصاص شخص وهمي أو خصم غير حقيقي لعدم التزامه أو تحمّله لأية مسؤولية بمثابة تحايل على الاختصاص.

4+الاختصاص بصفة أصلية: يشترط أخيرا أن يكون المدعى عليه الجزائري أو المتوطن في الجزائر قد أختُصِم أمام المحاكم الجزائرية بصفة أصلية حتى يمكن اختصاص غيره من المدعى عليهم أمامها. فيجب أن لا يكون المدعى عليه الذي رُفِعَت الدعوى أمام محكمة موطنه قد اختُصِم بصفة احتياطية (كضامن أو كفيل)، ولا يجوز هنا اختصاص غيره من المدعى عليهم أمام هذه المحكمة، ذلك أنه لا يمكن الرجوع عادة على الضامن قبل المضمون أو على الكفيل قبل المدين، حيث يعتبر المدين هو الطرف الأصلي في العلاقة القانونية التي رُفِعَت بشأنها الدعوى.

✪ بالنسبة للدفع بالارتباط: قد يحدث أن تُرفع دعويين مختلفتين ولكن ترتبطان فيما بينهما أمام محكمتين جزائرية وأجنبية، بحيث يؤثر الفصل في إحداها في الفصل في الأخرى. لهذا ينبغي، لحسن إدارة العدالة، طرحهما على محكمة واحدة دفعا لاحتمال تناقض الأحكام وضياح الوقت والمال، عن طريق الدفع بالارتباط الذي نصت عليه المواد 55 وما بعد من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نتيجة هذا الارتباط أنه يؤثر على اختصاص المحكمة الجزائرية التي ستتخلى عن نظر الدعوى المرفوعة إليها وتترك المحكمة الأجنبية تفصل في النزاع مما يؤدي إلى توحيد الدعويين.

مثلا: دعوى يرفعها جزائري أمام محكمة جزائرية يطالب فيها المدعى عليه التركي المتوطن بتركيا بتنفيذ العقد المبرم بينهما في تركيا والدعوى التي يرفعها التركي في تركيا يطلب فيها الحكم ببطان العقد. هنا المحكمة الجزائرية ستنتظر في نزاع مطروح في نفس الوقت أمام محكمة تركية، فهل يتعين عليها الاستجابة للدفع بالارتباط بين الدعويين والذي يثيره المدعى عليه التركي أمامها بأن ترفع يدها عن النزاع المطروح أمامها؟

على المستوى الداخلي، تجيز المواد 55 وما بعد من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدفع بالارتباط. ويبدو أنه يمكن عدم قبول الدفع على مستوى العلاقات الخاصة الدولية، لأن قبوله يفترض أن تكون المحكمة المُحال إليها خاضعة لنفس السيادة. في حين أنه سيتم -إذا قبلت المحكمة الجزائرية الدفع- إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية على أساس ارتباط هذه الدعوى بنزاع أصلي تنظر فيه المحكمة الأجنبية. هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، اختصاص محكمة أجنبية بدعوى معينة على أساس ارتباطها بدعوى أخرى قائمة أمامها لا يسلب المحكمة الجزائرية اختصاصها بتلك الدعوى إذا تحقق لها سبب من أسباب الاختصاص. ومن جهة ثالثة، لا مجال للحديث عن تعارض الأحكام، لأنه طبقا للمادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في الجزائر متى كان متعارضاً مع حكم صادر عن المحاكم الجزائرية.

في نفس الوقت لا يوجد ما يمنع المحكمة الجزائرية من قبول الدفع إذا تبين لها أن المحكمة الأجنبية التي تنتظر الدعوى الأصلية أكثر قدرة على الفصل في الدعوى المرتبطة وأقدر من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر في شأنها، تجنباً لتعارض الأحكام ولو أن المادة 605 سوّت هذا التعارض لمصلحة الحكم الجزائري، إلا أن ذلك لا ينفي وجود التعارض الفعلي بين الحكامين بما يؤثر على الاستقرار اللازم للمعاملات الدولية.

وإذا تصورنا وجود حكم مماثل لنص المادة 605 في قانون المحكمة الأجنبية التي تنتظر الدعوى الأصلية فهل سنُتفقد الحكم الجزائري الذي فصل في الدعوى المرتبطة! وعندها يكون الحكم الجزائري عديم الفعالية ويتعارض ذلك مع مبدأ قوة النفاذ (ينعقد الاختصاص القضائي الدولي متى كانت المحاكم تملك في شأن النزاع المطروح عليها السلطة الفعلية التي تجعلها قادرة على كفالة آثار الحكم الذي تُصدره).

وليس لها أن تقبل فقط الدفع بالارتباط، بل لها حق التخلي عن اختصاصها وإحالة الخصوم من تلقاء نفسها إلى المحكمة الأجنبية التي تنتظر الدعوى الأصلية مادام أنه قد تبيّن أنها قادرة على كفالة آثار الحكم الذي سيصدر عنها.

⊗ بالنسبة للإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية: على مستوى الاختصاص الداخلي ووفقا للمادتين 53 و 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا رُفِعَت دعوى أمام محكمتين مختصتين جاز الدفع بوحدة الموضوع من أحد الخصوم أو القاضي من تلقاء نفسه. وبذلك ستتخلى المحكمة عن الدعوى المرفوعة إليها وتُحيلها إلى المحكمة التي رُفِعَت إليها الدعوى أولاً، لأن هذا التعاصر الإجرائي للدعوى الواحدة أمام محكمتين قد يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة في ذات الدعوى. فهل يجوز إعمال المادتين في شأن الاختصاص القضائي الدولي عندما تُرْفَع الدعوى مرتين أمام محكمة أجنبية وجزائرية بالدفع بإحالة الدعوى من المحكمة الجزائرية إلى المحكمة الأجنبية التي رُفِعَت إليها الدعوى أولاً؟

مثلاً: زوج جزائري-فرنسية ومسكن الزوجية بفرنسا، بسبب الخلاف رفع الزوج دعوى طلاق أمام القاضي الفرنسي وأعاد رفع الدعوى أمام القاضي الجزائري.

هنا القاضي الفرنسي مختص بسبب مكان وجود السكن الزوجي؛

القاضي الجزائري أيضاً مختص بسبب جنسية الزوج الجزائري، فهل يتخلى عن اختصاصه لأن الدعوى المرفوعة أمامه متطابقة مع الدعوى المُقَامَة أمام القاضي الفرنسي أولاً؟

تقتضي الإجابة عن التساؤل تقدير الحجج التي استند عليها الفقه لقبول أو لرفض الدفع بوحدة الموضوع (الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية). ذلك أن عدم قبول الدفع في نطاق الاختصاص القضائي الدولي يستند على الحجج التالية:

- يفترض قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين وجود سلطة عليا فوق الدول تتولى

توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة، كما يفترض أن تكون المحكمة المُحَال إليها

خاضعة لنفس السيادة التي تخضع لها المحكمة المُحِيلَة. وبعبارة أخرى، يجب للعمل بالإحالة في

المجال الدولي أن تتحقق الظروف التي تعمل بها الإحالة في الاختصاص الداخلي من حيث خضوع المحكمتان لنفس القانون ونفس السيادة ووجود سلطة عليا تخضع لرقابتها المحكمتين.

- لا يتمشى قبول الدفع في نطاق العلاقات الخاصة الدولية مع ما هو سائد بخصوص الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية. فالحكم الأجنبي لا يُعترف له بأية آثار في الجزائر قبل صدور الأمر بتنفيذه. وإن كان الحكم الأجنبي لا قيمة له قبل هذا الإجراء، فمن باب أولى تكون الإجراءات نفسها التي لا تزال قائمة أمام محكمة أجنبية والتي لم تنته بصدور الحكم فلا يُعتمد بها.

- لا مجال للتمسك بالتعارض بين الأحكام، لأن الحكم الأجنبي لا يكون قابلاً للتنفيذ في الجزائر متى كان متعارضاً مع حكم صادر فيها.

أما قبول الدفع بالإحالة لوجود ذات النزاع أمام محكمة أجنبية فيكون على أساس الحجج التالية:

- تتحقق الاعتبارات التي يقوم عليها قبول الدفع في القانون الداخلي أيضاً في العلاقات الخاصة الدولية. فهو يهدف لتجنب التعارض بين الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية وهو قليل الوقوع، لأن الأحكام تصدر من محاكم تابعة لدولة واحدة وتُطبق قانوناً واحداً. وتكون فرص تعارض الأحكام الصادرة من محكمة وطنية ومحكمة أجنبية أكبر، لاختلاف القوانين التي تطبقها.

- قبول الدفع هو الذي يسوي التنازع بين الإجراءات والذي لا يمكن تفاديه بالنظر للحرية التي تتمتع بها كل دولة في صياغة القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها. فهذا الدفع هو التعويض الحقيقي للصياغة المفردة الجانب لتلك القواعد والوسيلة الطبيعية لحل التنازع الإيجابي منعاً لتضارب الأحكام.

- يمنع الأخذ بالدفع الغش نحو الاختصاص، حيث أن هناك حالات يتحقق فيها التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، فيختار الأفراد المحكمة التي يرون أنها ستُطبق القانون الذي يبدو أكثر صلاحية وفائدة لهم. فمثلاً المدعي بعد رفع الدعوى أمام محكمة دولة معينة مختصة وفق قانونها وبعد أن سار القاضي في إجراءات الدعوى وحدد القانون الواجب التطبيق، وجد المدعي أن هذا القانون ليس في صالحه. فيعتمد إلى رفع الدعوى في دولة أخرى يتضمن قانونها أحكاماً مختلفة تُحقق مصلحته. يسمح إذن قبول الدفع مواجهة المدعي سيء النية.

- يعطي الدفع للمحاكم الوطنية الفرصة في أن لا تُصدر أحكاماً غير مكفولة النفاذ. وعليه إذا رأت المحكمة الوطنية المختصة أن المحكمة الأجنبية ستكون الأقدر على الفصل في النزاع وكفالة

الحكم الصادر في شأنها، كما لو كانت أموال الدين المدعى عليه موجودة فيها، كان لها أن تتخلّى عن نظر تلك الدعوى. لأن الحكم الصادر لن تكون له أية قيمة من الناحية الفعلية: سترفض المحكمة الأجنبية تنفيذه مادام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها في شأن نفس النزاع.

إن التسليم بإمكانية تخلّي المحكمة الجزائرية عن الدعوى وإحالة النزاع المطروح أمامها إلى المحكمة الأجنبية التي رُفِعَت إليها أولاً نفس الدعوى، يقتضي تحقّق الشروط التالية:

- 1 وحدة الدعوى: مما يقتضي وحدة الخصوم، الموضوع والسبب.
- 2 قيام الدعوى أمام محكمتين أجنبية ووطنية مختصتين: ويتحدّد اختصاصهما وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تعمل في ظلّهما كل محكمة.
- 3 أسبقية المحكمة الأجنبية في نظر الدعوى: أي لا تتخلّى المحكمة الجزائرية عن الدعوى إلا إذا رُفِعَت إليها في وقت لاحق على رفعها أمام المحكمة الأجنبية.
- 4 قابلية الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية للتنفيذ: وبناء على هذا الشرط، يتعين على المحكمة الجزائرية أن تراقب الإجراءات التي تُمارَس في الخارج (كالاختصاص غير المباشر للمحكمة الأجنبية واحترام حقوق الدفاع)، لمعرفة ما إذا كان الحكم الذي سُنِّدته المحكمة الأجنبية قابلاً للتنفيذ أم لا في الجزائر. وعلى الرغم من صعوبة هذه المهمة، فإن تلك المراقبة تبدو ضرورية، لأنه من غير المقبول ويتعارض مع حسن أداء العدالة أن تتخلّى المحكمة عن نظر الدعوى التي تختص بها لصالح محكمة أجنبية وينتهي الأمر بأن يكون الحكم الصادر عن المحكمة الأجنبية غير قابل للتنفيذ في الجزائر.

وفي الأخير، إذا توفرت شروط الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين، لا تلتزم المحكمة الجزائرية بالتخلّي عن اختصاصها²⁸، إذا طلب أحد الخصوم ذلك، كما هو الحال في مجال الاختصاص الداخلي

²⁸ قارن مع المادة 9 من القانون الدولي الخاص السويسري التي تُنظّم الإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السويسرية وتقتضي بتأخير المحكمة السويسرية الفصل في الدعوى بانتظار نتيجة الدعوى المُقَامَة في الخارج وليس التخلّي عن الاختصاص، حيث لا تتخلّى عن اختصاصها إلا إذا قُدِّم لها حكم أجنبي قابل للتنفيذ في سويسرا. وهذا هو نص المادة:

«1 Lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le tribunal suisse suspend la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse.

(المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) . والسبب في ذلك، أن القاضي الجزائري قد يقدّر أن الحكم الأجنبي غير قابل للتنفيذ في الجزائر. وهذا يستدعي إعطاء القاضي الجزائري سلطة تقديرية عند اللجوء إلى الإحالة استنادا إلى مبدأ قوة النفاذ ومدى قدرة المحكمة الأجنبية على النظر في الدعوى ومدى قابلية الحكم الصادر عنها للتنفيذ في الجزائر.

3- حالات عدم اختصاص المحاكم الجزائرية: وهي حالات استثنائية لا يثبت الاختصاص فيها للمحاكم الجزائرية لتعلق الدعوى بعقار موجود في الخارج ولصفة في أحد أطراف الدعوى كونه رئيس دولة أو مبعوث دبلوماسي أو قنصل أو دولة أجنبية أو منظمة دولية.

- يتقرر مبدئيا الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بناءً على ضوابط الاختصاص الإقليمي الداخلي أو امتياز الجنسية، إلا أن استثناءً يتقرر على هذا الاختصاص ويتعلق بالدعوى العينية والشخصية المتعلقة بعقار موجود في الخارج. وعليه لا يؤدي وجود موطن المدعى عليه في الجزائر أو جنسية المدعى أو المدعى عليه الجزائرية إلى عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بالدعوى، كلما تعلقت بعقار واقع في الخارج.

وأساس تقرير هذا الاستثناء هو أن محاكم دولة موقع العقار أقدر على كفاية آثار الحكم الصادر في شأنه. كما أن الحكم الجزائري لن يلقي التنفيذ في الخارج، لأن دولة موقع العقار تمتع غالبا عن تنفيذ حكم أجنبي في إقليمها لمساس الأمر بالنظام العام. ومن غير المقبول أن يفصل القضاء الجزائري في دعوى يعلم مسبقا أن حكمه في شأنها سيكون معدوم القيمة الفعلية.

- استثناء آخر يتقرر على اختصاص القضاء الجزائري الذي لا تمتد ولايته على كل الأشخاص المتواجدين في الإقليم، وإنما يتمتع البعض منهم بالحصانة القضائية التي تُعفيهم من ولاية القضاء الوطني.

ويتمثل أساس هذه الحصانة في ضرورات المجاملة الدولية وعدم عرقلة تطور العلاقات الدبلوماسية بين الدول وتأمين الأداء الفعال لوظائف البعثات الدبلوماسية.

2 Pour déterminer quand une action a été introduite en Suisse, la date du premier acte nécessaire pour introduire l'instance est décisive. La citation en conciliation suffit.

3 Le tribunal suisse se dessaisit dès qu'une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui est présentée .»

وإذا كان العرف الدولي هو الذي أقرّ تمثُّع الدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين بالحصانة القضائية، إلا أنه تم تكريس بعض من هذه الحصانة في كلِّ من اتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية المؤرخة في 18/04/1961²⁹ واتفاقية فيينا الخاصة بالعلاقات القنصلية بتاريخ 24/04/1963³⁰. هذا ويستفيد من الحصانة القضائية³¹ كلُّ من:

⊗ الدول الأجنبية والمنظمات الدولية: تتحدّد حصانة المنظمات الدولية بالنطاق المقرّر في الاتفاقية المُنتهبة لها والتي عادة ما تنص صراحة على هذه الحصانة. وبالمثل يتمتع بالحصانة الموظفون الدوليون وذلك متى تقرّرت لهم هذه الحصانة باتفاق صريح. وعادة ما ينص على قَصْر نطاق الحصانة على الأعمال والتصرفات التي تتم بقصد تحقيق مصلحة المنظمة الدولية. وتبقى حصانة الدول الأجنبية التي ترتبط باستقلالها، سيادتها والمساواة فيما بينها، لذلك لا يجوز مقاضاة دولة من قِبَل دولة أخرى.

ولكن تدخّل الدول في علاقات القانون الخاص وقيامها بأعمال تجارية مثلها مثل الأفراد، استوجب استبعاد مبدأ الحصانة المطلقة الذي كان يجعل الدول في منأى عن الخضوع لولاية محاكم أخرى مهما كانت طبيعة النشاط الذي تُمارسه وإبداله بالحصانة النسبية التي تثيرها الدول فيما خصّ أعمالها السيادية فقط دون أعمالها الخاصة.

⊗ رؤساء الدول الأجنبية، الممثلون الدبلوماسيون والقناصل: يستفيد من الحصانة القضائية كلُّ من ملوك ورؤساء الدول الأجنبية ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية وأشخاص آخرون من ذوي الرتب الرفيعة. كما لا تشمل الحصانة السفير فقط بل تمتد لتشمل الأشخاص الملحّقين به بما فيهم أفراد عائلة المبعوث الدبلوماسي وأفراد عائلة البعثة بشرط ألا يكونوا من مواطني الدولة المضيفة (المادة 37 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية).

ويستفيد هؤلاء من الحصانة أثناء قيام الرئيس أو الممثل الدبلوماسي بمهمته. كما أنها تشمل جميع أفعالهم سواء كانت عامة أو خاصة ويُدفع بالحصانة أمام المحاكم المدنية أو الجزائية على السواء. على أن المادة 1/31 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية تستثني:

²⁹ المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 64-84 الصادر بتاريخ 04/03/1964.

³⁰ المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 64-85 الصادر بتاريخ 04/03/1964.

³¹ كما يستفيدون من حصانة تنفيذية تضعهم في منأى عن أي تنفيذ جبري على أموالهم أو أشخاصهم.

- الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال العقارية الخاصة الكائنة في إقليم الدولة المضيضة، ما لم تكن حياة الممثل الدبلوماسي لهذه الأموال بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها في أغراض البعثة.
- الدعاوى المتعلقة بشؤون الإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه مُنفذاً أو مديراً أو وارثاً أو موسى له، وذلك بالأصالة عن نفسه لا بالنيابة عن الدولة المعتمدة.
- الدعاوى المتعلقة بأي نشاط مدني أو تجاري يمارسه في الدولة المعتمد لديها خارج وظائفه الرسمية. ويمكن للمستفيدين من الحصانة التنازل عنها وتشتت المادة 1/32 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لصحة التنازل صدوره بصفة صريحة عن الدولة المعتمدة.
- ونقتصر الحصانة القضائية الممنوحة للقناصل حسب المادة 43 من اتفاقية فيينا الخاصة بالعلاقات القنصلية على الأعمال التي يقومون بها لممارسة وظائفهم على أراضي الدولة المضيضة (كرفض منح الحماية القنصلية أو رفض إعطاء جواز سفر...)، وعلى العكس لا يمكن للقنصل الإلقاء بالحصانة فيما يخص ديون مترتبة بحقه للعلاج أو حادث سيارة أثناء رحلة... .

لنفرض الوقائع التالية: تسببت شركة أمريكية في تلويث مياه الشرب الجوفية على إثر تسرب البترول، مما ألحق ضررا بمرابي الإبل في ولاية إليزي. من ناحية صلاحية القضاء الجزائري، فهو مختص لأنه طبقا للمادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينعقد الاختصاص "2- في مواد تعويض الضرر عن... فعل تقصيري...، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار". ولكن ما هو القانون المختص في شأن ما يطلبه المتضررون من تعويضات؟ يستدعي تحديد القانون الواجب التطبيق، البحث في موضوع تنازع الاختصاص التشريعي أو بما يُصطَلح على تسميته أيضا بمشكلة تنازع القوانين.

تنازع الاختصاص التشريعي

لا ترتبط ممارسة أو استعمال الحقوق على الصعيد الدولي فقط بإيجاد حل للنزاع، وإنما أيضا بإيجاد القانون الذي يستند عليه القاضي للوصول إلى هذا الحل. فالعلاقة الخاصة الدولية ترتبط بأكثر من نظام قانوني، وهو ما يتطلب من القاضي، قبل كل شيء، اختيار قانون من القوانين المتنازعة، باعتباره القانون الأنسب لحكم العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي.

1- مشكلة تنازع القوانين: توحى كلمة "تنازع" أن هناك صراعا أو تزاخما بين دول ذات سيادة وأن كل دولة تدّعي لنفسها الحق في حكم الروابط الخاصة الدولية، لأنها مرتبطة بأحد عناصرها. ولا تكون المواجهة بين قوانين وإنما بين المصالح المختلفة التي تحققها الدول من وراء تطبيق القوانين التي تسنّها. وعندئذ فإن القانون الدولي العام هو الذي يوفر المبادئ التي تسمح بتنظيم هذه المواجهة. ومع ذلك يوجد أسباب تدعو إلى عدم فهم تنازع القوانين بأنه تزاخم بين الدول أو تنازع بين سيادات:

- إن قانون كل دولة محدود بسيادة دولته ولا يستطيع تجاوز هذه الحدود ومنازعة قانون القاضي في انطباقه على النزاع.

- لا يتضمن القانون الدولي العام قواعد دقيقة لفصل التنازع بين الدول. وهو لا يهتم بتوزيع الاختصاص التشريعي بين الدول لمعالجة مشكلة تنازع القوانين التي تثور في مجال القانون الدولي الخاص.

- تهتم كل دولة بتطبيق قانونها أمام جهاتها القضائية، وهي لا تكثرث للمنهج الذي تتبعه محاكم دولة أجنبية لتطبيق قانون وطني. وبعبارة أخرى لا يهتم الدولة الجزائرية أن يُطبّق قاضي أجنبي القانون الجزائري على أهلية جزائري مقيم في الخارج، يهّمها فقط أن المحاكم الجزائرية تطبق

القانون الجزائري على أهلية الجزائريين ولو كانوا مقيمين في الخارج وفقا للمادة 10 من القانون المدني.

ولهذا يُفهم من تنازع القوانين³² بأن المشرع والقاضي تردداً في تطبيق قانونين أو أكثر ووازناً بين حلين. فالتنازع يعني أنه قائم بين الحلول التي على محاكم الدول الاختيار بينها، عندما تُحدّد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح عليها والذي تثيره العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

العلاقة التي تثير النزاع (مثلا المطالبة بالتعويض في حادث سيارة وقع في الجزائر بين مسئول من جنسية جزائرية ومتضرر من جنسية تونسية) تُطرح أمام القاضي الجزائري وتقتضي منه تحديد القانون المختص بشأنها وهو قانون مكان وقوع الفعل الضار أو قانون جنسية المسئول أو المتضرر، وكلاهما يرتبط بالعلاقة. ويكون الاختيار لمصلحة القانون الذي يلاءم طبيعة العلاقة (وهو في المثال قانون مكان وقوع الفعل الضار. ففي هذا المكان وقع الفعل الضار الذي يستلزم التعويض وقانون هذا المكان هو الذي يحدد الفعل الضار الموجب للمسؤولية. كما يؤدي اختصاص قانون مكان وقوع الفعل الضار إلى تحقيق سهولة الإثبات وغالبا ما يكون القضاء المختص لفصل النزاع هو قضاء مكان وقوع هذا الفعل).

وعليه يوجد تنازع القوانين عندما تخضع العلاقة الواحدة لعدة أنظمة قانونية، وأن كل نظام يضم قواعد من شأنها أن تعطي حلا للنزاع الذي تثيره هذه العلاقة، عندها يتعين تحديد أيّ من هذه الأنظمة سيقع عليه الاختيار لحكم العلاقة. ويتبين من التعريف أنه يتعين تحقق **الشروط** التالية لقيام تنازع قوانين:

- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي: يُطبّق القاضي الجزائري قانونه مباشرة في العلاقات الداخلية دون أن يطرح مشكلة اختيار القانون، على عكس العلاقات المشتملة على العنصر الأجنبي التي تستدعي طبيعتها البحث عن أيّ القوانين يحكما.

- أن يُفسح المشرع المجال لتطبيق القانون الأجنبي: حيث لا يقوم تنازع القوانين عندما يمنع المشرع تطبيق القانون الأجنبي ويجعل اختصاص قانونه الوطني اختصاصا مطلقا وفقا لمبدأ إقليمية القوانين. هذا ويقبل المشرع الجزائري تطبيق القوانين الأجنبية، مادام أنه وضع في القانون المدني قواعد الإسناد التي تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق. بمعنى أنه عندما حدّد مجال تطبيق القانون الجزائري من حيث المكان، لم يأخذ بمبدأ الإقليمية بصفة مطلقة. وهو ما يسمح بتطبيق القانون الوطني، مع فسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي في بعض الأحوال.

³² يتحدث جانب من الفقه عن تنازع الأنظمة، لإمكان تصور قيام التنازع حتى بالنسبة للنظم التي لا تصدر عن الدول.

- تترام قوانين متعارضة لحكم العلاقة القانونية: بمعنى أن تكون القوانين المتنازعة مختلفة في أحكامها الموضوعية، مما يقتضي معرفة أي القوانين يجب تطبيقها، لأن نتيجة الحل النهائي للنزاع ترتبط بالقانون الذي يسري عليه. وفي الواقع، لم يتفق الفقه على هذا الشرط، لأن حالة التنازع لا تستدعي اختلاف التشريعات، بل تنشأ بمجرد وجود العنصر الأجنبي في العلاقة. والقاضي لا يستطيع الحكم على الاختلاف أو التشابه بين القوانين المتنازعة، إلا إذا رجع لقاعدة الإسناد ليحدد القانون المختص منها ويتعرف بعد ذلك على مضمونه.

ولا يقوم تنازع القوانين إلا في إطار علاقات القانون الخاص، على أن تكون متصلة بأكثر من نظام قانوني. وأن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون النظام السائد في مكان تمركزها. وبهذا يتحدد نطاق تنازع القوانين الذي يستبعد من مجاله العلاقات الخاضعة للقانون العام والتنازعات الداخلية وتنازع القوانين من حيث الزمان.

- الصفة الدولية للتنازع: وذلك بأن تتجاوز العلاقة ذات العنصر الأجنبي حدود الدولة الواحدة وتتصل بأكثر من نظام قانوني. ويتحقق ذلك في كل مرة تتعدى فيها العلاقة نطاق حدود قانون القاضي وتتصل بنظام أجنبي آخر. فإذا اتصلت العلاقة بروابط مع دولتين أو أكثر اعتبرت دولية وثار في شأنها مشكل تنازع القوانين ومن ثم أعمال قواعد الإسناد لعله. ويجب أن تصدر الأنظمة القانونية المتصلة بالعلاقة عن وحدات سياسية مستقلة لها وصف الدولة والشخصية الدولية وفقا لمبادئ القانون الدولي العام.

وإذا كانت المسألة المطروحة على القاضي الجزائري متصلة بقانون دولة أخرى لا تعترف بها دولته أو لا تعترف بحكومتها، فإنه لا يمكن تصور تنازع القوانين لأن الدولة غير المعترف بها ليس لها وجود قانوني ومن ثم يتم إنكار ما يصدر عنها من قوانين باعتبار ذلك مظهرا من مظاهر سيادتها. وتسري ذات القاعدة بالنسبة للاعتراف بالحكومة، حيث تنفرد لوحدها قوانين الحكومة الأجنبية المعترف بها من قبل دولة القاضي بإمكانية التطبيق.

ولكن الفقه يعارض هذا الرأي (خاصة بالنسبة لعدم الاعتراف بالحكومة)، لأن تنازع القوانين لا يخص علاقات الدول فيما بينها والمسائل السياسية، وإنما يتعلق الأمر بعلاقات الأفراد وتطبيق القانون الأجنبي. ويكفي لأجل ذلك أن يتحقق القاضي من القانون المعمول به فعلا في الدولة الأجنبية. ولا مجال لتعرض القاضي لبحث شرعية السلطة التي أصدرت هذا القانون مادامت تلك

السلطة قادرة على تحقيق نفاذه؛ وإلا فإن تجاهل هذا القانون المطبّق فعلا في الخارج يعتبر تجاهلا لواقع الأمر.

والنتيجة المترتبة على الصفة الدولية لتنازع القوانين أن التنازعات الداخلية لا تستدعي إعمال قواعد الإسناد، لأن العلاقة فيها تتصل بدولة واحدة لها أنظمة قانونية غير موحدة. فبعض الدول ليس لها قواعد موحدة بالنسبة لجميع السكان المتواجدين على إقليمها ولكن عدة قواعد موزعة على أساس معيار شخصي (الانتماء الديني أو العرقي أو الطائفي) أو معيار إقليمي (الدويلات المكوّنة للاتحاد الفدرالي الأمريكي أو الدول غير الموحدة سياسيا). مثل هذه التنازعات الداخلية التي نجدها في الدول التي تتعدد فيها الشرائع، تخرج عن نطاق تنازع القوانين. لأن التنازع الحقيقي هو الذي يرتبط بمعيار الحدود بين الدول، حيث تكون القواعد صادرة عن مشرعي دول مختلفة. ويلاحظ أن حل حالات التنازع الداخلية لا يقتضي إعمال قواعد الإسناد، لأن المادة 23³³ من القانون المدني تُخضع هذا التنازع لقواعد خاصة من وضع المشرع الوطني للدولة التي تتعدد فيها الشرائع سواء تعددا طائفيا أو إقليميا.

- الطابع الخاص للعلاقة موضوع التنازع: يتحدد مجال تنازع القوانين بالعلاقات الخاضعة للقانون الخاص (العلاقات المدنية، التجارية والأحوال الشخصية...). فهذه العلاقات وحدها تطرح عملية اختيار أحد القوانين المتنازعة للفصل فيها بحكم ارتباطها بها، ومن ثم احتمال تطبيق القانون الأجنبي. مثلا لو تعلق الأمر، أمام القاضي الجزائري، بانحلال الرابطة الزوجية لزوجان أجنبيان، هنا لا يكتفي القاضي بتقرير عدم اختصاص القانون الجزائري وفق المادة 2/12 من القانون المدني، بل يجب عليه أن يحدّد القانون الأجنبي المختص (وهو حسب المادة قانون جنسية الزوج) ويطبّقه. أي لا يقتصر دور أحكام القانون الخاص في الجزائر على تحديد الأشخاص والعلاقات التي يحكمها القانون الجزائري، بل تحدد القانون المختص من بين القوانين المتصلة بالعلاقة وتطبّقه، فقاعدة الإسناد قد تشير إلى اختصاص قانون جزائري أو أجنبي.

³³ وتتص: "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 يُقرّر أيّ تشريع منها يجب تطبيقه. إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طُبّق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبّق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

- تنازع القوانين من حيث المكان: ويقصد به أن يحكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي قانونان أو أكثر صادران عن مشرعين دولتين مختلفتين، وهو ما يقتضي اختيار أحد هذه القوانين بناء على تمركز العلاقة مكانيا (وليس زماناً) وفقا لطبيعتها.

2- حل مشكلة تنازع القوانين: أمام العلاقة القانونية التي ترتبط بعدة أنظمة قانونية، تحتوي كلها على قاعدة من شأنها أن تحسم النزاع الذي تثيره، يمكن للقاضي أن يستعين بعدة مناهج، تُمكنه من حل المشاكل القانونية الناشئة عن التنازع بين القوانين المتصلة بالعلاقة المطروحة عليه:

- المنهج التنازعي أو قواعد الإسناد أو التنازع.

- منهج القواعد الموضوعية أو المادية.

- منهج القوانين ذات التطبيق الضروري أو قوانين الشرطة والأمن.

⊗ **قواعد الإسناد:** يتم حل مشكلة تنازع القوانين بواسطة قاعدة الإسناد، بتحليل العلاقة القانونية محل النزاع وتركيزها في مكان أو إقليم الدولة التي ترتبط به أكثر من غيره، ثم إسنادها إلى قانون تلك الدولة باعتباره الأكثر صلاحية لحكم النزاع، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي. يستند هذا التحليل على أساس موضوعي بهدف معرفة النظام القانوني الذي ترتبط به العلاقة بأوثق صلة، لأن عناصرها الأساسية تتصل به. وبهذه الطريقة، يتحقق توزيع موضوعي للاختصاص، يتجنب كل انحياز للقوانين الوطنية، ويضمن تحقيق التناسق بين الأنظمة القانونية والانسجام في الحلول. وتعتمد قواعد الإسناد، كأسلوب تقليدي لحل مشكلة تنازع القوانين، على آلية خاصة تميّزها عن القواعد القانونية الأخرى:

- إنها قواعد غير مباشرة: وذلك لاقتصار دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن تتعدى ذلك لإعطاء حكم القانون الموضوعي في المسألة. مثلا القانون المختص في الميراث هو حسب المادة 16 من القانون المدني قانون جنسية المتوفى وقت وفاته، والقاعدة ترشد للقانون الذي يتكفل بإعطاء الحل المادي والنهائي في مسائل التركات والموارث، وهو قانون جنسية المتوفى الذي يُحدّد مثلا من هم الورثة وأنصبتهم... .

- إنها قواعد ثنائية: تُعنى قاعدة الإسناد بتعيين القانون الأنسب لحكم العلاقة، بصرف النظر عما إذا كان هذا القانون وطنيا أو أجنبيا. لذلك تُوصَف بأنها مزدوجة الجانب، لأنها تشير إلى تطبيق قانون القاضي أو إلى تطبيق قانون أجنبي، بحسب المسألة المطروحة. ففي المثال السابق يكون القانون الجزائري هو القانون المختص إذا كان المتوفى جزائريا، كما قد يكون القانون الأجنبي، في حال كان الشخص أجنبيا.

- إنها قاعدة محايدة: ومعنى ذلك أن قاعدة الإسناد تشير إلى أكثر القوانين ارتباطا بالعلاقة، بغض النظر عن مضمون هذا القانون والنتائج المادية التي يؤدي إليها تطبيق هذا القانون. فالمادة 16 لا تهتم، عندما تُسند بصورة مجردة حكم الميراث لقانون جنسية المتوفى، بحصص الورثة إن كانت متساوية أم لا، لأنها لا تُفضّل أحد الحلول الممكنة على غيرها. أي أن الحل المادي والعدالة التي تترتب عن قانون جنسية المتوفى ليس لها أي تأثير في تعيين هذا القانون تفضيلا له على القوانين الأخرى.

*عناصر قاعدة الإسناد: تتكوّن قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر:

1- الفكرة المسندة: تتعدد العلاقات القانونية وتتنوع، وتبعاً لذلك يتعدّد وضع قاعدة إسناد لكل علاقة قانونية بذاتها. لذلك يجمع المشرع العلاقات والمراكز المتشابهة والمتقاربة في فكرة أو فئة مسندة واحدة، حتى يسهل عليه ربطها بقانون معين عن طريق الضابط الذي يعكس مركز الثقل في العلاقة القانونية. وعموماً يمكن تقسيم العلاقات والمراكز إلى الفئات التالية:

فئة الأحوال الشخصية: وهي المسائل التي تتصل بالشخص بمفرده (كالاسم والأهلية...) والشخص في حالته العائلية (كالزواج، النسب، الأنظمة المالية والميراث...).

فئة الأحوال العينية: وتتعلق بالأشياء التي تكون محلاً للحقوق العينية، سواء تعلق الأمر بالعقارات، المنقولات المادية والمعنوية.

فئة التصرفات القانونية: وموضوع هذه الفئة هو الالتزامات التعاقدية.

فئة الوقائع القانونية: وتشمل هذه الفكرة ما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية، سواء كان مصدرها الفعل الضار أو الفعل النافع.

2- ضابط الإسناد: وهو الأداة التي يستند إليها المشرع لتعيين القانون الواجب التطبيق، بحيث أنه يُمثّل العنصر الأكثر أهمية في العلاقة القانونية ويتأثر اختياره باعتبارات تتصل بالسياسة التشريعية والمعطيات الخاصة بكل دولة. وبهذا يمكن تفسير سبب اختلاف قواعد الإسناد بين النظم القانونية في الدول. ويتم اختيار ضابط أو معيار الإسناد من خلال العناصر المكوّنة للعلاقة القانونية. فقد يتعلق بعنصرها الشخصي (الجنسية، الموطن أو محل الإقامة)، وقد يتعلق بعنصرها الموضوعي (موقع المال)، كما قد يتعلق بعنصر السبب (الإرادة، مكان إبرام التصرف أو مكان وقوع الفعل الضار أو النافع).

والغالب أن تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً وحيداً (مثلاً المادتين 17 و 20 من القانون المدني). إلا أنه

يمكن أحياناً أن تعتمد قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط، يُفضي إلى تطبيق القانونين معاً (مثلاً المادتين 11 و 13 مكرر 1 من القانون المدني). وإن ما يبرر إخضاع العلاقة لعدة قوانين في آن واحد

(أي إسناد تجميعي) هو تساوي درجة صلة هذه القوانين بالعلاقة بما لا يصح معها تركها لقانون واحد ينفرد بحكمها (أي إسناد توزيعي).

وفي حال تضمنت قاعدة الإسناد الواحدة أكثر من ضابط، فإما أن تكون جميعها إلزامية (تتضمن المادة 18 من القانون المدني ضابط أصلي هو إرادة المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وضوابط احتياطية هي على التوالي الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو مكان إبرام العقد. فهنا تضمنت قاعدة الإسناد عدة ضوابط لا تتفاوت في المرتبة وهي تُثبِت الاختصاص لعدة قوانين على وجه التدرج وهذا هو الإسناد التسلسلي)، وإما أن تكون اختيارية حيث يكون للقاضي أن يطبق أكثرها تحقيقاً للغاية (تعتمد المادة 19 من القانون المدني على إسناد تخييري، يكون للمتعاقدین اختيار القانون الذي يجعل التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية الذي قد يكون قانون بلد إبرام التصرف أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدین أو قانون جنسيتهم المشتركة أو القانون الذي يحكم التصرف من حيث الموضوع).

3- القانون المسند إليه: وهو القانون المختص لحكم العلاقة والذي بمعرفته سيظهر حكم القانون في المسألة المطروحة من حيث صحة العلاقة مثلاً أو بطلانها.

لنأخذ مثلاً المادة 1/10 من القانون المدني "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". وهي تتضمن فكرتين مسندتين الحالة (الاسم، الموطن والحالة المدنية) والأهلية (حالات انعدام الأهلية العامة). ولقد اختارت ضابط إسناد ينطلق من أطراف العلاقة وهو الجنسية، كونه أكثر ثباتاً وأقل عرضة للتغيير. ومن ثم لا تتغير حالة وأهلية الشخص بتجاوز الحدود. وأيضاً اعتماد هذا الضابط في دولة مصدرة للسكان كالجزائر وما تقتضيه ظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تُبَرِّرُ الإبقاء على الرابطة الروحية التي تربطها برعاياها المتواجدين في الخارج. وعليه فإن الحالة والأهلية يحكمهما قانون واحد وهو قانون الجنسية.

*مصادر قاعدة الإسناد: تعتبر قاعدة الإسناد قاعدة وطنية ولكل دولة قواعد إسناد خاصة بها. ولكن إلى جانب المصادر الداخلية، يوجد أيضاً مصادر دولية في نطاق تنازع القوانين تتمثل أساساً في المعاهدات. وعلى القاضي الجزائري احترام المادتين 21³⁴ و 23 مكرر 2³⁵ من القانون المدني وهو بصدد البحث عن حل لمشكلة تنازع القوانين:

³⁴ هذا هو نص المادة: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

1- المعاهدة: تُتَّخَذُ المعاهدة في مجال تنازع القوانين كوسيلة للتوحيد، الذي قد يتم بطريقتين: الطريقة الأولى: وفيها يتم توحيد قواعد الإسناد لحسم حالات تنازع القوانين بتحديد القانون الواجب التطبيق، ويؤدي هذا التوحيد إلى تماثل الحلول المطبَّقة أمام قضاء الدولتين أو الدول المتعاهدة. الطريقة الثانية: وفيها يتم توحيد القواعد الموضوعية في مسألة معينة من مسائل القانون الخاص، مما يؤدي إلى إلغاء التنازع بين القوانين في هذه المسألة، إذ لا مجال لتطبيق قاعدة الإسناد طالما أنه تم توحيد القواعد الموضوعية. وبدوره قد يأخذ توحيد القواعد الموضوعية صورتين: الصورة الأولى: يتم الاتفاق على تشريع موحد في موضوع معين يسري أيضا داخل كل دولة موقَّعة وبحيث يَحُلُّ مَحَلَّ التشريع الداخلي. الصورة الثانية: يتم الاتفاق على قواعد مادية مشتركة بين الدول لحكم المراكز الخاصة المتضمنة عنصر أجنبي دون سواها.

ومن أمثلة المعاهدات التي توحد القواعد الموضوعية يمكن ذكر:

اتحاد باريس حول الملكية الصناعية بتاريخ 1883/03/20 المعدل عدة مرات³⁶.

اتحاد برن حول الملكية الأدبية والفنية بتاريخ 1886/09/09 المعدل عدة مرات³⁷.

معاهدة بروكسل بتاريخ 1924/08/25 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد الخاصة بسندات الشحن بين الدول الموقعة عليها³⁸.

2- التشريع: لقد وضع المشرع قواعد التنازع ضمن نصوص القانون المدني (المواد 9 وما بعد)، بالإضافة للقواعد التي وردت في أحكام خاصة (من ذلك مثلا المادتين 95 و97 من قانون الحالة المدنية وما ورد من أحكام بخصوص التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 647 من القانون البحري³⁹ التي تحدد القانون الواجب التطبيق على عقد استجار السفينة).

³⁵ وتقضي: "تُطَبَّقُ المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نصٌّ في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

³⁶ أمر رقم 66-48 بتاريخ 1966/02/25 (الجريدة الرسمية عدد 16 بتاريخ 1966/02/25).

³⁷ مرسوم رئاسي رقم 97-341 بتاريخ 1997/09/13 يتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية بتاريخ 1886/09/09 المتممة والمعدلة (جريدة رسمية عدد 61 بتاريخ 1997/09/14).

³⁸ مرسوم رقم 64-71 بتاريخ 1964/03/02 (جريدة رسمية عدد 28 بتاريخ 1964/04/03).

³⁹ أمر رقم 76-80 بتاريخ 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري المعدل والمتمم (جريدة رسمية عدد 29 بتاريخ 1977/04/10).

عموماً، تضمنت، من جهة، قواعد القانون المدني أحكام عامة تتعلق بتطبيق المنهج التنازعي على العلاقة الخاصة الدولية من حيث:

طريقة فهم المسائل القانونية الواردة في قواعد الإسناد وما تقتضيه من إجراء عملية التكييف والقانون الذي يسري في هذه الحالة (المادة 9)؛

عالجت هذه القواعد بعض المشاكل المتعلقة بإثبات القانون الأجنبي (المادة 23 مكرر)؛ ثم إن تطبيق القانون الأجنبي قد يثير بعض الصعوبات، كما لو كان قانون دولة تتعدد فيها الشرائع سواء تعدداً طائفيًا أو إقليميًا (المادة 23)، أيضاً كما لو كان القانون الأجنبي يرفض الاختصاص الممنوح له بموجب قواعد الإسناد الجزائرية وموقف المشرع من الإحالة (المادة 23 مكرر 1)؛

إمكانية استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على أساس الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون (المادة 24). ومن جهة أخرى، نجد في القانون المدني بعض الحلول الوضعية لمشكلة تنازع القوانين في مسائل شتى: في مسائل الأحوال الشخصية: تخضع الحالة والأهلية لقانون الجنسية (المادة 10)؛

تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين (المادة 10)؛ تخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، أما انحلال الزواج والانفصال الجسماني فيحكهما قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 12)؛

والنسب يخضع لقانون جنسية الأب (المادة 13 مكرر)؛ يُطبَّق على صحة الكفالة والتبني قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول، المتبني والمتبني، وتخضع آثارهما لقانون جنسية الكفيل في الكفالة، والمتبني في التبني (المادة 13 مكرر 1)؛

تخضع النفقة بين الأقارب لقانون جنسية المدين بها (المادة 14)؛ يُطبَّق على التدابير المتعلقة بحماية القصر، وعديمي الأهلية والغائبين قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته (المادة 15)؛

يخضع الميراث والوصية والتصرفات المضافة لما بعد الوفاة على التوالي إلى قانون جنسية المتوفى، الموصي أو من صدر منه التصرف. كما تخضع الهبة والوقف إلى قانون جنسية الواهب أو الواقف (المادة 16).

هذا ولقد أورد المشرع طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسيات أو عديم الجنسية (المادة 22).

في مسائل الأحوال العينية أو نظام الأموال، سواء كانت عقارية أو منقولة أو معنوية وتخضع لقانون موقعها أو مكان وجودها (المادتين 17 و 17 مكرر).

في مجال العقود، أخذ المشرع كأصل عام بقانون الإرادة (المادة 18)، أما فيما يخص شكل التصرفات القانونية، فأخذ بقانون بلد الإبرام ولكن القاعدة اختيارية (المادة 19).

وتخضع قواعد الاختصاص والإجراءات لقانون القاضي (المادة 21 مكرر).

وفي مجال الالتزامات غير التعاقدية يتم تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار أو النافع (المادة 20).

3- العرف: إذا كانت المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني تُوجّه القاضي عند بحثه لقواعد الإسناد إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مباشرة عند انعدام النص، فلا يعني ذلك الخروج عن الحكم العام التي تُقرّر المادة الأولى من القانون المدني باعتبار العرف مصدراً مكملاً للتشريع. ولقد تضمنت قواعد الإسناد ذاتها قواعد عرفية أقدم من التشريع، كخضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه، خضوع أساس العقد لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية وخضوع نظام الأموال لقانون موقعها. لهذا نفهم المادة 23 مكرر 2 على أنها تُقرّر أسبقية المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص على المصادر الأخرى التي تلي العرف في المرتبة، وهذا ما تقرّر القواعد العامة في التفسير، التي تقتضي التقريب بين النصوص قدر الإمكان.

وتظهر قدرة هذا المصدر في صناعة قواعد الإسناد، إذا تحققت العوامل التالية:

- سلوك الأفراد في معاملاتهم التجارية واتساع حركة التبادل التجاري بينهم ونموها في كل دولة وسهولة انتقال الأموال والقيم عبر الحدود.

- انعدام أو قلة النصوص التشريعية.

- كشف القضاء للقاعدة العرفية مع تعامله معها بقدر من الثبات والاستقرار. ذلك أن القضاء هو الذي يحدد القاعدة العرفية، يضبطها ويفسرها.

وعموماً يبقى دور العرف الداخلي في وضع قواعد الإسناد محدوداً، بالمقارنة مع الدور الذي يلعبه في إعداد قواعد مادية خاصة بمسائل التجارة الدولية.

وحتى العرف الدولي لا يلعب دور مؤثر، لأن المتأمل في وضع قواعد التنازع في التشريعات المقارنة يظهر له أن بعض منها كان مصدره في البداية هو العرف، ثم أصبح له من بعد ذلك صفة الشيوخ عند

غالبية الدول. وذلك لا يعني أننا بصدد عرف دولي ملزم لكافة الدول. وإنما الصحيح أننا بصدد قواعد

عرفية شائعة بين الدول، ملزمة داخل كل دولة باعتبارها جزء من قانونها الوضعي لا بوصفها عرف

دولي. ويبقى أن بعض القواعد ينطبق عليها وصف العرف الدولي الملزم للجماعة الدولية، ولو أن هذه القواعد قليلة العدد وينقصها الضبط الذي يُحدّد نطاقها. من ذلك أنه يحق لكل دولة أن تحدد القواعد الواجب إتباعها في المنازعات التي تثيرها العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تثور داخل إقليمها، إلا أنه من المسلم به "هو عدم إمكان أية دولة الامتناع عن تطبيق القوانين الأجنبية بصفة مطلقة بل يجب عليها عند تنظيمها للعلاقات الخاصة الدولية أن تُفسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي".

4- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص: لم تبيّن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني أو تلك المقررة بمقتضى أحكام خاصة، القانون الواجب التطبيق في كل المسائل التي يمكن أن تثور على الصعيد الدولي. وبهذا المصدر، يمكن للقاضي إيجاد حلول خاصة بمسائل تنازع القوانين عند انعدام النص: فما هو القانون المختص مثلاً بشأن الخطبة أو بطلان الزواج أو الحضانة؟

ويقصد بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص "المبادئ الأكثر شيوعاً بين الدول" أو "جملة الحلول التي تُستخلص من الأصول الفنية لمادة التنازع مقرونة أحياناً باعتبارات سياسية"، كما يستعين القاضي في استخلاصها بالقانون المقارن، حيث أصبحت مادة التنازع محلاً لدراسات عالمية ساعدت في كشف أصولها الفنية وتوضيح معالمها والجوهري في ذلك أن يتخيّر القاضي من الحلول ما يتسق مع الأسس الفنية التي يقوم عليها تشريعه هو ومع الاتجاهات السياسية السائدة في دولته".

وحسب الفقه، لا يقف رجوع القاضي لهذا المصدر فقط عند الحالات التي لا يوجد بشأنها قاعدة تنازع من الأصل، وإنما يمكن أن يرجع إليه ليقيد حكماً عاماً أو ليورد استثناءات على مبدأ عام صاغه المشرع ولم يعد قادراً على مواجهة التطورات الحديثة للحياة الخاصة الدولية. من ذلك ما يجري عليه الفقه من إخراج عقد العمل الدولي من نطاق قانون الإرادة وإخضاعه لقانون دولة التنفيذ والرجوع لنظرية الأداء المُميّز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي لا يلائمها الإسناد الجامد الذي اعتمده القاضي في المادة 18 من القانون المدني.

ويمكن الاستعانة بهذه المبادئ لتفسير قواعد الإسناد. مثلاً عند تفسير المادة 18 من القانون المدني لتحديد معنى الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين والعقد، كذلك لتفسير المادة 20 من القانون المدني التي تُخضع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي، وذلك في الفرض حيث تتوزع عناصر الفعل ليكون الخطأ في دولة والضرر في دولة أخرى.

أكثر من ذلك، يمكن الرجوع إلى هذه المبادئ للكشف عن حكم موضوعي لا عن قاعدة إسناد.

وبلاحظ أن المادة 23 مكرر 2 لم تشترط أن تكون المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص شائعة أو مشتركة بين غالبية الدول، بحيث أصبحت الحلول الخاصة بتنازع القوانين التي تأخذ بها مستقرة وثابتة لديها، وهذا حتى لا يتم اللجوء إلى أكثر الحلول رواجاً دون النظر لأي اعتبار آخر.

5- القضاء والفقهاء: يقصد بالقضاء كمصدر لقواعد الإسناد الحلول التي قررتها أحكام المحاكم في دولة من الدول والتي تكشف عن موقفه الواضح بخصوص مسألة بعينها.

والأصل أن وظيفة القضاء هي تفسير قواعد الإسناد التي وضعها المشرع من أجل تحديد نطاقها وشرحها. ولكن عدم كفاية النصوص، يفتح المجال أمام القضاء لخلق قاعدة الإسناد.

أما الفقه فيقصد به فكر رجال القانون العاملين بالقانون الدولي الخاص وما يصدر عنهم من شروح وتفسير ومقارنات وتعليقات في مادة تنازع القوانين خاصة.

ويقدم الفقه الآراء التي تساعد القاضي في بلورة قواعد الإسناد. ولا ينكر أحد فضل الفقه في صياغة نظرية تنازع القوانين. وهو فقه عالمي وثرى، منه ما يقوم على مجهود فردي ومنه ما يستند إلى جهود المعاهد الدولية.

*إعمال قاعدة الإسناد : يتعين، نظراً للبنية الخاصة لقاعدة الإسناد، حلُّ بعض الصعوبات المتعلقة بتطبيقها، للوصول إلى تعيين القانون الواجب التطبيق. ويقتضي إعمال هذه القاعدة التحقق من تطبيقها (I) وتطبيق القانون المعين (II) بموجبها وتحديد مدلوله (III).

(I) - التحقق من تدخل قاعدة الإسناد: إذا دفع أحد الأطراف في الخصومة الدولية باختصاص القانون الأجنبي، بينما تمسك الآخر بتطبيق القانون الوطني، كان على القاضي اللجوء إلى قاعدة الإسناد لمعرفة أي القوانين سيحكم موضوع النزاع. ولكن إذا لم يتمسك أي من الخصمين بقانون أجنبي، أو إذا لم يظهر العنصر الأجنبي في العلاقة، إما لسبب عدم إعلانه من قبل الأطراف في عريضة الدعوى وإما لسبب آخر كأن يتفقا على عدم ذكر هذا العنصر، فهل يتعين على القاضي إثارة تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم؟ بعبارة أخرى، هل القاعدة من النظام العام؟

وبعد التأكد من تطبيق قاعدة الإسناد، يكون على القاضي تعيين القاعدة الكفيلة بحل مشكلة تنازع القوانين في المسألة المطروحة عليه. هذا ما يقتضي منه تعيين قاعدة الإسناد.

أخيراً، على القاضي أن يقف على الكيفية التي تقوم بها قاعدة التنازع بتعيين القانون المختص في ظل بعض الظروف (الواقعية أو القانونية) التي تعرقل تحققها المباشر. وعليه أيضاً أن يفصل في بعض

الصعوبات التي تعترض التطبيق المباشر لقاعدة الإسناد.

1- إثارة قاعدة الإسناد: عند طرح النزاع على القاضي الجزائري، فإن أول ما يُعرض عليه هو تطبيق قاعدة التنازع الموجودة في قانونه والتي وضعها مشرعه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي. فما هو دور القاضي تجاه هذه القاعدة وهل يتعين عليه تطبيقها من تلقاء نفسه أم أن ذلك يخضع لسلطته التقديرية؟

تظهر أهمية السؤال بصورة خاصة عندما يُعرض الخصوم عن التمسك بها، لعدم علمهم بها أو لتعمدهم عدم إثارتها لأنهم يقدرون أن مصلحتهم تتحقق في تطبيق قانون القاضي. فهل لمجرد اشتغال العلاقة على العنصر الأجنبي، الذي يستخلصه القاضي من ملف الدعوى دون أن يركّز الخصوم عليه ادعاءاتهم، يثير القاضي تطبيق قاعدة التنازع؟

تختلف الاتجاهات القضائية والفقهية بخصوص دور القاضي في إثارة تطبيق قاعدة الإسناد.

اتجاه أول: يقول بالتطبيق الإلزامي لقاعدة الإسناد

طبّق هذا الاتجاه القضاء الألماني متأثراً بالموقف الفقهي الذي يجعل الطبيعة الوطنية لقاعدة الإسناد هي التي تضيف صفة الإلزام على تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه. المشرع عندما سنّ قواعد الإسناد، إنما أراد أن يحلّ مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية عن طريق هذه القواعد. مما يستتبع وجوب تطبيق القاضي لها من تلقاء نفسه ودون حاجة لتمسك أطراف الدعوى بها.

اتجاه ثاني: يقول بالصفة الاختيارية لقاعدة الإسناد

وهو موقف القضاء الفرنسي في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 12/05/1959. حيث طبّق قضاة الموضوع القانون الفرنسي في قضية طلاق إسبانيين مقيمين في فرنسا، كما لو كان النزاع وطنياً، ودون أن يرجعوا لقاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الشخصي للزوجين، الذي كان يمنع الطلاق حينها. ولقد أكدت محكمة النقض قرار قضاة الموضوع بأن قواعد الإسناد الفرنسية ليست من النظام العام عندما تقضي بتطبيق قانون أجنبي وأن على الأطراف التمسك بتطبيقها ولا يُلزم قضاة الموضوع بإثارتها من تلقاء أنفسهم. وفي قرارها الصادر بتاريخ 02/03/1960 أجازت لقضاة الموضوع إثارة تطبيق قاعدة الإسناد، دون أن يصل الأمر بها إلى حدّ إجبارهم على ذلك.

يجسد أيضاً هذا الاتجاه القضاء الإنجليزي الذي يرفض منح الصفة الإلزامية لقواعد التنازع. ويستند موقفه إلى عدم وجود ضرورة أصلاً لتطبيق هذه القواعد، بسبب افتراض المطابقة التامة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي. فالمبدأ يقضي بتطبيق قانون القاضي مباشرة على النزاع، طالما أن القانونين متشابهين

ولا يمكن إذن إلا للخصوم (بصفتهم أصحاب المصلحة) التمسك بإثارة قاعدة الإسناد، إذا أثبتوا اختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام قانون القاضي.

اتجاه ثالث: تَمَتَّع قاعدة الإسناد بالصفة الاختيارية أو الإلزامية حسب نوع حقوق الخصوم وهو موقف القضاء الفرنسي الحديث. فبعد الانتقادات التي تعرَّض لها اجتهاده السابق، من حيث أنه يشجّع الخصوم على اللجوء إلى الغش نحو القانون المختص، بالامتناع عن إثارة تطبيق قاعدة الإسناد، إذا ما أرادوا عدم تطبيق هذا القانون المختص عليهم. كما أن اجتهاده السابق يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، سيكون أمر أعمال قاعدة الإسناد متروك لمشينة القضاة وأهوائهم. لهذا أصدرت محكمة النقض قرارين بتاريخ 1999/05/26. أعطت في القرار الأول الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد إذا تعلقت الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرف فيها (وهي مسائل الأسرة)، وهنا يتوجب على قضاة الموضوع أن يطبقوا من تلقاء أنفسهم القاعدة.

وحتى يثير القاضي قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه لا بد أن يظهر العنصر الأجنبي بشكل واضح في الدعوى. وغالبا ما يظهر في ملف الدعوى، من خلال تحديد جنسية الخصوم أو موطنهم. وهنا على القاضي أن يرتب النتائج على ذلك وأن يطبّق القاعدة.

ويترتب على الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد إذا تعلقت الدعوى بحقوق لا يجوز للخصوم التصرف فيها: - عندما تشير هذه القواعد لقانون أجنبي، يتوجب على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم تطبيقها.

- عدم أعمال هذه القواعد يستوجب الطعن أمام محكمة النقض.

- يجوز التمسك بهذه القواعد في أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، لتعلق المسألة بالقانون.

وفي القرار الثاني أعطت محكمة النقض الصفة الاختيارية لقواعد الإسناد عندما تتعلق الدعوى بحقوق يجوز التصرف فيها (وهي المسائل التعاقدية). وهنا يجوز للقاضي (ولكنه غير ملزم بذلك) إثارة هذه القواعد، إلا إذا اتفق الخصوم على خلاف ذلك. هنا لا يمكن أعمال قواعد التنازع ويتوجب تطبيق قانون القاضي.

رغم ذلك يبقى هذا الاجتهاد القضائي غير مقبول. كيف يُعقَل منع القاضي من تطبيق قاعدة الإسناد، لمجرد اتفاق الأطراف على ذلك. ثم إن اتفاق الأطراف يكون غالبا نتيجة جهلهم بإمكانية خضوع النزاع لقانون أجنبي. لذا يتعين إلزام القاضي بلفت انتباههم إلى اختصاص هذا القانون، دون ربط هذا الالتزام

بالدعاوى الماسة بحقوق لا يجوز التصرف فيها. وأخيرا ما هو المعيار المعتمد عليه في التمييز بين نوع الحقوق وطبقا لأي قانون سيتم تقرير طبيعة هذه الحقوق: أهو قانون القاضي أم القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد؟ إذا قلنا بالحل الثاني، ستتعدّ المسألة أكثر لأن على القاضي أن يرجع للقانون الأجنبي لمعرفة ما إذا كان للخصوم إعفاءه من تطبيقه أم لا. أما إذا قلنا بالحل الأول، سنرجع من جديد إلى قواعد الإسناد التي تقضي بتطبيق القانون الذي تشير إليه، سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي. أمام كل هذه الاتجاهات، كيف يمكن تقدير المسألة في القانون الدولي الخاص الجزائري؟ يمكن التأكيد، نظريا، على الطبيعة الإلزامية لقواعد الإسناد الجزائرية، مما يتعين على القاضي الجزائري تطبيقها تلقائيا بهدف تطبيق القانون الأنسب لحكم النزاع. وبعد هذا الهدف في ذاته من النظام العام، لأنه يحقق سياسة تشريعية معينة. ثم إن هذه القواعد هي قواعد قانونية وطنية، تتضمن بطبيعتها هذه معنى الإلزام وعلى القاضي تطبيقها في جميع الأحوال، مما ينزع كل سلطة للأطراف اتجاهاها، فلا يجوز لهم التنازل عن تطبيقها أو مخالفتها بالاتفاق على تطبيق قانون آخر غير الذي تعينه هذه القاعدة. وحتى لا تصبح هذه القواعد عديمة الجدوى، يمكن تبرير صفتها الإلزامية بما يأتي:

- يؤدي القول بأن تطبيق القاعدة يتوقف على إرادة الخصوم، إلى تعليق هذا التطبيق على تحقق شرط لم ينص عليه المشرع أصلا.

- أن تعليق أعمال القاعدة على إرادة الخصوم سيفتح المجال للتحايل على القانون. إذ يكفي أن يمتنع هؤلاء عن إثارة هذه القاعدة لكي يطبق القاضي قانونه. وهذا ما سيفعله في الغالب، لأن ذلك يجنبه البحث في مضمون القانون الأجنبي.

- يؤدي إخضاع تطبيق قاعدة الإسناد لمحض سلطة القاضي التقديرية، إلى التكرار لتقنية حل مشكلة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، التي يقوم عليها جوهر فلسفة هذا القانون. ونجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصا لا تنفي الصفة الإلزامية عن قواعد الإسناد. بحيث أن الفقرة الثانية من المادة 29⁴⁰ التي وردت تحت عنوان "سلطات القاضي"، لا تجعل تطبيق هذه القواعد مرهونا بإرادة الخصوم، وإنما يطبقها القاضي متى تعلقّت هذه القواعد بالنزاع المطروح عليه. وقواعد التنازع هي القواعد التي تخصّ النزاعات التي تثيرها العلاقات الخاصة الدولية.

⁴⁰ وتتص "يفصل [القاضي] في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه".

وبالنظر لوقائع النزاع وبيانات ملف الدعوى يستطيع القاضي إثارة تطبيق قاعدة الإسناد، ذلك ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة 26⁴¹ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وحتى وإن كان الأمر يتعلق برخصة، فإن الفقرة الأولى من المادة 27⁴² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعطي للقاضي سلطة دعوة الخصوم بأن يقدّموا التوضيحات التي تكشف عن ارتباط موضوع النزاع بنظام قانوني أجنبي، متى كانت هذه التوضيحات لازمة في حلّ النزاع، من حيث تعيين القانون المختص.

2- تعيين قاعدة الإسناد: بعد إثارة تطبيق قاعدة الإسناد، يكون على القاضي تحديد طبيعة النزاع المطروح عليه، لإدخاله في إحدى الأفكار المسندة المُعرّفة في قانونه. وهذه هي عملية التكييف، التي تقود إلى معرفة قاعدة التنازع ومن ثمّ تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي. ولعملية التكييف أهمية بصورة عامة في سائر فروع القانون. وتزداد هذه الأهمية بصفة خاصة في مجال تنازع القوانين، بالنظر إلى خصائص قواعد الإسناد التي لا تتضمن حلولاً للمسائل المطروحة أمام القاضي، بل تضع الحلول، من ناحية القانون المختص، لكل طائفة من المسائل التي يجمعها المشرع في فكرة مسندة واحدة. ولهذا يتعين على القاضي أن يعطي الوصف الدقيق للمسألة التي تثيرها العلاقة الخاصة الدولية، حتى يتسنى له إدخالها ضمن أحد الأفكار المسندة المنظّمة في قواعد الإسناد في قانونه. وقد يجد القاضي صعوبة وهو بصدد تحديد طبيعة المسائل القانونية محل النزاع، لأن تكييف هذه المسائل يختلف من دولة لأخرى، مما يعني اختلاف الحلول فيما بينها. مثلاً ماهي قاعدة الإسناد التي تحدد القانون المختص بشأن مسألة التقادم؟ إذ تعتبرها بعض التشريعات بأنها مسألة موضوعية ويحكمها بالتالي القانون الذي يحكم الحق موضوع التقادم؛ في حين تعتبرها تشريعات أخرى على أنها مسألة إجرائية وتخضع لقانون القاضي. وهذا الوضع، المسمّى تنازع التكييفات، يستدعي معرفة أيّ القوانين (قانون القاضي أم قانون القضية) يمكن على ضوءها تحديد طبيعة المسألة محل النزاع. في هذا الخصوص يختلف الفقه ويذهب في عدة اتجاهات.

الاتجاه الأول: إخضاع التكييف لقانون القاضي (من أنصاره الألماني KAHN والفرنسي BARTIN)

⁴¹ وتتص "يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التي أثّرت من طرف الخصوم ولم يؤسّسوا عليها إدعاءاتهم".

⁴² وتتص "يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصياً لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحلّ النزاع".

وفقا لهذا الاتجاه، يتبّع القاضي وهو بصدد إجراء التكييف أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها وأن مدلول الأفكار المسندة يتحدّد وفق ما ينص عليه قانونه. ومن بين الحجج التي تدعم إخضاع التكييف لقانون القاضي ما يلي:

- حجة قانونية ترتكز على أن التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد وهي قاعدة وطنية.
 - حجة عملية ومنطقية مفادها أن التكييف عملية أولية تسبق معرفة القانون المختص.
 - حجة ذات طابع نفسي تتعلق بتأثر القاضي بالمبادئ والمفاهيم السائدة في قانونه.
- ويبدو من نص المادة 9 من القانون المدني أن المشرع الجزائري يسير على هذا الاتجاه، بحيث يكون القانون الجزائري كقاعدة عامة هو المرجع في التكييف. وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالقانون الجزائري هنا ليس فقط القواعد المنصوص عليها في التشريع، بل القانون الجزائري في جملة ما يتضمنه من قواعد أي كان مصدرها. كما لا يتقيد القاضي بوضع النص في قانون معين أو في مكان معين من تقسيمات هذا القانون. والقول بإخضاع التكييف للقانون الجزائري لا يعني بالضرورة تطابق الفكرة الواردة في قاعدة الإسناد مع التصور السائد عن هذه الفكرة في القانون الداخلي. وذلك لاختلاف غاية قواعد القانون الداخلي عن قاعدة التنازع التي وضعت لمواجهة العلاقات الخاصة الدولية.
- هذا ولا يخضع التكييف، وفقا لهذا الاتجاه، لقانون القاضي على نحو مطلق، بل يوجد استثناءين هما:
- عدم خضوع التكييف اللاحق أو الثانوي لقانون القاضي: ويقابله التكييف الأولي أو الاختصاصي واللازم لإعمال قاعدة الإسناد وهو وحده الذي يخضع لقانون القاضي. أما التكييف اللاحق الذي يثور بعد تحديد القانون المختص، فإنه يتعين الرجوع بشأنه إلى القانون المختص. مثلا لو كيّف القاضي المسألة وفقا لقانونه وانتهى إلى أنها تدخل في شكل التصرفات القانونية التي تخضع لقانون بلد إبرام التصرف، فإنه يتعين عليه الرجوع إلى هذا القانون الأخير لتحديد شكل التصرف محل النزاع هل يعد من قبيل الشكل الرسمي أو العرفي.
- هذا ويمكن القول بأن المشرع الجزائري يأخذ بهذه التفرقة في إطار المادة 9 من القانون المدني، لأنها تتكلم عن التكييف اللازم لتحديد القانون الواجب التطبيق. فعبارة "...عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"، تُبيّن الحدود التي يقف عندها اختصاص القانون الجزائري في التكييف.

- يخضع وصف المال إن كان عقارا أو منقولا لقانون موقعه: وأساس هذا الاستثناء، هو فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات.

ولقد نصّ المشرع صراحة على هذا الاستثناء في الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون المدني. وُجّهت لهذا الاتجاه انتقادات من حيث أن خضوع التكييف لقانون القاضي يفترض تطابق في الغاية التي تسعى كلٌّ من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في القانون الداخلي إلى تحقيقها وهذا غير صحيح. ذلك أن الهدف من قواعد الإسناد هو الفصل في مشكلة تنازع القوانين ومن ثم لا يصح تفسير المفاهيم الواردة فيها على ضوء المفاهيم السائدة في القانون الداخلي، لاختلاف الغاية التي تسعى إليها.

ومن الانتقادات أيضا، أن هذا الاتجاه يجد صعوبة في القيام بالتكييف، عندما يواجه القاضي علاقة مجهولة عن قانونه، فكيف يتسنى له أن يرجع إلى قانونه، لكي يصف نظاما غريبا عن أحكامه!! أخيرا وفيما يخص الاستثناء المتعلق بوصف المال الذي قرره هذا الاتجاه، فإنه غير حقيقي في الكثير من الحالات. إذ لا يثار وصف المال إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد، أي في مرحلة تطبيق القانون المختص. فإذا تعلق الأمر بإعمال قاعدة التنازع التي تُخضع الحقوق العينية لقانون موقع المال، وجب على القاضي أن يرجع إلى قانونه لتكييف الحق محل النزاع والقول بأنه يعد من قبيل الحقوق العينية. فإذا ما أجرى القاضي التكييف الأولي على هذا النحو وتحدد له القانون المختص، فإن ما قد يثار بشأن تكييف المال إن كان عقارا أو منقولا بعد ذلك هو تكييف لاحق يخضع بالضرورة للقانون المختص وهو قانون الموقع. وعليه فإن تحديد وصف المال في هذه الحالة يعدّ تكييفا لاحقا وهو يخضع للقانون المختص وفقا لما يراه هذا الاتجاه.

لهذا حتى يكون مجال لتطبيق هذا الاستثناء، بحيث تتوقف معرفة القانون الواجب التطبيق ابتداء على تحديد وصف المال محل النزاع، أن توجد قاعدتي إسناد إحداهما فيما يخص تحديد القانون المختص بشأن المنقولات وأخرى في شأن القانون الواجب التطبيق على العقارات (كما هو الحال في المادة 18 من القانون المدني التي تميّز فيما يخص القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية التي تخضع كمبدأ عام لقانون الإرادة إذا كان محلها مال منقول، وتستثني المادة العقود التي يكون محلها عقار وتخضعها لقانون موقع العقار). هنا إعمال أيّ من قاعدتي الإسناد يتعين معه على القاضي أن يحدد أولا وصف المال محل النزاع، الذي يتم خروجا عن القاعدة العامة وفقا لقانون موقع المال.

لم تسلم من الانتقادات حتى هذه الحالة التي تعد استثناء حقيقي على إخضاع التكييف لقانون القاضي. ذلك أن الاعتبارات العملية المتعلقة باستقرار المعاملات في شأن الحقوق العينية والتي أملت وضع هذا الاستثناء لا تعتبر وحدها سببا كافيا للخروج على القاعدة العامة. فمادام تم التسليم بسلامة الأساس الذي يقوم عليه إخضاع التكييف الأولي لقانون القاضي، لم يعد مقبولا أن نفرّق بين حالة وأخرى.

الاتجاه الثاني: إخضاع التكييف لقانون القضية (من أنصاره الفرنسي DESPAGNET والألماني WOLFF والإيطالي PACCHIONI)

من الحجج التي استند عليها هذا الاتجاه للقول بإخضاع التكييف للقانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد ما يلي:

- يقتضي ثبوت الاختصاص لقانون معين بشأن فكرة مسندة معينة بالضرورة قبول التصوير الذي يعطيه ذلك القانون لتلك الفكرة. أي أن التطبيق السليم لأي قانون ينبغي أن يشمل ذلك القانون بما يتضمنه من تكييفات خاصة به.

- إن التكييف جزأ لا يتجزأ من القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع. ومن ثم فإن عدم الرجوع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع لتكييف المسألة، يعدُّ خرقاً لهذا القانون وتطبيقاً له في غير الحالات التي أراد المشرع تطبيقه فيها.

قوة هذا الاتجاه لم تصمد أمام الانتقادات التي وُجّهت إليه. ذلك أن التكييف أمر جوهري لتعيين القانون المختص، فكيف يُطلب هذا التكييف من قانون أجنبي، في حين أننا نجهل ما إذا كان هذا القانون سيُطبق أم لا!!

الاتجاه الثالث: إخضاع التكييف للقانون المقارن (الألماني RABEL)

دافع هذا الاتجاه على أن التكييف لا يخضع لقانون معين، بل يجب أن يتم وفقاً لمفاهيم مستقلة ومختلفة عن مفاهيم القانون الداخلي ولها مدلول عالمي بالرجوع إلى القانون المقارن. فالقاضي لا يتقيد بالمفاهيم السائدة في قانونه أو قانون دولة أخرى، بل عليه أن يستخدم مفاهيم ذاتية خاصة بالقانون الدولي الخاص، يتم استخلاصها من القانون المقارن. ولتحديد مضمون الفكرة المسندة، يستخلص القاضي مفهوم مطلق للفكرة عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة.

ومادامت قاعدة الإسناد وُجِدَت أساساً لمواجهة النزاعات التي تثيرها العلاقات الخاصة الدولية، وجب أن يتحدد مضمون الفكرة المسندة فيها على أساس عالمي يتماشى مع حاجة المعاملات الدولية التي وُضِعَت القاعدة من أجلها. وتتمثل ميزة هذا الاتجاه في كونه نَبّه إلى أهمية إتباع المنهج المقارن على الأقل لكي يمكن التوسع في مفهوم قانون القاضي نفسه استجابة للاعتبارات الدولية. فبهذا المنهج يمكن تفسير لماذا توسّع المشرع الجزائري في مفهوم الفكرة المسندة الواردة في الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني

وهي "انحلال الزواج والانفصال الجسماني"، مع أن قانون الأسرة الجزائري يجهل ما يسمى بالانفصال

الجسماني، أو في المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني التي تناولت فكريتي الكفالة والتبني، مع أن

المادة 46 من قانون الأسرة تمنع التبنّي. وبهذا التوسع سيكون للنظم الأجنبية مكان في القانون الوطني. إن مضمون الفكرة المسندة يتحدد أصلا وفق القانون الجزائري، ولكن يمكن الاستعانة بالقانون المقارن للتوسع في مفهوم الفكرة المسندة كما تصورها القانون الجزائري، حتى تستوعب العلاقات التي يجهلها هذا القانون بما يستجيب لحاجة المعاملات الدولية.

ومع ذلك انتقد هذا الاتجاه لصعوبة تطبيقه ووضع مفاهيم عالمية موحدة، لأن الطابع الوطني لقواعد القانون الدولي الخاص والتناظر الواضح بين النظم الوضعية المختلفة تقف عائقا أمام المشتغلين بالدراسات المقارنة. كما أن تأثرهم بالطابع الوطني لنظم الدول التي يتبعونها، يفسر الحلول المتعارضة التي يستخلصونها من دراساتهم المقارنة.

3- صعوبات ومعوّقات التطبيق المباشر لقاعدة الإسناد: قد يصطدم أحيانا تطبيق القانون المختص على النزاع المطروح ببعض العقبات. هذه الأخيرة تمنع التطبيق المباشر لقاعدة الإسناد، التي تُركّز العلاقة مكانيا في قانون الدولة التي ترتبط بها أكثر، عن طريق ظرف أو معيار الإسناد الذي يُجسّد صلاحية هذا القانون لحكم العلاقة، سواء كان هذا القانون قانون القاضي أو قانون أجنبي. وتتمثل هذه العقبات فيما يلي:

تعدّد أو عدم تحقّق ضابط الإسناد: قد تبيّن وقائع النزاع أن ضابط الإسناد لا يسمح بتركيز العلاقة في نظام قانوني معين، وذلك إما لتخلّف هذا الضابط وإما لتعدده، بحيث يتحقق في نفس الوقت في أكثر من دولة. وفي مثل هذه الحالات، يتعين على القاضي تفسير قاعدة الإسناد.

بالنسبة لحالة عدم تحقّق ضابط الإسناد: هنا يتعين على القاضي البحث عن ضابط إسناد احتياطي، يمكن أن تتحقق معه غاية قاعدة الإسناد، إلا إذا كانت هذه الأخيرة تتضمن في ذاتها احتمال عدم تحقق الضابط الأصلي وتحدد في ذات الوقت الضابط الاحتياطي.

هذا الطرح نجده عند تحديد القانون الوطني لشخص عديم الجنسية في المسائل المتعلقة بحالته الشخصية. هنا تكفلت الفقرة الأخيرة من المادة 22 من القانون المدني بإيجاد ضابط الإسناد الاحتياطي وهو الموطن أو محل الإقامة.

أيضا، نجد في قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية (المادة 18 من القانون المدني) ضابط إسناد أصلي يتمثل في إرادة المتعاقدين؛ وفي حالة عدم قيام الأطراف باختيار القانون الذي يخضع له العقد أو اختيارهم قانون ليس له صلة حقيقية بهما أو بالعقد، يرجع القاضي على التوالي إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية التالية: موطن المتعاقدين المشترك أو جنسيتهما المشتركة أو مكان إبرام العقد.

في إطار المادة 20 من القانون المدني التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بالاعتماد على ضابط مكان وقوع الفعل الضار. فإذا تعلقت وقائع النزاع بتصادم بين سفن وقع في أعالي البحار؛ فإن القول بتطبيق القانون المحلي على المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري يخلو من أي معنى، مادام أنه لا يوجد في أعالي البحار قانون دولة معينة. وبالتالي يتخلف ضابط الإسناد الأصلي، وعلى القاضي البحث هنا عن ضابط احتياطي للكشف عن القانون الواجب التطبيق.

وبالرجوع إلى الفقه المقارن، نجد فيه من يذهب إلى القول بوجوب تطبيق قانون القاضي على أساس ما له من اختصاص احتياطي بحكم النزاع، شريطة عدم وجود قانون آخر أكثر ملائمة لحكم النزاع. وهناك من يتجه إلى تطبيق قانون العلم مع اختلاف حول ما إذا كان المقصود في هذا الصدد هو تطبيق قانون علم السفينة التي ارتكبت الخطأ أو السفينة التي لحق بها الضرر أم أن المقصود هو تطبيق كل من القانونين تطبيقاً جامعاً أو موزعاً، أو تحويل المتضرر حق اختيار القانون الأكثر اتفاقاً مع مصالحه.

بالنسبة لحالة ضابط الإسناد المتعدد: ويكون هذا التعدد في أكثر من مكان. هذا هو الوضع الذي يطرحه البحث عن القانون المختص لحكم الحالة الشخصية لشخص مزدوج الجنسية. وهو حسب المادة 1/22 و2 من القانون المدني الجزائري، إذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة التي يحملها الفرد متعدد الجنسيات؛ وقانون الجنسية الحقيقية، إذا كانت كل الجنسيات المتنازعة أجنبية.

أيضاً يتحقق التعدد ويصعب تطبيق القانون المحلي الذي تشير إليه المادة 20 من القانون المدني، عندما تفرق عناصر الفعل المنشئ للالتزام غير التعاقدية في أكثر من دولة، بحيث يقع الخطأ في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى. كما لو تمّ تقليد علامة تجارية في دولة وبيعت البضائع التي تحمل هذه العلامة في دولة أخرى.

بعض الفقه من يقول بتطبيق القانون الساري في مكان وقوع الخطأ، وذلك لتعلق المسؤولية التقصيرية بالأمن المدني وبالتالي العبرة بمحل وقوع الخطأ. ومن المبررات أيضاً، أن القانون السائد في هذا المكان هو الذي تمت مخالفته، فيتعين إذن تطبيقه.

وعلى العكس، يعتبر جانب آخر من الفقه أن نظام المسؤولية المدنية يهدف إلى حماية المتضرر وتعويضه، وعليه يتعين تطبيق قانون محل تحقق الضرر. فالضرر هو العنصر الجوهرية في المسؤولية وفي هذا المكان يتحقق الإخلال بالتوازن بين المصالح التي يهدف القانون إلى حمايتها. كما أن تركيز العلاقات في إطار القانون الدولي الخاص لا يتأتى إلا بالنظر إلى العناصر المادية للعلاقة، ومؤدى ذلك بالنسبة للمسؤولية هو ضرورة تركيزها في المكان الذي تحقق فيه الضرر.

ومع ذلك يوجد اتجاه ثالث يرفض التطبيق المطلق لقانون محل وقوع الخطأ أو قانون مكان تحقق الضرر، لصعوبة تفضيل أيّ من عنصري المسؤولية. ولهذا يرى هذا الاتجاه تطبيق قانون محل وقوع الخطأ وقانون مكان تحقق الضرر تطبيقاً موزعاً، بحيث ينطبق الأول على شروط المسؤولية؛ بينما يجب الرجوع إلى الثاني في شأن التحقق من وجود الضرر وكيفية تعويضه. ولكن من شأن التطبيق الموزع أن يؤدي إلى تجزئة الأحكام الواجبة التطبيق في شأن المسؤولية، مع ما يؤدي ذلك من صعوبات عملية. لهذا يفضل هذا الاتجاه تطبيق القانونين تطبيقاً جامعاً، بحيث يتعين أن تتوافر الشروط التي يتطلبها كل من القانونين حتى يمكن تقرير المسؤولية. ولكنه رأي منتقد، لأنه يؤدي في النهاية إلى تطبيق أحكام القانون الأكثر تشدداً.

ولهذا يفضل جانب من الفقه الحديث، أن يقع التفضيل بين قانون مكان وقوع الخطأ وقانون محل تحقق الضرر، على أساس معيار يراعى فيه تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة لكل من المسئول والمتضرر. إذ تستلزم مراعاة مصلحة المسئول تطبيق قانون مكان وقوع الخطأ، ولا يمكن اعتباره مسئولاً عن فعل يعدّ مشروعاً في مكان ارتكابه. وتقتضي مراعاة مصلحة المتضرر تطبيق قانون المكان الذي تحقق فيه الضرر، حيث لا يمكن حرمانه من حقه في التعويض المقرر له في قانون مكان وقوع الضرر بدعوى أن قانون مكان وقوع الخطأ لا يخوّله هذا الحق، أو يمنحه قدراً من التعويض يقل عن القدر المقرر في المكان الذي تحقق فيه الضرر.

لهذا يقتضي تحقيق التوازن بين مصلحة الطرفين، تمكين المتضرر من اختيار القانون الذي يمنحه الحق في التعويض عمّا أصابه من ضرر بالقدر والشروط الأكثر ملاءمة لمصالحه، سواء كان قانون محل وقوع الخطأ أو مكان حدوث الضرر، وبشرط أن يعتبر الفعل في هذه الحالة الأخيرة غير مشروع أيضاً وفقاً لقانون الدولة التي ارتكب فيها. يصل هذا الرأي إذن إلى تطبيق القانون الأصلح للمتضرر مع ضرورة الرجوع إلى قانون محل وقوع الفعل الذي ترتب عليه الضرر للفصل في مدى مشروعية هذا الفعل وما إذا كان يستوجب المسؤولية من عدمه. وهذا ما تنص عليه المادة 20 من القانون المدني التي توجب الرجوع إلى القانون الجزائري لتقدير مدى مشروعية الفعل المرتكب. مما يعني أن يكون الفعل الموجب للمسؤولية غير مشروع وفقاً لكل من قانون المكان الذي ارتكب فيه والقانون الجزائري، بالإضافة إلى القانون الذي اختاره المتضرر، فيما لو كان مختلفاً عن أيّ من القانونين السابقين.

ولقد حوّل القضاء الألماني المتضرر حق اختيار قانون مكان وقوع الخطأ أو قانون محل تحقق الضرر. وظاهر أن هذا القضاء يفضل مصلحة المتضرر لا المسئول، ومع ذلك فإنه بتحويله المتضرر حق

اختيار القانون الأصلح له، فإنه تفادى الصعوبة التي يقع فيها القاضي فيما لو قام هو بهذا بالاختيار. ذلك أن المتضرر قد لا يختار قانون محل وقوع الضرر، رغم التعويض الأعلى الذي يمنحه هذا القانون مقارنة مع قانون مكان وقوع الخطأ، ويفضّل هذا القانون الأخير لأنه يعفيه من عبء إثبات الخطأ. فعملية الاختيار لا يستطيع تقديرها إلا المتضرر ذاته. فهو الذي يعرف ما يتوافر لديه من أدلة إثبات قيام الخطأ وما إذا كان من مصلحته بناء على ذلك أن يطالب بالتعويض الأكبر الذي يقرره له قانون محل تحقق الضرر مع تحمله لعبء إثبات الخطأ. أم أنه يرضى بالتعويض الأقل المقرر في قانون دولة وقوع الخطأ، في مقابل استفادته من افتراض القانون لخطأ خصمه وإعفائه بالتالي من الإثبات.

التعديل الذي يمسُّ العلاقة ذاتها : ويكون هذا التعديل عندما تعتمد قاعدة الإسناد على ظروف إسناد مستمرة (أي تتحقق لفترة غير محدودة في الزمان وهي الجنسية، الموطن وموقع المال المنقول) قابلة للانتقال وما تؤدي إليه من تعاقب قانونين لحكم موضوع واحد. أي أن التغيير الواقعي لهذه الظروف، يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة التنازع. هذه هي حالة تَعاقُب قانونين لحكم موضوع واحد (عنصر زمني)، التي تستدعي توزيع الاختصاص بينهما، والقانونين المتعاقبين صادرين عن مشرّعين مختلفين (عنصر مكاني).

فقد يحدث أن يغيّر الشخص جنسيته، فهل تخضع حالته الشخصية لقانون الجنسية السابق أم قانون جنسيته الحالية؟ وقد ينتقل المال المنقول من إقليم دولة إلى آخر، فهل يخضع الحق العيني لقانون الموقع القديم أم الجديد؟ هنا تتحلل العلاقة القانونية إلى أوضاع قانونية مستمرة أو دائمة، ولتحديد النظام القانوني الذي تخضع له، يتعين البحث فيما إذا كان من شأن التعديل الذي مسّها، أن يؤدي إلى مركز دائم أو أنه تمّ لمجرد إثارة تطبيق قانون معين. أي أنه في حالة التعديل الحقيقي تُطبّق أحكام التنازع المتحرك؛ وفي حالة التعديل المصطنع يتم إثارة الدفع بالغش نحو القانون.

في حالة **التعديل الحقيقي**: إذا أخذنا المثال التالي: مال منقول كان موجودا في تونس، حيث كان خاضعا لنظام قانوني يجعله غير قابل للتصرف فيه؛ وبعد ذلك تمّ نقل هذا المنقول إلى الجزائر، حيث يعتبر في ظل القانون الجزائري من قبيل الأموال التي يجوز التصرف فيها بكافة أنواع التصرف الجائزة. نلاحظ في هذه العلاقة تغيير موقع المنقول وهو ظرف الإسناد الذي تستعمله المادة 17 من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق، ولكن المنقول محل النزاع خضع على وجه التتابع لقانونين مختلفين: القانون التونسي باعتباره قانون الموقع القديم؛ والقانون الجزائري باعتباره قانون الموقع الجديد. فهل يطبق القاضي

القانون الذي نشأت في ظلّه الرابطة القانونية (أي القانون القديم)، أم يطبق القانون الذي أصبحت الرابطة القانونية تتصل به بعد تغيير ضابط الإسناد (أي القانون الجديد)؟

يجسد هذا المثال التنازع المتحرك الذي يثور عندما تستعمل قاعدة الإسناد ظروف إسناد مستمرة، يمكن أن يحدث بموجبها تغيير في العلاقة القانونية خلال الفترة الممتدة من تاريخ نشأتها إلى تاريخ عرض النزاع بشأنها. هذا ويمكن تعريف التنازع المتحرك بأنه "التنازع الانتقالي الناشئ عن تغيير ظرف الإسناد والبحث عن القانون الذي تتصل به العلاقة القانونية اتصالاً حقيقياً" أو "التزاحم القائم، في نظر قانون القاضي، بين نظامين قانونيين مختلفين حول رابطة قانونية تخضع لهما على وجه التتابع، نتيجة تغيير إرادي طرأ على ظرف الإسناد في الرابطة المذكورة". ومن التعريفين السابقين تظهر عناصر هذا التنازع:

- يقوم التنازع المتحرك على إثر تغيير ضابط أو ظرف الإسناد المستمر⁴³، بحيث التغيير الذي يطرأ على هذا الضابط يجعل القاضي متردداً بين قانونين متعاقبين.

- يكتسي التغيير الذي يلحق ضابط الإسناد في مختلف صور التنازع المتحرك طابعاً إرادياً.
- نتيجة هذا التغيير هو خضوع العلاقة القانونية على وجه التتابع لقانونين مختلفين: أحدهما القانون الذي نشأت في ظلّه العلاقة؛ والآخر القانون الذي أصبحت الرابطة خاضعة له.

ولقد أثار حلّ التنازع المتحرك خلافاً شديداً في الفقه، بحيث يمكن التمييز بين الاتجاهات التالية:

الاتجاه الأول: إعمال مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة (من أنصاره الفرنسي (PILLET)

يتعلق الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة بتحديد آثار الحق بعد اكتسابه بشكل صحيح خارج الدولة التي نشأ فيها. ويقتضي هذا الاحترام، إخضاع الحق في تكوينه وآثاره إلى القانون الذي تكوّن في ظلّه. أي

⁴³ يشترط الفقه لقيام التنازع المتحرك أن لا يكون ظرف الإسناد مركزاً من الناحية الزمنية بمقتضى بعض الأصول الفنية. إذ بتركيز ظرف الإسناد مقدماً يتحدد القانون المختص بصفة قطعية، فتخضع له العلاقة القانونية منذ نشأتها إلى انقضاءها دون احتمال انتقالها إلى نطاق تطبيق قانون آخر.

مثلاً: تأخذ قاعدة التنازع في الميراث بقانون جنسية المتوفى. هنا قانون جنسية المتوفى يتحدد بوقت الوفاة بداهة، لأنه الوقت الذي تتحقق فيه فكرة الميراث وتتنطبق على الشخص صفة المورث. فإن كانت لديه جنسية سابقة، لا ينشأ تنازع بين قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية وقت الوفاة، لأن صفة المورث لم تثبت أصلاً في ظل قانون الجنسية السابقة وبالتالي لا تخضع حالة الميراث لقانونين على التوالي على إثر انتقال ضابط الإسناد.

وفي مثال آخر: تأخذ قاعدة الإسناد في أهلية إبرام التصرفات بقانون جنسية المتعاقد. هنا قانون جنسية المتعاقد يتحدد بوقت التعاقد بداهة. وعليه لا ينشأ عن تغيير الجنسية بعد التعاقد تنازع متحرك في شأن صحة العقد السابق إبرامه وإن أمكن أن يعرض هذا التنازع بالنسبة للأهلية ذاتها كصفة قانونية للشخص.

يتعين في حالة التنازع المتحرك، احترام الحقوق التي اكتسبت في ظل قانون الجنسية السابقة أو قانون الموقع القديم.

الاتجاه الثاني: التطبيق الفوري للقانون الجديد (من أنصاره الفرنسيان LEREBOURS-PIGEONNIERE & BATIFFOL)

ينطلق هذا الاتجاه من قياس التنازع المتحرك على التنازع الانتقالي المعروف في القانون الداخلي، ليصل إلى مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد بالنسبة للآثار المستقبلية الناجمة عن علاقة نشأت تحت ولاية قانون دولة أخرى. فحسب هذا الاتجاه، تخضع حالة وأهلية الأشخاص وانتقال الأموال المنقولة لقانون البلد المختص حالياً. أما الدولة التي فقدت هذا الاختصاص فإنها لم تعد تتمتع بأي حق للتحكم بنتائج علاقة لم تعد تحت سلطتها. أي أن القانون القديم يبقى مختصاً بالنسبة لصحة تكوّن العلاقة وآثارها المتحققة؛ بينما يسري القانون الجديد على الآثار التي لم تتحقق بعد أو الأوضاع الجديدة التي قد تنشأ.

الاتجاه الثالث: يكتسي التنازع المتحرك صفة دولية ويتطلب حلول دولية ملائمة له (ومن أنصاره المصري محمد كمال فهمي الذي يعتبر أن حل التنازع المتحرك يأتي من تفسير قاعدة الإسناد والبلجيكيان RIGAUX & GRAULICH واعتبرا أن معالجة التنازع المتحرك تكون بمراعاة غاية قاعدة الإسناد) بالنسبة لمحمد كمال فهمي، لن يجد القاضي صعوبة في الحالة التي تقوم فيها قاعدة الإسناد بتحديد اللحظة التي يتعين الاعتداد بها في تقدير ظرف الإسناد. حيث تقتصر مهمة القاضي على تطبيق القانون المختص من ناحية المكان ومن ناحية الزمان.

إذا لم تتضمن قاعدة الإسناد تحديداً زمنياً معيناً، وجب على القاضي تفسير قاعدة الإسناد وعليه أن يستوحي بعض الاعتبارات الفنية في حلّ التنازع المتحرك حتى يتمكن على أساسها من تفضيل أحد القانونين المتزاحمين على الآخر. وعليه أيضاً أن يعتدّ باعتبارات الملائمة التي تصدر عنها قاعدة الإسناد، لأنه إذ يقوم بحلّ التنازع المتحرك إنما يقوم في واقع الأمر بتحديد مدلول تلك القاعدة.

فمثلاً يتم العمل في الأهلية بقانون الجنسية الحالي، استناداً إلى اعتبارات تتعلق في آن واحد بالجانب التقني وبجانب الملائمة. ففيما يخص الوجهة التقنية، فإن الأهلية مؤسسة قانونية يوضع فيها الفرد بإرادة المشرع. أي أنها مركز قانوني ينشأ بصفة مباشرة بمقتضى القانون. ومن ثمّ فإن هذا المركز لا يمكن أن يظل قائماً، إلا إذا ظلّ الفرد خاضعاً للقانون الذي أنشأ المركز المذكور. وعليه، لا يمكن تصور شخص يظل محتفظاً بمركز قانوني محدد بموجب قانون الأهلية القديم الذي لم يعد خاضعاً له.

أما فيما يتعلق باعتبارات الملائمة، فمن الواضح أن تغيير الأهلية يمس بمصلحة الفرد الذي يتعلق الأمر بأهليته، كما أنه يمس بمصالح الغير. وعندما نرجّح قانون الأهلية الحالي، فإن مصلحة الفرد الذي تغيرت أهليته لن تتعرض لأي خطر. إذ لا شيء يدل على أن قانون الأهلية القديم يظل دوما حاميا للمصلحة المذكورة، وبالفعل تتضمن كل التشريعات أحكاما حمائية بالنسبة للقصر، والقاصر الذي يغير حالته الشخصية، يظل دوما خاضعا للحماية، إذا كان قانون أحواله الشخصية يقرر الحماية. وبالنسبة للفقهاء البلجيكي يطرح التنازع المتحرك تنازعا مكانيا بين قوانين مختلفة تنتمي إلى سيادات مختلفة. ولحل التنازع يقتضي التوفيق بين القوانين والتضحية بأحدها لمصلحة الآخر. وينبغي أن يترك القانون القديم مجاله لمصلحة القانون الجديد. وتبرير ذلك يختلف بين كون التنازع المتحرك متعلق بالحالة الشخصية أو بالحالة العينية.

ففي التنازع المتحرك في الحالة الشخصية، يتم التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجنسية الجديدة استنادا إلى إرادة الشخص في الاندماج في مجتمع جنسيته الجديدة. أما في التنازع المتحرك في الحالة العينية، يتم التطبيق الفوري والمباشر لقانون موقع المال المنقول الجديد استنادا إلى المقصود بقانون الموقع هو الموقع الذي يوجد فيه المال فعلا.

الاتجاه الرابع: إضافة عنصر زمني لقواعد الإسناد التي تعتمد على ضوابط إسناد مستمرة (من أنصاره الفرنسي BARTIN)

يذهب هذا الاتجاه إلى عدم التقيد، في نطاق التنازع المتحرك، بمعايير عامة تُحدّد مسبقا، بل يتعين النظر في كل حالة على حدة، قصد اختيار أنسب الحلول لحكم العلاقة القانونية. ويجب أن يتحدّد القانون المختص في الزمان كما يتحدّد في المكان. فإذا قضت قاعدة الإسناد أن الطلاق يخضع لقانون جنسية الزوج، فإن جنسية الزوج هي التي تُحدّد القانون المختص من حيث المكان. على أنه إذا غير الزوج جنسيته، فما هو قانون الجنسية المقصود: أهو قانون جنسيته في وقت الزواج أو في وقت رفع الدعوى أو في وقت الحكم فيها؟ في هذه الحالة، يتوقف حلّ التنازع المتحرك على تحديد الوقت الذي يجب أن يؤخذ فيه ظرف الإسناد بعين الاعتبار. ويُراعى عند تحديد هذا الوقت، أن يكون من شأنه تأمين أكبر قدر ممكن من الاستقرار للمعاملات. ومتى عُرفَ هذا القانون الذي يؤمّن هذا الهدف، يستمر هذا القانون في حكم العلاقة منذ نشوئها حتى انقضائها، دون أن يؤثر في ذلك أيّ تغيير محتمل في ظرف الإسناد.

هكذا طبّق هذا الاتجاه فكرته على مختلف حالات التنازع المتحرك:

القانون المختص من حيث الزمان بالنسبة للزواج هو وقت انعقاد الزواج؛

القانون المختص من الناحية الزمنية بالنسبة للنسب هو تاريخ ولادة الطفل في تحديد القانون المختص بحكم النسب الشرعي من الأب أو الأم؛ أما القانون الذي يحكم النسب الطبيعي من الأب فإنه يتحدد بوقت رفع الدعوى؛

اللحظة الزمنية التي تسمح تحديد القانون المختص بالنسبة للأهلية هي وقت التعاقد؛ القانون المختص من حيث الزمان بالنسبة للأحوال العينية هو وقت اكتساب الحق العيني على المنقول. فمتى نشأ الحق العيني على المنقول صحيحا وفقا لأحكام قانون الموقع المعاصر لاكتساب الحق العيني، يبقى الحق نافذا ولو تغير موقع المنقول بعد ذلك. وظاهر أن فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية هي التي أملت اختيار هذه اللحظة.

ويبدو أن المشرع الجزائري اعتمد على هذا الاتجاه، لأنه أضاف لأغلب قواعد الإسناد التي تعتمد على ضوابط إسناد مستمرة (المواد 12، 13، 13 مكرر، 13 مكرر، 1، 16، 17، 17 مكرر) عنصرا زمنيا، يسمح للقاضي مواجهة التنازع المتحرك. ومع ذلك لم يبين المشرع حل التنازع المتحرك في كل قواعد الإسناد التي تعتمد مثل هذه الضوابط (المواد 10، 11، 14 و15).

أما في حالة **التعديل المصطنع**: ولتوضيحه نأخذ المثال التالي (وهو في الحقيقة اجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18/03/1878): أرادت سيدة بلجيكية تزوجت مع فرنسي واكتسبت تبعاً لذلك الجنسية الفرنسية حلّ زواجها عندما كان القانون الفرنسي يمنع الطلاق، فاكتملت الجنسية الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق. وبالفعل طلقت من زوجها الأول وتزوجت مباشرة مع شخص آخر وعادت للإقامة في فرنسا. أمام القضاء الفرنسي، تقدم الزوج الأول بدعوى لإبطال الزواج الثاني، مستندا إلى أحكام القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسيتها المشتركة وهو يمنع الطلاق. فأجابته القضاء الفرنسي إلى طلبه، على أساس أن الزوجة لم تغير جنسيتها إلا بقصد التحايل على القانون الفرنسي وتوصل إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني بوجه الزوج الأول، الذي يبقى زواجه قائما.

يظهر من خلال المثال، أن تغيير ضابط الإسناد لم يكن مقصودا بذاته، وإنما تم بقصد التهرب من أحكام قانون الجنسية المختص أصلا بحكم العلاقة، بحيث يصبح الشخص وبشكل مصطنع خاضعا لسلطة قانون آخر يتوافق أكثر مع مصالحه. وهذا هو الغش نحو القانون الذي يؤخذ به استنادا إلى نص المادة 24 من القانون المدني التي تنص: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ويمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه تغيير إرادي لضابط الإسناد، يتم بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر يسمح بتحقيق الغاية التي حصل التغيير بسببها. ويظهر من هذا التعريف، أنه يُسْتَرَطَّ لَتَحَقُّقِ الغش نحو القانون توفر العنصرين التاليين:

العنصر الأول: العنصر المادي (التغيير الإرادي لضابط الإسناد)

يحصل الغش نحو القانون نتيجة لتصرف مقصود يتمثل بتغيير ضابط الإسناد، كتغيير الجنسية، المواطن وموقع المنقول، بما يستتبع تغيير القانون الواجب التطبيق.

هناك مجال لإثارة الغش نحو القانون في إطار المادة 17 من القانون المدني التي تُخْضِعُ المنقول لقانون الدولة التي يتواجد فيها وقت تَحَقُّقِ السبب الذي تَرْتَبُ عليه كَسْبُ الملكية أو الحيازة أو فقدها. فيكفي لحائز المنقول سيئ النية، أن يقوم بنقله إلى دولة تقرر مدة قصيرة للتقدم المكسب ليصبح مالكا له بانقضاء هذه المدة، ثم يعيد المنقول إلى الجزائر مستفيدا من التقدم القصير المطبَّق على حيازة المنقول في البلد الذي انتقل إليه.

ولكن هل يجوز الدفع بالغش نحو القانون فيما يخص العقود الدولية، بالنظر للدور الأساسي الذي يلعبه ضابط الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم هذه العقود وفقا للمادة 18 من القانون المدني؟ صحيح أن إرادة المتعاقدين هي التي تختار القانون الواجب التطبيق، ومن ثم يصعب القول بوجود الغش. ولكن اختيار هذا القانون مشروط، كما تقول المادة، بوجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين. لذلك لا يُعْتَدُ بقانون الإرادة، كلما انتفت هذه الصلة الحقيقية.

هذا وفي حالة عدم قيام المتعاقدين باختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، يتولَّى القاضي تحديده وفقا للضوابط الاحتياطية وبحسب التسلسل الذي ورد بالمادة 18. وهو ما يدفع للقول بأن تنوع الخيارات المتاحة للمتعاقدين، يجعل من الصعوبة بمكان تصور حاجتهم إلى التلاعب بضوابط الإسناد بهدف تغيير القانون الواجب التطبيق.

ومع ذلك حتى وإن كان هناك تعارض بين قبول الغش نحو القانون في العقود الدولية وأن الإرادة التعاقدية هي التي تتدخل في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، يبقى ممكنا القول بوجود التحايل عندما يقوم المتعاقدان باصطناع العنصر الأجنبي حتى يعطوا لاتفاقهم وصف العقد الدولي ومن ثمة تكون لهم إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق. ولكن حتى هنا يمكن إثبات صورية العنصر الأجنبي أو أعمال قوانين الشرطة والأمن.

والتغيير الإرادي لضابط الإسناد الذي يعتد به في الغش نحو القانون هو التغيير الحقيقي؛ وأيضا هو التغيير الذي يتم بطريقة مشروعة. وبالتالي، لا يكون هناك مجال لإثارة الدفع بالغش نحو القانون، إذا كان هذا التغيير صوري أو وقع بوسيلة غير مشروعة. فلا يمكن إعمال الغش، إلا إذا تعذر الحصول على جزء آخر، لأن الغش نحو القانون ليس سوى وسيلة احتياطية؛ بينما الوسيلة غير المشروعة أو الصورية لها جزاؤها الخاص في القانون، وعندها يكفي فقط إثبات عدم مشروعية هذه الوسيلة أو صوريته.

العنصر الثاني: العنصر المعنوي (نية الغش)

يهدف التغيير في ضابط الإسناد إلى تحقيق أمر محدد وهو تجنب القانون الواجب التطبيق حسبما تشير إليه قاعدة الإسناد، لو لم يتم هذا التغيير. ولا يخفى بأن إثبات نية الغش ليس بالأمر السهل، لتعلقها بالبواعث النفسية والباطنية التي يصعب على القاضي التحقق منها. والواقع أن القاضي يستخلص نية الغش، بالرجوع إلى ظروف القضية وملابساتها، بحيث يمكنه الكشف عن هذه النية، من خلال القرائن التالية:

- حالة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالعمل المراد إخضاعه للقانون الجديد، هربا من أحكام القانون المختص أصلا. فمثلا تستنتج نية الغش بشكل كاف من واقعة الطلاق الحاصل فورا بعد اكتساب الجنسية الجديدة وعدم الإقامة مطلقا في بلد الجنسية.

- أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد جلبهم لأغراض اقتصادية مثلا. كما لو كان القانون يسمح بالطلاق لأي سبب كان، ولو كان قانون جنسية الأفراد لا يسمح بذلك ويغض النظر عن كون طالب الطلاق مقيما بإقليم هذه الدولة أم لا.

أما من ناحية الجزاء المترتب عن الغش نحو القانون، فيبدو أن المادة 24 من القانون المدني لا تسمح بتطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقا للضابط المصطنع، وهو ما يفترض حتما -حتى وإن كانت هذه المادة لا تبين ذلك كما فعلت بالنسبة للدفع بالنظام العام- إعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الشخص التهرب من أحكامه، لأنه القانون المختص في الأصل.

هذا الجزاء المترتب عن الغش الذي قد يتقرر وفقا للقانون المختص أساسا أو وفقا لأثر مباشر يترتب عن الغش في ذاته وهو عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش أو بتعبير آخر عدم سريان آثاره في دولة القاضي. وبما أن توقيع الجزاء في هذه الحالة يقتضي حرمان المتحايل من المنفعة التي رُمى إلى تحقيقها لا أكثر ولا أقل، ثار التساؤل حول أثر الغش، هل هو عدم نفاذ التصرف الذي قام به الغاش (أي النتيجة

التي أراد تحقيقها هرباً من أحكام القانون المختص أصلاً)، أم يمتد ليشمل فوق ذلك الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد (أي الوسيلة التي لجأ إليها الغاش لبلوغ النتيجة غير المشروعة التي قصدتها)؟ نلاحظ أنه في حالة تغيير الجنسية الحاصل احتيالياً بهدف الحصول على الطلاق، ذهب الاجتهاد القضائي المذكور أعلاه إلى إعلان عدم سريان الطلاق والزواج الثاني في فرنسا. بمعنى يقتصر أثر الدفع بالغش نحو القانون على النتيجة التي قصدتها الزوجة ولا يمتد ليشمل أيضاً الوسيلة المستعملة وهي التجسس بالجنسية الألمانية. إذ ليس للقاضي الفرنسي أن يتعرض لتغيير الجنسية الحاصل في الخارج بصورة قانونية. لأن القول بخلاف ذلك، يعني إعطاء القاضي إمكانية تقرير إبطال قرار التجسس والتعرض لسيادة الدولة التي منحت جنسيتها، مع أنه في هذا المجال، يسود مبدأ الاختصاص القاصر للدول في مسائل الجنسية وأن لكل دولة مطلق الحرية في تحديد شروط اكتساب جنسيتها.

وترتيباً على ذلك يبقى تغيير الجنسية قائماً ويخضع الشخص مستقبلاً في أحواله الشخصية لقانون جنسيته الجديدة في كل تصرف خال من التحايل على القانون المختص أساساً لحكم العلاقة. وبعبارة أخرى، يقتصر أثر الغش على عدم الاحتجاج بالنتيجة المحققة، ولا يشمل بقية الآثار المتعلقة مثلاً بالأهلية أو مسائل الأحوال الشخصية الأخرى التي تترتب على الوسيلة المستعملة.

وبالمثل، إذا غير الشخص موقع المنقول تهرباً من القانون الواجب التطبيق عليه في قانون الموقع الأول، فإن الغاية غير المشروعة هي وحدها التي تكون عديمة الأثر أو تطبيق قانون الموقع الأول الذي كان مختصاً أصلاً بحكم النزاع. أما ما ينجر من أضرار بسبب نقل المنقول كأن يتلف أو يسبب ضرراً للغير في البلد الذي انتقل إليه، فهنا لا يمكن إنكار الحالة الواقعية وهي وجود المنقول في الإقليم الجديد وبالتالي يطبق قانون الموقع الجديد.

في الأخير، لا بدّ من الإشارة إلى محدودية اللجوء إلى نظرية الغش نحو القانون، أمام صعوبة تغيير ضابط الجنسية بقصد التحايل على أحكام القانون المختص. ذلك أن تشريعات الجنسية تتطلب في الوقت الحالي إقامة طويلة في الدولة ليتم اكتساب جنسيتها، بالإضافة إلى شروط أخرى. وبالتالي يصعب أن يستعين القاضي، للكشف عن الغش، بفكرة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد والقيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد. أما فيما يتعلق بضابطي الموطن أو الإقامة، إذا تحقّق القاضي من عدم توفر شروطهما، فإنه يكتفي بالدفع بالصورية.

(II) - تطبيق القانون المُعيّن: قد تشير قواعد الإسناد الثنائية إلى تطبيق قانون القاضي أو القانون الأجنبي. ويتعين، لإعطاء الحل الموضوعي للنزاع الذي تثيره العلاقة المشتبهة على العنصر الأجنبي،

تطبيق القانون المختص. غير أنه يصعب هذا التطبيق عندما يكون القانون الأجنبي هو القانون المعين بموجب قواعد التنازع، لأن القاضي المطروح عليه النزاع، لا يعرف مضمون هذا القانون؛ وقد يتعارض مضمونه مع المبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي.

1- النظام القانوني للقانون الأجنبي المختص: القانون الأجنبي هو قانون، يطبقه القاضي المطروح عليه النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي نزولاً على أمر مشرعه الذي يتجسد في قاعدة الإسناد التي تسمح بتطبيقه. ولكن صفته الأجنبية هي التي تبرر عدم معاملته من الناحية الإجرائية بذات المعاملة التي يلقاها قانون القاضي. وعليه لتحديد مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، يتعين تحديد دور كل من القاضي والخصوم تجاه البحث عن مضمون هذا القانون وتحديد من من الخصوم، يتعين عليه إثبات مضمونه وماهي وسائل هذا الإثبات، وأيضا الوقوف على الدور الذي تمارسه المحكمة العليا في رقابة تفسير القانون الأجنبي من طرف قاضي الموضوع.

فعلى عكس قانون القاضي، يتعين إقامة الدليل على مضمون القانون الأجنبي مثلما يتم إثبات الوقائع، وذلك لاعتبارات عملية تتعلق بصعوبة إمام القاضي بالقوانين الأجنبية، خاصة إذا كانت غير مكتوبة أو إذا كان الاجتهاد القضائي فيه غير مستقر على تفسير واحد.

لهذا تفترض المادة 23 مكرر من القانون المدني حاجة القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري لعملية الإثبات. بحيث يتحرر من هذا الالتزام من تعذر⁴⁴ عليه ذلك الإثبات وحينها يتم تطبيق القانون الجزائري. ومادامت المادة تلزم البحث عن مضمون القانون الأجنبي لتطبيقه، تبدو أهمية تحديد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات والدور الذي يلعبه القاضي، خاصة وأنه قد يكون عالماً بهذا القانون.

يتجلى من القضاء المقارن أن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على الخصم الذي يتمسك بأحكامه، أيّاً كان مركزه في الخصومة: فقد يكون مدعياً، مدعى عليه أو متدخلًا وبصرف النظر عن طبيعة تدخله. وليس المقصود بتحديد الطرف الذي يتعين عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي، أن يكون دور القاضي سلبياً بحيث يُعفى من البحث عن مضمونه، لأن القانون الأجنبي هو قانون ومن ثمة يلتزم القاضي بالبحث عن مضمونه وتطبيقه. ولا يعتبر أنه أحل بهذا الالتزام، إلا إذا تعذر عليه التوصل إليه. ولا مانع في الاستناد إلى علمه الشخصي بالقانون الأجنبي، على أن يكون ذلك في إطار احترام مبدأ

⁴⁴صارت حالة تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي في وقتنا نادرة، نظراً للتطور الهائل في وسائل الاتصال، بحيث أصبحت عملية تبادل المعلومات عن طريق شبكة الانترنت تتم خلال ثوان معدودة.

الوجاهية طبقاً للمادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن يمكن الخصوم من مناقشة تطبيقه. وحتى لو لم يكن في استطاعة القاضي العلم بأحكام القانون الأجنبي، فإنه لا يقف موقفاً سلبياً وإنما يكون عليه أن يكلف الخصوم بالبحث عن هذا القانون أو أن يعطي مهلة لمن يتمسك به حتى يجمع معلوماته بشأنه بل وله أن يتخذ إجراءات التحقيق في الدعوى بقصد الوقوف على القانون الأجنبي. أما عن طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي، فإنها تخضع لمبدأ حرية الإثبات. وبمقتضاه يمكن اللجوء إلى كافة وسائل العلم بهذا القانون والتي تُمكن الوقوف على مضمونه.

إذ يمكن للخصوم تقديم ما يسمى بالشهادة العرفية *Certificat de coutume*. وهي عبارة عن مستند مكتوب يصدر عن شخص متخصص وعالم بأحكام القانون الأجنبي. فقد تصدر هذه الشهادة عن إحدى الجهات الرسمية كالقنصلية أو السفارة التابعة للدولة الأجنبية المطلوب إثبات قانونها والموجودة في الجزائر. وقد تصدر عن شخص (محامي أو فقيه أجنبي) على معرفة بالقانون الأجنبي. في الحالة الأولى، يقتصر محتوى الشهادة على النصوص المراد إثبات مضمونها. وفي الحالة الثانية تتضمن تفسيراً لنصوص القانون مدعماً بأحكام القضاء أو حتى محاولة تطبيق القانون الأجنبي على وقائع القضية. هذا ويجب أن تتضمن هذه الشهادة بالإضافة إلى مضمون القواعد المادية في القانون الأجنبي، مضمون قاعدة التنازع الأجنبية، حتى يتمكن القاضي من الوقوف عند مسألة الإحالة في النزاع المطروح عليه. على أنه يجب ترجمة هذه الشهادات إلى اللغة العربية ترجمة رسمية إذا كانت محررة باللغة الأجنبية (المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ومن جهته، يمكن للقاضي أن يتثبت من مضمون القانون الأجنبي بلجوئه للخبرة⁴⁵ باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق. وقد يكون ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم.

كما يمكن للقاضي أن يلجأ للإبادة القضائية الدولية⁴⁶ من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم. وتعرّف الإبادة القضائية الدولية بأنها طلب من السلطة القضائية المنبئية إلى السلطة المنابة، قضائية كانت أم دبلوماسية، أساسه التبادل، باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو جمع الأدلة في الخارج وكذا أي إجراء قضائي آخر يلزم اتخاذه، للفصل في المسألة المثارة أمام القاضي المنيب، ليس في مقدوره القيام به في نطاق دائرة اختصاصه.

⁴⁵ نظمتها المواد 125 وما بعد من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴⁶ نظمتها المواد 112 وما بعد من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفيما يخص الخطأ في تفسير القانون الأجنبي، فإن القانون الأجنبي لا يخضع لمعاملة إجرائية خاصة، لأنه يعدّ بمثابة واقع ولأنه فقد صفته القانونية بتجاوزه حدود الدولة التي سنّته، إنما وبحكم صفة القانون الأجنبي يمكن ملاحظة اختلاف مركز هذا القانون عن مركز القانون الجزائري أمام القاضي الجزائري. وعليه، يقتضي القول بأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته القانونية، أن يكون الخطأ في تفسيره خاضعا لرقابة المحكمة العليا. ولكن الرقابة التي تمارسها هذه الأخيرة في حالة وجود مخالفة للقانون الأجنبي، لا تتوافق مع وظيفة المحكمة العليا التي تسهر على صحة تطبيق القانون الجزائري وتعمل على توحيد الاجتهاد القضائي في تطبيق وتفسير هذا القانون. كما أن السماح للمحكمة العليا بممارسة هذه الرقابة، من شأنه أن يؤدي إلى تعارض تفسير القانون الأجنبي مع قرارات محكمة النقض في الدولة الصادر عنها هذا القانون. ويتعارض هذا مع ما هو مستقر في الفقه والقضاء من ضرورة تقيّد القاضي عند تفسيره للقانون الأجنبي بالاجتهاد القضائي المعمول به في الدولة التي يطبّق قانونها. ومن شأن الاعتراف للمحكمة العليا بهذه الرقابة، إمكان تعرضها للخطأ والانحراف عن فهم المضمون الحقيقي للقانون الأجنبي. ثم إن القانون الأجنبي غالبا ما يتضمن قواعد عرفية واجتهادات قضائية، وذلك ما يعني بالنسبة للمحكمة العليا، الدخول في مسائل الواقع والبحث في مسائل تخرج عن مهامها الأساسية وما يتطلبه ذلك من الترجمة والجهد.

وإذا كان المشرع الجزائري قد حدّد موقفه من مسألة خضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا في المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تعتبر "مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة" من بين أوجه الطعن بالنقض. إلا أن مسلك المشرع يثير التساؤل عن سبب اقتصار الرقابة على القوانين الأجنبية المتعلقة بالأسرة؟ ألا تتحقق العلة ذاتها عندما يخطئ قاضي الموضوع في تفسير قانون أجنبي متعلق بالالتزامات التعاقدية أو غير التعاقدية!!!

وعلى كلّ فإن رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي تحقّق الغاية من وضع قواعد الإسناد، التي تعتبر أن القانون الأجنبي، في بعض الحالات، هو القانون الأنسب لحكم العلاقات المشتملة على العنصر الأجنبي. ولهذا يجب تطبيق القانون المختص تطبيقا سليما، وأن الخطأ في تفسيره هو بمثابة مخالفة لقواعد الإسناد. ثم إنه لا يمكن التمسك بصعوبة تفسير القانون الأجنبي وفقا للدولة التي أصدرته، لرفض ممارسة رقابة المحكمة العليا على تفسيره، مادام أن قاضي الموضوع ملزم بالبحث عن مضمون هذا القانون بكل الوسائل وإن تطلب الأمر يعاونه في ذلك الخصوم.

2- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بالدفع بالنظام العام: إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية، مع ما يفترضه ذلك التطبيق من اختلاف حلول القانون الأجنبي عن حلول القانون الوطني؛ إلا أن ذلك التطبيق يكون في حدود معينة، وتتجاوزها؛ لا يُسمح للقانون الأجنبي باختراق القانون الوطني. فيتعطل تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد الجزائرية، لأن النتيجة التي يؤدي إليها إعمال هذا القانون على المسألة موضوع النزاع غير مقبولة وتؤدي إلى خدش الشعور العام في مجتمع القاضي. وهو ما تقضي به المادة 24 من القانون المدني التي تستبعد تطبيق القانون الأجنبي، كلما كان محتواه متعارضا مع النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر. كأن يكون القانون المختص في الميراث يُعدُّ التبنّي سببا من أسباب الميراث، في حين أن القانون الجزائري لا يجيز التبنّي. ويُستبعد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، في نطاق حالة التبنّي التي يعتبرها من أسباب الميراث. أيضا، إذا كان قانون جنسية الزوجين المختص بموجب المادة 11 من القانون المدني، يجيز زواج المسلمة من غير المسلم، فهذا يقضي الدفع بالنظام العام.

وتعد فكرة النظام العام والآداب العامة من المفاهيم القانونية الغامضة والمرنة، والتي تختلف مكانا وزمانا من مجتمع لآخر. واستُخدمت هذه الفكرة بمناسبة تطبيق القوانين الأجنبية على العلاقات الخاصة الدولية، من أجل حماية الأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي، نظرا للابتعاد الصارخ بين القوانين من حيث أسسها السياسية، الاقتصادية والاجتماعية وخلفياتها الدينية، الأخلاقية والحضارية.

والفكرة ليست حكرا على القانون الدولي الخاص، ومع ذلك فهي تثير التساؤل: هل النظام العام الذي نصادفه في المجال التعاقدّي أو الإداري هو ذاته في إطار القانون الدولي الخاص، من حيث مفهومه ونطاقه؟ ثم إن استعمال الفكرة في مجال العلاقات الخاصة الدولية قديم: فمنذ العصور الوسطى فرّق الفقيه الإيطالي BARTOLE بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، يكون أثر الثانية ضعيف خارج حدود الإقليم الذي وُضعت فيه، في حين تمتد آثار الأولى عبر الحدود فتتبع الأشخاص أينما وجدوا، لأنها أكثر قبولا بالنسبة لقانون الدولة التي انتقلت إليها. وفي أواخر القرن التاسع عشر ومع الفقيه الألماني SAVIGNY، استُخدم النظام العام حتى لا يتم تطبيق القانون الأجنبي، من خلال فكرة الاشتراك القانوني. وبمقتضاها القوانين السائدة في الدول المسيحية الورثة للقانون الروماني، تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل التاريخي لهذه القوانين وهو ما يسمح بتطبيق قوانينها الخاصة. أما لو انقطعت الوحدة القانونية بين قانون القاضي وبين القانون الأجنبي المختص، امتنع تطبيقه. مثل هذا الانقطاع أو التباعد والاختلاف، نجده بارزا بين أنظمة الأحوال الشخصية للدول

الإسلامية والدول العلمانية، وعندئذ يمكن الحديث عن فكرة غياب الاشتراك القانوني: نظام تعدد الزوجات في مقابل الزواج الأحادي والزواج المثلي؛ نظام الكفالة في مقابل نظام التبني؛ نظام النسب الشرعي في مقابل النسب الطبيعي والوسائل البديلة للإنجاب، خاصة استئجار البطون والتلقيح الاصطناعي... . ويمكن إجمال خصائص النظام العام في الخصائص التالية:

- مرونة النظام العام: يصعب إعطاء مفهوم دقيق لفكرة النظام العام، ولذلك لا يمكن حصر الحالات التي يمكن فيها استعمال الدفع بالنظام العام، لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

ولقد حاول الفقه وضع معايير لتحديد مجال الدفع بالنظام العام. فعند البعض، يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام، إذا اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي. وعند البعض الآخر، يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام، إذا كان متعارضا مع السياسة التشريعية لدولة القاضي. ويرى آخرون وجوب استبعاد القانون الأجنبي، إذا كان يخالف المبادئ السائدة في الأمم المتحضرة ومبادئ القانون الطبيعي. ومن الفقه من يعتمد على فكرة غياب الاشتراك القانوني التي جاء بها الفقيه الألماني SAVIGNY. ويعود غياب هذا الاشتراك إلى التباعد الحضاري بين المجتمعات⁴⁷.

وترجع للقاضي مهمة تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي مخالفا أو غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. ودون أن يعني ذلك ترك هذا التحديد لتقديره الشخصي وقناعاته الذاتية، بل يتعين عليه أن يأخذ في الاعتبار المبادئ الأساسية التي تقوم عليها دولته. هذا ويخضع تقدير القاضي للنظام العام لرقابة المحكمة العليا.

- نسبية النظام العام: يضاف إلى عدم دقة الفكرة، أنها متغيرة. ذلك أن الدول تختلف عن بعضها من حيث الأفكار والمفاهيم الدينية، السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية والأخلاقية. لذا لا يمكن إعطاؤها تعريفا جامعا مانعا، لأنها فكرة مرنة ووطنية، تختلف باختلاف الدول وتتغير في الدولة الواحدة بتعاقب الزمان. فمثلا، يعتبر في فرنسا القانون الجزائري الذي يمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم مخالفا للمبدأ الأساسي المتمثل في حرية الزواج. وبالتالي يستبعد تطبيق القانون الجزائري لمخالفته النظام العام

⁴⁷ هذا التوجه منتقد، لأن التقارب الحضاري لا يلغي غياب الاشتراك القانوني. فمثلا، يمكن للقاضي الجزائري استبعاد تطبيق القانون التونسي المختص بموجب قاعدة الإسناد الجزائرية المتعلقة بالشروط الموضوعية للزواج والذي يمنع تعدد الزوجات لمخالفته النظام العام الجزائري الذي يجيز تعدد الزوجات. وهذا رغم انتماء القانون التونسي لنفس الحضارة التي ينتمي إليها القانون الجزائري.

الفرنسي ويكون هذا الزواج صحيحا في فرنسا، بالرغم من القانون الجزائري، باعتباره قانون جنسية الزوجة، يمنعه بل وقد لا يعترف به في الجزائر، لاصطدامه بقاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية. هذا الوضع (الزواج صحيح في فرنسا وغير صحيح في الجزائر)، يثير الشك حول مدى قدرة قواعد التنازع على ضمان استمرارية العلاقات، كلما تعلق الأمر بقوانين تنتمي لأنظمة قانونية متعارضة!!! - آنية النظام العام: إن تقدير ما يُعدّ من النظام العام متروك للقاضي وذلك وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع. ففي هذا الوقت سيطبق القانون الأجنبي ويُعرف إذا كان متعارضا أم لا مع النظام العام لقانون القاضي.

وإذا توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام الجزائري، امتنع القاضي الجزائري عن تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الجزائرية (الأثر السلبي) وأحلّ محلّه القانون الجزائري (الأثر الإيجابي). ومن أجل تحديد آثار الدفع بالنظام العام، يتعين معرفة ما إذا كان تحريك هذا الدفع يؤدي إلى استبعاد كلي أو جزئي للقانون الأجنبي؛ وما إذا كانت آثار هذا الدفع واحدة، بحسب ما إذا تعلق الأمر بإنشاء العلاقة أو الحق في الجزائر أو بإنشاء العلاقة أو الحق في الخارج وأريد الاحتجاج بآثاره في الجزائر.

أولاً: إنشاء العلاقة (الحق) في الجزائر

يختلف الفقه حول آثار الدفع بالنظام العام في حالة نشأة العلاقة بحسب القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الجزائري وعلى نحو يتعارض مع النظام العام الجزائري. فالبعض يستبعد القانون الأجنبي استبعادا كلياً، لأن استبعاد جزء منه يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً. كما يؤدي الاستبعاد الجزئي إلى تطبيق القانون الأجنبي بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه. كما لو كان النزاع المطروح على القاضي الجزائري يتعلق بزواج أجنبية مسلمة بغير مسلم. هنا يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختص الذي يسمح بمثل هذا الزواج، ويطبق محله القانون الجزائري الذي يبطل هذا الزواج. وفي هذا استبعاد كلي للقانون الأجنبي.

ويقول الفقه الغالب باستبعاد القانون الأجنبي بصفة جزئية وفي حدود المحافظة على النظام العام الجزائري. كأن يعرض على القاضي الجزائري نزاع حول عقد ويكون القانون الأجنبي المختص في شأنه بموجب قاعدة الإسناد الجزائرية مما يسمح بتقاضي الفوائد. هنا يستبعد القاضي القانون الأجنبي في ما يخص الفائدة لمخالفتها النظام العام الجزائري، مع بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي لحكم آثار العقد الأخرى.

على أن يكون الاستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الأجنبي المختص، حسب طبيعة وقابلية هذا القانون للانقسام والتجزئة. ويخضع ذلك لسلطة القاضي التقديرية.

ثانياً: إنشاء العلاقة (الحق) في الخارج وأثيرت آثارها في الجزائر

لا يتدخل الدفع بالنظام العام بنفس الشدة في حالة ما إذا نشأت العلاقة في الخارج وفق القانون الأجنبي المختص وأريد الاحتجاج بآثارها في الجزائر. إذ يمكن الاحتجاج ببعض آثار هذه العلاقة في الجزائر ولو أن النظام العام الجزائري لا يسمح بإنشاء هذه العلاقة في الجزائر. وهذا هو الأثر المخفف للدفع بالنظام العام. وهو ليس أثر منعدم، لأنه إذا كانت هذه الآثار تتعارض مع النظام العام الجزائري، فعندها لا يمكن الاحتجاج بها في الجزائر.

(III) - مدلول القانون المُعيّن: تحت هذا العنوان يثور التساؤل التالي: ماذا يُقصد بالقانون الأجنبي المُعيّن بمقتضى قواعد الإسناد الجزائرية: أهو قواعد الإسناد الأجنبية التي تحدّد القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي أم هو القواعد الموضوعية الأجنبية التي تتكفل بإعطاء الحل المادي والنهائي للنزاع المطروح؟

فإذا فهمنا تعيين القانون الأجنبي بأنه يقتضي الرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون، فذلك يعني الأخذ بالإحالة؛

أما إذا فهمنا هذا التعيين بأنه يقتضي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد فيه، فيكون ذلك بمثابة رفض للإحالة.

هكذا يقصد بالإحالة استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد الجزائرية والتأكد عما إذا كان هذا القانون يقبل الاختصاص فيتم تطبيقه، أم أنه يرفض هذا الاختصاص ويحيله إلى قانون القاضي (إحالة من الدرجة الأولى) أو إلى قانون دولة أخرى (إحالة من الدرجة الثانية).

وتثور مشكلة الإحالة في حالة التنازع السلبي، أين يتخلى كلٌّ من قانون القاضي والقانون الأجنبي عن اختصاصه للآخر أو لقانون دولة أخرى. مثلاً: يثور أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بتحديد أهلية بريطاني متوطن بالجزائر.

تشير

← قاعدة الإسناد الجزائرية القانون البريطاني

(المادة 10 من القانون المدني) باعتباره قانون الجنسية

تحيل

← قاعدة الإسناد البريطانية للقانون الجزائري

باعتباره قانون الموطن

وفي حالة التنازع الإيجابي، عندما يقبل كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي الاختصاص بحكم العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي، فإن العمل متفق على أن يطبق القاضي المطروح عليه النزاع قانونه. مثلا، تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية جزائري مقيم في بريطانيا. هنا إذا طُرح النزاع على القاضي البريطاني، فإنه يطبق القانون البريطاني باعتباره قانون الموطن؛ وإذا عُرض النزاع على القاضي الجزائري، فإنه يطبق القانون الجزائري باعتباره قانون الجنسية. ولقد أثارت الإحالة خلافا شديدا بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول مدى الأخذ بها، فهناك من قبلها على أساس الحجج التالية:

- على القاضي المطروح عليه النزاع الرجوع لقواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص، لأن القانون الأجنبي هو كل لا يتجزأ.
- عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واللجوء مباشرة إلى تطبيق قواعده الموضوعية، هو تطبيق للقانون الأجنبي في حالة يرفض فيها هذا القانون اختصاصه بشأنها.
- يؤدي الأخذ بالإحالة إلى توحيد الحلول وتناسقها بين الدول، مهما كان القاضي الناظر في النزاع.
- يؤدي عدم قبول الإحالة إلى رفض تنفيذ الحكم الوطني في الدولة التي تمت الإحالة إلى قانونها. وعلى العكس، هناك من رفض الإحالة على أساس الحجج التالية:
- مثلما القانون الأجنبي وحدة لا تتجزأ، فإن قانون القاضي هو الآخر كل لا يقبل التجزئة وأن قواعد الإسناد في هذا القانون تخلت عن اختصاصها للقانون الأجنبي. فكيف يمكن تطبيق قانون القاضي، إذا أرجعت له قاعدة الإسناد الأجنبية هذا الاختصاص!

- يؤدي الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية إلى الوقوع في الحلقة المفرغة وما يترتب عنها من ردّ الاختصاص من قانون لآخر، في تسلسل لا نهائي أو العودة مرة أخرى إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه.

أما عن موقف المشرع الجزائري من الإحالة، فيتجلى من نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني. حيث لم يجعل المشرع للإحالة سوى أثرا محدودا، وذلك عندما تُرجع قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص الاختصاص للقانون الجزائري. وتظهر فائدة الإحالة هنا، لأنها ستسهّل على القاضي الجزائري مهمة الفصل في النزاع ودون أن يكون عليه البحث في مضمون القانون الأجنبي والصعوبات المترتبة عن ذلك. وكذا تجنّب القاضي الجزائري مسألة الدوران في الحلقة المفرغة، سيما وأن الإحالة قد تتوالى في نظر الفقه إلى ما لا نهاية. ومع ذلك تكون النتائج التي تؤدي إليها المادة 23 مكرر 1 غير مقبولة أحيانا، خصوصا في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب، فهذه المسائل تنظّمها في القانون الجزائري أحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية.

وتجدر الإشارة إلى موقف الفقه الحديث (الألماني ERNST ZITELMANN) بشأن الإحالة. إذ يتعين، لدى هذا الفقه، تحليل قاعدة الإسناد وتحديد غايتها للوصول لموقف بشأن الإحالة. فإذا تبيّن للقاضي أن الإحالة تُحقّق وظيفة قاعدة الإسناد أخذ بها؛ أما إذا تبيّن له أن الأخذ بها فيه إهدار بغاية هذه القاعدة وإخلال بتوقعات الأفراد، لم يأخذ بها. هكذا وفقا لهذا الاتجاه، لم تُعدّ الإحالة، من حيث قبولها أو رفضها، مرتبطة بحل مسبق يستند على حجج عامة ونظرية. وإنما يتحدد الموقف بشأن الإحالة، استنادا إلى الوظيفة التي يمكن للإحالة أن تقوم بها في ضوء الغاية التي تهدف قاعدة التنازع تحقيقها. وبهذا تصبح الإحالة أداة فنية ذات طابع وظيفي، يلجأ إليها المشرع أو القاضي إذا وجد من المناسب استخدامها في نطاق معين لتحقيق أهداف متنوعة. فقد تستخدم بهدف تحقيق وحدة الحلول على المستوى الدولي وتناسقها. وقد تستخدم أيضا لتفادي صدور أحكام غير قابلة للاعتراف بها أو تنفيذها. وقد تستخدم من أجل تصحيح النتائج غير المرغوب فيها والتي يؤدي إليها أعمال قواعد الإسناد الوطنية، غير المباشرة وذات الطابع المحايد.

في الأخير، يستبعد الرأي الذي يأخذ بالإحالة، الإحالة في حالتين، لتعارض نتيجة الإحالة فيهما مع هدف قاعدة التنازع. لذلك في هاتين الحالتين، يتم مباشرة تطبيق القانون المادي الأجنبي الذي قامت بتعيينه قاعدة الإسناد الوطنية:

الحالة الأولى: قانون الإرادة (المادة 18 من القانون المدني). ويكون من شأن الأخذ بالإحالة هنا تعيين قانون آخر غير الذي اتفق عليه الأطراف. ويسري ذات الحل بخصوص الضوابط الاحتياطية.

الحالة الثانية: قانون مكان إبرام التصرف القانوني (المادة 19 من القانون المدني). ويعود السبب في اعتماد هذا القانون، إلى سهولة الحصول على معلومات بشأنه وإمكانية التعرف عليه أكثر من غيره. أما استبعاد الإحالة في هذا المجال، فبسبب المخاطر الناجمة عن تعيين قانون يؤدي إلى إبطال التصرف.

قائمة المراجع

(للتعمق والتوسع في مادة القانون الدولي الخاص)

باللغة العربية:

- * أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقہ مع التطبيقات القضائية، 2010، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر.
- * أحمد مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، بدون سنة نشر، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- * أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه، 2008، الجزائر.
- * أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، الطبعة الخامسة 2008، دار هومه، الجزائر.
- * أوان عبد الله الفيضي، أسباب تطبيق القوانين الأجنبية وسبل العودة للشريعة الإسلامية دراسة شرعية قانونية تأصيلية تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى 2014، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * إيناس محمد البهجي ويوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، 2013، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر.
- * بيار أميل طويبا، التحايل على القانون، تقديم غسان رياح، 2009، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.
- * "تنظيم العلاقات الدولية الخاصة، واقع متطور"، أعمال ملتقى وطني نظمه قسم الحقوق بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أبريل 2010.
- * جميل الشراوي، دروس القانون المدني المقارن (مقدمة الدراسات المقارنة)، 1990-1989، دار النهضة العربية.
- * حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- * حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- * خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، 2015، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، 2004، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
- * زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول: تنازع القوانين، 2000، مطبعة الكاهنة، الجزائر.

- * زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، 2011، دار هومه، الجزائر.
- * زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، 2014، دار هومه، الجزائر.
- * زوكاغي أحمد، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، تقديم موسى عبود، الطبعة الأولى، 1993، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الرباط، المغرب.
- * سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، تقديم فايز الحاج شاهين، طبعة أولى، 1994، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان.
- * سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- * سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين - المعاهدات - التحكيم التجاري الدولي)، طبعة أولى، 2004، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- * سما سلطان الشاوي، الحصانة القضائية للدولة في الميدان التجاري، الطبعة الأولى، 2006، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- * صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 2004، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية، 2004، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * عاصم جابر، الوظيفة القنصلية والدبلوماسية في القانون والممارسة، دراسة مقارنة، بدون سنة نشر، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت، لبنان.
- * عبد الكريم بوزيد المسماري، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية، 2009، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، 2009، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
- * عبده جميل غصوب، دراسات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، 2008، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- * عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، 2006، دار هومه، الجزائر.
- * عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، 2002، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- * عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية - الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، 1996، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

- * عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المصري والقانون المقارن، 1994، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- * محمد الروبي، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2000، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- * محمد فؤاد عبد الباسط، اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، 2005، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
- * محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية-الموطن-مركز الأجانب-مادة التنازع، الطبعة الثانية، 1997، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- * محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، 2009، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- * محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، تقديم سامي بديع منصور، طبعة أولى، 2007، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.
- * موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازل، ترجمة فائز أنجق، 1989، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- * موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: القواعد المادية، ترجمة فائز أنجق، 1989، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- * نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، 2001، دار هومه، الجزائر.
- * نادية فضيل، الغش نحو القانون، 2005، دار هومه، الجزائر.
- * نبيل إسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، 1989، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر.
- * هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * هشام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة لاتجاهات الفقه والقضاء، 1997، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر.
- * هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، الطبعة الأولى، 2009، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * هشام خالد، الإحالة دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، 2014، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- * هشام خالد، إثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص، طبعة ثانية، 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.



- * هشام خالد، الشرط المائل للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، 2000، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
- * هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، 2007، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- * هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، بدون سنة طبع، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر.
- * وسام توفيق عبد الله الكتبي، مسائل الإجراءات في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، 2011، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
- * وسام توفيق عبد الله الكتبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي (دراسة مقارنة)، 2011، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

باللغة الفرنسية:

- * BUREAU D. & MUIR WATT H., Droit international privé, tome I : partie générale, 2^e édition, 2010, Presses Universitaires de France, Paris, FRANCE.
- * BUREAU D. & MUIR WATT H., Droit international privé, tome II : partie spéciale, 2^e édition, 2010, Presses Universitaires de France, Paris, FRANCE.
- * CORNUT E., Théorie critique de la fraude à la loi étude de droit international de la famille, préface de HUGUES FULCHIRON, DEFRENOIS, 2006, Paris, FRANCE.
- * LOUSSOUARN Y., BOUREL P. & de VAREILLES-SOMMIERES P., Droit international privé, 8^e édition, 2004, DALLOZ, Paris, FRANCE.
- * MAYER P. & HEUZE V., Droit international privé, 10^e édition, 2010, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, FRANCE.
- * MELIN F., Droit international privé, conflits de juridictions et conflits de lois, Casbah éditions, 2004, ALGERIE.



التصميم

01مقدمة
12تنازع الاختصاص القضائي الدولي
1وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص
13الجزائري
142 ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية
14- الضوابط الإقليمية
15- ضابط الجنسية
17- ضابط الخضوع الاختياري أو الإرادي
20- ضابط الارتباط
283 حالات عدم اختصاص المحاكم الجزائرية
31تنازع الاختصاص التشريعي
311 مشكلة تنازع القوانين
352 حل مشكلة تنازع القوانين
35(قواعد الإسناد
36* عناصر قاعدة الإسناد
37* مصادر قاعدة الإسناد
42* إعمال قاعدة الإسناد
42(أ) - التحقق من تدخل قاعدة الإسناد
60(ب) - تطبيق القانون المعين

(III) - مدلول القانون المعين 67

