

تطور القانون الدولي الخاص:

لم تكن الجماعات القديمة المغلقة تعترف للأجانب بالشخصية القانونية لأن الجماعة كانت تقوم قديما على أساس العقيدة الدينية المقصورة على الجماعة وحدها، وعلى القوانين المحلية التي كانت توضع خصيصا لسكان الإقليم وحدهم.

ولما بدأت الجماعات تتصل ببعضها وتتعامل فيما بينها نشأ نظامان خففا كثيرا من إهدار الشخصية القانونية للأجنبي، وهما نظام الضيافة ونظام المعاهدات، فبمقتضى نظام الضيافة كان الأجنبي الذي يدخل إقليما غير إقليمه يعتبر تحت حماية وطني من المواطنين وضييفا عليه، وبمقتضى نظام المعاهدات كانت كل جماعة تمنح لأفراد الجماعة المجاورة بعض الحقوق الخاصة على سبيل التبادل، وقد نشأت المعاهدات المذكورة أول منشأة بين المدن اليونانية لاشتراكهم في اللغة الواحدة، ثم ظهر في هذه المدن من بعد ذلك نظام بمقتضاه كانت ناحية معينة من الإقليم، وخصوصا على البحر تعتبر منطقة محايدة يجوز للأجانب أن ينزلوا بها لممارسة التجارة مع الرعايا الوطنيين، ثم امتد نظام المعاهدات إلى روما كما ظهر فيها أيضا نظام الضيافة، ولما امتد الغزو الروماني اضطرت روما إلى أن تضع للأجانب قانونا سمي بقانون الشعوب ليسري على علاقاتهم لاسيما التجارية، كما أنشأو لهم قاضيا خاصا، فظهرت بوادر التنازع بين القوانين في روما لاسيما بين القانون المدني وقانون الشعوب، ولكنه كان تنازعا داخليا أي بين قوانين صادرة من سلطة واحدة لابين قوانين دولية، وظل الأمر كذلك إلى أن صدر قانون كراكلا سنة 212 فمنح الأجانب حق المواطنة، وظل الأمر على حاله حتى القرون الوسطى أين انهارت الإمبراطورية الرومانية وانقسمت إلى ممالك يحكم كل منها ملك مستقل وأصبح لكل مملكة رعايا من أصل روماني يخضعون لقوانين مستمدة من القانون الروماني وأجانب من البربر يخضعون لقوانين خاصة بهم.

ولما سقطت الإمبراطورية الرومانية لم يتنازل البرابرة عن قوانينهم، وكانوا يطبقونها على من ينتمي إليهم دون تطبيق القانون الروماني، وهكذا ظهرت مسألة شخصية القوانين، وبذلك برزت مسألة تنازع القوانين من جديد غير أن هذا التنازع لم يتم طويلا إذ ما لبث البربر أن اندمجوا مع الرعايا الذين هم من أصل روماني، وما جاء القرن العاشر حتى تلاشت الفروق بين البربر والرومان وانضوى الكل تحت سلطان القانون الروماني.

ولما بدأ العهد الإقطاعي يظهر في القرن العاشر للميلاد حل محل مبدأ شخصية القوانين مبدأ الإقليمية فأصبح القانون يطبق في كل إقطاعية على جميع سكان الإقليم وبصرف النظر عن اختلافهم في الأصل أو في الدين، ما أدى إلى اختلاف مسألة تنازع القوانين لعدم وجود علاقات بين سكان الإقطاعيات المختلفة ولقلة التبادل التجاري بينها ثم لانحصار الثروة يومئذ في العقارات الثابتة دون المنقولات التي تنتقل عادة فيترتب على انتقالها نشوء مشكلة تنازع القوانين.

هذا ونشير إلى أنه وفي العهد الإقطاعي استمر اعتبار الأجنبي خارج نطاق القانون و بعد زوال هذا العهد ميز الفقه بين الوضع في فرنسا والوضع في إيطاليا:

1- في فرنسا: لما زال العهد الإقطاعي وتركزت السلطات في يد الملك زالت التفرقة بين الرعايا والأجانب، وأصبح الجميع متساوين تقريبا في الحقوق إلا فيما يتعلق بانتقال التركة بطريق الميراث والوصية، فقد ظل الأجانب محرومين من هذا الحق استنادا إلى التفرقة في القانون الروماني، حتى إذا ما جاء القرن الثالث عشر منح الإمبراطور فردريك الثاني للأجانب حق الإيصاء وظل حقهم في انتقال التركة بطريق الميراث خاضعا لبعض القيود، إلى أن أعلنت الثورة الفرنسية إلغاء هذه القيود والمساواة بين الوطني والأجنبي.

2- في إيطاليا: في إيطاليا لم تستفحل الإقطاعية كما استفحلت في فرنسا، وكانت فيها المدن متقاربة يركز اقتصادها أساسا على التبادل التجاري أكثر من ارتكازه على الزراعة، فقد تعددت فيها التشريعات الإقليمية بتعدد مدنها، وإن كان القانون المدني الروماني هو أصل هذه التشريعات إلا أنه كانت كل مدينة تتخذ نظاما متميزا للأحوال الشخصية الخاص بسكانها، وقد أدى تبادل العلاقات التجارية بين مختلف المدن إلى عقد معاهدات بينها تهدف إلى تنظيم الاختصاص القضائي وإلى تيسير الفصل في الدعاوى المقامة بين سكان المدن المختلفة.

وهكذا ظهرت في إيطاليا مسألة تنازع القوانين حتى وإن كان تنازعا بين قوانين مدن دولة واحدة لا تنازعا دوليا ما أدى إلى نشاط حركة فقه القانون الدولي الخاص في إيطاليا ثم امتد نشاطها إلى فرنسا وظهر فيها فقيهان كان لهما الأثر الكبير في تطور نظرية تنازع القوانين خلال القرن السادس عشر وهما الفقيهان: دارجنتره وديمولان. ثم امتدت الحركة من فرنسا إلى هولندا التي تأثر فقهاؤها بنظريات الفقيه دارجنتره والتي برزت فيها لأول مرة مشكلة تنازع القوانين على الصعيد الدولي، لتمتد الحركة بعد ذلك إلى الفقه الأنجلوأمريكي الذي تأثر كثيرا بالفقه الهولندي.

ولما قامت الثورة الفرنسية وبدأت حركة التقنين تظهر وشرع في وضع القانون المدني الفرنسي سنة 1804 احتل القانون الدولي الخاص لأول مرة مكانه في القوانين الرضعية، بعد أن كان مجرد نظريات فقهية، ونص القانون المدني الفرنسي في مادته على تنازع القوانين، ثم أخذت التشريعات المدنية في مختلف الدول تحذوا حذوه وأخذ القانون الدولي الخاص يشغل طائفة من نصوصها حيث أصبح وجوده حقيقة واقعة.

ولقد بذلت بعد ذلك محاولات عديدة لتدويل قواعد هذا القانون وجعلها مشتركة بين الدول، على غرار محاولة عصبة الأمم بعد الحرب العالمية الأولى توحيد قواعد خاصة بالجنسية

وبمركز الأجانب. إلا أن هذه المحاولات أخفقت لعدم اتفاق الدول فيما بينها لتتوالى بعد ذلك المؤتمرات الدولية الخاصة بهذا القانون على شاکلة المؤتمر السادس لإتحاد الدول الأمريكية سنة 1928، ومؤتمر باريس سنة 1929 ومؤتمر لاهاي سنة 1935، 1951، 1956، 1960 وكلها مؤتمرات انصبّت حول موضوعات القانون الدولي الخاص.

هذا ونشير أخيرا إلا أن القانون الدولي الخاص أدرج ضمن برامج كليات الحقوق لأول مرة بفرنسا سنة 1880، كما تأسست أول مجلة خاصة بهذا القانون سنة 1874.

مصادر القانون الدولي الخاص:

ونحن بصدد البحث في مصادر القانون الدولي الخاص يحسن بنا أن نشير إلى أن هناك نزعتين مختلفتين في فقه هذا القانون، فهناك نزعة تخلع عليه الصفة الدولية وتميل إلى اعتبار المصادر الدولية لقواعده ذات أفضلية على المصادر الداخلية، وعلى العكس من ذلك هنالك نزعة فقهية تعتبر هذا القانون داخليا محضا وتعطي للمصادر الداخلية الأولوية على المصادر الدولية، ومهما يكن من اختلاف فإنه مما لا شك فيه أن لهذا الفرع من القانون نوعان من المصادر: مصادر داخلية وأخرى دولية

أ. المصادر الداخلية:

• **التشريع:** يعتبر التشريع مصدرا وطنيا للقانون الدولي الخاص لأنه يفرض من السلطة التشريعية الوطنية ويختلف دوره باختلاف الموضوعات القانون الدولي الخاص، فكلما كان موضوعه أقل صلة بسيادة الدولة كلما قلت أهمية التشريع، فالتشريع مثلا يقوم بدور أساسي في موضوع الجنسية ويكاد ينفرد بها لأنها موضوع متصل بكيان الدولة وسيادتها فهي الأداة التي يتحدد ركن الشعب في الدولة

• **القضاء:** يقصد بالقضاء كمصدر للقانون الدولي الخاص استقرار المحاكم الوطنية بمجموعها على إتجاه معين، ويلعب القضاء بهذا المعنى دورا هاما في خلق القواعد القانونية في الدول التي لم يتدخل المشرع فيها بوضع حلول تفصيلية لمختلف المشاكل التي يمكن أن تثيرها موضوعات القانون الدولي الخاص

• **العرف:** يختلف دور العرف في القانون الدولي الخاص باختلاف موضوعاته فهو في موضوع تنازع القوانين أكثر أهمية منه في غيره، فقد ظلت قواعد تنازع القوانين تتبع منه ولقرون عديدة، لكن بتدخل المشرع بصياغة هذه القواعد قلت أهميته وأصبح ينظر إليه على أنه مجرد مصدر تاريخي لها.

ب. المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص:

• **المعاهدات الدولية:** لما كانت موضوعات انقانون الدولي الخاص تتعلق بأشخاص تابعين لدول مختلفة كان اللجوء بشأنها إلى المعاهدات الدولية أمرا طبيعيا، وهي تلعب على اختلاف أنواعها دورا هاما بالنسبة لسائر موضوعات القانون الدولي الخاص، وذلك بعملها على إيجاد الحلول لمختلف المشاكل التي تنشأ نتيجة اختلاف التشريعات الداخلية من دولة إلى أخرى.

هذا و تجدر بنا الإشارة إلى أن دراسة المعاهدات باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الدولي الخاص تستوجب حتما الوقوف عند الإشكالات الآتية:

✓ **تفسير المعاهدات:** تفسير المعاهدات الدولية يكون بإحدى الطريقتين الآتيتين:

فهو إما أن يكون دوليا صادرا عن الدول التي أبرمت المعاهدة ويكون ذلك عادة عن طريق تبادل الخطابات بين حكوماتها أو عن طريق

القضاء الدولي، فمحكمة العدل الدولية بمقتضى المادة 36 من قانونها
الأساسي تحز صلاحية تفسير المعاهدات الدولية.

وأما أن يكون التفسير داخليا وهنا وجب البحث عن السلطة التي تملك
صلاحية ذلك فهل يحوز القاضي الوطني صلاحية تفسير المعاهدات
الدولية؟

يذهب إتجاه فقهي إلى عدم تخويل القاضي هذه الصلاحية فعليه أن
يتوقف عن الفصل في النزاع إلى غاية استقاء التفسير من حكومته
إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات ويرى إتجاه فقهي آخر بأن القاضي
الوطني يحوز صلاحية تفسير المعاهدات لأنها تعتبر بعد المصادقة
عليها جزءا من التشريع الداخلي يسري عليها ما يسري عليه وقد أخذت
المحاكم المصرية بهذا الرأي.

أم القضاء الفرنسي فيأخذ بافتراق المعاهدة بطابعها الدولي عن التشريع
الداخلي، ولذلك فهو يفرق بين نصوص المعاهدة التي تمس بالنظام
الدولي العام، وتلك التي تمس فقط المصالح الخاصة للأفراد فالنسبة
للأولى على القاضي الامتثال للتفسير الذي تعطيه لها حكومته
وبالنسبة للثانية فإن القاضي يملك الحرية الكاملة في تفسيرها.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد تضمنته نص المادة 11 من
المرسوم الرئاسي رقم 359/90 المتضمن صلاحيات وزير الشؤون
الخارجية إذ قصرت صلاحية تفسير المعاهدات الدولية فقط على وزير
الخارجية دون سواه ما يعني عدم تخويل المشرع الجزائري صلاحية
تفسير المعاهدات الدولية للقاضي الوطني.

✓ التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي: بالرجوع إلى موقف المشرع
الجزائري من هذه الإشكالية نجده قد نص صراحة على سمو أحكام

المعاهدة من خلا نص المادة 132 من دستور 28 نوفمبر 1996

حيث جاء فيها: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية

حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون "

• العرف الدولي: المصدر الدولي الثاني لقواعد القانون الدولي الخاص هو

العرف الدولي، وقد أنكر بعض الشراح وجود عرف دولي ملزم في نطاق

القانون الدولي الخاص، ومع ذلك يرى فريق آخر أن في هذا القانون بعض

القواعد المستمدة من العرف الدولي المستقر على غرار قاعدة خضوع العقار

لقانون موطنه، وقد أصبحت هذه القواعد نصرا تشريعية في أغلب الدول

اليوم.

• القضاء الدولي: بما أن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يقضي في

المادة 1/34 منه بأن للدول وحدها الحق في التقاضي أما م هذه المحكمة،

وبما أن منازعات القانون الدولي الخاص تثار فقط بين الأفراد، وليس لهؤلاء

الحق في التقاضي أما هذه المحكمة، ومن النادر أن تتفق دولتان على رفع

دعوى خاصة برعاياها إلى هذه المحكمة، لذلك كان قضاء محكمة العدل

الدولية في نطاق القانون الدولي الخاص من الندرة بحيث لا يمكن أن يعتبر

مصدرا هاما من مصادر هذا القانون، ومع ذلك فهناك أحكام قليلة صدرت

سواء من المحكمة الدائمة للعدل الدولي أو من محكمة العدل الدولية قررت

مبادئ هامة في بعض مسائل القانون الدولي الخاص على غرار مسائل

الجنسية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

مواضيع القانون الدولي الخاص:

يمكن حصر مواضيع القوانين الدولي الخاص فيما يلي:

1- **تنازع القوانين:** وهو موضوع محل إجماع فقهي على أنه من مسائل القانون الدولي الخاص، بل إن قواعد هذا القانون لم توضع في بادئ الأمر إلى من أجل التصدي لمعالجته، ويراد بتنازع القوانين تزام قانونين أو أكثر على حكم علاقة قانونية واحدة، فيجري البحث عن أي القانونين يجب تطبيقه

2- **تنازع الإختصاص القضائي الدولي:** يذهب أغلب الفقه إلى إدراج هذا الموضوع ضمن نطاق القانون الدولي الخاص، إذ أن حل مشكلة تنازع الإختصاص القضائي الدولي سابقة علة حل مشكلة تنازع القوانين، فلكي يحدد القاضي المعروض عليه النزاع القانون الواجب التطبيق يجب عليه أولاً أن يبحث عما إذا كان هو نفسه مختصاً أو غير مختص بالنظر في هذا النزاع، فموضوع تنازع الإختصاص إذا مسألة أولية سابقة لموضوع تنازع القوانين.

وإذا كان أغلب الفقه يعتبر موضوع تنازع الإختصاص من صميم موضوعات القانون الدولي الخاص، فهناك أقلية ترى غير ذلك وتقول بعدم وجود تنازع في الإختصاص القضائي لأن القاضي حين تعرض عليه مسألة تشمل على عنصر أجنبي يقتضي إما باختصاصه أو بعدم اختصاصه دون أن يكون هناك تنازعاً.

3- **مركز الأجانب:** من الفقه من يضيف إلى موضوعات القانون الدولي الخاص موضوع مركز الأجانب على غرار الفقه الإيطالي والإسباني ويستند في ذلك إلى كونه أي مركز الأجانب يعد مسألة أولية ينبغي الفصل فيها قبل الفصل في تنازع القوانين، ذلك أن الأجنبي إذا طالب بحق أمام القضاء الوطني فإن هذا الأخير قبل أن يحدد القانون الذي يطبقه عليه أن يبحث فيما إذا كان لهذا الأجنبي الحق في التمتع بذلك الحق أم لا.

4- **مسألة الجنسية:** يذهب الفقهاء ذو النزعة اللاتينية إلى إدخال موضوع الجنسية في نطاق القانون الدولي الخاص ويستندون في ذلك إلى كون الجنسية تعد ضابطاً

للإسناد يرشد القاضي إلى القانون الراجب التطبيق في مادة تنازع القوانين، كما أنها قد تعد ضابطا لاختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا، فينضح من ذلك أن مسألة الجنسية هي الأخرى مسألة أولية لازمة للفصل في أي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي مما يتعين تبعا لذلك إدراجها في القانون الدولي الخاص

5-الموطن: تذهب الدول الأنجلوساكسونية إلى اعتبار الموطن دون الجنسية مناطا للأحوال الشخصية، وترجع إليه لحل مسألة تنازع القوانين في نطاق الحالة والأهلية، لذلك فإذا كان الرأي السائد هو إدراج مسألة الجنسية ضمن مواضع القانون الدولي الخاص، فيجب وفق هذا الإتجاه أن يدرس كذلك موضوع الموطن إلى جانب الجنسية.

النظرية العامة لتنازع القوانين:

تعريف التنازع:

يعرف تنازع القوانين بأنه تزام قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، وقد يوحي مصطلح تنازع القوانين بوجود صرا سيما في حكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي في حين أن قانون كل دولة محدود بسيادة دولته ولا يستطيع تعدي هذه الحدود بقوة الذاتية ومنازعة قانون القاضي في انطباقه على النزاع، وعليه فإنه لا ينبغي أن نعم مصطلح تنازع القوانين على هذا النحو، فالمسألة لا تتعدى أن تكون مجرد مفاضلة بين القوانين المتعلقة بالعلاقة المشتملة على عنصر أجنبي لاختيار أحسنها.

شروط التنازع:

لقيام تنازع القوانين في نطاق القانون الدولي الخاص وجب توافر الشروط التالية:

- أن تمتد العلاقة القانونية المعروضة إلى إقليم أكثر من دولة.
- أن يكون المشرع الذي يعرض عليه النزاع أمام المحكمة قد أفسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي.
- أن تكون القوانين المرشحة لحكم العلاقة القانونية المعروضة مختلفة في أحكامها، إذ لو كانت أحكامه واحدة لكان هناك محل لقيام تنازع بينها.

في مجال تنازع القوانين: يشترط في القوانين التي تكون محلا لتنازع القوانين أن تكون من جهة صادرة من وحدات سياسية تتمتع بوصف الدولة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام. ومن جهة أخرى يشترط أن تكون منتمية إلى فروع القانون الدولي الخاص لأنه لا يتصور قيام تنازع القوانين بين فروع القانون العام.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بحث موضوع مجال تنازع القوانين يثير حتما إشكالية الاعتراف بالدولة والاعتراف بالحكومة على النحو التالي:

1- الاعتراف بالدولة: لا يمكن تصور قيام تنازع القوانين بين قانون دولة القاضي وقانون دولة لم تعترف بها دولة القاضي، على اعتبار أن عدم الاعتراف بالدولة يعني انكار كل وجود قانوني لها وبالتالي انكار كل ما يصدر عنها من قوانين باعتبار أن هذا العمل مظهر من مظاهر سيادتها.

2- الاعتراف بالحكومة: يذهب الفقه الحديث إلى أن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يسمح للقاضي الوطني بتجاهل القوانين الصادرة عنها والسابقة على الاعتراف بها، باعتبار أنها السارية المفعول فعلا على الإقليم الذي تمارس عليه سلطتها، ذلك أن عدم الاعتراف بالحكومة مسألة سياسية لا علاقة لها بالأفراد.

1- قواعد الإسناد:

في سبيل فص تنازع القوانين في نطاق علاقات القانون الدولي الخاص عمد المشرع الوطني على غرار بقية القوانين المقارنة إلى وضع آلية تبين للقاضي القانون الواجب التطبيق تعرف هذه الآلية بقواعد الإسناد.

وسنحاول من خلال هذا الجزء من دراستنا الوقوف عند معنى قواعد الإسناد ثم بيان خصائصها ثم تفسير هذه الأخيرة على النحو التالي:

1- تعريف قواعد الإسناد:

هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. وتتكون قاعدة الإسناد من عنصرين الفئة المسندة وضابط الإسناد.

أ- الفئة المسندة:

هي مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة والمتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا يسندها به إلى قانون معين، ذلك أن المسائل القانونية من الكثرة بحيث لا تدخل تحت حصر مما يجلب من المستحيل وضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، ولذلك عمد المشرع إلى وضع ما يسمى بالفئات المسندة، بحيث أن كل فئة منها تتضمن المسائل القانونية المتقاربة، ثم ربط كل فئة بقانون معين عن طريق رابط خاص هو ضابط الإسناد.

ب- ضابط الإسناد:

وهو أداة ربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه فقاعدة الإسناد التي تنص على خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون الجنسية والواردة في نص المادة 11 ق.م.ج، قد جعلت من الجنسية ضابطا للإسناد.

وهكذا فكل قاعدة إسناد تقوم على فئة مسندة وضابط إسناد، وكأصل عام فإنه لكل فئة مسندة ضابط إسناد وحيد، إلا أنه يمكن أن يكون لها أكثر من ضابط كما هو الحال بالنسبة لشكل التصرفات القانونية، فهي تخضع حسب المادة 19 ق.م.ج إما لقانون محل الإبرام أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو للقانون الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، ويلاحظ أن ضوابط الإسناد الواردة في نص المادة 19 كلها ضوابط إسناد اختيارية، لكن قد يحدث أن يجعل المشرع للفئة المسندة عدة ضوابط أحدهما أصلي والأخرى اختيارية يؤخذ بها فقط في حالة التعذر الأخذ بالضابط الأول على غرار ما جاء في نص المادة 18 ق.م.ج.

3- خصائص قواعد الإسناد:

تتميز قواعد الإسناد بثلاثة خصائص:

أ- أنها قواعد غير مباشرة:

ذلك أنها لا تطبق مباشرة على النزاع، وإنما تكفي فقط ببيان القانون الواجب التطبيق، فهي لا تتكفل بإعطاء الحل النهائي للنزاع على غرار القواعد القانونية المباشرة الأخرى.

ب- قواعد الإسناد قواعد مزدوجة:

فهي إما أن تعطى الاختصاص لقانون القاضي أو للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية، وفائدة هذه الخاصية تتجلى في أن قاعدة الإسناد لا تترك فراغاً في مشكلة النزاع إذ أنها تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة القانونية المطروحة على القاضي إما لقانونه وإما للقانون الأجنبي. هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إضافة إلى قواعد الإسناد المزدوجة توجد قواعد إسناد فردية، وهي القواعد التي تكفي فقط ببيان مجال التطبيق لقانون القاضي، أي أنها تنتهي دائماً إلى تطبيق قانون القاضي ومثلها نص المادة 13 ق.م.ج.

ج- قواعد الإسناد قواعد محايدة:

حين يطبق القاضي قاعدة الإسناد على مسألة قانونية معروضة عليه فإنه لا يعلم نوع الحل الذي يعطيه للمسألة لأن ذلك يتوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع، وهذا القانون قد يكون قانونه وقد يكون قانوناً أجنبياً.

3- تفسير قواعد الإسناد (مرحلة تسوية تنازع القوانين):

بدبهي القول بأنه لما تعرض على القاضي مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة التي يمكن أن يدرجها تحتها من بين الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه. ويسمى هذا العمل الذي يقوم به بالتكييف، وبعد أن يحدد القاضي الفئة التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة عليه يكون قد عرف القانون المسند إليه، لأن المشرع كما سبق وأن بينا قد ربط كل فئة مسندة بضابط إسناد يشير إلى القانون المختص بحكمها.

والحقيقة أن معرفة القانون المختص بحكم لعلاقة قانونية لا يثبي كل الإشكالات بل يبقى إشكال آخر وهو هل لقاضي يرجع إلى القانون الأجنبي باعتباره كل لا يتجزأ مما يستوجب عليه الالتزام بقواعد الإسناد فيه، أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها ويطبقها مباشرة على النزاع، فالإجابة عن هذه الإشكالية تستوجب منا الوقوف عندما يسمى بإشكاليته الإحالة:

أ- التكييف:

مرحلة التكييف هي أول ما يعرض له القاضي عندما تقدم له مسألة مشتملة على عنصر أجنبي، إذ يجب عليه قبل كل شيء أن يدخل العلاقة القانونية المعروضة عليه في فئة من فئات المسندة حتى

يتمكن من إعمال قواعد الإسناد وبالتالي معرفة القانون المسند إليه فمرحلة التكييف تسبق بالضرورة عملية الإسناد:

تعريف التكييف:

هو تحديد الطبيعة القانونية للمسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق.

وهنا نشير إلى أن التكييف ليس مشكلا خاصا فقط بالقانون الدولي الخاص بل هو مشكل نجده في مختلف فروع القانون الداخلية، إلا أنه في نطاق القانون الدولي الخاص،

لا يتعلق المشكل بالتكييف في حد ذاته، وإنما يتعلق المشكل بالتنازع في التكييف، ذلك أن المسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول، فينبغي قبل إجراء التكييف تحديد القانون

الذي يجري وفقه هذا التكييف، ولو أن قوانين كل الدول تعطي للمسألة القانونية نفس التكييف لها، الأمر، لكن يحدث وأن قوانين الدول تختلف في تكييفاتها ومن ثم تظهر الصعوبة التي تواجه القاضي الذي يقوم

بعملية التكييف والمثال الموالي لماخوذ من القضاء الفرنسي يوضح ذلك:

مات هولندي في فرنسا بعد أن حرز وصية بخط يده، طعن ورثته في صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي، وكان الطعن مبنيا على أن القضاء الهولندي (المادة 992 مدني) يحرم الوصية الخطية

على الهولنديين ولو في الخارج ويعتبر تحرير الوصية في شكل رسمي مسألة متعلقة بالأهلية، إذ أنها تهدف إلى حماية الموصي وكان دفع الموصي له مبنية على أن القانون المختص بحكم شكل الوصية هو

القانون الفرنسي باعتباره القانون المختص بالتكييف، فإذا تم تكييف شكل الوصية وفق القانون الهولندي لحق هذا الأخير بالأهلية وكان القانون الهولندي هو المختص بحكم العلاقة القانونية، وإذا ما

كيف شكل الوصية وفقا للقانون الفرنسي الحق بشكل التصرفات القانونية الخاضعة لقانون محل الإبرام وهو القانون الفرنسي في هذه الحالة.

إذا ما يمكن ملاحظته هو اختلاف القانون الواجب التطبيق باختلاف التكييف مما يستوجب حتما البحث في إشكالية إلى أي قانون يخضع التكييف ؟

اختلف الفقه في إجابته على هذه الإشكالية وانقسم إلى اتجاهات ثلاثة:

أ-1- الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف للقانون القاضي:

- يذهب هذا الاتجاه وعلى رأسه لقيه الفرنسي بارتن إلى ضرورة خضوع التكييف لقانون

القاضي ويستند في ذلك إلى حجة مستمدة من فكرة السيادة، ومفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصا لسيادتها التشريعية.

وعليه فإن المشرع الوطني وحده هو من يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص فيه سيادة دولته،

ولما كان التكييف قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي وفي ذلك انتقاص لسيادة الدولة التشريعية، فإنه

ينبغي أن لا يتم إلا وفقا لقانون القاضي، لأنه لو تم وفقا للقانون الأجنبي فمعنى ذلك أن هذا القانون هو الذي يملك تحديد السيادة التشريعية لدولة القاضي وهو أمر فيه إهدار للسيادة.

- إن التكيف هو في حقيقته تفسير لقاعدة الإسناد والذي يعني بيان المسائل القانونية التي تدخل في نطاق تطبيقها فإذا قضت مثلا قاعدة الإسناد بخضوع الميراث لقانون الجنسية المتوفي فعلى القاضي قبل تطبيقها أن يبين معنى الميراث وفي ذلك تفسير لقاعدة الإسناد السابقة التي تتمحور حول موضوع الميراث.

ولما كان التكيف تفسيرا لقاعدة الإسناد الوطنية على النحو ما بينا فلا يعقل أن يطلب هذا التفسير من حيز القانون الذي تنتمي إليه هذه القاعدة.

- انه من غير الممكن إجراء التكيف وفق القانون الأجنبي، ذلك أن عملية التكيف السابقة على مرحلة الإسناد، فالقانون المختص قبل إجراء التكيف قانون غير معروف، فكيف تجري التكيف وفق قانون مجهول.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الفقيه الفرنسي بارتن يميز في عملية التكيف بين التكيف السابق والتكيف اللاحق:

فالأول غرضه الاهتمام إلى قاعدة الإسناد التي تدرج تحتها المسألة القانونية، المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها، والثاني هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الاهتمام إليها.

فالتكيف السابق هو الذي يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن الهدف منه هو تحديد القانون الواجب التطبيق، وإما التكيف اللاحق فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية على اعتبار أنه يهدف إلى تطبيق القانون المسند إليه إذا فالتكيف السابق هو تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية والتكيف اللاحق هو تفسير للقانون الواجب التطبيق ما يستتبع ضرورة الخضوع له.

وإذا كان الفقيه الفرنسي بارتن قد ذهب إلى ضرورة خضوع التكيف لقانون القاضي فقد اقر بالمقابل استنادات على هذه القاعدة توجزها فيما يلي :

- تكيف المال هل هو منقول أو عقار يخضع لقانون موقع المال دون قانون القاضي وقد يرر هذا الاستثناء بأن كل دولة تهدف إلى حماية ثروتها وخصوصا العقارية، فالمسألة تتعلق بالنظام العام ثم إن تطبيق قانون الموقع أصلح و أنق للتمييز بين ما هو عقار وما هو منقول، كما انه اكفل لاستقرار المراكز القانونية وادعم للحقوق المكتسبة.

- تكيف الفعل الضار يخضع للقانون الذي وقع الفعل في إقليمه، ويبرر هذا الاستثناء بمقتضيات العدالة إلى جانب انه يتعلق أيضا بالنظام العام.

- التكيف المتعلق بقاعدة إسناد واردة في معاهدة: يرى بارتن بأن التكيف وفقا لقانون القاضي ينبغي أن يتجنب لما تكون قاعدة الإسناد واردة في معاهدة دولية لأنه يؤدي إلى الاختلاف في نطاقها نتيجة الاختلاف في التكيف من دولة متعاهدة إلى أخرى وفي ذلك تعطيل لأحكام

المعاهدة وتحتل من أحكامها وإبراكها لهذه الخطورة فإن أغلبية المعاهدات المبرمة في الوقت الحاضر تحرص على إعطاء التكييفات الأساسية اللازمة بنفسها.

أ-2- الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع:

قال بهذا الاتجاه كل من الفقيه الفرنسي ديساكي والفقيه الإيطالي باثيونى والفقيه الألماني ولف، إذ يرون أن لكل قانون تكييفاته ما يستتبع ضرورة إجراء التكييف وفقا للقانون المختص بحكم المسألة القانونية محل النزاع.

وقد انتقد هذا الاتجاه كونه تعترضه استحالة عملية، فالتكييف عملية سابقة على تحديد القانون المختص، فالقاضي قبل لتكييف لا يعلم بعد ما إذا كان قانون ما سيختص بحكم المسألة محل النزاع أم لا.

أ-3- الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف للقانون المقارن:

إذ ينسب الفقيه الألماني رايبيل إلى القول بأن القاضي الوطني لا ينبغي أن يكون مقيدا بقانون معين في إجراء عملية التكييف وإنما ينبغي باستعمال المنهج المقارن أن يستنبط مفاهيم مستقلة تمايز بالصيغة العالمية تكون مرجعا في عملية التكييف.

ويجد هذا الاتجاه أمامه فكرة أساسية هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وجدت لمراجعة علاقات دولية خاصة، ولذلك فإن مضمونها ينبغي أن يتحدد وفقا لقواعد مطابقة لطبيعتها والوظيفة الدولية التي تؤديها، ومن ثم يجب اعتماد مفاهيم عالمية ومجردة في تحديد مضمونها.

هذا الاتجاه ومنع وجاهته من الناحية النظرية فإنه لم يسلم من النقد، ذلك أنه من الصعب على القاضي الوطني الإمام بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن النظم القانونية المختلفة تختلف فيما بينها حول الوصف القانوني للكثير من المسائل، مما يجعل القاضي في غير استطاعته للتوصل إلى مفاهيم وحدة.

أ-4- الاتجاه الفقهي الحديث: إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف

والتوسع في مضمون الفئات المسندة:

طور الفقه الحديث من نظرية الفقيه الفرنسي بارتن إذ أقر بخضوع التكييف لقانون القاضي، لكن وفي ذات الوقت اعترف للقانون الأجنبي بدور في عملية التكييف كما قال بضرورة التوسع في مضمون الفئات المسندة على النحو التالي:

- دور القانون الأجنبي في عملية التكييف: وفق هذا الاتجاه تمر عملية التكييف عبر مرحلتين:

- المرحلة 1: مرحلة التحليل:

لتكييف نظام قانوني معين يقوم القاضي بتحليله للكشف عن ملامحه الأساسية ليهتدي إلى حقيقة طبيعته التي تسمح له بإدراج في إحدى الفئات المسندة في قانونه، ولا يمكن للقاضي أي يجري هذا

التحليل إذا كان النظام القانوني الذي يقوم بتحليله أجنبيا إلا وفقا للقانون الأجنبي الذي ينص على هذا النظام وكل تحليل وفقا لقانونه من شأنه تشويبه.

- المرحلة 2: مرحلة الحكم أو القرار:

بعد أن يقوم القاضي بتحليل النظام القانوني وفقا للقانون المنصوص عليه فيه يأتي دور الحكم أو القرار والذي يعني تصنيف هذا النظام في إحدى الفئات المسندة في قانونه (أي قانون القاضي). وهكذا اعترف الفقه الحديث بدور للقانون الأجنبي في عملية التكييف وذلك من خلال مرحلة التحليل والتي تتم وفقا لهذا القانون.

- التوسع في مضمون الفئات المسندة:

فيتوسع القاضي الوطني في إدراج الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون الأجنبي و غير المنصوص عليها في قانونه الوطني حتى تشملها ويتمكن من الفصل في المسألة.

مثال:

إذا ما عرضت على القاضي الفرنسي مسألة متعلقة بموضوع تعدد الزوجات المحرمة في قانونه وجب عليه التوسع في معنى الزواج ليشمل هذا النظام الغريب على نصوصه ليتمكن من إجراء التكييف وبالتالي فض النزاع

أ- 5- التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري:

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري لاسيما نص المادة 09 يتضح بوضوح أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي، وهو بذلك ينجح إلى نظرية الفقيه بارتن. ويلاحظ بان هذه المادة قد قصرت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه معرفة القانون الواجب التطبيق، فبذلك استبعدت التكييفات اللاحقة لأنها لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي، وتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص. فبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتميز الذي قال به بارتن بين التكييف السابق والتكييف اللاحق.

ويلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد أورد الاستثناءات التي أوردها الفقيه بارتن على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي، وذلك من خلال نصوص المواد التالية:

- المادة 17 جاءت باستثناء تكييف المال عقار أو منقول من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي فأخضعت لقانون مكان تواجد المال.
- المادة 20 أخضعت الالتزامات غير التعاقدية عموما لمكان وقوعها بما في ذلك الفعل الضار، وبالتالي فالاستثناء الوارد في نص المادة 20 ق-م أوسع نطاقا من استثناء الفقيه بارتن والمتعلق فقط بالفعل الضار.

- أما المادة 21 فقد جاءت باستثناء التكييفات المتعلقة بقاعدة إسناد ولادة في معاهدة دولية إذ جاء فيها " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر ".

- وإما فيما يتعلق بما ذهب إليه التفقه الحديث من ضرورة الاعتراف للمشرع الأجنبي بدوره في عملية التكييف فإننا لا نرى ما يمنع القاضي الجزائري من تمكين القانون الأجنبي من هذه الميزة على اعتبار أنها ضرورة عملية يملها المنطق القانوني السليم.

هذا وبخصوص التوسع في مفهوم الفئات المسندة فإنه دائما بالرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الجزائري على غرار نص المادة 12 الفقرة الثانية والتي أوردت ضمن طرق انحلال الزواج الانفصال الجسماني رغم أنه نظام قانوني مجهول في لنصوص القانونية الجزائرية وذلك توسعا في مفهوم انحلال الزواج ليشمل طرقا وأساليب مجهولة في القانون الجزائري فإن ذلك مرده فقط التوسع في مفهوم ومضمون الفئات المسندة ما يدل دلالة فاطعة على أن المشرع الجزائري أخذ بالتوسع في مفهوم الفئات المسندة مسيطرة ومواكبة لما ذهب إليه التفقه الحديث.

ب- الإحالة:

إذا انتهى القاضي من التكييف وادخل العلاقة القانونية في إحدى الفئات المسندة في قانونه انتقل إلى البحث عن القانون الواجب تطبيقه أي إسناد العلاقة القانونية إلى القانون الذي يجب أن تخضع له وهذا هو الإسناد.

ومعلوم أن كل القوانين تتضمن إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة على النزاع قواعد إسناد مهمتها بين القانون المختص بحكم العلاقة القانونية لمشتملة على عنصر أجنبي، ويثور نتيجة لذلك في غالبية الأحوال تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في قانون أجنبي.

ويأخذ هذا التنازع صورتين إما أن يكون إيجابيا أو يكون سلبيا، والحقيقة هي أن التنازع الإيجابي لا يثير أي إشكالية على اعتبار أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق قانونه، لكن الإشكال يثار بالنسبة للتنازع السلبي والذي يعني أن قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانون أجنبي كأن يتعلق الأمر مثلا بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر، فوفقا لقواعد الإسناد الجزائرية (المادة 10 ق.م) فإن لقانون الانجليزي هو المختص ووفقا لقواعد الإسناد الانجليزية فإن القانون الجزائري هو المختص.

وتطرح في هذه الصورة من لتنازع لمشكلة التالية:

هل يرجع القاضي المعروض عليه النزاع في حالة إشارة قواعد الإسناد في قانونه إلى اختصاص قانون أجنبي معين، إلى قواعد الإسناد في هذا الأخير، أم أنه مباشرة يرجع ويطبق القواعد الموضوعية فيه، تسمى هذه المشكلة في فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة والتي تعني " نظرية تقول بضرورة

الرجوع وتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية طبقا لقواعد الإسناد في قانون لقاضي .

وعليه فإذا قلنا بأنه يجب الانتصار فقط على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي المختص دون حاجة إلى الرجوع إلى القواعد الإسناد فيه نكون من معارضي الإحالة والعكس صحيح.

ب-1- أنواع الإحالة:

الإحالة نوعان: إحالة من الدرجة الأولى وإحالة من الدرجة الثانية.

-الإحالة من الدرجة الأولى :

تكون أمام إحالة من الدرجة الأولى لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي الاختصاص إلى قانون القاضي وليس إلى قانون أجنبي.

وقد طرحت لأول مرة مسألة الإحالة وبالذات الإحالة من الدرجة الأولى في القضاء الفرنسي في قضية مشهورة تعرف بقضية فورقو، ومن يومها والفقهاء في جنل بشأنها إلى الساعة.

-الإحالة من الدرجة الثانية:

تكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في قانون أجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد لقانون القاضي الاختصاص إلى قانون أجنبي آخر غير قانون القاضي وقد طرحت لأول مرة في قضية عرفت بقضية مارشي سنة 1938.

ب-2- مؤلف الفقهاء من مسألة الإحالة:

الاتجاه الأول: الاتجاه المنتصر للإحالة:

يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى جملة من الحجج نوجزها فيما يلي:

- متى كان القانون الأجنبي واجب التطبيق فيجب أن يرجع إليه باعتباره كلاً لا يتجزأ، سواء في ذلك قواعد الداخلية أو قواعد الإسناد إذ أن الأخذ فقط بالقواعد الداخلية فيه دون تلك الخاصة بتنازع القوانين يؤدي إلى التمييز بين قواعده وتجزئة له لا مبرر لها.
- من غير المستساغ أن يكون لقاضي الذي يعرض عليه النزاع ملكياً أكثر من الملك فيرغم القانون الأجنبي على قبول الاختصاص ربما عنه فإذا كان هذا القانون يتخلى عن اختصاصه لقانون آخر سواء كان قانون القاضي أو قانوناً آخر غيره، بحكم قواعد التنازع فيه فكيف يطبق لقاضي المعروض عليه النزاع قواعد هذا القانون الأجنبي الداخلية ربما عنه.
- في الأخذ بالإحالة تسهيل وتعميم للحلول.
- في الأخذ بالإحالة تيسير للكثير من المشاكل في حالة ما إذا كان الأمر متعلقاً ببلد تتعدد فيه الشرائع.

- الاتجاه الثاني: الاتجاه الرفض للإحالة:

ينطلق هذا الاتجاه في رفضه للإحالة من الحجج التالية:

- الغرض من وضع قواعد الإسناد من طرف المشرع هو لحل مشكلة تنازع القوانين ولذلك لما يرجع القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه وينتهي إلى تحديد القانون الأجنبي المختص فإنه يكون بذلك قد حل مشكلة تنازع القوانين فلا حاجة للرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية وفق قواعد الإسناد في قانون القاضي.

- ردا على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة والتي مفادها أنه ينبغي اخذ القانون الأجنبي في جملته مما يتعين الرجوع إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها بقول معارضوا الإحالة ينبغي اعتبار قانون القاضي هو كذلك كلاً لا يتجزأ مما يتعين الرجوع كذلك إلى قواعد الإسناد من جديد بعد الإحالة من القانون الأجنبي إليه.

وهكذا يبقى كل من القانونين يحيلان على بعضهما البعض مما يدخلنا في حلقة مفرغة نبيهها معارضوا الإحالة بلعبة التنس.

وفي الأخذ بالإحالة انتهاك للسيادة التشريعية لدولة القاضي، إذ أن تطبيق القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي يعني امتثال القاضي الوطني لأوامر المشرع الأجنبي وفي ذلك خرق واضح للسيادة التشريعية لدولته.

وردا على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة من أنها تؤدي إلى توحيد الحلول بين الدول يقول معارضوا الإحالة بأنه لا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا اخذ قانون بالإحالة دون القانون الآخر، أما إذا كانت كل الدول قد أخذت بالإحالة فإن هذا التوحيد في الحلول لا يمكن أن يتحقق وفي ذلك حجة تدحض حجج مناصري الإحالة.

ب-3- موقف المشرع الجزائري من مسألة الإحالة:

قبل استعراض موقف المشرع الجزائري أحببت التعرّيج على موقف القانون المقارن منها، إذ أن هذا الأخير شأنه شأن، الفقه الدولي انقسم بين معارضين ومؤيد لها وإذا كانت اغلب القوانين العربية قد رفضت الأخذ بها على غرار القانون المصري والعراقي والسوري والأردني وهو حال القضاء في لبنان والمغرب.

أما خارج الدول العربية، فهناك دول أخذت بها ودول لم تأخذ بها، فمن الدول التي أخذت بها فرنسا، ألمانيا، بلجيكا، إنكلترا، النمسا، اليابان، بولونيا، وكذلك معظم دول أمريكا اللاتينية، أما من الدول التي لم تأخذ بها نجد: إيطاليا، هولندا، اليونان

وأما عن موقف المشرع الجزائري فنلاحظ انه مر بمرحلتين هما:

المرحلة الأولى: قبل تعديل القانون المدني 20 يونيو 2005:

حيث خلى القانون المدني الجزائري من نص صريح بخصوص الإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين ما عدا نص المادة 23 الذي يقبل الإحالة في مجال التنازع الداخلي. وقد حاول الفقه انطلاقا من هذا النص لوقوف عند حقيقة موقف المشرع الجزائري من الإحالة، فانقسم إلى اتجاهين اثنين:

- الاتجاه الأول:

يرى بان المشرع الجزائري قد اخذ بالإحالة انطلاقا من نص المادة 23 على رأس الاتجاه الفقيه امحمد يسعد، إذ يقول بما أن المشرع الجزائري يفرض على القاضي الرجوع إلى القانون الداخلي الأجنبي، لتحديد النظام القانوني الذي سيطبقه من بين الأنظمة المتعددة فيه، فلماذا يكون الأمر على خلاف ذلك لما يكون نفس القانون الداخلي الأجنبي هو الذي بين نظاما قانونيا أجنبيا فالمسألة هنا وهناك هي دائما نفسها، مع ملاحظة أن الفقيه امحمد يسعد يقول بضرورة عدم قبول الإحالة في الأحوال الشخصية إلا إذا كانت قوانين الأحوال الشخصية غير مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن قبول الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأسرة على غير المسلمين.

- الاتجاه الثاني:

على رأسه الفقيه علي علي سليمان، إذ يرى أن الإحالة استثناء من الأصل وفي ظل عدم وجود نص صريح يأخذ بها على القاضي الجزائري الرجوع مباشرة إلى القواعد الداخلية في القانون الأجنبي وتطبيقها على النزاع دون الحاجة إلى الرجوع إلى قواعد التنازع فيه إذا دلت على اختصاصه قواعد الإسناد الوطنية.

المرحلة الثانية: بعد تعديل 20 يونيو 2005

نص المشرع الجزائري صراحة على موقفه من الإحالة بعد تعديل 20 يونيو 2005 تضمنته المادة 23 مكرر 1 إذ جاء فيها: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة تنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص ". إذا وباستقراء نص المادة 23 مكرر 1 يمكن القول أن المشرع الجزائري اخذ بالإحالة من الدرجة الأولى باعتبارها استثناء عن الأصل والذي هو عدم الأخذ بالإحالة.

ب-4- نطاق الإحالة:

يستبعد أغلبية مناصري الإحالة إعمالها في حالتين:

- الحالة الأولى:

خاصة بقاعدة خضوع التصرفات القانونية لقانون إرادة المتعاقدين؛ ذلك أن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة من شأنه أن يخل بتوقعات المتعاقدين ناهيك عن الأخذ بها فيه تجاهل واضح بضابط الإرادة الذي وضعه المشرع لاختيار القانون الواجب للتطبيق على الالتزامات التعاقدية.

- الحالة الثانية:

استبعاد الأخذ بالإحالة بشأن شكل التصرفات القانونية؛ لما وضعت غالبية التشريعات قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامه، فانما أرادت بذلك ضمان صحة هذا التصرف من حيث الشكل إذا كان قد احترم قانون بلد الإبرام، فإن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يتعارض مع هدف قاعدة الإسناد الرامية كما أسلفنا إلى ضمان صحة التصرف.

ولذلك فإن الفقهاء قاموا باستبعاد الإحالة بالنسبة للشكل التصرفات القانونية لما يكون القانون المختص هو قانون البلد الذي تم فيه إبرامها.

تطبيق القانون الأجنبي:

الحقيقة أن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي مسألة تثير عدة مشاكل ناشئة أساساً من جهله به غالباً، ومن كونه صادراً عن سلطة لا تملك إصدار الأوامر له ذلك أن القاضي لا يتلقى الأوامر إلا من مشروع دولته، لكن ورغم ذلك ففقهاء القانون الدولي الخاص يجمعون على إمكانية تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي، إلا أنهم اختلفوا في أسس تطبيقه.

أساس تطبيق القانون الأجنبي:

- المجاملة الدولية: أجاز فقهاء المدرسة الهولندية تطبيق القانون الأجنبي على أساس

المجاملة الدولية و اختلفوا في تحديد مضمونها، فعند البعض منهم فإن فكرة المجاملة تعني أن

تطبيق القانون الأجنبي منوط بتقدير القاضي حسبما تقتضيه المصلحة، و هذا القول منتقد على

اعتبار أنه يفتح المجال على مصراعيه لأهواء القضاة و في ذلك ضرر لا يخفى بمصالح

الأفراد.

و الفهم الصحيح لفكرة المجاملة الدولية عند هذه المدرسة هو أنه قصد بما أن المشرع حر في

السماح أو عدم السماح بتطبيق القانون الأجنبي، ومنى سمح بتطبيقه كان ذلك على سبيل المجاملة

الدولية، و هكذا فإن فكرة المجاملة الدولية حسب التفسير الأخير لها تقوم بدورها في مرحلة وضع

قاعدة الإسناد و ليس في مرحلة تطبيقها.

- **نظرية الحقوق المكتسبة:** قال بها الفقه الإنجلو أمريكي و التي تعني بأنه ليس بوسع قاضي الدولة النظر في حق مكتسب في الخارج إلا إذا استند إلى القانون الأجنبي الذي نشأ الحق تحت سلطانه.

غير أن هذه النظرية انتقدت بسبب أنه ليست كل القضايا المطروحة على القاضي متعلقة بحقوق مكتسبة، بل هناك نزاعات تعرض على القاضي الوطني متعلقة بإنشاء حقوق، فهذه النظرية غير شاملة إذ أنها لا تعطي لنا تفسيراً لتطبيق القانون الأجنبي إلا في مجال واحد هو مجال الحقوق المكتسبة.

- **نظرية الاستقبال و الاستيعاب:** ظل يقول الفقهاء الإيطاليون بخصوصية كل نظام قانوني أي قصر الصفة القانونية على ما يدخل فقط في النظام القانوني الإيطالي و إنكارها على ما يخرج منها، و يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تأسيس تطبيق القانون الأجنبي على أساس اندماجه في القانون الوطني، فعندما تشير قاعدة الإسناد الإيطالية باختصاص قانوني أجنبي فهي تسمح هذا القانون في النظام القانوني الإيطالي، و لذلك سميت بنظرية الاستقبال و الاستيعاب و قد اختلف الفقه الإيطالي في طبيعة هذا الاندماج فمنهم من قال بأنه اندماج مادي كلي للقاعدة القانونية الأجنبية و منهم من قال بأنه اندماج شكلي فقط مع احتفاظ القاعدة القانونية الأجنبية بمضمونها.

وقد انتقدت هذه النظرية على اعتبار أنها تؤدي إلى تأميم القاعدة القانونية الأجنبية إما تأميماً كلياً أو تأميماً شكلياً، وبالتالي فهي تسقط عن القاعدة القانونية الأجنبية وصف الأجنبية و تجعل منها قاعدة قانونية وطنية.

- **نظرية التفويض:** ترى طائفة من الفقهاء الألمان و الفرنسيين أن المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني ببناء على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية، و ما يعيب هذه النظرية هو أن التفويض لا يمكن أن يكون إلا لمفوض معين بينما المفوض هنا غير معلوم.

- **معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع:** لقد أقر القضاء الفرنسي جملة من الأحكام في معاملته للقانون الأجنبي استنتج الفقه من خلالها أن القضاء الفرنسي يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع من هذه الأحكام و التوجيهات أنه ألزم الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي إثبات مضمونه و إلا طبق القاضي القانون الفرنسي

أن القاضي لا يملك تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به أحد أطراف الخصومة.

أن محكمة النقض الفرنسية ترفض بسط رقابتها على التفسير الذي أعطاه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي.

وقد أيد جانب كبير من الفقه الفرنسي هذا الموقف، إذ ذهب الفقيهان باتيفول و لاقارد إلى القول بأن القانون الأجنبي ينبغي أن يطبق في فرنسا دون أن يكون هناك اعتراف بأية سلطة في فرنسا للمشرع الأجنبي، و يتم هذا التطبيق للقانون الأجنبي بأمر من المشرع الفرنسي باعتباره واقعة لتجرده من العنصر الأمر.

- وضعية القانون الأجنبي في التشريع الجزائري: يستشف موقف المشرع الجزائري من

خلال نص المادة 358 ق.إ.م.إ و التي تضمنت أوجه الطعن بالنقض إذ جاء في فقرتها المبادئية: "... مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة" فقصرت هذه المادة بسط رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ما يعني بالمخالفة عدم رقابتها لتطبيق القانون الأجنبي إذا لم يتعلق بقانون الأسرة، و هو ما يدل على أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع ما عدا ما تعلق منه بقانون الأسرة فيعامله معاملة القانون. و هو ما يشير إشكالية مدى إلزامية قاعدة الإسناد في القانون الجزائري انطلاقاً من نص المادة 358 سابقة الذكر.

- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي:

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي:

يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية وفقا لقواعد الإسناد الوطنية في حالتين اثنتين:

1- إذا كان مخالفا للنظام العام في دولة القاضي:

يتعين علينا بصدد النظام العام تعريفه ثم بيان خصائصه وشروط التمسك به وأخيرا آثاره

أ. تعريف النظام العام: لم يعرف المشرع الجزائري النظام العام بل اكتفى في نص المادة 24 من القانون المدني على أنه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."

أم الفقه من جهته فيقرر أن النظام العام يقصد به مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معينة خلال فترة زمنية معينة سواء أكانت هذه المبادئ سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية أو أخلاقية. هذا وسبق أن أشرنا إلى أن المدرسة الإيطالية في القرون الوسطى قد ميزت بين القوانين المستهجنة وهذه لا تطبق خارج الإقليم التي صدرت فيه والقوانين المستحسنة والتي يمكن أن يمتد تطبيقها خارج إقليم صدورها، هذا التمييز الذي كان نواة ما يعرف الآن بالنظام العام.

ب. خصائص النظام العام: يمكن القول على العموم أن النظام العام يمتاز بأنه مرن ونسبي وأنه وطني وقضائي كذلك، فهو نسبي لأن ما يعد في دولة من الدول من النظام العام لا يعد كذلك في غيرها، وهو مرن على اعتبار أنه قادر

على التغيير في الدولة الواحدة، ومثال ذلك أن الطلاق في فرنسا كان محظورا قبل سنة 1884 وفي إيطاليا إلى سنة 1970 ثم صار بعد ذلك مباحا.

كما يمتاز النظام العام أيضا بأنه وطني ذلك ان القاضي الوطني هو الذي يجب عليه تقدير مفهومه ومجاله بالنظر إلى المبادئ العامة السائدة في دولته، على أنه يجب في هذه الحالة التمييز بين ما يعرف بالنظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فالأول يتعلّق بالعلاقات القانونية الداخلية فحسب ويراد منه تقييد سلطان الإرادة أمام القواعد الآمرة في القانون الداخلي ويترتب على النظام العام في المجال انداخلي إبطال التصرف بطلانا مطلقا، وهذا كله عكس ما عليه الحال في النظام العام الدولي الذي يترتب على إعماله استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف.

كما أن النظام العام الدولي أضيق من الأول على اعتبار أن ما يخالف النظام العام الداخلي قد لا يخالف النظام العام الدولي، هذا ويلاحظ أن ما يخالف النظام العام الدولي لا بد من أنه يخالف النظام العام الداخلي لكون الأول أكثر تشدداً، فما يمنعه الأول يمنعه من باب أولى الثاني.

ويتميز النظام العام أخيرا بأنه قضائي، لأن القاضي هو الذي يحدده مستلهما في ذلك ضمير الجماعة لا ما يراه هو، ثم هو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن الأمر يتعلّق بمسألة قانونية يترتب عنها تعطيل قاعدة إسناد وطنية.

ج. شروط الدفع بالنظام العام: يعتبر النظام العام من الناحية الإجرائية دفعا موضوعيا مما يجيز إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوة، على أنه مع ذلك يشترط لإعماله أن تتوافر الشروط الآتية:

• أن يتعلّق الأمر بقانون أجنبي واجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد الوطنية.

• أن يكون تطبيق القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام في دولة القاضي.

• أن يراعى القاضي النظام العام السائد وقت الفصل في النزاع لا وقت نشوؤه.

د. أثر الدفع بالنظام العام: يميز الفقه فيما يخص أثر الدفع بالنظام العام بين أثاره فيما يخص حق يراد إنشاؤه في دولة القاضي وأثاره فيما يخص الحقوق المكتسبة في الخارج.

• أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص حق يراد إنشاؤه في دولة القاضي: ذهب الفقه إلى أن إعمال فكرة النظام العام ترتب إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله والمعبر عنها بالأثر السلبي والأثر الإيجابي للنظام العام.

- الأثر السلبي للنظام العام: يتمثل الأثر السلبي في النظام العام في الاستبعاد الكلي أو الجزئي لأحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

- الأثر الإيجابي للنظام العام: يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 2/24 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العامة أو الآداب العامة"

• أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج: تختلف آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج التي تثار أمام القاضي الوطني وذلك فيما إذا ما تعلق الأمر بالاعتراف بحقوق مكتسبة قد

نشأت صحيحة في دولة أجنبية واستفدت مراحل تكوينها وتتعارض مع النظام العام لبلد القاضي الوطني المعروض عليه النزاع، أو أنه يتعلق بالاحتجاج بحقوق قد نشأت في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الوطني.

وعليه فإن الحالة الأولى يترتب عنها ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام أما الحالة الثانية فهي تتعلق بالأثر الإنعكاسي للنظام العام كالآتي:

- الأثر المخفف: يتعلق هذا الأثر بالحقوق التي تنشأ في دولة أجنبية وتثار أمام القاضي الوطني رغم تعارضها مع النظام العام في بلد هذا الأخير، والغاية من إقرار هذا الأثر هو الحد من صرامة الدفع بالنظام العام ورغم تعارض هذه الحقوق مع النظام العام في دولة القاضي إلا أن هذا الأخير يقرها وفي ذلك تخفيف من أثر الدفع بالنظام العام ومثالها: جزائري متزوج بزوجتين انتقل بهن إلى فرنسا رفعت زوجته الثانية دعوى تطالبه من خلالها بالنفقة في هذه الحالة رغم أن التعدد يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا إلا أن القاضي الفرنسي يقضي بحق الزوجة الثانية فذفي النفقة تخفيفا لفكرة الدفع بالنظام العام.

- الأثر الإنعكاسي للأثر بالدفع العام: يرتبط هذا الأثر بالحالة التي ينشا فيها حق عن طريق إحلال قانون القاضي الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام في بلد القاضي، حيث لا يترتب على هذا الحق أي أثر في البلد الأجنبي المستبعد قانونه، غير أنه في حالة الاحتجاج به أمام القضاء لدولة ثالثة فهنا يتوقف الأمر على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي الوطني، ومثال ذلك إبرام عقد زواج في فرنسا بين بيض وسود مع العلم أن قانون الأبرتاي في جنوب إفريقيا يمنع هذا الزواج وفقا

لنظام التمييز العنصري، فلو توطن هذان الزوجان في الجزائر وطرحت مسألة صحة أو بطلان هذا الزواج أمام القاضي الجزائري فما هو موقف هذا الأخير من هذه المسألة.

تخضع المادة 11 من ق.م.ج شروط الزواج لقانون الزوجين، وحسب المسألة أعلاه هو قانون جنوب إفريقيا الذي يتبنى نظام التمييز العنصري، وهنا نتساءل فيما إذا كان يفترض على القاضي الجزائري الاعتراف بصحة هذا الزواج المبرم في ظل القانون الفرنسي رغم مخالفته للنظام العام في الجزائر، أم يحكم بصحته ما دام النظام العام في الجزائر يندد بالتمييز العنصري؟

فرق النفقة في هذه المسألة بين حالتين:

- الحالة التي يكون فيها النظام العام الأجنبي أو النظام العام لقاضي الدعوى بتبيان نفس الحلول، فإن قاضي الدعوى يتبنى النظام العام الأجنبي.
- أما في حلة أن يكون فيها النظامان لا يتبينان نفس الحلول فإن قاضي الدعوى يرفض أي أثر للنظام العام الأجنبي.
- وعليه فإن القاضي الجزائري في المثال السابق يقضي بصحة هذا الزواج.

2- الدفع بالغش نحو القانون:

تنص المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا ... ثبت له الإختصاص بالغش نحو القانون.

- نشأة فكرة الغش نحو القانون: ظهرت لأول مرة فكرة الغش نحو القانون كآلية لاستبعاد القانون الأجنبي في قضية DE BEAUFFREMONT التي

فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية سنة 1878. وتتخلص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي DE BEAUFFREMONT فأصبحت فرنسية الجنسية بفعل زواجها منه. حصل سوء تفاهم بين الزوجين أدى بهما إلى ما يعرف في القوانين الغربية بالإنفصال الجسماني حيث كان حينها القانون الفرنسي يمنع الطلاق. رغبة من الزوجة في الزواج من رجل آخر يدعى Bibesco، لجأت الزوجة إلى إحدى المقاطعات الألمانية وتجنست بجنسيتها. ولما كان القانون الذي يسري على الزوجة بعد تغيير الجنسية، هو القانون الألماني، وهذا بحسب قواعد التنازع الفرنسية، فإن الانفصال الجسماني يعد في حكم الطلاق. وبالتالي أمكن للزوجة بهذه الطريقة الزواج ثانية بالمدعو Bibesco .

وعندما كان الزوجان الجديان بفرنسا نازع الأمير الفرنسي DE BEAUFFREMONT في صحة الزواج الثاني على أساس أن تجنس زوجته كان بنية الغش وقصد التهرب من أحكام القانون الفرنسي، استجابت محكمة النقض لطلب الزوج وقضت بعدم نفاذ الزواج الثاني.

• مدلول الغش نحو القانون: من القضية السابقة ظهرت إذن هذه الوسيلة

الجديدة لأجل استبعاد القوانين الأجنبية لا لأنها مخالفة للنظام العام، بل لأن الاختصاص التشريعي الذي تقرر للقانون الأجنبي لم يتحقق بطريقة طبيعية وإنما جاء نتيجة تلاعب بقواعد الإسناد كما حدث في قضية الحال إذ اكتفت الزوجة بتغيير جنسيتها ليتحقق لها مرادها وتصبح مطلقة وهو الوضع الذي يمنع القانون الفرنسي حينها. فهربوا من هذا الحكم لجأت الزوجة إلى تلك الحيلة. من هذا إذن يظهر الغش نحو القانون كوسيلة يقصد من ورائها التحايل على ضوابط الإسناد في دولة القاضي قصد التهرب من أحكام

القانون الواجب التطبيق وعليه يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه التغيير الإرادي لضابط الإسناد بهدف الإفلات من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة القانونية وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي.

• **شروط تحقق الغش نحو القانون:** يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون عدة شروط، اثنان منها متفق عليهما فقها وقضاء والباقي مختلف فيه:

1/ الشرطان المتفق عليهما:

- التغيير الإرادي لضابط الإسناد: حتى يكون في الإمكان الدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يكون هذا التغيير إراديا وهو ما لا يمكن تصوّره بالنسبة للضوابط التي لا تتوقف على إرادة الأشخاص كضابط موقع العقار فهو من الضوابط التي تقلت من إرادة الفرد، أما تلك التي تتوقف على إرادة الأشخاص فهي تقبل التغيير ويمكن بالتالي أن تفتح المجال للغش نحو القانون ومثالها ضابط الشخصية بالنسبة لأحوال الشخصية وضابط الموطن وضابط موقع المال.
- أن تتوفر نية الغش نحو القانون: إذ لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون، وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة.

2/ الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون:

- أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي: وهو قول منتقد على اعتبار أن الغش هو الغش في كل الحالات وينبغي مطاردته حيث كان، كما أن التحايل على القانون

الأجنبي في حقيقته تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي.

- أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها أمراً: وهو الآخر قول منتقد إذ يرى الفقه الغالب بأن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة ذلك أن هذه القواعد لها نفس صفة الإلزام التي للقواعد الأمرة فهي مثلها لا تطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها.

• أثر الدفع بالغش نحو القانون: لما كان مستعمل الغش يستخدم وسائل معينة (أي تغيير ضوابط الإسناد) قصد تحقيق أهداف ممنوعة عليه في قانونه، فإن الفقه اختلف في أثر الدفع بالغش بين أن تبطل وسيلة الغش وغايته ولن يقتصر الأمر على إبطال الغاية دون الوسيلة، فلدى فقه المرجوح يجب إتباع الحل الأول، أما الفقه الغالب ومحكمة النقض الفرنسية فتري الإقتصار على الغاية فحسب بحيث لا تكون النتيجة نافذة في دولة القاضي، أما الوسيلة فتظل على حالها، لأن القضاء لا يملك إبطال سند صادر عن دولة أجنبية وبهذه الكيفية فإنه يستبعد القانون الذي اصطنع اختصاصه ويحل محله القانون الواجب التطبيق

المبحث الثالث

تطبيق قاعدة التنازع

يقصد بتطبيق قاعدة التنازع، تحديد قواعد الإسناد بالنسبة للفئات للمسندة التي وضعها المشرع لحل مشكل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الفئات القانونية، وقد تضمن المشرع الجزائري هذه الفئات في المواد من 10 إلى 20 من التقنين المدني التالي:

- فئة الأحوال الشخصية (المواد من 10 إلى 16).
- فئة الأحوال العينية (المادتين 17 و 17 مكرر).
- فئة التصرفات الإرادية (المادتين 18 و 19).
- فئة الواقع القانونية أي الالتزامات غير التعاقدية (المادة 20 مدني).

المطلب الأول

فئة الأحوال الشخصية

المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب عليها القانون أثر قانونية في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان نكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو ابنا شرعا أو كونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو جنونه، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيد لسبب من الأسباب القانونية، ويضاف إلى هذا التعريف بعض المسائل المتعلقة بالمال، كالوقف والهبة والوصية والنفقة. 3

والمشرع الجزائري في نظامه القانوني لم يعرف المقصود بالأحوال الشخصية في القانون المدني أو في قانون الأسرة وإنما حدد فقط نطاقها، حيث يعتبر من الأحوال الشخصية الحالة والأهلية (المادة 10 من ق.م)، والزواج والمشتراطات المالية التي تصحبه وأثاره وانحلاله (المواد 13، 12، 11 ق.م)، النفقة بين الأقارب (المادة 14 ق.م)، الولاية الوصاية والقوامة (المادة 15 ق.م)، الموارث والوصية (المادة 16 ق.م)، الهبة (المواد من 202 إلى 210 من قانون الأسرة الجزائري)، وأخيرا البنوة وإثبات النسب والولادة.

ويخصوص ضابط الإسناد الذي يطبق على طائفة الأحوال الشخصية، فقد اختلفت التشريعات في تحديده، فمن الدول من أسندت هذه الطائفة لقانون الجنسية ومنها من أسندتها لقانون الموطن، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أسندها لقانون الجنسية بدلا من القانون الموطن. وعليه، سنتناول المسائل التي تدخل في نطاق قانون الأحوال الشخصية كل على حدا، مع الإشارة إلى ضابط الإسناد الذي يحكم كل واحدة منها كالآتي:

الفرع الأول

الحالة

- أولا: حالة الشخص الطبيعي

يقصد بها مجموعة الصفات التي تحدد ذات الشخص ومركزه في دولته وأسرته وتسمى "بالحالة المدنية"، وهي تشمل مجموع صفات الشخص الطبيعي، ككونه ذكر أو أنثى، بالغ أو ناقص الأهلية، أبا أو ابنا سليم القوى العقلية أو مصاب بعاهة، كذلك تشمل الدين والاسم واللقب وغيرها من الصفات.

فكل هذه الصفات يعبر عنها بحالة الشخص المدنية، وهي تخضع لقانون الجنسية أي قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص، ولقد نظم المشرع الجزائري ضابط الإسناد الذي يحكم الحالة في المادة 1/10 من ق.م.ج بالنص على أنه: 'يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم'.

وعليه، فقانون الجنسية الشخص الطبيعي هو الذي يحكم كافة عناصر حالته منذ ولادته حتى وفاته، كما يحكم القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات الحالة ووسائل إثباتها.

• الاسم واللقب كعنصرين من عناصر الحالة:

يعد اللقب والاسم من عناصر حالة الشخص، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 28 مدني على ضرورة تمتع كل شخص بلقب واسم جزائري فأكثر حسب العادات والتقاليد حيث لقبه يلحق بأولاده، كما نظم المشرع مسألة اكتساب وتبديل الألقاب في المادة 29 من نفس القانون،

حيث يسري عليها القانون المتعلق بالحالة المدنية، وعليه يتبين لنا من هاتين المادتين أن اللقب والاسم يخضعان لقانون جنسية الشخص لأنهما لاصقان به.

- ثانيا: حالة الشخص الاعتباري

يوجد من الناحية القانونية إلى جانب الشخص الطبيعي الشخص الاعتباري الذي يتميز بحالة خاصة به تتعلق بنظامه القانوني من حيث تكوينه وتمتعه بالشخصية القانونية وإرادته وتمثيله وفيما يخص التصرف المنشئ له وكذلك طريقة تعديله والآثار المترتبة على ذلك وكذا طريقة حله وتصفيته.

والرأي الراجح يخضع حالة الشخص الاعتباري إلى قانون مقر مركز إدارته الرئيسي، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 3/10 من ق.م على ضابط الإسناد خاص بالنظام القانوني للشخص المعنوي وهو مقره الاجتماعي والفعلي، حيث جاء نص المادة كالتالي: "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات" وغيرها، يسيري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي والرئيسي والفعلي".

وطبقا لأحكام المادة 5/50 والفقرة الأخيرة من المادة 10 من ق.م، فإنه في حال ما إذا كان مقر الإدارة الفعلي والرئيسي للشخص المعنوي موجودا في الخارج ومارس نشاطا في الجزائر، فإنه يخضع في ممارسة هذا النشاط للقانون الجزائري بوصفه قانون محل ممارسة النشاط.

الفرع الثاني

الأهلية

تعتبر الأهلية من أم المسائل في الأحوال الشخصية، فقد أخضعها المشرع الجزائري لقانون الجنسية طبقا لنص المادة 1/10 من ق.م.ج.

والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء التي ترتبط بين التميز وهو 19 سنة في القانون الجزائري، وهي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات.

وقانون الجنسية الذي يطبق على أهلية الشخص هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص بالغا سن الرشد أو ناقص الأهلية أو عديم الأهلية، وهو الذي يحدد لنا عوارض الأهلية كالجنون والسفه

والعته، والتصرفات التي يمكن لعديم الأهلية أن يقوم بها بمفرده والتي لا يجوز له القيام بها بمفرده ومتى يمكن لعديم الأهلية أن يقوم بها لنا بمفرده والتي لا يجوز له القيام بها بمفرده ومتى يمكن رفع الحجز عليه، كما يحدد الأشخاص الذين لهم الحق في الطعن في التصرفات التي يقوم بها ناقص الأهلية بالإضافة إلى الجوانب الواردة على عدم احترام القواعد المتعلقة بعديم الأهلية (البطلان النسبي، البطلان المطلق).

وإذا كانت المادة 1/10 أعلاه أقرت خضوع الأهلية لقانون الجنسية فإن فقرتها الثانية قد جاءت باستثناء مفاده الخروج عن المبدأ العام بإخضاع الأهلية لقانون القاضي من قانون الجنسية لكن بتوفر الشروط التالية:

1. أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية مثل عقد البيع، أما إذا كان العقد خاص بالأموال الشخصية كعقد الزواج فلا يطبق قانون القاضي وإنما يطبق القاعدة العامة بدلا منه.
2. أن يبرم هذا التصرف في الجزائر وينتج أثاره فيها، ولا يكفي تحقق أحد الشرطين بل لابد من تلازم الأمرين معا وحصولها في الجزائر معا.
3. أن يكون الأجنبي كامل الأهلية طبقا لقانون الأهلية لقانون القاضي الجزائري وناقصها طبقا لقانون جنسيته، أما إذا كان الشخص ناقص الأهلية في نظر القانونيين معا فلا يعتد بهذا الاستثناء.
4. أن يكون الطرف الثاني الذي مع الأجنبي وطنيا، ويفهم هذا الشرط من المفهوم المخالفة للنص حيث قال إذا كان أحد الطرفين أيضا.
5. أن يكون مرجع نفس الأهلية إلى سبب فيه خفاء يصعب على الطرف المتعاقد مع الأجنبي تبيينه، بمعنى أن يكون المتعامل الوطني حسن النية عند التعاقد معه، بحيث لا يكون يعلم أن الأجنبي ناقص الأهلية أو من السهل عليه أن يكون بذلك كأن يكون المتعاقد معه صغيرا جدا مما يدل على نقص أهليته.

بالإضافة إلى هذه الاستثناءات فإن قانون الجنسية يتم استبعاده في حالة مخالفته للنظام العام في قانون القاضي أو في حالة التي يكون فيها تطبق هذا جاء نتيجة للغش نحو القانون المختص وهو ما نصت عليه المادة 24 مدني كما سيأتي تفصيله لاحقاً.

❖ حماية القصر:

تنص المادة 15 من ق.م.ج على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته".

غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمي الأهلية والغائبون موجدين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر". يتضح لنا من نص المادة أن المشرع الجزائري قد قرر الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته فهو الذي يقرر من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصياً أو قيمياً أو وكيلاً عن الغائب، وهو الذي يحدد له ما هي السلطات التي يتمتع بها كل من الوصي أو الوكيل أو القيم عند ممارسة الحماية على الغائب وما هي الحالات التي يتم فيها التصرف من طرف هؤلاء دون الرجوع إلى المحكمة من أجل الحصول على إذن القيام بهذا التصرف، كذلك هو الذي يحدد حقوق من يتولى الحماية وما هو القدر الذي يتقاضاه كأجر له مقابل توليه الحماية.

وقد أوردت الفقرة الثانية من نص المادة أعلاه استثناءين على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى التي أخضعت النظم القانونية التي تحكم ناقص الأهلية أو عديمي الأهلية أو الغائبين لقانون جنسية الشخص المحمي، وذلك على النحو التالي:

1. في حالة وجود القصر وعديمي الأهلية والغائبين فوق الإقليم الجزائري وتكون قد اتخذت تدابير استعجالية في شأنهم، ففي هذه الحالة سوف يطبق على هذه التدابير القانون الوطني الجزائري ويستبعد قانون جنسية الشخص المحمي.

2. إذا كانت الأموال ناقص الأهلية أو عديم الأهلية أو الغائب موجودة في الجزائر واتخذت في شأنها تدابير استعجالية، ففي هذه الحالة فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق عليها وليس قانون جنسية الشخص المحمي.

الفرع الثالث

الروابط العائلية

يتدرج ضمن الروابط العائلية علاقات الأسرة التي تتمثل في الزواج، البنوة، النسب، المواريث، النفقة، الوصية والهبة.

أولاً: الزواج

عرفه المشرع الجزائري في المادة 4 من قانون الأسرة على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، ويجدر بنا الإشارة إلى الخطبة باعتبارها مقدمة لانعقاد الزواج من خلال تعريفها وتحديد القانون الذي يحكمها.

1- الخطبة والقانون الذي يحكمها

قباعتبار الخطبة مقدمة للزواج فإنها تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، ويقصد بها إظهار الرغبة في الزواج، أو كما عرفت المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري بأنها وعد بالزواج. والمشرع الجزائري لم ينص في القانون المدني على ضابط الإسناد الذي يحكم الخطبة، إلا أن غالبية الفقه قد أخضع الخطبة لقانون الجنسية، وذلك تأسيساً على أنها من الأحوال الشخصية وكون لها صلة وثيقة بالروابط العائلية.

ويخضع تحديد ما هو من الشروط الموضوعية وما هو من الشروط الشكلية لتكييف القاضي طبقاً للقاعدة العامة.

أما بالنسبة للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للخطبة، كشرط من يحرم بينهما الزواج مثل المصاهرة أو الرضاع فإنها تخضع لقانون جنسية الشخص الخاطب والمخطوبة أما الشروط الشكلية فإنها تخضع لقاعدة locus (قاعدة محل التصرف) الواردة في المادة 19 ق.م.ج.

وبالنسبة لأثار الخطبة، كعدم جواز الخطبة على الخطبة فإنها تخضع لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة.

أما بالنسبة لقواعد الإثبات التي يرجع إليها في إثبات الخطبة فإنها تخضع للقانون الذي يحكم شكل الخطبة طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 أعلاه.

وفي حال فسخ الخطبة، وترتب على فسخها مسؤولية تقصيرية، كما يكون فسخ الخطبة مصحوبا بأفعال ضارة بأحد الطرفين، فإن هذه المسؤولية تخضع لقانون المحل الذي وقع فيه العدول المضر بالطرف الآخر.

2- القانون الذي يحكم الزواج (القانون المختص بانعقاد الزواج):

بشروط المشرع الجزائري لانعقاد الزواج توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية ويخضع تكليف ما يعتبر من الشروط الشكلية أو الموضوعية لقانون القاضي طبقا لقاعدة العامة في التكليف المنصوص عليها في المادة 9 من ق.م.ج، ونميز هنا بين حالتين:

أ. إذا كان الزواج بين المواطنين يحملان نفس الجنسية فإنهما يخضعان إلى نفس القانون.
ب. أما إذا كان بين المواطنين لا يحملان نفس الجنسية، فهنا تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقة الزوجية.

❖ القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للزواج:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على جملة من الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لانعقاد الزواج صحيحا، ويختلف القانون الواجب التطبيق عليها حسب ما يلي:

1. الشروط الموضوعية:

جاءت الشروط الموضوعية مشمولة في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري وهي رضا الزوجين وموافقة الولي أو القاضي إذا اقتضى الأمر وشاهدان وصداق وأهلية وانتفاء الموانع الشرعية.

وقد نظم المشرع الجزائري ضابط الإسناد الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج في المادة 11 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني له لكل من الزوجين"، وبذلك يكون المشرع قد أخضعها لقانون جنسية الزوجين، فإذا كان الزوجان من جنسية مختلفة فهنا تكمن الصعوبة في تطبيق قانون الجنسية.

فهل تخضع الشروط الموضوعية حينئذ لقانون الجنسية كل منهما معا، بحيث يجب أن يتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وكذا الشروط المقررة في قانون جنسية الزوجة وأن تتوفر في زوجته كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها المقررة في قانون جنسية زوجها، وهذا ما يعرف بالتطبيق الجامع.

أو أنه يكفي لكي يبرم عقد الزواج صحيحا أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط وأن تتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها فقط وهذا ما يعرف بالتطبيق الموزع الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 11 من ق.م.ج والمادة 97 من قانون الحالة المدنية.

غير أنه إذا كانت المادة 11 من ق.م.ج قد أخضعت الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين وفقا للتطبيق الموزع، فإن نص المادة 13 أوردت استثناءا بقولها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 12، 11 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وعليه، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج خضعت الشروط الموضوعية لهذا الزواج لقانون الجزائري وحده فيما عدا شرط الأهلية فتظل أهلية كل من الزوجين خاضعة لقانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية.

2. الشروط الشكلية لعقد الزواج:

يقصد بالشروط الشكلية لعقد الزواج كل الإجراءات المتعلقة بتحرير عقد الزواج وتسجيله وإثباته وتحديد الجهات المختصة بإبرامه وإعلام الغير به وكل المسائل المتعلقة بالشهود.

ويخضع تكليف شروط الزواج سواء للشروط الموضوعية أو الشروط الشكلية قانون القاضي كقاعدة عامة باعتباره القانون المختص بالتكليف، وعليه فإن القانون الجزائري هو المختص في مسألة تكليف شروط الزواج في حال رفع النزاع أمام القضاء الجزائري.

وفي الجزائر يخضع الزواج في شكله لقانون محل إبرامه وهو ما نصت عليه المادة 1/97 من قانون الحالة المدنية لسنة 1970 بقولها: "إن الزواج الذي عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد".

يتضح لنا من مقتضيات المادة أعلاه أن شكل الزواج يخضع للقانون البلد الذي عقد فيه الزواج أي تطبيق قاعدة *locus regit actum* المنصوص عليه في المادة 19 من ق.م.ج التي جاء النص عليها كالآتي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان التي تمت فيه".

ويبرز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أساس أحكامها الموضوعية".

ويترتب على ذلك أن الجزائري الذي تزوج في الخارج وفقا لشكل البلد الذي يوجد فيه يكون صحيحا، ويجوز أن يخضع زواجه إلى الموطن المشترك للمتعاقدين الذي يحكم الموضوع كما يمكن للزوج الجزائري أن يلجأ إلى القنصلية الجزائرية لإبرام عقد زواجه وفقا للأشكال المطلوب في القانون الجزائري، حيث يتولى السلك الدبلوماسي أو القنصلي الجزائري في إبرام الزواج حسب الشكل المقرر في الجزائر، وهو الاختصاص الذي منح له بموجب المادة 2/97 و 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية. (ج ر 21 مؤرخة في 27-02-1970). حيث نصت المادة 2/97 على أنه:

"ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية".

❖ آثار الزواج للقانون الذي يحكمها:

نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم آثار الزواج في المادة 1/12 من ق.م. حيث جاء في نصها كالآتي: 'يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج'.

يتبين لنا من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أخضع آثار الزواج سواء كانت آثار شخصية أو مالية إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

وقد نص المشرع الجزائري على آثار الزواج الشخصية في المواد من 36 إلى 39 من قانون الأسرة الجزائري، أما الآثار المالية فهي غير معروفة عندنا لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على زواج أي أثر مالي بل تحفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، فهذا نظام نجده فقط في النظم الغربية.

والمشرع في المادة 12 من ق.م.ج قد حدد الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوج وهو وقت إبرام عقد الزواج، بمعنى أن آثار عقد الزواج تبقى خاضعة لجنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج حتى لو غير جنسيته بعد قيام الرابطة الزوجية.

وإذا كان الأصل كما جاء في المادة 12 من ق.م.ج هو إخضاع آثار الزواج في الجزائر لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، فإن الاستثناء من الأصل هو أن يطبق القانون الجزائري وحده في العلاقة الزوجية التي يكون فيها الزوج أجنبيا بينما الزوجة جزائرية، وهذا الاستثناء نصت عليه المادة 13 من ق.م.ج السالفة الذكر بقولها: 'يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج'.

• إثبات النسب والاعتراف به وإنكاره:

يعتبر النسب من آثار الزواج وهو يدخل وهو يدخل في مجال الأحوال الشخصية حيث نظمه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 45 من قانون السرة.

ويقصد بالنسب الشرعي هو انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج. وبخصوص مسألة إثبات النسب وإنكاره فقد نص المشرع الجزائري على القانون الذي يحكمها، حيث جعل الاختصاص التشريعي لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وهو ما يفهم من المادة 13 مكرر/1 من ق.م.ج بنصها: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل".

وفي حال توفي الأب قبل ميلاد الطفل، فإن القانون الذي يحكم إثبات النسب والاعتراف به وإنكاره هو قانون جنسية الأب وقت وفاته، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها: "وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة". ونشير في الأخير أن المقصود من إثبات النسب أو الاعتراف به أو إنكار المذكور في نص نص المادة مكرر أعلاه هو نسب الولد الشرعي الذي جاء نتيجة لزواج شرعي.

❖ الكفالة والتبني:

تعد الكفالة نظام خاص أفرد المشرع الجزائري في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة، وتتم الكفالة بموجب عقد أو ترخيص من المحكمة، والذي يخول للكافل الولاية الشرعية على القاصر فيلتزم بالعناية به عناية الأب أو الأم لأولادها من نفقة وتربية ورعاية، وذلك من غير أن يلحق نسب المكفول بالكافل.

ويندرج أيضا ضمن هذه العلاقة التبني في الدول التي تقره، أما القانون الجزائري فلا يعترف به. ويترتب على العلاقة بين الأصول والفروع التزامات وحقوق للطرفين لا سيما التزامات الوالدين بالنسبة للقصر الذين هم تحت رعايتهم، وتكون الولاية الشرعية للأب، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة الطلاق تكون الولاية لمن أسندت إليه الحضانة.

وفيما يخص تنازع القوانين، يسري على العلاقة بين الأصول والفروع قانون جنسية الطرفين الأب والأم والابن وكذا الكافل والمكفول، ونفس الأحكام تسري على التبني، وهذا ما تأكده المادة 13

مكرر 1 بالنص: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على أثرها قانون جنسية الكفيل. وتطبيق نفس الأحكام على التبني".

3. انحلال الزواج والقانون الذي يحكمه:

لقد أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج كقاعدة عامة دون تمييز بين الطلاق والتطابق والانفصال الجسماني إلى قانون الجنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقا للمادة 2/12 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى القانون الوطني الذي أنتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". وقد أورد المشرع الجزائري استثناء على هذه القاعدة لخضع انحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد أطرافها جزائريا للقانون الجزائري، طبقا للمادة 13 من ق.م.ج ومثال ذلك لو وقع طلاق بين زوج إيطالي وزوجة جزائرية فإن القاضي سوف يطبق قانون الزوجة أي القانون الجزائري.

❖ نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج:

إن القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو الذي يرجع إليه لمعرفة من له الحق في الطلاق وما هي القيود التي ترد على استعماله وهل يجوز التوكيل فيه أم لا، كما يبين لنا حالات التطليق والانفصال الجسماني وأسبابه وشروطه وصحة كل منها والوكالة فيه وكذلك القيود الواردة فيه. أما إجراءات الطلاق والتطليق فهي تخرج من نطاق قانون الزوج وتخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع كما تخرج من نطاقه الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق أو التطليق للمحافظة على مصالح الزوجين والأولاد مثل تحديد نفقة وقتية الزوجة والإذن لها بالإقامة في سكن الزوجية وتسليم الأثاث الضروري لها للاستعمال اليومي فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي.

❖ القانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج:

إن الآثار المترتبة عن انحلال الزواج منها ما يخضع لقانون الزوج وقت رفع الدعوى ومنها ما لا يخضع له.

فالآثار التي تتعلق بعلاقة مطلقة بالمطلق كحق المطلقة في النفقة وحقها في الاحتفاظ باسم زوجها وحقها في الحصول على التعويض، إذا كان طلاقها عن زوجها تعسفيا فكلها تخضع لقانون الزوج.

أما الآثار التي تخص كل زوج على حدة مثل حق الزوج المطلق في أن يعقد زواجا جديدا، والمدة التي ينبغي للمطلقة انتظارها للزواج من جديد فهي تخرج من نطاق قانون الزوج وتخضع للقانون الشخصي للمطلقين.

أما بالنسبة لحضانة الأولاد ومن له حق في الزيارة فإنها تخضع لقانون الزوج وقت رفع الدعوى باعتبارها من آثار انحلال الزواج.

ثانيا: النفقة بين الأقارب:

أدرج المشرع الجزائري النفقة بين الأقارب ضمن الأحوال الشخصية ووضع لها ضابط الإنسان خاص بها لقانون المدين بها، أي أن قانون جنسية الشخص المطالب بهذا الالتزام المتمثل في النفقة على أقاربه هو الواجب التطبيق وليس قانون جنسية الشخص الذي وجدت النفقة من أجله، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من ق.م.ج بقولها: 'يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب المدين بها'.

وعليه يكون المشرع الجزائري قد استثنى من هذه المادة النفقة الزوجية بوصفها أثر من الآثار الشخصية للزواج وبالتالي فإنها تخضع لقانون جنسية الزوج عقد إبرام الزواج طبقا للمادة 1/12 من ق.م.ج، وكذلك الحال بالنسبة للنفقة الوقاية والتي تخضع لقانون القاضي، وهي النفقة التي يحكم بها القاضي كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يفصل في دعوى الموضوع.

ثالثًا: المالية ذات الطابع الشخصي

تتمثل هذه العلاقات في الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة لما بعد الموت، بالإضافة إلى الهبة والوقف.

1. الميراث:

أدخل القانون الجزائري الميراث في نطاق الأحوال الشخصية وأخضعه لقاعدة إسناد خاصة به تناولتها المادة 1/16 من ق.م.ج بنصها: "يسري على الميراث وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الجنسية الهالك أو الموصي أو صدر منه التصرف وقت موته". وعليه يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت وفاته.

- نطاق تطبيق قانون الجنسية الموصي:

يبين قانون جنسية المتوفى متى يعتبر المورث ميتا يعتبر المفقود ميتا، وهو القانون المختص ببيان شروط استحقاق الإرث ومن هم الورثة ومرتبة كل واحد منهم ونصيبه ومواقع الإرث وحالات الحجب وطريقة توريث الجنين وطريقة افتتاح التركة، وما إذا كان يجوز للوارث أن يقبل التركة أو يرفضها أو يقبلها بشرط الجرد.

أما في حالة مخالفة قانون جنسية المورث للنظام العام كأن يقضي بحرمان البنات من الإرث أو يحرم بعض الورثة بسبب اللون أو يجيز التوارث بين المسلمين وغير المسلمين أو يقر لولد الزنا حق الإرث، فإنه سوف يستبعد لمخالفته لنصوص قطعية في الشريعة الإسلامية التي تعد من النظام العام في الجزائر.

- حكم التركة التي لا وارث لها:

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام التركة التي تكون بدوت وارث في المادة 773 من ق.م.ج والفقرة الأخيرة من المادة 180 من قانون الأسرة، حيث اعتبرت أن هذه الأموال ملك للدولة الجزائرية ويطبق عليها القانون الجزائري، أما بخصوص مسائل انتقال ملكية أموال التركة والحيازة

إلى الورثة وإجراءات التسجيل والشهر العقاري والجزاءات المترتبة على عدم الشهر وتنظيم حالة الشيوخ فإن الاختصاص فيها يرجع إلى قانون موقعمال وليس قانون جنسية المورث وقت وفاته.

2. الوصية:

لقد أدخل المشرع الجزائري الوصية ضمن فئة الأحوال الشخصية وبين القانون الذي يحكم شروطها الموضوعية والشكلية، للشروط فبالنسبة الموضوعية فقد أخضعها لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، وهو ما نصت عليه المادة 1/16 من ق.م.ج المذكور أعلاه. أما بالنسبة لشكل الوصية فقد أخضعه للقاعدة العامة للواردة في المادة 19 من ق.م.ج أي قاعدة locus ، وبالتالي فإن شكل الوصية يخضع إما لقانون المكان الذي تمت فيه الوصية أو لقانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة أو لقانون الذي يحكم الموضوع.

3. الهبة:

هي عبارة عن عقد يبين الأحياء يتصرف بموجبه الواهب في أمواله دون عوض لصالح الموهوب له، وقد أدرجها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات إلى جانب كل من الوصية والوقف.

وتدخل الوصية في القانون الجزائري في نطاق الأحوال الشخصية، فقد خصص لها قاعدة إسناد خاصة بها حيث أخضعها لقانون جنسية الواهب وقت إجراءها وهذا ما نصت عليه المادة 2/16 من ق.م.ج بنصها: "ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الوقف وقت إجراءهما". أما شكلا للهبة فطبقا لنص المادة 19 من ق.م.ج فإنها تخضع لقانون محل إجراءها أو لقانون جنسية الواهب باعتباره القانون المختص بحكم موضوع التصرف.

أما فيها يخص الوصية الرسمية والشهر في الهبة التي يكون محلها عقار فإن الاختصاص يخول لقانون موقع العقار بالنسبة لانتقال مال الموهوب والاحتجاج بها تجاه الغير وهذا طبقا للقاعدة التي تقضي بخضوع المال لموقعه والمنصوص عليها في المادة 3/18 من ق.م.ج.

4. الوقف:

هو نظام للانتفاع بالمال، مصدره الشريعة الإسلامية، بموجبه يرصد الواقف المال الموقوف للجهة المحبس عليها دون أن يكون لها حق التصرف فيه أو لجهة عامة أو خاصة بصفة مؤبدة. قانون رقم 10-91 مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف. (ج ر 21 مؤرخة في 08-05-1991). معدل ومتمم:

بالقانون رقم 07-01 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001. (ج ر 23 مؤرخة في 23-05-2001).

وبالقانون رقم 10-02 مؤرخ في 14 ديسمبر 2002. (ج ر 83 مؤرخة في 15-12-2002). ولقد صنف المشرع الجزائري الواقف ضمن فئة الأحوال الشخصية ونضمه في المواد 213 إلى 218 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى نصوص خاصة كالقانون رقم 10-91 مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف. (ج ر 21 مؤرخة في 08-05-1991). معدل ومتمم: بالقانون رقم 07-01 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001. (ج ر 23 مؤرخة في 23-05-2001). وبالقانون رقم 10-02 مؤرخ في 14 ديسمبر 2002. (ج ر 83 مؤرخة في 15-12-2002).

حيث تنطبق إلى كل ما يتعلق بالوقف من حيث إنشائه وأنواعه وطرق إدارته واستغلاله وكذا الجهات المستفيدة منه.

وقد عرفته المادة 3 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10-91 بأنه: "حبس العين على التملك على وجه التأييد والتصديق بمنفعتها على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير". وقد وضع المشرع الجزائري ضابط إسناد يحكمه وهو قانون جنسية الراقف وقت إجرائه كما جاء في المادة 2/16 من ق.م.ج السالفة الذكر.

المطلب الثاني

فئة الأحوال العينية

يقصد بالأحوال العينية كل ما يتعلّق بالمسائل القانونية المنظمة للمال سواء كان ماديا كما هو الحال بالنسبة للعقارات والمنقولات، أو كان معنويا مثل: حقوق المؤلف، براءة الاختراع، الديون والمحل التجاري، وغيرها من الأموال العينية الأخرى.

ويسمّد ضابط الإسناد في الأحوال العينية من موضوع العلاقة القانونية أي المال، وإذا جرى العمل منذ القديم إلى إخضاع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المنصبة على المال لقانون موقعها، وهذا استنادا إلى القاعدة اللاتينية *lex rei sitee* التي يرجع جذورها إلى المدرسة الإيطالية القديمة.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية (العقار والمنقول)

لقد نصّ المشرع الجزائري على الموال المادية في الكتاب الثالث من القانون المدني المتعلّق بالحقوق العينية الأصلية بما فيها العقارات والمنقولات في القسم الثاني تحت عنوان تقسيم الأشياء والأموال، حيث قسم الأموال المادية إلى عقارات ومنقولات مادية.

بالنسبة للعقار فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من ق.م، بأنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف، أما المنقول المادي فقد عرفه في نفس المادة وهو كل شيء قابل للنقل من مكانه دون أن يتلف وله كيان خارجي.

ويخضع تكييف الأموال المادية ما إذا كانت عقارات أو منقولات في القانون الجزائري إلى قانون الدولة التي توجد فيها هذه الأموال، وبالتالي فإن هذا يعتبر استثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 9 من ق.م.ج والتي أخضعت التكييف الأولي للعلاقات القانونية محل النزاع لقانون القاضي الجزائري.

وهذا الاستثناء نص عليه المشرع الجزائري بصريح العبارة في المادة 1/17 من ق.م.ج بقولها: يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

أولاً: القانون الذي يحكم العقار.

يخضع العقار في القانون الجزائري إلى قانون موقعه، وهذا ما نصت عليه المادة 2/17 ق.م.ج المعدل بالقانون 05-07 بقولها: "يسري على العبارة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار".

وعليه نستخلص من هذه المادة أن المشرع قد أخذ بالقاعدة اللاتينية *lex rei sitee*، وعلى الرغم من بساطة هذه القاعدة إلا أنها تخضع إلى صعوبات في الحالة التي يكون فيها العقار واقعا على حدود دولتين، جزء منه في دولة والجزء الآخر في دولة أخرى.

ففي هذه الحالة ذهب الفقه إلى ضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد فيها الجزء من العقار على إقليمها.

وفي حالة وجود حق ارتفاق بين حدود الدولتين فإن قانون دولة العقار الخادم هو الذي يعمل به وليس قانون دولة العقار المخدم، ذلك أن العقار الخادم هو المنقل بالارتفاق، غير أنه هذه المسائل تبقى تخضع إلى المفاوضات التي تدرسها الدول فيما بينها ويتم حلها عن طريق المعاهدات الدولية.

ثانياً: الذي يحكم المنقول المادي.

تخضع المنقولات المادية في القانون الجزائري لقانون موقعها الفعلي والحقيقي، وهذا وفقاً للمادة 3/17 من ق.م.ج المعدل بالقانون 05-07 التي تنص على أنه: "ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقيق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

إن المقصود بالمنقول المادي حسب نص المادة هو المنقول المادي المنفرد، ففي حالة استقرار المنقول المادي في دولة معينة، فتحدد القانون الواجب التطبيق عليه لا يثير أي إشكال حيث يطبق عليه قانون هذه الحيازة باعتباره قانون موقعه وقت تحقيق السبب الذي أدى إلى كسب الحيازة أو فقدها، لكن الإشكال قد يثور في بعض المنقولات التي يصعب تحديد موقعها كالسفن

البحرية والطائرات والقطارات، ومن ثم صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، كما تظهر هذه الصعوبة في انتقال المنقول المادي من مكان لآخر وهو ما يعرف "بالتنازع المتحرك".

1. صعوبة تحديد موقع المال:

أ. السفن والطائرات والقانون الذي يحكمها:

تكمن صعوبة تحديد موقعها في كونها دائمة التنقل، ولهذا فقد استبدل قانون الموقع وهو قانون متغير باستمرار بقانون ثابت هو قانون العلم الذي تحمله السفينة أو الطائرة. ويقصد بقانون العلم قانون الدولة التي سجلت أو قيدت فيها السفينة أو الطائرة فالعبرة بمكان وجودها القانوني وليس بمكان وجودها الفعلي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم يشمل السفن التي تمارس الملاحة البحرية الدولية، أما السفن التي تمارس الملاحة النهرية الداخلية فإنها تخضع لقانون الدولة التي تمارس الملاحة في أنهارها. وتخضع كذلك لقانون العلم المنقولات الموجودة على ظهر هذه السفن والطائرات إلا أنه في حالة توقف هذه الطائرات أو السفن في مطار أو ميناء معلوم لمدة معينة فإنه سوف يسري عليها قانون هذه الدولة باعتبار موقعها الحقيقي أو الفعلي.

ب. القطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات:

بالنسبة للقطارات وعربات السكك الحديدية فيما يخص إنشائها وتنظيم عملية النقل فيها، نظمت أحكام اتفاقيات دولية أخضعتها لقانون الدولة التي توجد فيها أما السيارات فيطبق عليها قانون موقعها الفعلي باعتبارها منقولا مابيا. وهناك رأي آخر ذهب إلى الأخذ بقانون الدولة التي تم فيها التسجيل سواء تعلق الأمر بالقطارات أو العربات أو السيارات.

ت. البضائع:

ويقصد بها الأمتعة والحقائب التي يحملها المسافر معه، والبضائع المصدرة من دولة أخرى.

فإذا كانت البضائع الموجودة على وسائل النقل تحمل علما فإنها تخضع لقانون دولة العلم، فالبضائع التي تحمل فوق الطائرات والسفن.

أما إذا كانت وسائل النقل لا تحمل علما فقد اختلف الفقه في هذا الشأن، فيرى فريق بضرورة إخضاعها للقانون الشخصي لمالك البضائع، ومن ثم متى تعرفنا على الشخص المالك للبضائع تمكننا من معرفة القانون الذي يحكمها.

ويرى فريق آخر بضرورة إخضاع البضائع إلى قانون الدولة التي تتجه نحوه هذه الأخيرة، أي قانون الدولة المصدرة إليها، وإذا استقرت البضائع أثناء النقل استقرارا مؤقتا فإنها تخضع لقانون مكان استقرارها.

2- صعوبة تحريك المال (التنازع المتحرك):

تثور الصعوبة في انتقال المال من دولة لأخرى عندما تتحقق الحيابة أو أي سبب من أسبابا كسب الحقوق العينية على المنقول في ظل قانون يعترف بها، ثم تنتقل إلى قانون جديد لا يعترف بهذه الحقوق، الذي يطبق مثل هذه الحالة؟.

ظهر في هذا الصدد اتجاهان هما:

- الاتجاه الأول: تطبيق الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد.

تأثر هذا الاتجاه بتنازع القوانين من حيث الزمان التي تقضي بتطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً، ومن أمثلة ذلك.

1- في مجال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

فلو فرضنا وجود منقول في دولة لا تعترف بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ثم نقل من طرف حائز إلى دولة يقر قانونها بالقاعدة، فالتطبيق المباشر الفوري للقانون الجديد يعد الحائز مالكا للمنقول.

2. في مجال قاعدة تسليم المنقول:

لو فرضنا أن المنقول موجود في دولة تشترط تسليم المنقول في عقد البيع لكي تنتقل الملكية إلى المشتري كما هو الحال في القانون السويسري، وثم شراء هذا المنقول في سويسرا دون القيام بالتسليم، ثم نقل إلى دولة لا تشترط التسليم في عقد البيع كفرنسا والجزائر ومعظم الدول العربية، فتطبقا لهذا الرأي يأخذ بالقانون الجديد يصبح المشتري مالك المنقول.

3. في مجال رهن حيازة المنقول الذي يولي الدائن الحق في تملك المرهون:

لو فرضنا وجود رهن حيازي على منقول في دولة لحيز الدائن تملك المنقول إذا لم يفي المدين بالدين المضمون كما هو الحال في التشريع الهولندي ثم نقل هذا المنقول إلى دولة أخرى لا يعترف قانونها للدائن المرتهن بحق تملك المنقول المرهون حيازيا وإنما يجوز له فقط اللجوء إلى التنفيذ الجبري كما هو الحال في القانون الجزائري، فتطبيقا لقاعدة تطبيق الأثر الفوري للقانون ليس لهذا الدائن المرتهن في ظل قانون هذا البلد أن يملك المنقول بل له الحق التنفيذ الجبري فقط.

لقد انتقد هذا الاتجاه من حيث الأخذ بالتطبيق الفوري للقانون الجديد يؤدي إلى إهدار الحقوق المكتسبة التي تكون قد تم الحصول عليها بطريقة صحيحة وقانونية في ظل القانون القديم، إضافة إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد.

- الاتجاه الثاني: نفاذ الحق المكتسب.

يرى جانب من الفقه أنه في حالة تنقل منقول من دولة إلى أخرى بمعنى من ظل قانون قديم إلى ظل قانون جديد فإن هذا الحق يبقى نافذا حتى لو انتقل المنقول إلى بلد آخر لا يعترف بهذا الحق.

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بضرورة احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم التي نشأت فيه تلك الحقوق، إلا أنهم اشترطوا مجموعة من الشروط لتطبيق هذا الضابط.

- (1) أن يكون قد تم اكتسابها اكتسابا صحيحا.
- (2) أن تكون كل عناصر الحق قد تم تكوينها في ظل القانون القديم.
- (3) أن لا تتشأ حق مصاد لها في القانون الجديد.
- (4) ألا يكون هذا الحق مخالفا للنظام العام في دولة القانون الجديد.

ومثال ذلك لو اشترى شخص منقولا في دولة تنتقل فيها الملكية وفقا لقانونها من البائع إلى المشتري دون الحاجة للتسليم كما هو الحال في القانون الجزائري، هنا المشتري يبقى مالكا للمنقول حتى لو لم يكن قد تسلمه، ولا يؤثر في ملكية المشتري أن يكون البائع قد نقله إلى دولة يشترط قانونها التسليم حتى تنتقل الملكية مثل سويسرا.

❖ موقف المشرع الجزائري:

يتضح لنا من خلال مضمون المادة 17 من ق.م.ج وصياغتها على وجه الخصوص أن المشرع الجزائري قد حرص على ضرورة احترام الدولي لنفاذ الحقوق المكتسبة وهو ما يقتضي ضرورة تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها المنقول وقت تحقيق السبب الذي ترتبت عليه الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

ثالثاً: نطاق تطبيق قانون موقع المال.

نستخلص نطاق تطبيق قانون موقع المال من المادة 17 من ق.م.ج السالفة الذكر، إذ يتبين لنا من هذه المادة أن الأمر يتعلق بالحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، ومن يدخل في نطاق قانون موقع المال:

- تكييف المال بإعطاء الوصف القانوني، وهذا بأن تُعتبر هذه الأموال من العقارات، أو المنقولات، وهو ما أورده المشرع الجزائري في المادة 1/17 مدني.
- تحديد أحكام الحيازة من حيث أسباب كسبها وانفقالها وزوالها والوسائل المختصة بحمايتها، وما ترتبها من آثار قانونية، ككسب الحقوق وإسقاطها ومدى قوة الحيازة كقرينة على الحق، وكل ما يتعلق بالحيازة في جانبها القانوني والنظامي.
- تحديد نظام الملكية إذا كان خاصاً أو اجتماعياً، وما سلطة المالك وما يتمتع به من صلاحيات وما هي القيود الواردة على سلطانه.
- تحديد أنواع الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على المال سواء كان عقاراً أو منقولاً، وهل هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر أو المثال.
- تحديد الحقوق العينية الأصلية والتي تشمل حق الملكية والانتفاع، الحيازة، الانتفاع، والدعوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية.
- تحديد الامتيازات التي تخولها الحقوق العينية من استعمال واستغلال وتصرف وكذلك الأعباء والقيود التي تخضع له ممارسة هذه الحقوق.
- تحديد الحقوق العينية التبعية، وهي الرهن الرسمي (المواد 882 إلى 936 من ق.م.ج)، الرهن الحيازي (المواد 948 إلى 985 من ق.م.ج) حق التخصيص (المواد 937 إلى 947 من ق.م.ج) حق الامتياز (المواد 982 إلى 1001 من ق.م.ج).

وتجدر الإشارة إلى أن حق الامتياز إذا كان وارداً على مال معين لمدين فإن الفقه مختلف في شأنه، والرأي الراجح هو خضوعه إلى قانون موقع المال، أما إذا ورد على الذمة

المالية للمدين فإن القانون الذي يحكمه إلى جانب قانون موقع المال هو قانون الذي يحكم الدين في حد ذاته.

وبالنسبة إلى القانون الذي يحكم الدين القانوني الذي تعرفه الأنظمة القانونية الغربية لصالح الزوجة على أموال زوجها، فإنه يخضع إلى كل من القانون الذي يحكم آثار الزواج وقانون موقع المال.

1. تحديد طرق كسب الملكية، وتشمل كل من الاستيلاء، الشفعة، الوصية، الانتصاق، العقد، الحيازة، التقادم المكتسب، الميراث، وضع اليد، الاحتلال، وطرق الكسب هذه مشتركة بين العقار والمنقول.

وبالنسبة لقانون موقع العقار فهو الذي يحكم العقود الواردة على العقار، حسب المادة 1/18 من ق.م.ج التي تنص: "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"، وهذا استثناء على القاعدة العامة المقررة في الفقرة الأولى من هذه المادة ويستثنى من قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه الحقوق الشخصية التي تترتب بموجبه عقد وارد على العقار مثل حق الإيجار حيث تظل خاضعة إلى قانون الإرادة.

رابعاً: الحالات التي تخرج عن نطاق قانون موقع المال.

هناك حالات تخرج عن نطاق تطبيق قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه على الرغم من أنها تعتبر من طرق كسب الملكية، وهي مستثناة بنصوص قانونية وهي:

1. الميراث: فالمشروع الجزائري طبق لنص المادة 16 من ق.م.ج اعتبر الميراث من الأحوال الشخصية وأخضعه لقانون جنسية الهالك وقت الوفاة، وعليه فإنه يخرج عن نطاق قاعدة قانون موقع المال، أما بخصوص شهر الميراث المتعلق بالعقار فهو يخضع لقانون موقع المال.

2. الوصية: تعتبر الوصية من الأحوال الشخصية طبقاً للمادة 16 من ق.م.ج، ومن ثم فهي مستثناة من قاعدة موقع المال المنصوص عليها في المادة 18 من ق.م.ج حيث تخضع

لقانون جنسية الموصي، أما بخصوص شهرها فإنه تخضع لقانون موقع المال الذي ترد عليه الوصية.

3. الأهلية: يستثنى من قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه أهلية المتعاقدين التي تظل

محكومة بالقانون الشخصي لهما، وهذا ما نصت عليه المادة 10 ق.م.ج.

4. شكل العقود: شكل العقود الوارد على العقار تخضع لمضمون المادة 18 من ق.م.ج

التي أجازت الاختيار بين قانون المحل الذي أبرمت فيه وقانون الجنسية المشتركة وقانون

الموطن المشترك للمتعاقدين أو إلى القانون الذي يحكم موضوع التصرف.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية

إن المقصود بالأموال المعنوية هو الأموال غير المادية أي المنقول المعنوي، وهي عبارة

عن أشياء غير ملموسة لا تقع تحت الخس البشري لكنها تصلح لأن تكون محل لحق مالي.

ومن أمثلة الحقوق المعنوية: حقوق التأليف والحقوق المجاورة والتي يطلق عليها الملكية الأدبية

أو الفنية، وكذلك حقوق المخترعين، والحق الأسماء والعلامات التجارية والنماذج والتصاميم

الصناعية، ويشمل أيضا مفهوم المال المعنوي ما يترتب على الحقوق الشخصية من ديون

باعتبارها أموال معنوية وكذلك المحل التجاري.

ولقد أقر المشرع الجزائري ضابط الإسناد الذي يحكم الأموال المعنوية في المادة 17 مكرر/1

من ق.م.ج المعدل بموجب قانون رقم 07-05 بنصها: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل

وجودها وقت تحقيق السبب الذي تترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى

أو فقدها".

يستفاد من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أخضع كل من الأموال التي تعتبر معنوية إلى قانون

المحل الذي وجد فيه عندما يتحقق السبب الذي أدى إلى كسب حيازتها وملكيته أو فقدها أو

رتب حقوق عينة أخرى وهو نفس ضابط الإسناد الذي تخضع له الأموال المادية.

كما أن المشرع الجزائري قد عمل على وضع معايير أخرى يسهل بواسطتها عملية تحديد محل وجود تلك الأموال المعنوية وذلك من خلال نفس المادة أعلاه على النحو التالي:

1- الملكية الأدبية أو الفنية: يعد محل وجود هذه الأموال مكان الأول لنشر المصنف أو إنجازه (المادة 2/17).

2- براءة الاختراع والرسم والنموذج الصناعي: يعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي اعترف فيه المخترع بحقه في براءة اختراعه، ويعد محل وجود الرسم أو النموذج الصناعي بالبلد الذي تم فيه التسجيل أو إيداع الرسم أو النموذج وبالتالي فإن قانون هذا البلد هو الذي يطبق (المادة 3 و4/17).

3- العلامة التجارية: يعد محل العلامة التجارية المكان الذي توجد فيه المنشأة التي تستغل فيه هذه العلامة التجارية (المادة 5/17).

4- الاسم التجاري: يعد محل وجود الاسم التجاري المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للمحل التجاري وفي حالة تعدد الاسم التجاري فالعبرة بقانون البلد الذي يوجد فيه مقره الرئيسي (المادة 6/17).

المطلب الثالث

فئة التصرفات الإرادية

يقصد بالالتزامات التعاقدية التصرفات الإرادية ذات الطابع المالي الذي يجيزها الأفراد فيما بينهم في مجال العقود الدولية والتي يكون أحد عناصرها أجنبية.

والمشرع الجزائري قد نظم قواعد الإسناد التي تحكم الالتزامات في المادتين 18 و 19 من ق.م.ج المعدل والمتمم بقانون 05-07 حيث تناولت المادة 18 قاعدة الإسناد التي تحكم العقد من الناحية الموضوعية، أما المادة 19 فقد حددت قاعدة الإسناد التي تحكم العقد من الناحية الشكلية كما يلي:

القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

لقد نص المشرع الجزائري على القاعدة التي تحكم العقد في جانبه الشكلي في المادة 19 من ق.م.ج حيث جاء نصها كالتالي: تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية .

ويتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ بالقاعدة القانونية الشهيرة قاعدة locus rejit actum التي يعود جذورها إلى المدرسة الإيطالية القديمة، حيث تقضي هذه القاعدة بخضوع شكل التصرف إلى قانون المحل.

ويلاحظ من صياغة المادة 19 أن المشرع قد أخضع شكل العقد إلى قانون محل إبرامه وهي قاعدة اختيارية، حيث منح التصرف فرصة الاختيار بين القانون المحلي وهو القاعدة العامة وقانون الجنسية المشتركة إذ اشترك المتعاقدان في الجنسية، أو قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على موضوع التصرف وعليه إذا تمت التصرفات القانونية وفقا لأحد القوانين المذكورة بناء على اختيار المتعاقدين تكون صحيحة في نظر القانون الجزائري من الناحية الشكلية وبالتالي فالمسألة أصبحت اختيارية ليست إجبارية.

❖ نطاق تطبيق قاعدة locus على شكل العقد:

على الرغم من أن القاعدة تقضي بخضوع الشكل إلى قانون البلد الذي أبرم فيه إلا أن أغلبية الفقهاء قد أكدوا على عدم دخول بعض الأشكال في مجال locus وهذه الأشكال هي:

1. الأشكال الخاصة بشهر التصرف:

تتضمن هذه الأشكال جميع المسائل اللازمة لشهر التصرفات، سواء كان الشهر مطلوباً لنشأة الحق كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو كان الشهر مطلوباً لتنفيذ الحق في

مواجهة الغير، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية التبعية، إذ تخضع أحكام الشهر على هذا النحو لقانون موقع المال.

2. الأشكال المكملة للأهلية:

فالأشكال المملة لأهلية كترشيد نقص الأهلية والإذن له بمزاولة التجارة، والترخيص للوصي بالتصرف في أموال القاصر ناقلا للملكية كبيع عقارات القاصر مثلا: فهذه الأشكال يطبق عليها القانون الشخصي للشخص الذي تجب حمايته أي القاصر وهو ما نصت عليه المادة 15 من ق.م.ج.

أما طرق بيع أموال القاصر فيحدد ما قانون مكان وجود المال، في حين الإجراءات المتبعة في الحصول على الإذن ورقابة المحكمة لإجراءات البيع فإنها تخضع لقانون القاضي.

3. أشكال المرافعات:

إن الأشكال التي تتضمنها قواعد المرافعات من إجراءات التقاضي وسير الدعوى في المحاكم القضائية المختصة قد نظمها المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر من ق.م.بضابط إسناد وهو خضوعها لقانون جنسية القاضي أي قانون الدولة التي ترتفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.

4. الأشكال الرسمية:

تنص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج على أنه: "يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو كل عنصر من عناصرها في شكل رسمي".

وفقا لنص المادة أعلاه إن الرسمية واجبة في القانون الجزائري، وبالتالي فإنها تخضع لقانون موقع العقار، وشكل التصرف قد يتطلبه المشرع كركن لإنعقاد التصرف وقد يتطلب لمجر إثباته.

أ. الشكل المطلوب لانعقاد:

تعتبر هذه المسألة موضوعية فتخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، أما تنفيذ الشكل الذي يتطلبه الموضوع وإجراءاته فيخضع لقانون بلد الإبرام أو القانون الوطني المشترك للمتعاقدين.

ب. الشكل المطلوب للإثبات:

إن الأشكال الواردة لإثبات التصرف يميز في الوسائل المعدة لإثبات التصرف كأن يكون الإثبات بشهادة الشهود أو الكتابة أو التوقيع أو التصديق عليه فهذه المسائل تخضع للقانون الذي يحكم شكل التصرف أي قاعدة locus.

أما المسائل المتعلقة بالأدلة والبيانات المعدة مقدما فإنها تخضع لقانون إبرام العقد وهو ما نصت عليه المادة 8 من ق.م.ج.

أما بخصوص إجراءات الإثبات إجراء التحقيق وأشكال اليمين وسماع الشهود فكلها إجراءات تخضع لقانون القاضي.

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم موضوع العقد

لقد نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم العقد من الناحية الموضوعية في المادة 18 من ق.م.ج حيث تنص على ما يلي: 'يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذ كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.'

وعليه فالمشرع الجزائري قد أقر في هذه المادة بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ولكنه ربط حريتهم في الاختيار بضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد من ناحية أطرافه أو موضوعيته.

وإذا لم يختار الأطراف صراحة القانون الذي يحكم موضوع العقد الدولي، وتعدر الكشف من ظروف العقد عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين فالحل المعتمد في القانون الجزائري هو تطبيق قانون الموطن المشترك أو بالإسناد لقانون الجنسية المشتركة، وإلا سوف يطبق قانون محل إبرام العقد كحل نهائي احتياطي وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة أعلاه.

أولاً: تطبيق قانون الإرادة على موضوع العقد.

1. الجوانب القانونية للعقد التي يطبق عليها قانون الإرادة:

يمكن حصر الجوانب القانونية التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد الدولي في ثلاث جوانب أساسية لا يخرج عنها نطاق قانون الإرادة وهي من حيث تكوينه وأثاره وانقضائه.

أ. من حيث تكوين العقد:

هو أهم المجالات التي يطبق فيها قانون الإرادة على العقد هي المسائل القانونية المتعلقة بتكوينه من حيث ضرورة توفر الأركان والشروط سواء ما تعلق بركن التراضي أو المحل أو السبب، وكذا الجزء المرتب عن تخلف أحد هذه الأركان.

أ. ركن التراضي: إن وجود الإرادة أو انعدامها مسألة تخص الأهلية وبالتالي تخضع للقانون الشخصي، أما المسائل المتعلقة بكيفية التعبير عن الإرادة، فيما كان يكفي التعبير عنها ضمناً أو يجب أن يكون صريحاً، وحكم الإرادة الباطنية والإرادة الظاهرة، وطريق تطابق الإرادات في مجلس العقد أو خارجه ومكان وزمن العقد فإن الرأي الراجح يسندها إلى قانون الإرادة.

أما بخصوص عيوب الإرادة فقد تضاربت الآراء الفقهية حولها، فمن الفقه من أسندها إلى القانون الشخصي لأنها تهدف إلى حماية المتعاقد نفسه وليس العقد، بينما ذهب فريق آخر إلى اعتبار أن عيوب الإرادة يجي أن يطبق عليها قانون محل إبرام العقد ويقترح فريق آخر ضرورة إجراء التطبيق الجامع بين الفريقين في شأنها. ولكن الرأي الراجح قد أخضع عيوب الإرادة إلى قانون الإرادة باستثناء الاستغلال الذي يطبق عليه القانون الشخصي بينما يبقى الغبن خاضعاً لقانون الإرادة.

ب. ركن المحل: بالنسبة لمحل العقد فإنه يخضع لقانون الإرادة، فهذا الأخير هو الذي يبين لنا الشروط الواجب توفرها فيه وكيفية تعيينه ومدى قابلية التعامل من عدمه، أما بخصوص مشروعية المحل فإنها تخضع لقانون القاضي.

أما في الحالة التي كون فيها محل العقد مالا فإنه يخضع لقانون المال وليس لقانون الإرادة، كذلك الأمر بالنسبة إلى العقود التي يكون محلها عملا فإنها تخضع لقانون تنفيذ العقد وليس لقانون الإرادة.

ج. ركن السبب: يخضع سبب العقد من حيث وجوده ومشروعيته لقانون الإرادة غير أنه إذا كان العقد غير مشروع بالنسبة لقانون القاضي كأن يكون مخالفا للنظام العام، فإن أغلبية الفقهاء ذهبوا في هذه الحالة إلى استبعاد قانون الإرادة وتطبيق قانون القاضي.

د. الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد: إن قانون الإرادة هو الذي يحدد الجزاء المترتب عن تخلف أحد أركان العقد، فهو الذي يحدد لنا متى يعتبر العقد باطلا ومتى يعد قابلا للإبطال، كما يرجع له تحديد من يجوز له التمسك بالبطلان وحكم الإجازة وتقدم الدعوى.

2. من حيث آثار العقد:

تخضع آثار العقد بصفة عامة لقانون الإرادة ويدخل في ما يتعلق بموضوع العقد وما يخص تنفيذه وكما الجزاءات الناجمة عن عدم تنفيذه.

أ. الآثار بالنسبة للموضوع: معنى ذلك أن يرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكامه، وتحديد نطاقه والزام المتعاقدين بتنفيذه وتفسيره وتحديد المسؤولية العقدية فيه.

ب. الآثار بالنسبة للأشخاص: يخضع لقانون الإرادة أثر العقد من حيث الأشخاص، أي الأثر بالنسبة للمتعاقدين والغير، فقانون الإرادة هو الذي يحدد مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، وهو الذي يحدد انصراف العقد إلى الغير بالاشتراط لمصلحة الغير.

ج. تنفيذ العقد: مبدئياً إن الالتزامات المطالب بتنفيذها المتعاقدين تخضع لقانون الإرادة، فهذا الأخير هو المختص بكل الالتزامات الواردة في العقد الواجب تنفيذها إذ هو الذي يحدد لنا أحوال تنفيذ العقد عينياً كان أو لا، ويحدد لنا أيضاً كيفية تقدير التعويض وعناصره وما هي أحكام الشرط الجزائي الوارد في العقد، وحكم الفوائد إن وجدت فيه.

غير أنه استثناء فإن طرق التنفيذ الجبري والمسائل المتعلقة بالتهديد المالي تخضع لقانون القاضي أما بالنسبة لعملة الوفاء فإنها تحدد حسب قانون القاضي.

د. الجزاءات الناجمة عن عدم تنفيذ العقد: يدخل في مجال قانون الإرادة الجزاءات المطبقة في حالة عدم تنفيذ العقد كالنفع بعدم التنفيذ والفسخ بعدم تنفيذ العقد.

3. من حيث القضاء الالتزامات:

تقتضي الالتزامات التعاقدية بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو قد تنتهي دون الوفاء بها والوفاء بصفته تنفيذاً عينياً لعقد بحكمه قانون الإرادة فهو الذي يبين أحكامه من ناحية أطرافه وشروطه وصحته ومحلّه والآثار المترتبة عنه شريطة ألا يكون الوفاء مخالفاً للنظام العام للدولة التي يتم فيها الوفاء كأن يكون جائزاً تقاضي فوائد ربوي.

أما التجديد فإنه يخضع للقانون المنظم للعلاقة الجديدة بوصفها اتفاقاً جديداً هدفها انقضاء الالتزام القديم وقيام التزام جديد محله.

أما بخصوص المقاصة فيجب التمييز بين المقاصة القضائية التي يسري عليها قانون القاضي، والمقاصة الاتفاقية التي يحكمها قانون الإرادة.

أما المقاصة القانونية فقد اختلف الفقه في شأنها فإذا كان الدينان خاضعين لنفس القانون فيطبق عليهما هذا القانون، أما إذا اختلفا فرأى البعض إسنادها إلى قانون القاضي، ورأى آخرون إخضاعها إلى أحد القانونيين اللذان يحكمان الدينين موضوع المقاصة وهو قانون الدين القديم في رأي البعض أو قانون الدين الجديد في رأي الآخرين، فيما اقترح فريق آخر إجراء التطبيق الجامع للقانونيين معاً.

أما الإبراء من الدين فإن اعتبرناه اتفاقاً بين الطرفين حسبما هو مقرر في القوانين الغربية فيجب أن يسري عليه القانون الذي يحكم هذا الاتفاق وأما إذا اعتبرناه تصرفاً تبرعياً مستقلاً به الدائن فيجب أن يخضع للقانون الشخصي للدائن.

أما بخصوص ميعاد التقادم الذي يؤدي إلى زوال الالتزام فإن الرأي الراجح يسنده إلى قانون الإرادة فهو الذي يحدد آثار التقادم ومدته، وهل يجوز الاتفاق على تعديل أحكامه وما هي الأسباب التي تؤدي إلى إيقافه ومدته.

ثانياً: الحالات التي تخرج من نطاق قانون الإرادة.

القاعدة أن كل العقود تخضع لقانون الإرادة، إلا أن هناك بعض العقود التي تخرج من نطاق قانون الإرادة فهي استثناء على الأصل وهذه العقود هي:

1. العقود الواردة على العقارات:

تنص المادة 4/18 من ق.م.ج على أن العقود التي ترد على العقار تخضع للقانون موقع العقار وليس لقانون الإرادة، كذلك بالنسبة لشكل هذه العقود فإنه يخضع لقانون موقع العقار، أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية الأصلية الواردة على العقار فإنها تخضع لقانون موقع العقار طبقاً لنص المادة 1/17 من ق.م.ج.

2. عقود الاستخدام:

هذه العقود يغلب عليها الجانب التنظيمي على الجانب التعاقدية لهذا فإنها تستبعد من نطاق القانون الإرادة وبالتالي لا يجوز للمتعاقدين اختيار قانون يحكمها مما جعل الفقه يختلف في شأن القانون الذي يحكمها، حيث أخضعها البعض لقانون الموطن المشترك أو لقانون الجنسية المشتركة في حالة الاختلاف في الموطن ورأى فريق من الفقهاء إسنادها إلى قانون محل إبرام العقد، ويرى فريق آخر ضرورة إخضاعها لقانون المكان الذي يوجد فيه مقر المشروع أو المؤسسة ورأى فريق آخر ضرورة إخضاعها لقانون المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد.

3. العقود التي تكون الدولة طرفا فيها:

إن العقود التي تبرمها الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام تعتبر اتفاقيات دولية تسري عليها أحكام القانون الدولي العام وبالتالي فإن هذه العقود لا يشملها قانون الإرادة. أما إذا لم تكن لهذه العقود هذه الصفة، كأن تتعاقد الدول فيما بينها كأشخاص عاديين فإن هذه العقود سوف تخضع لقانون الإرادة.

4. عقود الأحوال الشخصية:

تخرج العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كعقود الزواج وعقد الهبة من نطاق قانون الإرادة وبالتالي فإن هذه العقود يسري عليها القانون الشخصي، فمثلا عقد الهبة لقد اعتبره المشرع الجزائري بصريح العبارة في المادة 2/16 من ق.م.ج من الأحوال الشخصية وخصها بقاعدة إسناد خاصة وهي جنسية الواهب وقت إجراءه.

المطلب الرابع

فئة الالتزامات غير التعاقدية

يقصد بمصطلح الالتزامات غير التعاقدية، الالتزامات المتولدة عن الأفعال الضارة المرتبة للمسؤولية التقصيرية، أو تلك الالتزامات الناتجة عن الأفعال النافعة أي الإثراء بلا سبب، الدفع غير المستحق والفضالة، ويتعبر آخر يقصد بها الجرح وأشياء العقود.

الفرع الأول

مضمون قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية

لقد نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية في نص المادة 20 من ق.م.ج بالنص على أنه "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلزام".

حيث يتبين لنا من هذه الفقرة أن الفعل المنشئ للالتزام في الجزائر سواء تعلق الأمر بالالتزام الناشئ عن الفعل الضار أو الناشئ عن الفعل النافع فإنه يخضع لقانون الموقع أي قانون البلد

الذي وقع فيه الفعل وهذه القاعدة هي قاعدة لائينية تعرف باسم "lex locus delicti" والمعمول بها منذ القرون الوسطى في فقه المدرسة الإيطالية القديمة والمدرسة الفرنسية. وعليه، فلو اعتبرنا أن جزائريا متابع في الجزائر بسبب حادث مرور في تونس، فإن آثار هذا الحادث سوف تحدد وفقا للمادة 20 من ق.م.ج وبالتالي فإن القاضي الجزائري سوف يعتمد على القانون التونسي باعتبار أن الحادث قد وقع في تونس وهو البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

فبعدما أقر المشرع الجزائري هذه القاعدة أدخل عليها استثناء، والمنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 20 من ق.م.ج والمتعلق بالالتزام الناشئ عن الفعل الضار الواقع خارج، حيث تنص هذه الفقرة على ما يلي: "عير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة عن الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

ويتبين كذلك من مضمون هذه الفقرة أنه عندما يتعلق الأمر بالفعل الضار الذي تحد وقائعه في الخارج فإنه لا يخضع فيكل الحالات إلى قانون المحل، فالمشرع الجزائري قد أورد شرطا مفاده أنه بالنسبة للفعل الضار الذي وقع في الخارج فلكي يخضع لقانون المحل الذي وقع فيه يجب أن يكون غير مشروع طبقا لقانون البلد الذي وقع فيه وغير مشروع طبقا للقانون الجزائري.

وعليه، إذا وقع الفعل في الخارج وكان مشروع طبقا للقانون الجزائري وغير مشروع في البلد الذي وقع فيه فلا يسأل مرتكبه طبقا لنص المادة 2/20 السالفة الذكر.

وأما إذا كان الفعل مشروع في البلد الذي وقع فيه وغير مشروع في نظر القانون الجزائري فإن هذا الفعل لا تترتب عليه المسؤولية ولا يسأل عنه مرتكبه.

وهذا الاستثناء خاص فقط بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار أما تلك الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع فتخرج عن نطاقه.

الفرع الثاني

تحديد قانون المحل الذي وقع فيه الفعل

إذا نشئت كل أركان المسؤولية أو كل شروط الإثراء بلا سبب في بلد واحد كان ينشأ الخطأ والضرر في بلد واحد، فهنا لا يوجد صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث يتم الرجوع في هذه الحالة إلى قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 20 من ق. م. ج التي تعطي الاختصاص لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

أما في حال ما إذا توفرت أركان المسؤولية التقصيرية أو شروط الإثراء بلا سبب في إقليمين مختلفين كان يحدث الخطأ في دولة وضرر في دولة أخرى، مثلاً كان يقوم شخص بإطلاق عيار ناري على مقربة من الحدود التونسية فيصب شخص في الجزائر، فهنا يكمن الإشكال فأى القانونين يطبق؟، هل يطبق قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ أو يطبق قانون الدولة التي وقع فيها الضرر؟

المشرع الجزائري لم يحد ما هو القانون الواجب التطبيق عندما تتوزع أركان المسؤولية في أقاليم مختلفة، إذا وجب الرجوع إلى الأراء الفقهية لمعرفة قانون المحل المختص في هذه الحالة، ولقد قدم الفقه في هذه المسألة حلولاً مختلفة يمكن استعراضها فيما يلي:

أولاً: بالنسبة للفعل الضار

ذهب البعض إلى القول بضرورة الأخذ بقانون البلد الذي وقع فيه الخطأ بغض النظر عن البلد الذي تحقق فيه الضرر.

ويقترح فريق آخر بأن يترك للضحية الاختيار بين قانون الواقعة وقانون البلد الذي وقع فيه الضرر، وهو الحل الذي أخذ به المشرع التونسي.

وهناك من اقترح التطبيق الموزع للقوانين وفقاً لأساس المسؤولية، فإذا كان أساس المسؤولية هو الخطأ كان الأخذ بقانون مكان الفعل المنشئ لالتزام وقوع الضرر، أما إذا كان أساس المسؤولية هو الضرر كان الأخذ بمكان وقوع الضرر.

أما أغلبية الفقه فيميل نحو الأخذ بتطبيق قانون مكان الضرر، وفي الحالة التي يكون فيها الضرر موزع بين عدة دول وليس محصور في دولة واحدة فإن الاختصاص يوزع بين عدة دول وليس محصور في دولة واحدة فإن الاختصاص يوزع بين هذه الدول بحيث يختص كل قانون دولة بالجزء الذي وقع فوق إقليمها.

ثانياً: بالنسبة لأشباه العقود

بالنسبة للفعل النافع كالإثراء بلا سبب وتطبيقاته، كالدفع غير المستحق وعمل الفضولي، قد يحدث أن يختلف مكان حدوث الإثراء عن مكان وقوع الافتقار، فيذهب الفقه بالاعتداد بقانون مكان حدوث الإثراء وليس مكان وقوع الافتقار، أما القانون الذي يحكم الدفع الغير مستحق باعتباره من تطبيقات الإثراء بلا سبب فهو قانون المكان الذي تم فيه الدفع، بالنسبة للعمل الذي يقوم به الفضولي باعتبار المفاضلة من تطبيقات الإثراء بلا سبب فإن القانون الذي يحكمها هو قانون محل أداء الفضولي لعمله أي قانون المكان الذي قام فيه الفضولي بعمل صالح لرب العمل، أما إذا تعلقت الفضالة بمال فيطبق قانون موقع المال عليها فيما يترتب عليها من حقوق عينية.

وبالنسبة لحوادث التصادم البحري والتي تحدث بين السفن والبواخر البحرية في أعالي البحار وحوادث الطائرات في الفضاء الكوني فهنا يصعب تحديد مكان الضرر لهذا فقد اتجه الفقه بتطبيق قانون الدولة التي وقع في مياهها الإقليمية التصادم، أما إذا وقع التصادم في عرض لبحر أسنده بعض الشراح لقانون السفينة التي لحقها الضرر ورأى فريق آخر منح الاختيار للمضرور بين هذين القانونين، ولكن الرأي الراجح يميل في هذه الحالة إلى تطبيق قانون القاضي، غير أنه إذا كانت السفينتان تحملان علما واحد طبق قانون العام.

أما فيما يخص حوادث الإنقاذ البحري رأى البعض إلى اسنادها إلى قانون السفينة التي قامت بعملية الإنقاذ، ورأى آخرون بتطبيق قانون الميناء الذي سحبت إليه السفينة المنقذة على اعتبار أنه يمثل قانون محل تحقق الإثراء.