جامعة ابن خلدون – تيارت-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إعتبارات تطبيق قانون القاضي بين نظريتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص قانون دولي خاص

من إعداد الطالبة:

يمينة مومن

تحت إشراف:

الدكتور بلاق محمد

أمام لجنة المناقشة

إسم العضو	مؤسسة الانتماء	الصفة في اللجنة
أ.د/ بوسماحة الشيخ	جامعة تيارت	رئيسا
د/ بلاق محمد	جامعة تيارت	مشرفا ومقررا
أ.د/ عليان بوزيان	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
أ.د/ بوغرارة صالح	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
أ.د/ بلكعيبات مراد	جامعة الأغواط	عضوا مناقشا
د/ عبد النور أحمد	جامعة البيض	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿...رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ

وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ

وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾

صَدَقَ اللَّهُ العَظِيمُ

سورة الأحقاف الآية (15)

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.. فإني أشكر الله تعالى وأحمده على فضله حيث وفقني لإنجاز هذا العمل، فله الحمد والشكر أولا وآخرا.

ثم أشكر كل أساتذتي الذين مدوا لي يد المساعدة خلال إنجاز هذا العمل وفي مقدمتهم أستاذي المشرف على هذه الأطروحة الدكتور: بلاق مُحَمَّد الذي لم يدخر جهدا في مساعدتي، فله من الله الأجر ومني كل التقدير حفظه الله وسدد خطاه.

أتقدم بخالص الشكر أيضا لكل أعضاء اللجنة على تحملهم مشقة القراءة ومناقشة هذه الأطروحة.

كما أشكر كل من ساهم وأعانني على إتمام هذا العمل ماديا ومعنويا.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى والديّ أطال الله في عمرهما

إلى قرة عيني إبني "يزن"

إلى كل أفراد أسرتي

إلى كل من مد لي يد العون وشجعني وكان له أثر في هذا العمل وعلى رأسهم

السيد "بروبي بلقاسم" والسيد "عدة حماز"

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

ونسأل الله أن يجعله نبراسا لكل طالب علم.

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

ج	الجزء
ص	صفحة
ط	طبعة
ق.إ.م.إ	قانون الاجراءات المدنية والإدارية
ق.م	القانون المدني

2- باللغة الفرنسية:

Ibid	ibidem: même ouvrage précité
Op.Cit	Opere citato: ouvrage précité
n°	Numéro
p	Page

مقـــــدمـــة

إن ازدياد الحاجة إلى التعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية في الآونة الأخيرة أدى إلى دخولها في معاملات خاصة خارج حدودها، حيث شهد هذا التعامل تعاظما لحركة الأفراد عبر الحدود، ليس هذا فحسب، فبظهور العولمة تلاشت معها الحدود الجغرافية التقليدية، وشهدت هذه المعاملات تطورا لا يعترف بهذه الحدود فتخللها عنصر أجنبي وأصبحت النزاعات التي تثور بشأنها ذات طابع دولي، ما دعى إلى ضرورة التفكير في إيجاد قواعد قانونية تكون عادلة في حل هذا النوع من المنازعات.

إن تحديد هذه القواعد القانونية تساهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقات ذات عنصر أجنبي أو بعبارة أخرى اختيار القانون المختص بشأن هذه العلاقات التي تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد. إلا أن مشكلة التنازع بين القوانين يمكن أن يثور لا بشأن القانون الواجب التطبيق فحسب وإنما بشأن السلطة القضائية ذات الاختصاص أيضا، فيكون موضوع النزاع هو اختصاص المحاكم إذا كانت محكمة الدولة المرفوع أمامها النزاع مختصة أم غير مختصة وهو ما يطلق عليه بتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

لقد صاحب تطور العلاقات القانونية ورسوخ مبدأ عدم التلازم بين القضاء المختص والقانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات، ظهور قانون القاضي كحل لتلك المنازعات أين كان يطبق على كافة المنازعات الدولية الخاصة المعروضة أمامه بغض النظر عن انطوائها على عنصر أجنبي، بالرغم من ظهور "المنهج السافيني" كمهج أصيل في حل تنازع القوانين –الذي تلته مناهج أخرى– إلا أن قانون القاضي بقي محافظا على مكانته ودحض الفكر القائل بأن تطبيقه ينفي كل قيام للقانون الدولي الخاص. فاستعمال هذا الأخير لفكرة "قانون القاضي" والاعتراف لها بنطاق واسع في التطبيق ينفي عنها كل ما ينسب لها من هدم لهذه المادة بل يجعل منها أحد مقوماتها ومحتوياتها. وعلى ذلك تقتضي هذه الفكرة اجتماع عنصرين هما: قضاء وطني وقانون وطني.

إن قانون القاضي يتجلى تطبيقه في عدة صور فيطبق بصورة أصلية وحصرية ومن دون مزاحمة القانون الأجنبي بموجب قواعد ذات بنية انفرادية. كما يتحقق هذا التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية المزدوجة إذا ما أشارت إلى تطبيق قانون القاضي على المسألة محل النزاع باعتباره أكثر القوانين التي تتنافس على حكمها لارتباطها بها، فيطبق قانون القاضي باعتباره قانون موقع المال أو قانون جنسية أحد الخصوم. كما يمكن أن يطبق بصورة احتياطية بموجب قاعدة الإسناد متى تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلا بشأن النزاع. ويأخذ قانون القاضي أيضا صورة أخرى في تطبيقه بموجب منهج التطبيق الضروري. وما يلفت النظر بشأن هذا التطبيق هو تعدد الطرق التي تسمح للقاضي باللجوء إلى قانونه الوطني مما يدفعنا للبحث عن الخلفيات التي دعت المشرع إلى إعطاء القاضي كل هذه السبل لتطبيق قانونه.

من هنا تظهر أهمية تحديد اعتبارات تطبيق قانون القاضي بين نظريتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ويتسنى ذلك بالتطرق لجميع جوانب النظريتين اللتان تشكلان جوهر مادة القانون الدولي الخاص، فحصر الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي يقتضي أيضا الإلمام بالحالات الأخرى ليتسنى لنا فصلها عنها، وكأننا في معرض إجراء موازنة بينه وبين القانون الأجنبي فيتجلى لنا مركزه بالنسبة لهذا الأخير، وتنجلي عن الأذهان النظرة القائمة على اعتبار قانون القاضي يقضي على مبدأ عدم التلازم الذي ينبني عليه القانون الدولي الخاص، فيظهر قانون القاضي كحل له دور هام في فض تنازع القوانين إلى جانب مناهج تنازع القوانين الأخرى بل، حتى أنه يحفظ اعتبارات مهمة يقوم عليها هذا الحل.

فكان لهذه المكانة الهامة والواسعة التي يحتلها قانون القاضي في حلول المنازعات الخاصة الدولية السبب وراء اختيار هذا الموضوع، والسبب في السعي إلى تحليل الدوافع والأسباب الكامنة وراء تطبيق قانون القاضي كحل لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي والتي ستساعدنا في التعرف على السياسة التشريعية الوطنية في مواضيع القانون الدولي الخاص وأهدافها.

وهو ما ينبني عليه هدف هذه الدراسة، إذ أن الإلمام بجميع الحالات التي يطبق فيها القانون الجزائري سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية، وسواء طبق عليها بصفة مباشرة وأصلية أو بصفة استثنائية واحتياطية يجعل هذه الدراسة تقترب من جرد كل الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي وإبرازها كحل متميز إلى جانب مناهج حل تنازع القوانين في ظل هيمنته وتفوقه على القانون الأجنبي.

لذلك سوف تشمل هذه الدراسة أغلب صور تطبيق قانون القاضي بين نظريتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي مع البحث في الاعتبارات العلمية التي أدت إلى إعماله، ماعدا الصورة التي يطبق فيها قانون القاضي استنادا إلى قاعدة الإسناد المزدوجة حيث يتساوى قانون القاضي مع القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، فيظل تطبيق قانون القاضي فرضا غير مؤكد.

وبالعودة إلى الدراسات التي اهتمت بموضوع تطبيق قانون القاضي في النزاعات الدولية الخاصة نخص بالذكر منها:

دراسة للأستاذ حسام الدين فتحي ناصف المعنونة بـ: "مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية "المطبوعة سنة 1994 وهي دراسة في القانون المصري تضمنت صور تطبيق قانون القاضي في المنازعات الخاصة الدولية في جانبها الموضوعي أي ما يتعلق بتنازع القوانين دون الجانب الإجرائي.

وأطروحة دكتوراه للباحث: Peggy Carlier بعنوان «L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois» نوقشت سنة 2008، حيث تناولت هذه الدراسة الفقهية موضوع قانون القاضي من خلال تقسيمه إلى قسمين تناولت في الأول فكرة عدم المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي والقسم الثاني منها تطرق إلى حالات التقارب بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق.

ولم يقتصر بحثنا في الدراسات الأجنبية دون أن نتصفح بعض الدراسات الوطنية نذكر منها:

رسالة ماجستير في فرع عقود ومسؤولية للباحثة مسعود بورغدة ناريمان بعنوان "حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي" جامعة الجزائر-يوسف بن خده- لسنة 2011/2010. وأطروحة دكتوراه في القانون الخاص للباحثة بن زيادة أم السعد بعنوان" اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين" عن نفس الجامعة لسنة 2015/2014 واللتان تناولتا موضوع تطبيق قانون القاضي في جانبه الموضوعي فقط أو ما تعلق بنظرية تنازع القوانين فقط وتقريبا بنفس الطرح.

أما أهم دراسة فهي أطروحة دكتوراه في القانون الخاص للباحثة كمال سمية بعنوان " تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة " جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان لسنة 2016/2015 ، وكانت هذه الدراسة الوحيدة التي تناولت تطبيق قانون القاضي بشقيه الإجرائي والموضوعي لكنها قصرت على ذكر حالات تطبيق هذا الأخير بصفة أصلية فقط، واستبعدت التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي الذي لا يقل أهمية عن التطبيق الأول.

ومن خلال استقرائنا لمجمل هذه الدراسات تبين لنا تعاملها مع فكرة قانون القاضي كان في اتجاه واحد هو الجانب الموضوعي –ماعدا الدراسة الأخيرة- بالإضافة إلى أن معالجة هذه الفكرة كانت قاصرة على عرض أو رصد لمواطن أو نطاق تطبيق قانون القاضي، دون أي تحليل للدوافع والاعتبارات التي أدت بالمشرع إلى إسناد الاختصاص للقانون الجزائري في هذه الحالات، وهو ما حاولنا تداركه في هذه الدراسة من خلال الإلمام بكل جوانب تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) سواء في شقها الموضوعي أو الإجرائي سواء بصفة أصلية أو احتياطية مع تسليط الضوء على الاعتبارات التي أدت إلى تطبيقه.

ورغم اتساع نطاق الدراسة وتشعب جوانبها فقد حاولنا الإحاطة بجوانب الدراسة من خلال الإجابة على الإشكالية المحورية التالية: **ما هي الإعتبارات التي يستند إليها القاضي حال تطبيقه قانونه الوطني في ظل نظريتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي؟**

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية تتم الإجابة عليها من خلال فصول ومباحث هذه الدراسة ومنها:

-ما هو نطاق تطبيق قانون القاضي ضمن اختصاص المحاكم الوطنية وإجراءات التقاضي أمامها؟

-ماهي الحالات التي يتقرر فيها الاختصاص لقانون القاضي الوطني؟

-ما هي الحلول التي أقرها المشرع في حالة استبعاد القانون الأجنبي المختص؟

إن الإلمام بهذا الموضوع من جميع جوانبه لم يكن هينا نظرا لقلة المراجع خاصة ما تعلق منها بالجانب الإجرائي كون أن تحليلنا للآليات المكونة للقانون الدولي الخاص لمعرفة مركز قانون القاضي في نظرية الاختصاص القضائي الدولي كان القانون الجزائري نموذجنا الأساسي بشأنها. واعتمدت الدراسة بشكل كبير على المراجع المصرية وبعض المراجع الفرنسية نظرا لقلتها في الفقه الجزائري ما عدا ما اقتصر منها على ذكر المبادئ العامة بالإضافة إلى قلة الاجتهادات القضائية.

ورغم هذه الصعوبات سعينا في الإلمام بموضوع الدراسة بإتباع المنهج الوصفي من خلال التطرق لحالات تطبيق قانون القاضي وتبيان خصوصية ودوافع هذا التطبيق، كما اتبعنا المنهج التحليلي أيضا في بحثنا المتعلق بالاعتبارات الداعية لهذا التطبيق، مع الاستعانة في حالات قليلة جدا بالمنهج المقارن في بعض الإشارات للقوانين المقارنة لأخذها على سبيل المثال أو كنموذج يمكن إتباعه لسد الثغرات التي تعتري التشريع الوطني.

وعلى ضوء ما تقدم فإن موجبات بلوغ أهداف هذه الدراسة اقتضت تقسيمه إلى بابين:

تضمن الباب الأول: الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي بصورة أصلية وحصرية في الجانب الإجرائي للمنازعات الخاصة الدولية بما فيها الاختصاص القضائي الدولي وكذا إجراءات التقاضي أمام

المحاكم الوطنية بالإضافة إلى القواعد الموضوعية سواء ما طبق منها بموجب قواعد إسناد أو تطبيقا مباشرا على النزاع.

أما الباب الثاني: فتضمن حالات تطبيق قانون القاضي بصورة احتياطية، متى تعذر تطبيقه أو تم استبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد سواء كان هذا الاستبعاد بفعل قانوني أو بفعل مادي.

ليكون التقسيم كالتالي:

الباب الأول: التطبيق الأصلي لقانون القاضي.

الباب الثاني: التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي.

الباب الأول

التطبيق الأصلي لقانون القاضي

تقتضي المنازعات الخاصة الدولية بحسب الأصل ونتيجة لاحتوائها على عنصر أجنبي تزاحم وتنافس القانون الأجنبي مع قانون القاضي لحكم تلك المنازعات، هذا ما يحققه المنهج السافيني. إلا أن هذا المنهج أصبح يغالي في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية.

و كعلاج لهذه المغالاة اعترف فقه القانون الدولي الخاص بمناهج أخرى ، تقوم أحيانا على اللجوء للقواعد الموضوعية وأحيانا أخرى تقوم على تطبيق بعض القوانين تطبيقا مباشرا، أو الركون إلى قاعدة تنازع إنفرادية، حيث احتلت فيها فكرة قانون القاضي كحل لهذه المنازعات مكانة بارزة. غير أن مفهوم قانون القاضي يمكن أن يختلط مع غيره من المفاهيم الأخرى كالقانون الشخصي، المحلي والقانون الإقليمي خاصة متى تحقق التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، فقانون القاضي لا يقوم على ضابط الجنسية كالقانون الشخصي أو الموقع الجغرافي كالقانون الإقليمي وإنما هو ينطبق بوصفه قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

ونتيجة لاعتبارات معينة يطبق قانون القاضي تطبيقا أصليا على المنازعات الخاصة الدولية ودون مزاحمة للقانون الأجنبي خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل الاختصاص والاجراءات وهذا راجع لارتباط الجانب الإجرائي بمرفق القضاء في الدولة (الفصل الأول) وكذا ما تعلق منها بالجانب الموضوعي (الفصل الثاني). حتى وإن كان البعض منها يرد استثناءا عن القاعدة المزدوجة غير أن هذا لا ينفي تقدمه عن القانون الأجنبي.

الفصل الأول: خضوع القواعد الإجرائية لقانون القاضي

تشمل القواعد الإجرائية في المنازعات الخاصة الدولية فضلا عن القواعد المحددة للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية القواعد المنظمة للإجراءات الواجبة الاتباع بشأن رفع الدعوى والسير في مثل هذه المنازعات. وتعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الاجراءات من أقدم المسائل التي تم حسمها في هذا الإطار لصالح قانون القاضي، ولا تعد قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي من أقدم القواعد المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص فحسب، بل إنها تتميز كذلك بأنها من أكثر القواعد ذيوعا وانتشارا على مستوى القوانين الوضعية المعاصرة ومن بينها القانون الجزائري.

وقد هيمن قانون القاضي على الجانب الإجرائي لهذه المنازعات بصفة أصلية وذلك لاعتبارات مختلفة كلها تؤيد تطبيق قانون القاضي على المسائل المرتبطة بالجانب الاجرائي، فهي من تسند الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية وتحدد ضوابطه (المبحث الأول). كما تحدد إجراءات التقاضي التي تتعلق خصوصا بالجانب الإجرائي لتنظيم مرفق العدالة، الذي يزاحمها فيه تطبيق القانون الموضوعي على ما تعلق بالجانب الموضوعي لإجراءات التقاضي، الشيء الذي يفرض علينا البحث في التفرقة بين هذه المسائل (المبحث الثاني) لمعرفه حدود تطبيق قانون القاضي على إجراءات التقاضي في المنازعات الخاصة الدولية.

المبحث الأول: خضوع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لقانون القاضي

الظاهر من تحليل المسائل القانونية لمجالات القانون الدولي الخاص، أن العلاقات المنظمة فيه رغم اتصافها بالطابع الأجنبي وكونها علاقات دولية، مما يستدعي تحريك قواعد فوق وطنية تحكمها إلا أن الحلول المعتمدة في جل الأنظمة القانونية بشأنه لازالت وطنية، لا تختلف موضوعيا عن تلك الخاصة بتنظيم علاقات دولية محضة[1].

ويظهر جليا تأثير المفاهيم الوطنية من خلال سيطرة قانون القاضي «Les fori»[2] على تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي الجزائري، وقبل تحديد متطلبات ذلك سوف نتطرق لمفهوم الاختصاص القضائي الدولي (المطلب الأول) وكذا بيان ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي (المطلب الثاني)، ثم نتطرق لاعتبارات سلب الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية (المطلب الثالث) لنخلص في الأخير إلى بيان الدوافع التي أدت إلى تطبيق قانون القاضي على الاختصاص القضائي الدولي الجزائري (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي

ينقسم المجتمع الدولي في الظروف الراهنة إلى مجموعة من الدول تتمتع كل منها بالسيادة والمساواة، ويعد تمتع كل دولة بنظام قانوني وقضائي خاصين بها من أبرز العلامات المؤكدة والمعبرة عن

---

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، دار هومه، الجزائر، 2016، ص 281.

[2] هي كلمة من أصل لاتيني وهي « Forum » وتعني المحكمة. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (انجليزي عربي)، ط 5، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2008، ص320. وباللغة الفرنسية « La loi du fori » و كلمة « For » كلمة لاتينية أيضا تعني المحكمة الداخلية (محكمة الوجدان). حارث سليمان الفاروقي، المرجع السابق، ص297. وتتم ترجمتها "بقانون المحكمة" المستخدمة بشكل خاص في القانون الدولي للتعبير عن القانون الواجب التطبيق في المنازعات الخاصة الدولية.

Chez les romains le tribunal siégeait sur la place publique dénommé de « Forum ».Il s'emploie dans certaines expressions juridiques tel « la loi du for » traduction de « lex fori » utilisée en particulier en droit international pour exprimer que la loi qui doit être appliquée à une situation déterminée est la législation du lieu ou la juridiction qui a été saisé, est en vigueur. https://www.dictionnaire-juridique.com

ويعبر عن قانون القاضي بأنه: " قانون المحكمة أي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى". حارث سليمان الفاروقي، المرجع نفسه، ص419.

هذه السيادة وتلك المساواة[1]. و في ظل ارتباط العلاقات الخاصة الدولية بأكثر من نظام قانوني، الذي يضم النظام القانوني الإجرائي إلى جانب النظام القانوني الموضوعي، وأول ما يجب تحديده في هذا المقام هو معرفه النظام القانوني الاجرائي الذي يبدأ من تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، ويتأتى معرفة هذا الأخير من خلال تعريفه (الفرع الأول) وبيان خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي

تثار مسألة الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة ما، عندما يعرض أمامها نزاع متضمن عنصر أجنبي سواء بسبب جنسية الخصوم الأجنبية أو مكان إقامتهم (خارج الدولة) أو موضوع النزاع نفسه (نزاع على ملكية مال موجود خارج البلاد مثلا)، فالاختصاص بصفة عامة في الحقل القضائي هو السلطة المخولة للمحكمة بمقتضى القانون للتحقيق في خصومة معينة[2].

ويقصد بالاختصاص القضائي الدولي: "مجموعة القواعد التي تحدد بمقتضاها ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي التي تحدد كل محكمة من محاكم الدولة نفسها"[3]. أي أنه يطرح موضوع تحديد محكمة البلد التي يعود إليها الاختصاص للنظر في وضعية قانونية دولية[4]. وقد جرى جمهرة الفقه المصري [5] على استخدام إصطلاح " تنازع الاختصاص القضائي الدولي" أو " تنازع الاختصاص القضائي" وقد استشعر البعض عدم دقة هذا المصطلح فاستخدم تعبير " الاختصاص القضائي الدولي" مسقطا من الحسبان لفظة " تنازع". فتلك التسمية يوجه إليها الفقه التقليدي النقد انطلاقا

[1] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 14.

[2] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة، عمان،2009، ص 289.

[3] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2016/2015، ص12.

[4] سهى خلف الله، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، ط1، دار البداية، عمان، 2013، ص 30. وينظر أيضا موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 07.

[5] عكاشه محمد عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 06.

من أنها توحي بوجود نوع من التطابق بين قواعد تنازع الاختصاص وتنازع القوانين، وأن القواعد المستخدمة في حل تنازع الاختصاص لها نفس طبيعة القواعد المتعلقة بحل تنازع القوانين[1].

كما نلاحظ أن الفقه الفرنسي في مجموعه التقليدي منه والحديث يستخدم اصطلاح "تنازع جهات القضاء" وهي نفس التسمية التي نادى بها الفقيه الفرنسي "بارتن"[2]، بخلاف فقه آخر يستعمل تعبير" française compétence internationaux des tribunaux" بمعنى الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية بينما يستحسن فريق ثالث استعمال " la compétence des internationaux tribunaux française dans les litiges" (اختصاص المحاكم الفرنسية في المنازعات الدولية وفريق آخر تعبير "la compétence civil et commercial" بمعنى الاختصاص المدني والتجاري[3]. كما يطلق فقهاء إنجليز "juriduction of the english courts" بمعنى الاختصاص الدولي للمحاكم الإنجليزية[4]. ونجد بعضا من الفقه الجزائري[5] يستخدم نفس التسمية إلا أن غالبيته يلجأ إلى مصطلح " الاختصاص القضائي الدولي"[6].

خلاصة القول، المعنى المقصود في كافة هذه المصطلحات والتعابير هو الحدود التي تؤدي فيها محاكم الدولة ولاية القضاء وظيفة القضاء، ولعل أفضل كلمة تفي بهذه الغاية هي كلمة " الدولي" تضاف إلى تعبير "الاختصاص القضائي" لأنه أوضح في الدلالة على العنصر الأجنبي في المنازعات التي يمتد بشأنها هذا الاختصاص[7].

---

[1] هشام خالد، المرجع السابق، ص 26.

[2] هشام علي صادق ، حفيظ السيد حداد، القانون دولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص10.

[3] سه نكه ر علي رسول، تنازع الاختصاص القضائي الدولي وأحكامه في القانون العراقي دراسة مقارنه، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة كويه، العراق، 2008، ص 19.

[4] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، ط 9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 606.

[5] من بينهم موحند اسعاد متأثرا بالفقه الفرنسي كون مؤلفه ترجم من اللغة الفرنسية إلى العربية. موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، ج 2، المرجع السابق، ص 07.

[6] ومن بينهم زروتي الطيب في مؤلفاته: دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2 دار هومه، الجزائر، 2016. والقانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011

[7] سه نكه ر علي رسول، المرجع السابق، ص 20.

الفرع الثاني: خصائص الاختصاص القضائي الدولي

تتميز قواعد الإختصاص القضائي الدولي بجملة من الخصائص تميزها عن غيرها من قواعد التنازع وهي:

-قواعد وطنية فما دام أن تحديد سلطة القضاء يعبر عن سيادة الدولة، حيث تستقل كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بما يحقق أهدافها الاجتماعية التي ترمي إليها سياستها التشريعية[1]. فإن المشرع الوطني يتولى في الأصل تنظيمها لاسيما فيما يتعلق بالإجراءات إذ لا يتصور خضوعها لغير القانون الوطني[2]. لذا يجب العمل بها دون غيرها ودون النظر لما تقول به قواعد الاختصاص الدولي الأخرى[3].

-قواعد مادية أو موضوعية قاصرة على تبيان الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم الوطنية، دون أن تعنى بتحديد الحالات التي تكون داخلة في اختصاص المحاكم الأجنبية[4]. ذلك أنها قواعد وطنية تستقل كل دولة بتعيين محاكمها وفقا لضابط أو معيار معين[5].

-قواعد أحادية تقتصر على بيان حالات عقد الاختصاص للقضاء الوطني فقط، فإذا قدر المشرع الوطني عدم إختصاص محاكمه بنظر نزاع معين فإنه لا يستطيع أن يعين محكمة أجنبيه لفض النزاع[6]. لسبب بسيط وهو أن القانون القضائي يمس تسيير مرفق عام وهو مرفق العدالة[7]. وأن

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص 14.

[2] عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار السنهوري، بغداد، 2014، ص 262.

[3] مُحَّد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة الحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص 198.

[4] عكاشه مُحَّد عبد العال، المرجع السابق، ص 33.

[5] كمال سميه، المرجع نفسه، ص 16.

[6] عكاشه مُحَّد عبد العال، المرجع السابق، ص 33.

[7] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص09.

التدخل في اختصاص محاكم دول أخرى يعد عديم الأثر من الناحية العملية، ذلك أن القاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطني، فقواعد الاختصاص القضائي الدولي لا يمكن أن تكون مزدوجة الجانب[1].

المطلب الثاني: ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية

لقد خص المشرع الجزائري الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه بمادتين هما 41 و42 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية[2]، التي تتضمن مسألة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية المبني على الامتياز القضائي فقط، وأمام هذا القصور ذهب جانب من الفقه إلى الاعتداد بقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، أي ضرورة التقيد بها في المجال الدولي والذي يطلق عليها في القانون المقارن مصطلح القواعد العادية[3].

انطلاقا من ذلك سوف نقوم بالتطرق لفكرة الجنسية[4] كمعيار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية (الفرع الأول) ثم التطرق إلى القواعد العادية كضابط لتحديد هذا الاختصاص(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجنسية كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية

إذا كان من المسلم به اعتقاد الجماعة الدولية إلى سلطة عليا تتولى توزيع الاختصاص بالمنازعات ذات الطابع الدولي بين الدول المختلفة، فإنه كان من الطبيعي أن تقوم بعض الدول

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 263.

[2] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، متضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة في 23 ابريل 2008، ص 03.

[3] حسايد حمزه العقاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم جزائرية المبني على القواعد العادية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 07، العدد الأول، جامعة طاهري مولاي، سعيدة، مارس 2020، ص 90.

[4] ويقصد باصطلاح الجنسية "انتماء الفرد إلى دولة معينة وهي وسيلة فنية ضرورية اقتضتها ضرورات النظام الدولي الحالي لتوزيع سكان المعمورة على الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي العام. الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، ط02، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص18.

بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية[1]. وقد نظم المشرع الجزائري الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه في قانون الاجراءات المدنية والإدارية ضمن قواعد الاختصاص الإقليمي، تحت قسم الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب[2]. اعتمدت المادتين 41 و42 معيار الجنسية الجزائرية ضابطا للاختصاص القضاء الجزائري وهما مادتان مقتبستان حرفيا على التوالي من المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي[3]. وأصلهما في هذا القانون يعود إلى القرن 19 حيث يجب أن يحاكم الشخص أمام قضاءه الوطني[4]. وهذا بقطع النظر عن جنسية الطرف الآخر وموطن الطرفين، ومكان التعاقد أو التنفيذ، وما إذا كانت العلاقة القانونية على صلة بنظام قانوني آخر أو لا[5].

ولتحليل هذا الضابط يجب البحث في مجال تطبيق هذا الضابط بالإضافة تحديد طبيعته القانونية وموقف القضاء الجزائري منهه.

---

[1] محمود لطفي محمود عبد العزيز، التنازع الدولي للاختصاص القضائي، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص19.

[2] المادة 41: " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

المادة 42: " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

[3] Article 14: "L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des
obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France,
pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français".
Article 15: " Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays
étranger, même avec un étranger". Loi du 05mars1803,portant le code civile français du 15mars1803, modifier par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 et dernière modification par la loi n°2021-2017 du 02 aout 2021, disponible sur le site du service public de l'accés du droit francais, https://www.legifrance.gouv.fr, vu le 15/08/2021.

[4] فنظرية القانون الطبيعي كانت مسيطرة، وهي اعطاء الملك الامتياز الحصري الذي لا يستطيع اتفاق الطرفين استبعاده من جهة النظر في خلافات تقوم بين رعيته ومن جهة أخرى الحكم في خلافات يكونون فيها في وضع المدافع حتى ولو كان المدعي أجنبيا، هذه القاعدة المزدوجة، اعتبرت كقانون طبيعي أي لا تقيم أي تفريق بين الفرنسيين والأجانب. بيار ماير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمه علي محمود مقلد، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت،2008، ص 262.

[5] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 324.

أولا: مجال تطبيق معيار الجنسية

يتضمن مجال التطبيق الأشخاص المستفيدون من هذا المعيار وكذا الدعاوى التي يشملها هذا المعيار .

أ- الأشخاص المستفيدون:

طبقا للمادتين 41 و42 السالفة الذكر فإنه يجوز للوطني مدعيا أو مدعى عليه أن يرفع دعواه أمام المحاكم الوطنية مهما كان موطنه أو موطن خصمه أو جنسيته[1]. أي أيلولة الاختصاص القضائي الجزائري متى كان أحد الطرفين جزائريا عند رفع الدعوى ولا يهم تغيير جنسيته لاحقا بعد رفعها، ولا سابقا عند نشوء العلاقة القانونية وبصرف النظر أيضا عن نوع الدعوى ما إذا كانت غير مالية كدعاوى حالة الأشخاص وأهليتهم، أو دعوى مالية كدعوى عينية منقولة أو دعوى مختلطة[2].

أما عن تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية فقد أخذ المشرع الجزائري بمعيار الاستغلال أو النشاط كمعيار لتحديد جنسية الشركة والقانون الواجب التطبيق عليها[3]. حيث نصت المادة 50 فقرة 02 من القانون المدني[4]:" الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر". المادة 10 فقرة 03 من نفس القانون: "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي. غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط 01، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 30.

[2] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 325.

[3] محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 358.

[4] أمر رقم75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادرة في 30/09/1975، معدل ومتمم بآخر قانون رقم07-05، مؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31، صادرة في 13 مايو 2007، ص 03.

وبالرجوع لأحكام القانون التجاري[1] لاسيما المادة 547: "تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري". وبالتالي فإن معيار الجنسية شخصي وغير مبني على طبيعة المنازعة ونوعها[2].

ب- الدعاوى المشمولة بالمادتين 41 و 42:

إن التفسير الحرفي للمادتين يقود إلى حصر مجالها بالالتزامات التعاقدية لوحدها. ونحن نجد هنا مرة أخرى صياغة هذه النصوص تستمد من أصولها الفرنسية ولا تأخذ بعين الاعتبار الاجتهاد اللاحق الذي نظم تطبيقها[3]. حيث ذهب الاجتهاد الفرنسي في تفسير المادتين 14و15 تفسيرا موسعا عن طريق توسيع نطاق تطبيقها إلى الدعاوى غير التعاقدية وغير المالية ليرفض مبدأ عدم الاختصاص نهائيا في قرار لمحكمة النقض هو قرار Patino الصادر في 20 جوان 1948[4] وتم الإقرار صراحة وبصفة واضحة في قرار Scheffel الصادر في 30 أكتوبر 1962 أن: "العنصر الأجنبي للأطراف لا يعد سببا لعدم اختصاص المحاكم الفرنسية" «l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises»[5]

لكن تجدر الإشارة إلى أنه وإن كان المشرع الجزائري في المادتين 41 و42 يظهر من حيث صياغة المادتين أنه قصر هذا الامتياز على الالتزامات التعاقدية فقط، إلا أن المادتين لا تحتملان

---

[1] أمر رقم75-59 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم05-02 مؤرخ في 06/02/2005، جريدة رسمية عدد 11، صادرة في09 فبراير 2005، ص 08.

[2] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 327.

[3] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 35.

[4]Pière MAYER , Viencent HEUZE, Droit international privé, 9eme édition, Montchrestien, paris, 2007, n°282, p 203.

[5] تتلخص وقائع قضية Scheffel في: أن زوجين ألمانيين انفصلا بعد سنوات من الحياة المشتركة في بلدهما الأصلي، انتقل الزوج إلى فرنسا واستقر فيها وبقيت الزوجة مقيمة في ألمانيا، في سنة 1957 تقدم الزوج بدعوى الصلح بدافع الطلاق أمام محكمة سيدان في فرنسا، فدفعت الزوجة بعدم الاختصاص لكن دفعها رفض، وفي غياب الاستئناف، صدر أمر عن قاضي الصلح وحاز قوة الأمر المقضي فيه، رفع الزوج دعوى الطلاق أمام محكمة ميزيار فدفعت الزوجة من جديد بعدم اختصاص المحاكم المحاكم الفرنسية، هذا الدفع رفض على مستوى الدرجة الأولى والاستئناف بسبب أن الأمر الحائز على قوة الشيء المقضي فيه يحدد بصفة قطعية حسب المادة 238 من القانون المدني اختصاص المحاكم الفرنسية، وجاء في حيثيات القرار أن الصفة الأجنبية ليست سببا لعدم اختصاص القضاء الفرنسي الذي يتحدد اختصاصه الدولي عن طريق تمديد قواعد الاختصاص الاقليمي الداخلي.
Ibid, n°286 ,p 207.

تفسيرا ضيقا لأن المقصود عقد الاختصاص بناء على كون أحد الطرفين حاملا للجنسية الجزائرية وليس بناء على طبيعة النزاع[1].

ثانيا: الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي وموقف التشريع الجزائري منها

تثير الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي مسائل تتصل بمدى تعلق هذه القواعد بالنظام العام، وما يترتب على ذلك من معرفة هل يحق للقاضي الخروج عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في القانون الوطني[2] من جهة، ومدى حرية الأفراد في التخلي عن هذه القواعد من جهة أخرى. واختلفت آراء الفقه في ذلك لاتجاهين، بين من يعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام وهي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وبين من يرى أنها ليست من النظام العام.

أ- اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام

يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار جميع قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام وأساس ذلك أن هذه القواعد تتعلق بوظيفة رئيسية للدولة وهي أداء العدالة في إقليمها عن طريق محاكمها بهدف تحقيق المصلحة العامة[3]. فإذا كانت الدولة قد تركت بين الأفراد وسيلة تحريك هذه العدالة لمباشرة تلك الوظيفة، ألا وهي وسيلة الدعوى فليس معنى ذلك أن القضاء يؤدي أولا وأخيرا إلى صالح الأفراد، بل أن أداء العدالة إنما يؤدي إلى تحقيق مصلحة عامة وهي الحفاظ على الأمن والسكينة وهي اعتبارات تمس بالضرورة فكرة النظام العام[4].

[1] سعداوي محمد الصغير، مدى كفالة المشرع الجزائري للحق في التقاضي أمام قضائه الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، مجلة دفاتر السياسة والقانون، مجلد 09، العدد 17، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2017، ص 47.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 264.

[3] نفس المرجع، ص 264.

[4] طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في "علاقة الاختصاص الدولي بقواعد النظام العام"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، جامعة دمشق، 2009، ص 329.

ب- : قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليست كلها من النظام العام

يقوم هذا الاتجاه على التفرقة بين الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي القضائي الدولي، حيث يتضمن الاختصاص الوجوبي أو الإلزامي الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بناء على وجود موطن المدعى عليه أو محل إقامته في دولة القاضي، إذا كان للأجنبي موطن مختار في دولة القاضي، وفي حالة تعدد المدعي عليهم وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة في دولة القاضي، حالة نشأة الالتزام أو تنفيذه في دولة القاضي، حالة الافلاس، مسائل الإرث والدعاوي المتعلقة بالتركة، الإجراءات الوقتية والتحفظية[1].

ويشمل الاختصاص الجوازي الحالات التالية: إذا كان المدعى عليه يحمل جنسية القاضي عند اختيار منح الاختصاص لمحكمة معينة، المسائل الأولية والطلبات العارضة، الدعاوى المرتبطة، مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنيا أو أجنبيا مقيما في دولة القاضي[2].

ويذهب فقهاء آخرون في الاتجاه نفسه إلى القول أن القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي تعد قاعدة آمرة، لكن تعلقها بقواعد النظام العام ليس من درجة واحدة. فالقواعد التي يقصد من ورائها حسن أداء القضاء فإنها تتعلق بالنظام العام بدرجة وثيقة مثل القواعد المبنية على أساس وجود المال في الدولة والمتعلقة بمسائل الإفلاس، أما القواعد التي يكون الغرض منها التيسير على المتقاضين ورفع الحرج عنهم لا تتعلق بنظام العام مثل القواعد المبنية على أساس جنسية المدعى عليه[3].

من خلال استقراء نصوص قانون الاجراءات المدنية والإدارية. يتضح أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي غير متعلقة بالنظام العام كقاعدة عامة وذلك للاعتبارات التالية:

1- تبدأ المادتان: 41 و42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بكلمة " يجوز" مما يدل على أن القاعدة الواردة بها اختيارية بحيث يجوز التنازل عن الامتياز القضائي الذي تقرره إلا أن القضاء يعامل

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص 21.

[2] نفس المرجع، ص 22.

[3] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 331 و332.

هذه القواعد معاملة الوجوبية إذ يربط بين الاختصاص القضائي وسيادة الدولة القضائية[1]. وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا من خلال ضرورة تمسك القاضي الجزائري بالاختصاص المقرر ضمن المادتين 41 و42 في مواجهة القضاء الأجنبي[2]. وما دام الاختصاص اختياريا يجوز للمتقاضين اختيار جهة قضائية أو تحكيمية أجنبية، ولكن يتعين التأكد من النوايا المشروعة للمتقاضين وملائمة الاختيار مع الظروف الموضوعية للنزاع وإلا استبعد بذريعة الغش يفسد كل شيء[3].

2- يعتبر تمديد قواعد الاختصاص المحلي من قبيل الحلول الحديثة في مجال الاختصاص القضائي الدولي وما دامت كذلك فهي لا تتعلق بالنظام العام كالمواد 37 و39 و46 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، لكنها في بعض المسائل مثل الدعاوى العقارية عند وجود العقار في الجزائر، وفي مواد الإفلاس عند وجود الشركة في الجزائر(المادة 40 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية)، لا يجوز اتفاق الأطراف على ما يخالفها فهي تعتبر من النظام العام لكن أوردت المادة استثناء إذا كان الاتفاق بين التجار[4].

غير أننا نرى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ذات طبيعة خاصة وضعت من أجل حماية الحقوق الخاصة في المنازعات الخاصة الدولية وخاصة في مجال التجارة الدولية، ومن أجل توفير الحماية للطرف الضعيف اجتماعيا أو اقتصاديا. حيث يمكن للخصوم اللجوء إلى المحاكم الأجنبية ولا يملك المشرع الوطني منعهم من ذلك وفي حالة الاتفاق على ذلك يكون الشرط صحيحا[5].

---

[1] عماره بلغيث، الاختصاص الجواز لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 03، العدد الأول، جامعة عباس الغرور، خنشلة، جانفي 2016، ص 72.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، مؤرخ في 10/27/ 1992، ملف رقم 86305، قضيه(ز- م) ضد (ح -ع)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص 123.

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 326.

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص 23.

[5] وهو رأي تؤيده كمال سمية في المرجع نفسه، ص 22. وعبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 61 وما يليها.

الفرع الثاني: القواعد العادية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الجزائري

من خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري ومن خلال المادتين 41 و42من ق إ م وإ عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بالنظر في المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي يكون أحد أطرافها جزائريا سواء كان مدعي أو مدعى عليه[1]. أما في الدعاوى بين الأجانب فالمحاكم الوطنية غير مختصة بالنظر فيها وهذا الفهم هو الذي كان سائدا في فرنسا في أوائل القرن 19 غير أن هذا الفهم بدأ القضاء يحيد عنه تدريجيا طوال القرن 19، ولم يكد ينتهي القرن حتى أصبح فارغ المضمون إذ امتد اختصاص القضاء الفرنسي إلى مختلف القضايا التي يكون أطرافها أجانب[2].

وقد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في ذلك بل وأصبحت المادتين 41 و42 قواعد غير عادية مبنية على الامتياز القضائي، مما استوجب على القضاء الجزائري التدخل لسد هذا النقص التشريعي[3]. ويظهر ذلك من خلال حكم محكمة الاستئناف (مجلس قضاء) الجزائر العاصمة بتاريخ 1966/01/19 الذي قرر "أن إمكانية رفع دعوى أمام القضاء الجزائري تعتبر مسألة لصيقة بقانون الشعوب (القانون الدولي العام) وأنها لا تعتبر حقا مدنيا مقصورا على الجزائريين وحدهم، ولا يوجد في القانون الجزائري ما يمنع الأجانب من عرض دعواهم أمام القضاء الجزائري إما بصفتهم كمدعين أو مدعى عليهم، وكون طرفي الدعوى من الأجانب لا يعتبر سببا لعدم اختصاص المحاكم الجزائرية"[4]. وقد جاء هذا القرار تكريسا لذات الحل الذي انتهجه القضاء الفرنسي حيث استخلصت المحاكم الفرنسية أنه على سبيل التضاد من المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، أنها لا تعتبر مختصة في المنازعات القائمة بين الأجانب لأن روح وتاريخ هذين النصين يؤديان إلى اعتبار المثول أمام

[1] حمزه العقاد حسايد، المرجع السابق، ص98.

[2] بيار ماير، فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 270.

[3] بالرجوع إلى الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يوليو 1966،المتضمن قانون الإجراءات المدنية السابق لم يخص المشرع قاعدة الاختصاص القضائي الدولي إلا بالمادتين 10 و11 وهو نفس محتوى المواد 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد صدور القانون 08-09 فلم يطرأ على تنظيم هذه القواعد أي تغيير رغم اتساع وتشعب العلاقات الإنسانية والاقتصادية الدولية للجزائر.

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص30.

القضاء يعد حصرا للفرنسيين[1]. ولم تتردد المحاكم في التمسك بصلاحيتها في النزاعات بين الأجانب عندما يوجد دافع ملح إلى ذلك وقد بدت هذه الأخيرة حساسة اتجاه الخوف من الإمتناع عن إحقاق الحق[2]. وبدا من غير الملائم إلزامهم بالتوجه إلى بلدهم الأصلي أو إلى بلد أحدهم كلما تطلب الأمر فصل نزاع يكونون طرفا فيه، ولذلك فإن الإجتهاد الفرنسي تخلى تدريجيا عن مبدأ عدم الاختصاص وأباح للمحاكم الفرنسية النظر في المنازعات القائمة بين الأجانب[3].

وأمام اعتراف القضاء الجزائري بحق الأجانب في اللجوء إلى قضائها الوطني فقد وجب البحث في أساس هذا الاعتراف بعيدا عن القواعد المبنية على الامتياز القضائي للوطنيين. وهي قواعد عادية للاختصاص يقصد بها الاختصاص القضائي المحلي الداخلي التي يتم تمديدها للمجال الدولي[4]، بعد إدخال تعديلات عليها لجعلها متلائمة معه[5] (أولا) ثم نتطرق إلى بيان معايير اختصاص القضاء الجزائري في المنازعات الدولية الخاصة (ثانيا).

أولا: امتداد قواعد الاختصاص الداخلية إلى المنازعات ذات الطابع الدولي وتكييفها

في غياب مجموعة حلول متكاملة موضوعة من طرف المشرع ينطلق تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي من الأحكام الداخلية التي يمكن نقلها إلى المجال الدولي، فيكون من الطبيعي اقتباس حلول أساسية من النظام الداخلي لتسيير النظام الدولي وبصفة خاصة الاهتمام بحسن سير العدالة على الإقليم وبراحة الأطراف[6]. غير أن ذلك لا يعني أن ذات القواعد تلعب دورا مزدوجا داخليا ودوليا، لأن الأمر يتعلق فحسب باستعمال ذات المعايير بينما يبقى موضوع وطبيعة هاتين الفئتين من القواعد مختلفتين[7]. فعبارة تمديد الاختصاص يجب أن لا تفهم خطأ لأن هناك مجموعتين من قواعد

[1] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 19.
[2] بيار ماير، فانسان هوزيه، المرجع نفسه، ص 264.
[3] موحند اسعاد، المرجع نفسه، ص 20.
[4] حمزه العقاد حسايد، المرجع السابق، ص 98.
[5] محمد سعادي، المرجع السابق، ص 177.
[6] كمال سمية ، المرجع السابق، ص27.
[7] موحند اسعاد، المرجع نفسه، ص22.

الاختصاص تتمثل النقطة المشتركة بينهما في استعمال نفس المعايير، كما أن لهما أهدافا مشتركة وهي البحث عن القضاء وحسن تسيير العدالة لكنهما يختلفان من حيث طبيعة كل منهما ومن حيث الموضوع إذ تعتبر إحداهما قواعد اختصاص إقليمي على عكس الأخرى[1].

وقد أخذ القضاء الجزائري بالمنهج نفسه فعمم مجالات اختصاص القضاء الداخلي عملا بالمواد من 37 إلى 40 من ق ا م و ا على الاختصاص الدولي فأصبح يكتفي بانطواء النزاع على صلة تسمح بالربط الإقليمي لمحكمة جزائرية[2]. كما أصدرت محكمة قسنطينة حكم في ذات الاتجاه الصادر بتاريخ 1972/04/20 " حيث أن... الهيئات القضائية الجزائرية... مختصة تجاه الأجانب المدعوين للمثول أمامها حيث تنطوي المنازعة المرفوعة أمامها كما هي الحال في الدعوى، على صلة تربطها بالجزائر سبب الإقامة أو الموطن.

وحيث أنه يتبين من عناصر الملف أن المدعى عليه يمارس في الجزائر مهنته كطبيب منذ أكثر من ثلاث سنوات، حيث مارس هذه المهنة أولا في قسنطينة ثم في الواد حاليا وأن هذا يشكل عنصر تمركز جغرافي من شأنه أن يثبت بما فيه الكفاية إقامته وموطنه في الجزائر، وأن يستبعد بالتالي العناصر الأجنبية الأخرى للقضية مما يقتضي نظرا لهذه الظروف رد الدفع بعدم الاختصاص المثار من قبل المدعى عليه والفصل في الأساس"[3].

فالقضاء الجزائري كان يسد النقص التشريعي باللجوء إلى الأحكام القانونية الواردة في المادة 08 وما بعدها قانون الاجراءات المدنية السابق، وحاليا يعمل بتمديد أحكام المادة 37 وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[4].

إذن المحاكم الجزائرية تختص بالنظر في القضية إذا كان الضابط المعتمد في الاختصاص المحلي الداخلي موجودا في الجزائر، فالاختصاص يكون للقضاء الجزائري في الدعاوى المرفوعة أمامه حتى ولو

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص29.

[2] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 331.

[3] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص22.

[4] كمال سمية، المرجع نفسه، ص30.

كان أطراف الدعوى والقانون المطبق أجنبيين إذا كان الضابط موجودا في الجزائر، وهو ما أخذت به المادتان 39 و40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1].

قد يؤدي تطبيق قواعد الاختصاص المحلي الداخلي في المجال الدولي إلى صعوبات كثيرة أو عدم القدرة على تطبيقها أصلا بسبب الاختلاف في الأنظمة القانونية، مما يدفع إلى تعديلها لجعلها تتلاءم معها وبالتالي تطبيقها دون صعوبة[2]. وإذا كانت بعض معايير الاختصاص الداخلي لا تثير صعوبة في التركيز مثل المنازعات العينية العقارية ومنازعات الأشغال العمومية الإدارية والمحجوزات، لأن تركيز النزاع دائما ممكن وعلى ضوئه تتحدد الجهة المختصة وطنية كانت أم أجنبية، فإن بعض المنازعات الأخرى يصعب ربطها دوليا ومن ذلك موطن الزوجية، ومحل إقامة الدائن بالنسبة للنفقة ومكان ممارسة الحضانة لأن الأمر يتعلق بتقرير وقائع وليس حقوق[3]. وبالتالي فإن الدور الذي يقع على عاتق قواعد الاختصاص الدولي يجعل من تكييفها ضروريا[4]. فقد يتوقف الاختصاص على تكييف النظام القانوني المطبق مثلا في ميراث العقار، فوفقا للمادة 40فقرة 02 ق ا م و ا تكون المحاكم التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي هي المختصة حتى ولو تعلق الأمر بعقارات موجودة خارج دائرة اختصاصها، هذا على المستوى الداخلي لكن الأمر مختلف على المستوى الدولي لأنه من غير الممكن الأخذ بهذا إذا كانت العقارات موجودة بالخارج[5].

هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القضاء الفرنسي غير مختص بنظر تقسيم تركة متعلقة بعقارات موجودة في الخارج، كما أنه لا يسوغ للقاضي الفرنسي البحث فيما إذا كان بالإمكان رفع النزاع إلى القضاء الأجنبي حتى ولو ترتب على ذلك ما يسمى بجريمة إنكار العدالة[6].

---

[1] مُحَّد سعادي، المرجع السابق، ص 177 و178.

[2] نفس المرجع، ص 178.

[3] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 331.

[4] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص22.

[5] مُحَّد سعادي، المرجع نفسه، ص 179.

[6] حمزه العقاد حسايد، المرجع السابق، ص103.

ثانيا: معايير اختصاص القضاء الجزائري في المنازعات الخاصة الدولية

لقد أصبح جليا اتفاق فقه القانون الدولي الخاص على عقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية مبنيا على مد قواعد الاختصاصي الداخلية إلى المجال الدولي، خصوصا في غياب قواعد واضحة المعالم للاختصاص القضائي الدولي في بعض الدول[1]. والقواعد التي يتم مدها إلى المجال الدولي هي قواعد الاختصاص الإقليمي و ليست قواعد الاختصاصي النوعي وذلك لسببين[2]:

– أن قواعد الاختصاص الإقليمي تحدد قضاء أي إقليم هو المختص فهي تتناسب مع السؤال المطروح على المستوى الدولي: قضاء أي دولة هو المختص؟.

– قواعد الاختصاص النوعي لو تم إعمالها ستتعارض مع مبدأ السيادة الدولية كون أساسها القضاء الأعلى كفاءة من قضاءات الدول الأخرى، إضافة إلى كونها من النظام العام الذي يختلف من دولة إلى أخرى.

ولم يجعل المشرع الجزائري اختصاص محاكمه اختصاصا عاما وغير مقيد وإنما استند على ضوابط أو معايير تبرره[3]. تتمحور هذه الضوابط في معرض مدها إلى المجال الدولي حول عنصر الارتباط سواء كان ارتباط أطراف المنازعة الخاصة بقضاء الدولة ارتباطا إقليميا، أو ارتباط موضوع المنازعة بهذا القضاء الوطني.

أ– الاختصاص القضائي الدولي الجزائري على أساس الموطن

تختص المحاكم الجزائرية بالدعاوى التي يكون أحد أطرافها – مدعي أو مدعى عليه– متوطنا في الجزائر و ذلك على النحو التالي:

[1] عكس ما هو عليه الأمر في بعض الدول التي حددت ضمن قوانينها ضوابط واضحة لإسناد الاختصاص القضائي لمحاكمها مثل مصر، العراق وتونس.

[2] سعداوي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 45.

[3] كمال سمية، المرجع السابق، ص 32.

1- اختصاص محكمة موطن المدعى عليه

تكاد تجمع التشريعات المقارنة على انعقاد الاختصاص الإقليمي لمحكمة موطن المدعى عليه كقاعدة عامة، ويرجع ذلك إلى أن الأصل هو براءة الذمة. ومن ثم على من يطالب خصمه بشيء أن يسعى إليه، كما أن المدعي هو من أخذ زمام المبادرة برفع الدعوى واختيار الوقت الذي يناسبه، فيجب من باب التوازن أن لا يختار أيضا المحكمة التي تناسبه[1]. وهي قاعدة قديمة كان منصوصا عليها في القانون الروماني و هي ذات منشأ عرفي عالمية مكرسة في كل التشريعات[2]. ولا شك أن اتباع التشريعات الوطنية للقاعدة المتقدمة في مجال قواعد الاختصاصي الداخلية، هي التي دفعت المشرعين المعنيين إلى اتباعها في مجال الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، لأن الداعي هنا أقوى وأجدر بالاعتبار، فإذا كنا ندفع عن المدعى عليه مشقة الانتقال من مدينة لأخرى داخل الدولة الواحدة، فمن باب أولى أن ندفع عنه مشقة أكبر هي الانتقال من دولة لأخرى حيث الضرر هنا أفدح بكثير[3].

لتحديد معنى الموطن أو الإقامة يجب دائما الرجوع إلى قانون القاضي إذ يتعلق الأمر بتفسير إحدى قواعد الاختصاص الوطنية[4]. ولما كان الأمر يتعلق بتفسير إحدى قواعد الاختصاص القضائي الجزائرية فوجب الرجوع إلى القانون المدني الجزائري، حيث تطبق هذه القاعدة في حالة ما إذا كان المدعى عليه شخص طبيعي أو معنوي وفي حالة تعدد المدعي عليهم.

1.1 إذا كان المدعى عليه شخصا طبيعيا

نصت المادة 37 من ق ا م و ا: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية

[1] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ط02، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009،ص 84.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص 33.

[3] هشام خالد، المرجع السابق، ص 58.

[4] أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص، ط01، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 1048.

التي يقع فيها آخر موطن له وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار. ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

تنص هذه المادة على الاختصاص الإقليمي (المحلي) للجهات القضائية كقاعدة عامة فبينت أن الجهة القضائية المختصة في نظر النزاعات المدنية عموما[1]:

- التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه متى كان له موطن معروف.
- التي يقع في دائرة اختصاصها له آخر موطن له متى لم يعرف له موطن أو عنوان.
- التي اتفق الأطراف على التقاضي أمامها.

على أن القاعدة أعلاه مرتبطة بعدم وجود نص قانوني يعقد الاختصاص لجهة قضائية معينه بالذات. والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، أي المكان الذي يستقر فيه الشخص بنية التوطن سواء في بلدته أو بلدة أخرى اتخذها دار توطن له، ولا يعتبر منزل العائلة موطنا أصليا إلا إذا أثبت إقامة الشخص فيه على وجه الاعتياد[2]. فموطن الشخص هو المكان أو المقر الذي يقيم فيه بصفة مستقرة[3]. والمقر القانوني للشخص الذي تكون له صلة به من حيث أعماله وتصرفاته القانونية أو من ناحية علاقته مع غيره من الأشخاص، بحيث يعد موجودا فيه بصفة دائمة حكما حتى لو تغيب عنه فترات مؤقتة[4]. وبالتالي فإن الموطن يجب أن يتوفر على عنصران المادي وهو الإقامة الفعلية والثاني معنوي وهو الاعتياد أو نية الاستقرار في السكن أي أن الإقامة غير عرضية أو مؤقتة.

ونميز في الموطن بين الموطن العام والموطن الخاص، حيث يعتبر المكان الذي يمارس فيه نشاط الفرد وأعماله بوجه عام دون تخصيص لنشاط أو عمل محدد موطنا عاما، ويمكن مخاطبته فيه بكل ما يتعلق بشؤونه القانونية ويعد موجودا فيه ولو تغيب عنه بصفة عارضة أو مؤقتة[5]. ويكون الموطن العام

[1] سائح سنقوقه، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج01، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 99.

[2] مُحَّد بن براك الفوزان، الوافي في أصول المرافعات الشرعية، مكتبة القانون والاقتصاد، ط01، السعودية، 2016، ص313.

[3] مُحَّد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ونظرية القانون، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 146.

[4] حمزة خشاب، مدخل الى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص 198.

[5] عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاته في القانون الجزائري، ط2، دار جسور، الجزائر، 2014، ص 77.

موطنا عاديا أو موطنا قانونيا[1]. في حين يتحدد الموطن الخاص للشخص بوجود موطن خاص بالنسبة لبعض الأعمال المحددة دون سواه لذلك سمي بالموطن الخاص[2].

أما عن موطن الأجنبي في الجزائر فتنص المادة 16 من القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها[3]. على أن: "الأجنبي يعتبر مقيما الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر. والذي رخص له بذلك بتسليمه بطاقة المقيم من قبل ولاية مكان إقامته مدة صلاحيتها سنتان". كما أجازت الفقرة ما قبل الأخيرة من نفس المادة أن يتحصل الأجنبي على بطاقه مقيم صلاحيتها عشر سنوات، إذا أقام بصفة مستمرة وقانونية سبع سنوات أو أكثر تخص هذه الحالة الأجانب الذين جددت لهم مدة الإقامة الدنيا عدة مرات، بحيث أصبح مجموع إقامتهم في الجزائر سبع سنوات أو أكثر أو الذين منحت لهم بطاقه مقيم تفوق سبع سنوات منذ البداية[4].

ويعتبر غير مقيم الأجنبي الذي يعبر الجزائر أو الذي يقدم إليها للإقامة بها طيلة مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من غير أن يكون في نيته الاستقرار بها أو ممارسة أي نشاط مهني[5].

---

[1] الموطن العادي: تنص المادة 36 من القانون المدني: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت". من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد تبنى فكرة الموطن الحكمي الذي يفترض تحديد موطن الشخص الطبيعي من خلال المكان الذي يوجد فيه، وقدم قاعدة بديلة تتمثل في مكان الإقامة وشدد على مبدأ عدم قابلية الموطن للتعدد لدى الشخص الطبيعي الواحد. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 76.

الموطن القانوني: في بعض الأحيان حدد المشرع موطن الشخص بنص في القانون حتى ولو لم يكن الشخص مقيما في ذلك المكان فعلا. حمزه خشاب، المرجع السابق، ص 201. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 38 من القانون المدني : "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

[2] وله أنواع موطن الأعمال: (الموطن التجاري أو الحرفي) هو الذي يقتصر فيه الشخص على ممارسة أمور أو معاملات معينة ومحددة وقد نصت عليه المادة 37 من القانون المدني. الموطن المختار: وهو الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين كاختيار مكتب المحامي موطنا مختارا له نصت عليه المادة 39 من القانون المدني النافذ.

[3] قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 يونيو 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب الى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، جريدة رسمية عدد 36، صادره في 02 يوليو2008، ص04.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج02، المرجع السابق، ص 138.

[5] بن عبيده عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، ط02، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 276.

2.1 إذا كان المدعى عليه شخص اعتباريا

إذا كان المدعى عليه شخصا اعتباريا فإن موطنه يحدد وفقا لقانون القاضي، فالقاعدة الأساسية المتعلقة باختصاص موطن المدعي عليه لا يقتصر تطبيقها على الأشخاص الطبيعية، حيث جاءت بصيغة عامة فليس من الصعب تصور وجود موطن أو محل إقامة للشخص المعنوي، يمكن عقد الاختصاص بشأن الدعاوى التي ترفع عليه لمحكمة موطنه أو محل إقامته[1].

ويتمتع الشخص الاعتباري بموطن مستقل عن الأشخاص المكونين له فيتحدد موطنه بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته[2]. وهذا ما نصت عليه المادة 50 فقرة 03 من القانون المدني بقولها: "الموطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها". المقصود في النص بمركزها الاجتماعي وهو المكان الذي يباشر فيه الشخص المعنوي حياته القانونية فتصدر منه القرارات والتعليمات والتوجيهات وتسطر فيه الخطط والبرامج وقد يختلف عن مركز الإنتاج أو الاستغلال الذي يكون في مكان آخر[3]. أما الشركات التي تمارس نشاطها في الإقليم الجزائري حتى ولو كان مقر إدارتها الرئيسي في دولة أجنبية فإن موطنها هو الجزائر[4]. هذا من باب التيسير على الأشخاص المتعاملين مع هذا الفرع حتى لا يجبر بغياب هذا الاستثناء على مقاضاة الشركة في موطن إدارتها الرئيسي وهو مسلك حميد من جانب المشرع[5].

لقد حدد القانون موطن الشركة التجارية بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشركة فبالنسبة لشركات الأشخاص هو المكان الذي فيه تتم أعمال المدير، أما بالنسبة لشركات المساهمة فيعتبر المكان الذي تتم به اجتماعات مجلس الإدارة والجمعية العامة[6]. فقد نصت المادة 547 من القانون التجاري على: " يكون موطن الشركة في مركز الشركة" لفظ المركز جاء مجرد حيث نصت المادة على

---

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص 44 و45.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 110.

[3] نفس المرجع، ص110.

[4] المادة 50 فقرة 04 من القانون المدني النافذ.

[5] عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 110.

[6] فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية، دار الغرب، وهران، الجزائر ، 2007، ص 43.

أن يكون موطن الشركة في مركز الشركة، فهل هو مركز نشاطها؟ أم مركز إدارتها؟[1]. بالرجوع إلى النسخة الفرنسية فهو مقرها الاجتماعي[2].

إذا كان للشخص الاعتباري عدة فروع فيكون كل فرع موطن له فيما يتعلق بمجال نشاطه، وتكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها أحد الفروع هي المختصة بالمنازعة المتعلقة بنشاطه[3]. هذا ما نصت عليه المادة 39 فقرة 04 ق ا م وا " ... وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها". في حين إذا تعلق الأمر بالشركات التجارية الأجنبية التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج إلا أنها تمارس نشاطها على التراب الوطني، فيعتبر مركزها الرئيسي بالنظر للقانون موجودة في الجزائر، ومنه تخضع للقانون الجزائري[4]. ذلك حتى ولو نص نص عقد تأسيسها على أن مركز إدارتها يوجد خارج الأراضي الجزائرية[5]. حيث نصت المادة 547 فقر02 من القانون التجاري: "تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري".

3.1 حالة تعدد المدعى عليهم

دعت اعتبارات وحدة الخصومة وحسن أداء العدالة وتلافي تضارب الأحكام، إلى تقرير الاختصاص القضائي لمحكمة موطن أو إقامة أحد المدعى عليهم وذلك في مجال الاختصاص الداخلي[6]. حيث نصت المادة 38 ق ا م وا : "في حالة تعدد المدعي عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم". ونفس الاعتبارات السابقة تفرض الأخذ بذات الحل في صدد الاختصاص القضائي الدولي خصوصا إذا تعددت دول المدعى عليهم.

---

[1] سلامي ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعه أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/ 2012، ص 108.

[2] Article 547 du code de commerce: " le domicile de la société est au siège social "

[3] كمال سمية ، المرجع السابق، ص 45.

[4] نادية فضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 61.

[5] سلامي ساعد، المرجع نفسه، ص108.

[6] أحمد عبد الكريم سلامه ، المرجع السابق، ص 1051.

على أن ذلك لا يعني بأي حال أن باقي المدعى عليهم غير معنيين بذلك النزاع، بل أن ذلك يعني كون المدعي إختار الجهة القضائية التي سيقاضي أمامها خصمه ومن ثم فإن باقي المدعي عليهم مطالبون بالحضور أمام تلك الجهة شأنهم في ذلك شأن المدعى عليه المختار بالنظر إلى الجهة القضائية التي رآها مناسبة له[1]. والحكمة من هذا الإذن تشجيع المدعي على جمع طلباته ضد المدعى عليهم المتعددين في محاكمة واحدة أمام محكمة واحدة، إذ أن تطبيق القاعدة التقليدية سيحمله إلى إقامة دعاوى متعددة بتعدد المدعي عليهم، مع ما يترتب على ذلك من زيادة في النفقات و احتمال تعارض الأحكام[2].

2 – اختصاص محكمة موطن المدعي

إذا كانت القاعدة العامة تم تقريرها رعاية للمدعى عليه فقد ينعكس الأمر ويصبح من يحتاج إلى الحماية هو المدعي، وتكون المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعي وهذا لا يعد استثناء منصوص عليه صراحة في القانون الجزائري[3]. لكن يمكن استخلاصها من بعض القوانين المتناثرة نظرا لطبيعة الدعاوى المرفوعة.

–المنازعات المتعلقة بالمراسلات و الأشياء الموصى عليها وطرود البريد[4] فإذا كانت المراسلة أو طرود البريد من وإلى الخارج للمدعي أن يرفع الدعوى أمام محكمة موطنه لأنها الأقرب إليه[5].

– المنازعات المتعلقة بالنفقة الغذائية[6] أي أن الدائن بالنفقة يقدم طلبه للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها الإقليمي، لأنه ليس من العدل أن تلزم الزوجة وهي الدائنة بالنفقة في أغلب الحالات، بالانتقال حيث يوجد المدين للمطالبة بالدين وهي بحاجة إلى المصاريف[1].

---

[1] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 100.

[2] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 85.

[3] كمال سمية ، المرجع السابق، ص 45.

[4] فقد نصت المادة 39 فقرة 5 ق ا م وا على: "في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها والإرسال بالقيمة المصرح بها وطرود البريد، أمام الجهات القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل أو موطن المرسل إليه".

[5] كمال سمية، المرجع نفسه، ص 55.

[6] المادة 42 فقرة 2 ق ا م وا : " في المواد... النفقة الغذائية... موطن الدائن بالنفقة"

ويعتبر امتداد هذه القاعدة الداخلية مقبولا بالرغم من النتائج المترتبة على تحمل المدعى عليه الانتقال من دولته وتحمل مشقه ذلك، لأن الغاية منها حاجة المدعي التي تبرر ذلك، ويكون الاختصاص للمحكمة الجزائرية بغض النظر عما إذا كان المطبق هو القانون الجزائري أو القانون الأجنبي[2].

– المنازعات المتعلقة بعلاقة العمل حيث يؤول الاختصاص فيها للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي[3]. قصد المشرع من وراء هذه القواعد الاستثنائية التيسير على طائفة العمال الأجراء حين المطالبة بحقوقهم العمالية الناشئة عن علاقه العمل، وعادة ما تكون مستحقات العمال زهيدة ولا تستدعي الانتقال إلى موطن المدعى عليه[4]. وتنتقل هذه القاعدة إلى المجال الدولي مراعاة لمصلحة العامل، خاصة إذا كان المقر الاجتماعي أو المركز الرئيسي للمؤسسة التي يعمل فيها موجود في الخارج وأن موضوع الدعوى يتعلق بإنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني، فذلك يجنبه التنقل إلى الخارج أو إلى مكان وجود فرع الشركة الأجنبية متى كان متوطنا في الجزائر[5].

– منازعات التأمين[6] حيث يطالب المؤمن له بمبلغ التأمين عند تحقق الخطر أمام المحكمة الكائن بدائرتها المؤمن له، هذا سواء تعلق الأمر بالتأمين على الأشخاص أو الممتلكات ويطبق نفس الحكم

---

[1] حفصية دونة، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة حمة الأخضر، الوادي، 2014/ 2015، ص12.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص 55.

[3] حيث المادة 40 فقره 08 ق ا م وا : " غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي ". كما نصت المادة 24 من القانون 90–04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل على: "ترفع الدعوى أمام المحكمة الواقعة في مكان تنفيذ علاقه العمل أو في محل إقامة المدعى عليه كما يمكن رفعها لدى المحكمة التي تقع في محل إقامة المدعي عندما ينجم تعليق أو انقطاع علاقه العمل عن حادث عمل أو مرض مهني". قانون رقم 90–04 مؤرخ في 06 فيفري 1990، متعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 06، صادرة في 07 فبراير 1990، ص 240.

[4] مقني بن عمار، النزاعات الفردية للعمل والقضاء العمالي بين النصوص القانونية والممارسات العملية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 127.

[5] كمال سمية، المرجع نفسه، ص 56.

[6] حيث نصت المادة 26 من قانون رقم 95–07 المتعلق بالتأمينات: "في حالة نزاع يتعلق بتحديد التعويضات المستحقة ودفعها يتابع المدعى عليه مؤمنا كان أو مؤمنا له، أمام المحكمة الكائنة بقر سكن المؤمن له وذلك مهما كان التأمين المكتتب". غير أن المادة أوردت مبدأ اختصاص المحكمة الكائنة بمقر سكن مؤمن له استثناءات:

–العقارات: المحكمة المختصة في نظر الدعوى هي المحكمة التابعة لموقع الشيء المؤمن عليه

بالنسبة لمطالب, المؤمن للمؤمن له بدفع الاقساط[1]. وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام تم تقريرها بموجب نص خاص[2] رعاية للمستفيد عند المطالبة بمبلغ التأمين لأن المؤمن له يكون في مركز الطرف الضعيف الذي أصابه الخطر المؤمن منه[3]. أما عن تطبيقها في المجال الدولي تظهر حتمية ذلك خاصة إذا كان التأمين لدي شركة تأمين أجنبية خارج الوطن.

ب- تفضيل قانون القاضي لحكم المنازعات المرتبطة بالجزائر

وهي حالات لا يلتفت بشأنها إلى وضع الخصوم من مدعي أو مدعى عليه فيما يتعلق بجنسيتهم أو موطنهم أو محل إقامتهم، وإنما ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية استنادا إلى ارتباط موضوع النزاع بالدولة بغض النظر عن وضع أطراف هذا النزاع[4]. أي وجود عناصر موضوعية للمنازعة تصلح ضابطا لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بسبب العلاقة القانونية أو موضوعها، دون التفات إلى أشخاص هذه العلاقة[5]. وهو ما يعبر عليه بالرباط الجدي بين النزاع وإقليم الدولة، أين يكون للنزاع صلة بإقليم الدولة أكثر من غيرها من الدول، ويعتبر هذا من المبادئ التي تمنح الاختصاص العام المباشر لمحاكم الدولة والذي يرجع إلى فكرة سيادة الدولة الإقليمية[6]. ويتجلى هذا الارتباط في القانون الجزائري في الحالات التالية:

1 – الدعاوى العقارية:

تختص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال بالمنازعات المتعلقة بالمواد العقارية أو الأشغال العمومية المتعلقة بالعقار أو

-المنقولات: المحكمة المختصة في نظر الدعوى هي المحكمة التابعة لموقع الشيء المؤمن علي

– التأمين على الحوادث: المحكمة المختصة هي المحكمة التابعة للمكان الذي وقع فيه الفعل الضار أي الحادث". أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 13، صادرة في 8 مارس 1995، ص 03.

[1] عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، التأمينات البرية، ج1، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 210.

[2] Jeau LARGUIER, philippe CONTE: procédure civile, Droit judiciaire privé, 17eme édition, DALLOZ, Paris,2000, P5

[3] كمال سمية، المرجع السابق، ص 57.

[4] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 79.

[5] عكاشه محمّد عبد العال، المرجع السابق، ص 92.

[6] كمال سمية، المرجع نفسه، ص 81.

دعاوى الايجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات المتعلقة بالأشغال العمومية[1] وهو استثناء بطابع الإلزام وللقاضي أن يثير عدم اختصاصه تلقائيا حتى ولو لم يثره أحد أطراف الخصومة[2].

إن عقد اختصاص الدعاوى العقارية لمحكمة موقع العقار يستند إلى ما يكون لهذه المحكمة من سيطرة فعلية على العقار وهو ما يسمح لها بالقدرة على نظر هذه الدعوى وعلى كفالة تنفيذ الحكم الصادر منها[3]. و كذا الانتقال إلى مكان العقار لمعاينته في حالة الخبرة أو إيجاره أو أية أشغال تتعلق به[4]. هذه قاعدة داخلية تطبق في المجال الدولي وتعتبر قاعدة تقليدية ومعقولة، واستثناء من قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه تفرضها طبيعة الأشياء، والأسباب التي تبررها في المجال الداخلي هي القرب من المحكمة وتسهيل إجراءات التحقيق والخبرة، فمحكمة موقع العقار أقدر من غيرها على نظر الدعاوى المرتبطة بالعقار موضوع النزاع[5].

من ناحية أخرى فإن لتقرير هذا الاستثناء أهمية بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية، فهو يستند دون ريب في تقريره إلى مبدأ القوة والفعالية التي ينبغي أن تتسم بها الأحكام الدولية باعتباره من المبادئ الجوهرية التي يبنى عليها تحديد الاختصاص القضائي الدولي[6]. فالأسباب الخاصة بالمجال الدولي تتعلق بارتباط المسائل العقارية بسيادة الدولة على إقليمها واختصاص القانون المحلي و ضرورة تنفيذ القرار المتخذ في الدولة التي يقع فيها العقار بالإضافة إلى تدخل النظام العقاري للدولة[7].

2- دعاوى الأحوال الشخصية

تنص المادة 40 فقره 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " في مواد الميراث ودعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن".

---

[1] المادة 40 فقره 01 ق ا م وا النافذ.

[2] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 86.

[3] عكاشه محمّد عبد العال، المرجع السابق، ص 58.

[4] فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 40.

[5] كمال سمية، المرجع السابق، ص 82.

[6] عكاشه محمّد عبد العال، المرجع نفسه، ص 58.

[7] كمال سمية، المرجع نفسه، ص 82.

من خلال نص المادة فإن دعاوي الأحوال الشخصية تتمثل في: دعاوى الميراث، الطلاق أو الرجوع الحضانة، المطالبة بالنفقة والسكن.

وستقتصر الدراسة في هذا المجال على دعاوى الميراث والطلاق[1]. لأنها مسائل يتعلق فيها الاختصاص بالنظام العام ويقع فيها التلازم بين المحكمة المختصة والقانون المطبق، ويمكن القول في هذه الحالات أن الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي[2].

دعاوى الميراث: طبقا لنص المادة 40 فقرة 2 ق إ م وإ فإن المحكمة المختصة في مواد الميراث هي المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها المتوفي، وهي قاعدة ترجع على اختصاص موقع العقار الموروث في القانون الداخلي، لأن الحكم الصادر يعتبر نافذا على كامل التراب الوطني. وهذا يعني أن الفائدة العملية الناجمة عن مركزة عمليات تصفية التركة تتغلب في القانون الإجرائي الداخلي على القواعد الناجمة عن اختصاص محكمة موقع العقار، لكن الأمر يختلف على المستوى الدولي لأن المحكمة الجزائرية حتى ولو كانت مختصة لجهة مكان افتتاح التركة، لا تستطيع مع ذلك أن تأمر بتصفية ميراث عقار يقع في الخارج[3].

لذلك يجب استبعاد مبدأ تمديد قواعد الاختصاص القضائي الداخلي التي لا تتلاءم مع خصوصية الخلاف الدولي[4] فاستثناءا على مبدأ تمديد معايير الاختصاص الإقليمي يمنح الاختصاص المانع للدولة التي يوجد فيها العقار لأن العمليات العقارية خاصة بيع العقار المشاع عند تعذر تقسيمه لا يمكن أن تتم إلا من طرف الهيئات المحلية[5]. فالتلازم بين القانون المطبق والمحكمة المختصة في مجال

[1] فيما يخص دعاوى الحضانة فإن المحكمة المختصة هي محكمة مكان ممارسة الحضانة فإذا كانت تمارس في الجزائر فإن المحكمة الجزائرية تكون مختصة، وإذا كانت تمارس في الخارج فتكون المحكمة الجزائرية مختصة وفقا لمعيار الجنسية. ينظر عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، ج01، ط1، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 240 وما بعدها. أما فيما يخص دعاوي النفقة فتختص بها محكمة موطن المدعي. ينظر عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص242 وما يليها.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص 87.

[3] موحند اسعاد ، المرجع السابق، ص 23.

[4] بيار ماير، فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 268.

[5] نفس المرجع، ص615.

التركة يكون موضوعها عقارات يقضي على عوائق تقسيم الميراث ويحقق ضمان تنفيذ وتسهيل التصفية والتقسيم القضائي للعقارات[1].

دعاوى الطلاق أو الرجوع: طبقا للمادة 40 فقرة 02 ق إ م وإ فإن المحكمة المختصة في دعاوى الطلاق أو الرجوع هي محكمة مسكن الزوجية، وهو ما نصت عليه المادة 426 فقرة 03 ق ا م وا. لهذا قرر المشرع الجزائري تيسيرا على الخصوم ورغبة في تحقيق حسن سير العدالة الخروج عن القواعد العامة في الاختصاص، كلما تعلق الأمر بدعاوى الطلاق إذا حدد الاختصاص الإقليمي بمكان وجود المسكن الزوجي[2]. وحسب القاعدة التي تفرض إقامة الزوجة في المسكن الزوجي الذي يعتبر موطن زوجها، يكون الاختصاص ضمنيا لمحكمة موطن المدعي وهنا قد تضطر الزوجة إلى التنقل من أجل مباشرة إجراءات التقاضي في مواجهة الزوج ويمكن تصور العقبات في حالة إقامة الزوجة في الخارج[3]. في حين يرى البعض أن هذا المعيار أقرب إلى النجاعة فغالبا ما تنتهي دعوى الطلاق بصلح بين الزوجين، وعليه فإن اعتماد ضابط الموطن المشترك والذي هو في الحقيقة موطن المدعي "الزوج" يكون أفضل لاحتواء الأزمة في أضيق حدودها[4].

أما بالنسبة للطلاق بالتراضي فقد حدد المشرع اختصاص المحكمة بناء على اتفاق الأطراف حيث نصت المادة 426 فقرة 03 قانون إ م وإ: "... وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة الزوجين حسب اختيارهما". وهنا يلاحظ أن المشرع قد نص على اختصاص محكمة محل للإقامة عوضا عن محكمة الموطن ولا تختص بذلك محكمة المسكن الزوجي، لأنه لم يعد له أي اعتبار ولأن في هذه الدعاوى يتم الاتفاق صراحة على الطلاق دون إمكانية تقديم طلب الرجوع على عكس دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة دون الإخلال بإمكانية الصلح[5].

---

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص 89.

[2] جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكره ماجستير في قانون الدولي الخاص، جامعه أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/ 2011، ص 124.

[3] كمال سمية، المرجع نفسه، ص 90.

[4] جندولي فاطمة زهرة، المرجع نفسه، ص 124.

[5] كمال سمية، المرجع نفسه، ص 90.

ويذهب الاجتهاد القضائي في الأخذ بمعيار محل الإقامة في منازعات الطلاق حيث ورد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 12/ 2008/03 أن القضاء الجزائري لا يختص بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق القائمة بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية[1]. فيما يخص إجراءات ووقائع النزاع فهي تتمثل في وجود خلاف بين زوجين جزائريين مقيمين في فرنسا رفع الأمر للجهة القضائية الأجنبية وفي نفس الوقت رفعت دعوى الطلاق أمام القضاء الجزائري. أصدرت المحكمة الابتدائية في 2004/01/13 حكما يقضي بالطلاق بين الزوجين وبتوابع العصمة تأيد هذا الحكم مبدئيا بقرار أصدره مجلس قضاء تيزي وزو في 2004/11/24 مع خفض مبلغ التعويضات المحكوم بها.

طعن الزوج في هذا القرار بالنقض أمام المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/16 مستندا إلى عدم اختصاص الجزائري وانعدام أو قصور الأسباب. وأجابت الزوجة المطعون ضدها بأنها قامت بتقديم وثائق للمجلس القضائي من بينها أمر صادر بتاريخ 2003/06/20 عن محكمة فرنسية فصلت في الحضانة والنفقة قبل صدور الحكم الجزائري ووصل إيجار يثبت إقامتها في فرنسا.

كما أنه وفقا للمادة 08 فقرة 5 و6 من قانون الاجراءات المدنية فإن دعوى النفقة ودعوى الحضانة ترفع أمام محكمة موطن الدائن بالنفقة وأمام محكمة ممارسة الحضانة على التوالي.

لكن ما يؤخذ على هذا القرار استشهاد القاضي بوثائق رسمية أجنبية دون الاعتراف بها أو صدور حكم جزائري يمنحها الصيغة التنفيذية، فلم يرد في ملف القضية ما إذا كانت الوثائق قد استوفت هذا الاجراء[2]. كما أن القرار تضمن اختصاص القضاء الجزائري والفرنسي فيما تعلق بالجوانب المادية فقط طبقا لما جاء في المادة 40 فقره 02 قانون الاجراءات المدنية والإدارية ولم تتطرق لاختصاص القضاء الجزائري فيما يتعلق بالنطق بالطلاق، مع العلم أن المحكمة الابتدائية فصلت فيه بصفة نهائية بالرغم من وجود مسكن الزوجية في فرنسا. بالإضافة إلى أن قضاة القانون أهملوا مسألة غاية في الأهمية وهي

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 2008/03/12، ملف رقم 402333، قضيه (ع –ح) ضد (ع– ف)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2008، ص 257.

[2] طيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق، ص 142.

جنسية الطرفان الجزائرية وبالتالي فالقضاء الجزائري مختص على أساس الجنسية، بالرغم من صدور حكم الطلاق من محكمة فرنسية. ورغم ذلك يمكن القول أنها تجنبت الوقوع في تناقض بين الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي وعن القضاء الجزائري[1].

3 – دعاوى الافلاس

الإفلاس هو الوضعية القانونية لتاجر توقف عن الوفاء بديونه ويعلن عنه بمقتضى حكم والتاجر المفلس تغل يده عن إدارة ذمته المالية وتنزع عنه بعض الحقوق، وهو إجراء تنفيذي يؤدي إلى الموت التجاري للمفلس وتصفية مؤسسته وبيع كل أمواله الأخرى[2]. طبقا للمادة 37 قانون الاجراءات المدنية وادارية فإن الدائن إذا أراد مقاضات مدينه قصد شهر إفلاسه، فما عليه إلا رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وهو موطن المدين الذي توقف عن دفع ديونه، ويتم تحديد موطن المدين المفلس بموطنه التجاري وهو المكان الذي توجد فيه الإدارة الرئيسية للأموال التجارية إن كان المدين تاجرا[3].

إلا أن المشرع الجزائري قد أورد استثناء عن اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بالنسبة لقضايا إفلاس الشركات التجارية. فقد نصت المادة 40 فقره 03 ق إ م وإ على ما يلي: " في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقرر الاجتماعي للشركة".

والمقصود بالدعاوى المتعلقة بالإفلاس كافة المنازعات التي تطبق فيها قاعدة من قواعد الإفلاس، أو التي تكون ناشئة عن الإفلاس أو المتعلقة بإدارة التفليسة، ومثال ذلك دعوى استرداد البضاعة المودعة لدى المفلس والدعوى التي يرفعها وكيل الدائمين بصفته هذه[4]. فمعظم التشريعات أعطت الاختصاص للنظر في الدعاوي الناشئة عن الافلاس إلى المحكمة التي فصلت في دعوى

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص 92.

[2] راشد راشد، الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري،ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 217.

[3] نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري،ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص16.

[4] حفيظ السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 129.

الافلاس، حتى ولو كانت تلك المنازعات الناشئة عن دعوى الافلاس ذات طبيعة مدنية تتعلق بمنقول أو عقار أو كانت تدخل ضمن اختصاص محكمة أخرى غير محكمة الافلاس، والحكمة في ذلك أن المحكمة التي فصلت في الافلاس هي الأقدر من غيرها من المحاكم للفصل في المسائل الناشئة عن الافلاس وذلك بحكم إحاطتها بظروف الإفلاس و تصرفات المفلس[1].

ووفقا لمبدأ وحدة الافلاس فإن محكمة واحدة هي المخولة بإعلان الافلاس والدعاوي الناشئة عنه ينشأ عنهما تفليسة واحدة تشمل جميع أصول المدين والتزاماته بغض النظر عن تواجدها[2]. وبذلك فإن كلا من الشركة الأم والشركة الوليدة أو الفروع في الدول المختلفة يتمتعان بذمة مالية واحدة باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية واحدة غير قابلة للانقسام أي إسناد اختصاص شهر الإفلاس إلى محكمة واحدة تطبق قانونا واحدا[3] تكون هي مكان افتتاح الافلاس أو مكان المقر الاجتماعي للشركة. وهذا أمر منطقي إذ أن عقد الاختصاص بجميع هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة يجعل من اليسير الفصل فيها على نحو يمنع معه التضارب في الأحكام[4].

4- المواد الاستعجالية

تنص المادة 40 فقرة 9 قانون إ م وإ: "في المواد المستعجلة أمام المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة". ويعرف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد حمايته والذي يلزم درؤه بسرعة لا توفرها إجراءات التقاضي العادية، فالمطلوب هو المحافظة على الحق الذي يخشى عليه أمر لا يحتمل الإنتظار حتى يعرض النزاع على قضاء الموضوع[5].

ومد هذه القواعد إلى المجال الدولي يجد ضرورته في كون النزاع الأصلي المطروح أمام المحكمة الأجنبية يستمر وقتا طويلا، الأمر الذي قد يضر معه بمصالح الخصوم أو حقوقهم وبالأخص في

[1] سلماني الفضيل، الافلاس في التشريعي الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولاي معمري، تيزي وزو، 2017/02/27، ص70.

[2] ربيع حسين العلي، الافلاس في القانون الدولي الخاص، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 35.

[3] مهى ابراهيم أحمد، افلاس الشركات المتعددة الجنسيات دراسة مقارنة، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2020، ص 160.

[4] عكاشه مُحَّد عبد العال ، المرجع السابق، ص 98.

[5] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 217.

الحالات التي تستلزم إجراءات سريعة وعاجلة يخشى بشأنها من فوات الوقت[1]. وتزداد أهمية القضاء المستعجل باتساع نطاق المعاملات وتشعبها بين المتعاملين خاصة مع تطور الأوضاع الاقتصادية والمالية وتبدو أهمية المنازعة المؤقتة في المنازعات الخاصة الدولية خاصة مع تنامي حركة رؤوس الأموال وازدياد تضارب مصالح الأشخاص[2].

وطبقا للمادة 229 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية فإن اللجوء إلى القضاء المستعجل يكون في جميع أحوال الاستعجال، والاستعجال هو أمر واقع ويكون قائما إذا كان التأخر في الفصل لعدة أيام أو حتى لعدة ساعات من شأنه أن يلحق ضررا بأحد الأطراف[3]. حيث نصت المادة على إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة. بالإضافة إلى إشكالات التنفيذ والتي يقصد بها كل طارئ يعيق مباشرة إجراءات التنفيذ وفقا للقانون سواء أثناء مقدمات التنفيذ أوحين اللجوء للتنفيذ الجبري كما يعبر عنه بالوسيلة القانونية التي تثار بموجب اعتراض على إجراءات التنفيذ في شكل منازعة يترك شأن النظر فيها للقاضي[4].

المطلب الثالث: اعتبارات سلب الاختصاص القضائي الدولي من المحاكم الوطنية

تتمتع الدول بنوع من الحرية عند صياغتها للقواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي وليس عليها أي التزام بالنسبة للدول الأخرى، لذلك يحدد المشرع نصيب المحاكم الوطنية من ولاية القضاء إزاء محاكم الدول الأجنبية مادام أنه لا توجد سلطة أو هيئة دولية تختص بهذا التحديد في القانون الدولي المعاصر[5]. ولا يرد على حرية الدولة في تنظيم الاختصاص القضائي فيها سوى بعض القيود

[1] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 122.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص 102.

[3] سعودي زهير، القضاء الاستعجالي العادي، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد الأول، خميس مليانة، ماي 2020، ص702.

[4] برباره عبد الرحمن، طرق التنفيذ، منشورات البغدادي، ط02، الجزائر، 2013، ص 336.

[5] سه نكه ر علي رسول، المرجع السابق، ص 97.

التي أسسها الفقه والاتفاقيات أو الأعراف الدولية أو بعض القوانين الداخلية[1] كالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمه أجنبية (الفرع الأول) والحصانة الدبلوماسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

تختلف القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي من دولة إلى أخرى حسب ضوابط تحديده وقد يحدث من الناحية العملية رفع نفس الدعوى أمام أكثر من محكمة في دول مختلفة فقد تختص أكثر من محكمة بدعوى واحدة. فالمشرع عند تحديده لحالات اختصاص المحاكم الوطنية لا يبحث عن ما إذا كان النزاع الذي عهد الاختصاص به إلى محاكمه يدخل في اختصاص محاكم دولة أخرى من عدمه[2]، فقد نجد النزاع الواحد قد تختص أكثر من محكمة بالفصل فيه بناء على ضوابط مختلفة، فالجزائري المتوطن في تونس تختص المحاكم الجزائرية بنظر الدعاوى التي يرفعها على شخص متوطن في تونس استنادا إلى المادة 41 قانون الاجراءات المدنية والإدارية كما تختص أيضا المحاكم التونسية بنظر هذه الدعوى استنادا إلى ضابط آخر وهو موطن المدعى عليه الذي يكرسه الفصل الثالث من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[3]. لذا وجب البحث في حل لهذه الحالة لتفادي تعارض الأحكام الأجنبية وذلك من خلال إحالة الدعاوى بين الدول الأجنبية.

وللإحاطة بموضوع الإحالة الدولية وجب تعريفها والتعرف على شروط قيامها(أولا) وتبيان موقف الفقه منها (ثانيا) وفي الأخير نتبين موقف المشرع الجزائري منها (ثالثا).

[1] حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، ط02، دار الثقافة، عمان، 1997، ص 241.

[2] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 123.

[3] مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة بموجب القانون رقم 97 لسنه 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998.

أولا: تعريف الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية وشروطها

المقصود بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين الدفع الذي يهدف إلى منع المحكمة المثار أمامها هذا الدفع من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة أخرى مرفوع إليها ذات النزاع[1]. فالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين هو دفع من الدفوع الإجرائية المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي تثار حينما ترفع الدعوى أولا أمام محكمة مختصة ثم ترفع كذلك أمام محكمة أخرى أيضا مختصة بالنزاع ولكن إحداها أكثر عدالة وملائمة للأطراف[2].

لا يثير تحديد مركز الدفع بالإحالة في إطار القانون القضائي الدولي أية صعوبة إذا كانت المحكمتين المقصودتين بالدعاوى تنتمي إلى دولتين تجمعهما اتفاقيات ثنائية أو جماعية في هذا المجال، أو أن قانونها الداخلي له موقف واضح من هذه المسألة لكن الإشكال يطرح حين يسكت التشريع الوطني للدول عن ذلك. لذلك وضع الفقه جملة من الشروط لقبول الدفع بالإحالة وهي:

– أن تكون هناك دعويين أحداهما مرفوعة أمام القضاء الوطني والأخرى أمام القضاء الأجنبي أي أنه لا يمكن إبداء الدفع بالإحالة إذا كانت الدعوى وقت نظرها أمام المحاكم الوطنية لم تكن قد رفعت بعد أمام المحاكم الأجنبية، أو إذا كانت الدعوى عند بدء تحريكها أمام المحاكم الوطنية كانت قد انقضت الدعوى الأجنبية لصدور حكم نهائي في الموضوع قبل الفصل في الموضوع[3].

– وحدة النزاع القائم بين المحكمتين ويقصد بذلك وحدة الخصوم والموضوع والسبب ويكفي الاختلاف في واحد من العناصر المذكورة لرفض الدفع بالإحالة[4].

---

[1] هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص93.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، صالح مهدي كحيط، الإحالة لقيام الذات النزاع أمام محكمة أجنبية، مجلة أهل البيت، العدد 20، جامعة أهل البيت، العراق، ديسمبر 2016، ص 177.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط ، المرجع نفسه، ص 179.

[4] عكاشه محمّد عبد العال، المرجع السابق، ص 140.

– اختصاص المحكمتين المعنيتين أي أن تكون المحاكم الوطنية مختصة بالنزاع كما يشترط اختصاص المحاكم الأجنبية المطلوب إحالة النزاع إليها. لكن يبقى التساؤل مطروحا حول القانون الذي يحدد اختصاص المحكمة الأجنبية المعنية ما إذا كان قانون القاضي أم قانون المحكمة الأجنبية المعنية.

حيث ذهب الاتجاه الأول في الفقه الفرنسي إلى عقد الاختصاص بالمسألة المتقدمة لقانون القاضي الذي تم الدفع أمامه بالإحالة إلى محكمة أجنبية لقيام ذات النزاع أمامها[1]. بحيث لا تتخلى الأخيرة عن ولايتها في مسألة تختص بها وفق للقواعد العامة[2].بخلاف الاتجاه الآخر من الفقه الذي يرى ضرورة تطبيق قواعد الاختصاص التي تعمل في ظلها المحكمة الأجنبية التي رفعت إليها الدعوى أولا لتحديد ما إذا كانت مختصة أم غير مختصة[3].

– إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة القاضي يرى أنصار هذا الشرط أنه لا يتصور أن تقوم المحكمة الوطنية المعنية بالتخلي عن اختصاصها وإحالة الخصوم إلى محكمة أجنبية معنية، وبعد صدور الحكم المرتقب من هذه المحكمة يعجز الخصم المحكوم له عن تنفيذ الحكم الأجنبي المعني بدولة القاضي المحيل[4].

ثانيا: موقف الفقه من إعمال الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

اختلف الفقه بشأن إعمال الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي إلى اتجاهين فبينما يرفض الاتجاه الأول قبول هذا الدفع يؤكد الاتجاه الثاني على إمكانية إعمال هذا الدفع في مجال الاختصاص القضائي الدولي إذا توافرت شروط معينة[5] و فيما يلي تفصيل هذين الاتجاهين:

[1] ومن بينهم " Huet CLUNET" و "Bellet" نقلا عن هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 142.

[2] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 451.

[3] أشار إليه عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط ، المرجع نفسه، ص 180.

[4] هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 148و149.

[5] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص126.

أ- الاتجاه المعارض

يذهب الفقه التقليدي في فرنسا ومصر وتبعه جانب من الفقه المعاصر في مصر إلى الرفض القاطع للإحالة[1] معللا رفضه بالحجج الآتية:

-يصعب قبول الدفع بالإحالة في المجال الدولي لأن قبول هذا الدفع يقتضي وجود سلطة عليا تتولى توزيع ولاية القضاء الدولي والتنسيق بين محاكمه[2].

- أن قبول الدفع بالإحالة إلى القضاء الأجنبي يؤدي إلى عدم الاعتراف في آثار الأحكام الأجنبية قبل صدور الأمر بتنفيذها، كما هو الحال عليه في فرنسا فإذا كان الحكم الأجنبي يعد عديم القيمة في فرنسا قبل صدور الأمر بتنفيذه فإنه من باب أولى عدم الاعتداد بالخصومة المماثلة أمام القضاء الأجنبي ولا يجوز إعطاؤه أفضلية على تلك القائمة أمام القضاء الوطني بخصوص ذات الدعوى[3].

- قبول الدفع بالإحالة يحمل بين جنباته اعتداء على سيادة الدولة المثار الدفع أمام قضائها بل ذهب أنصار هذا الرأي إلى حد القول أن قبول الدفع يتعارض مع مبدأ استقلال الدول[4].

- تخلف العلة التي من أجلها تم تقرير هذا الدفع في المجال الداخلي حيث أنه لا محل لوجوب تجنب التناقض بين الأحكام حيث أن الحكم الأجنبي الصادر في نفس الخصومة لا يمكنه أن يمس الحكم الصادر في محاكم دولة أخرى لأن الحكم الأجنبي لا يكون قابلا للتنفيذ متى كان معارضا لحكم وطني[5].

- أن القضاء الأجنبي كثيرا ما يهدر الضمانات اللازمة لصحة الأحكام من الناحية الإجرائية وبصفة خاصة عدم كفالة حقوق الخصوم كالحق في الدفاع[6] أي التوجس والريبة في العدالة التي تسهر

---

[1] أشار إليه عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط ، المرجع السابق، ص188.

[2] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص126.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط ، المرجع نفسه، ص188.

[4] عكاشه محمّد عبد العال، المرجع السابق، ص 132.

[5] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 184

[6] عكاشه محمّد عبد العال، القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، المكتبة القانونية، الاسكندرية، 1996، ص 518.

على أدائها محاكم الدول الأخرى أي أن المحاكم الوطنية أكثر قدرة على تحقيق العدالة من المحاكم الأجنبية وذلك بسبب النظرة التقليدية للعدالة الوطنية على أنها العدالة المثلى التي تملك ما لا يملكه قضاء دولة أخرى من حياد ونزاهة[1].

ب- الاتجاه المؤيد

يذهب غالبية الفقه الحديث في مصر وفرنسا إلى ضرورة هجر ما استقر عليه رأي الفقه التقليدي والعمل على قبول الدفع بالإحالة[2] ويؤيدون وجهة نظرهم بعدة حجج أهمها:

- الاعتبارات التي يقوم عليها الدفع بالإحالة في القانون الداخلي تتحقق أيضا بصدد العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي فإذا كان قبول الدفع في القانون الداخلي يهدف إلى تجنب التعارض بين الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية وهو أمر نادر الحدوث حيث أنها تصدر من محاكم تابعة لدولة واحدة وتطبق قانون واحد فإن فرض تعارض الأحكام الصادرة من محكمة وطنية ومحكمة أجنبية يكون أكبر من الناحية العملية مما يستتبع قبول الدفع من باب أولى[3].

- توفير الوقت والنفقات بالنسبة للمتقاضين وللقائمين على أداء مرفق العدالة في الدول المعنية[4].

-الأخذ بهذا الدفع من شأنه زيادة ضمانات فعالية الأحكام الوطنية في الخارج حيث سيرفض القاضي الأجنبي في الغالب تنفيذ الحكم الوطني الذي صدر من محكمة كان من واجبها التنازل عن نظر الدعوى لأن القاضي الأجنبي كان الأسبق في نظر هذه الأخيرة[5].

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 189.

[2] أشار إليه عكاشه محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 522.

[3] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 130.

[4] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي مقارنة، المرجع السابق، ص443.

[5] هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية، المرجع السابق، ص 106.

-إن التطورات التي لحقت المفاهيم الفلسفية للقانون الدولي الخاص أدت إلى وجود تحول ملحوظ في الأنظمة القانونية المقارنة كان مرده تدعيم التعاون القضائي الدولي والعمل على حماية مصالح الأفراد عبر الحدود وتفادي الانغلاق والانعزالية القانونية[1].

- يعتبر الدفع بالإحالة نوعا من المقاومة المشروعة للغش نحو الاختصاص حيث أن المدعي الذي يرفع دعواه أمام القضاء الأجنبي سرعان ما يتضح أن الحكم الصادر من هذا القضاء لن يكون في صالحه فيسارع برفع دعواه أمام القضاء الوطني ظرا لما سوف يصدره هذا الأخير من حكم في صالحه[2].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

إن موقف النظم القانونية من الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية يختلف من دولة إلى أخرى فمنها من نص بشكل صريح على تنظيمها دوليا وأخرى لم تنظمها[3]. فما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

لم ينظم المشرع الجزائري أحكام الدفع بالإحالة الدولية ضمن قواعد قانون الاجراءات المدنية والإدارية، لكن بالرجوع إلى القانون الاتفاقي نجد أن الجزائر صادقت على معاهدات للتعاون القضائي نظمت هذه المسألة وسنخص بالدراسة اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي[4]. والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 94-181 حيث نصت المادة 36 من هذا المرسوم على ما يلي: " إذا رفعت دعاوى متحدة في الأشخاص والموضوع والسبب أمام عدة محاكم

[1] محمود لطفي محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص136.

[2] نفس المرجع، ص 132.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، صالح مهدي كحيط، المرجع السابق، ص 187.

[4] صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 27 يونيو 1994، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة راس لانوف (ليبيا) في 09 و 10 مارس 1991، جريدة رسمية عدد 43، صادرة في 03 يوليو 1994، ص 06.

مختصة طبقا لأحكام هذه الاتفاقية انعقد الاختصاص للمحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا وذلك دون الإخلال بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة 33 من هذه الاتفاقية".

حيث تضمنت المادة 33 "المسائل التي تدخل ضمن اختصاص محاكم كل طرف متعاقد وهي:

- الحقوق العينية العقارية المتعلقة بعقار كائن ببلده.

- صحة أو بطلان أو حل الشركات أو الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها ببلده وكذلك في صحة أو بطلان قراراتها.

- صحة القيد بالسجلات العامة الموجودة ببلده.

- صحة تسجيل براءات الاختراع وعلامات الصنع والرسوم والنماذج ونحوها من الحقوق المماثلة الواقع تسجيلها أو إيداعها ببلده.

- تنفيذ الأحكام إذا كان مكان التنفيذي ببلده.

وفي ذلك قبول صريح للإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية من محاكم الدول الموقعة على الاتفاقية وذلك وفق شروط:

أ- اتحاد الدعاوى في الأشخاص والموضوع والسبب.

ب- توفر الاختصاص للقضاء الوطني والقضاء الأجنبي وذلك طبقا لأحكام الاختصاص في الاتفاقية[1] وهي:

- إذا كان موطن[2] أو محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن تعددوا وقت إفتتاح الدعوى موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله.

[1] المادة 34 من المرسوم رقم 94-181سالف الذكر.

[2] ويقصد بالموطن ويفقا لأحكام الاتفاقية بالنسبة للشخص الطبيعي محل إقامته المعتاد أو محل نشاطه فيما يخص الدعاوي المتعلقة بذلك النشاط أو موطنه المختار أو آخر موطن معلوم إذا غادره وأصبح مجهول الموطن، وبالنسبة للشخص الاعتباري مقره أو مكان مركزه أو فرعه إذا تعلقت الدعوى باستغلال هذا المركز أو الفرع وتم استدعائه به.

– إذا كان الالتزام التعاقدي موضوع النزاع قد نفذ أو كان واجب التنفيذ لدى الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني.

– في حالات المسؤولية غير التعاقدية إذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية وقع في بلد ذلك الطرف المتعاقد.

– إذا قبل المدعى عليه صراحة اختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان ذلك عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها.

– إذا ابدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

– إذا تعلق الأمر بدعوى مقابلة أو بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية بموجب أحكام هذه الاتفاقية.

– إذا تعلقت الدعوى بالأهلية أو الأحوال الشخصية لمواطني الطرف المتعاقد المنتسبين إليه بجنسيتهم وقت رفع الدعوى.

ت– الإحالة تكون من المحكمة التي رفعت إليها الدعوى لاحقا إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع أولا.

الفرع الثاني: الحصانة الدبلوماسية

إذا كانت ممارسة الدول لاختصاصاتها التشريعية القضائية والتنفيذية مظهرا من مظاهر ممارستها لسيادتها الكاملة على إقليمها وشعبها فإن قواعد الحصانة تعتبر قيدا على الاختصاص القضائي للدولة أقره القانون الدولي[1]. وتمثل الحصانات الدبلوماسية مجموعة من الإعفاءات المعترف بها لبعض الأشخاص بسبب صفتهم أو لبعض الأموال بسبب استعمالها أو انتمائها[2]. وهي شكل من

[1] العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي والمحكم (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر01، 2014/ 2015، ص 17.

[2] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 40.

أشكال الحصانة القانونية تمنح للدبلوماسيين لمنحهم ممر آمن من أجل إتمام عملهم دون ضغوطات خارجية[1].

يشكل مبدأ الحصانة قاعدة قانونية قديمة انبثقت عن العرف الدولي وأصبحت جزء لا يتجزأ من القانون الدولي العام[2]. وظهرت الحصانة الدبلوماسية في الأصل لصالح الدبلوماسيين حصرا (السفراء) غير أن تطور العلاقات الدولية أدى إلى تعميم تطبيق الحصانات على الملوك ورؤساء الدول الأجانب وموظفيها كما أن تطور نشاط الدولة خارج نطاق حدودها طرح قضية تحديد الأعمال المشمولة بالحصانة[3].

والجدير بالذكر أن التشريع الجزائري قد خلا من تنظيم الحصانة ما عدا بعض النصوص ضمن بعض القوانين[4]. ليبقى المصدر التقليدي لهذه المادة هو الاتفاقيات الدولية[5]. وعملا بمبدأ سمو المعاهدة على القوانين الداخلية[6]. فإن نطاق الدراسة سوف يكون وفقا لنصوص المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر في هذا مجال الحصانة الدبلوماسية بنوعيها: الحصانة القضائية (أولا) والحصانة التنفيذية (ثانيا)

---

[1] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص170.

[2] العيساوي حسين، المرجع السابق، ص01.

[3] موحند اسعاد، المرجع نفسه، ص 41.

[4] المادة 636 قانون الاجراءات المدنية والإدارية النافذ. المادتين 543 و 544 من قانون الإجراءات الجزائية النافذ. المادة 111 من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 49، صادرة في 1966/06/11، ص 702.

[5] – اتفاقية فيينا المؤرخ في 18 ابريل 1961 حول العلاقات الدبلوماسية والمصادق عليها بموجب مرسوم رقم 64-84، مؤرخ في 04 مارس 1964، جريدة رسمية عدد 29، صادرة في 07 ابريل 1964، ص 430.

واتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية المؤرخة في 24 ابريل 1963، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 64-85 مؤرخ في 04 مارس 1964، جريدة رسمية عدد 34، صادر فيه 24 ابريل 1964، ص485.

واتفاقية فيينا حول امتيازات و حصانات الأمم المتحدة مؤرخة في 13 جانفي 1946، المصادق عليها بموجب مرسوم رقم 63-337، مؤرخ في 1936/09/01متضمن انضمام بتحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لاتفاقية امتيازات وحصانات الأمم المتحدة مؤرخة في 13 جانفي 1946، جريدة رسمية عدد 66، صادرة في 14 سبتمبر 1963، ص 942.

واتفاقية فيينا حول امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة بتاريخ 21 نوفمبر 1947، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 63-338 مؤرخ في 11 سبتمبر 1993، جريدة رسمية عدد 66، صادرة في 14 سبتمبر 1963، ص 942.

[6] المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، متعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المعدل بآخر تعديل بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، صادرة في 07مارس 2016، ص03.

أولا: الحصانة القضائية

يقصد بالحصانة القضائية إعفاء بعض الأشخاص بسبب صفات أو أعمال يقومون بها تمنعهم من الخضوع لسلطة القاضي الوطني أي عدم إمكان رفع الدعوى، أو اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة من يتمتعون بهذه الحصانة[1].

أ- الأشخاص المشمولين بالحصانة القضائية

تشمل الحصانة القضائية الأعوان الدبلوماسيون الذين يمثلون أول فئة من الأشخاص المشمولين بالحماية وتنبع فكرة الحماية من واقع أنهم يقومون بتمثيل دولة لدى دولة أخرى ومن الضروري والحالة هذه إزالة أي عائق وأي إكراه في وجه ممارستهم الحرة والطبيعية لعملهم التمثيلي وقيامهم بمهمتهم[2].

يحمل صفة الأعوان الدبلوماسين وفقا لأحكام المرسوم رقم 64-259 المتعلق بالدبلوماسيين والمسؤولين الشعبيين وأعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء[3] ، أعضاء السلك الدبلوماسي الحاملين لجواز سفر دبلوماسي والذين يتم إبلاغ أسمائهم ورتبهم بانتظام إلى وزارة الخارجية، وكذا الملحقين العسكريين البحريين والجويين المعتمدين من قبل الحكومة[4]. كما تمتد هذه الحصانة لتشمل أفراد عائلة البعثة شريطة ألا يكون من مواطني الدولة المعتمدة لديها[5]. بالإضافة إلى الموظفين الإداريين والتقنيين وموظفي الخدمات والخدم الخاصين التابعين لا عضاء البعثة فيما يخص أعمالهم الوظيفية شريطة أن لا يكون من مواطني الدولة المعتمدين لديها[6].

---

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 293.

[2] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 42.

[3] المرسوم رقم 64-259 المؤرخ في 27 اوت 1964، المتضمن أحكام خاصة تتعلق بالدبلوماسيين والمسؤولين الشعبيين وأعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء، جريدة رسمية عدد 71، صادرة في01 سبتمبر 1964، ص 965. وهو مرسوم اتخذ لتطبيق اتفاقيتي فيينا حول العلاقات الدبلوماسية والقنصلية.

[4] المادة01 من المرسوم 64-259 المتعلق بالدبلوماسيين والمسؤولين الشعبيين وأعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء، السالف الذكر.

[5] المادة 37 من المرسوم 64-259 المتعلق بالدبلوماسيين والمسؤولين الشعبيين وأعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء، السالف الذكر.

[6] المادة 38 من المرسوم 64-259 المتعلق بالدبلوماسيين والمسؤولين الشعبيين وأعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء، السالف الذكر.

كما تشمل الحصانة القضائية القناصل الذين يتمتعون بهذه الحصانة استنادا على الأساس الوظيفي[1]. فهم لا يقومون بمهمة تمثيلية لذلك فهم لا يستفيدون من الحصانات إلا بالنسبة للأعمال التي يقومون بها أثناء ممارستهم لوظائفهم[2]. فبالرجوع إلى المادة 01 من المرسوم رقم64-259 نجدها قد ساوت بين القنصليين والدبلوماسيين في الاستفادة من الحصانات والامتيازات بقولها: "تمنح الحصانات والامتيازات التقليدية للوكلاء الدبلوماسيين والقنصليين الخاضعين للمعاملة بالمثل والتوافق مع الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية المذكورة أعلاه". لكن الملاحظ من نص المادة أن هذه المساواة كانت وفق لنص اتفاقية فيينا المتعلقة بالعلاقات القنصلية لكن بالرجوع إلى هذه الاتفاقية[3] نجدها تمنح الحصانة القضائية للأعضاء والموظفين القنصليين فقط فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها لمباشرة أعمالهم القنصلية. أما بخصوص تطبيق الاجراءات القضائية[4] المتعلقة بالقبض على أحد أعضاء الطاقم القنصلي أو حجزه أو اتخاذ الاجراءات الجنائية ضده فيشترط بشأنها قيام الدولة الموفدة إليها بتبليغ هذا الإجراء بأسرع ما يمكن إلى رئيس البعثة نفسه، فيجب على الدولة الموفد إليها أن تبلغ ذلك إلى الدولة الموفدة بالطريق الدبلوماسي.

ويستفيد الملوك ورؤساء الدول الأجنبية أيضا من هذه الحصانة بالنظر للمهام التي يقوم بها الرقم الأول في الدولة وبصرف النظر عن شكل الحكومة رئيسا كان أو ملكا أو عاهلا[5]. تمتد الحصانة الحصانة الخاصة بهم منذ فترة تعيينهم أو توليهم إلى إنهاء مهامهم[6]. ويعني ذلك عدم الخضوع للسلطات الأجنبية أولا وعدم خضوعه للقضاء الإقليمي سواء في ذلك القضاء المدني أو القضاء الجنائي.

---

[1] محي الدين جمال، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، دار الخلدونية، الجزائر، 2013، ص 131.

[2] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 43.

[3] المادة 43 فقرة 01 من اتفاقية فيينا المتعلقة بالعلاقات القنصلية السالفة الذكر.

[4] المادة 42 من اتفاقية فيينا المتعلقة بالعلاقات القنصلية السالفة الذكر.

[5] العيساوي حسين، المرجع السابق، ص106.

[6] مُحَّد ناصر بوغزالة، الحصانة في القانون المقارن وتطبيقاتها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد53، العدد الأول، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مارس 2016، ص58.

ومع خلوا اتفاقية فينا من أي أحكام تنظم حصانة رؤساء الدول فإن أساس حصانة رؤساء الدول ترتكز على فكرة التمثيل، حيث يشكل رئيس الدولة أول ممثل للدولة الأجنبية ويجب أن يتمتع بالحصانة القضائية المعترف بها لهؤلاء الذين يقومون بمهمة تمثيلية، وهي التي تفسر سبب حرمان أعضاء حاشية الرئيس وأفراد عائلته من التمتع بامتياز الحصانة القضائية، كما يعود سبب تمتع الرئيسي أو الملك بالحصانة القضائية أمام محاكم الدول الأخرى إلى فكرة المجاملة الدولية التي تمتد بدورها لهذه الفئة التي لا تتوفر فيها فكرة التمثيل[1].

وتستفيد الدول ذات السيادة هي الأخرى من هذه الحصانة القضائية، فسيادة الدولة واستقلالها يقتضي بالضرورة عدم جواز خضوعها لسلطان القضاء في دولة أخرى، وتعد هذه الحصانة من أقدم أنواع الحصانات التي أقرها العرف الدولي[2]. ومن وجهة النظر المبدئية لا يشكل عدم الاعتراف بدولة عائقا أمام تمتعها بالحصانة لأن عدم الاعتراف لا يمنع من وجود الدولة ضمن مجموعة الأمم المتحدة وهكذا فإن بعض الدول غير المعترف بها من قبل الجزائر هي عضوة في منظمة الأمم المتحدة وتتمتع بالشخصية الدولية وفقا للقانون الدولي العام[3].

كما يتم الاعتراف للتجزئة العضوية للدولة الأجنبية بالحصانة القضائية عندما تتصرف لأمرها ولحسابها ويقصد بها المرافق العامة الأجنبية مثل السفرات والبنوك المملوكة للدولة والمؤسسات والهيئات العمومية والدواوين...الخ[4]. وفي هذه الحالة فإن العبرة بمنح الحصانة تكون بطبيعة عمل هذه التجزئات التجزئات لأنها تؤدي مهمة مرفق عام وتذوب في الشخصية القانونية العامة للدولة. ويجب بالمقابل رفض الحصانة للتقسيمات الإقليمية في الدول كالبلديات والمقاطعات وكذلك الدول العضوة في الدول الفيدرالية كونها ليست من أشخاص القانون العام ولا تمارس أية سيادة[5]. نفس الأمر بالنسبة للمراكز

[1] العيساوي حسين، المرجع السابق، ص107.
[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 293.
[3] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 45.
[4] العيساوي حسين، المرجع نفسه، ص 71.
[5] موحند اسعاد، المرجع نفسه، ص 46.

والتمثيليات الثقافية والتجارية والاجتماعية كونها تمارس نشاطا خاصا لا يتعلق بسيادة الدولة ولا يمثلها[1].

أما عن المنظمات الدولية[2] ونظرا لحداثة ظهورها نسبيا فإن مسألة حصانتها لم تثر إلا من وقت قريب وتتحدد هذه الحصانة وفقا لأحكام الاتفاقية المنشئة لها[3]. وتكمن الحصانات في عدم خضوعها للتشريعات الوطنية لدول المقر، ذلك أن الخضوع لتشريعات دول المقر يؤدي إلى التأثير على أداء مهامها كشخصية قانونية دولية ذات إرادة منفصلة عن إيرادات الدول الأعضاء بغض النظر عن اتفاق نشاطها أو تعارضه مع القوانين الوطنية[4].

غالبا ما يشمل نطاق هذه الحصانة التصرفات والأعمال التي تتم بقصد تحقيق مصالح المنظمة الدولية[5]، حيث تعد الحصانة القضائية أساسا حيويا حتى تتمكن البعثات والوفود لدى المنظمات الدولية من ممارسة اختصاصاتها وصلاحياتها ووظائفها بفعالية وبمعزل عن أي تقييد قد يصدر من جانب الدولة المضيفة، فهي حصانة وظيفية للقيام بالمهام المناطة بهم باستقلال وحياد[6]. حيث نصت نصت اتفاقية فيينا المتعلقة بامتيازات الوكالات المتخصصة وحصانتها على أن الوكالات المتخصصة[7] تتمتع بالحصانة القضائية ما لم تتنازل عنها صراحة في أي حالة خاصة[8].

---

[1] المادة 02 من المرسوم رقم 64-259 السالف الذكر.

[2] تعرف المنظمة الدولية بأنها: "كيان تنشئه مجموعة من الدول كإطار القانوني لتحقيق أهداف التعاون بينما تمنحه صفه الشخصية القانونية الدولية لتمكنه من القيام بأعبائه كما تمنحه إدارة مستقلة عن إدارات الدول الأعضاء وتنشئ له أجهزة دائمة تعمل على أساس قانوني متمثل في اتفاقيه دولية متعددة الأطراف (ميثاق- دستور) تتحدد الجوانب الأساسية لأنشطة هذا الكيان وفق أحكام القانون الدولي المعاصر". مامون مصطفى، قانون المنظمات الدولية، متوفر على موقع مكتبه فلسطين للكتب المصورة، على الرابط https://palastinebooks.blogspot.com، ص19، أطلع عليه بتاريخ 2020/07/21.

[3] عكاشه محمد عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 171.

[4] مامون مصطفى، المرجع السابق، ص27.

[5] عباس العبودي، المرجع السابق، ص294.

[6] شادي المبيض، الحصانة القضائية لبعثات و وفود الدول الأعضاء في المنظمات الدولية، مجلة تشرين للبحوث والدراسات العلمية- سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 38، العدد 05، جامعة تشرين، أكتوبر 2016، ص 365.

[7] حيث نصت الاتفاقية ضمن المادة 01 البند 01 على أن عبارة " الوكالات المتخصصة" تعني المنظمات أو أي وكالة أخرى تكون مرتبطة بالأمم المتحدة وفقا للمادتين 57 و 63 من الاتفاقية.

[8] حيث نصت المادة 02 البند 04 من الاتفاقية: " تتمتع الوكالات المتخصصة وأموالها وموجوداتها أيا كان مكانها أو حائزها بالحصانة القضائية ما لم تتنازل عنها صراحة في أي حالة خاصة وعلى ألا يتناول هذا التنازل إجراءات التنفيذ".

وتمتد الحصانة القضائية لتشمل موظفي المنظمات الدولية و ذلك لتمكينهم من العمل بما يحقق أهداف المنظمة الدولية والمحافظة على استقلالها وحسن أداء مهامها[1]. وهذه الحصانة تمنح للممثلين الدائمين لدى المنظمة الدولية بنطاق واسع في حين أن مندوبي دول الوافدين لحضور المؤتمرات أو تمثيل الدولة في أحد الاجتماعات فهؤلاء يتمتعون بحصانة قضائية أدنى من تلك التي يتمتع بها الممثلون المؤقتون للدولة وأيضا دون ما هو ممنوح للممثلين الدائمين[2]. غير أن تمتعهم بهذه الامتيازات يكون دائما فيما تعلق بأعمالهم التي ينفذونها تحت إشراف المنظمة[3].

ب- الأعمال المشمولة بالحصانة القضائية

إن حصانة نشاط المبعوثين الدبلوماسيين مقيدة بأداء الوظيفة وليست مطلقة[4] فهم يتمتعون بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي والمدني والإداري للدولة المعتمدة لديها ما عدا الحالات الآتية[5]:

-الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال العقارية الخاصة الكائنة في إقليم الدولة المعتمد لديها ما لم تكن حيازته لها بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها في أغراض البعثة.

-الدعاوى المتعلقة بشؤون الإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه منفذا أو مدير أو وريثا أو موصى له وذلك بالأصالة عن نفسه لا بالنيابة عن الدولة المعتمدة.

-الدعاوى المتعلقة بأي نشاط مهني أو تجاري يمارسه في الدولة المعتمد لديها خارج وظائفه السامية.

أما عن القناصل فهم يعتبرون ممثلين للدولة الأجنبية إذ أن القسط الأكبر من نشاطاتهم يماثل النشاطات التي تمارس عادة على التراب الوطني فالدولة توافق على ممارسة هذه النشاطات على سبيل المجاملة الدولية[6]. غير أن ممارسة وظائفهم القنصلية لا تكون بصفة مطلقة بل يرد عليها استثنائين[1]

---

[1] عباس العبودي ، المرجع نفسه، ص 294.

[2] شادي المبيض، المرجع السابق، ص 365.

[3] حيث نصت المادة 06 البند 19 من الاتفاقية: "يتمتع موظفو الوكالات المتخصصة بالحصانة القضائية في كل ما يصدر عنهم بصفتهم الرسمية من قول أو كتابه أو عمل".

[4] محمد ناصر بوغزالة، المرجع السابق، ص 43.

[5] المادة 31 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 السالفة الذكر.

[6] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 47.

خاصين بالدعوى المدنية الناتجة عن عقد مبرم بمعرفة عضو أو موظف قنصلي يكون هذا التعاقد – صراحة أو ضمنا– بصفته وكيلا عن الدولة الموفدة. أو الدعوى المرفوعة بمعرفة طرف ثالث عن ضرر نتج عن حادث في الدولة الموفد إليها سببه مركبة أو سفينة أو طائرة. غير أن النص لم يميز بين كون المركبة أو السفينة أو الطائرة خاصة بالموظف القنصلي أم لا وهل كان الحادث أثناء ممارسة الوظيفة القنصلية أم لا[2].

كما لا تعتبر حصانة نشاط رؤساء الدول مطلقة بل قاصرة على الأعمال التي يؤدونها لمصلحة الدولة[3]. حيث يذهب جزء من الفقه ويؤيده القضاء الفرنسي إلى ضرورة التفرقة بين الأعمال التي يقومون بها بصفتهم ممثلين لدولة ذات سيادة والأعمال التي يقومون بها بصفة شخصية أي لحسابهم الشخصي، حيث يجوز إخضاع هذه الأخيرة للقضاء مع وجوب التفرقة بين ما إذا كان مدعيا فلا مبرر للإعفاء من القضاء لانتفاء مقتضيات المصلحة العامة أما عندما يكون مدعى عليه فتقضي المحاكم بعدم اختصاصها[4]. ويمكن رد هذه التفرقة إلى اعتبار تمثيل الدولة، ذلك أن الغرض من الحصانة هو تيسير عمل رئيس الدولة وهو بصدد تمثيل دولته وبالتالي فإن ذلك ليس له شأن بحياته الخاصة[5].

وتسقط الحصانة القضائية عن نشاط الدول إذا كان محكوم بالقانون الخاص وعليه فإن العمل يتمتع بالحصانة إذا كان مرتبطا بأعمال السلطة العامة ويمثل سيادة الدولة[6] ويكاد يجمع القضاء في

[1] المادة 43 من اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية السالفة الذكر.

[2] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 47.

[3] محمد ناصر بوغزالة، المرجع السابق، ص 41.

[4] أشار إليه العيساوي حسين، المرجع السابق، ص109.

[5] بلغيث عمارة، الدفع بالحصانة القضائية كأداة لدعم سيادة الدولة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة عباس الغرور، خنشلة، جوان 2017، ص 1190.

[6] محمد ناصر بوغزالة، المرجع السابق، ص 40.

كل الدول تقريبا وفقا لاجتهادات قديمة وراسخة بأنه في المواد العقارية والتركات لا يمكن التمسك بحصاناتها القضائية[1].

في حين تحدد كل اتفاقية خاصة بالمنظمات الامتيازات والحصانات الخاصة بها الأمر الذي يسهل على القضاة الحكم بعدم اختصاصهم في الحالات التي تكون المنظمات الدولية طرفا في المنازعة وفقا لما هو مكرس في نصوص الاتفاقية أو العرف الدولي أو القضاء الدولي كذلك[2].

ثانيا: الحصانة التنفيذية

تهدف الحصانة التنفيذية إلى منع المنفذ له متابعة إجراءات التنفيذ الجبري ضد الهيئة المحكوم عليها سواء تعلق الأمر بالدولة أو برئيسها أو ببعثتها الدبلوماسية أو بإحدى الهيئات الدولية[3]. حيث تتميز حصانة التنفيذ بكونها تفوق الحصانة القضائية من حيث الشمولية، لأن النيل من سيادة الدولة الأجنبية عن طريق تنفيذ حكم سيكون أشد خطورة من مجرد صدور حكم قضائي[4]. وبالتالي فإنه لا يمكن التنفيذ على أموال دولة من دولة أجنبية ما عدا الأموال المخصصة للأعمال التجارية سواء من قبل الدولة أو أحد هياتها[5].

أما عن الأعوان الدبلوماسيين فهم يتمتعون بالحصانة التنفيذية ولا يمكنهم التنازل عنها إلا من خلال تنازل مستقل عن التنازل عن الحصانة القضائية بالنسبة لأي دعوى مدنية أو إدارية[6]. وهو نفس الحكم بالنسبة للموظفين القنصليين حيث أن التنازل عن الحصانة القضائية في الدعاوى المدنية

[1] ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة "بوردو "في حكمها الصادر في 1950/11/30 عندما اعترفت للقنصل البريطاني بحقه في التمسك بالحصانة في دعوى طرد مرفوعة ضده من طرف مالك العقار الذي توجد به القنصلية. العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 72.

[2] حيث نصت اتفاقية امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة على هذه الحصانات (المادة 02 البند 04).

[3] العيساوي حسين، المرجع السابق، ص140.

[4] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 53.

[5] محمد ناصر بوغزالة، المرجع السابق، ص 61.

[6] المادة 32 فقرة 04 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية السالفة الذكر.

أو الإدارية لا يعني التنازل عن الحصانة بالنسبة لإجراءات تنفيذ الأحكام التي يجب الحصول لها على تنازل خاص[1].

وفيما يخص المنظمات الدولية فهي تتمتع هي الأخرى بالحصانة التنفيذية ما إذا نصت عليها تلك الاتفاقية التي تعقد بين كافة أعضاء المنظمة الدولية لوضع قواعد ثابتة لتحديد مركزها القانوني في إقليم الدول الأعضاء فيها ولبيان المزايا والحصانات التي تتمتع بها[2]. في هذا الإطار تنص الاتفاقية المتعلقة بامتيازات الوكالات المتخصصة وحصانتها ضمن المادة 03 البند 05 : " تكون حرمة المباني التي تشغلها الوكالات المتخصصة مصونة وأموالها وموجوداتها أيا كان مكانها أو حائزها معفاة من التفتيش والاستيلاء والمصادرة ونزع الملكية ومن أي نوع آخر من أنواع الإجراءات الجبرية التنفيذية أو الإدارية أو القضائية أو التشريعية".

المطلب الرابع: دواعي تطبيق قانون القاضي على الاختصاص القضائي الدولي

يعتبر تنظيم الاختصاص القضائي الدولي مسألة متصلة بالنظام العام، لكونه متعلق بسيادة الدولة[3]. فالأصل هو حرية المشرع الداخلي في رسم حدود ولاية القضاء الوطني الخاص بالمنازعات الخاصة الدولية، من خلال تحديد الضوابط التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بنظر هذه المنازعات[4]. كون أن مهمة أداء العدالة إنما هي وظيفة أساسية من وظائف الدولة تباشرها عن طريق سلطة ألا وهي محاكمها، فإذا كانت الدولة قد تركت للأفراد وسيلة تحريك هذه العدالة لمباشرة تلك الوظيفة ألا وهي وسيلة الدعوى فليس معنى ذلك أن القضاء يؤدي أولا وأخير إلى صالح الأفراد وإنما تحقيق مصلحة عامة هي الحفاظ على الأمن والسكينة وهي اعتبارات تمس بفكرة النظام العام[5].

---

[1] المادة 45فقرة 04 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية السالفة الذكر.

[2] العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 166.

[3] سهى خلف الله، المرجع السابق، ص 45.

[4] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 27.

[5] طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة اختصاص القضاء الدولي بقواعد النظام العام، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، جامعة دمشق، مارس 2009، ص 329.

لذلك فالمشرع في كل دولة له الحرية في وضع القواعد القانونية والدولية التي ينعقد بموجبها الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه الوطنية التي يراها أكثر اتفاقا مع أهدافه وسياسته التشريعية، الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية[1]. لذا فإن قواعد الاختصاص تعتبر قواعد مادية تحدد مباشرة الحالات التي يختص القضاء الوطني بالنظر فيها ولا تهتم بتحديد القضاء الأجنبي المختص.

فبعد تحليل قواعد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع الجزائري والمتمثلة أساسا في المادتين 41 و42 نجد أن المشرع يرمي إلى حفظ النظام العام من خلال حماية مصلحة الطرف الجزائري أثناء ممارسته لحق التقاضي، لذلك سوف نبحث في هذه الحماية (الفرع الأول) ثم نقيم مدى نجاعة هذه القواعد في حماية الطرف الوطني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الطرف الوطني من خلال قواعد الاختصاص القضاء الدولي

بالرجوع إلى المادتين41 و42 نلاحظ أن المشرع قد عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية متى كان المدعي يحمل الجنسية الجزائرية والذي يرفع دعواه ليس فقط ضد أجنبي بل حتى ضد جزائري ليس له موطن في الجزائر. كما يعقد الاختصاص أيضا للمحاكم الجزائرية متى كان المدعى عليه جزائريا.

بالنظر إلى هذا الترتيب نلاحظ أن المشرع قد اهتم باختصاص المحاكم الجزائرية المقرر للمدعي الجزائري وفي ذلك تقرير لمصلحة الطرف الوطني بالتقاضي أمام محاكمه في المقام الأول ثم اسناد الاختصاص بناء على الجنسية الجزائرية للمدعى عليه أي إنصاف الأجنبي ضد الجزائري في المقام الثاني. كما تتجسد حماية الطرف الوطني أيضا في اشتمال هذا الامتياز المقرر للطرف الوطني على جميع الدعاوى وعدم الالتزام بحرفية النصين. فلاشك أن هذه الحماية ستكون ناقصة إذا اقتصرت على الالتزامات المالية العقدية دون المسائل الأخرى ومنه كان منطقيا عدم الاكتفاء بالتفسير الحرفي

[1] سهى خلف الله، المرجع نفسه، ص 53.

والتوسيع من مجال الدعوى. وهو ما عمد إليه القضاء الفرنسي حيث كان يسمح بالتمسك بالمادتين 14 و15 من القانون المدني حتى بخصوص الالتزامات غير التعاقدية وغير المالية[1].

وقد حذى حذوه القضاء الجزائري في العديد من القرارات[2] في ظل الفراغ التشريعي فتعين على القضاء الجزائري أن يتكفل بهذه المهمة ويراعي في حلوله الاسناد الموضوعي في تحديد اختصاصه بشأن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي[3]. غير أن ثمة حدان يقفان في وجه تعميم هذين النصين ويخصان من جهة الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقارات تقع في الخارج الدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ الممارسة في البلدان الأجنبية ويعود ذلك لأن النوع الأول من الدعاوى يمس بسيادة الدولة الأجنبية أما النوع الثاني فقد يتطلب اتخاذ تدابير تحقيق مسبقة لا يمكن أن يقوم بها سوى القاضي المحلي[4].

الفرع الثاني: تقييم دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حماية الطرف الوطني

إذا كانت الدولة تركت للفرد اختيار الظروف التي يحرك فيها السلطة القضائية أي الظروف التي يباشر فيها الدعوى فما ذلك إلا عملا على التقاء المصلحة الخاصة (مصلحة الفرد) مع المصلحة العامة، لذلك فالدولة هي التي ترسم ولاية القضاء فيها مقدرة في رسمها ما يلزم لتحقيق هذه المصلحة العامة وهي أداء العدالة وهي لا ترى أية سلطة أخرى أجنبية تصلح لأدائها[5]. فهل حققت المادتين 41 و42 هذه المصلحة وحمت الطرف الوطني؟

---

[1] بن عصمان جمال، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2015/2014، ص 60.

[2] نذكر منها قرار المحكمة العليا غرف الأحوال الشخصية بشأن انحلال الزواج (نزاع في الأحوال الشخصية) فقد تضمن القرار ما يلي: "ولما ثبت في قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتا في بلد أجنبي وطلب التقاضي أمام محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك قد دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه". قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في 1992/10/27 المشار إليه سابقا، ص 20.

[3] الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه،ط02، دار هومه، الجزائر، 2016، ص 72.

[4] موحند اسعاد، المرجع السابق، ص 36.

[5] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 145.

إن الأهم من حق التقاضي أمام المحاكم الوطنية لحفظ حقوق الوطني هو كفالة تنفيذ الحكم الذي يقرها، لذلك وجب بعد النظر في مصلحة الطرف الوطني في التقاضي أمام محاكمه التأكد من استمرار حفظ مصلحته من خلال تنفيذ الحكم الصادر لصالحه.

بالرجوع إلى المادة 41 التي تعطي للجزائري حق مقاضاة الأجنبي أمام محاكمه الوطنية ولو لم يكن مقيما في الجزائر فإن هذا الفرض الذي يبدو من ظاهر النص أنه يحقق مصلحة الجزائري يمكن أن يشكل له عقبة تتمثل في:

– عدم وجود الأجنبي في الجزائر مما يصعب أمر التنفيذ عليه إذا كان الحكم يتعلق بتنفيذ التزام شخصي.

– إذا لم يكن للأجنبي في الجزائر أموال يمكن التنفيذ عليها فإن ذلك سوف يشكل مشقة بالنسبة للجزائري عند التنفيذ على أموال الأجنبي في الخارج، وذلك باتباع إجراءات وشروط خاصة بالبلد الأجنبي للحصول على الصيغة التنفيذية للحكم الجزائري الذي يعتبر أجنبيا بالنسبة لبلد التنفيذ.

– قد يصطدم تنفيذ الحكم الجزائري في بلد أجنبي بقواعد اختصاص يعتمدها بلد التنفيذ مبنية على نفس ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للجزائر، أي أن محاكمه هي الأخرى تعتبر مختصة بنظر ذلك النزاع.

– يمكن للمدعي الجزائري أن يتعسف في استعمال الامتياز المقرر له بموجب المادة 41 لتكبيد المدعى عليه مشقة التنقل من بلده كما يمكن له اللجوء إلى قضائه هروبا من القضاء الأجنبي الذي لا يخدمه لعلمه بقانونه الوطني.

غير أن هذا الامتياز يكون في صالح المدعي الجزائري إذا كان للمدعى عليه الأجنبي أموال في الجزائر وبذلك يسهل عليه التنفيذ عليها عوض مقاضاته في الخارج والحصول على حكم أجنبي يتطلب تنفيذه في الجزائر إجراءات وشروط ودعوى جديدة للحصول على الصيغة التنفيذية للحكم.

وبالرجوع إلى المادة 42 نجد أنها توفر حماية للمدعي الأجنبي بالدرجة الأولى عند مقاضاته للجزائري المقيم في الخارج خصوصا إذا كان لديه أموال في الجزائر يسهل عليه التنفيذ عليها دون إجراءات جديدة.

المبحث الثاني: خضوع إجراءات التقاضي لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع

إن تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية يشكل مسألة إجرائية أساسية متأثرة بالطابع الدولي للنزاع، ويتم التعامل مع تطبيق قانون القاضي في المسائل الإجرائية في النزاعات ذات العنصر الأجنبي على أنها قاعدة يتم تطبيقها والدفاع عنها على نطاق واسع[1].

ففيما يتعلق بسير المنازعة فالثابت أن القضاء الداخلي يطبق قواعد الإجراءات الخاصة به وهو ما يمثل مبدأ خضوع الإجراءات الخاصة به لقانون القاضي[2] وقد تضارب الفقه حول القانون الواجب التطبيق على الإجراءات[3]. فتعتبر مدرسة الأحوال الايطالية أول من تصدت لظاهرة تنازع القوانين في

[1]- Chizlane ELIDRISSI , La lex fori en droit judiciaire international, centre de recherche sur la justice et proces, Université de paris1, p11.

[2]- كمال سمية، المرجع السابق، ص106.

[3]- فوفقا ل " H.MOTULSKY" يجب تطبيق نفس تقنيات القانون الدولي الخاص الموضوعي (تنازع القوانين). بينما يرى "بيار ماير" و"فانسان هوزيه"، أنها مسألة مرتبطة بسيادة الدولة تدعو لتطبيق قانون القاضي.

Henery MOTULSKY, procédure civile et commerciale en répertoire de droit international, Encyclopédie, Tome2, Dallez, 1969, p166.
Pière MAYER , Viencent HEUZE : Droit international privé, 9eme édition, Montchrestien, paris, 2007, p197.

مسائل الإجراءات عند ظهورها في غرب أوروبا في القرن 13م [1] وهي قاعدة قديمة تبناها الفقيه "بارتيول" Bartole سنة 1235، كما طبق برلمان باريس قانون القاضي على الإجراءات وأخضع النزاع لأعراف مختلفة[2]. واستقرت هذه القاعدة عند الفقه والقضاء في الدول الأنجلو أمريكية وفي الدول الأوروبية[3]. ثم ذاعت وانتشرت على مستوى القوانين الوضعية المعاصرة [4] ويرجع تطبيق هذه القاعدة وعالميتها للبعد التاريخي لها بحكم أنها تعد من أقدم القوانين في القانون الدولي الخاص نظرا لاستقرارها[5]. كما يرى غالبية الفقه في مصر وفرنسا أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى وإجراءاتها يرتكز على مسألة أولية هي تحديد طبيعتها الإجرائية أو الموضوعية[6] .

وقد ذهب الجانب من الفقه المصري إلى أنه متى تعلقت الدعوى بوظيفة القضاء وحسن سيره، كان من المتعين إثبات الطبيعة الإجرائية لها ولا يؤخذ الأمر على إطلاقه حيث أن بعض جوانب شروط رفع الدعوى القضائية، تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع لما لهذه الشروط من طبيعة موضوعية.[7]

في حين ذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي إلى أن الدعوى في إطار القانون الداخلي تتميز بطبيعة مختلطة، لذى وجب تحليل عناصرها إلى عناصر متصلة بالإجراءات و أخرى بالموضوع، وهذا

[1]–عنايت عبد الحميد ثابت، خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص04.

[2]– أشارت إليه كمال سمية، المرجع السابق، ص107.

[3]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، ج2، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص791.

[4]– حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص223.

[5] – Andrey. DAMIENS , La procédure en droit international privé recherche en droit de l'Union européenne, thèse de doctorat, droit privé, Université D'Orléans, France, 29juin2015, §15, p46.

[6]– ومن بينهم هشام علي صادق و عكاشة محمد عبد العال والفقيه "بارتن" نقلا عن حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي، المرجع السابق، ص248 وما يليها.

[7]– أشار إليه عنايت عبد الحميد، المرجع السابق، ص249.

رأي منتقد بشدة يجب هجره لصعوبة رسم حد حاسم لما هو متصل بالموضوع وما هو متعلق بالإجراءات[1].

ولا يهدف تكييف المسألة هنا (إجرائية أو موضوعية) إلى إختيار قاعدة التنازع الواجبة التطبيق من بين قاعدتين بحيث تستبعد إحداهما وتطبق الأخرى، كما هو عليه الحال عند التمييز بين قاعدة تنازع القوانين المطبقة على الشروط الشكلية للزواج وتلك الخاصة بشروطه الموضوعية إما أن تكون إجرائية فيطبق عليها قانون القاضي وإما أن تكون موضوعية فتطبق بشأنها قاعدة التنازع المعنية.[2]

وقبل الولوج في نطاق تطبيق قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي سوف نتطرق إلى الأسس التي ارتكز عليها الفقه لبناء هذه القاعدة، وكذا موقف المشرع الجزائري منها (المطلب الأول). ثم نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على شروط قبول الدعوى (المطلب الثاني) وكذا القانون الواجب على الإثبات (المطلب الثالث) مع استبعاد أحكام الإنابة القضائية حيث أنها تخضع من حيث إصدارها لقانون الدولة المنيبة ومن حيث التنفيذ لقانون الدولة المنابة، كما استبعدنا أحكام التقادم كوننا في معرض دراسة إجراءات التقاضي لحين صدور الحكم في المنازعة الخاصة الدولية فلا نتعرض لتقادم الحكم في هذه المنازعات.

المطلب الأول: أساس إخضاع إجراءات التقاضي لقانون القاضي

رغم اتفاق دول العالم على قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي، إلا أن الاختلاف تضمن الأساس النظري الذي قامت عليه. لذا سوف نتطرق إلى هذا الاختلاف (الفرع الأول) ثم نتبين موقف المشرع الجزائري من هذه القاعدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي

[1] – و منهم الفقيه "نيبوابيه" نقلا عن حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع نفسه، ص249.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص338.

إن مسار النزاع يطبق عليه قانون محكمة النزاع وهو ما أجمع عليه الفقيهان "باتيفول " والبروفيسور "لاغارد"، حيث أن إجراءات التقاضي ذات العنصر الأجنبي يحددها قانون القاضي[1]، لكن رغم هذا الاتفاق على المبدأ الرئيسي إلا أنهما يختلفان حول الجزئيات:

-يرى من الفقه أن القاعدة تقوم على فكرة النظام العام كون الهدف من الإجراءات عموما، هو تمكين الخصوم من الوصول إلى حقوقهم من أقرب الطرق و أسيرها ما يوطد ارتباطها بالصالح العام والنظام الاجتماعي في كل دولة.[2] غير أن الأستاذ "بارتن" أثبت عدم صحة هذا القول ،كون أن هذه القاعدة معترف بها في كل بلاد العالم، باعتبارها مبدأ عالميا في القانون الدولي الخاص، أما تطبيق قانون القاضي بناء على فكرة النظام العام في تقديره فكرة متغيرة باختلاف المكان والزمان.[3]

– ذهب قلة من الفقه الفرنسي إلى أن هذه القاعدة تعتبر من تطبيقات قاعدة الإسناد "قانون المحل يحكم الشكل"، لأن فكرة الشكل بالنسبة للتصرف القانوني وإجراءات المرافعة واحدة، لذا هو المظهر الخارجي الذي يوجب القانون اتخاذه.[4] غير أن الأستاذ "بارتن" أثبت عدم صحة هذا التعليل لأن هذه قاعدة اختيارية، إذ أن تطبيقها موقوف على عدم التجاء الطرفين للشكل المقرر في قانون آخر، كقانون جنسيتهما مثلا وهذا ما لا يمكن التسليم به بالنسبة لقواعد المرافعات، إذ من المفروض أن هذه القواعد آمرة.[5]

– ذهب رأي ثالث إلى إقامة قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، على إعتبار أن القواعد الإجرائية بمثابة قواعد تنظيمية لسلطة عامة هدفها أداء العدالة، فهي تحدد وظيفة السلطة القضائية في أداء وظيفتها ولا يمكن أن تقوم سلطة عامة بأداء وظيفتها إلا وفقا لما رسمه لها

[1] -Audrey DAMIENS: op. cit, p53.

[2] أشار إليه عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والإدارية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص180.

[3] حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط1، مطبعة نور الهدى، القاهرة، 1936، ص 406.

[4] أشار إليه عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص793و794.

[5] حامد زكي ، المرجع السابق، ص 406.

مشرعها.[1] وهو ما يبرر أيضا قاعدة خضوع المرفق العام لقاعدة الدولة التي أنشأته[2]. وعلى ذلك تكون العلة الحقيقية في تطبيق قانون القاضي في مسائل الإجراءات، هو أن القاضي الوطني في أي بلد ما إنما يقضي بناء على السلطة التي أعطاها إياه صاحب السلطان في تلك البلاد.[3]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي

على غرار مشرعي دول العالم أخضع المشرع الجزائري الإجراءات لقانون القاضي وفقا للمادة 21 مكرر من القانون المدني حيث نصت على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". يتضح من نص هذه المادة أنه إذا تقرر اختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في النزاع الذي يشمل على عنصر أجنبي، فإن القانون الجزائري بوصفه قانون القاضي هو الواجب التطبيق بشأن إجراءات الدعوى المرفوعة وكذا إجراءات التنفيذ الخاصة بالسندات التنفيذية الأجنبية وأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذ الإنابات القضائية الدولية.

إن نوعية الإجراءات المدنية ترتبط ارتباطا وثيقا بتنظيم تسيير القضاء، الذي يعتبر مرفقا عاما ويعود بالتالي للقانون العام، وتسييره يكون وفقا لإجراءات يحكمها قانونها الذاتي ما يشكل تطبيقا لفكرة المرفق العام يعمل وفقا للقواعد المحدثة له[4]، شأنه في ذلك شأن القواعد اللازمة لمباشرة وظائف الدولة الأخرى حتى وإن كانت الغاية منه حماية الحقوق الخاصة، وأنها بهذه الصفة تعد قواعد إقليمية تسري على كافة المنازعات سواء كانت وطنية أو ذات عنصر أجنبي[5]. ذلك ما جعل الخلاف

[1] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والإرادية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع نفسه، ص183.

[2] عنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص236.

[3] حامد زكي، المرجع نفسه، ص406.

[4] موجند إسعاد، المرجع السابق، ص10.

و ينظر أيضا عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص184.

[5] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص184.

الخلاف يثور بشأن معاملة هذه القواعد ما إذا كانت قواعد إسناد مزدوجة تطبق بمناسبة حل لتنازع دولي للقوانين، أم أنها قواعد موضوعية لارتباطها بقواعد الاختصاص القضائي.[1]

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على شروط قبول الدعوى

يقصد بالدعوى "المطالبة باستعادة حق أو حمايته وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق، تبدأ بإيداع عريضة افتتاح الدعوى، وهي تختلف عن الخصومة التي تتشكل من مجموعة إجراءات تمثل الشق العملي أو التنفيذي لممارسة الحق"[2].وتختلف بذلك الدعوى عن حق التقاضي الذي يجيز لكل مدع بحق سواء كان المدعي وطنيا أو أجنبيا، وسواء كان الحق شخصيا أو عينيا التوجه للقضاء لاسترجاع الحق أو حمايته[3]. حيث تتميز الدعوى عن المطالبة القضائية التي تعتبر ترجمة مادية بموجب تصرف خاص، في حين أن الدعوى تمثل الطريق القانوني العام، والطلب القضائي يحقق حركيتها، فإذا كانت الدعوى حق إجرائي فإن محله مادي يتمثل في المطالبة القضائية أي تقديم طلب قضائي إلى المحكمة يتضمن بيانات معينة، فهو محرر مكتوب يتضمن الادعاء الذي يقدم من طرف المدعي.[4]

تخضع المطالبة القضائية لقانون القاضي شأنها شأن إجراءات الخصومة وإذا اتخذ أحد هذه الإجراءات في الخارج فيخضع لقانون الدولة التي اتخذ فيها. ويخضع من حيث آثار الحكم فيه لقانون القاضي.[5] ونقصد بإجراءات الدعوى القضائية في هذا المقام إجراءات السير في نزاع متضمن عنصر أجنبي منذ رفع الدعوى وحتى نهايتها.[6]

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، ص364.

[2] بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص32.

[3] نفس المرجع، ص 20.

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص129.

[5] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص798.

[6] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص338.

وقد نصت المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الملغى:" لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء. ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك". في حين نصت المادة 13 ق إ.م.إ " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". نلاحظ أن المشرع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية اكتفى بعنصري الصفة والمصلحة، لقبول الدعوى وأحال عنصر الإذن إلى تدخل القاضي فيما لو اشترط القانون، بينما اعتبر الأهلية مسألة موضوعية أدرجها ضمن الدفع بالبطلان[1] وتخضع هذه الأخيرة لقانون جنسية الشخص لذلك سوف يتم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على شرط الصفة (الفرع الأول) وعلى شرط المصلحة (الفرع الثاني) باعتبارهما الشرطان اللازمان لقبول الدعوى طبقا لنص المادة 13 من القانون المدني.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على شرط الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، ويقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، كما قد يحدث أن يتدخل طرف أثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة[2]. ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن شرط الصفة – بوصفه شرطا لقبول الدعوى – لا يعد من مسائل الإجراءات ولا يخضع من ثم لقانون القاضي، وإنما يعتبر من قبيل المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع[3].

ويرجع سبب اعتبار الصفة من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، إلى الصلة الوثيقة التي تربط بين الصفة في الدعوى والحق الذي وقع عليه الاعتداء[4]، فما دام

[1] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص33

[2] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص34.

[3] من بينهم "موتولسكي" و"فرانسو تيريه" نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص199.

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص144.

أن الدعوى هي وسيلة حماية الحق المعتدى عليه فإنه لا يمكن رفعها إلا من الشخص ذي الصفة بأن يكون هو صاحب الحق المتنازع فيه (أولا) أو من الغير من يدافع عن مصلحة صاحب هذا الحق (ثانيا)

أولا: صفة صاحب الحق المتنازع فيه

يميز الفقه بين نوعين من الدعاوى، الدعاوى العادية (banales) حيث يتوفر شرط الصفة فيها إذا أدعى رافع الدعوى أنه صاحب حق شخصي من أجل الحصول على حق ممارسة هذا الحق والدفاع عنه قضائيا، بخلاف الدعاوى المصنفة (les actions attirées) أي الدعاوى التي يحتفظ بحق رفعها لشخص معين بالذات فإن القانون الذي يحكم الموضوع هو المطبق[1] وبالتالي فلا مجال لتطبيق قانون القاضي.

ثانيا: صفة الغير بالنسبة للحق المتنازع فيه

يؤهل القانون في حالات عديدة شخص ما لينوب في الحقوق والدعاوى عن شخص آخر، فيمنح حق التقاضي أحيانا لشخص ليس صاحب الحق المتنازع فيه في إطار اختصاص وظيفي باعتباره ممثلا له أو لتجمع ما أو للمجتمع ككل .

أ- صفة الممثل القانوني لصاحب الحق المتنازع فيه

إذا كان رافع الدعوى ممثلا قانونيا لصاحب الحق المعتدي عليه كأن يكون ممثلا قانونيا لناقص أو عديم الأهلية فإن القانون الذي يحكم علاقة التمثيل القانوني هو المرجع في تحديدها إذا كان هذا

[1] نفس المرجع، ص147.

التمثيل قانونيا أم لا[1]. أي القانون الشخصي للقاصر أو عديم الأهلية لأنها تدخل في نطاق حمايته وفقا للمادة 15 من القانون المدني. كذلك فإن القانون الذي يحكم علاقة التمثيل القانوني القائمة بين الشخص المعنوي و ممثله القانوني، هو الذي يحدد صفة هذا الأخير في رفع الدعاوى عنه أو في رفعها عليه[2].

ب- الصفة في الدعاوى التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه

هناك دعاوى لا يكون فيها رافع الدعوى طرفا في العلاقة القانونية موضوع الدعوى ولا ممثلا قانونيا لأحد أطرافها، وهو الأمر الذي يثور بالنسبة لشرط الصفة في الدعاوى غير المباشرة، الدعاوى الصورية والدعاوى البولصية[3].

1- الدعوى غير المباشرة: هي دعوى تخول الدائن حتى ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إذا أثبت أن مدينه قد تقاعس أو أهمل استعمال حقوقه و إن هذا التقاعس أو هذا الإهمال من شأنه أن يتسبب في عسر المدين أو يزيد في عسره"[4] ، وقد تعددت الآراء الفقهية بشأن القانون الذي يحكم حق الدائن في رفعها.

فيرى بعض الفقه بتطبيق قانون موطن المدين الأصلي كون حقوقه ومصالحه تتركز فيه[5]، وهذا رأي منتقد لما قد يترتب عليه من تحايل و غش في الحالات التي يستطيع فيها المدين أن يغير موطنه[6]. ويرى فريق آخر أن القانون الواجب التطبيق على شرط الصفة في الدعوى غير المباشرة هو القانون الذي يحكم الدين الواجب حمايته[7] ، فهذا الأخير هو الذي يبين صاحب الحق ويبين حلفائه الذين

[1] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص254.

[2] نفس المرجع، ص255.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص201.

[4] أوياجي محمد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 07، عدد 02، جامعة البليدة 2، جوان 2018، ص233.

[5] ومن بينهم " Arminjon " نقلا عن حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص257.

[6] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص202.

[7] أشارت إليه كمال سمية، المرجع السابق ص158.

يحق لهم استعماله[1]. في حين يرى جانب أخر من الفقه أن الدعوى غير المباشرة يحكمها القانون الذي يحكم حق الدائن المراد حمايته، سواء كان مصدر هذا الحق هو العقد أو المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب[2]. ورأي بعض الفقه إخضاع الصفة في الدعوى غير المباشرة لقانون القاضي، ويستند في ذلك إلى أن هذه الدعوى من قبيل الإجراءات السابقة على إجراءات التنفيذ الجبري التي تخضع لقانون القاضي[3].

2- الدعوى البولصية والدعوى الصورية

الدعوى البولصية: "هي دعوى بمقتضاها يستطيع الدائن إذا كان حقه مستحق الأداء أن يطلب عدم نفاذ أي تصرف قانوني يقوم به مدينه يكون ضارا به، وهذا إذا أدى هذا التصرف إلى الإنقاص من حقوق مدينه، أو يزيد في التزاماته و نتج عن هذا التصرف القانوني عسر مدينه أو الزيادة في عسره"[4]. وقد نصت عليها المادة 191 من القانون المدني.

أما عن الدعوى الصورية فقد نص عليها المشرع ضمن المادتين 198 و199 من القانون المدني وهي: "الدعوى التي يستعملها الدائن ليبين للقضاء أن هناك عقدا أحدهما عقد صوري و الثاني عقد حقيقي، ويقوم المتعاقدان بإخفاء العقد الحقيقي بالعقد الصوري"[5].

وقد اختلف الفقه في صفة رافع هذه الدعاوى بين من يرى ضرورة إخضاعها لقانون القاضي على أساس أن هذا الحل أكثر تماشيا مع أحكام القانون المدني[6]. وهناك من يعتبرها تمهيدا للتنفيذ الجبري و تتضمن تحديدا لمدى حق الضمان العام المقرر على أموال مدينه[7]. غير أن هناك من الفقه من يخضع شرط الصفة في رافع هذه الدعاوى للقانون الذي يحكم حق الدائن الطاعن و القانون

[1] عناين عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص185.

[2] و من بينهم "Arminjoin "نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص202.

[3] أشار إليه عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص203.

[4] أوياجي محمد، المرجع نفسه، ص234.

[5] أوياجي محمد، المرجع السابق، ص236.

[6] أشارت إليه حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص259.

[7] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص203.

الذي يحكم التصرف المطعون فيه، ذلك أن هذا النوع من الطعن قد يضر بمصلحة الغير، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للدائن الطعن إلا إذا كانت الدعوى معترف بها وفقا للقانون الذي يخضع له حقه، و القانون الذي يسري في شأن تصرف المدين المراد عدم نفاذه[1].

ت – الصفة في دعاوى النيابة العامة

تعتبر النيابة العامة الجهة المختصة كقاعدة عامة حسب قانون الإجراءات الجزائية[2] بتحريك الدعوى العمومية باعتبارها ممثلة للصالح العام، غير أن القانون خولها و في ذات السياق حق رفع بعض الدعاوى في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية كالدعاوى المتعلقة بطلب شهر الإفلاس[3] أو الدعاوى الرامية إلى الحجر[4]، دعاوى إثبات الجنسية[5] ودعاوى إبطال عقود الحالة المدنية المدنية الخاطئة[6].

فإذا كانت هذه الدعاوى ذات عنصر أجنبي، فإن القانون الذي يحكم شرط الصفة للنيابة العامة هو قانون القاضي وليس القانون الذي يحكم موضوع العلاقة القانونية محل النزاع. فقانون القاضي هو الذي يبين ما إذا كانت لها صفة التقاضي في الدعوى[7] ذلك أن النيابة العامة تمثل جزءا

[1] وهو رأي يؤيده غالبية الفقه المصري منهم: حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص259. وعز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص800. وعكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع نفسه، ص203. وعنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص181.

[2] الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 08يونيو1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 48، صادرة في 10يونيو1966، ص622.

[3] المادة 225 من القانون التجاري النافذ.

[4] المادة 102 من القانون رقم84-11 مؤرخ في 09يونيو1984، يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد24، صادرة في 12يونيو1984، ص910.

[5] المادة 38 من الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 15ديسمبر1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 105، صادرة في 18 ديسمبر 1970، ص 1570 .

[6] المادة 48 من الأمر رقم70-20 مؤرخ في 19فبراير1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 21، صادرة في 27 فبراير 1970، ص 274.

[7] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص201. وحفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص260.

من السلطة القضائية، فمن الطبيعي أن يحكمها قانون الدولة التي تعمل باسمها[1] والسبب وراء تطبيق قانون القاضي هو الرغبة في حماية النظام العام والآداب العامة ولهذا تعتبر فكرة النظام العام أساس إعطاء الاختصاص لقانون القاضي بالإضافة إلى حسن تطبيق القانون في دولة القاضي[2].

ث- صفة الجمعيات والنقابات في التقاضي

عرفت المادة 49 من القانون المدني الجمعيات على أنها كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون الشخصية القانونية ضمن الأشخاص الاعتبارية ومنحت المادة 50 من نفس القانون لهذه الجمعيات حق التقاضي[3]. ويكون موضوع دعاوى النقابات والجمعيات إما المطالبة بحق لها باعتبارها شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة، وإما الدفاع عن المصالح المشتركة التي أنشأت قصد حمايتها وإما المطالبة بحق خاص لأحد أعضائها المنتمين إليها[4].

تختلف القوانين فيها يتعلق بحق النقابات والجمعيات في رفع الدعاوى بقصد الدفاع عن المصالح الجماعية التي أنشأت لحمايتها[5]. وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يتعين لقبول الدعوى المرفوعة من نقابة، أن يسمح لها برفع مثل هذه الدعوى طبقا للقانون الذي يحكم تنظيمها وهو قانون جنسيتها. فالقانون الذي تخضع له النقابة أو الجمعية هو الذي يتكفل بتبيان من لهم صفة رفع الدعوى دفاعا عن المصلحة النقابية أو مصلحة الجمعية[6].

فإذا ما انطوت هذه الدعاوى على عنصر أجنبي أو كانت النقابة أو الجمعية أجنبية أو لها فرع في الجزائر، فإن القانون الجزائري اشترط ممارسة نشاطها بالحصول على ترخيص مسبق يؤهلها لذلك

[1] عنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص171.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص171.

[3] مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 03، العدد02، جامعة البليدة 02، جوان 2013، 2013، ص116.

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص164.

[5] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص260.

[6] كمال سمية، المرجع نفسه، ص169.

وفقا للغرض الذي أنشأت لأجله[1]. لذلك ومن أجل كفالة عدم تجاوز الحدود التي تقررها دولة القاضي لقبول الدعاوى الجماعية للنقابات والجمعيات يذهب الفقه إلى المناداة بتطبيق كل من قانون القاضي والقانون الذي يحكم هذه الجماعات تطبيقا جامعا، بمعنى أنه ليس للنقابة صفة في رفع الدعوى إلا إذا كان ذلك مقررا لها وفقا لكل من قانون القاضي والقانون الذي يحكمها[2]. وهذا رأي مستمد من أحكام القضاء الفرنسي إلا أنه منتقد على أساس أن التطبيق الجامع يعني إثبات الطبيعة الإجرائية والموضوعية لحق التقاضي للجمعيات والنقابات وهذا أمر غريب[3].

وهذا ما يجعل تطبيق قانون القاضي يفرض نفسه وذلك في ظل تطبيق الدولة حدود على عمل الجمعيات والنقابات على ترابها الوطني عن طريق نظام التراخيص. بمعنى آخر فإن تطبيق قانون القاضي في هذا الفرض يستند إلى فكرة النظام العام انطلاقا من الوظيفة الايجابية التي تقوم بها هذه الفكرة كأداة لتثبيت الاختصاص لقانون القاضي[4].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على شرط المصلحة

المصلحة هي "المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها"[5]. وقد اشترطت المادة 13 ق ا.م إ أن تكون هذه المصلحة قائمة أو محتملة غير أن هذه المادة لم تشترط الطابع القانوني للمصلحة، إذ لا

---

[1] حيث تنص المادة 16 من القانون المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي على أنه: "تكتسب المنظمة النقابية الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسه وفقا للمادة 08 ويمكنها أن تقوم بما يلي: -التقاضي وممارسة الحقوق المخصصة للطرف المدني لدى الجهات القضائية المختصة عقب وقائع بهدفها وألحقت أضرارا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية، المادية والمعنوية...". قانون رقم 90-14مؤرخ في 02 يونيو 1990، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد 23، صادرة في 06 يونيو 1990، ص 764.

كما نصت المادة 16 من القانون المتعلق بالجمعيات على أنه: " تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها وفقا للمادة 07 من هذا القانون و يمكنها حينئذ أن تقوم بما يأتي: -أن تمثل أمام القضاء وتمارس خصوصا أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية وتلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية...". قانون رقم 90-31 مؤرخ في 04 ديسمبر 1990، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53، صادرة في 05 ديسمبر 1990، ص 1686.

[2] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع نفسه، ص260.

[3] كمال سمية، المرجع السابق، ص169.

[4] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص261.

[5] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص38.

يمكن أن يفهم من ذلك أن المصالح غير المشروعة يجوز إثارتها والتمسك بها أمام القضاء[1]، وانطلاقا من ذلك فإنه يجب البحث في القانون الواجب التطبيق على المصلحة كشرط من شروط قبول الدعوى.

في معرض الحديث عن شرط المصلحة لابد من تحديد طبيعة المصلحة ما إذا كانت تعتبر شرطا إجرائيا أم موضوعيا. وهو ما يعتبره بعض الفقه الفرنسي تكييفا لابد منه في حين يعتبره البعض الآخر لا يثير إشكالات كبيرة، نظرا للطبيعة المختلطة لشروط ممارسة الدعوى[2]، غير أن غالبية هذا الفقه يشترط وجود مصلحة للمدعي من أجل عدم إرباك قاعات المحاكم وعدم إزعاج المدعى عليه بدون جدوى، وتبدو السمة الإجرائية في هذه القاعدة جلية[3] ما يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي. أما فيما يتعلق بأوصاف المصلحة فيما إذا كانت قائمة أو محتملة، فيتفق أغلب الفقه على اختصاص قانون القاضي لتقدير الطابع القائم والحالي لها، على أساس أنها قاعدة إجرائية لأنه مرتبط بتصور القاضي[4] .

وفيما يخص مشروعية المصلحة وحماية القانون لها فهو أمر مرتبط بالحق الموضوعي ذلك أن المصلحة المقصودة ليست المصلحة في إقامة الدعوى بل هي مصلحة النيل منها لجبر الضرر، لذلك يجب أن يستشار حول هذا النمط من المشاكل قانون موضوع النزاع وليس قانون القاضي[5] ويتفق مع مع هذا الرأي أغلب الفقه المصري[6]. من جانب آخر هناك من يدرج ضمن اختصاص قانون القاضي القاضي تحديد ما إذا كان الحق الذي يتعين أن تستند إليه الدعوى، هو الحق الذاتي للمدعي أم أن مفهومه يتسع ليشمل المصالح الجماعية أو المشتركة.[7]

---

[1] مقفولجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص119.

[2] من بينهم " لوسوارن" نقلا عن كمال سمية، المرجع نفسه، ص138.

[3] أشار إليه بيار ماير، فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص458.

[4] من بينهم "نيبوييه" و"لوسوارن" نقلا عن كمال سمية، المرجع السابق، ص140.

[5] بيار ماير، فانسان هوزيه، المرجع نفسه، ص459.

[6] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص264. و ينظر أيضا عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص205.

[7] عنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص113.

مما تقدم يتبين لنا أن شرط المصلحة في الدعوى ذو طبيعة مختلطة[1]، فقانونية المصلحة تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع بسبب ارتباطها بالحق محل الدعوى أما شرعية المصلحة فتخضع لقانون القاضي بسبب ارتباطها بالنظام العام.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على الإثبات

يعرف الإثبات بأنه: "إقامة الدليل، أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على وجود واقعة قانونية ترتب في مواجهة من ينكرها أثرا قانونيا لمن يدعيها"[2]. كما يعرف بأنه: "الالتزام بإقامة الدليل بالطرق المحددة قانونا على صحة واقعة قانونية متنازع عليها، يترتب على ثبوتها آثار قانونية"[3].

يعتبر الإثبات في منازعات العلاقات الدولية الخاصة من أكثر المواضع أهمية في الجانب الإجرائي، لأن البحث عن القانون الواجب التطبيق يهدف إلى بيان وجود "الحماية القانونية" للحق أو المركز القانوني، والبحث في الاختصاص القضائي يهدف إلى تحويل الحماية القانونية إلى " حماية فعلية"، وعملية التحويل هذه لا تتم إلا عن طريق الإثبات[4].

للإثبات أهمية بالغة، مادام أن تمتع صاحب الحق بالمركز القانوني الذي يدعيه، إنما يكون –عند الإنكار– بإقامة الدليل عليه، فإذا نجح في ذلك استطاع أن يفرض احترام هذا المركز على الآخرين، وإلا فإن الحق الذي يدعيه –مع التسليم بوجوده في الواقع– إنما يصبح هو والعدم سواء مادام قد فشل في إقامة الدليل عليه[5].

[1] كمال سمية، المرجع نفسه، ص141.

[2] محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 05.

[3] أشرف جابر سيد، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص05.

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص185.

[5] محمد شكري سرور، المرجع نفسه، ص09.

ويقصد بالإثبات عموما في نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية إقامة الدليل أمام القضاء بشأن علاقة ذات طابع دولي على وجود حق متنازع فيه، وتحظى نظرية الإثبات بأهمية بالغة في القانون الدولي الخاص، فتعذر تقديم الدليل لإثبات حق موجود لا يعني أكثر من انعدام هذا الحق[1].

تعد المسائل المتعلقة بالإثبات من المسائل التي تدق فيها التفرقة بين ما يعد من الإجراءات وما يتصل بالموضوع، فبعض قواعد الإثبات تتعلق بالإجراءات والبعض الآخر يرتبط بالموضوع، فضلا عن ذلك أن العديد من قواعد الإثبات تتصف بطبيعة مزدوجة إجرائية وموضوعية في آن واحد[2]. فقد يبدو للوهلة الأولى أن مواد الإثبات تدخل كاملة دون منازع ضمن طائفة الإجراءات إذ أنها تشكل الأسباب التي يؤسس عليها القاضي قناعته، فهي بذلك تستقل عن الحق المراد إثباته ولا تدخل في موضوع الدعوى، مما يجعلها تخضع من باب أولى لقانون القاضي حصرا إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه[3]. فقواعد الإثبات تختلف في طبيعتها القانونية بين قواعد موضوعية وقواعد شكلية، وقد اختلفت التشريعات في تحديد موقع قواعد الإثبات بين القانون والقانون الإجرائي أم لها قانون خاص[4].

فنجد أن المشرع الجزائري قد أدرج قواعد الإثبات المتعلقة بتحديد طرق الإثبات المختلفة وقيمتها في الإثبات، ومن يقع عليه عبء الإثبات ومحل الإثبات ضمن القانون المدني[5] واعتبارها قواعد موضوعية تتسم عادة بأنها قواعد مكملة غير متعلقة بالنظام العام، فهي تتصل مباشرة بالحقوق المالية المتنازع عليها وهي حقوق يجوز التصرف فيها والتنازل عنها والتصالح بشأنها[6]. أما فيما يتعلق

[1] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص213.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص303.

[3] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص343.

[4] عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 04، العدد 13، جامعة زيان شريف، الجلفة، سبتمبر 2008، ص66.

[5] الجزء المتعلق بإثبات الالتزام، الباب السادس من الكتاب الثاني، المواد من320 إلى 350.

[6] عمر بن سعيد، المرجع نفسه، ص66.

بالقواعد التي تنظم الإجراءات الخاصة بتقديم أدلة الإثبات، فقد اعتبارها قواعد إجرائية[1] من النظام العام لأنها تتعلق بنظام التقاضي فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها[2].

وعلى ضوء ما تقدم فإن الإثبات يهدف إلى الكشف عن الحقيقة للوصول إلى إقرار الحقوق لأصحابها وفي سبيل ذلك تتعدد طرق إثباتها[3]. فقد يكون الإثبات باستعمال جميع وسائله الممكنة ويمكن للقاضي مباشرة كل الإجراءات بهدف الوصول إلى الحق، كما يكون للخصوم مطلق الحرية في اختيار الأدلة التي يرونها تؤدي إلى إقناع القاضي[4]. وتعرف هذه الطريقة أو الصورة في الإثبات بالمذهب الحر أو المطلق.

كما يتخذ الإثبات صورة ثانية تنظم فيها الأدلة تشريعيا من حيث تعدادها وترتيبها وقيمة كل منها بحيث لا يبقى للقاضي أية سلطة تقديرية[5] وهذه الصورة هي صورة الإثبات المقيد أو الجامد. بين بين هاتين الصورتين يظهر مذهب آخر يجمع بين مزايا المذهبين، فهو يفرض بعض القيود على القاضي في إثبات بعض المسائل ويترك له الحرية في تقدير إثبات بعض المسائل الأخرى[6] ويعرف هذا المذهب بمذهب الاثبات المختلط. ولا ريب في أن هذا الاختلاف في المذاهب سوف يؤدي إلى اختلاف في القانون الواجب التطبيق.

وكون المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المختلط للإثبات. فإنه بذلك يكون قد مزج بين الجوانب الإجرائية والجوانب الموضوعية في الإثبات ما يجعل من التنازع بين القوانين في نظرية الإثبات أمرا محتما، لذا ينبغي وضع فاصل بين ما يعد من مسائل الإجراءات وما يعد منها من الموضوع ليطبق

[1] فقد أدرجها المشرع ضمن المواد من70 إلى 193 من ق إ م إ في الجزء الخاص بوسائل الإثبات ، الباب الرابع، الكتاب الأول.

[2] عمر بن سعيد، المرجع نفسه، ص67.

[3] مُحَمَّد شكري سرور، المرجع السابق، ص07.

[4] شهرزاد عبد الله، شروط الإثبات ومذاهبه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد20، العدد02، جامعة أحمد بن بلة، وهران، ديسمبر 2019، ص358.

[5] مُحَمَّد شكري سرور، المرجع السابق، ص08.

[6] عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص65.

على الأولى قانون القاضي وعلى الثانية القانون الموضوعي[1]، ولا يتحقق ذلك إلا بتفصيل كافة مسائل الإثبات كل على حدى، وذلك بالتعرض إلى القانون الواجب التطبيق على كل من محل الإثبات وعبئه (الفرع الأول)، طرق الاثبات وقبولها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات وعبئه

إن الحقوق أو الآثار القانونية الأخرى إنما تنشأ في المجتمع نتيجة وقائع قانونية يعترف لها المشرع بقدرتها على ترتيب هذه الآثار، فإذا ادعى شخص حقا من هذه الحقوق أو أثر من هذه الآثار فيكون مكلفا بإثباته عندئذ، ليس هو – كما قد يبدو للوهلة الأولى– الحق نفسه أو الأثر القانوني المدعى به، وإنما يجد الإثبات محله – في حقيقة الأمر– في الواقعة القانونية التي أنشأت الحق أو رتبت هذا الأثر[2]. أي أن محل الإثبات هو الواقعة المنشئة للحق أو المركز القانوني[3]، واستخلاص ثبوت الحق أو الأثر القانوني من ثبوت الواقعة المنشئة له إنما يتم عن طريق تطبيق القانون على تلك الواقعة، ولذلك يقال بأن محل الإثبات هو الواقعة المنشئة للحق، أما إثبات القواعد القانونية فليس من مهمة الخصم، وإنما هو مهمة القاضي الذي يفترض نية العلم بالقانون[4]،

ويجمع الفقه على أن القانون الواجب التطبيق على الواقعة القانونية محل الإثبات هو القانون الذي يحكم الموضوع على اعتبار أن الواقعة القانونية سواء كانت أعمالا قانونية أو أفعلا مادية تعد جزءا لا يتجزأ من الموضوع[5]، غير أن شروط الواقعة محل الإثبات قد تتعلق بمسائل إجرائية تخضع لقانون القاضي لذلك فهذا الاحتمال يلزمه تفصيل بالبحث في القانون الواجب التطبيق على الواقعة محل الإثبات(أولا) و كذا القانون الواجب التطبيق على شروط هذه الواقعة (ثانيا).

[1] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص214.

[2] محمد شكري سرور، المرجع نفسه، ص23.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع نفسه، ص215.

[4] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 23 و24.

[5] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص281.

أولا: القانون الواجب التطبيق على الواقعة محل الإثبات

يعد محل الإثبات من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، فإثبات النسب الشرعي بين الابن والأب يخضع للقانون الواجب التطبيق في مسائل النسب وهو هنا قانون الأب، فهذا القانون هو الذي يحدد الوقائع المنتجة للإثبات، كأن يتطلب استمرار العلاقة الزوجية وقت الميلاد[1].

ويبدو تطبيق القانون الذي يحكم الموضوع على محل الإثبات أمرا طبيعيا، فالإثبات ينصب على إقامة الدليل على العناصر التي يتولد عنها المركز القانوني أو الحق المدعى به أمام القاضي، ولما كانت العناصر التي تولد الحق المدعى به ترتبط ارتباطا وثيقا بالقانون الذي يحكم هذا الحق، كان من البديهي القول بإخضاع محل الإثبات للقانون الذي يحكم موضوع الحق المتنازع عليه[2] وهو نفس نهج الدول اللاتينية التي تتبنى مذهب الإثبات المختلط[3].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على شروط الواقعة محل الإثبات

للواقعة القانونية محل الإثبات شروط كما حددها الفقه والقانون، هي أن تكون متعلقة بالدعوى، أن تكون منتجة فيها، أن لا تكون جائزة القبول وأن تكون الواقعة محددة[4]. فما هو القانون الذي يحكم هذه الشروط؟

يميل الفقه سواء في مصر أو في فرنسا إلى إضفاء الطبيعة الإجرائية على الشروط الواجب توافرها في الواقعة القانونية محل الإثبات، ومن ثم يخضعها لقانون القاضي[5] فما دام أن هذه الشروط تهدف

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص366.

[2] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص281.

[3] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص803.

[4] عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص70.

[5] ومنهم أحمد عبد الكريم سلامة و" Motulsky"نقلا عن حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع نفسه، ص282.

إلى تكوين اقتناع القاضي وإلى حسن أداء العدالة وعدم شغل القضاء بأمور لا جدوى منها، فلا مجال لتدخل القانون الذي يحكم موضوع النزاع فهي شروط إجرائية تبرز عناصر الثبوت أو القوة الثبوتية للواقعة محل الإثبات[1]. وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده قد أورد الشروط المتعلقة بالواقعة القانونية محل الإثبات ضمن قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2] مما يؤكد طبيعتها الإجرائية البحتة وبالتالي خضوعها لقانون القاضي.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات

يقتضي مبدأ حياد القاضي أن يقف هذا الأخير من الإثبات موقف الحكم بين الخصوم، فيقتصر على تلقي ما تقدم في الدعوى من أدلة، لينتهي منها إلى إقرار الحقوق لأصحابها، من هنا كان الإثبات واجب الخصوم – تبعا لذلك – وتحديد أي منهم يتحمل عبء الإثبات[3].

وقد نصت المادة 323 من القانون المدني أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". أي تحميل من يطالب بتنفيذ التزام عبء إثبات وجود هذا الالتزام وفي المقابل تحميل من يدعي تحرره منه أن يثبت تسديده له أو سبب انقضائه، وهذا ما يعني أن المدعى عليه يصبح عند الدفع مدعيا ويتعين عليه بالتالي إثبات هذا الدفع، وهو مبدأ آخر مكمل لمبدأ " البينة على من ادعى"[4].

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص193.

[2] المواد 26،28،75 و150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية النافذ.

[3] مُحَمَّد شكري سرور، المرجع السابق، ص37.

[4] سعادنه العيد، عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكر، المجلد 9، العدد 2، جامعة مُحَمَّد خضر، بسكرة، سبتمبر 2014، ص191.

ويميل الفقه إلى القول بأن مسألة عبء الإثبات وتوزيعه بين المدعي والمدعى عليه ترتبط ارتباطا وثيقا بالحق المتنازع عليه[1]، وبالتالي فإن عبء الإثبات يعتبر من قبيل المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، فتحديد من يقع عليه عبء إثبات حقه في الميراث مثلا يقع على عاتق من يكلف بالإثبات بحسب قانون المورث[2].

يتفق الفقه أنه نادرا ما يثور تنازع بين القوانين بشأن عبء الإثبات، نظرا لوضوح هذه القاعدة وثباتها من ناحية وإلى عموميتها وعالميتها في مختلف التشريعات من ناحية أخرى على تقرير أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي[3]. لكن هذا دفع البعض إلى الاعتراض على إخضاع عبء الإثبات للقانون الذي يحكم الموضوع. فإذا لم تثر حالة تنازع القوانين، لم لا يطبق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل، لأن تنازع القوانين هو استثناء بررته قواعد العدالة، وتطبيق القانون الأنسب على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وتحقيقا لمصالح الأفراد، فكيف يطبق قانون الموضوع (قانون أجنبي) مع غياب تنازع القوانين[4]. كل ذلك أيضا لا يجتث فكرة التنازع من أصلها نظرا لأن سائر التشريعات تعرف ما يسمى بالقرائن القانونية التي من شأنها نقل عبء الإثبات، وهي مسألة لا تتفق التشريعات على كيفية تنظيميها وكذا القرائن التي يستنبطها القاضي لترجيح ثبوت الواقعة محل النزاع[5]، لذا يبدو لزاما البحث في قواعد توزيع عبء الإثبات في النزاعات ذات العنصر الأجنبي لتحديد الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي على عبء الإثبات.

أ- القانون الواجب التطبيق على توزيع عبء الإثبات

يقصد بتوزيع عبء الإثبات هو تحمل المدعى عليه جزءا من تبعات هذا العبء المكلف به المدعى، فالأصل أن المدعي يقوم بإثبات كافة العناصر والشروط التي يجب توافرها لوجود الحق المدعى

[1] ومنهم هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال نقلا عن حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص283.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص367.

[3] أشار إليه عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص220.

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص 197.

[5] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص220- 221.

به، لكن نظرا لأن ذلك يعد تكليفا بما لا يستطاع فإنه يكتفى منه بإثبات ما يجعل وجود هذا الحق مرجحا في جانبه لتخفيف ثقل عبء الإثبات عنه بتوزيعه بين طرفي الخصومة[1]. فهناك من يرى بالطبيعة الإجرائية لقواعد توزيع الإثبات لأنها تتعلق بتحديد سلطات القاضي في عملية الإثبات أثناء هذا التوزيع، وتطبيقا لذلك يكون الاختصاص لقانون القاضي[2]. هذا التوزيع قد يتم بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية وقد يتم بمقتضى قرائن قضائية يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها[3]. فما هو القانون الذي يحكم هذين النوعين من القرائن؟.

1- القانون الذي يحكم القرائن القانونية

القرينة عموما هي "استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم وهي دليل غير مباشر لأنها لا تؤدي إلى ما يراد إثباته مباشرة، بل تؤدي إليه بالواسطة أو الأمر المعلوم"[4] ومن خلال هذا التعريف نجد نوعين للقرينة بالنظر إلى مصدرها: قرائن قانونية وأخرى قضائية.

فالقرينة القانونية تعرف بأنها: "استنباط المشرع لواقعة لم يقم عليها دليل مباشر من واقعة نص عليها. فإذا ثبتت استدل بها على ثبوت تلك الواقعة المطلوب إثباتها، بمعنى أن المشرع هو الذي يقوم باستنباط القرينة القانونية وهو الذي ينص عليها في صيغة عامة ومجردة، أي أنها افتراض قانوني يقوم على استنباط مجرد يحدده القانون، إعمالا للواقع العملي الغالب"[5] وقد نص عليها المشرع ضمن المادة

[1] أماني زهير خالد أبو شنب، عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ماي 2019، ص93.

[2] عنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص63.

[3] أماني زهير خالد أبو شنب، المرجع نفسه، ص93.

[4] عاسية زروقي، حجية الإثبات بالقرائن في المادة الجزائية وقيمتها القانونية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد03، العدد02، جامعة ابن خلدون، تيارت، جوان 2018، ص160.

[5] قوسطو شهرزاد، الإثبات بالقرائن في المادة الإدارية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016 ، ص131.

المادة 337 من القانون المدني[1]. مشيرا إلى أنها تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات.

وهناك رابطة لا تنفصم بين القرينة القانونية والحق موضوع النزاع بحسبان أن القرائن القانونية هدفها ضمان احترام القاعدة الموضوعية، لذلك تجتمع كلمة الفقه على إخضاع القرائن القانونية للقانون الذي يحكم الموضوع[2]. وهذا القانون هو أيضا الذي يحدد قوة القرينة ويبين ما إذا كانت قرينة قاطعة لا تقبل إقامة الدليل العكسي أم قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها[3].

غير أن هناك بعضا من الفقه يرى أن القرائن القانونية تتعلق بمحل الإثبات وليس بعبئه، لأنها تعدل من نطاق الإثبات فهي لا تعفي من تقررت لصالحه من الإثبات ولا تنقل عبء إثباته بل تغير الإثبات من واقعة إلى أخرى ويبقى من تقررت مصلحته مكلفا بالإثبات في جميع الأحوال.[4]

2- القانون الذي يحكم القرائن القضائية

تعتبر القرائن القضائية مجموعة من الأدلة يستنبطها القاضي باجتهاده وذكائه وإعمال فكرة بناء على ما يراه من وقائع في موضوع الدعوى وظروفها المختلفة[5]. وقد نص المشرع على هذا النوع من القرائن في المادة 340 من القانون المدني[6]، حيث ترك القاضي فيها سلطة تقديرية في استنباط ثبوت وقائع مجهولة من خلال ثبوت وقائع معلومة، انطلاقا مما يعرض عليه من وقائع في الدعوى. فالمسألة لها طابعها النفسي البحت في تكوين عقيدة القاضي المعروض أمامه الأمر، فحجية القرينة القضائية من حيث كونها دليلا مقنعا من عدمه أمر يتوقف الأخذ به أو طرحه جانبا على ما يدخل في نفس

---

[1] المادة 337:"القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نفض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

[2] أشار إليه عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص221.

[3] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص285.

[4] أشار إليه عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص 76 و77.

[5] قوسطو شهرزاد، المرجع السابق، ص142.

[6] المادة 340:" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

القاضي من الاقتناع بها[1]. ويجمع الفقه على أن القانون الواجب التطبيق على القرائن القضائية هو قانون القاضي المنظور أمامه النزاع لأن الأمر يتصل بكيفية تكوين إقتناع القاضي.[2]

ب- حالات تدخل قانون القاضي بشأن عبء الإثبات

هناك حالات أخرى يمكن لقانون القاضي أن تمتد إليها بشأن الإثبات:

1-لقد سبق وأن ذكرنا أن القرائن القانونية تخضع لقانون الموضوع غير أن هناك فروض تستبعد هذا التطبيق ليحل محله قانون القاضي. من قبيل ذلك الحالة التي تعتبر فيها القرينة القانونية عنصرا من العناصر المكلفة لقاعدة الإسناد الوطنية، كالقرائن التي يضعها المشرع ليستهدي بها القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين مثلا في اختيار القانون الذي يحكمهما، في حالة عدم إعلانهما صراحة عن ذلك، فقانون القاضي هو الذي يختص ببيان القرائن التي يمكن أن يعتمد عليها في هذا البحث حيث أن الأمر يتعلق ببيان أحد عناصر قاعدة الإسناد ولا شأن له بموضوع النزاع.[3]

2-يمكن لقانون القاضي التدخل بطريقة غير مباشرة بوصفه القانون الذي يختص بالتكييف الأولي، لأن توزيع عملية عبء الإثبات يتوقف مثلا على الطبيعة العقدية أو التقصيرية للمسؤولية إلا أنه من الضروري على القاضي المنظور أمامه النزاع قبل الرجوع إلى قانون العقد أو قانون محل وقوع الفعل، أن يبحث عما إذا كانت الوقائع محل النزاع تدخل في طائفة المسؤولية التقصيرية أو العقدية[4].

3-يختص كذلك قانون القاضي بتوزيع عبء الإثبات في حالة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على موضوع العلاقة القانونية محل النزاع لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي.[5]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات وقبولها

[1] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص221.

[2] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص285.

[3] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص286

[4] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص223.

[5] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع نفسه، ص287.

يختص كل مشرع بتعزيز طرق الإثبات الخاصة به ضمن قانونه وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام تقييد الأدلة أي أنه حدد طرق الإثبات، فلا يسع الخصم أن يثبت إدعاءه إلا بالدليل الذي يحدده القانون كما أن القاضي يتعين عليه ألا يبني حكمه إلا على أدلة يقرها القانون[1] وقد وزعها بين القواعد الموضوعية والإجرائية[2] وهي: الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة والخبرة. ويثير اختلاف طبيعتها بين الإجرائية والموضعية مسألة خضوعها لقانون القاضي أو القانون الموضوعي في المقام الأول (أولا) ثم مسألة قبولها (ثانيا).

أولا: القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات

يذهب اتجاه من الفقه وبعض القوانين، مثل القانون الإنجليزي والأمريكي إلى تطبيق قانون القاضي على أدلة الإثبات، ويبرر البعض أن ذلك يرجع في الغالب إلى اعتناق مذهب الإثبات الحر والمطلق أين لا يحدد طرقا معينة للإثبات، وإنما تكون للخصوم الحرية في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى اقتناع القاضي، ولأن تقدير الدليل أمر يتعلق بحسن أداء العدالة، فالقواعد التي فرضها القانون على القاضي تتعلق بصفة أساسية بتحقيق عدالة سريعة ومؤكدة فإن قانون القاضي هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة.[3]

غير أن بعض الفقه يرى أن الغاية من تحديد أدلة الإثبات هو تحقيق حماية الحقوق الخاصة للأفراد ولم تقرر لتنظيم سير مرفق القضاء، ما من شأنه إثبات الطبيعة الموضوعية لهذه القواعد وهي

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص38.

[2] وذلك بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية:

- الكتابة في المواد من 323 الى 332 ق م. و المواد من 70الى 74 ق ا م إ.
- الشهود في المواد من 333 إلى 336 ق.م، والمواد من 150-163 ق إ م إ.
- القرائن في المواد من 337 الى 340 ق.م ولا يوجد لها قواعد إجرائية.
- الإقرار المادتين 341 و342 ق.م ونظم استجواب الخصوم في المواد من 98 إلى 107 ق إ م إ
- اليمين في المواد من 343 إلى 350 ق.م والمواد من 189 إلى 193 ق إ م إ.
- انتقال المحكمة للمعاينة في المواد من 146 إلى 149 ق إ م. إ وأشار إلى الخبرة في بعض المواد الخاصة بقسمة المال المشاع المواد 724، 725، 736 ق.م. وفي المواد من 125 إلى 145 ق إ. م إ.
- الإنابة القضائية المواد من 108 إلى 124 ق إ م. إ النافذ.

[3] كمال سمية، المرجع السابق، ص202.

نفس الغاية التي يرمي إليها نظام الإثبات المقيد[1]، ويذهب نفس الرأي إلى أن هناك علاقة بين أدلة الإثبات والحق المدعى به وقد يتحدد مع العناصر المكونة له وأن تحديد طرف الإثبات وثيق الصلة بموضوع النزاع مما يبرر إخضاعه كقاعدة عامة لنفس القانون الذي يحكم الحق المدعى به.[2]

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على قبول أدلة الإثبات

مسألة قبول الأدلة – شأنها شأن المسائل الأخرى في الإثبات– تثير التساؤل حول القانون الذي يحكمها ولتوضيح ذلك يجب التمييز في هذا الشأن بين ما إذا كان الأمر متعلقا بدليل معد سلفا للإثبات أو غير معد سلفا لذلك.[3]

أ– القانون الواجب التطبيق على دليل معد سلفا للإثبات

يعرف الدليل المعد سلفا بأنه الدليل الذي يتم إعداده منذ حدوث الواقعة المنشأة للحق تحوطا لما قد ينشأ بسببها من نزاعات، كالمحرر المكتوب المعد سلفا لإثبات التصرفات القانونية كعقد البيع الدولي مثلا[4] وهذا النوع من الأدلة يذهب رأي من الفقه بخصوصه إلى أنه يحكمه قانون القاضي المنظور أمامه النزاع وهو الحكم السائد في القانون الإنجليزي[5]. ويبنى أنصار هذا الرأي حكمهم على أن الكتابة تخضع لقانون القاضي الذي ينظر النزاع نظرا لطبيعتها الإجرائية، لأنها تهدف إلى تحقيق عدالة سريعة ومؤكدة كما أن مسألة اقتناع القاضي ظاهرة نفسية لا علاقة لها بالمكان الذي أبرم فيه

[1] أشار إليه عنايت عبد الحميد عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص77 و78.

[2] كمال سمية، المرجع نفسه، ص206.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص225.

[4] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص288.

[5] أشار إليه عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع نفسه، ص226.

العقد.[1] بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن مسألة لزوم الدليل الكتابي من عدمه لإثبات التصرف القانوني مسألة تدخل في شكل التصرف وتخضع بالتالي لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه.[2]

وهذا الرأي تبرره عدة اعتبارات:

-إذا كان القانون المحلي لا يتطلب الدليل الكتابي بإثبات التصرف خلافا لأحكام قانون القاضي، فمن المعقول عندئذ أن يعفى الطرفان من تقديم الدليل الكتابي ذلك أن القاعدة المتقدمة غايتها التيسير على المتعاقدين، ويكون منافيا للمنطق إلزامها بقيد يفرضه قانون القاضي الذي لم يكن في وسعهما التنبؤ بأحكامه.[3]

-إن التسليم بالطبيعة الإجرائية لأدلة الإثبات فيه إهدار لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإلزام. التي يجب الرجوع إليها لتحديد شروط صحة التصرف وإثباته، وبالتالي فإن كان قانون محل الإبرام لا يشترط شكلية معينة فإن اشتراطها وفقا لقانون القاضي فيه مفاجأة لأطراف لم يتوقعوها، خاصة إذا كانوا يجهلون المحكمة التي قد يلجئون إليها عند حدوث نزاع.[4]

-إن الزعم بأن تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات مسألة تتعلق بمطلق تقدير القاضي واقتناعه مسألة محل نظر، ذلك لأن القاضي يتقيد في تكوين عقيدته بطرق الإثبات التي حددها القانون، فهو غير ملزم بالبحث عن الحقيقة المجردة وإنما هو يبحث في واقع الأمر عن الحقيقة القضائية الثابتة بمقتضى الأدلة التي حددها القانون والتي يتعين عليه قبولها ولو لم يكن مقتنعا بها في إثبات الحق المدعى به.[5]

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص208.

[2] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع نفسه، ص289.

[3] عكاشة محمّد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص227.

[4] عنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص519.

[5] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص289.

-إذا كان اختيار أحد أطراف النزاع للمحكمة ينطوي على غش فسيكون في ذلك إرهاق للطرف الآخر وإلزامه بتقديم دليل كتابي لم يقوموا بإعداده مسبقا وفقا لقانون محل الإبرام.[1]

لكل هذه الاعتبارات فإن غالبية الفقه يرجح إخضاع قبول الدليل المعد سلفا للإثبات للقانون المحلي إعمالا لقاعدة "خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه".

ب- القانون الواجب التطبيق على أدلة غير معدة سلفا للإثبات

وهي أدلة يلجأ إليها الأطراف فقط وقت قيام النزاع[2] ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هذا النوع من الأدلة يحكمه قانون القاضي بالنظر إلى أن المسألة تتعلق بتكوين اقتناع القاضي وحريته في تكوين عقيدته[3]. غير أن القائلين بهذا الرأي يوردون عليه قيدا مفاده:

خضوع قبول الدليل للقانون الذي يحكم الموضوع في كل مرة يتعلق الأمر فيها بنطاق وثق الشارع في شأنه الصلة بين الإثبات والموضوع بحيث يكون من المتعذر الفصل بينهما وأظهر ما تتحقق فيه هذه الصلة مسائل الأحوال الشخصية[4]. لكن الفقه الغالب يذهب إلى إخضاع الأدلة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع لأنها مسألة وثيقة الصلة بالموضوع، فلا يجوز للقاضي أن يقبل الشهادة أو الإقرار أو اليمين أو القرائن إلا إذا كان قانون الموضوع يجيزها كونها تؤثر على الحق[5].

غير أن هناك فروضا يتدخل فيها القاضي:

1-في حالة استبعاد القانون الأجنبي القانون المحلي أو قانون الموضوع بما للنظام العام من أثر سلبي فيحل محله قانون القاضي وذلك إعمالا للأثر الإيجابي للنظام العام[6].

2-إذا استبعد قانون القاضي طرقا معينة في الإثبات.

---

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص210.

[2] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص290.

[3] أشار إليه عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص807 وما يليها.

[4] عكاشة محمّد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص228.

[5] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص707.

[6] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، المرجع نفسه، ص292.

الفصل الثاني

خضوع القواعد الموضوعية لقانون القاضي

إن الأصل هو صياغة قاعدة التنازع صياغة مزدوجة وذلك بتجريد ضابط الاسناد فيها وجعله حياديا يضمن المساواة بين قانون القاضي و القانون الأجنبي، بما يتيح تطبيق هذا الأخير أمام المحاكم الوطنية. فمن هذه الزاوية يبدو أن تحديد ضابط الاسناد لا يتأثر بالحلول المقررة أو القيم السائدة على صعيد قواعد القانون الداخلي، ومع ذلك فإن هذا لا يجب أن يستبعد إمكانية أن يتم حل تنازع القوانين على ضوء بعض الاعتبارات السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية و الأهداف التي تتأثر بها أيضا قواعد القانون الداخلي. وعلى هذا النحو فقد عمدت أغلب التشريعات على غرار التشريع الجزائري إلى صياغة بعض قواعد الاسناد ذات طبيعة انفرادية بهدف تطبيق بعض القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون القاضي (المبحث الأول)

كما اعترف الفقه الحديث بضرورة الرجوع إلى المنهج المباشر الذي يسمح بحل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي على حساب القانون الأجنبي حيث يكون اختصاصه مبدئيا أصليا تقتضيه مراعات المصلحة الوطنية (المبحث الثاني). ومهما يكن نوع القاعدة القانونية المعتمدة فهي تهدف بشكل أساسي إلى حجز مجال قانون القاضي دون غيره من القوانين الأخرى التي يمكن أن تحكم النزاع.

المبحث الأول: تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي وفقا لمنهج الإسناد

تعرف قواعد الإسناد بأنها تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة لإسناد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها غير أنه وإن كان الأصل في هذه الأخيرة أنها قواعد مزدوجة قد تشير إلى تطبيق قانون القاضي كما قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي. إلا أنه في بعض الأحيان قد يضع المشرع بعض القواعد ذات طبيعة أحادية تقتصر على إسناد الاختصاص التشريعي للقانون الوطني وحده بغض النظر عن أي تشريع آخر وذلك في حالات محددة إذا ما توفرت اعتبارات معينة.

وبغرض التعرف على هذه الحالات فقد تم جمع ما ارتبط منها بالاعتبارات السياسية في المطلب الأول وما تعلق منها بالاعتبارات الاجتماعية ضمن المطلب الثاني أما المطلب الثالث فنخصصه للاعتبارت الاقتصادية التي تفرض تطبيق قانون القاضي.

المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي لاعتبارات سياسية

إن أهم الصور التي يطبق فيها قانون القاضي بصفة أصلية دون اعتبار لأي قانون أجنبي تكون بناءا على اعتبارات سياسية سيادية ليرعى الفلسفة التشريعية التي ترمي إلى تثبيت هذه الاعتبارات، فلما كانت مسألة التكييف تعتبر مسألة أولية لازمة لإعمال قاعدة الإسناد التي تسعى إلى فض التنازع بين القوانين ومن ثم سيادات تلك القوانين، فهي تتصل بدورها بفكرة السيادة التشريعية ما يجعلها من أهم المسائل المتعلقة بالسياسة التشريعية لاسيما وأنها تتعلق بتحديد الأفكار والنظم القانونية التي يتضمنها قانونه (الفرع الأول).

كذلك الأمر بالنسبة لمشكلة ترجيح جنسية من بين جنسيات متعددة، فالمعروف أن الجنسية رابطة قانونية وسياسية ينتمي الفرد بمقتضاها إلى دولة معينة، وكما هو معروف أيضا أن كل دولة ينفرد قانونها بتحديد مواطنيها كون أن هذا التحديد يعتبر هو الآخر مسألة وثيقة الصلة بكيان الدولة وسيادتها.

ونظرا للمشاكل التي يثيرها الوضع القانوني لمتعدد الجنسية الوطني لاسيما عند تطبيق قانون الجنسية. عكف المشرع وكغيره من مشرعي الدول الأخرى على تنظيم المركز القانوني لمتعدد الجنسية الوطني فخصه بقاعدة إسناد ترجح تطبيق قانون القاضي على متعدد الجنسية(الفرع الثاني). والأمر نفسه بالنسبة لمشكلة مشروعية الأفعال الضارة التي تقع خارج الإقليم الوطني فإلحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفيها عنها مسألة تتعلق بالنظام العام القانوني والسياسة التشريعية الوطنية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تطبيق قانون القاضي على مسألة التكييف

يعرف التكييف بشكل عام أنه: "تحديد طبيعة موضوع النزاع لربطه بفكرة أو مسألة قانونية معينة تمهيدا لتحديد القانون الذي يخضع له هذا النزاع، فهو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحقيقي ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من

فروع القانون"[1]. والتكييف في القانون الدولي الخاص يمكن تعريفه بأنه "إضفاء الوصف القانوني على العلاقة الخاصة الدولية محل نزاع وذلك بإدخالها في إحدى الطوائف القانونية توصلا إلى قاعدة التنازع التي تحكمها ومن ثم معرفة القانون الواجب التطبيق عليها".[2]

يتضح من خلال التعريف مدى أهمية التكييف في تحديد ومعرفة القانون الواجب التطبيق حيث يعتبر الطريقة الأساسية لبيان قاعدة الإسناد التي تشير على القاضي وتبين له القانون الواجب التطبيق والإتباع[3]. وبالتالي فإن أي اختلاف في التكييف سيؤدي حتما إلى اختلاف في القانون المطبق وبالتالي إلى اختلاف في الحكم الصادر في المنازعة خصوصا وأن الدول غير متفقه فيما بينها على معيار موحد بخصوصه وهو ما يبين لنا بجلاء الدور الكبير الذي تلعبه عملية التكييف.[4] وعليه فإن القاضي مضطر للقيام بعدة عمليات قانونية حتى يتوصل في النهاية إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، ولن يتأتى ذلك إلا بالتصدي أولا لمشكلة التكييف باعتباره عملية أولية ضرورية لا تطرح في شكل دعوى مجردة.[5]

---

[1] صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، دراسة في النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص13.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر،1994، ص78.

[3] كما أن فكرة التكييف في حد ذاتها فكرة قديمة فقد عرفت في القانون الكنسي وفي القانونيين الفرنسيين القديم والحديث فقد عرفها قانون العقوبات إذ تستهدف البحث عما إذا كان الفعل المرتكب قد توافرت فيه العناصر القانونية للجريمة ثم انتقلت بعد ذلك إلى القانون المدني بقصد تحديد صفة الأعمال والتصرفات القانونية المختلفة مثالها أن تحدد العقد بوصفه عقد بيع أو إيجار. بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين،(دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، بن يوسف بخدة، 2015/2014، ص52.

وفي نفس المعنى استعار القضاء فكرة التكييف في حل مسائل تنازع القوانين غير أن الفقه لم يهتم بهذه المسألة إلا في أواخر القرن 19 حيث تنبه إليها الفقيه الألماني "فرانتز كاهن" "frantz kahn " وأبرز هذه المشكلة في مقال له نشر في ألمانيا سنة 1891م لذا يعد هذا الفقيه أول من قال بإخضاع التكييف لقانون القاضي وقد أسماه تنازعا ضمنيا. صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص 18.

غير أن نظرية التكييف باسمها و أهميتها الحالية يعود الفضل فيها إلى الفقيه "إيتان بارتن" بعد نشره مقاله الشهير في سنة 1897م الذي أبرز فيه أهمية التكييف وضرورة خضوعه لقانون القاضي. محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص89.

[4] عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص1، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2010،ص 100و101.

[5] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص52.

وبما أن التكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين من أجل تحديد قاعدة الإسناد ومنه القانون الواجب التطبيق لابد أولا من التطرق إلى المرجع في إسناد التكييف لقانون القاضي، ثم إبراز موقف المشرع الجزائري من عملية التكييف والقانون الذي يطبقه على هذه العملية.

أولا: المرجع في إسناد التكييف لقانون القاضي

لما كانت العلاقة محل النزاع على صلة بأكثر من دولة فإن من المتصور أن يدعي أكثر من قانون قابليته لتكييف المسألة التي يثيرها وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية في اختيار القانون الذي يخضع له التكييف[1]. لكن القانون المقارن اعتمد الاتجاه القائل بإعمال قانون القاضي على أساس أصالته وإنفراديته ودون اعتبار للقانون الأجنبي[2] وذلك تطبيقا لنظرية "بارتن".[3]

فأمام عدم رجاحة أو رواج التوجهات الأخرى فيما يتعلق بتحديد طبيعة العلاقة القانونية وبيان القانون الذي يجب أن تخضع إليه هذه العملية ظهر اتجاه يتميز عن سابقه بموضوعيته وواقعيته واتفاقه مع الفطرة الإنسانية.[4] ذلك أن تحديد الطبيعة القانونية للمسألة محل النزاع عملية أولية لازمة لتحديد ومعرفة القاعدة القانونية واجبة التطبيق سواء في المنازعات الوطنية أم المشتملة على عنصر أجنبي ومن الطبيعي أن يجري القاضي التكيفات اللازمة حسب المفاهيم والأفكار السائدة في قانونه[5] وهذا الاتجاه هو الذي أطلقه الفقيهان الألماني "كاهن" والفرنسي "بارتن" والذي طبقته المحاكم المحاكم بصورة تلقائية قبل ظهور نظرية التكييف.[6]

---

[1] فهناك رأي يخضع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع، وهناك من يرى بأنه يخضع للقانون المقارن.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص 225.

[3] إلا أن بعض الدول مثل اليونان وإيطاليا وألمانيا أغفلت النص عليها معتبرة التكييف من قبيل التفسير، ودول أخرى اشتراكية (سابقا) مثل الاتحاد السوفياتي وبولونيا وتشيكسلوفاكيا تجاهلتها أصلا. ولعل ما دعاه لذلك هو إعطاؤها لخضوع التكييف لقانون القاضي مفهوما سياسيا فكانت تعتقد أن دول الاقتصاد الحر تعتبر هذه القاعدة وسيلة لمسخ وإنكار النظم الاشتراكية بقصد الانحراف بمضمونها، ولكن الفقه السوفييتي في مرحلة لاحقة أخذ بالتكييف وطبق عليه أحيانا قانون القاضي ومرات أخرى القانون المختص بالنزاع. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1، المرجع السابق، ص100.

[4] عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 103.

[5] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 678.

[6] صادق محمد محمد جبران، المرجع السابق، ص28.

حيث أن الفقيه "بارتن" قد ارتكز في وضع نظرية متكاملة لمسألة إخضاع التكييف لقانون القاضي على القضيتين الشهيرتين التي استخلصهما من القضاء الفرنسي وهما القضايا التقليدية الإرتكازية في فقه القانون الدولي الخاصة وهما قضية "ميراث المالطي" وقضية "وصية الهولندي".[1]

وتتلخص وقائع قضية "ميراث المالطي" في أن زوجين من جزيرة مالطا استقر بعد زواجهما في الجزائر عندما كانت خاضعة لفرنسا وبعد وفاة الزوج طالبت الزوجة أمام المحاكم الفرنسية بحقوقها على العقارات التي تركها زوجها وذلك وفقا للقانون المالطي الذي يعترف للزوجة بما يسمى "نصيب الزوج المحتاج" أو "ربع الزوج الفقير" فنازعها بقية الورثة.[2]

أشار "بارتن" أنه كان على المحكمة إما أن تكيف إدعاء الزوجة بأنه يتعلق بالنظام المالي للزوجين وفي هذه الحالة يخضع لقانون موطن الزوجية الأول وهو القانون المالطي ويترتب عليها بالتالي تلبية طلبات الزوجة أو تكييفه على أساس أنه يدخل في فكرة الميراث وفي هذه الحالة يخضع لقانون موقع العقار وهو القانون الفرنسي، ويترتب عليه وفقها لهذا القانون رفض طلبها لأن هذا القانون لا يعترف للزوجة بمثل هذا الحق الذي طلبته.[3]

لقد صنفت المحكمة المسألة التي يثيرها إدعاء الزوجة بأنه يدخل في فكرة الميراث، وذلك حسب أحكام القانون الفرنسي، قانون القاضي الذي ينظر الدعوى، و لما كان القانون واجب التطبيق على الميراث في العقارات هو قانون موقع العقار، أي القانون الفرنسي، فقد قضت المحكمة في النهاية برفض إدعاء الزوجة أن القانون الفرنسي لا يعترف بمثل هذا الحق وقت صدور الحكم.[4]

---

[1] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص608.

[2] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 50.

[3] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 135.

[4] صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص 32 و33.

أما بالنسبة لقضية "وصية الهولندي" تتلخص وقائعها في أن شخصا هولنديا حرر وصيته بخط يده عندما كان في فرنسا وفقا للقانون الفرنسي (المادة999 مدني فرنسي)، وبعد وفاته نازع الورثة في صحة الوصية أمام القاضي الفرنسي باعتبار أن القانون الهولندي يحظر على مواطنيه إجراء الوصية بغير الشكل الرسمي حتى ولو كان خارج هولندا (المادة992 مدني هولندي) فكأن هذا القانون قد جعل من هذا المنع(الشكل العرفي للوصية) أمرا يتعلق بأهليتهم بدليل أنه يسري في مواجهتهم حتى ولو كانوا خارج هولندا فهو منع قصد به حماية إرادة الموصي والتيقن من عدم تسرعه عند إبرامه الوصية.[1]

أما لو اعتبرت المحكمة ذلك المنع داخلا في شكل التصرفات لترتب على ذلك صحة الوصية استنادا إلى أن القانون الفرنسي الذي يجيز إبرام الوصية بالشكل العرفي على أساس أنه لا يمس جوهر إرادة الموصي، وإنما هو يتعلق بالوسيلة المتبعة لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي يترتب على ذلك أن القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق هنا بوصفه قانون بلد الإبرام.[2] وعلى هذا أخذت المحكمة بالتكييف الثاني وعدت النزاع متعلقا بالشكل ومن ثم حكمت بصحة الوصية[3]

غير أن "بارتن" أورد على نظريته تحفظا مهما مؤداه أن التكييف الذي يتم وفقا لقانون القاضي إنما هو التكييف الأولي أو الأصلي الذي تتحدد به طبيعة العلاقة ومن ثم يتعين بالتالي القانون الذي يحكمها، ومتى ما اسندت العلاقة إلى قانون معين فإن التكييفات اللاحقة التي يقتضيها إعمال القواعد الموضوعية للقانون الواجب التطبيق إنما يتم وفقا لقواعد ذلك القانون ولا دخل لقانون القاضي بها[4].

وعليه يفرق "بارتن" بين التكييف الأولي أو السابق والتكييف الثانوي أو اللاحق، والتكييف الأولي هو التكييف اللازم لإعمال قاعد الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق، أو بمعنى آخر هو وصف

[1] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 136.
[2] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص 92.
[3] نفس المرجع، ص 93.
[4] نفس المرجع، ص97.

المركز القانوني محل النزاع وإدراجه في إحدى الفكر المسندة تمهيدا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة[1]. أما التكييفات اللاحقة فقد أوجب الرجوع بشأنها إلى القانون المذكور لكونها لا تتعلق بفكرة السيادة التي بنى عليها "بارتن" نظريته في التكييف[2].

وقد ذهب "بارتن" في بادئ الأمر إلى أن خضوع التكييفات الثانوية للقانون المختص ينزل منزلة الاستثناء من القاعدة العامة التي توجب الرجوع في التكييف إلى قانون القاضي ثم عاد واستدرك ولم يعد لها، وفي الحقيقة فإن هذا التمييز لا يشكل استثناء على هذه القاعدة بل هو نتيجة منطقية للأساس الذي بنيت عليه وهو فكرة السيادة[3].

غير أن "بارتن" استثنى من نظريته إخضاع تحديد وصف المال فيما إذا كان عقارا أو منقولا لقانون القاضي، وأشار إلى ضرورة إخضاعه لقانون موقع المال[4] ويرجع أساس هذا الاستثناء إلى أن فكرة ارتباط الأموال بإقليم الدولة، كما تهدف إلى استقرار المعاملات في اكتساب الحقوق العينية، فكل ما يتعلق بنظام الأموال يجب أن يخضع لقانون موقعها استجابة لهذه الاعتبارات[5].

والواقع أن هذا القيد الذي وضعه "بارتن" على نظريته لا يعد بدوره استثناء حقيقيا منها في جميع الحالات. إذ قد لا يثار وصف المال إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد، أي في مرحلة تطبيق القانون المختص[6] إذ أن التكييف لا يرد على العقار نفسه أو المنقول وإنما على الحقوق التي يقرها القانون على هذا العقار أو ذلك المنقول ومن ثم فإن تكييف الشيء عقار أو منقولا يعد تكييفا لاحقا يدخل ضمن الأحكام الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[7].

---

[1] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص58.

[2] سعيد يوسف بستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص138.

[3] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص612.

[4] صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص52.

[5] عباس العبودي، المرجع السابق، ص72.

[6] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص61.

[7] عبد الرسول كريم أبو صيع، المرجع السابق، ص 228.

ومن ناحية أخرى فإن إعمال الاستثناء الذي قرره "بارتن" على نظريته يبدو أمرا عسيرا في الأحوال التي يصعب فيها إيجاد موقع محدد للمال محل النزاع، كما هو الشأن بالنسبة للأموال المعنوية، إذ كيف يتصور في هذه الحالة إخضاع تصنيف المال لقانون الموقع فما هو مؤدى الاستثناء الذي أورده "بارتن" على نظريته[1]؟ كما أن صعوبة أخرى قد تثار أيضا حتى بالنسبة للأموال المادية، وذلك فيما لو كان المال كائنا في أكثر من إقليم دولة واحدة، إذ يصعب في هذه الحالة تحديد قانون الموقع الذي سيرجع إليه في تكييف وصف هذا المال[2].

وفي هذا السياق فقواعد الإسناد عادة ما تخضع المال لقانون الموقع سواء كان منقولا أو عقارا، ومن ثم فلم يؤدي إخضاع تكييف المال إلى قانون القاضي أو إلى قانون الموقع إلى التأثير في القانون واجب التطبيق، فالنتيجة ستكون واحدة في الحالتين، إذ سيطبق قانون الموقع سواء كان المال عقارا أو منقولا، وبالتالي فلا داعي من الناحية العملية إلى الخروج على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي بالنسبة للمال، أما إذا كانت قاعدة الإسناد الوطنية تخضع المنقول لقانون يختلف عن ذلك الذي يحكم العقار[3]، فإن الاستثناء هنا يفرض حاجته. ومهما كان من أمر الخلاف السابق فقد بقت القاعدة العامة لدى "بارتن" في إخضاع التكييف لقانون القاضي محلا لتقدير الفقه الغالب وتأييده حتى أعلن القضاء الفرنسي صراحة إقراره لها[4].

وقبل الخوض في مبررات هذا الاسناد سوف نطرق إلى تحديد محل التكييف المقصود.

أ- محل التكييف

إن تحديد موضوع أو محل التكييف يعد مسألة جوهرية في التكييف، فبناء على معرفة حقيقته تتحدد طبيعة التكييف وتتأكد الصلة الوثيقة بين محل التكييف وموضوع الفئة المسندة، حيث قام

[1] صادق محمد، محمد الجبران، المرجع نفسه، ص56.

[2] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص62.

[3] صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص56 و57.

[4] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص63.

جدال فقهي واسع حوله بين من يعتبره قانون ومن يعتبره واقع، كما أن هناك من يعتبره مسألة قانونية.

1- محل التكييف هو القانون

هناك اتجاه فقهي يعتبر موضوع التكييف من ميدان القانون وينقسم هذا الاتجاه إلى أراء متنوعة[1]، رأي يقول بأنه ينصب على (النظام القانوني) الذي يدخل في نطاقه العلاقات القانونية. فالقاضي يكيف العلاقات القانونية وليس الواقع[2] و مثال العلاقات القانونية (العقد)، فلو أن عقدا أبرم في فرنسا من قبل امرأة أمريكية متزوجة وذلك دون إذن زوجها، فإذا كيفنا العلاقة القانونية وحدها (التعاقد بدون إذن) لوجدنا أنها تتعلق بالأهلية، والأهلية بحسب قاعدة تنازع القوانين الفرنسية تخضع لقانون الجنسية، وقانون الجنسية وهو القانون الأمريكي يبيح هذا التعاقد ولا يحرمه، فإذا كيفنا هذه العلاقة باعتبارها داخلة في نظام قانوني معين وهو مدى أهلية المرأة المتزوجة، لوجدنا أن الحل يختلف. إذ يمكن القول بأن هذا النظام يرتكز على اعتبارات إجتماعية وعائلية تستهدف حماية أموال العائلة وتركيز الشؤون العائلية في يد الزوج واحترام سلطانه فهي تتعلق إذن بالنظام العام ومن ثم يجب تطبيق أحكام القانون الفرنسي وهي لا تجيز للمرأة المتزوجة التعاقد دون إذن زوجها.[3]

هناك من يعتبر أن موضوع التكييف ينصب على القواعد القانونية الموضوعية، فحسب هذه الآراء فإن التكييف هو تحديد لطبيعة النظام القانوني أو تحديد لطبيعة العلاقة القانونية، أو تحديد طبيعة القاعدة القانونية الموضوعية.[4] لكن هذا الاتجاه تعرض للنقد لأن القانون الواجب تطبيقه هو الذي يعطي الواقع الوصف القانوني وهو لم يعرف بعد فمعرفته متوقفة على عملية التكييف ومن ثم

---

[1] أشار الباحث حمزة قتال في دراسته من هؤلاء الفقهاء "بارتن" و"برال" و"لوسواران".حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر1، 2011/2010، ص56.

[2] عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد1، العدد7، جامعة الكوفة، العراق، جوان 2008، ص222.

[3] عبد الرسول كريم أبو صبيع، المرجع السابق، ص223.

[4] حمزة قتال، المرجع السابق، ص56.

التعرف على قاعدة الإسناد التي ترشدنا إليه، وبالتالي فلا يمكن اعتبار موضوع التكييف نظام قانوني أو قاعدة قانونية.[1]

2- محل التكييف هو الواقع

يذهب هذا الرأي أن موضوع التكييف هو الوقائع التي يشتمل عليها النزاع المعروض أمام القاضي، هذا لأن النزاع لا يعدو أن يكون مجرد وقائع طالما لم يتم إعطاؤه وصفا قانونيا معينا.[2] فحسب هذا الاتجاه فإن التكييف هو إعطاء الواقعة أو المركز الواقعي الطابع القانوني الذي يدخله في فئة من الفئات التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.[3] غير أن هذا الرأي تعرض كسابقه للنقد كون أن الوقائع لا تصلح في حد ذاتها لأن تدرج في إطار الفئة المسندة، لأن الوقائع المجردة عن الطابع القانوني لا وجود لها، إذ يجب للاعتداد بها أن تنطوي تحت سلطان قانون معين وتستند عليه، حينئذ فقط تستحق وصف الواقعة أو الرابطة القانونية.[4]

3- محل التكييف مسألة قانونية

هناك اتجاه فقهي ثالث، وهو الراجح اتخذ موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين، بحيث لا يتقيد بعنصر القانون وحده أو بعنصر الواقعة وحده، وإنما يعتمد عليهما معا فهو يرى بأن التكييف ينصب على موضوع النزاع وبناءا على هذا فهو تحديد طبيعية المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.[5]

من مزايا هذا الرأي أنه اعتمد مصطلح "مسألة" فهو يشمل الوقائع كما يشمل القواعد القانونية الموضوعية وطنية كانت أو أجنبية، التي يجب تطبيقها كما أن هذا المصطلح يساعد على

---

[1] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 101.

[2] عبد الرسول كريم أبو صبيع، المرجع نفسه، ص 223.

[3] حمزة قتال، المرجع نفسه، ص 56.

[4] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 115.

[5] ومنهم عز الدين عبد الله وعكاشة محمد عبد العال و" P.Mayer" و"V.Hoze" نقلا عن حمزة قتال، المرجع السابق، ص 57.

تحديد موضوع الفئة المسندة التي تعتبر مسألة قانونية تنازعتها القوانين في فئة من الفئات التي يجمعها المشرع ويخصص لها قاعدة إسناد واحدة.[1]

ب- مبررات إسناد التكييف لقانون القاضي

يستند خضوع التكييف لقانون القاضي إلى عدة مبررات، ساق بعضها الفقيه "بارتن" وأضاف الفقه اللاحق عليه البعض الآخر:

1- حجج إخضاع التكييف لقانون القاضي

برر "بارتن" اتجاهه بإخضاع التكييف إلى قانون قاضي النزاع بفكرة السيادة، معتبرا أن المشرع الوطني عند تنازله للقانون الأجنبي لحكم علاقة قانونية على إقليم دولته إنما يضحي بجزء من سيادة إقليمية لصالح قانون الدولة الأجنبية الذي منح له الاختصاص[2]. على أساس أن تنازع القوانين هو في حقيقة الأمر تنازع سيادات الدول فالمشرع إذن هو الذي ينظم حدود هذا التنازل وكيفيته عن طريق قواعد إسناد، ووفق للأفكار التي تقوم عليها هذه القواعد[3].

غير أن الفقه الحديث يختلف مع "بارتن" حول الأساس الذي بني عليه النظرية فيرى أن قواعد الإسناد لا تهدف إلى حسم التنازع بين السيادات تحقيقا للتعايش المشترك بين النظم القانونية، كما أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتقاصا من السيادة الوطنية، بل أن المشرع الوطني ذاته يسمح بتطبيق قانون أجنبي معين في بعض الحالات، إيمانا منه بأن هذا القانون هو خير القوانين المتزاحمة ملائمة للعلاقة الدولية الخاصة محل النزاع[4].

ويبدو أن الفقه الحديث وهو يعترض على الأساس الذي استند إليه "بارتن" في نظريته (فكرة السيادة) فإنه ينظر إلى الموضوع بعيدا عن الواقع الذي كان يسود في حقبة الفقيه "بارتن"، ذلك أن فكرة السيادة هي فكرة معتبرة وهي تدخل في مفهوم المحافظة على الوحدة أو الإجتزاء من

---

[1] عزالدين عبد الله، المرجع نفسه، ص 116.

[2] صادق محمد، محمد الجبران، المرجع السابق، ص38.

[3] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص611.

[4] أشار إليه صادق محمد، محمد الجبران، المرجع السابق، ص39.

السيادة الإقليمية لتطبيق قانون أجنبي في المدة التي وضع "بارتن" نظريته فيها، ففكرة السيادة هي على قدر كبير من الصحة إذا نظرنا لها بمنظار الواقع الذي ولدت فيه تلك النظرية[1].

2- حجج الفقه الحديث المؤيد لنظرية بارتن

إن تبريرات الفقه الحديث جعلت من النظرية أكثر صلابة من فكرة السيادة التي نادى بها "بارتن"[2] وأهم هذه التبريرات:

-حجة تمليها طبيعة قاعدة الإسناد الوطنية نفسها: مضمون هذه الحجة أن التكييف ليس في الحقيقة إلا عملية تفسير لقاعدة الإسناد، ولما كانت هذه القاعدة وطنية فإنه من الطبيعي الرجوع في تفسيرها إلى واضعيها أي إلى القانون الوطني نفسه[3].

-أن التكييف هو عملية ضرورية وسابقة على تحديد أي قانون ولا يمكن تحديد القانون المختص قبل إجراء التكييف ومن ثم فلا يمكن أن يتم التكييف إلا وفقا لقانون القاضي المعروف لدى هذا الأخير[4].

-يضيف البعض حجة أخرى ذات طابع نفسي مؤداها أنه حينما يقوم القاضي بتكييف العلاقة المطروحة أمامه فهو يتأثر بالضرورة وبحكم تكوينه الثقافي والقانوني بالمبادئ الواردة في قانونه، وقد سبق للأستاذ "بارتن" أن أشار إلى هذه الحجة حينما قرر أن "المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزء لا يتجزأ من ذكائه المهني"[5].

-أضاف بعض الفقهاء حجة تتضمن وحدة التكييف فمن غير المعقول أن يوجد داخل النظام القانوني الواحد تصنيفان لمسألة واحدة، بمعنى أن يعطي للمسألة وصف قانوني معين وفقا

[1] أشار إليه محمد خيري كصير، نفس المرجع، ص96.

[2] أشار إليه صادق محمد، محمد الجبران، المرجع نفسه، ص40.

[3] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص80.

[4] عبد الرسول كريم أبو صيع، المرجع السابق، ص227.

[5] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص57.

لقواعد قانون قاضي النزاع إذا كانت المسألة الوطنية بحتة. ثم يعطي لذات المسألة وصفا قانونيا مختلفا على الوصف الأول وفقا لقانون أجنبي إذا كانت مشتملة على عنصر أجنبي[1].

-أن عملية التكييف تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، حيث من المتعذر معرفة قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق قبل إجراء التكييف، فإجراؤه وفق قانون القاضي هو الذي يجنب الدوران في حلقة مفرغة، مادام أنه أمر لازم لمعرفة القانون الواجب التطبيق فيتعين الرجوع لقانون القاضي لأنه من المتعذر إجراؤه وفق قانون أجنبي يعتبر مجهولا أصلا[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على التكييف

نصت المادة 09 من القانون المدني: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه". الواضح من نص المادة أن المشرع اعتمد نظرية "بارتن" وجعل قانون القاضي المرجع في التكييف.

والمراد بقانون القاضي الذي يخضع له التكييف هو النظام القانوني في دولة القاضي برمته ومفاهيمه الأساسية لأنواع العلاقات القانونية، الأحوال الشخصية، الأموال، الشكل، الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية حتى يمكن إدخال كل العلاقات التي يعرض بشأنها نزاع على القاضي ضمن إحدى طوائف الإسناد[3]. كما أن المادة نصت على أن التكييف يخص العلاقات (المسائل) المطلوب تحديد نوعها وهذا دليل على أن المشرع قد اعتبر أن محل أو موضوع التكييف يشمل المسائل القانونية التي تتنازعها القوانين.

[1] أشار إليه صادق محمد، محمد الجبران، المرجع السابق، ص43.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص244.

[3] زروني الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ، ج01، المرجع السابق، ص101.

والملاحظ على هذه المادة أنها اشتملت في النص الفرنسي[1] على عبارة "pour qualifier la catégorie" أي تكييف الفئة وهذا غير صحيح، لأن التكييف يتعلق بالعلاقات المطلوب تحديد نوعها كما جاء في ذلك النص العربي، كما اشتمل النص الفرنسي على عبارة "Objet du litige" بينما هذه الأخيرة غير موجودة بالنص العربي إذا ليس هناك تطابق بين النصين ولكن يفهم من النصين أن المشرع الجزائري قد أخذ بإخضاع التكييف وفقا لقانون القاضي[2].

وقد اعتمد المشرع في صياغة المادة 09 الصياغة الأحادية، غير أنه كان بإمكانه النص على أن "التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع" أسوة بالقوانين العربية الأخرى، غير أن ذلك لا يمنع من استخلاص قاعدة مزدوجة لهذه المادة فإن كان المشرع يقرر بشأن مسألة التكييف الرجوع للقانون الوطني (الجزائري). فإنه من البديهي أن كل قاض في أية دولة أخرى سيرجعه بدوره بخصوص هذه المسألة لقانونه الوطني أيضا، وهو أمر سيؤدي في نهاية المطاف لاستخلاص قاعدة مزدوجة مفادها "إخضاع التكييف لقانون القاضي"[3].

وقد اقتصرت المادة 09 على التكييف الذي غرضه "معرفة القانون الواجب التطبيق" وبذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة لأنها لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي وتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص، فبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتمييز الذي قال به "بارتن" بين التكييف السابق أو الأولي والتكييف اللاحق فالأول دون الثاني هو الذي يخضع حسب "بارتن" لقانون القاضي[4].

كما نلاحظ أن نص المادة لم يورد استثناء النظرية والتي نجدها في نصوص أخرى كاستثناء تكييف المال المنصوص عليه في المادة 17 فقرة 01 ق.م: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو

[1] Art.9 : « En cas de conflit de lois, la loi algérienne est compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de déterminer la loi applicable ».

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص100.

[3] كمال سمية ، المرجع السابق، ص251.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 94.

منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها". كما أورد استثناء آخر في المادة 20 فقرة 02 ق.م بخصوص الفعل الضار:" غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار. لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقع فيه"، وكذا الاستثناء الوارد في نص المادة 21 ق.م: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص. أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

غير أن الانتقادات الموجهة للاستثناء في نظرية "بارتن" تنطبق حتما على ما ورد في نص الماد ة 17 في فقرتها الأولى[1]. أما بخصوص المعاهدات النافذة في الجزائر، فهي تسمو على القانون[2] فإذا ما نصت معاهدة بهذا الشكل تكييف بعض المسائل، فيعتبر القاضي قد اعتمد قانونه في التكييف حسب القاعدة، وليس الاستثناء[3].

وإن كان قانون القاضي هو المرجع في التكييف، إلا أنه بالنسبة للعلاقات القانونية غير المعروفة في قانون القاضي المفروض أن يرجع فيها للقانون الأجنبي المختص حتى لا تشوه طبيعة موضوع النزاع، هذا التحفظ غير وارد رغم أهميته[4] مثلا: إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع موضوعه الانفصال الجسماني بين زوجين أجنبيين، ما هو الحل إذا كيف النزاع على أنه طلاق، فهو تكييف مخالف لطبيعته في النظم التي تعرفه، كذلك لا يمكن اعتباره هجرا في المضجع، لأن نظام

[1] أما فيما يتعلق بالاستثناء التعلق بالمادة 20 فقرة 02 ق.م يراجع بشأنه ص 112اللاحقة.

[2] فمبدأ سمو المعاهدات الدولية يقضي على حالة تناقض القانون الداخلي اللاحق للمعاهدات التي يتعارض معها، فتعطيل تطبيق أحكام المعاهدات المخالفة لقانون داخلي لاحق قد يعرض الدولة المصادقة على الاتفاقية إلى المسؤولية الدولية. وأكدت المادة 150 من الدستور على مبدأ سمو المعاهدة التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون. جمال منعه، نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص49 .

[3] حمزة قتال، المرجع السابق، ص 63.

[4] زروني الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص101.

الانفصال الجسماني يؤدي إلى الافتراق في المعيشة دون الطلاق مع أنه قد يكون مرحلة أولية قبل الطلاق وسببا له[1].

غير أنه لا توجد في صياغة المادة 09 ما يمنع من التوسع في مفهوم الفئات المسندة ليشمل الأنظمة القانونية الأجنبية غير المعروفة حتى تتلاءم مع الفقه الحديث كي لا يستبعد دور القاضي الأجنبي في عملية التكييف كون فئات الإسناد الموجودة في القانون الداخلي لقاضي الدعوى ليست هي نفسها الموجودة في القانون الدولي وإنما يمكن أن تتلاءم مع المتطلبات العملية[2].

الفرع الثاني: تطبيق قانون القاضي على متعدد الجنسية

ينتمي الفرد إلى أمته بواسطة رابطة اجتماعية وينتسب إليها عن طريق اللغة والعادات والتقاليد والمشاعر المشتركة، وبظهور فكرة الدولة أو التنظيم السياسي تغيرت أوجه الصلات التي كانت تشد هؤلاء الأفراد، وبدأ يظهر نوع من الانفصال عن الوحدة الاجتماعية والارتباط أكثر فأكثر بالدولة، لشعور الأفراد بالحماية من طرف شخص هذه الدولة، واطمئنانهم لها[3]. وهذا الانتماء الجديد بين الفرد والدولة هو ما يطلق عليه باصطلاح الجنسية. وهي وسيلة فنية ضرورية اقتضتها ضرورات النظام الدولي الحالي لتوزيع سكان المعمورة على الدول باعتبارها أشخاص للقانون الدولي العام[4].

لذلك تعتبر الجنسية تلك الرابطة القانونية والسياسية بين الفرد والدولة[5] . كما أن انقسام المجتمع الدولي إلى دول ذات سيادة واعتبار كل دولة نفسها سيدة جنسيتها يجعل لكل منها تشريع خاص بها

[1] الأمر الذي كان سيطرح قبل تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44، صادرة في 26 يونيو 2005، ص 17.

[2] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص61.

[3] بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص29.

[4] الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص18.

[5] إياد مطشر صيهود، محمد جاسم محمد، تعدد الجنسيات دراسة تحليلية مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 6، العدد 03، جامعة كربلاء، العراف، 2014، ص228.

يتجاوب مع مصالحها السياسية والاقتصادية، ويترجم منطلقاتها الفلسفية والعقائدية، وهكذا فتعدد التشريعات وتفاوت أحكامها يجعل من تنازع الجنسيات أمرا محتوما[1].

فالدولة هي الطرف الأقوى في رابطة الجنسية من حيث تمتعها بالسلطة التقديرية المطلقة في مسائل الجنسية، ويتفرع عن ذلك مبدأ هام وهو المعروف بمبدأ حرية الدولة في أمور جنسيتها ولا تسمح لأحد فردا كان أو دولة أو هيئة بالتدخل في ذلك[2].

ويعتبر مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها المصدر الرئيسي لظهور مشاكلة تنازع الجنسيات حيث يأخذ هذا التنازع عدة أشكال وهي حالة وجود أشخاص يتمتعون في وقت واحد بأكثر من جنسية وهذا ما يعرف بتعدد الجنسيات (تنازع إيجابي) وأشخاص لا يتمتعون بأية جنسية وهو ما يطلق عليه بانعدام الجنسية[3]. والتنازع الإيجابي للجنسيات لا يترتب عنه تنازعا آخر بين قوانين تلك الجنسيات المختلفة حيث أن قانونا وحيدا سيتحكم في ترجيح إحدى الجنسيات المتنازعة بعدما انطبقت عدة قوانين على نفس الشخص فأصبح على إثر ذلك متعدد أو مزدوج الجنسية[4].

وإذا كنا نبحث في ترجيح إحدى الجنسيات الثابتة كلها قانونا لنفس الفرد للاعتداد بها وغض الطرف عن غيرها، فإن ذلك سوف يقتصر على الحالة التي يثور فيها هذا التزاحم بين الجنسيات أمام القضاء الوطني لدولة تكون جنسيتها طرفا في هذا التزاحم لذلك يتعين أولا عرض مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي (أولا) وكذا الانتقادات الموجهة لهذا المبدأ (ثانيا) ثم نتطرق إلى القيود الواردة على هذا المبدأ (ثالثا).

أولا: مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي

[1] شادي جامع، مشكلة تنازع الجنسيات دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون السوري، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 38، العدد 02، جامعة شرين، سوريا، 2016، ص13.

[2] فواز عقله مُحَّد العيطان، موقف المشرع الأردني من ازدواج الجنسية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ماي 2018، ص23 و24.

[3] شادي جامع، المرجع نفسه، ص13.

[4] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص71.

استقر الرأي في فقه الجنسية وفي القانون الدولي الخاص، أن الجنسية الوطنية تفضل على غيرها، بحيث يتعين على السلطة القضائية أو التنفيذية في الدولة التي يحمل متعدد الجنسية جنسيتها والتي يثار أمامها مسألة تتعلق بذلك الفرد، أن تعتبره وطنيا وبغض النظر عن باقي جنسياته فهو في نظرها لا يحمل أو يتمتع إلا بالجنسية الوطنية، وتعامله على هذا الأساس[1].

فإذا كان مزدوج الجنسية يحمل من بين الجنسيات جنسية قاضي النزاع فهنا تعتمد جنسية قاضي النزاع ولا يعتد ببقية الجنسيات[2]. ويتم ذلك دون إلتفات لما إذا كان هذا الشخص مرتبطا من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا، وإذا كانت له مصالح على إقليمها أم لم تكن له مصالح، يعيش فيها فعلا وواقعا أم كان بينه وبينها هجر مديد[3].

وتفضيل أو تقديم الجنسية الوطنية هو اعتبار الفرد وطنيا ينتمي لذات الدولة التي تنظر سلطاتها المتعلقة به، يكون كذلك أيا كان محل إقامته أو موطنه، وأيا كانت الطريقة التي حصل بها على الجنسية الوطنية، أي يستوي أن تكون جنسية أصلية اكتسبها منذ الميلاد أو تكون جنسية طارئة تثبت له بالتجنس أو بالزواج[4].

ويجد هذا الحكم أساسه في أن القاضي يلزم بتطبيق تشريع بلده ،ولو خالف ما يقضي به النظام الدولي ،لأن الدولة هي من حددت قواعد جنسيتها وعنصر السكان المكون لها وفق ما يحقق ظروفها ومصالحها ،مما يعني وجوب خضوع جميع السلطات الإدارية أو القضائية في الدولة لأوامر مشرعها،

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص101.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص118.

[3] عكاشة محمّد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1996، ص73.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص101.

بل أن بعض الشراع يذهب إلى أنه لا يوجد في هذه الصورة تنازع بين قانون جنسية القاضي وقوانين الجنسية الأخرى، لأن هذه ليست بالنسبة له سوى وقائع[1].

وفي ذات السياق يترتب على هذا الحل نتيجتان أولهما أنه حل يتجاهل وجود تنازع بين الجنسيات بتفضيل الجنسية الوطنية عن سواها، واعتبار الجنسيات الأجنبية المعنية على أنها من مسائل الواقع وليس القانون، وثانيهما هي إسناد الاختصاص التشريعي والقضائي الدوليين لقانون القاضي، مما ينبني عليه أن الحل المقرر يجعل من تنازع الجنسيات مشكلة مستقلة بذاتها، رصد لها حل واحد يشكل مبدأ عاما قابلا للتطبيق على مختلف الحالات وهذا ما توحي به النصوص القانونية[2]. وقد سلمت بهذا الحل الاتفاقيات الدولية[3].

كما أخذ المشرع الجزائري بهذا الحل على غرار جميع الدول العربية وأغلبية الدول الغربية [4] بهذا المبدأ ضمن المادة 22 فقرة 02 من القانون المدني "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول". حيث أخذ المشرع بهذا الحل اعتمادا على استئثار المشرع الوطني بتنظيم أحكام الجنسية، وانصياع سلطات الدولة لأوامر مشرعها الوطني. وعليه فإن هذا الحل يجد تبريره في المجال الدولي بالسيادة والمساواة بين الدول في منح الجنسية، وفي المجال الداخلي بمبدأ الفصل بين السلطات،

[1] موشعال فاطيمة، النظرية التقليدية والحديثة لظاهرة تعدد الجنسيات وانعدامها، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 01، العدد 02، جامعة ابن خلدون، تيارت، أكتوبر 2015، ص286 و287.

[2] الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص192.

[3] ومنها اتفاقية لاهاي المبرمة في 12 أبريل 1930 المتعلقة بمسائل تنازع القوانين في الجنسية حيث قننت ذلك الحل بنصها ضمن المادة الثالثة منها على أن "كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر، يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها" . هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص تحت عنوان "الاتفاقيات" ، على الرابط: https://www.hcch.net، تاريخ الاطلاع 2019/12/15.

[4] من التشريعات العربية، المادة 25 مدني مصري، المادة 27 مدني سوري، المادة 26 مدني أردني، المادة 02/23 مدني عراقي، أما عن الدول الغربية: المادة 01/20 من القانون الدولي الخاص البولوني لسنة 1986، المادة 27 من قانون الجنسية البرتغالية لسنة 1981، المادة 02/29 مدني اسباني، المادة 01/05 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986. انظر الطيب زروقي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع نفسه، ص193.

فقواعد منح الجنسية محددة من طرف المشرع والسلطات الإدارية والقضائية المكلفة بتطبيق القانون مؤسسة لتطبيق الأحكام الموضوعية من طرف المشرع[1].

هذا الحكم أخذت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 2013/03/14[2] حيث أن الطاعنة (ط ن) طعنت بطريق النقض بتاريخ 2010/12/30 ضد الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة بجاية بتاريخ 2010/10/27 تحت رقم 10/3583 القاضي بالطلاق بين المطلعون ضده وبين الطاعنة الحالية بالإرادة المنفردة للزوج وبتحميله مسؤولية الطلاق وأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية بجاية بالتأشير على هامش عقد زواج الطرفين وعقدي ميلادهما حسب بلديات الميلاد وحفظ حقوق الطاعنة.

وقد أسست طعنها على أن المطعون ضده من جنسية فرنسية واقترن بالطاعنة بموجب عقد زواج مسجل أمام المصالح المدنية لبلدية بجاية، وتم تسجيل العقد أمام المصالح المركزية للحالة المدنية لوزارة الخارجية الفرنسية وفقا للمرسوم الفرنسي 2008/521 ومع ذلك أقام دعوى الطلاق أمام محكمة بجاية بتاريخ 2010/05/25 في حين أنه اكتسب الجنسية الفرنسية بتاريخ 2004/01/19، ودعوى الطلاق المرفوعة من قبل الطاعنة مازالت سارية أمام قسم الشؤون العائلية لمحكمة بونتواز بفرنسا. ومع ذلك تأخذ محكمة بجاية بالاعتبار الجنسية الفرنسية المكتسبة وتسجيل عقد الزواج أمام مصالح الحالة المدنية الفرنسية وخالفت بذلك صحيح القانون لاسيما المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني.

غير أن المحكمة العليا قضت: "حيث أنه فيما يخص تطبيق المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني، فقد ردت المحكمة على ذلك بما فيه الكفاية، فضلا عن أن الفقرة الثانية من المادة 22 من

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص262.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 2013/03/14، ملف رقم 0753902، قضية (ط.ن) ضد (ط.ز)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2013، ص282.

نفس القانون تنص على أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

ثانيا: الانتقادات الموجهة لمبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي

بالرغم من شيوع هذا الاتجاه التقليدي القائم على فكرة السيادة بتطبيق القانون الإقليمي للقاضي وكثرة أنصاره إلا أنه وجهت إليه عدة انتقادات[1] نوردهما:

-هذا المبدأ يقوم على اعتبار سياسي وليس قانوني، لأن إعلاء الجنسية الوطنية، إنما يراد به تحقيق مصالح دولة القاضي دائما بالنظر إلى مصالح الشخص المعني نفسه أو مصالح الدولة الأخرى التي يحمل الشخص جنسيتها أيضا[2] وذلك بصرف النظر على ارتباط المعني بالأمر بهذه الدولة من عدمه، أو معيشته على إقليمها وحمله لمشاعر الولاء لها أم لا، وبصرف النظر عن طبيعة المسألة التي أثيرت بمناسبتها مسألة تنازع الجنسيات وتحديد أي قانون من قوانين هذه الجنسيات هو الذي يجب أعماله[3].

-الأخذ بهذا المبدأ يعني اختلاف الجنسية التي سيجرى ترجيحها باختلاف الدولة التي يثار النزاع أمام قضائها[4]. فلو كان طلب فض تزاحم الجنسيات أمام القضاء الجزائري مثلا لفرد يتمتع بالجنسية الفرنسية والجزائرية فسوف يرجح القضاء الجزائري الجنسية الجزائرية ونفس الشيء إذا كان ذات النزاع معروضا أمام القضاء الفرنسي فسيرجح الجنسية الفرنسية.

معنى هذا أن الصفة الوطنية للشخص التي سيعتد بها سوف تختلف باختلاف الدولة التي يثور أمامها النزاع، ما يعني أن يكون المركز القانوني لمتعدد الجنسية مدموغا بالاضطراب موصوفا بالنسبية[5]

[1] موشعال فاطيمة، النظرية التقليدية والحديثة لظاهرة تعدد الجنسيات وانعدامها، المرجع السابق، ص287.

[2] هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص117.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص79.

[4] حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص131.

[5] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص80.

لذلك فمؤيدو هذا النقد يؤثرون توحيد معيار الترجيح بين الجنسيات ويرون أن أفضل معيار هو معيار الجنسية الفعلية من أجل توحيد الجنسية التي يعامل على أساسها الشخص وبالتالي ثبات مركزه القانوني واستقراره[1]، رغم ما قد يحمله هذا المعيار من زعزعة للمركز الوطني للشخص[2].

إن من شأن الأخذ بهذا الحل إعاقة عمل الاتفاقيات الدولية التي تجعل من الجنسية ضابطا للإسناد في بعض المسائل[3] كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية "لاهاي" المؤرخة في 19 أكتوبر 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والإعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال[4] هذه الاتفاقية التي تسعى إلى توحيد الحلول، وهو ما لا يمكن تحقيقه في ظل هذه الوجهة في حل تعدد الجنسيات، لأن أحكامها تنطبق على أطفال أبويهما مختلفي الجنسية، وهم عادة ما يتمتعون بجنسية أبويهما، ولما كانت المنازعات المتعلقة بهم ستطرح أمام المحاكم التي ينتمي إليها كلا الوالدين وستطبق كلا المحكمتين قانونهما، فمن شأن هذا أن يؤدي إلى تعارض الحلول بعكس ما هدفت إليه الاتفاقية[5].

إن إعطاء الغلبة لقانون القاضي بصفة مطلقة أمر يؤدي في الغالب إلى أن تكون احتمالات تنفيذ الحكم الصادر من الدولة التي يحمل الشخص إحدى جنسياتها وبصرف النظر عن ارتباطه بها فعلا وواقعا أمرا صعبا[6] فهذه الدولة التي يحمل جنسيتها أيضا هي جنسيته الفعلية التي يكون متوطنا

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص131.

[2] كون الاعتماد على معيار الجنسية الفعلية يؤدي إلى اهمال جنسية دولة القاضي لعدم كونها الجنسية الأكثر فعالية، والتي يرتبط بها الشخص أكثر من سواها، وهو بلا شك وضع غير مستساغ نظرا لتعلق أحكام الجنسية بالقانون العام في دولة القاضي، وفضلا عن ذلك حتى لو لم يكن لمتعدد الجنسية أية مصلحة في ترجيح جنسية دولة القاضي فذلك لا ينفي أن لهذه الدولة مصلحة مؤكدة في الاعتداد بجنسيتها وحدها. ما ينجم عنه معاملة أحد الوطنيين في دولته معاملة الأجانب ما يبدو كتجريد ضمني لهذا الفرد من تلك الجنسية، وهو ما لا يملكه هذا القضاء من تلقاء نفسه وان فعل يكون قد خرج عن ارادة مشرعه الوطني الذي منحه هذه الجنسية وهو أمر في غاية الخطورة. ينظر نفس المرجع، ص131 و132.

[3] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع نفسه، ص80.

[4] هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص تحت عنوان "الاتفاقيات"، على الرابط: https://www.hcch.net، تاريخ الاطلاع 2020/10/01.

[5] موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص96.

[6] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص81.

أو مقيما فيها، فهذه الأخيرة تبرر رأيها في عدم التنفيذ بأن الاختصاص التشريعي لم يتحدد تحديدا صحيحا بالنظر لقواعد الإسناد[1].

ثالثا: القيود الواردة على مبدأ ترجيح قانون جنسية القاضي

رغم ذيوع وانتشار هذا الحل غير أنه ليس مطلقا بل أورد عليه الفقه بعض القيود سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي.

أ- على المستوى الوطني

يتقيد إعمال مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي على المستوى الوطني بقيدين هما :

يتمثل القيد الأول في حالة وجود معاهدة بين مختلف الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية بخصوص الجنسية التي يتم ترجيحها وبالتالي يلتزم القاضي الوطني في كل من تلك الدول بتطبيق حكم المعاهدة[2] نظرا لما يتمتع به من قوة إلزامية في العلاقة بين أطرافها ما قد ينتج عنه ترجيح جنسية أجنبية، ومن ثم معاملة متعددة الجنسية معاملة الأجانب في دولة يتمتع بجنسيتها[3] .

أما القيد الثاني فيتعلق بالفرض الذي يحمل فيه مزدوج أو متعدد الجنسية الصفة الوطنية لدولة من دول الأعداء في زمن الحرب الأمر الذي يترتب عليه معاملة هذا الشخص على أنه أجنبي ومن رعايا الدول المعادية[4] وعليه فيكون لسلطات الدولة أن تعامله بهذه الصفة أن تتخذ في مواجهته الإجراءات الاستثنائية مثل وضع أمواله تحت الحراسة[5]. وهذا القيد تستوجبه في زمن الحرب دواعي

[1] موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، المرجع نفسه، ص96.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص270.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص133 و134.

[4] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص79.

[5] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص78.

صيانة أمن الدولة وسلامتها، إذ يخولها الحق في اتخاذ الإجراءات الاستثنائية المقررة في زمن الحرب في مواجهة هذا الشخص[1] .

ب- على المستوى الدولي

يرد على هذا المبدأ على المستوى الدولي قيد واحد في مجال ممارسة الحماية الدبلوماسية حيث أنه ليس لدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية على أحد رعاياها في مواجهة دولة أخرى يحمل في نفس الوقت جنسيتها، فهذا الحل يعد استثناء على المبدأ الذي يخول للدولة أن تعتبر متعدد الجنسية والذي يحمل جنسيتها على أنه قاصر عليها[2].

فلا سيوغ لدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لمصلحة أحد وطنيها ضد دولة يعتبر هذا الفرد أيضا من مواطنيها وقد صار هذا من المبادئ الثابتة في القانون الدولي العام[3].

الفرع الثالث: تطبيق قانون القاضي لتقدير مشروعية الفعل الضار

يحدد قانون الفعل الضار أسباب المسؤولية سواء نجمت عن فعل الشخص أو الحيوان أو الأشياء، كما يحدد أركان المسؤولية وشروطها ومن أهمها شرط الخطأ[4]. لكن المشرع الجزائري اشترط لتطبيق قانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه الفعل الضار أن يكون هذا الفعل غير مشروع في الجزائر.

فبعد أن كرست الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون المدني اختصاص قانون مكان الفعل الضار بقولها: "يسري على الالتزامات غير التقاعدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام" غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة علقت اختصاص قانون مكان الفعل الضار على شرط حيث نصت: "غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص134.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع نفسه، ص78

[3] لما كان نظام الحماية الدبلوماسية لا يثور إلا على المستوى القضاء الدولي، فإن تجاوز المستوى الوطني يعني تجاوز مبدأ ترجيح الجنسية الوطنية، والإعتداد بالجنسية الفعلية حيث توضع مختلف الدول التي تتزاحم جنسياتها في موضع المساواة ويتم ترجيح تلك الجنسية بمنتهى الحيادية تلك الجنسية التي يرتبط الشخص بها أكثر من سواها. حسام الدين فتحي ناصف، المرجع نفسه، ص135 و136.

[4] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص205.

السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

يتبين من هذه الفقرة أنه عندما يتعلق الأمر بالفعل الضار الذي تحدث وقائعه بالخارج فإنه لا يخضع في كل الحالات إلى قانون الحل، حيث وضع المشرع قيدا مفاده أنه بالنسبة للفعل الضار عندما يحدث في الخارج فلكي يخضع لقانون المحل يجب أن يكون غير مشروع في الجزائر وفي البلد الذي وقع فيه بعبارة أخرى لا تخضع الوقائع القانونية الناتجة عن الفعل الضار التي حدثت في الخارج إلى قانون المحل، إذا كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ومشروعة في الجزائر.

ويطبق القاضي الجزائري في هذه الحالة قانونه الوطني، فنكون هنا بصدد تطبيق القانون الجزائري، خارج هذا الشرط فإن القانون المحلي هو الذي يسرى[1] وتجدر الإشارة إلى أن الاستثناء خاص فقط بالالتزامات المتولدة عن الفعل الضار، أما تلك المتولدة عن الفعل النافع فتخرج من نطاقه[2].

وبالرجوع إلى مضمون الفقرة الثانية من المادة 20 نلاحظ أن المشرع قد أوقف تطبيق هذا الاستثناء على شرطين (أولا) نتطرق إليهما بشيء عن التفصيل قبل التعرف على أساس إعمال هذا الاستثناء (ثانيا) .

أولا: شروط إعمال مبدأ ترجيح قانون جنسية القاضي

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص380.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص334. غير أن بعض الفقه يرى تعميمه على الفعل النافع أيضا حيث يرى "نبوابيه" أنه إذا كان استرداد ما دفع دون حق غير جائز طبقا لقانون المحل وجائز في فرنسا وجب تطبيق القانون الفرنسي، وهو يقول أن القضاء الفرنسي طبق هذا الرأي في قضية ليزاردي الذي أثري على حساب تاجر المجوهرات الفرنسي، يراجع في ذلك ص121.
وهو رأي أشار إليه علي علي سليمان، مذكرات في قانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص89، وعز الدين الدين عبد الله، المرجع السابق، ص369.

يتبلور مبدأ ترجيح قانون جنسية القاضي بصفة خاصة عندما يقع الفعل الضار في دولة ما ويلجأ المضرور إلى محاكم دولة أخرى بغية اقتضاء التعويض، وهو الحق الذي تخوله إياه بعض التشريعات بنصوص صريحة وإن كانت تقيده بشروط[1].

أ- عدم مشروعية الفعل وفقا لقانون محل وقوعه

على القاضي بحث مسألة مشروعية الفعل وفقا لقانون البلد الذي وقع فيه[2] ذلك أن الالتزام الذي انتهك بفعل مشروع يعد رباطا قانوني لا يمكن تركيزه في مثل هذه الحالة إلا بالاستعانة بمصدره، أي الواقعة المنشأة له، وهذه الواقعة لا يمكن تركيزها وإسنادها إلا للمكان الذي تمت فيه[3].

وفي إطار استلزام عدم مشروعية الفعل وفقا للقانون المحلي "أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة باريس الصادرة بالتعويض في قضية تتلخص وقائعها في أن تصادما قد وقع في المياه الإقليمية الفرنسية، بين سفينة سويدية وأخرى فرنسية، أسفر عن إغراق الثانية ثم فرار الأولى إلى نيويورك حيث قام المؤمن الفرنسي للسفينة الفرنسية المصدومة والغارقة بتوقيع الحجز على السفينة السويدية وبيعها وذلك لدفع التعويض المستحق عليه لمالك السفينة الفرنسية، ثم رفعت بعد ذلك دعوى من جانب مجهز (مالك) السفينة السويدية أمام المحاكم الفرنسية، أنكر فيها حدوث التصادم بخطئه في المياه الإقليمية الفرنسية، وأخذ على المؤمن الفرنسي أنه وقع حجزا في غير محله، وقد قررت الدائرة المدنية لمحكمة النقض أن المؤمن، لم يقدم إثباتا لأي نص في قانون ولاية نيويورك، وهو قانون محل وقوع الفعل الضار المتمثل في الحجز يبين طبيعة الإعفاء من المسؤولية التي يتعرض لها من جراء الحجز الذي لا سند له والذي أوقعه على السفينة السويدية"[4].

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص141.
[2] نفس المرجع، ص149.
[3] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص406.
[4] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص151.

مما تقدم فإن نقطة البداية عند بحث إمكانية التعويض عن الفعل الضار والمرتكب في الخارج تتمثل في ضرورة أن يلحق هذا الفعل وصف عدم المشروعية وفقا لقانون البلد الذي وقع فيه، وعند هذا الحد تنتهي مهمة هذا القانون[1].

ب– عدم مشروعية ذات الفعل وفقا لقانون القاضي

مفاد هذا الشرط ألا يعتبر الفعل مشروعا وجائزا وفقا لقانون القاضي والذي يعد هو المرجع الأساسي في شأن تقرير مشروعية الفعل من عدمه لأن القانون الجنائي قانون إقليمي[2]. وعليه يجب أن ينعقد اتفاق القانون المحلي مع قانون القاضي معا على إلحاق وصف اللامشروعية بالفعل، وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/03/25 [3]: "بالاعتماد على المادة 696 من القانون الإجراءات الجزائية فإنه يجوز للحكومة الجزائرية أن تسلم شخصا غير جزائري إلى الحكومة أجنبية بناء على طلبها إذا وجد في أراضي الجمهورية وكانت قد اتخذت في شأنه إجراءات متابعة باسم الدولة الطالبة ولذلك إذا كانت الجريمة موضوع الطلب قد ارتكبت خارج أراضيها من أحد الأجانب عن هذه الدولة، إذا كانت الجريمة من عداد الجرائم التي يجيز القانون الجزائري المتابعة فيها في الجزائر حتى ولو ارتكبت من أجنبي في الخارج، حيث يتعلق الأمر بطلب تقدمت به الدولة السنغالية تطلب من خلالها تسليم مجرم فرنسي قام بجرائم تمس بالاقتصاد السنغالي في فرنسا بارتكاب النصب وإصدار شيك بدون رصيد وهي الأفعال المعاقب عليها بالمواد 45، 389، 390 من قانون العقوبات السنغالي وهي الأفعال المعاقب عليها بالمواد 42،373،374 من قانون العقوبات الجزائري ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن الأجنبي ارتكب عدة جرائم في الخارج يجيز متابعتها القانون الجزائري وأن المتهم إعترف باقتراف أحدها مما يتعين التصريح بالموافقة على تسليمه".

---

[1] نفس المرجع، ص152.

[2] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص87.

[3] قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، مؤرخ في 1997/03/25، ملف رقم 178268، قضية (حكومة السنغال) ضد(ر–س) ، المجلة القضائية، العدد الأول، 1997، ص141.

والملاحظ أن هناك تطابق بين المادة 20 فقرة 02 من القانون المدني والمادة 696 فقرة 03 من قانون الإجراءات الجزائية[1]، فقد وافق القاضي الجزائري على تسليم المجرم على أساس أن الفعل المرتكب يعد جريمة في كلا القانونين السنغالي والجزائري. وعلى ذلك فإن كان الفعل غير مشروع وفقا للقانون المحلي لكنه كان مشروعا وفقا لقانون القاضي فلا يكون ثمة مجال لإعمال الاستثناء حيث أنه لا مسؤولية على الأفعال المشروعة ونفس الشيء في الحالة العكسية ذلك أن الفاعل كان خاضعا لقانون يسوغ له مسلكه ويبيح له فعله[2].

ثانيا: أساس تدخل قانون القاضي في تقدير عدم مشروعية الفعل الضار

تقف فكرة النظام العام وراء اقتضاء عدم مشروعية الفعل وفقا لقانون القاضي حيث تهيمن عليها فكرة السيادة التشريعية لهذا القانون والتي يغض الطرف أمامها عن أي قانون أجنبي، وأن اقتضاء شرط وفقا لهذا القانون الأخير أمر لا ينبغي معه الاختصاص المنفرد لقانون القاضي والذي يمكن اعتباره اختصاصا معلقا على شرط يترتب على تحققه أيلولة المسألة لهذا القانون بصفة أصلية ومطلقة [3]. على أن يؤخذ مفهوم النظام العام بمفهومه المعاصر والذي يتم تقديره بصورة سابقة على رفع أية دعوى أو تطبيق أي قانون وليس النظام العام بمفهومه التقليدي الذي يفترض انعقاد اختصاص القانون الأجنبي بالمسألة المطروحة.

---

[1] تنص المادة 696 من قانون الاجراءات الجزائية: " يجوز للحكومة الجزائرية أن تسلم شخصا غير جزائري إلى حكومة أجنبية بناء على طلبها إذا وجد في أراضي الجمهورية وكانت قد اتخذت في شأنه إجراءات متابعة باسم الدولة الطالبة أو صدر حكم ضده من محاكمها ومع ذلك لا يجوز التسليم إلا إذا كانت الجريمة موضوع الطلب قد ارتكبت:

- إما في أراضي الدولة الطالبة من أحد رعاياها أو من أحد الأجانب.
- وإما خارج أراضيها من أحد رعايا هذه الدولة.
- وإما خارج أراضيها من أحد الأجانب عن هذه الدولة إذا كانت الجريمة من عداد الجرائم التي يجيز القانون الجزائري المتابعة فيها في الجزائر حتى ولو ارتكبت من أجنبي في الخارج". الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 48، صادرة في 10 يونيو 1966، ص 622.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص154.

[3] نفس المرجع، ص161.

وقد عللت المذكرة الإيضاحية الحكم الاستثنائي الوارد بالفقرة الثانية من المادة 21 من القانون المدني المصري والذي يقضي بتطبيق كل من القانون المحلي والقانون المصري تطبيقا جامعا بالنسبة لتقدير مشروعية الفعل المرتكب في الخارج، بقولها أن: "إلحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام"[1].

والقاعدة المزدوجة هي نفسها التي تهيئ له ذلك عندما يرجع إلى القانون الذي يشير إليه قانون محل وقوع الفعل الضار فيثبت عدم مشروعية هذا الفعل وفقا له، عندئذ ينفتح طريق التطبيق لقانون القاضي وحده في خصوص دعوى التعويض المرفوعة أمام المحاكم الوطنية إذا ما اعتبر ذات الفعل غير مشروع أيضا وفقا لقانون القاضي، ولم يكن قد تم التعويض عنه في الخارج[2] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يميل إلى استبعاد القانون المحلي باسم النظام العام، إذا كان هذا الأخير يكيفه ضمن الأفعال غير المشروعية، حماية للطرف الوطني من المتابعة القضائية واعتبار أن قدر الحماية التي يقررها القانون الوطني لا يجوز التنازل عنها[3].

وبما أن إلحاق وصف المشروعية واقعة من الوقائع أو نفي هذا الوصف عنها يفسر مسألة من النظام العام كونها تتعلق بالتكيف فقانون القاضي هو المرجع في تكييف مشروعية الفعل، لذلك يرى البعض أنه يمكن الاستغناء عن القيد الخاص بتكييف المشروعية من عدمها والاكتفاء فقط بالمبدأ العام الذي يقرر إخضاع التكييف لقانون القاضي أي الاستغناء عن الفقرة 02 من المادة 20 والاكتفاء بالقاعدة العامة في المادة 09 من القانون المدني[4].

المطلب الثاني: تطبيق قانون القاضي لاعتبارات اجتماعية

[1] أشار إليها هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص408.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص161.

[3] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص88.

[4] بلماضي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، 1993، ص191.

إن احتواء القانون الدولي الخاص في كل دولة على قواعد ذات طبيعة انفرادية، فضلا عن أنه يساهم في ترجيح مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية إذا ما قورن بمركز القانون الأجنبي الذي يطبقه القاضي ذاته، فإنه يجعل من قانون القاضي قانونا ذو امتياز في التطبيق بشأن بعض تلك المنازعات[1]. وذلك بهدف حماية مصلحة الطرف الوطني.

وإن كانت هناك مبررات أخرى فعند الموازنة بين مصلحة الوطني الذي يدخل في علاقة مع الطرف الأجنبي يفضل ترجيح مصلحة الطرف الوطني بغرض الحفاظ على النظام الاجتماعي للدولة، حيث يظهر ذلك جليا من خلال حماية الطرف الوطني في مسائل الأهلية (الفرع الأول) ونظام الزواج المختلط (الفرع الثاني) والذي يعتبر عصب تنازع القوانين والمجال الأوسع فيه.

الفرع الأول: حماية الطرف الوطني في مسائل الأهلية

تنص المادة 10 من القانون المدني "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم،

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبنيه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ".

يتضح جليا من النص المتقدم أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة عامة بشأن الأهلية أورد عليها استثناء في الفقرة الثانية من المادة لكنه ليس الوحيد حيث نصت المادة 15 فقرة 02 ق.م على استثناء بشأن الأهلية والخاص بحماية القصر وعديمي الأهلية بنصها على أنه: "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر عديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص39.

بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

وقد أورد المشرع هذه الأحكام لاعتبارات سوف نعمل على توضيحها بعد التطرف للقاعدة العامة (أولا) وضمن حماية الطرف الوطني في المعاملات المالية (ثانيا) ثم عند التطرق للنظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها (ثالثا).

أولا: القاعدة العامة في قانون الجنسية

تعتبر الأهلية من أهم مسائل الأحوال الشخصية لذلك فقد عكف المشرع وعلى غرار غالبية التشريعات العربية واللاتينية على إخضاعها لقانون الجنسية. فعلى الرغم من أن مصطلح الأهلية ينصرف إلى عدة أنواع من الأهلية، فهناك أهلية الأداء وأهلية الوجوب، وأهلية التقاضي، إلا أن المراد بالأهلية التي قصدها المشرع الجزائري وخصها بقاعدة إسناد هي أهلية الأداء العامة، والتي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وكذلك في ترتيب آثارها[1].

وقد أولى المشرع عناية خاصة لتنظيم الاختصاص القانوني عن طريق وضع قواعد إسناد يتأثر مضمونها بالسياسة التشريعية والمبادئ الموضوعية السائدة في النظام الجزائري، يتضح ذلك من خلال ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ليسري القانون الجزائري على كل مواطنيه داخل وخارج الإقليم باعتباره القانون الأكثر عدالة وملائمة الذي يحمي مصالحهم بقدر أو بآخر إذ أن قوام حل التنازع في منهج الإسناد يتأتى من اختيار المشرع قاعدة الإسناد الأنسب والأكثر ملائمة في ضوء السياسة والمصلحة الوطنية[2].

[1] زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 10.

[2] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص91.

وعليه إذا ما ثار نزاع حول أهلية أداء لأحد الجزائريين بخصوص منازعة تتعلق بعقد دولي مثلا، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق[1]. غير أنه وعلى الرغم من أهمية المبررات التي ينطوي عليها إسناد حكم أهلية الأشخاص إلا أنه يكون غير ملائم في بعض الحالات.

فبالنسبة للمعاملات التي تتم بين وطنيين وأجانب، أو بين أجانب من دول مختلفة حيث لا يكون الاستعلام عن الأهلية فيما بينهم بالأمر السهل ما يسبب اضطراب في المعاملات ، ويزعزع الثقة اللازمة لتنمو تلك المعاملات[2]. وأمام هذه الصعوبات، ورغبة في حماية المتعاقد الوطني أورد المشرع استثناءات على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية.

ثانيا: حماية الطرف الوطني في المعاملات المالية

تضمنت المادة 10 فقرة 02 من ق.م استثناء هام على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية فيما يخص التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبنيه على الطرف الآخر فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة. ويرجع أصل هذا الاستثناء إلى القضية الشهيرة التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يناير 1861 وهي القضية " ليزادي" lizardi[3] .

وقد تساءل الفقه حول أساس هذا الاستثناء فأرجعه بعضهم إلى فكرة الإثراء بلا سبب ولكن يعترض على ذلك بأن هناك سببا وهو العقد، ومنهم من رده إلى المسؤولية التقصيرية تأسيسا على فكرة التعسف في استعمال الحق وهناك من رده لفكرة النظام العام، ولكن الرأي الراجح أسسه على

[1] وبهذا الخصوص تنص المادة 40 من القانون المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

[2] زيدون بختة، المرجع السابق، ص 13.

[3] تتخلص وقائع هذه القضية في أن شابا مكسيكيا يبلغ من العمر 23 سنة، يدعى "ليزاردي"، اشترى من تاجر فرنسي بعض المجوهرات، وحرر لقاء ثمنها عدة سندات، ولما حل أجل الوفاء امتنع عن ذلك، ولما أقيمت دعوى ضده، تمسك ببطلان السندات التي حررها لنقص أهليته وفقا لقانون جنسيته، الذي يحدد سن الرشد ب25 سنة، فصدر الحكم لغير صالحه، يلزمه بدفع قيمة السندات، فطعن "ليزاردي" في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية، فأيدت هذه الأخيرة قضاة الموضوع في حكمهم وبررت ذلك على أساس أنه لا يجوز أن يفترض في المتعاقد الفرنسي العلم بكافة قوانين العالم، ويكفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة، وأن يكون حسن النية. زيدون بختة، المرجع السابق، ص14.

العذر بجهل القانون الأجنبي، مادامت قاعدة لا عذر بجهل القانون يقصد بها فقط القانون الوطني وليس القانون الأجنبي، والذي يعتبر في نظر الرأي الراجح فقها واقعة والجهل بالواقعة عذر مقبول، هذا فضلا عن أنه لا يتصور أن يحيط الإنسان علما بجميع قوانين العالم ولو كان من المختصين[1].

وأوقف المشرع إعمال هذا الاستثناء على توفر مجموعة من الشروط هي:

-أن تكون التصرفات مالية: أي أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي يدخل في نطاق التصرفات المالية دون غيرها من التصرفات الأخرى. غير أن الأستاذ موحند إسعاد ينتقد هذا الشرط فيرى أن المسألة يمكنها أن تخص كذلك مجال الأحوال الشخصية، إذ يمكن لأجنبي أن يتزوج في الجزائر، وقد يظهر فيما بعد أنه عديم الأهلية لأسباب متعددة وفقا لقانونه الوطني، إذا كان الزوج حسن النية وقت الزواج فمن غير المستحسن إلغاء إمكانية تصحيح هذا الزواج[2].

-كما يمكن قياسا على أحكام قانون الأسرة المستوحاة من الشريعة الإسلامية والتي تميز فيما يخص تصرفات ناقص الأهلية بين كونها نافعة له أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر، أن يأخذ المشرع بها في نطاق القانون الدولي الخاص فيميز بين التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجعلها متوقفة على إجازة المسؤول عن ناقص الأهلية[3].

-أن تعقد التصرفات في الجزائر وأن تنتج آثارها فيها: ويشمل الاقليم الجزائري ما يتبعه من مياه إقليمية وغيرها فلا يكفي إذن أن يتم التصرف في الجزائر ثم ينتج آثاره خارجها، كما أنه لا يكفي أن يكون قد انعقد في الخارج وأنتج آثاره في الجزائر بل لا بد من تلازم الأمرين[4]. حيث انتقد الأستاذ موحند إسعاد هذا الشرط أيضا معتبرا أنه يمكن أن يتعلق الأمر بإنتاج آثار بالجزائر بالنسبة لتصرف

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،ج1، المرجع السابق، ص146.

[2] موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، ترجمة فائر أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص161.

[3] كمال سمية، المرجع السابق، ص 285 و286.

[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص66.

جرى بالخارج أو العكس سيما وأننا عند العقد لا نعرف إذا كان سينتج آثارا بالجزائر، فإذا طرحت مسألة تتعلق ببطلان العقد، فإن القاضي يقوم بتقييم الخطأ أو الغلط في وقت ومكان إبرام العقد[1].

-وطنية أحد الطرفين: وذلك بمفهوم المخالفة لعبارة "أحد الطرفين أجنبيا" وعبارة الأجنبي الواردة في النص تعني أن العلاقة هي بين جزائري وأجنبي، رغم أنها يمكن أن تكون بين أجانب، ولكن الحل يرجع إلى القضاء الجزائري وسلطته التقديرية في ذلك[2]. لكن القضاء الفرنسي عمم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بأهلية الأجنبي ولو كان المتعاقد الآخر أجنبيا، واستقر على هذا ولم يتردد في حماية المتعاقد الأجنبي الذي لم يستطع أن يتبين أحكام قانون جنسية الطرف الأجنبي الآخر الذي تعامل معه، فلا يشترط أن يكون المتعامل مع الأجنبي من الوطنيين لأن الهدف هو حماية المعاملات التي تجري في حدود الإقليم[3]. أما إذا كان كل من المتعاقدين الأجنبيين من جنسية واحدة فلا يطبق قانون القاضي لأن المفروض أن كلا منهما على علم بأحكام قانونه الشخصي[4].

-أن يكون الأجنبي كامل الأهلية طبقا لقانون القاضي (القانون الجزائري) وناقصها طبقا لقانون جنسيته وعليه إذا كان ناقص الأهلية في نظر القانون الجزائري فلا يعتد بهذا الاستثناء.

-أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبنيه، ومن ثم يتطلب في المتعامل الوطني ألا يكون مقصرا في تبصره واحتياطه[5] ولقضاة الموضوع السلطة التقديرية في ذلك، ويكون هذا التقدير وفقا لمعيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي[6].

ثالثا: النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها

تتصل النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها[1] كالولاية والوصاية والقوامة اتصالا وثيقا بالأهلية العامة ولذلك اعتبرت من قبيل الأحوال الشخصية وأسندت إلى قانون جنسية الشخص

[1] موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، المرجع نفسه، ص162.

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص206.

[3] أشارت إليه كمال سمية، المرجع السابق، ص 288.

[4] هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص314.

[5] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص145.

[6] زيدون بختة، المرجع السابق، ص20.

الذي تجب حمايته طبقا للمادة 15فقرة 01 من القانون المدني. وينصرف معنى هذا النص إلى حماية القاصر في ماله وليس في شخصه وقد أسندت إلى قانون الشخص الذي يتولى ممارسة الحماية لأن هذه النظم مقررة لمصلحة القاصر والمحافظة على أمواله[2].

كما يتبين من النص أن الرجوع إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته إنما يكون في حدود القواعد الموضوعية المنظمة لتلك الحماية فيرجع لقانون الشخص لمعرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به ناقص الأهلية وعديمها وكذا طرق تعيين الأولياء والأوصياء والقيمين وحدود وظائفهم وطرق انهاء مسؤولياتهم[3] وبالرجوع إلى قانون الأسرة[4] نجد المواد من 81 إلى 108 قد بينت الأحكام الموضوعية للولاية على المال، الوصاية والقوامة. وقد يؤدي تنفيذ القواعد السابقة إلى حدوث تنازع بين قانون جنسية الشخص المحمي وقانون مكان وجود المال وكذلك بين قانون جنسية الخاضع للحماية وقانون القاضي في بعض المسائل المؤقتة[5].

لأجل هذه الإشكالات أضاف المشرع الجزائري بموجب تعديل 20 جوان 2005[6] فقرة ثانية للمادة 15 جاء فيها: "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر". وبذلك أدخل المشرع الجزائري ضمن اختصاص قانونه التدابير المستعجلة الهادفة للحماية

[1] ويعتبر عديما للأهلية طبقا للمادة 42 من قانون المدني من كان فاقدا للتمييز لصغر سنه أي من لم يبلغ 13 سنة، أو لعته والعته حالة تعتري عقل الانسان فتفقه القدرة على التمييز، أو الجنون وهو حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على تمييز العمل النافع من الضار. أما ناقص الأهلية طبقا لمادة 43 من القانون المدني كل من بلغ التمييز ولم يبلغ سن الرشد أي أقل من 19 سنة، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، والسفه هو حالة تصيب الشخص تدفع به إلى انفاق ماله بدون تدبير أما الغفلة فيقصد بها وقوع الشخص بسهولة في غبن بسبب سلامة نيته وطيبة قلبه.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1،المرجع السابق، ص146.

[3] زيدون بختة، المرجع السابق، ص24.

[4] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، صادرة في 12 يونيو 1984، ص910 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، صادرة في 27 فبراير 2005، ص18.

[5] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع نفسه، ص147.

[6] قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44، صادرة في 26 يونيو 2005، ص 17.

المؤقتة للقاصر الموجود بالجزائر أو لأمواله الموجودة فيها وعليه فإن تطبيق القانون الجزائري في هذه الحالة مقرون بشروط هي:

-أن يكون التدبير مؤقتا: وهي التدابير التي لا تبث في أصل الحق بل تفصل بصفة مؤقتة في النزاع إلى حين زوال الأوضاع التي دعت إلى اتخاذ التدبير المؤقت.

-أن يستهدف التدبير حماية مصالح ناقص الأهلية أو عديمها خشية فوات الأوان على تدارك الضرر اللاحق بأموال القاصر أو عديم الأهلية بالرجوع إلى قانونه الشخصي.

-أن يكون الشخص المشمول بالحماية أو ماله متواجدين بالجزائر وقت اتخاذ التدبير حيث يكون محل إقامة المشمول بالحماية وموقع أمواله بمثابة ضابط إسناد لاختصاص القانون الجزائري.

وتعود الجذور التاريخية لهذا الحكم إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر المبرمة بتاريخ 05 أكتوبر 1961[1]. حيث كانت قضية "boll" وراء إبرام هذه الاتفاقية، والتي تتلخص وقائعها في تطبيق القانون السويدي باعتباره مكان الإقامة على قاصرة من جنسية هولندية مقيمة في السويد، فرفع الأمر إلى محكمة العدل الدولية التي قررت بأن السويد لم تخل بالتزاماتها المترتبة على معاهدة لاهاي المبرمة في 1902 المتعلقة بالوصايا على القصر، على الرغم من أن المعاهدة كانت تقضي بتطبيق القانون الشخصي أي القانون الهولندي على مسائل الوصايا، ولجأت المحكمة إلى تبرير حكمها بالاعتماد على فكرة قواعد القانون العام، وركزت على الطابع الإداري للهيئات القائمة بتنفيذ القانون السويدي[2] .

وانطلاقا من وقائع هذه القضية حسمت اتفاقية لاهاي 05 أكتوبر 1961 الحالات التي يطبق فيها القانون الشخصي للقاصر والحالات التي يطبق فيها قانون القاضي[3]. حيث نصت في

[1] هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، تحت عنوان "الاتفاقيات" على الرابط: https://www.hcch.net، تاريخ الإطلاع : 2019/12/15.

[2] أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989، ص34.

[3] بن عزيزة حنان، التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي على النظم المقررة لحماية أموال ناقضي وعديمي الأهلية، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، المجلد 03، العدد 16، جويلية، 2019، ص86.

مادتها الأولى أن السلطات القضائية والإدارية لدولة الإقامة الاعتيادية للقاصر هي المختصة باتخاذ التدابير اللازمة لحماية القاصر في شخصه أو ممتلكاته[1] كما نصت المادة 09 من نفس الاتفاقية على اختصاص قانون الدولة التي يكون القاصر متواجدا بها، أو المال العائد له موجودا بها باتخاذ كافة التدابير الاستعجالية[2] .

ونفس الحكم جسدته لاحقا اتفاقية لاهاي 25 أكتوبر 1996[3] في نص المادة 12 فقرة 01[4] منها التي قضت بأن سلطات الدولة المتعاقدة التي يوجد بها الطفل أو ممتلكاته هي المختصة باتخاذ إجراءات حماية شخصيه أو أمواله، والتي تتميز بطابع مؤقت وأثر محصور على تراب تلك الدولة فقط، وعليه فقد قضى المشرع الجزائري باختصاص قانونه باعتباره قانون محل إقامة القاصر أو مكان موقع أمواله وذلك باتخاذ كافة التدابير المستعجلة وهي تلك التدابير التي لا ينتظر لاتخاذها الفصل في النزاع وقد وسع المشرع من اختصاص القانون الجزائري في مواد الأهلية إقرارا للمصلحة الوطنية والاستقرار الاجتماعي وعلى هذا الأساس أيضا وحرصا من المشرع على حماية النظام الاجتماعي للدولة بسط اختصاصه على مسائل أخرى لعلها أهم مجالات هذا النظام وهي علاقة الزواج.

---

[1] Art.01 : « Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve des dispositions des articles 3,4 et 5, alinéa 3, de la présente convention, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens ».

[2] Art.9 : « Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque état contrant sur le territoire duquel se trouvent le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures de protection nécessaires.

Les mesures prises en application de l'alinéa précédent cessent, sous réserve de leurs effets définitifs, aussitôt que les autorités compétentes selon la présente convention ont pris les mesures exigées par la situation».

[3] هذه الاتفاقية أيضا متاحة على الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، تحت عنوان، "الاتفاقيات" على الرابط: https://www.hcch.net، تاريخ الاطلاع: 2019/12/15.

[4] Art 12/01 : « sous réserve de l'article 7 les autorités d'un Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant au des biens de l'enfant, ayant un caractère provisoire et une efficacité territoriale restreinte à cet Etat, pour autant que de telles mesures ne soient pas incompatibles avec celles déjà prises par les autorités compétentes en vertu des articles 5à10».

الفرع الثاني: حماية الطرف الوطني في علاقات الزواج المختلط

تعد الرابطة الزوجية رابطة اجتماعية ذات أسس خلقية ودينية قبل أن تكون رابطة قانونية، فالطابع الديني أو العلماني للزواج في قانون ما يوسع من دائرة تدخل قانون القاضي لحفظ هذه الاعتبارات التي غالبا ما تدخل في النظام العام الاجتماعي للدولة[1]. ويعتبر الهدف الأساسي للدولة هو حماية وطنيها سواء داخل الدولة أو خارجها ومن جميع النواحي ولعل أهمها الجانب الاجتماعي، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق ببعض المسائل التي تشكل جوهر النظام الاجتماعي الوطني كعلاقة الزواج التي يكون أحد طرفيها أجنبيا، أو ما يعرف بالزواج المختلط. حيث يعتبر هذا الأخير من مسائل الأحوال الشخصية التي تطرح بشأنها منازعات بكثرة على القضاء، نظرا لإقبال الجزائريين والجزائريات على الزواج من طرف أجنبي ونظرا لحجم الجالية الجزائرية في الخارج لاسيما في الدول الأوروبية التي تسند منازعاته لقانون الموطن في حالة اختلاف جنسية الزوجين[2].

ونظرا للاعتبارات الاجتماعية، الدينية، الخلقية والقانونية التي يقوم عليها الزواج فقط اختلفت القوانين في تنظيمه وإسناده، حيث تبنى مشرعو الدول سعيا وراء حفظ هذه الاعتبارات قواعد ذات طبيعة انفرادية تخدم الاختصاص المباشر لهذا القانون[3].

وعليه نبحث في المجال المحجوز لقانون الجزائري في علاقات الزواج المختلط (أولا) وأساس إعماله في هذه المسائل (ثانيا) ثم مدى نجاعة هذا النوع من القواعد في حماية الطرف الوطني في علاقات الزواج المختلط (ثالثا).

---

[1] سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008، ص91.

[2] الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، مجلد 30، عدد 03، أكتوبر 2016، ص360.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص213.

أولا: المجال المحجوز للقانون الجزائري في علاقات الزواج المختلط

الزواج المختلط هو الزواج الذي يتم بين طرفين مختلفي الجنسية وغالبا ما يكون بين طرف وطني وآخر أجنبي، ويثير الزواج المختلط مسألة تحديد القانون المطبق[1].حيث يخضع الزواج لمجموعة من القواعد التي تعتبر لصيقة بالشخص وهذا ما يؤدي إلى تطبيق قوانين أجنبية محددة بموجب قواعد التنازع[2] المنصوص عليها بموجب المادة 11 و12 من القانون المدني[3]. فبعد ما بينت المادتين على التوالي القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وعلى آثاره والقانون المطبق على انحلال الزواج، أوردت المادة 13 استثناء بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج بقولها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وقد تقرر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبق للقانون الأجنبي مثل زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها مع غير من ينتمي إلى طائفتها أو العكس، يعتبر باطلا طبقا لقانون الجزائري وصحيحا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج جزائرية مسلمة مع غير مسلم حيث يسري الاستثناء ولو غير الزوج أو الزوجة جنسيته بعد الزواج، وفي المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيان وقت إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية[4].

---

[1] كمال سمية، المرجع السابق، ص301.

[2] سنينات عبد الله، المرجع السابق، ص92.

[3] تنص المادة 11 من القانون المدني على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". وتنص المادة 12 على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج. ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[4] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 07، العدد 18، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015/03/15، ص179.

وعلى الرغم من أهمية الدور الذي يلعبه هذا الاستثناء أو هذاالحل إلا أنه بقي يثير بعض الإشكالات وعليه سوف نحلل هذا الاستثناء من خلال عرضنا لمجال تطبيقه وكذا للإشكالات التي يثيرها.

أ- مجال تطبيق المادة 13 من القانون المدني

يشمل مجال تطبيق هذه المادة الشروط الموضوعية للزواج وآثاره وحتى انحلاله:

1- الشروط الموضوعية للزواج

مؤدى الاستثناء المقرر في المادة 13 من ق.م بالنسبة للشروط الموضوعية لصحة الزواج أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق على هذه الشروط باستثناء الشرط المتعلق بالأهلية، إذ تظل أهلية كل من طرفي العلاقة خاضعة لقانون جنسيته طبقا لنص المادة 10 من القانون المدني[1].

إن تحديد ما يدخل في فكرة الشروط الموضوعية هي مسألة تكييف تخضع بالضرورة لقانون القاضي طبقا للمادة 09 من القانون المدني وعلى النحو الذي أوردناه سابقا[2] وعلى ذلك فإن التكيف سيكون على أساس القواعد الموضوعية المنصوص عليها ضمن قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 09 منه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "، وأضافت المادة 10 من نفس القانون أن الرضا يكون بإيجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. كما نصت المادة 09 مكرر على الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج وهي الأهلية، الصداق، الولي، شاهدان وانعدام الموانع الشرعية.

وعليه فإن نطاق تطبيق المادة 13 من القانون المدني يشمل جميع هذه الشروط ما عدا شرط الأهلية حيث تبقى أهلية الطرفين خاضعة لقانون جنسيتها طبقا للمادة 10 من القانون المدني.

---

[1] زيدون بختة، المرجع السابق، ص37.

[2] ينظر الصفحة 100 السابقة.

2- آثار الزواج

لم يقصر المشرع الجزائري إعمال المادة 13 ق.م على الشروط الموضوعية للزواج فحسب، وإنما مدد إعماله ليسري على آثار هذا الزواج أيضا، وهو أمر منطقي حتى لا يكون هناك فصل بين القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وبين القانون الذي يسري على آثار هذا الزواج. فما دام أن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج هو القانون الجزائري فيكون من الملائم جدا أن يسري هذا القانون نفسه على آثار هذا الزواج[1].

وتنقسم آثار الزواج إلى شخصية ومالية، فالآثار الشخصية هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين[2] أما الآثار المالية فهي غير معروفة عندنا لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة[3] وهذا ما يعرف بنظام فصل الأموال[4] حيث طبق المشرع هذا النظام ضمن المادة 37 من قانون الأسرة[5].

ولتحديد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين يتم الرجوع إلى المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري إذا كان القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق. والهدف من إرجاع آثار الزواج للقانون الجزائري في هذه الحالة هو حماية الزوجة الجزائرية، لأن الأمر لو تعلق بالزوج فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة[6].

---

[1] زيدون بختة، المرجع السابق، ص43.

[2] المادة 36 من قانون الأسرة النافذ.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص74.

[4] زيدون بختة، المرجع السابق، ص44.

[5] المادة 37:"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزاج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها من خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

[6] رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص45.

3- إنحلال الزواج

يترتب على تطبيق المادة 13 في مجال انحلال الزواج تطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، حتى ولو غير جنسيته بعد ذلك فيسرى القانون الجزائري وحده على انحلال الرابطة الزوجية بالرغم من كون كلا الزوجين أجنبين وقت رفع الدعوى[1].

ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا في الجزائر المؤرخ في 1998/02/17 حيث قضت "بتطبيق القانون الإيطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية وزوج إيطالي بدلا من القانون الجزائري (المادة 13ق.م) لكون الزوجة جزائرية الأصل" فبذلك فقد أخطأ القضاة في تطبيق القانون[2] .

وعليه يتوجب على القاضي الجزائري تطبيق الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الزواج والواردة في المواد من 47 إلى 55 من قانون الأسرة الجزائري. حيث بالرجوع إلى هذه المواد نجد أن المشرع حدد أربع حالات لانحلال الزواج وهي : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق بناءا على طلب الزوجة متى توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، وكذا الخلع الذي بمقتضاه تتمكن الزوجة من مخالعة زوجها مقابل مبلغ مالي رغم عدم موافقته بالإضافة إلى الطلاق بالتراضي الذي نظم المشرع أحكامه بموجب المواد من 427 إلى435 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، حيث يعتبر إجراء يرمي من خلاله الزوجان إلى فك الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة[3].

أما عن آثار انحلال الزواج فقد اتجه الفقه الغالب إلى اعتبار الحضانة من أهم آثاره لأن النزاع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية[4].

---

[1] زاير فاطيمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص111.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 1998/02/17 ملف رقم 170082، قضية (ي ف) ضد (ق ج ر)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص167.

[3] جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص28.

[4] نفس المرجع، ص34.

وعلى اعتبار أن التكييف يخضع لقانون القاضي فإن الحضانة على ذلك تعد من آثار الطلاق طبقا للمادة 09 من القانون المدني وعليه فإنه يشملها حكم المادة 13 من القانون المدني فيطبق عليها القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. وقد نظم قانون الأسرة الجزائري كل الجوانب المتعلقة بالحضانة في المواد من 62 إلى 72 وتسند للأم حضانة ولدها طبقا للمادة 64، وتسقط عنها هذه الحضانة إذا تزوجت بغير قريب محرم أو أخلت بأحد شروط الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 أو الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي طبقا للمادة 69 مراعاة لمصلحة المحضون والأحكام القضائية في هذا الشأن عديدة[1].

وبسبب المشاكل التي تثيرها الحضانة والتي ترجع بالدرجة الأولى إلى غياب نص خاص بها وعدم كفاية الإسناد المذكور فقد عمدت غالبية الدول إلى تنظيمها عن طريق المعاهدات الدولية ومنها المعاهدة الثنائية بين الجزائر وفرنسا التي تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال[2] حيث تضمنت هذه الاتفاقية بين طياتها تنظيم حق ممارسة الحضانة ومراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى كما تضمنت حق الزيارة.

غير أن معظم الأحكام القضائية التي تصدر بموجب أحكام هذه الاتفاقية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ لاختلاف مضمن فكرة النظام العام بين الدولتين[3].

---

[1] قرار المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1989/01/02، ملف رقم 52207، قضية (ف م) ضد (ص ع) المجلة القضائية، العدد الرابع، 1990، ص74 (تعود الحضانة لمن يوجد في لجزائر من الأبوين). قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، مؤرخ في 1990/02/19، ملف رقم 59013، قضية (ن أ) ضد (ف ب)، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص117 (مراعاة مصلحة المحضون وتربيته على دين أبيه). قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1993/0/23، ملف رقم 91671، قضية (ل م) ضد (م ن)، المجلة القضائية، العدد الاول، 1994، ص72 (إقامة المحضون في الجزائر لمصلحة المحضون). قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 2001/12/26، ملف رقم 273526، قضية (س ف) ضد (س خ)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص264.

[2] مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 2 يوليو1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988، جريدة رسمية عدد 30، صادرة في 27يوليو 1988، ص1097.

[3] محمودي بوزينة آمنة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد 56، العدد 02، نوفمبر 2019، ص57.

ب- الإشكاليات التي يثيرها إعمال المادة 13 من القانون المدني

رغم أهمية هذا الاستثناء المقرر لصالح القانون الجزائري، إلا أنه لم يسلم من النقد بسبب المشاكل التي يثيرها عند التطبيق سواء بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج أو بالنسبة لآثاره أو لانحلاله.

فبالنسبة للشروط الموضوعية للزواج لو أن المنازعة لم ترفع أمام القضاء الجزائري فلا محل لتطبيق المادة 13 ق.م ولا لتطبيق القانون الجزائري وإنما يطبق القاضي الأجنبي المرفوع أمامه النزاع، قواعد في قانونه وهذا ما سيؤدي إلى اختلاف الحل لأنه قد يطبق قانونه وبالتالي تثبت للمادة 13 محدوديتها وعدم فعاليتها[1]

كذلك إذا كان إعمال المادة 13 لا يشكل إشكالا إذا أبرم الزواج في الجزائر فإن الإشكال يثور إذا أبرم الزواج في بلد أجنبي، فذلك يقتضي من القاضي الأجنبي أن يلجأ إلى إجراء التطبيق الموزع بين جنسية الزوجين، إذا كانت قاعدة الإسناد في قانونه مماثلة للمادة 11 من القانون المدني ولا يأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 13، فمثلا طبقا للقانون الجزائري لا يجوز لمسلمة أن تتزوج بغير مسلم، وهذا شرط موضوعي في القانون الجزائري، ولكن إذا أبرم الزواج في بلد أجنبي غير إسلامي، فلا يعتد بهذا الشرط لمخالفته للنظام العام عنده على أساس أنه قرر تمييزا يقوم على الحالة الدينية لا مبرر له، وهنا يثور الإشكال حول مصير هذا الزواج إذا ما ترتب عليه آثار في الجزائر[2].

وعلى هذا الأساس إنتقد الفقه إطلاق إسناد الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني وحده على أساس أنه إختصاص تحكمي وحيد الطرف هدفه توسيع دائرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص[3].

كما أن أغلب التقنينات وصفت نفس الحل المقرر باستئثار قانون القاضي بالتطبيق على العلاقات الخاصة الدولية كلما كان أحد مواطنيه طرفا فيها، وبالتالي فإن كل قاضي سيطبق قانونه

[1] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص314.

[2] زيدون بختة، المرجع السابق، ص50.

[3] أشار إليه زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص152.

مباشرة وهذا ما سيؤدي إلى إحداث مشاكل على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي ومدى مخالفته للنظام العام في دولة القاضي[1].

أما بالنسبة للإشكالات التي يثيرها إعمال المادة 13 ق.م على آثار الزواج فبداية تجدر الاشارة إلى أن هذا الإعمال في هذا المقام لا جدوى منه إذا كان الزوج جزائريا وقت الزواج إذ يعود الأمر لحكم المادة 12 ولا حاجة للمادة 13. في حين إذا كانت الزوجة جزائرية فهنا تبرز الجدوى من هذه المادة وهي حماية الزوجة الجزائرية من الخضوع للقوانين الأجنبية. لكن هذا الأمر نفسه هو محل نقد حيث أن هذه الحماية لا تتحقق في حالة تعلقت المنازعة بآثار الزواج لصالح زوجة أجنبية وقت الزواج لكنها إكتسبت الجنسية الجزائرية فيما بعد فلا يطبق عليها القانون الجزائري، لا حسب المادة 12 ولا بموجب المادة 13 ولعل هذا ما يشكل في الواقع إجحافا بحقها خاصة إذا كان الزوج ينتمي إلى منظومة قانونية مختلفة عن القانون الجزائري[2].

كما أن إعمال المادة 13 ق.م يصبح لا معنى له إذا غير الطرف الجزائري جنسيته فكيف يتصور تطبيق القانون الجزائري على آثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا وإنقطعت صلته بالقانون الجزائري[3]. كما لم يسلم حكم المادة 13 من النقد بخصوص تطبيقه على إنحلال الرابطة الزوجية كونه قد يؤدي إلى نتائج غريبة فنجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما [4] ويرى في ذلك الأستاذ أعراب بلقاسم أنه من الأوفق إخضاع الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع دعوى الطلاق[5].

[1] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص314.

[2] زيدون بختة،، المرجع السابق، ص51.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص161.

[4] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص258.

[5] وذلك أسوة بالمشرع الألماني المادة 17 من القانون المدني الألماني رأي مشار إليه في نفس المرجع، ص 259.

كذلك من المعلوم أن قانون الجنسية الجزائري لم يميز في الحقوق والواجبات بين من له جنسية أصلية ومن له جنسية مكتسبة إذ بمجرد أن يكتسب الأجنبي الجنسية الجزائرية تثبت له جميع الحقوق كأي جزائري له جنسية أصلية، بغض النظر عن طول أو قصر مدة اكتسابها. فلو ثار نزاع حول مدى توفر شرط الضرر كسبب للمطالبة بالتطليق بين زوج سوري وزوجة لبنانية، ثم تجنست الزوجة اللبنانية بالجنسية الجزائرية، وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة حسب الأصل العام هو القانون السوري، باعتباره قانون جنسية الزوج وقت الزواج، ولا يمكن تطبيق الاستثناء أي تطبيق القانون الجزائري. في هذا الفرض وذلك لعدم توافر مقتضياته، وبالتالي يطبق على الجزائرية قانون قد يكون بعيدا كل البعد عنها رغم اكتسابها للجنسية الجزائرية وتمتعها بكافة الحقوق المقررة للجزائريين[1].

إن الحكم المقرر بموجب المادة 13 ق.م يفتح باب الاحتيال على القانون من قبل الزوج الجزائري إذا أراد الحصول على طلاق لم تمكنه منه المحاكم الأجنبية وذلك برفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية للحصول على الطلاق بإرادة منفردة في مواجهة الزوجة المتواجدة في فرنسا استنادا على قواعد الاختصاص القضائي المقرر لصالحه. على النحو الذي بيناه في الفصل الأول من هذا الباب.

بالإضافة إلى ذلك أيضا تثير المادة13 مشكل آخر عندما تمنح الاختصاص للقانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا، حتى ولو كان يحمل جنسية أخرى لدولة لا تدين بالإسلام فتطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية حتى ولو كانوا يجهلون الإسلام تماما[2]

وعلى ضوء هذه الإشكاليات فإنه من الأفضل أن يكون نص المادة خاليا من أي تحديد لوقت الاعتداد بالجنسية الوطنية لأحد الطرفين، فإذا كان ذلك التحديد كان مناسبا الاعتداد به وقت انعقاد الزواج فيما يخص الشروط الموضوعية وكذا فيما يخص آثار الزواج كونه وقت نشوء الحقوق

[1] زيدون بختة، المرجع السابق، ص52.

[2] نفس المرجع، ص 53.

والواجبات المفروضة على الزوجين إلا أنه ليس من المنطق تطبيقه فيما يتعلق بانحلال رابطة الزوجية بل وجب الاعتداد بالصفة الوطنية وقت انحلال تلك الرابطة[1].

ثانيا: أساس إعمال المادة 13 من القانون المدني

بعد التطرق لطبيعة المادة 13 ومجال إعمالها نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على ضابط الجنسية الجزائرية من أجل عقد الاختصاص للقانون الجزائري بحكم المسائل المتعلقة بالشروط الموضوعية للزواج، آثاره وانحلاله متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. ولعل السبب الرئيسي هو حماية الطرف الوطني باعتبار أن موضوع الأحوال الشخصية من المواضيع الحساسة لارتباطه الوثيق بالحالة العائلية للشخص بالإضافة إلى مراعاة عادات وتقاليد الجزائريين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية[2].

وكما سبق بيانه فإن هذا الحكم قد قرر لحماية الزوجة الجزائرية. كما تصدى أيضا لظاهرة تغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزواج تهربا من اختصاص القانون الجزائري. كما أن ترك الأمر لحكم المادة 12 فقرة 02 يكون فيه إضرار للطرف الجزائري حيث أن خضوع انحلال الزواج لقانون لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج ما يؤدي إلى الإضرار بمصالح الزوجة الجزائرية[3].

ولا يقف حكم المادة 13 ق.م على حفظ مصلحة الطرف الوطني فحسب بل حفظ المصلحة الوطنية ككل كون أن الزواج يشكل أفسح مجالات تنازع القوانين ومن أهم مسائل الأحوال الشخصية، غير أن ذلك لا يجب أن يكون على حساب الثوابت الوطنية نظرا لتعلقها بالنظام العام

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص225.

[2] موكه عبد الكريم، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، مجلد 07، عدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ديسمبر 2016، ص163.

[3] موكه عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 171.

والمصالح الوطنية للدولة. خاصة مسألة الانفصال الجسماني الذي يعتبر نظام دخيل ناتج عن عولمة العلاقات الخاصة الدولية المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والثوابت الوطنية المتعلقة بالنظام العام[1]. وهو نظام لا يعرفه القانون الجزائري لذلك فإن الحماية المقررة بموجب هذه المادة قد تتحقق إذا كان الطرف الجزائري مازال يحمل جنسية جزائرية وقت رفع الدعوى، لكن العكس لو تخلى عن الجنسية الجزائرية بعد عقد الزواج فلا يوجد ما يربطه بالجزائر[2].

هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى حماية النظام العام الجزائري من خلال إقرار قواعد تعقد الاختصاص للقانون الجزائري وحده في هذه المسائل غير أن فكرة النظام العام في هذه الحالة تتعلق بمفهومها المعاصر. والتي يعبر عنها بالنظام العام سابق التحديد[3] باعتبار أن المسألة التي يواجهها قد تم تحديد اختصاص القانون الجزائري بها بصورة مسبقة وقبل إثارة أي نزاع بصددها. حتى إذا ما أثير أمرها طبق هذا القانون وحده بشأنها دون أي تزاحم أو منازعة من أي قانون أجنبي، حيث يتعلق الأمر بحماية النظام الاجتماعي في الدولة.

ثالثا: مدى نجاعة القواعد الانفرادية في حماية الطرف الوطني

تتأثر القواعد ذات الطبيعة الانفرادية في صياغتها بمبدأ شخصية القوانين الذي أرسلته تعاليم المدارس التاريخية لنظرية تنازع القوانين[4]. وقد كان القصد منها في إطار علاقات الزواج المختلط ربط الأسرة التي يكون أحد أطرافها وطنيا بدولته وبالنظام القانوني الخاص بها حيث تحقق له الحماية المكفولة له بقانونه.

[1] موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 164.

[2] كمال آيت منصور، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 01، العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ديسمبر2010، ص150.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص228.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص877.

وعليه فإن القواعد المزدوجة إن لم تكن ضد مصلحة الطرف الوطني في الزواج المختلط في بعض الأحيان فلا يمكن الجزم بأنها سوف تحقق له الرعاية التامة في جميع الأحوال بالنظر إلى بنيتها الثانية التي تتيح الفرصة لتطبيق قانون أجنبي، فقط صار من المشكوك فيه مناسبتها على وجه الخصوص للعلاقات التي تشكل جوهر النظام الاجتماعي في الدولة وأهمها علاقة الزواج[1]. وبالتالي فإن القواعد الانفرادية تجد مبررا قويا لشرعيتها حيث أن رعاية الطرف الوطني في العلاقة، ومن ثم تحقيق مصلحة أساسية للمشرع الوطني في استقرار نظامه الاجتماعي وذلك لن تأتي عن طريق غير هذا.

غير أن بعض الفقه يتساءل[2] عن مدى وجود هذه القواعد الانفرادية مادام أن القواعد المزدوجة يمكن أن تحقق نفس غايتها في هذا المقام استنادا إلى فكرة الدفع بالنظام العام. فإذا كان هدف القواعد الانفرادية في هذا المجال هو حماية الطرف الوطني المسلم فإن فكرة النظام العام يمكن أن توصل إلى نفس الغاية، حيث يرى الدكتور عز الدين عبد الله أن هذه الفكرة تؤدي بصحة زواج المسلم من غير المسلمة سواء كان الزواج بين مصري وأجنبية أم بين أجنبيين أو كان أحدهما أجنبيا[3].

غير أنه يجب الإشارة إلى أن فكرة النظام العام التي يمكنها التحرك لحماية تلك المصلحة في هذه الحالة هو النظام العام بمفهومه الحديث الذي يستبعد حكم القانون الأجنبي الذي يعارض المبادئ الأساسية الوطنية. ولعل إحجام القضاء عن اللجوء إلى تلك الفكرة بمفهومها السابق رغبة منه في تقليل حالات استعمالها وقصرها على الحالات محض إستثنائية[4].

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص218.

[2] هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، ج1، دار الفتح، الاسكندرية، 2011، ص307. وأحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص876.

[3] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص268.

[4] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع نفسه، ص227.

المطلب الثالث: تطبيق قانون القاضي لاعتبارات اقتصادية

إن الطابع الانفرادي الذي قام بحماية النظام السياسي والاجتماعي للدولة يبرز مرة أخرى ليحمي الوجه الاقتصادي للدولة. واستنادا لحق الدولة في حماية نظامها الاقتصادي بما يحتويه من مصالح مالية وتجارية من الخطر الذي قد يتهدده فيما لو تركت نظامها الاقتصادي لتحكمه منهجية قواعد التنازع ذات البنية المزدوجة، بما يعنيه ذلك من إمكانية فتح الباب أمام انطباق قوانين أجنبية[1] فقد قررت الدولة لقانونها حكم بعض المسائل الاقتصادية لحماية نظامها العام الاقتصادي.

ويمكن تعريف النظام العام الاقتصادي بأنه: "مجموعة من الضوابط المتجسدة في شكل قواعد قانونية آمرة وضعت لحماية السلوك الاقتصادي للفاعلين في السوق وخلق التوازن القانوني" وبذلك فهو يمثل الوجه الاقتصادي لمجموع المبادئ التي يقوم عليها اقتصاد الدولة[2]. وعلى هذا النحو يشكل النظام العام الاقتصادي أخطر وجه للنظام العام الوطني الذي يعتبر أيضا صورة من صور النظام العام بخلاف مفهومه التقليدي الذي يعتبر نظام قضائي تقديري.

وكسائر المسائل المتعلقة بالنظام العام يتعذر حصر مسائل النظام العام الاقتصادي غير أننا سوف نركز بالدراسة على ما ورد بشأنه ضمن قواعد الإسناد الوطنية والمتعلقة بنشاط الأشخاص الاعتبارية وتحديدا نشاط الشركات الأجنبية وإخضاعه للقانون الجزائري (الفرع الأول) ثم نتبين مبررات إخضاع نشاط هذه الأخيرة للقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق القانون الجزائري على نشاط الشركات الأجنبية

إن كلمة نشاط تأخذ هنا بالمعنى الواسع فهي تشمل ليس فقط النشاط المستمر على الإقليم الوطني لشركة دائمة بل تشمل كل نشاط عارض كإبرام عقد، مما يتطلب معه إنشاء فرع أو مكتب أو

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص163.

[2] بن أمينة مصطفى، النظام العام الاقتصادي وتطبيقاته في قانون حماية المستهلك الجزائري، مقاربة تشريعية لضبط سلوك العون الاقتصادي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة المسيلة، جوان 2019، ص1181.

وكالة لشركة يوجد مركزها في الخارج فهذا لا يعني إفلات هذه الفروع من الخضوع لأية قيود قانونية في الدولة محل هذا النشاط العارض[1]. وقبل ممارسة هذا النشاط سواء كان دائما أو عارضا لابد من الاعتراف بهذه الشركات الأجنبية أو فروعها، والاعتراف بشخص معنوي أجنبي ليس هو إلا ترخيص له ليقوم بهذا النشاط في دولة القاضي[2].

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة التنازع بالنسبة للأشخاص الاعتبارية في المادة 10 فقرة 03 من ق.م حيث نصت على ما يلي: "أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي"، وتعتبر هذه قاعدة عامة أورد عليها المشرع استثناءا لصالح القانون الجزائري متى مارست هذه الأشخاص نشاطا في الجزائر ضمن الفقرة الرابعة من نفس المادة بقولها: "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية نشاطا في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

ومقتضى هذه الفقرة خضوع هذه الأشخاص إلى القانون الجزائري وحده حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي في دولة أخرى. وعليه فإن نشاط الشركات الأجنبية يخضع للقانون الجزائري غير أن هذا الأخير لم يشترط أن يكون نشاط هذه الشركات دائما[3]، في حين أن اتفاقية لاهاي لسنة 1956 المتعلقة بالاعتراف بالشخصية القانونية للشركات الأجنبية[4] لاسيما المادة 07 منها حيث أقرت أن قبول إنشاء أو تشغيل وبشكل عام ممارسة نشاط دائم على إقليم الدولة المعترفة يكون محكوما بقانون تلك الدولة[5].

---

[1] بيار ماير، فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص910.

[2] نفس المرجع، ص911.

[3] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص127.

[4] هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، تحت عنوان "الاتفاقيات"، عل الرابط: https://www.hcch.net ، تاريخ الاطلاع: 2019/12/30.

[5] Art. 07 : « l'admission à l'établissement, au fonctionnement et en général, à l'exercice permanent de l'activité sociale sur le territoire de l'Etat de reconnaissance, est réglée pour la loi de cet Etat.

والملاحظ أن هذا النص الاتفاقي لم يقر الاعتراف بقوة القانون إلا فيما يتعلق بالشخصية القانونية فحسب أما الاعتراف بالحق في مزاولة النشاط فقد أخضعته لقانون الدولة المعترفة والتي يمارس على إقليمها نشاطا أجنبيا دائما كما جاء في نص الاتفاقية[1].

الفرع الثاني: مبررات إخضاع نشاط الشركات الأجنبية للقانون الجزائري

إذا كانت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد أقرت خضوع النظام القانوني للشركات الأجنبية للقانون الوطني للدولة التي يمارس على إقليمها نشاط هذه الشركة فإن تطبيق هذا القانون يكون انفراديا بلا منازعة ولا مزاحمة من قانون مركز إدارة الشركة[2]. وعليه يخضع المشرع الجزائري نشاط الشركات الأجنبية إلى قانونه للاعتبارات التالية:

-إن تنظيم نشاط الشركات الأجنبية يعتبر مسألة سيادية تتعلق بتنظيم الدولة لمركز الأجانب على إقليمها بما يخدم مصالحها السياسية والاقتصادية في هذا المجال.

-إخضاع نشاط الشركات الأجنبية للقانون الجزائري يضمن عملها في الإطار القانوني للدولة منعا من تحايل هذه الشركات والتهرب من القيود التي تفرضها خاصة القيود المالية المتعلقة منها بالضرائب.

-حماية الاقتصاد الوطني من هيمنة الشركات الأجنبية الكبرى التي قد ترمي إلى تحقيق أهداف سياسية بسيطرتها على قطاعات هامة للنشاط الاقتصادي.

ورغم هذه الاعتبارات فإن بعض الدول تتعامل بيسر في مواجهة الشركات الأجنبية متى بدت الحاجة إلى رأس المال الأجنبي والخبرة الأجنبية مما يحقق مصالح الطرفين وذلك مقابل ضمانات كافية

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص174.

[2] نفس المرجع، ص180.

تؤدى إلى هذه الشركات ضد اتجاهات السياسية الاجتماعية الداخلية كتأميم المشروعات[1] أو عدم ثبات التشريع الذي يمس مسألة الأمن القانوني.

المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي بناءا على المنهج المباشر

لا جدال أن قواعد الإسناد قد اعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي ردحا من الزمن، واستمرار العمل بهذه القواعد لايزال في معظم دول العالم، ما يجعله منهجا عالميا في ذيوعه وانتشاره، إذ يجري استخدامه في معظم الدول مع بعض الاختلاف الناجم عن تباين النظم القانونية في تلك الدول[2].

غير أن هذا المنهج لم يعد يساير التطورات الدولية في المجتمع الدولي، حيث أنه توجد بعض القوانين لا تسمح وفقا لطبيعتها بالاشتراك القانوني بين تشريعات الدول المختلفة، وهي لا تقبل التنازع وبوجود تلك القوانين يلتزم القاضي بأن يطبق قانونه الوطني مباشرة ودون أن يلتفت إلى منهج قاعدة الإسناد[3].

ومع تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية وسنها للعديد من القوانين المنظمة لهذه الحياة مثل قوانين الرقابة على النقد والتشريعات الضريبية وقوانين خاصة بحماية المستهلك، ظهرت أفكار جديدة كفكرة القانون الاقتصادي، وكذا تدخلها في مسائل أخرى تتعلق بالعمل والضمان الاجتماعي وغيرها، اقتضى إخضاع هذه المسائل التي تناولتها هذه التشريعات مباشرة لقانون القاضي[4]، سواء كانت هذه المسائل ذات طبيعة وطنية صرفة أم تضمنت عنصرا أجنبيا، سواء كانت من مسائل القانون العام أم من مسائل القانون الخاص .

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص184.

[2] بلماضي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الاسناد في ظل عولمة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 44، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2007، ص151.

[3] مُحَّد خيري كصير، المرجع السابق، ص105.

[4] محمود مُحَّد ياقوت، قانون الإرادة وقوانين البوليس وضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص17.

وبما أن منهج التنازع يقوم على التجريد والحيادية كونه يبحث عن القانون الأنسب لحل المنازعة، بناء على قاعدة الإسناد، بالإضافة إلى أنه يتسم بالغموض والتقييد كونه يقوم على نظريات فقهية مبهمة، وعدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني[1]. فإن ذلك كله أدى في ظل المتغيرات التي عرفها المجتمع الدولي والتي اصطلح على تسميتها بالعولمة إلى ضرورة وضع آليات قانونية جديدة وصياغة جيل جديد من القواعد القانونية[2]،

وبغرض تطبيق هذه القواعد على المستجدات الجديدة ومساعدة الدولة على تطبيق أهدافها وتوجهاتها الجديدة في مختلف المجالات، سواء كان ذلك من خلال منهج قواعد الإسناد ذاته كحل لتطبيق قانون القاضي على المسائل التي تهدف إلى الحفاظ على مبادئ الدولة العليا وذلك بتوحيد هذه القواعد بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي (المطلب الأول). أو تطبيق منهج جديد يخفف من مغالاة منهج القواعد الإسناد في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية لتظهر فكرة قواعد التطبيق الضروري (المطلب الثاني) لنخلص إلى مبررات اعتماد المشرع لهذا النوع من القواعد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي بناء على التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي

من الأصول المسلمة في فقه القانون الدولي الخاص أنه ليس ثمة تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي[3] فإذا كانت المحاكم الجزائرية مختصة لنظر النزاع وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن تطبق المحكمة وفي كل الأحوال القانون الجزائري على النزاع المطروح أمامها أي تطبيق مبدأ عدم التلازم، حيث أن هذا المبدأ لم يتأكد إلا في القرن الثالث

[1] محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص64-65.

[2] بلماضي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الاسناد في ظل عولمة القانون، المرجع السابق، ص152.

[3] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص402.

عشر مع بداية انهيار مبدأ الارتباط المطلق من اختصاص محكمة بعينها وتطبيق قانونها.[1] وأساس هذه الحقيقة أن الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، تختلف بالضرورة عن الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد الإسناد المختلفة، فأساس الأولى هو تحقيق الأمن والسكينة العامة على الإقليم في حين أن اختصاص الأخيرة هو تحديد أكثر القوانين عدالة وملائمة لحسم نزاع ذو عنصر أجنبي.[2]

غير أنه وبالرغم من اختلاف هذه الاعتبارات فقد تتشابه هذه القواعد لاتحادها في الهدف الذي تصبو إليه وهو تحقيق المصلحة العامة وهو ما يشكل تلازما بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي مما يشكل ميدانا جديدا لتطبيق قانون القاضي، لذا يجب تحديد معنى التلازم بين هاذين الاختصاصين (الفرع الاول) ثم نحدد الحالات التي يطبق ضمنها قانون القاضي في هذا الشأن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معنى التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي

عدم التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي لا يجب أن يكون مطلقا، وإلا سوف يؤدي ذلك بالضرورة إلى تطبيق القانون الأجنبي في حالات كثيرة، لذلك يجب دائما الاحتفاظ بالرابط بين القاضي وقانونه الوطني.[3]

ويقصد بالتلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي حسب ما يعبر عنه، أن المحكمة المختصة تطبق قانونها دون غيره ويكون تبيان المحكمة المختصة قبل تعيين القانون المختص بحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي[4] وانطلاقا من الفكر القائل بأن مبدأ عدم التلازم ليس مطلقا، يعرف البعض التلازم بين الاختصاصين "بوجود روابط وثيقة بينهما وأنهما يرميان إلى هدف مشترك أو أن

[1] هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص13.

[2] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص43.

[3] Peggy CARLIER, l'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de loi, thèse de doctorat, droit international privé, l'université de Lille 2, 2008, § 797.p 456.

[4] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص26.

أحد عناصر العلاقة القانونية يشكل تركيزا جغرافيا لقانون القاضي ما يمنحه الشرعية لحل تنازع القوانين".[1]

وفي حقيقة الأمر فإن محاولة التقريب بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، وإن كان مرغوبا فيه، إلا أنه يفضل من الناحية العملية، أن لا تدفع محاولة التقريب هذه إلى الدرجة التي يمتص فيها أحد الاختصاصين الاختصاص الآخر[2]. والثابت أن عدم التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي هو الأساس الذي تقوم عليه نظرية التنازع مطلقا، بل لم يكن من المتصور نشأة الأخير من الأصل.[3]

الفرع الثاني: حالات تطبيق قانون القاضي بناء على فكرة التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي

يتحقق تطبيق قانون القاضي بصفة أصلية أثناء تلازم الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في عدة مواطن:

أولا: اتحاد الأساس في قواعد الاختصاص القضائي الدولي و الاختصاص التشريعي

يتحقق التلازم نتيجة لوحدة الأساس الذي بنيت عليه قاعدة الاختصاص القضائي وقاعدة الاختصاص التشريعي[4]. أي يتبنى ضابط إسناد موحد بالنسبة لكلا الاختصاصين[5]، كما هو الوضع مثلا بالنسبة للعقارات مما ينتج تطابقا بين الاختصاصين، فمعظم التشريعات تخضع العقارات لقانون موقعها، وتعتمد في ذات الوقت الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها لمحاكم الدول الكائن بها هذه

[1] Peggy CARLIER :op.cit. § 794.p 454.

[2] هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص16.

[3] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص44.

[4] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص26.

[5] هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص15.

العقارات[1]. وتتمثل الحكمة في اتحاد ضابط الإسناد في قواعد الاختصاص التشريعي والقضائي، أن وجود العقار في إقليم الدولة يكشف عن ارتباط النزاع بها، ويعبر عن سيطرتها الفعلية عليه وهذا ما يؤدي إلى كفالة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من محاكمها، كما يجعل المحاكم أقدر من غيرها على الفصل في المنازعة واتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على العقار، كما أن سلامة المعاملات في مجال العقار تستلزم تمكين الأفراد من معرفة حالة العقار، وما إذا كان مثقلا برهن قانوني أو قضائي، كما أن الحقوق العينة الواردة على عقار يتم إشهاره وفقا لقانون الموقع حماية للغير، إضافة إلى أن العقار جزء من إقليم الدولة التي يوجد فيها وسيادتها وجزء من ثروتها الاقتصادية.[2]

ثانيا: جلب أحد الاختصاصين للآخر

يقصد بجلب أحد الاختصاصين الآخر أن يمنح الاختصاص لقانون القاضي بمجرد عقد الاختصاص القضائي لمحاكمه، أي بتبني قاعدة إسناد يكون من مقتضاها تطبيق القواعد القانونية المادية والموضوعية للمحكمة التي تنظر المنازعة، أي تطبيق قانون القاضي بصفة أصلية. وهنا يتحقق نوع من الاستغراق أو الامتصاص من جانب الاختصاص القضائي للاختصاص التشريعي، أو تتبع صورة عكسية عن طريق منح الاختصاص القضائي الوطني في جميع الحالات التي يكون فيها قانونه المادي هو المطبق على موضوع النزاع استنادا إلى قاعدة إسناد، وهذا ما يعرف بحالة جذب الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي.[3]

ثالثا: تحقق التلازم نتيجة المصادفة

قد يتحقق التلازم نتيجة للمصادفة في بعض الحالات كما لو أبرم عقد بين شخصين في دولة معينة اتخاذا منها موطنهما، فتختص محاكم تلك الدولة بنظر المنازعة العقدية على أساس أنه أبرم فيها و يختص قانونها بحكم الالتزامات العقدية لأنه قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.[4]

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص403.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر المحكمة المختصة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص21.

[3] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص364.

[4] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص26.

وتتحقق الصدفة بوجود اتحاد وتقارب مادي بين أهداف قواعد الاختصاصيين[1]. كأن تحقق المصادفة بصورة طبيعية وغير مقصودة من قبل المشرع أي دون دراسة مسبقة وتحديد منه[2].

كما يشكل التلازم في صورة المصادفة تطبيقا أصليا لقانون القاضي متى تحقق ذلك نتيجة سياسة تشريعية الغرض منها إبراز دور قانون القاضي ومنح الهيمنة له لحكم المنازعات الخاصة الدولية إلى درجة معاملتها كمنازعات داخلية، وهذا بالنظر لإرادة المشرع والقاضي[3] . غير أن هذا النوع من التلازم يكون في حالات قليلة ومحددة وذلك للحفاظ على خصوصية القانون الدولي الخاص، كما أن تعدد الضوابط يسمح بنظر عدد كبير من المنازعات ذات العنصر الأجنبي[4]

وعليه فإن التلازم يتحقق لعدة اعتبارات تتمثل في وحدة ضابط الإسناد بين الاختصاص القضائي والتشريعي أو اعتماد ضابط إسناد يجعل بين الاختصاص القضائي والتشريعي أو ضابط إسناد يجعل الاختصاص للمحكمة الوطنية كلما كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، أو في بعض المسائل التي ينشأ فيها التلازم مصادفة بين اختصاص محكمة دولة معينة وتطبيق قانونها على النزاع.

بالإضافة إلى تأثير المحكمة المختصة بنظر النزاع في القانون الواجب التطبيق ذلك أن تحديد المحكمة المختصة يسبق تعيين القانون الواجب التطبيق وهو أمر منطقي، فهي تتولى اختيار القانون الأكثر ملائمة لكل نزاع بإتباع قواعد الإسناد الوطنية وهذا ما قد يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي على المنازعة.[5]

[1] Peggy CARLIER, op. cit § 800, p 457.

[2] Ibid, § 802, p 458.

[3] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص367.

[4] Peggy CARLIER :op.cit § 813.p 462.

[5] حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر إختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص25.

المطلب الثاني: اختصاص قانون القاضي وفقا للقواعد ذات التطبيق الضروري

قد يبدو غريبا أن المشرع أثناء وضعه لقاعدة التنازع، قد ساهم بنفسه في تضييق الخناق على منهجها، وذلك عن طريق وضعه لقواعد آمرة واجبة التطبيق على كافة الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أم دولية[1].

وقد ظهر ذلك مع انتصار الفكر الاشتراكي في الربع الأول من القرن العشرين، حيث بدأ مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الاجتماعي والاقتصادي للحد من حقوق وحريات الأفراد بالقدر اللازم لإدراك المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف[2]. وكون قاعدة التنازع تؤدي في بعض الأحيان إلى تطبيق قانون أجنبي على علاقة أكثر اتصالا بقانون القاضي والعكس صحيح وهذا المنهج القائم على قاعدة الإسناد يتسم بشدة تعقيده مما ينتج عنه صعوبة استخدامه[3]. خاصة مع تطور الفكر الجديد في الدول كفكرة النظام العام الاقتصادي. لذلك يميل البعض مع جانب من الفقه الإيطالي [4] إلى إعمال هذه القواعد بل وجعلها تلازم التدخل الاقتصادي والاجتماعي التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

وعلى هذا النحو ومن أجل مسايرة الفكر الدولي الجديد اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي لتنظيم الروابط الداخلية وإن كانت مراعاة طبيعتها تقتضي امتداد سريان تطبيقها إلى العلاقات الدولية الخاصة وهذا هو التطبيق المباشر لما يطلق عليه بالقواعد ذات التطبيق الضروري[5]. وقد أخذت بها العديد من التشريعات[1] منها القانون القانون الجزائري ضمن المادة 05 بنصها:" يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص626.

[2] محمود محمّد ياقوت، قانون الإرادة وقوانين البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص23.

[3] محمّد خيري كصير، المرجع السابق، ص105.

[4] أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص626.

[5] ومن بينهم " فرانسيسكاكيس" نقلا عن بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص16.

وقد ظهرت فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري كعلاج لمغالات منهج قواعد الإسناد، في تغليب الاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية كون هذا الأخير يفترض مسبقا انتفاء أي ضرورة لتطبيق قانون القاضي[2]. كما أن هذا النوع من القواعد وجد مجالا للتطبيق في ظل اتسام منهج الإسناد بالغموض والتعقيد في كثير من الحالات، عدم توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني، عدم ملائمة قواعد الإسناد مع مواضيع دولية جديدة كالمعاملات الالكترونية أو مع خصوصية التعاقد والخدمات المصرفية الالكترونية[3].

ونظرا لأهمية هذه النوع من القواعد وجب التطرق لمفهومها (الفرع الأول) وتميزها عن فكرة النظام العام نظرا للتشابه الذي يكون بينهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم وضوابط تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

يعد الفقيه اليوناني "فوسيون فرنسيسكاكيس" Phocion francexakis، أول من تعرض لنظرية القواعد ذات التطبيق المباشر، حيث ينطلق هذا الفقيه في تحليله من أنه في الوقت الذي تعد فيه قواعد الإسناد ضمن منهجية تنازع القوانين هي النموذج الوحيد – حسب الفقه التقليدي – فإن القانون الدولي الخاص فضلا عن ذلك يعرف قواعد أخرى أطلق عليها الفقيه تسمية "القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الداخلي"[4].

وعليه يمكن تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها: "القواعد الداخلية التي تتسم بطابع آمر يفرض تطبيقها على المراكز التي تدخل في نطاق سريانها الذي يتطلبه مضمونها، والأهداف التي تسعى إلى إدراكها سواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلي بحت أو اتسمت بالصفة الدولية فهي

[1] فمنذ سنة 1804نصت الفقرة 03 من المادة الثالثة من التقنين المدني الفرنسي، على تطبيق القوانين الفرنسية بوصفها قوانين البوليس والأمن وأخذت بنفس الفكرة قوانين أخرى حديثة. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،ج1، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2000، ص79.

[2] أحمد عبد الحميد عيشوش، المرجع السابق، ص60 و61.

[3] بلماضي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الاسناد في ظل عولمة القانون، المرجع السابق، ص153.

[4] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص106.

على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين بما لها من مساس بالتنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة"[1].

وتبعا لغاية هذه القواعد هناك من يطلق عليها مصطلح قواعد الأمن والبوليس غير أن البعض يرى أنه ينبغي الإبقاء على تغيير قواعد البوليس وإسقاط اصطلاح قوانين الأمن[2]. حيث يرى الفقه الحديث ضرورة توضيح التفرقة بين كلا القانونين، فقوانين الأمن من خصائصها الإقليمية فهي تشمل قواعد القانون الجنائي والإداري، وقواعد القانون العام الأخرى التي ينشأ بشأنها تنازع القوانين، أما بالنسبة لقوانين البوليس فهي تلك التي تتصل بالقانون الخاص، وتحمي المصلحة العليا للدولة مثل القانون الاقتصادي وبعض القوانين الاجتماعية كقانون العمل المنافسة وغيرها[3]

وقد تعددت تسميات هذا النوع من القواعد الآمرة، وإن انحصرت في تعبيرات قوانين البوليس والأمن، والقواعد ذات التطبيق المباشر أو ذات التطبيق الضروري وقواعد تأمين المجتمع، إلا أن تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري تعد الأكثر شيوعا كونها تعبر عن أهمية هذه القواعد وحتمية تطبيقها على العلاقات الداخلية والعلاقات ذات الطابع الدولي أيضا[4] .

ويعتبر اصطلاح" القوانين ذات التطبيق الضروري" اصطلاح جامع حيث يشمل قوانين البوليس التي يطبقها القاضي مباشرة وغيرها، ويظهر أن القواعد التي يغطيها هي ضرورية من حيث التطبيق أي مدى إلزاميتها حماية للنظامين الاقتصادي والاجتماعي لمجتمع بلد القاضي وأن لقانون القاضي بصددها اختصاصا عاديا لا استثنائيا[5]. وعليه فإن قواعد التطبيق الضروري هي قواعد يضعها المشرع

[1] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص17.

[2] محمد خيري كصير، المرجع نفسه، ص108.

[3] بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري، بين إلزامية قواعد الإسناد والتخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ديسمبر 2019، ص501.

[4] محمد بلاق، المرجع السابق، ص68.

[5] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص328.

الوطني، مما يحتم تطبيقها بأسلوب آمر وفوري على جميع العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في مجال تطبيقها ودون المرور بالقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية[1] .

من هذا المنطلق يمكن القول بأن القواعد ذات التطبيق الضروري أبرزت بوضوح أن نطاق تطبيق بعض القواعد القانونية لا يمكن أن يتحدد بطريقة مزدوجة الجانب من خلال منهجية التنازع التقليدية التي تطرح في وقت واحد إمكانية تطبيق قانون القاضي وإمكانية تطبيق قانون أجنبي، ومرد ذلك أن طوائف الإسناد التقليدية لا يمكنها أن تستوعب بعض النظم القانونية الحديثة التي لا يسري بشأنها إلا قانون القاضي الوطني[2]. ولعل إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بصورة مستقلة ومباشرة على هذا النحو يفرض تفريق هذه القواعد عما يشابهها من القواعد الأخرى.

أولا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن قواعد النظام العام

إذا كان الأصل هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه بصدد منازعات دولية خاصة، فإن ثمة قواعد تنتمي لقانون القاضي وضعت في الأصل لتنظيم العلاقات الداخلية لكن صفتها الآمرة قد بلغت حدا تقتضي امتداد تطبيقها أيضا على الروابط الخاصة الدولية[3]. وهذه القواعد الداخلية قد يتداخل مفهومها مع مفهوم النظام العام في كثير من الأحوال.

تعد فكرة النظام العام واحدة من الأفكار الأساسية في العلوم الإنسانية كافة بصفة عامة وفي مجال العلوم القانونية بصفة خاصة لاسيما بالنسبة للعدالة، بوصفها جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني[4]. فهي تقوم بترجمة القيم و الأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أيا كان

[1] عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، مجلة اليرموك، مجلد 8، العدد الأول، جامعة اليرموك، الأردن، 2016، ص09.

[2] محمد بلاق، المرجع نفسه، ص69 و70.

[3] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص20.

[4] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص116.

مصدره[1]. والدور الذي يقوم به النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص هو منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني[2].

غير أن هذا الدور للنظام العام لم يكن معروفا عند نشأة فكرة النظام العام لدى فقهاء مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة ثم لدى الفقيه "ما نشيني" بعد ذلك، حيث أن فكرة النظام العام قد استخدمت كبديل للفكرة المستمدة في التنظيم الحالي للتنازع بين القوانين وذلك لتبرير تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا[3].

وطبقا لهذا الرأي فإن قواعد النظام العام التي تنتمي لقانون القاضي يستلزم التصدي لإعمالها على كافة الوقائع والتصرفات القانونية التي تتم في إقليم دولة القاضي، وعلى كافة الأشخاص المقيمين فيها أو الأموال الموجودة بها على حسب الأحوال دون اعتداد بما قد تشير به قواعد التنازع من اختصاص لقانون أجنبي[4]. عكس قواعد التطبيق الضروري التي تفترض وجود رباط بين مضمونها والهدف الذي تصبو إليه وكذا نطاق سريانها فيكون بذلك مفهوم النظام العام أوسع من مفهوم قواعد التطبيق الضروري[5].

ضف إلى ذلك أن وظيفة النظام العام تحقق بعد إعمال قاعدة الإسناد في القانون الوطني، في الوقت الذي تكون فيه قواعد التطبيق الضروري أسبق في التطبيق على قاعدة الإسناد، ذلك أن القاضي الوطني عندما يتحقق من توافر شروط تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري فإنه يقوم بأعمالها فورا وبشكل مباشر[6]. كما يظهر الفرق بين المنهجين أيضا في كون فكرة النظام العام تؤدي

[1] عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص19.

[2] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص116.

[3] هشام على صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993، ص299.

[4] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص19.

[5] نفس المرجع، ص20.

[6] نفس المرجع، ص117.

دورا علاجيا باستبعادها للقانون الأجنبي المشار إليه مقابل تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة[1]. في حين تلعب القواعد ذات التطبيق الضروري دورا وقائيا للحفاظ على المصلحة الوطنية.

ويفترق المنهجان أيضا في أن تطبيق قانون القاضي وفقا للدفع بالنظام العام يكون تطبيقا احتياطيا كما سوف يأتي بيانه في الباب الثاني من هذه الدراسة[2].

ثانيا: ضوابط تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

يرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن "القاضي كالمشرع فلا بد أن يعمل كل في نطاق وظيفته على تحقيق وحماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع في دولته، ولا شك أن للقاضي سلطة تفسير النص القانوني الغامض، مستعينا بوسائل التفسير المتعارف عليها في قانونه، وبالتالي إذا ساوره شك حول طبيعة النص القانوني الواجب التطبيق كان عليه أن يحدد مقصده حسب المبادئ العامة لقانونه، كي يصل إلى النطاق السليم في تطبيقه، ولا تخرج القواعد ذات التطبيق الضروري عن تلك القاعدة، إذا لم تكن إرادة المشرع صريحة في هذا الشأن"[3].

وفي هذا المعنى يضطلع القاضي بمهمة حماية المقومات الاقتصادية والاجتماعية في الدولة شأنه في ذلك شأن المشرع لما له من سلطة تقديرية في تفسير القواعد القانونية الغامضة في هذا المجال. فما هي الضوابط التي يعتمد عليها القاضي في الكشف عن وجود القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه؟.

نظرا لغياب إرادة المشرع الصريحة التي تفصح عن قواعد التطبيق الضروري، فإنه يتعين البحث في الضوابط التي وضعها الفقه لتشخيص القواعد بأنها ذات تطبيق ضروري[4] حيث تختلف هذه الضوابط الضوابط بين الشكلي، الفني، الغائي والضابط العقلاني لهذا ينبغي التطرق إليها:

---

[1] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص81.

[2] ينظر صفحة 191 اللاحقة.

[3] علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والأمن) وقواعد لإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015، ص33.

[4] إيمان نبيل ذيب حداد، القانون الواجب التطبيق على العلامات لتجارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ماي 2016، ص69.

أ- الضابط الشكلي

وهو يعني التحديد التشريعي الصريح لنطاق تطبيق القواعد القانونية، وهو ما يتخذ أساسا لوصف تلك القواعد من قواعد التطبيق الضروري، بمعنى آخر أن المشرع يقوم بتحديد النطاق المكاني لسريان القانون أو القاعدة[1].

ويعاب على هذا الاتجاه أنه يخالف مقصود المشرع من هذا التحديد[2] فلو كان الأمر كذلك فإنه وفقا للمادة 03 فقرة 03 من القانون المدني الفرنسي تعتبر قاعدة خضوع أهلية الفرنسيين للقانون الفرنسي ولو كانو مقيمين في الخارج من قواعد التطبيق الضروري لكونه حدد نطاق تطبيقها، وهو ما يخالف سلك القضاء الفرنسي الذي فسر نص المادة المذكورة تفسيرا مزدوجا انتهى فيه إلى اخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم[3].

ولعل ذلك النقد هو ما دفع البعض إلى القول بأن تكييف القاعدة على أنها من القواعد ذات التطبيق الضروري، لا يترتب فقط على تحديد المشرع صراحة لنطاق تطبيقها وإنما أيضا على حرصه على منح هذه القاعدة مجالا واسعا للانطباق يزيد عن ذلك المترتب على إعمال قواعد تنازع القوانين[4]. مثلما جاء في المادة 16 من قانون 18 جوان 1996 المتعلق بالنقل البحري التي تقرر أن القانون الفرنسي، تحت تحفظ الاتفاقيات الدولية، يطبق على كل عملية نقل تتم انطلاقا من أو وصولا إلى ميناء فرنسي، وهذا ما يفسر إلزامية القانون الفرنسي، وهنا يوجد إسناد عادي يمكن اعتباره كمؤشر لإرادة المشرع[5].

---

[1] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص118.

[2] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص28.

[3] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص73.

[4] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص28.

[5] أشارت إليه كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص337.

ويعاب على هذا الاتجاه أنه قد علق اكتساب القاعدة القانونية لوصف قواعد ذات التطبيق الضروري على إرادة المشرع في تحديد نطاق تطبيقها[1]. كما يخشى الوصول لنتائج غير معقولة إذا اعتبر ذلك قرينة لا يمكن نقضها كما انتقد لأنه يشترط إرادة المشرع الصريحة حتى تكتسب القاعدة صفة التطبيق الضروري مما قد يخالف مقصد المشرع، والبعض يضيف أنه يجب عدم الخلط بين قانون التطبيق الضروري وقاعدة الإسناد الانفرادية، كما أن المشرع عندما يحدد مجال تطبيق قانون ما من حيث المكان فهذا يعني أنها قواعد ذات تطبيق الضروري[2]

ب- الضابط الفني

حاول جانب من الفقه أن يستند إلى طبيعة القاعدة محل الدراسة فأرجع فكرة القواعد ذات تطبيق الضروري غير المعروفة إلى أفكار فنية مألوفة في فقه القانون الدولي الخاص كفكرة الإقليمية وفكرة النظام العام.

1- ضابط الإقليمية:

اعتبرت بعض أحكام القضاء الفرنسي القواعد ذات الطبيعة الإقليمية في قانون القاضي من القواعد ذات التطبيق الضروري، الذي ينتج تطبيقها على المراكز التي تدخل في مجال سريانها الإقليمي دون حاجة لإعمال منهج التنازع التقليدي على أساس أن قوانين التطبيق الضروري ذات طابع إقليمي، ومن ثم تصلح الإقليمية على هذا النحو معيار للكشف عن هذه القوانين[3] . فبالرغم من أن هذه القوانين تحدد بذاتها المجال المكاني لتطبيقها إلا أن إعمال مجال هذا التطبيق قد يتحدد في ضوء ضابط إقليمي.[4]

وفكرة الإقليمية كضابط لتحديد قوانين التطبيق الضروري منتقدة فهي فكرة يكتفها الغموض ومحاولات تفسير هذه القواعد في ضوئها هي محاولات لفهم فكرة غامضة عن طريق فكرة أخرى أكثر

[1] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص28.

[2] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص337 و338.

[3] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص75.

[4] بن زيادة أم السعد، المرجع نفسه، ص30.

غموضا[1] فيمكن تصنيف قانون القاضي، القانون المحلي، قانون الموقع، قانون الموطن على أنها قوانين إقليمية فالإقليمية مفهوم متنوع إضافة إلى أنه ليس صحيحا أن من آثار الإقليمية وضعها خارج تنازع القوانين، كما لا يعتبر كل قانون إقليمي هو قانون تطبيق ضروري، فالنظام العيني يقوم على قانون الموقع في حين أنه لا يشكل إلا فئة إسناد تقليدية[2]. كما أن قواعد ذات التطبيق الضروري إذا اعتبرت قانونا إقليميا فهذا يعني أنها تنتمي إلى القانون العام في حين لا يوجد تنازع بين قوانين القانون العام للدول المختلفة فلا يمكن لأي دولة التدخل في سيادة دولة أخرى[3].

2- ضابط النظام العام:

ذهب جانب من الشراح و أحكام القضاء إلى تفسير ظاهرة القواعد ذات التطبيق الضروري في ضوء فكرة النظام العام لتبرير التطبيق المباشر للقواعد الآمرة في قانونه، دون حاجة لمنهج التنازع ولم يستوجب وجود أي صلة بين النزاع وقانون القاضي، فوفقا لهذا الضابط يكتفي القاضي بالوقوف عند الهدف الاجتماعي للقانون المرتبط بالنظام العام[4]

لكن هذه المحاولة تعتبر خطرة لأنها تقود إلى تطور مفرط لقانون التطبيق الضروري وتحجب مفهوم النظام العام عن طريق إعطائه معنى جديد، فمفهوم النظام العام في القانون الداخلي لا يحدد قواعد التطبيق الضروري فأغلب القواعد المتعلقة بالطلاق والنسب تعتبر قواعد من النظام العام في القانون الداخلي لكنها لا تعتبر قواعد ذات تطبيق ضروري في القانون الدولي الخاص[5] .

كما أن التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري باسم النظام العام قد يؤدي إلى الخلط بين قوانين التطبيق الضروري التي تقوم على فكرة النظام العام وبين الدفع بالنظام العام، بالرغم من أن كلا

---

[1] محمود محمد ياقوت، المرجع نفسه، ص76.

[2] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص340.

[3] P.MAYER, V.HOUZE :op, cit, p50.

[4] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص31.

[5] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص341.

الفكرتين تسعيان إلى حماية المبادئ الأساسية في دولة القاضي، إلا أنهما يختلفان سواء من حيث طريقة إعمال كل منهما أو من حيث توقيت هذا الإعمال[1]

بالإضافة إلى اختلاف وظيفة كلا القانونين حيث جمع الرابط بينهما متجاهلا المفهوم الحديث لفكرة النظام العام بوصفها دفعا استثنائيا في حالة تعارض القانون الأجنبي المختص مع المبادئ العليا في دولة القاضي.

ت- الضابط الغائي

يعتبر هذا الضابط من أقدم الضوابط التي قيلت في شأن تشخيص القواعد ذات التطبيق الضروري، ويتخلص في أنه ينظر أساسا إلى الهدف أو الغاية التي يتوخاها القانون[2]. لذلك يجب التفرقة بين نوعين من القواعد: إحداهما يهدف إلى حماية مصلحة الجماعة وأخرى تهدف إلى حماية مصلحة الأفراد، تتسم القواعد الأولى بالإقليمية، فتسري على الأفراد الموجودين على إقليم الدولة ودون تفرقة بين وطني أو أجنبي، أما القواعد الثانية، فتمتد إلى خارج حدود الدولة ويطبقها القاضي الوطني أو الأجنبي، والقواعد الأولى دون الثانية هي القواعد ذات التطبيق الضروري[3]. وقد يرتبط الهدف بحماية مصالح الجماعة عن طريق حماية فئة معينة من الأشخاص مثل العمال الأجراء، المستأجرين، المستهلكين الأطفال القصر المعرضين للخطر، أو من أجل ضمان أمن المعاملات في مواجهة الغير، حيث توجد قوانين تساهم في التنظيم الاجتماعي، السياسي والاقتصادي للدولة، لها طابع التطبيق الضروري المستنبط من هدفها[4]

كما حاول جانب من الفقه أن يجد ضالته في هذا الضابط معتمدا على معيار مصلحة الدولة (أولا) الذي سبق لبعض الفقه أن قالوا به ومنهم "Arminjon" أو معيار تنظيم الدولة (ثانيا) الذي

[1] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص79.

[2] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص120.

[3] إيمان نبيل ذيب حداد، المرجع السابق، ص69.

[4] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص343 و344.

نادى به "فرانسيسكاكيس" والذي يقوم على تدخل الدولة وتنظيمها لمصالحها السياسية، الاجتماعية والاقتصادية[1]

1- ضابط مصلحة الدولة (القوانين السياسية).

يعتبر الفقيه "Arminjon" أول من أبرز القوانين السياسية قائلا بأنها تلك القوانين التي تعد بمثابة استثناء يلحق المبادئ والقواعد القانونية لصالح الدولة ذاتها أو لصالح حزب أو طبقة أو حتى مراعات لمعتقدات وأفكار معينة[2]. ولا يثار فيها تنازع القوانين، وتكون سارية المفعول وتطبق مبدئيا على كل الأشخاص والتصرفات والعلاقات القانونية، وفي المقابل لا يثار في الخارج وقد ظهرت هذه الفكرة في قرارات محاكم بعض الدول لتبرير رفض القانون الأجنبي حيث اعتبرت القوانين السياسية بمثابة قوانين التطبيق الضروري[3] غير أن هذا الطرح تعرض لنقد شديد من عدة أوجه:

فمن ناحية يصعب تحديد فئة معينة ومميزة من القوانين يمكن أن تتسم بالطابع السياسي، حيث أن كل قانون يستهدف في الواقع هدفا سياسيا، فالاختلاف بين قانون وآخر ليس في الطبيعة بقدر ما هو اختلاف في الدرجة[4].

ومن ناحية أخرى فإن هذا الطرح يترك مجالا لتعسف القاضي تبعا لتصوراته السياسية التي ستؤدي به إلى تقدير مختلف للقوانين الأجنبية، لهذا ينبغي أن يقتصر استخدام فكرة القوانين السياسية لتحديد قوانين التطبيق الضروري في أضيق الحدود نظرا لغموضها[5]

ومن ناحية ثالثة فالقوانين السياسية، وفقا لهذا الطرح تعبر عن فكرة الإقليمية البحتة التي لا يتصور في إطارها قيام التنازع بين القوانين وهو الأمر الذي يخل بالتنسيق المتطلب بين النظم القانونية المختلفة والتي تسعى قواعد الإسناد المزدوجة إلى إدراكه[1].

---

[1] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص87 و88.

[2] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص39.

[3] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص344.

[4] محمود محمد ياقوت، المرجع نفسه، ص89.

[5] أشارت إليه كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص344.

2- ضابط تنظيم الدولة.

استند الفقيه "فرانسيسكاكيس" إلى فكرة تنظيم الدولة حيث عرف القواعد ذات التطبيق المباشر بأنها "تلك القوانين التي ينبغي مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي، الاجتماعي والاقتصادي للدولة ويتمثل الضابط المميز لها في فكرة تنظيم الدولة"[2]. على هذا النحو اتخذ "فرانسيسكاكيس" من الهدف الذي ابتغاه المشرع من وراء هذه القوانين معيارا لتحديدها. فالقوانين ذات التطبيق الضروري هي قوانين تعكس فكرة التنظيم في الدولة، مما يحتم تطبيقها دون تزاحم لأن طابع التنظيم فيها لا يقبل تدخل قانون أجنبي[3].

انطلاقا من ذلك فإن هذا الطرح سوف يوسع من دائرة اختصاص قانون القاضي لأن هذه القواعد فضلا عن أنها تشمل العلاقات القانونية الخاصة سوف تمتد إلى القانون العام وكل ما يمكن أن يدخل ضمن فكرة تنظيم الدولة من فروع القانون الأخرى أو ما كان منها يهدف إلى ذلك أو لا يقبل تدخل أي قانون أجنبي. وقد تعرض هذا الضابط لنقد شديد من طرف الفقيه "لوسواران" و "هوزيه" لأنه ضابط غير محدد فإن الاعتماد عليه سيؤدي إلى اعتبار كافة القواعد القانونية من قوانين التطبيق الضروري، حيث أن كافة القوانين تهدف بقدر أو بآخر إلى تحقيق وحماية المصالح والمبادئ العليا في المجتمع أي أنه يصعب التسليم بوجود قاعدة قانونية تنظم المجتمع دون أن تكون ضرورية لهذا التنظيم[4] . كما أن هذه الفكرة سوف تمنح القاضي أيضا سلطة تقديرية واسعة في تقدير ما يدخل في تنظيم الدولة ما يوسع من نطاق تطبيق قانون القاضي.

---

[1] محمود محمّد ياقوت، المرجع نفسه، ص89.

[2] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص40.

[3] محمود محمّد ياقوت، المرجع نفسه، ص91.

[4] بن زيادة أم السعد، المرجع نفسه، ص41.

ث- الضابط العقلاني

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كان أساس تطبيق قواعد التطبيق الضروري هو وجود صلة أو رباط عقلاني بين مضمون وأهداف هذه القواعد بنطاق تطبيقها فهذه الصلة أو الرباط يصلح تبعا لذلك أن يكون ضابطا لتحديد هذا النوع من القواعد[1].

غير أن الفقيه "ماير" يرى خلاف ذلك الذي بالرغم من إشارته إلى هذه الصلة عند تعريفه للقواعد ذات التطبيق الضروري، إلا أنه يعتبر فيها ضابطا للكشف عن هذه القواعد على أساس أن التعريف السابق للقواعد ذات التطبيق الضروري هو مجرد تعريف وصفي لا يكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض هذه القواعد تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية عن غير طريق قواعد الإسناد[2].

غير أن هناك من يعارض هذا الطرح[3] من منطلق أن تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري تتضمن في نفس الوقت معيار تحديدها الذي يكشف أسباب فرض تطبيقها:

هذا ولقد كان الضابط العقلاني محل نقد من منطلق أن الصلة بين مضمون القاعدة ونطاق سريانها هي مسألة ثانوية ترتبط بمسألة أولية وهي ما إذا كان تطبيق القاعدة المطروحة يعد ضروريا من عدمه، وحيث أنه من المتصور ألا يكون هذا التطبيق ضروريا رغم توافر هذه الصلة، ففي هذه الحالة يصبح المعيار المذكور خاليا من أي معنى[4]. يبدو أنه من الصعوبة بما كان وضع ضابط محدد للقواعد ذات التطبيق الضروري وذلك لسببين:

-كل ضابط من الضوابط المتقدمة قد تناولت جانبا واحدا لتحديد هذه القواعد دون الجوانب الأخرى .

[1] هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص661.

[2] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص43.

[3] هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع نفسه، ص663.

[4] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص100.

-تقارب وتداخل مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري مع غيرها من المفاهيم المتشابهة لها كمفهوم النظام العام مما يزيد من صعوبة تحديدها غير أن هذه الصعوبة تنجلي متى حدد المشرع صراحة هذه القواعد أو نطاق تطبيقها.

الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

إذا كان حل التنازع الدولي بين القوانين يتم بتحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة عن طريق ضابط اسناد يسندها إلى أقرب القوانين صلة بها، فإن اختصاص القواعد ذات التطبيق الضروري لا يتم إلا عن طريق ضابط اسناد يعمل لصالح قانون القاضي. والتطبيق المباشر لقاعدة من قواعد قانون القاضي لا يتم بداية إلا إذا حدد المشرع نطاق سريانها من خلال اشتراط وجود صلة بينها و بين المسائل التي تدخل في هذا النطاق، فمن هذه الصلة يتخذ مشرع هذه القاعدة ضابط الإسناد الذي يعمل لصالح قانونه[1].

من ذلك فإن القواعد ضرورية التطبيق تتسم بطابع آمر يقتضي إعمالها وتطبيقها، تحقيقا لما ترمي إليه من اعتبارات تتعلق بالأسس الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية للمجتمع[2]. فهل "ضرورة" تطبيقها تعني أنها تطبق مباشرة على المسألة محل النزاع دون تعيين النطاق المكاني لها صراحة. أي إفصاح المشرع صراحة عن رغبته في تحديد مجال هذا التطبيق الضروري ضمن قانون يشمل قواعد حمائية للمجتمع. كأن يحدد النطاقها المكاني مثل الإقامة، أو الموطن، أو محل تنفيذ العمل فيثبت الاختصاص لقانون القاضي وبدرجة غير مألوفة وعلى نحو لا يتحقق عن طريق قاعدة الإسناد العادية[3]. فإفصاح المشرع صراحة عن تطبيق هذه القواعد لا يوجد أي صعوبة في تطبيقها لتحديده لنطاق تطبيق هذه التشريعات كالقوانين الضريبية والتأمينات الاجتماعية...

[1] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 203.

[2] احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذا التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 40، مصر، 1984، ص 183.

[3] علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 31.

أما إذا لم يفصح المشرع صراحة على أن هذه القواعد ليست قواعد ذات تطبيق ضروري أو لم يحدد مجال تطبيقها المكاني فهل سيكون للقاضي في ذلك سلطة تقديرية أم لا؟ ينقسم الفقه في الإجابة على ذلك لاتجاهين:

يرى الاتجاه الأول أن القوانين ذات التطبيق الضروري ترتب نتائج استثنائية خطيرة، حيث أنها تستبعد الوسيلة الأصلية (قاعدة الإسناد) لفض النزاع الدولي للقوانين، بقصد حماية المجتمع ومصالحه العامة وبالتالي لا يجب أن يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا كانت إرادة المشرع غير صريحة في اعتبار القانون من القوانين ذات التطبيق الضروري وهذا تطبيق للقاعدة العامة أن "الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه"[1]. فإن القاضي ملزم بعدم التوسع في ذلك.

أما الاتجاه الثاني فيورد بشأنه الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة حجة مفادها: "أن القاضي كالمشرع لابد أن يعمل كل في نطاق وظيفته على تحقيق حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية لمجتمع دولته ولا شك أن للقاضي سلطة تفسير النص القانوني الغامض، مستعينا بوسائل التفسير المتعارف عليها في قانونه، وبالتالي إذا ساوره شك حول طبيعة النص القانوني الواجب التطبيق كان عليه أن يحددها حسب المبادئ العامة لقانونه كي يصل إلى تحديد النطاق السليم لتطبيقه ولا تخرج القواعد ذات التطبيق الضروري عن تلك القاعدة إذا لم تكن إرادة المشرع صريحة في هذا الشأن"[2].

بعد استعراض الآراء الفقهية حول إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري سنحاول إعطاء بعض التطبيقات لهذه القواعد وفقا لقانون القاضي ثم نتطرق لأسس هذا التطبيق.

أولا: تطبيقات القواعد ذات التطبيق الضروري

يطلق على القواعد ذات التطبيق الضروري هذا الاصطلاح لأنها تعد ضرورية التطبيق لحماية التضامن الاقتصادي والاجتماعي لدولة القاضي إذا ما توفرت شروط تطبيقها المتمثلة في العلاقة

[1] علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 33.

[2] احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 161.

الموجودة بينها و بين النزاع، فهي ضرورية بالقدر الذي يتلاءم مع أهداف المشرع من سنها[1]. سواء حدد المشرع نطاف تطبيقها المكاني أو لم يحدده.

ومن أمثلة هذه القواعد ما نص عليه المشرع لحماية الاقتصاد الوطني في مجال المنافسة حيث أن قواعد قانون المنافسة[2]، تطبق على تصرفات الأشخاص (المتعاملين الاقتصاديين) الموجودين داخل التراب الوطني وكذلك تلك الصادرة عن أشخاص موجودين خارج التراب الوطني إذا كان لممارستهم غير التنافسية تأثير مباشر على السوق الوطنية.

غير أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد وبدقة الإطار الجغرافي للمقصود بالسوق في المواد 03، 17 و18 من قانون المنافسة على عكس المشرع المغربي مثلا، الذي يبين بكل وضوح في المادة 04 فقرة 01 أن الاتفاقات المتعلقة بالتصدير فيما إذا كان لتطبيقها أثر على المنافسة في السوق الداخلية المغربية[3].

أما في المجال الاجتماعي فنورد على سبيل المثال عقود العمل الدولية، باعتبار أن عقد العمل من العقود التنظيمية المتعلقة بالأمن الوطني وبالتالي فإنه يخضع للقواعد الآمرة في قانون القاضي[4]. حيث يجد هذا التطبيق أساسه في المادة 10 فقرة 04 من القانون المدني: "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاط في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري". كما أن المادة 03 من القانون 82-06 المتعلق بالعلاقات الفردية للعمل الملغى[5] كانت تقضي بسريان القانون الجزائري على

---

[1] بلاش ليندة، المرجع السابق، ص 501.

[2] أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، صادرة في 2003/07/20، ص 25.معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36، صادرة في 2008/07/02، ص 15، و القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 46، صادرة في 2010/08/18، ص 10.

[3] أشار إليه كيورسي محمد، قواعد المنافسة و النظام العام الاقتصادي –دراسة مقارنة-،اطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية و الادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 32.

[4] أحمد صبيح جميل النقاش، تنازع القوانين في عقد العمل الفردي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة بغداد، العراق، 2003، ص 82.

[5] قانون رقم 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982، المتعلق بعلاقة العمل الفردية الملغى، جريدة رسمية عدد 09، صادرة في 1982/03/02، ص 457.

كل عامل سواء كانت وطنية أو أجنبية عندما تقع علاقة العمل في الجزائر[1]، غير أن المادة ألغيت بموجب القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[2] حيث لم يتضمن هذا الأخير لأي نص مماصل للمادة المذكورة.

يفهم من سياق هذه النصوص أن علاقة العمل الجاري تنفيذها في الجزائر تخضع للأحكام التنظيمية في القانون الجزائري وحده بصفته قانون ذا تطبيق ضروري، حتى ولو لم يعد هناك نص صريح يحدد نطاق سرياها المكاني، غير أن سكوت المشرع عن تحديد نطاق سريان هذه القوانين لا يمنع القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع من تطبيق القانون الجزائري وذلك تفسيرا لنص المادة 05 من القانون المدني. حيث تشكل قوانين الشرطة قواعد القانون الجنائي والاداري وقواعد القانون العام الأخرى التي لا ينشأ بشأنها تنازع القوانين[3]، أما بالنسبة لقوانين البوليس فهي تلك التي تتصل بالقانون الخاص وتحمي المصلحة العليا للدولة مثل قوانين الائتمان الاقتصادي كالمنافسة والقوانين الاجتماعية كقانون العمل وغيرها[4].

ثانيا: أساس إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

يرى جانب من الفقه أن تقرير الاختصاص للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي يستلزم وجود قاعدة اسناد حقيقية، غير أن هذه القاعدة ليست عادية بل هي قاعدة اسناد خاصة أو استثنائية تحدد النطاق المكاني لقانون القاضي فقط عكس قاعدة الاسناد التقليدية التي

[1] المادة 03 من القانون 82-06: " يحكم هذا القانون كذلك كل علاقه عمل قائمه بين:
– عامل جزائري ومؤسسة مستخدمة أجنبية أو مؤسسة دولية تعمل في التراب الوطني ما لم توجد أحكام مخالفة تم اتخاذها بمقتضى اتفاقيه دولية.
– عامل أجنبي ومؤسسة مستخدمة جزائرية عندما تقع علاقة العمل بالجزائر وذلك طبقا لأحكام التشريع الجاري به العمل، لاسيما الاحكام المتعلقة بشروط التشغيل العمال الأجانب".

[2] قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 17، صادرة في25 أبريل 1990، ص 562.

[3] علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص 29.

[4] بلاش ليندة، المرجع السابق، ص 501.

تحدد مجال اختصاص قانون القاضي والقانون الأجنبي على حد سواء وأن تلك القاعدة الخاصة منفردة الجانب[1].

غير أنه يؤخذ على هذا الرأي أن الأصل في معيار الإسناد الذي تنطوي عليه قواعد التنازع التقليدية أنه معيار يقوم على التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمونه عملا بالطابع المحايد لهذه القواعد، أما معيار انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري فهو مستمد من تحليل لاحق لمضمون هذه القواعد وأهدافها[2].

في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه على القاضي إعمال بعض القواعد في قانونه بشكل مباشر بشأن نزاع دولي خاص مطروح أمامه بغض النظر عن اختصاص القانون الأجنبي بحكم هذ العلاقة، ذلك أن هذه القواعد قد بلغت حدا لا تقبل فيه مزاحمة قانون أجنبي وهو الأمر الذي يدعوه في النهاية إلى التطبيق المباشر لهذه القواعد، فكان النظام العام في دولة القاضي هو الأساس لإعمال هذه القواعد على نحو مباشر والقول بعدم مزاحمة قانون أجنبي للقواعد ذات التطبيق الضروري هو تعبير عن منهج عملي[3].

غير أنه وتطبيقا لمعايير إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري السابق ذكرها والتي تختلف جوهريا عن معايير إعمال قواعد الإسناد، فإنه يبدو جليا ضرورة وجود منهج آخر لإعمال هذه القواعد حيث يتم هذا في قانون القاضي بصفة مباشرة دون الاستعانة بقواعد الإسناد.

فبالتالي يعتبر المنهج الأحادي هو أساس التطبيق المباشر لهذه القواعد حيث يقصد بالأحادية هنا الأحادية الجزئية التي لا تستبعد –خلافا للأحادية العامة– منهج التنازع بل تقوم إلى جانبه لأن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي لا يستبعد تماما تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الأسناد المزدوجة، وإنما هو يؤدي فقط إلى إقصاء القاعدة الموضوعية في هذا

[1] ومن بينهم " Deby GERARD " و" Maury et Derruppe " نقلا عن محمود محمّد ياقوت، المرجع السابق، ص 106و107.

[2] محمود محمّد ياقوت، المرجع السابق، ص 110.

[3] أشار إليه هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 903.

القانون التي تتعارض مع قاعدة البوليس التي تريد الانطباق[1]. ووفقا لهذا الاتجاه يعمل المنهج الأحادي على نحو جزئي ولصالح قانون القاضي دون غيره من القوانين الأخرى، ما يشكل عودة أو تراجعا للوراء في القانون الدولي الخاص المعاصر بعد أن كان فقه هذا القانون قد هجر المنهج الأحادي واعتنق المنهج السافيني.

المطلب الثالث: اعتبارات تطبيق قانون القاضي بصفة مباشرة على المنازعات الخاصة الدولية

تعتبر قوانين التطبيق الضروري منافسة لقواعد الإسناد ويرجع السبب الرئيسي في تطورها إلى اكتساح الدولة للقانون الخاص، حيث ظهرت هذه القوانين مع تزايد الأحكام الآمرة والتدخلات المباشرة للدولة في القانون الخاص الداخلي[2] . هذا التدخل التشريعي سواء في الحياة الاقتصادية أو الاجتماعية اقتضى إخضاع المسائل التي تناولتها هذه التشريعات مباشرة لقانون القاضي، سواء كانت هذه المسائل ذات طبيعة وطنية صرفة أم تضمنت عنصرا أجنبيا، وسواء كانت من مسائل القانون العام أم من مسائل القانون الخاص.[3]

إن تطور تدخل الدولة ينتج عنه نقل الحدود بين القانون العام والقانون الخاص، وهذا ما يؤدي إلى تضييق مجال القانون الدولي الخاص العاجز عن ضبط قواعد القانون العام عن طريق منهج التنازع، وهذا ما أدى بالبعض إلى إلحاق القانون الدولي الخاص بالقانون العام ودفعهم إلى بعث دفعة جديدة

[1] حيث في نطاق الأحادية العامة يتوقف اختصاص قانون القاضي –بمقتضى قواعد الاسناد الأحادية– على فحص إرادة المشرع الصريحة دون أن يكون ثمة ارتباط بالضرورة بين مضمون هذا القانون واختصاصه. وإذا ما ثبت الاختصاص لهذا القانون على النحو السابق فهو يستأثر وحده بحكم النزاع المطروح مع إقصاء أي احتمال لتطبيق قانون أجنبي في شأنه. أما في إطار الأحادية الجزئية فيرتبط نطاق تطبيق قواعد البوليس بمضمونها وأهدافها وما يبقى خارج هذا النطاق يظل من الاختصاص الأصيل لقاعدة الإسناد التقليدية. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 111.

[2] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص331.

[3] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 200.

لقوانين التطبيق الضروري وتقديمها كمنهج خاص مختلف عن منهج التنازع[1] وكذا تقديم علاج لمغالاة منهج قواعد الإسناد في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية[2]

كما أن المنهج التقليدي القائم على قاعدة الإسناد أصبح عاجزا عن التلاؤم مع قواعد القانون العام التي تعتبر في أغلبها قواعد آمرة، ناهيك على أن الفقه يثير نوعا من الحساسية اتجاه هذه القواعد في نطاق القانون الدولي الخاص، لذا تعتبر القوانين ذات التطبيق الضروري التي تصدر استجابة لأوامر ومقتضيات اجتماعية واقتصادية منهجا مباشرا ملائما ومستقلا لتطبيق قواعد القانون العام على العلاقات الدولية الخاصة.[3]

وهو نفس الدور الذي كانت تلعبه فكرة النظام العام في ثوبها التقليدي قبل التطور الذي لحق بها حتى أصبحت طبقا لمفهومها الحديث أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في دولة القاضي حين يتعارض والمبادئ الأساسية في الدولة[4] حيث كانت فكرة النظام العام تعتبر كأداة لتثبيت الاختصاص فاستخدمت هذه الفكرة كبديل للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للنزاع وذلك لتبرير تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا[5].

وإذا بحثنا في دواعي تطبيق قانون القاضي بصفة أصلية فيما يخص حالات التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي نلاحظ أنه متى تطابق ضابط الإسناد الخاص بالاختصاصين فهو يكون متعلق بالنظام العام، ففي المثال المتقدم عن التنظيم القانوني للعقارات[6] نلاحظ أن ضابط الإسناد ومعيار الاختصاص القضائي الدولي هنا يكون متعلق بالنظام العام ما يحقق التلازم الآمر، ويجعل القاضي يطبق قانونه بصفة أصلية. كما أن جلب الاختصاص القضائي للاختصاص التشريعي

[1] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص333و334.

[2] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص201.

[3] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص334.

[4] محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقوانين البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، المرجع السابق، ص18.

[5] هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص299.

[6] ينظر الصفحة 33 السابقة.

في هذا المقام يكون بناءا على قواعد مادية هدفها سيادي وحفظ النظام العام في الدولة، حتى وإن كانت قواعد الإسناد الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي لا ترتبط بمبدأ السيادة وإن كانت تتأثر به ولو بصفة غير مباشرة، فإن التلازم بينهما وبين القانون الوطني سيجد أساسه في مبدأ الفعالية وذلك لجعل الحكم الصادر قابلا للتنفيذ. كما يطبق قانون القاضي متى تحقق نتيجة مصادفة لكنها مدروسة ومقصودة من قبل المشرع لبسط قانونه الوطني على جملة من المنازعات بهدف تحقيق غاية قواعد الاختصاصين التي ترمي لا محال إلى تحقيق المصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة.

والملاحظ أن قانون القاضي المعروض عليه النزاع قد استأثر بشكل أصلي وحصري ببعض الحالات التي تقبل التنازع وذلك استنادا لعدة اعتبارات. فقواعد الاختصاص القضائي الدولي تعتبر قواعد مادية تحدد مباشرة حالات اختصاص القضاء الوطني بالنظر في المنازعات المعروضة أمامه وذلك حفظا لاعتبارات متصلة بالنظام العام وتتعلق أساسا بسيادة الدولة وتقريرا لمصلحة الطرف الوطني بالتقاضي أمام محاكمه. كما أن إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني ترتبط ارتباطا وثيقا بتنظيم تسيير القضاء الذي يعتبر مرفق عام يعود للقانون العام ما يجعلها هي الأخرى تخضع لقانون القاضي بلا منازع.

بالإضافة إلى أن القواعد الانفرادية وفقا لمنهج التنازع قد اسندت لقانون القاضي العديد من المنازعات الخاصة الدولية وذلك بناء على اعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية ترمي كلها إلى حماية النظام العام لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع. كما استحوذ قانون القاضي أيضا بحكم هذه المنازعات وفقا للمنهج المباشر ودون التفات لمنهج التنازع نظرا لوجود تشريعات لا تقبل التنازع كونها ترمي هي الأخرى إلى حفظ النظام العام الاجتماعي والاقتصادي في الدولة.

ولا يقتصر قانون القاضي على الحالات التي يتمتع فيها هذا القانون بالاختصاص التشريعي الأصلي فحسب ذلك أنه يمكن تطبيقه بصفة احتياطية في بعض الحالات بعد اعمال قواعد الاسناد التي يتضمنها هذا القانون.

الباب الثاني
التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي

علاوة على الاختصاص الأصلي لقانون القاضي الذي يطبق بصفة حصرية على المنازعات الخاصة الدولية، يلعب قانون القاضي دور البديل بحلوله محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق باعتباره القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك لوجود عوائق قانونية أو واقعية تحول دونه. وكذا استجابة لضرورة وجود حل لكل نزاع يطرح أمام المحكمة حتى لا تضيع الحقوق إذا رفض القاضي تطبيق القانون الأجنبي لوجود سبب من أسباب استعاده المحددة قانونا.

وعليه يبدو أن هناك مانعان يحولان دون تطبيق القانون الأجنبي مما يعطي لقانون القاضي اختصاصا احتياطيا استبعاد القانون الأجنبي استنادا إلى مانع قانوني (الفصل الأول) واستبعاده اسنادا إلى مانع مادي (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تطبيق قانون القاضي استنادا إلى مانع قانوني

رغم عدالة قواعد التنازع الثنائية بين قانون القاضي والقانون الأجنبي كحل للمنازعات الخاصة الدولية، إلا أنه قد يلحقها مانع يضعف من أثرها ويمنح قانون القاضي فرصة تطبيقه ولو بصفة احتياطية، رغم تعيين القانون الأجنبي المختص الذي قد يدخل على خطوة التطبيق النهائية له ما يحول دون إتمامها.

فيمكن أن يكون المانع قانونيا يتمثل في استثناءان أو دافعان يتعلق الأول باصطدام القاضي بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص التي تعيد إليه اختصاصه بالمنازعة وهي حالة الإحالة من الدرجة الأولى (المبحث الأول) كما يتعلق الاستثناء أو الدفع الثاني بسبب تعارضه مع قواعد الدفع بالنظام العام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تطبيق قانون القاضي بموجب نظرية الإحالة

عندما تتم عملية الإسناد ويتحدد القانون الواجب التطبيق، تثار مسألة تحديد نطاق هذا القانون من حيث قواعده القانونية التي تعنيها قاعدة الإسناد[1]. فإذا أفضت هذه الأخيرة إلى ثبوت الاختصاص لصالح القانون الوطني فإن الأمر لا يطرح أي إشكال، ذلك أنه ما على القاضي إلا تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه، أما إذا ثبت الاختصاص لصالح قانون أجنبي فإن الأمر لا يطرح بهذا القدر من السهولة[2]، فيكون أمام القاضي حلان إما أن يرجع إلى قواعد القانون الأجنبي الموضوعية مباشرة ويطبقها على النزاع أو أن يستشير قواعد التنازع في القانون أجنبي التي قد توجهه إلى قانون آخر[3] فإذا ما أخذ بالحل الأول فقد رفض الإحالة وإذا ما أخذ بالحل الثاني فقد قبلها.

ولتوضيح ذلك سوف نتطرق لمفهوم نظرية الإحالة (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم نظرية الإحالة

في علة وجود قاعدة الإسناد أنها يجب أن تقود إلى تحديد قانون من بين مجموعة قوانين تتزاحم لحكم النزاع في مسألة خاصة دولية[4]، فإذا أفضت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي وجب على القاضي تشخيصه قبيل التطبيق الفعلي لقواعده، فيصبح ذلك التحديد أو التشخيص ضروريا بالنظر إلى أجنبية ذلك القانون بالنسبة للقاضي حيث لا سابق عهد له به.

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص87.

2 زيدون بختة، المرجع السابق، ص85.

3 عمارة عمارة، موفق المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05، مداخلة ضمن ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21و 22 أفريل 2010، ص132.

4 سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص633.

ومن أهم مشكلات تشخيص القانون الأجنبي الواجب التطبيق هو النطاق القاعدي له[1]، فلم يعد هذا القانون مقتصرا على القواعد الموضوعية فقط بل أضيف إليها قواعد القانون الدولي الخاص وتحدد هذا المفهوم الجديد بتغير النظرة إلى نطاق ومعنى القانون الأجنبي وحدود التعاطي مع مضمونه وقبل الكشف عن القواعد الموضوعية فيه[2].

ولأجل توضيح ذلك نتطرق إلى تعريف الإحالة ونشأتها (الفرع الأول) ثم تباين موقف الفقه حول الأخذ بها وأسس كل منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإحالة ونشأتها التاريخية

تعتبر مشكلة تحديد أي القواعد واجبة التطبيق في القانون الأجنبي المسند إليه حل النزاع أو ما درج الفقه على تسميته مشكلة الإحالة من المشكلات الرئيسية في دراسة نظرية التنازع الدولي للقوانين[3] ولبيان مضمون تلك المشكلة نبحث أولا في تعريف الإحالة (أولا) ثم نقف على صورها (ثانيا)

أولا: تعريف الإحالة

قبل التطرق لتعريف الإحالة يجبّ أن نحدد الحالات التي نكون فيها أمام مشكلة الإحالة فبداية لا تثور هذه المشكلة إلا إذا كنا أمام تنازع للقوانين[4] الذي يظهر في شكلين تنازع إيجابي وتنازع سلبي، وتتبلور مشكلة الإحالة عندما نكون أمام تنازع سلبي للقوانين أي تخلي كل قاعدة من قواعد

1 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص705.

2 سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص156.

3 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص705.

4 حيث لا تثور مشكلة الإحالة في الفروض التالية:

-إذا أشارت قاعدة الإسناد الانفرادية إلى تطبيق قانون القاضي مثل المادة 13 من القانون المدني.

-في حالة التنازع الإيجابي بين قواعد الإسناد وهي الحالة التي يقرر فيها كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي الاختصاص التشريعي لقانونيهما.

-في حالة تماثل أو تطابق مضمون قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه. الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 08، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2015، ص149 و150.

الإسناد عن الاختصاص الذي ينعقد لها. ويحدث ذلك عندما تختلف قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي وهي حالة ما إذا منحت قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، وترفض هذه الأخيرة عقد الاختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وترجعه أو تسنده هي بدورها لقانون القاضي أو لقانون آخر[1].

وعليه يمكن تعريف الإحالة بأنها: "نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق"[2] وعليه فالإحالة هي الإسناد الإجمالي الذي يتحقق عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع إلى تطبيق قانون أجنبي معين وتقضي قاعدة الإسناد في ذلك القانون بإعادة الاختصاص لقانون القاضي أو قانون أجنبي آخر[3]. أما إذا رجع القاضي إلى القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية مباشرة وفقط فقد رفض الأخذ بالإحالة[4].

وتعزو ظهور الإحالة في كثير من الحالات إلى القضية الشهيرة التي عرفت باسم ميراث "فورجو" forgo (1874-1882)[5] حيث استقر القضاء الفرنسي على إثرها على الأخذ بالإحالة

1 الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص150.

2 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص49.

3 بلغيث عمارة، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 01، العدد 1، جامعة العربي التبسي، تبسة، مارس 2007، ص281.

4 عمارة عمارة، المرجع السابق، ص133.

5 تتلخص وقائعها في أن بافاريا يدعى"فورجو" انتقل إلى فرنسا واستقر بها دون أن يكتسب مع ذلك موطنا قانونيا وفقا لأحكام القانون الفرنسي، وظل موطنه القانوني بذلك في بلده الأصلي بافاريا وموطنه الفعلي في فرنسا، ولما توفي عن ثروة منقولة تركها في فرنسا أثير النزاع أمام القضاء الفرنسي حول القانون الواجب التطبيق على التركة. رغم أن قاعدة التنازع الفرنسية المختصة تقضي في هذه الحالة بتطبيق القانون البافاري بوصفه قانون موطن المتوفى، إلا أن إدارة الدومين العام في فرنسا قد طالبت مع ذلك بتطبيق القانون الفرنسي، وكانت الإدارة المذكورة تسعى من وراء مطالبتها بتطبيق هذا القانون إلى الاستفادة من أحكامه التي تعتبر التركة في هذا الفرض شاغرة على أساس أن المطالبين بها من الحواشي اللذين لا يحق لهم الميراث. ويترتب على ذلك أن تؤول ملكية التركة إلى الدولة- ممثلة في إدارة الدومين العام-باعتبارها مالكا للأموال التي لا مالك لها بمقتضى المادة 317 من القانون المدني الفرنسي. أقامت إدارة الدومين العام طلبها بشأن تطبيق القانون الفرنسي على أساس أن قواعد التنازع في القانون البافاري- وهو القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية- تقضي في هذه الحالة بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفى. ولما كان الموطن الفعلي "لفورجو" في فرنسا، فيكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على الدعوى. لما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية، أقرت في حكمها الصادر في 24 يونيو1878 وجهة نظر إدارة الدومين العام الفرنسية وقبلت بذلك إحالة قاعدة الإسناد البافارية إلى أحكام القانون الفرنسي في شأن الميراث. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص91 و92.

من الدرجة الأولى أي التي تقود إلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي[1]. مع هذا التوجيه فتح الباب أمام قيام الإحالة وبقيام قضية "فورجو" أمام القضاء الفرنسي ظهرت إلى ساحة تنازع القوانين نظرية جديدة تحمل مقدارا من الإبداع القانوني بمقدار ما تحمل من مبررات تضارب بين مواقف الدول والحلول التي تطرح فيها[2] .

ثانيا: صور الإحالة

يشكل تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية قبولا للإحالة وتنازلا عن الاختصاص في حل النزاع لقانون آخر وهو ما درج على تسميته بالإحالة من الدرجة الأولى أو إعطاء الاختصاص لطائفة معينة من طوائف القواعد القانونية المتواجدة داخل النظام القانوني للدولة وهو ما درج على تسميته بالإحالة من الدرجة الثانية[3]وعليه تظهر للإحالة عدة صور[4] نذكر أهمها:

الصورة الأولى: الإحالة من الدرجة الأولى[5] تتحقق هذه الصورة في الفرض الذي يؤدي فيه إعمال قاعدة التنازع في القانون الأجنبي واجب التطبيق ابتداء من رفض ترشيحه أو قابليته لحل المسألة محل النزاع ورد الاختصاص إلى قانون القاضي، بحيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية في

1 سعيد يوسف السبتاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص160.

2 سعيد يوسف السبتاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص636.

3 عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص120.

4 غير أن من الفقه من يورد صور الأخرى للإحالة:

-الإحالة الطولية: وتتحقق هذه الصورة حينما يؤدي الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص إلى رفض اختصاص قانونها وإحالته إلى قانون دولة ثالثة الذي يرفض بدوره طبقا لقواعد التنازع فيه ويحيله لقانون دولة رابعة الذي يحيله إلى قانون دولة خامسة...

- الإحالة الدائرية: تتحقق هذه الصورة عندما تقرر قواعد التنازع في القانون الأجنبي واجب التطبيق، اختيار قانون دولة ثالثة غير أن الرجوع إلى قواعد التنازع في هذا الأخير تجعل الاختصاص إما لقانون دولة القاضي أو لقانون الدولة الأجنبية الذي تم اختياره ابتداءا حسب قواعد التنازع في قانون القاضي.

- الإحالة الكاملة: أو الإحالة المزدوجة حيث أن القاضي الوطني لا يطبق قواعد التنازع أصلا في القانون المختص التي قد تحيله إلى قانونه أو قانون آخر، بل بمقتضاه يضع القاضي الذي يفصل في المسألة نفسه موضع قاضي الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها القانون الواجب التطبيق ويحل تنازع القوانين على النحو الذي كان سيحله به ذلك القاضي الأجنبي، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص709 و710.

5 وتسمى أيضا بالإحالة البسيطة والإحالة ذات الدرجة الواحدة والإحالة الحقيقية، عامر محمد الكسواني، المرجع نفسه، ص121.

قانونه ولا يتصور إعادة تطبيقه لقواعد التنازع الوطنية مرة أخرى[1] وتسمى هذه الصورة "الرجوع"[2]. مثل ذلك أن يقوم إنجليزي مقيم في الجزائر بتصرف متعلق بالأهلية فيطبق عليه القانون الجزائري قانون جنسيته وهو القانون الإنجليزي لكن قواعد التنازع في القانون الإنجليزي تحيل إلى قانون الموطن وهو القانون الجزائري.

الصورة الثانية: الإحالة من الدرجة الثانية[3] يؤدي بموجبها الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختار إلى رفض فكرة الاختصاص بحكم المسألة المعروضة وإحالته ليس إلى قانون القاضي، بل لقانون دولة ثالثة الذي يبدي قابليته للتطبيق[4]. كما لو أن تبعا للمثال السابق الإنجليزي اتخذ إيطاليا موطنا له ورفع النزاع أمام القاضي الجزائري فإنه لو قبل إحالة القانون الإنجليزي إلى القانون الإيطالي فسوف يطبق القانون الايطالي وهي صورة الإحالة من الدرجة الثانية.

وسنقتصر بالدراسة على الصورة الأولى من الإحالة كونها تشكل حالة مؤكدة من حالات تطبيق قانون القاضي.

الفرع الثاني: موقف الفقه من الإحالة

تعتبر الإحالة من مسائل القانون الدولي الخاص التي أثارت جدلا كبيرا بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض ولأجل الوقوف على تلك الاختلافات وحجج أصحابها نتطرق إلى ذلك وفق نقطتين: الاتجاه المؤيد للإحالة (أولا) والاتجاه الرافض للأخذ بالإحالة (ثانيا).

1 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص708.

2 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص49.

3 وتسمى أيضا بالإحالة من الدرجتين أو ذات الدرجات المتعددة، عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص122.

4 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص709.

أولا: الاتجاه المؤيد للإحالة

اتجه فريق من الفقه إلى أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص قانون أجنبي معين ليحكم المسألة محل النزاع، فإنه يجب إعمال قواعد الإسناد في ذلك القانون لمعرفة هل تؤكد الاختصاص له ولقواعده الموضوعية أم أن قانون دولة أخرى هو الأجدر بالتطبيق، وأستند هذا الفريق إلى عدة حجج ثم وضعوا مجموعة من الأسس القانونية لقبول الإحالة.

أ- حجج مساندي الإحالة

اعتمد مؤيدو الإحالة والمنادون بها على مجموعة من الحجج والأسانيد هي:

1-فكرة الإسناد الإجمالي: مقتضى ذلك أن قاعدة الإسناد تنفذ إسنادا إجماليا للقانون الأجنبي، وهذا الأخير كل لا يتجزأ في قواعد الإسناد وفي قواعده الموضوعة، وعلى القاضي أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد لأنها هي التي تحدد حالات تطبيق القواعد الموضوعية، وإهمالها لها يقود إلى تطبيق تلك الأخيرة في غير الحالات التي يجب أن تطبق فيها[1].

ومن ثم فإن تحديد قواعد الإسناد الوطنية للقانون الأجنبي المختص بشأن علاقة قانونية معينة لا يعني بالضرورة نسب الاختصاص الفعلي للقانون الأجنبي بل أنها تعرض اختصاصا يمكن رفضه من قبل مشرع الدولة التي عرض الاختصاص على قانونها ذلك لأنه هو الذي يحدد سيادة ونطاق تطبيق قانونه.[2]

2- فكرة تناسق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام: يرى أنصار الإحالة أن إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، يقود إلى الفصل في النزاع بذات الطريقة التي كان سيفصل بها قاضي الدولة الأجنبية لو رفعت إليه الدعوى، ويحقق بالتالي اتساقا في حلول تنازع القوانين بين الدول التي على صلة بالمسألة المعروضة، إذ سيظل الحل واحدا سواء رفعت الدعوى أمام المحاكم الوطنية أم الأجنبية[3].

1 مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2008، ص113.

2 حسين الهداوي، المرجع السابق، ص74.

3 مجد الدين خربوط، المرجع نفسه، ص113.

ما من شأنه أيضا تسهيل تنفيذ الأحكام بواسطة الحصول على الأمر بالتنفيذ لأن هذا الحل هو الذي يوافق محاكم الدولة الأجنبية.[1]

3-فكرة مصلحة النظام القانوني للقاضي: قد يؤدي الأخذ بنظرية الإحالة إلى توسيع اختصاص قانون القاضي الذي يجب ألا يكون متمسكا بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من مشرع القانون الأجنبي نفسه الذي تخلى عن هذا الاختصاص وأولى الثقة إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر، وليس هناك ما يبرر رفض هذه الثقة[2].

كما يؤدي قبول الإحالة إلى تسهيل مهمة القاضي الوطني في هذا الفرض فهو يعرف قانونه أكثر من غيره[3]،إذ أن تطبيق قانون القاضي أسهل عملا من تطبيق القانون الأجنبي، إذ لابد من الرجوع إلى أقوال الفقهاء وأحكام المحاكم الأجنبية بجانب النصوص التشريعية وليس هذا بالأمر الهين، فالإحالة وسيلة للتهرب من هذه الصعوبات[4].

والأخذ بالإحالة فيه استجابة للروح الوطنية المسيطرة على تنظيم تنازع القوانين، فلا شك أن قبول الإحالة من الدرجة الأولى سيؤدي إلى اختصاص قانون القاضي وتوسيع دائرة سلطانه بشأن العلاقات الخاصة الدولية[5].

ويرجع أساس هذا الرأي إلى قضية "Soulié" التي عرضت أمام المحاكم الفرنسية حيث صرح القاضي بأنه لا يمكن رفض الهدية التي يقدمها لنا التشريع الأمريكي بتخليه عن حكم النزاع وتفضيله للقانون الفرنسي، وترجع وقائع هذه القضية في أن أمريكية توطنت في فرنسا حيث توفيت فيها سنة 1903 في سن الثانية والتسعين تاركة وراءها ثروة ووصية. فنازع ابن أخ المتوفاة في صحة الوصية بناء على كونه وارث، ولكن هذا الشخص لا يعتبر وارثا شرعيا وفقا للقانون الأمريكي لأنه ثمرة زواج باطل

1 حامد زكي، المرجع السابق، ص213.

2 حسين الهداوي، المرجع السابق، ص73.

3 أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 711.

4 حامد زكي، المرجع نفسه، ص 216.

5 أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص 711.

لأن والدته من الهنود الحمر، ولكنه يعتبر وارثا شرعيا وفقا لقانون الموطن(القانون الفرنسي) الذي يعتبره ولدا شرعيا، وهذا ما أقرته المحكمة[1]

4-منع التحايل على القانون: ومؤدى ذلك أن قبول الإحالة يؤدي إلى استقلال حل النزاع عن اختيار المحكمة، وسد الطريق أمام أطراف المنازعة إلى الغش نحو القانون، لأنه مع قبول الإحالة، ليس من المؤكد أن تطبق المحكمة القانون الذي تشير به قاعدة إسناد في قانونها.[2]

ب- أسس الإحالة

لقد عني مؤيدو وأنصار الإحالة بالبحث في الأساس القانوني لها[3] وليس فقط مجرد حجج وتبريرات للأخذ بها وأهم هذه الأسس: نظرية التفويض، نظرية تناسق النظم القانونية ونظرية الطابع الوظيفي للإحالة.

1-نظرية التفويض

بموجب نظرية التفويض فإن قبول الإحالة يتم عن طريق تفويض المشرع الوطني القانون الأجنبي في تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق عن طريق قواعد الإسناد ولا يوجد أي إشكال إذا طابقت هذه الأخيرة نظريتها في القانون الوطني أما إذا اختلفت عنها فإن قواعد الإسناد الأجنبية تحل محل الوطنية في تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق كما يجب على القاضي احترام ما تفضي إليه سواء كان قانونه أو قانونا آخر[4] .

---

[1] حامد زكي، المرجع السابق، ص 217.

2 مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص114.

3 منهم من يورد نظرية الإسناد الاحتياطي للفقيه الفرنسي "لورو بيجيونيير" التي أوردها الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص714، ونظرية إقليمية القوانين للفقيه "نيبوايبه" التي أوردها الدكتور هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص106. غير أن الدكتور زروتي الطيب أورد هاذين النظريتين ضمن بدائل الإحالة في مؤلفه القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص110. ذلك أن "نيبوايبه" و"نيجونيير" من أبرز مناهضي الإحالة فكيف يسعون لتبريرها ونحن نشاطر الدكتور زروتي الطيب في رأيه.

4 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص714.

إلا أن جانبا من الفقه ينتقد هذه النظرية كونها ضعيفة الأساس لأن قاعدة الإسناد ليست قاعدة تفويض الاختصاص التشريعي، وهي ليست وظيفتها بل هي قاعدة لاختيار القانون المناسب لحكم المسألة، كما أن فكرة التفويض خيال ومجاز حيث لا يمكن توقع أن دولة ما تفوض غيرها في فض تنازع القوانين بشأن نزاع معين لكونها تمس بفكرة السيادة وتؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة.[1]

2-نظرية تناسق النظم القانونية

وضع الأستاذ "باتيفول" أفكار هذه النظرية حيث يرى أن الطبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص، تفترض بداهة ارتباط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد وعلى ذلك فلا يصح أن يفض التنازع عن طريق قواعد الإسناد الوطنية فقط، إذ في ذلك تجاهل لقواعد القانون الدولي الخاص في النظام الأجنبي، الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاصه. فالإحالة ستكون وسيلة المشرع في تحقيق التناسق في الحلول بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد القانون الدولي الخاص[2]. ولا يعني ذلك تنازلا من قواعد التنازع الوطنية لصالح نظيرتها الأجنبية، حيث إن إعمال تلك الأخيرة لا يكون بغير أمر قواعد التنازع الوطنية، وهنا يبرز معنى التناسق بين قواعد التنازع، فالإحالة تؤكد التعاون بينهما، وتداخلها المتبادل من تجاهل إحداها للأخرى[3] .

كذلك لم تسلم نظرية التناسق بين النظم القانونية من بعض المآخذ كصعوبة التحقيق بين القوانين، خاصة في ظل التباين بين ضوابط الإسناد من دولة لأخرى كما قد تمس مصالح الأفراد.[4]

3- نظرية الحل الوظيفي

تعد فكرة الحل الوظيفي من خلق الفقه الألماني حيث ظهرت حصيلة مجموعة من الإرهاصات بين مؤيدي الإحالة والرافضين لها، إذ تنطلق هذه النظرية من مقدمة أساسية مفادها مسألة قبول أو

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص90.

2 صالح مهدي كحيط العارضي، مفهوم الإحالة بين النسبية والإطلاق وأحكام الحل الوظيفي، دراسة مقارنة، مجلة أهل البيت، العدد 18، جامعة أهل البيت، العراق، سبتمبر 2015، ص253 و254.

3 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص715.

4 أشار إليه حمزة قتال، المرجع نفسه، ص91.

رفض الإحالة لا يمكن أن تقرر بناء على أفكار عامة ذات طابع نظري، وإنما استنادا إلى الوظيفة التي يمكن للإحالة أن تقوم بها، وذلك من خلال ربط الإحالة بمسألة الغاية من قاعدة الإسناد والوظيفة التي تؤديها في نطاق العلاقات الأجنبية[1] "فالإحالة تعتبر أداة فنية ذات طابع وظيفي، فهي وسيلة من وسائل السياسية التشريعية يلجأ إليها المشرع أو القاضي إذا وجد من المناسب استخدامها في نطاق معين لتحقيق أهداف متنوعة"[2].

ويرى فريق آخر من شراح هذه النظرية أن الأخذ بقبول الإحالة يجب أن يؤدي إلى تحقيق العدالة فإذا تبين للقاضي أن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية سيؤدي إلى حل غير عادل فيكون له أن يستشير قواعد الاسناد التي يتضمنها هذا القانون ويقبل الإحالة منها إلى قانون آخر يحقق العدالة على نحو أفضل[3].

إلا أنه يعاب على هذا الرأي أنه يترك للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في الأخذ بالإحالة من عدمه، على ضوء ما قد يراه أكثر تحقيقا للعدالة في كل حالة على حدى، وهو مبدأ يتعارض مع مسلك القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية وفقا للمبادئ العامة للقانون، إذ ليس من المقبول أن يطبق القاضي القاعدة القانونية بطريقة تختلف من حالة إلى أخرى، حتى وإن كان تحت ستار العدالة.[4]

ثانيا: الاتجاه الرافض للأخذ بالإحالة

لم تلق الحجج السابقة قبولا لدى فريق آخر من الفقه حيث رفضوا فكرة الإحالة وقرروا التزام القاضي الوطني بتطبيق ما أشارت إليه قاعدة الإسناد من قواعد موضوعية في القانون الأجنبي دون استشارة قاعدة الإسناد في ذلك القانون ويبرر هؤلاء موقفهم بالحجج التالية:

1 أشار إليه صالح مهدي كحيط العارضي، المرجع السابق، ص256.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص91.

3 أشار إليه هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص109.

4 صالح مهدي كحيط العارضي، المرجع نفسه، ص258.

-أن الإحالة تؤدي إلى عدم الاطمئنان على القانون الواجب التطبيق وبيان ذلك أننا إذا رفضنا الأخذ بها ارتفع كل شك وعرفنا القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بخلاف ما إذا أخذنا بها فلا ندري أي قانون سوف يطبق، إذ أنها قد لا تقف أحيانا عند قانون أو آخر[1]ما يؤدي إلى تعطيل مصالح الأفراد والدخول في حلقة مفرغة[2] .

-إن الإحالة قد تؤدي إلى تطبيق نظام قانوني قد يجهله التشريع الأجنبي الواجب تطبيقه وفقا لقواعد تنازع القوانين الوطنية[3].

-إن قواعد الإسناد سواء في قانون القاضي أو في القانون الأجنبي تعد من قواعد القانون العام وعليه فهي إقليمية التطبيق ولا يطبقها إلا قاضي الدولة التي وضعتها، وعلى ذلك إذا اختارت قاعدة التنازع الوطنية قانونا أجنبيا، فلا يطبق منه إلا القواعد الموضوعية، دون قواعد الإسناد فيه، التي تظل حبيسة حدود دولتها[4] .

-إن الإحالة تؤدي إلى انتهاك فكرة السيادة، وبيان ذلك أن قواعد الإسناد في كل بلد هي قواعد وطنية بعيدة عن أن تكون عالمية فهي تحدد سلطات القانون الوطني بالنسبة للإقليم والأشخاص، فإذا قلنا بالإحالة فإننا تنازلنا عن تطبيق قواعد الإسناد الوطنية للائتمار بأمر قواعد الإسناد الأجنبية[5].

المطلب الثاني: الإحالة في القانون الجزائري

رغم أن قضية "فورجو" السالفة الذكر قد نبهت ولأول مرة بأهمية مسألة الإحالة إلا أن غالبية التشريعات لم تتلقفها إلا مؤخرا ومن بينها التشريع الجزائري، -بموجب تعديل القانون المدني- حيث

1 حامد زكي، المرجع السابق، ص213.

2 مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص115.

3 حامد زكي، المرجع نفسه، ص214.

4 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص712.

5 حامد زكي، المرجع نفسه، ص215.

حسم موقفه من الإحالة (الفرع الأول) استنادا إلى عدة تبريرات (الفرع الثاني) فرضتها طبيعة العلاقات الخاصة الدولية غير أن هذا الحكم لم يرد على إطلاقه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

اختلفت آراء الفقه الجزائري[1] من موقف المشرع من قبول الإحالة في ظل غياب نص صريح يبين ذلك غير أن الأمر تغير بعد القانون 05-10[2] المعدل للقانون المدني حيث حسم المشرع موقفه من الإحالة من الدرجة الأولى. بعد أن كان المشرع الجزائري ملتزما الصمت إزاء نظرية الإحالة إذ لم يتعرض لها لا بالقبول ولا بالرفض إلا أنه تدارك ذلك بموجب التعديل الذي مس القانون المدني[3]، حيث أعرب صراحة عن موقفه منها من خلال المادة 23 مكرر1 بقولها:" إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص". باستقراء الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 نجدها تنص صراحة على عدم الأخذ

[1] كان القانون المدني قبل تعديله خاليا تماما من الإشارة إلى الإحالة فلم يتعرض لها لا بالقبول ولا بالرفض فكان على القضاء الجزائري إذا ما عرض عليه نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا تخلى فيه القانون الجزائري عن حكمه بموجب قواعد الإسناد فيجب الرجوع إلى القواعد الداخلية في القانون الأجنبي دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص56.

غير أن الأستاذ محند إسعاد كان يرى – قياسا على المادة 23ق.م– أنه مادام أن المشرع الجزائري يفرض على القاضي الرجوع إلى القانون الداخلي الأجنبي لتحديد النظام القانوني الذي سيطبقه من بين الأنظمة المتعددة فيه، والحال هذه يمكن تطبيق ذلك بالرجوع إلى الأحكام الموضوعية الداخلية من القانون الأجنبي فالأمر سواء. لكنه انتهى في الأخير إلى رفض الإحالة على أساس أن الأحوال الشخصية في الجزائر مستمدة من الشريعة الإسلامية بتعدد طوائفها، ما يجعل من تطبيق القانون الجزائري على الأجانب صعبا حيث يطبق عليهم بعض النظم غير المقررة في قوانينهم كتعدد الزوجات مثلا، وعليه فلا يمكن اعتماد الإحالة طالما أن قانون الأحوال الشخصية ليس علمانيا .موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ج1، المرجع السابق، ص207.

ويرى الأستاذ زروقي الطيب أن الإحالة تمثل استثناء من القاعدة العامة وعليه لا يجوز الأخذ بها في التشريع الجزائري قياسا على المادة 23ق.م. الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص115.

كما يرى غالبية الفقه الجزائري آنذاك أن القانون الجزائري رفض اللجوء إلى الإحالة والتي تطرح في غالب الأحيان في مجال الأحوال الشخصية حتى لا تطبق على الأجانب الذين لا يدينون بالإسلام. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص55 و56.

2 قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 44، صادرة في 26 يونيو 2005، ص17.

3 زيدون بختة، المرجع السابق، ص96.

بالإحالة حيث تلزم القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي بتطبيق قواعده الداخلية (الموضوعية) دون تلك الخاصة بقواعد الإسناد.

أما الفقرة الثانية فجاءت بحكم مغاير تماما حيث نصت على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، وقد أثارت هذه المادة بفقريتها جدلا فقهيا حول ورودها بهذا الطرح فهناك من يرى أنهما متناقضتان وهناك من يرى أن قبول الإحالة من الدرجة الأولى استثناء من المبدأ.

أولا: التناقض الموجود في المادة 23 مكرر1 من القانون المدني

الملاحظ عند قراءة نص المادة 23 مكرر1 أن هناك تناقضا ظاهرا بين فقرتيها، الأولى التي تأمر القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه دون النظر في قواعد إسناده، فالإسناد فيها موضوعي في حين تأمر الفقرة الثانية أن يستشير قواعد الإسناد تلك لتحيل إلى القانون الجزائري فيطبقه، فالإسناد فيها إجمالي[1].

هذا الوضع يجعل القاضي في حيرة من أمره في الأخذ بالإحالة من رفضها فإذا أخذ بأي الفقرتين فهو بذلك يخالف قواعد آمرة مما يعتبر تجاوزا للسلطة يترتب عليه إلغاء الحكم الذي سيصدره القاضي، وهذا الوضع المتناقض سيؤدي إلى عرقلة مصالح الأفراد من جهة وتعطيل قاعدة الإسناد الوطنية من جهة أخرى[2]. غير أن هناك من يرجع تفسير هذا النص[3] إلى إحدى الفرضين:

-إذا كان المخاطب بالفقرة الثانية هو القاضي الجزائري وهذا هو الأصل فالحكمان متناقضان ولا يستقيمان في نص واحد وعليه وجب على المشرع ضرورة تعديل هذا النص أو إلغاء إحدى الفقرتين.

-يبدو من محتوى الفقرة الثانية أن القاضي الأجنبي هو المخاطب متى أحالت قواعد التنازع في دولة القاضي الأجنبي على تطبيق القانون الجزائري وهو ما يشكل إذن للقاضي الأجنبي بتطبيق القانون الجزائري متى تمت الإحالة إليه.

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص98.

2 بلغيث عمارة، المرجع السابق، ص290.

3 عمارة عمارة، المرجع السابق، ص141.

ويمكن تصور هذا الطرح في الإحالة من الدرجة الثالثة كأن تعرض أمام القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر فهنا القاضي الإنجليزي يحيل على تطبيق القانون الجزائري. في هذا النزاع فإذا قبل القانون الفرنسي الإحالة هنا طبق أحكام القانون الجزائري الذي أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي كما ورد في النص وهذا أقرب تفسير لهذه الفقرة.

كما يضيف موردو هذا الاتجاه في تفسير المادة 23 مكرر1 نقدين بشأنه [1]:

-إذا كان المخاطب بالفقرة الأولى، القاضي الأجنبي فلا يستقيم ذلك من الناحية القانونية لأنه لا يعقل أن يقوم المشرع الوطني بتشريع يكون المخاطب به القاضي الأجنبي، وهذا يتعارض ومبدأ السيادة كما أن القاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه.

- بالإضافة إلى أن القاضي الأجنبي ليس في حاجة إلى استئذان المشرع الوطني بل يطلب من الأطراف إثبات القانون الأجنبي الذي أحال عليه فقط. وعليه يقترح هذا الاتجاه تعديل المادة 23مكرر 01 بما يتماشى والمنطق القانوني والحكمة من وضع قاعدة الإسناد وذلك بحذف الفقرة الأولى، والإبقاء على الثانية وتبنى الإحالة من الدرجة الأولى[2].

ثانيا: الإحالة استثناء من المبدأ

يورد اتجاه من مفسري نص المادة 23 مكرر 01 أن المبدأ في القانون الجزائري هو رفض الإحالة والاستثناء هو قبولها متى كانت من الدرجة الأولى فلا يعقل أن يضع المشرع نصا عبثي أو لا معنى له، أو جاء عفويا بدون هدف أو دافع نحو معالجة مسألة ما، فالعبرة بمدلول النص وروحه لا بلفظه [3].

حيث يرى الدكتور عمر بالماضي أن المشرع الجزائري رفض بشكل صريح الأخذ بالإحالة من حيث المبدأ في جميع المواد من خلال تقييد القاضي مسبقا وهو إسناد موضوعي لا إجمالي[1]. من

1 عمارة عمارة، المرجع السابق، ص142.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص99.

3 بلماضي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 45، العدد 02، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2008، ص351.

خلال نص الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 01. ويذهب الدكتور الطيب زروتي إلى نفس الطرح في اعتبار نص الفقرة الأولى المبدأ الذي تم تقدير الإستثناء عليه بموجب الفقرة الثانية التي تقر بالإحالة من الدرجة الأولى[2] إذ يقتضي التطبيق الصحيح لنص المادة عدم الخروج عن أمرين:

الأمر الأول يجب على القاضي الجزائري أن يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المسند إليه طبقا للقانون الجزائري فإذا قبل الاختصاص طبق القاضي قواعده الموضوعية كمرحلة ثانية[3].

كأن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في إنجلترا فيطبق القاضي الجزائري في النهاية القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، مادام هذا الأخير يقبل الاختصاص ما من شأنه تفعيل الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر1.

أما الأمر الثاني عند رفض القانون المسند إليه الاختصاص فهنا الأمر لا يخرج عن أحد الاحتمالين، إما أن تحيل قواعد الإسناد في القانون المسند إليه إلى قانون القاضي، فيطبق القاضي قواعده الموضوعية الوطنية وإما تحيل إلى قانون أجنبي آخر[4]، وهذا الاحتمال الأخير هو ما يعبر عنه بالإحالة من الدرجة الثالثة.

حيث يتعين على القاضي في هذا الاحتمال العودة إلى الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 ويلتزم بحرفية النص، ويطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي رفض الاختصاص المسند إليه من قانون القاضي، ويرفض في نفس الوقت إحالة النزاع على قانون القاضي، وكأن المشرع الجزائري بهذا النص قد أدى ما عليه بعرض الاختصاص على القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية،

1 بلماضي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار هومه، الجزائر، 2008، ص128.
2 الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص283.
3 زيدون بختة، المرجع السابق، ص96.
4 حمزة قتال، المرجع السابق، 99.

عملا بمبدأ التنسيق بين قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي وقواعد الإسناد الدولية[1]. لكن إذا رفض هذا الأخير الاختصاص لنفسه فيتوقف القاضي في هذه الحالة عند تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون.

على ضوء ما تقدم يرى الدكتور بلماضي عمر استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي لا تعني قبول الإحالة من حيث المبدأ، وإنما قبولها فقط على سبيل الاستثناء وبشرط أن تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي، وهي صورة الإحالة من الدرجة الأولى.

الفرع الثاني: تبريرات الأخذ بالإحالة في القانون الجزائري

لقد ساير المشرع الجزائري الاتجاه الفقهي والقضائي في الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى مستندا إلى عدة تبريرات مناطها أن الأخذ بالإحالة هو وسيلة لتطبيق قانون القاضي من جديد وهذا على أن:

-تطبيق قانون القاضي أسهل عملا من تطبيق القانون الأجنبي[2] ذلك لما يواجهه القاضي من صعوبات في البحث عن مضمون القانون الأجنبي، والكشف عن أحكامه فهو بذلك يطبق الأحكام الموضوعية في قانونه حتى لا يجهد نفسه بعناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي[3].

-تطبيق قانون القاضي فيه تحقيق للمصلحة الوطنية في بعض الفروض ويتحقق ذلك على سبيل المثال عندما يتعلق الأمر مثلا بوفاة أجنبي في دولة القاضي، ولم يترك وارثا له، فإذا أسند القاضي الوطني بموجب قواعد التنازع في دولته إلى القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم النزاع، وأحال

1 بلماضي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص351.

2 حامد زكي، المرجع السابق، ص216.

3 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص106و107.

القانون الأجنبي الاختصاص إلى القانون الجزائري فقبل هذا الأخير الإحالة من القانون الأجنبي فإن هذا المال يؤول إلى خزينة الدولة الجزائرية[1].

-الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يتوافق مع وظيفة قاعدة الإسناد حيث تشكل الإحالة تحقيقا أكثر لأهدافها ففي تطبيق قانون القاضي قبول لهذا النظام القانوني في دولته، لأنه سيؤدي إلى استقرار المعاملات داخل إقليم دولة القاضي وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني ولن يكون في الوقت نفسه لهذا التطبيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة نظرا لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الإحالة الصادرة من نظامه القانوني[2] .

-أن تفضيل قانون القاضي والتقليل من فرض تطبيق القوانين الأجنبية بموجب الإحالة يعبر عن نظرة إقليمية[3] تعني إعمال السيادة الإقليمية لقانون القاضي وهو إعمال ترتب على رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي يقرره له قانون القاضي.[4]

-أن الأخذ بالإحالة فيه تسهيل لتنفيذ الأحكام الأجنبية في الدول التي تأخذ بها. فعدم الأخذ بها سوف يؤدي بعد صدور الأحكام في الدعاوى التي يراد تنفيذ هذه الأحكام فيها، خاصة الدولة التي يكون قانونها قد تخلى عن الحكم لصالح قانون معين وقد يكون قانون القاضي ولم يحكم به هذا الأخير مما يجعل هذا الحكم في نظر هذه الدولة لم يصدر وفقا لقانونها الواجب التطبيق حسب قواعد الاسناد فيه، وبالتالي يستبعد تنفيذه فيها[5].

1 بلماضي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص354.

[2] نفس المرجع، ص355.

[3] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص107.

[4] بلماضي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع نفسه، ص355.

[5] بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005 (غير منشورة)، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010/2009، ص 59.

الفرع الثالث: المسائل المستثناة من الإحالة

بالرغم من نجاعة الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في حلول تنازع القوانين والتبريرات التي ساقها الفقه القانوني إلا أن التطبيقات العملية له تكشف عدم ملائمته في بعض المسائل ذلك أن هناك فروضا لا يلائم فيها قانون القاضي كحل لها وهي:

أولا: مسائل الأحوال الشخصية للأجانب

إن الأصل هو خضوع الأجانب لقانون جنسيتهم فإذا تبين أن قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون تحيل إلى قانون آخر مثل قانون الموطن[1] فالأخذ بالإحالة في هذا الفرض سيترتب عليه إخلال صارخ بتوقعات الأفراد فإذا طبق القانون الجزائري فلن يرتبط بالعلاقة القانونية سوى برباط ضعيف وهو أمر يتعارض مع قاعدة الإسناد[2] خاصة عند اختلاف الأسس التي يقوم عليها كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص الذي أحالت عليه قواعد الإسناد في قانون القاضي.

كما يجد الأخذ بالإحالة في النظم المالية بين الزوجين مساسا بحقوق الطرفين حينما يتحدد القانون المختص طبقا لقانون القاضي فيطبق ذلك القانون الموضوعي المعين مباشرة[3] خاصة إذا كانت الزوجة من جنسية دولة يعتد قانونها بنظام اتحاد الذمة المالية للزوجين.

ثانيا: المسائل الخاصة بالالتزامات التعاقدية

أخضع المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية في جانبها الموضوعي إلى القانون المختار من قبل المتعاقدين[4] حيث تلعب إرادة المتعاقدين دورا أساسيا في مجال القانون الدولي الخاص إما بوصفها أداة

---

[1] بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص204.

2 زيدون بختة، المرجع السابق، ص98.

3 الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، المرجع السابق، ص12.

4 المادة 18 ق م:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا 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".

لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون أو لإخضاعها لسلطانه[1] وعليه فلا يجوز في مثل هذه الحالة تطبيق قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الذي يختاره المتعاقدين[2] فتطبيق هذه القواعد قد يؤدي إلى تطبيق قانون آخر على العلاقة التعاقدية ما يشكل إخلالا بتوقعات المتعاقدين[3].

وعلى هذا الأساس تبنت اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات 1955 [4] من خلال نص المادة الثانية:" يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد المعين من قبل الأطراف المتعاقدة، يجب أن يكون هذا التعيين موضوعا لبند صريح، أو ناتجا بلا شك من أحكام العقد، يحدد هذا القانون الشروط المتعلقة بموافقة الأطراف على القانون المعلن للتطبيق".[5]

كما أخضع المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية في جانبها الشكلي إلى قانون بلد أو محل الإبرام[6] وهي قاعدة عالمية مقررة في كل الأنظمة القانونية[7]. ويرجع تبنيها إلى اعتبارات عملية هي افتراض أن أطراف التصرف القانوني يعرفون أحكام قانون المحل عند إقدامهم على إبرامه، وعليه يشكل استبعاد الأخذ بالإحالة في هذا الموضوع تلافيا للمخاطر التي تنجم عن الأخذ بها والتي قد تؤدي إلى إبطال التصرف شكلا[8].

1 محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص101.

2 زيدون بختة، المرجع السابق، ص99.

3 أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص120.

4هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، تحت عنوان "الاتفاقيات" على الرابط: https://www.hcch.net، تاريخ الإطلاع: 2019/12/15.

5 Art 02 : « La vente est segie par la loi interne de pays désigné par les parties contractants. Cette désignation doit faire l'objet d'une chausse expresse, ou esulter indubitablement des dispositions du contrat. Les condition, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi ».

وقد رفض أيضا قضاء الكثير من الدول الأخذ بالإحالة في مادة العقود وذلك هو حال كل من بريطانيا، سويسرا أو نرويج. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص120.

6 المادة 19 ق م:"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"

7 محمد سعادي، المرجع السابق، ص96.

8 زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص112.

وقد تبنت اتفاقية لاهاي التي عالجت ونظمت شكل الوصية 1961 [1]، حيث نصت المادة الأولى منها إلى إخضاع شكل الوصية إلى "قانون محل تحريرها أو قانون جنسية الموصي إما وقت تصرفه أو وقت وفاته أو لقانون محل إقامة الموصي عادة إما وقت تصرفه أو وقت وفاته أو لقانون موقع العقار في المسائل المتعلقة العقارات"[2] غير أن جميع الحلول التي وضعتها اتفاقية لاهاي لمعالجة مسألة لشكل تعتبر ملزمة إلا إذا تنافت مع النظام العام للدولة.[3]

المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي من خلال إعمال فكرة الدفع بالنظام العام

تفرض طبيعة القانون الدولي الخاص تطبيق قوانين أجنبية غير قانون دولة القاضي، إلا أن هناك حدودا ينبغي أن لا يتجاوزها القانون الأجنبي، فإذا تبين للقاضي أن القانون الأجنبي الذي ترشد إليه قاعدة الإسناد الوطنية يكرس حلولا تصطدم وتتعارض مع المبادئ الجوهرية والقيم المقدسة لقانون دولة القاضي، وجب عليه حماية قانونه عن طريق استبعاد أحكام القانون الأجنبي وتطبيق قانون دولته بدلا منه إعمالا للدفع بالنظام العام[4] .

وقد تطرق المشرع الجزائري لفكرة الدفع بالنظام العام ضمن المادة 24 من القانون المدني حيث نصت:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر ". حيث يعد هذا النص تعبيرا عن مبدأ تبنته جل التشريعات الوطنية في

1 هذه الاتفاقية متاحة على الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص تحت عنوان "الاتفاقيات" على الرابط: https://www.hcch.net، تاريخ الإطلاع: 2019/12/15.

2 Art 01 : « Une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :

a) Du lieu ou le testateur à déposé, ou
b) D'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment de son décès, ou
c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit ou moment ou il a disposé, soit au moment de son décès, ou
d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment ou il a disposé, soit au moment de son décès, ou
e) pour les immeubles, du lieu de leur situation».

3 نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف ط2، دار هومه، الجزائر، 2010، ص77.

4 أمينة مقدس، استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري: دراسة تحليلية على ضوء المادة 24من القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الوادي، أفريل 2019، ص1582.

العالم، كما يدفع به القضاء في مختلف الدول حيث تعد فكرة النظام العام بمثابة "صمام الأمان" الذي يحمي الأسس والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع[1]. لكن المادة كانت تنص على استبعاد القانون الأجنبي دون النص على قانون آخر يمكن تطبيقه إلى غاية تعديل القانون المدني في سنة 2005 حيث تضمنت الفقرة الثانية من المادة 24 ما يلي: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، فتبنت المادة صراحة تطبيق القانون الجزائري في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في الجزائر والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

وإعمال هذا الوضع يتطلب منا البحث في فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى إعمال هذه الفكرة في القانون الدولي الخاص (المطلب الثاني)

المطلب الأول: فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص

تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا كما أنها ليست وليدة الأمس بل إنها تمتد في التاريخ وكانت ولم تزل نظاما يعتد به لدى الدول[2].

وعليه سنبحث فكرة النظام العام من خلال التطرق إلى مفهومها في القانون الدولي الخاص (الفرع الأول) ثم البحث في تطور فكرة النظام العام كأساس لتطبيق قانون القاضي(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص

لقد بذلت العديد من المحاولات فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أن الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تنجح بتعريف دقيق لفكرة النظام العام وذلك لسعة نطاقها ونسبيتها وتغيرها من مكان لآخر ومن زمان لآخر[3].

1 بوخروية حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة سطيف 02، 2014/2013، ص08.

2 محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص127 و128.

3 حسين الهداوي، المرجع السابق، ص184.

وعليه سوف نتطرق إلى تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص (أولا) ثم نحاول استنباط أهم خصائص هذا النظام العام (ثانيا) لنستطيع تمييزه عن النظام العام في القانون الداخلي (ثالثا).

أولا: تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

نظرا لمرونة وعدم ثبات فكرة النظام العام فإن معظم المشرعين عبر العالم ابتعدوا عن تعريف النظام العام تعريفا قانونيا[1] وقلة من قام بتعريفه ومنهم القانون الألماني ضمن المادة 30 من القانون المدني الألماني بما يلي:" أن قواعد النظام العام هي تلك القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي والسياسي أو الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد ذلك النظام".[2]

ويعتبر النظام العام فكرة شائعة ومشهورة في علم القانون وتطبيقاتها متنوعة بين مختلف فروع القانون سواء العام منه أم الخاص، والمشرع الجزائري كمعظم التشريعات الحديثة لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقه والقضاء[3]، إلا أن هذين الأخيرين قد وجدا صعوبة في ذلك، محاولين فقط تعريفه عن طريق وضع مفاهيم عامة لتقريبه من الأذهان، نتيجة نسبية فكرة النظام العام سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان، لاختلاف المجتمعات الغربية منها أو العربية وحتى في

1 غير أن هناك بعض التشريعات قامت بتعداد بعض المسائل التي تعتبر من النظام العام كالمشرع الأردني ضمن المادة 163 قانون مدني أردني رقم 43 لسنة 1976:" ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار وفي مال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التشريع الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحماية المستهلكين في الظروف الاستثنائية". المادة 03 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 05 لسنة 1985 على:" تعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية" بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص18.

2 أشارت إليه نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2002، ص112 و113.

3 موسخ مُحَّد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث للدراسات العلمية، المجلد 03، العدد 01، جامعة يحي فارس، المدية، ديسمبر 2009، ص86.

مجتمع واحد بين أزمة مختلفة[1]. فقد أجمع فقهاء القانون الدولي الخاص على أنه من الصعب جدا وضع تحديد لفكرة النظام العام، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود عدة تعاريف أو بالأحرى محاولات لتعريف النظام العام ومن أهمها:

تعريف بعض الكتاب الإنجليز بأنه "المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا ومع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها"[2].

كما يعرفه بعض الكتاب الفرنسيين بأنه "مبادئ العدالة العالمية ذات القيمة الدولية المطلقة وكل ما يدخل تحت راية القانون الطبيعي كحظر الرق، وحظر التمييز العنصري، وما تم إدراجه في ضوء الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان التي ترسي أبسط حقوق الإنسان، وعليه فهي كل المبادئ التي ترمي إلى حماية الأصول السياسية والاجتماعية للحضارة الفرنسية مثل العلمانية ومنع تعدد الزوجات"[3].

وعرفه الفقه المصري بأنه: "بمثابة صمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع"[4]. في حين عرفه الأستاذ عز الدين عبد الله بقوله: "وسيلة قانونية يستبعد بها النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"[5].

1 دغيش أحمد، مداخلة بعنوان النظام العام كسب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الجزائري، يوم دراسي حول تفسير قاعدة الإسناد وإشكالاته، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2014/06/04، ص76.

2 أشار إليه حسن الهداوي، المرجع السابق، ص184.

3 Daniel GUTMANN, Droit internationale privé, 5°eme édition, Dalloz, paris, 2007, p105.

4 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص186.

5 عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص524.

ويعرفه بعض الفقه الجزائري: "بأنها وسيلة للدفاع عن الأسس السياسية والاجتماعية والخلقية والاقتصادية لدولة القاضي"[1]، كما عرفه الأستاذ الطيب زروقي بأنه: "فكرة مرنة آنية متغيرة في الزمان والمكان، تقوم على أسس موضوعية للنظام السياسي والمعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدينية المتأصلة في المجتمع"[2]. ويعرفه البعض بأنه "مجموع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل سياسية أم اقتصادية أو خلقية أو دينية ويعرض الإخلال بها كيان الجماعة إلى التصدع والانهيار"[3].

يظهر من خلال هذه التعاريف أنها وإن اختلفت في التفاصيل، إلا أنها تكاد تجمع على فكرة جوهرية ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وهي فكرة المصلحة العامة أو المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية.[4]

ثانيا: خصائص النظام العام الدفعي[5]

للنظام العام الدفعي الذي يجلب اختصاص احتياطيا لقانون القاضي بالمنازعات الخاصة الدولية خصائص تميزه عن النظام العام الذي يكون سببا في اختصاص مباشر وأصيل لذات القانون بتلك المنازعات فهو يتميز عنه بأنه نظام احتياطي، استبعادي، حمائي، بالإضافة إلى أنه نظام قضائي.

أ- النظام العام الدفعي نظام احتياطي

إن تدخل فكرة النظام العام الدولي لمنع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعات الخاصة الدولية إنما هو في الواقع تدخل احتياطي، فإعمال هذا الدفع يرتبط بالدرجة الأولى بإعمال

1 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149.

2 زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص55.

3 أمين مقدس، المرجع السابق، ص1584.

4 بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص17.

5 أي أن وظيفة النظام العام في هذا المقام هي دفع القانون الأجنبي واستبعاده من التطبيق على المنازعة الدولية الخاصة وبذلك تختلف خصائصه عن خصائص النظام العام بوجه عام.

قاعدة الإسناد الوطنية المزدوجة التي تنص على تطبيق القانون الأجنبي المختص حيث تخالف أحكام هذا الأخير الأسس والمبادئ الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي.

وعليه فإن هذا الوجه للنظام العام يحمي هذه الأسس والمبادئ احتياطيا، حيث أن مجاله أصبح ضيقا إذا ما قورن بالأسس التي يغطيها النظام العام الوقائي فيكفل منع وصول القانون الأجنبي إليها وهو ما يمنح قانون القاضي في تلك الظروف مجالا رحبا من الاختصاص الأصيل والمباشر يستوعب المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، بينما يقتصر مجال الحماية في ظل النظام العام الدفعي، على المجال الاجتماعي[1].

ب- النظام العام الدفعي نظام استبعادي

يرى بعض الفقهاء أن لفكرة النظام العام وظيفتين تتخذ الأولى شكل دفاع ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تعتبر بالإجماع غير مقبولة عالميا مثل القوانين التي تبيح الرق، أما الوظيفة الثانية فهي تستخدم لتأييد سياسية تشريعية معينة، ففي قيامها بالوظيفة الأولى تكون وسيلة للدفاع عن القانون الطبيعي وفي قيامها بالوظيفة الثانية تكون وسيلة للدفاع عن الأسس السياسية والاجتماعية والخلقية والاقتصادية لدولة القاضي.[2] فمن المنطق أن تكون نتيجة إثارة هذا الدفع استبعاد هذا القانون الأجنبي الذي كان من الواجب تطبيقه إذا كان في هذا ما يهدد تلك الأسس.

وفكرة النظام العام الإستبعادي كدفع يوجه إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق تقتضي أولا الوقوف على مضمون الحكم الذي يقرره هذا القانون للمنازعة المطروحة، ومن ثم فلا يصح أن يتم استبعاد هذا القانون بمجرد ترشيحه لحكم المنازعة ولمجرد كونه قانونا أجنبيا، فذلك الاستبعاد يأتي في

1 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص466.

2 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149.

مرحلة تطبيق هذا القانون لا في مرحلة تعيينه[1]. وهذا ما يميز دور النظام العام الدفعي عن دوره كفكرة تمنح اختصاصا أصليا وحصريا لقانون القاضي[2].

ت- النظام العام الدفعي نظام حمائي

تعتبر فكرة النظام العام في حقيقتها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة، ولا تتأتى محاولة ضبطها إلا من خلال تحديد هذه الغاية[3]. وتتخلص غاية النظام العام الدفعي على حد تعبير الأستاذ زروقي الطيب في كونه نقطة تفتيش جمركية لمضامين القوانين الأجنبية ووسيلة لتقييمها قبل منح تأشيرة الدخول لها لبلد القاضي[4] لفحص الاختلافات الجوهرية التي تتنافى مع المصالح الحيوية للدولة[5] كونه يهدف إلى حماية هذه المصالح. وفي معرض هذه الحماية فإنه يتم تقدير تعلق المسألة بالنظام العام في وقت لاحق على نشوب نزاع بشأنها أمام القضاء ومن هنا يتضح أن المشرع لم يق هذه المسألة من الاختصاص الأجنبي ومن ثم كان عليه أن يحميها من التطبيق الأجنبي الذي قد يؤدي إلى قلب الأوضاع القانونية السائدة في المجتمع.[6]

ث- النظام العام الدفعي نظام قضائي

رغم إقرار الدفع بالنظام العام في مختلف التشريعات بمقتضى نصوص صريحة إلا أنه يعتمد في إعماله وتطبيقه على ما يقرره القضاء الوطني في شأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق. ذلك باعتبار أن فكرة النظام العام فكرة مرنة متطورة يصعب تحديدها وضبطها، كما أنه فكرة معيارية ومعياره

1 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص469.

2 حيث يكون النظام العام في الاختصاص الأصلي لقانون القاضي أساسا لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في بلد القاضي على النحو الذي رأيناه في الباب الأول من هذه الدراسة.

3 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص197.

4 الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص247.

5 نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص112.

6 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع نفسه، ص478.

المصلحة العامة العليا وهو معيار موضوعي. من أجل ذلك تم منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي الوطني في فحص كل حالة على حدى وتقدير ما يعتبر من النظام العام.[1]

ومع ذلك فلا ينبغي أن تفهم تلك السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي في هذا الصدد على أنها ترك الحبل له على الغارب[2]، فقد نبهت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى هذه المسألة حيث جاء فيها:" يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام والآداب، فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة لا مذهبا خاصا فرديا".[3]

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير القاضي يخضع دائما لرقابة المحكمة العليا حيث أن الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء يعطل إعمال قاعدة الإسناد، وبالتالي هو مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا التي لها دور كبير في توحيد الحلول القضائية في شأن المسائل التي تتعلق بالنظام العام.[4]

الآن وبعد أن اتضحت لدينا معالم النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص من خلال محاولة تعريفه ومعرفة خصائصه فحري بنا تمييزه عن فكرة النظام العام الداخلي.

ثالثا: تمييز النظام العام في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي

لا يختلف مفهوم النظام العام في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، بل إن للنظام العام في القوانين مفهوما واحدا وطنيا بحثا لا يتصور أن يكون هناك نظام عام وطني وآخر دولي لأن لكل دولة نظامها العام الداخلي الذي يعبر عن مقوماتها العليا والذي يختلف من دولة

1 بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص22.

2 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص480.

3 زيدون بختة، المرجع السابق، ص140.

4 بوخروبة حمزة، المرجع نفسه، ص22-23.

لأخرى والذي يستحيل أن يتشابه في كل دول العالم لذلك أخفقت محاولات بعض الفقه للتمييز بين نظام عام داخلي و نظام عام دولي.[1]

كما يتفق كل من النظام العام الداخلي والنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص من حيث الهدف، فكل منهما يسعى إلى حماية النظام العام القانوني والمبادئ الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء من خلال منع الأفراد من الاتفاق على مخالفتها أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع الأسس والمبادئ التي يقوم عليها القانون الوطني.[2]

ويتشابه النظام العام في القانون الداخلي مع النظام العام في القانون الدولي الخاص في كون الدفع بالنظام العام في كليهما يكون أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع ويحرك هذا الدفع إما من طرف المدعى عليه أو من طرف القاضي فله أن يثيره في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وليس في إمكان أطراف العلاقة الاتفاق على التنازل عن التمسك به.[3] ورغم هذا التشابه إلا أن ذلك لا يعني تطابق فكرة النظام العام في كليهما حيث توجد العديد من نقاط الاختلاف بينهما لعل أهمها:

-تستخدم فكرة النظام العام في مجال العلاقات الداخلية لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، فيقيد مبدأ سلطان الإرادة وذلك بعدم السماح للأفراد بالاتفاق على ما يخالف تلك القواعد[4]، ويترتب على إعمال النظام العام في هذا المجال إبطال كل تصرف أو اتفاق تقرر بصورة مخالفة له[5] أما في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فيقوم النظام العام بدور دفاعي يهدف

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص150.

[2] أمينة مقدس، المرجع السابق، ص1585.

[3] مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير فرع عقود مسؤولية، جامعة أبُكَّد بوقرة، بومرداس، 2010/2009، ص22.

[4] كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، المجلد16، العدد02، جامعة أحمد دراية، أدرار، جوان 2017، ص492 و493.

[5] حيث نصت المادة93 ق م:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".
والمادة97 ق م: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام وللآداب كان العقد باطلا".

إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد في قانون القاضي، فهو يعتبر دفع استثنائي يقيد حكم قاعدة الإسناد، يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص[1].

-نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الداخلية مختلفة عن نتيجة إعمالها في نطاق القانون الدولي الخاص، ففي مجال العلاقات الدولية ليس هناك حلول لقانون محل قانون آخر، وإنما الذي يحدث هو تأكيد الاختصاص لقانون القاضي بينما استخدام هذا الدفع في نطاق القانون الدولي الخاص يؤدي إلى استبعاد القانون المختص أصلا وإحلال قانون القاضي محله.[2]

-الدفع بالنظام العام في قانون الداخلي يتعلق بشأن علاقة وطنية محضة، بينما يتعلق النظام العام في القانون الدولي الخاص بعلاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.[3]

-يظهر دور النظام العام في القانون الدولي الخاص بوصفه أداة استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية أما في القانون الداخلي تغيب هذه الصفة الاستثنائية للنظام العام، ففكرة النظام العام تستخدم في مجال القانون الداخلي للحد من مبدأ سلطان الإرادة ولا يعتبر ذلك خروجا استثنائيا عنه فالمبدأ العام هنا هو الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع[4].

الفرع الثاني: تأرجح دور النظام العام كمبرر لتطبيق قانون القاضي

لم يكن دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه معروفا في القديم، بل كان دور النظام العام يستخدم أساسا كفكرة لتثبيت الاختصاص

[1] كيحل كمال، المرجع السابق، ص493.
[2] مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص24 و25.
[3] أمينة مقدس، المرجع السابق، ص1585.
[4] مريني فاطمة الزهرة، المرجع نفسه، ص25.

للقانون الإقليمي ولم يبرز دوره وفقا لمفهومه الحديث إلا في القرن 19 على يد الفقيه "سافيني"[1] ثم ما لبث هذا المفهوم الأخير إلى أن لحقه تطور جديد لفكرة النظام العام.

لتفصيل ذلك سوف نتطرق للدور التقليدي للنظام العام (أولا) ثم الدور الحديث للنظام العام (ثانيا) لنتعرف على الاتجاه الجديد لفكرة النظام العام (ثالثا).

أولا: الدور التقليدي للنظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي

يعود أصل فكرة النظام العام إلى الفقه الأحوال الإيطالي القديم كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، كما أن لمدرسة شخصية القوانين دور لا يقل أهمية عن سابقيها، فيعود لها أصل اصطلاح النظام العام لتليهما المدرسة الفرنسية الحديثة، التي استخدمت هي الأخرى فكرة النظام العام وجعلتها سببا في تطبيق القانون الإقليمي.

أ- فقه الأحوال الإيطالي القديم

بدت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالي القديم، أي في المدرسة الإيطالية القديمة والتي ظهرت في أواخر القرن الثالث عشر وأوائل القرن الرابع عشر، وذلك بزعامة الفقيه "بارتول"[2]. حيث ميزت هذه المدرسة بين الأحوال المستحسنة والأحوال البغيضة، فبينما يمتد تطبيق الأولى إلى خارج الإقليم تبقى الثانية حبيسته، ومن أمثلة الأحوال البغيضة تلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث، وقد رأى الفقه في هذا التمييز البذرة الأولى لفكرة النظام العام[3]، رغم أنه لم يشر إلى تعبير النظام العام إلا أنه قد أعمل هذه الفكرة حين أراد أن يؤكد التطبيق الإقليمي لما أسماه بالأحوال أو القوانين البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم[4].

1 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص187.

2 مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص08.

3 مباركي نسرين، حالات استعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة نهاية الدراسة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009/2008، ص07.

4 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص188.

ب- المدرسة الإيطالية الحديثة (مدرسة شخصية القوانين)

استخدم الفقيه "مانشيني" بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، ويعتبر أول من استعمل اصطلاح النظام العام[1] وقد تبنى هذا الفقيه مبدأ شخصية القوانين باعتبار أن القانون قد وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم[2].

غير أنه لم يأخذ بهذا المبدأ بشكل صارم بل أورد عليه عدة استثناءات، يتعلق الأول بخضوع الشكل لقانون محل التعامل، أما الثاني فيخضع الالتزامات التعاقدية لإرادة المتعاقدين، فيما يتعلق الاستثناء الثالث بقواعد النظام العام[3] وهو الاستثناء الذي يعنينا في هذا المقام فهو خاص بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني (قانون العقوبات) وبالملكية العقارية[4]. وأساس استثناء هذه القوانين هو تعلقها بالمصالح العليا للدولة فلا يجب التساهل فيها[5].

ت- المدرسة الفرنسية الحديثة.

من أشهر رواد هذه المدرسة الفقيه "بييه" حيث يقرر أن الأخذ بقواعد النظام العام لا يحصل عن طريق الاستثناء بل يتم باعتبارها قانونا وطنيا، فقوانين النظام العام قوانين عامة تسري على الوطنيين والأجانب على السواء بقصد تحقيق الغرض الاجتماعي منها[6]. ومن ثم يكون "بييه" هو أيضا قد استخدم فكرة النظام العام كأساس لبناء قاعدة الإسناد، وجعلها السبب في تطبيق القانون إقليميا[7].

ثانيا: الدور الحديث للنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

يعتبر الفقيه الألماني "سافيني" أول من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهومه

1 بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص10.
2 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص188.
3 مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، 12.
4 بوخروبة حمزة، المرجع نفسه، ص11.
5 مريني فاطمة الزهرة، المرجع نفسه، 12.
6 حامد زكي، المرجع السابق، ص340.
7 بوخروبة حمزة، المرجع نفسه، ص11.

الحالي في القرن التاسع ضمن فكرته الجديدة الاشتراك القانوني[1] بين المجتمعات الغربية فقال بأنها تشترك فيما بينها في الديانة المسيحية وفي أنها وارثة للقانون الروماني، ويساعد وضعها هذا على تطبيق قوانين بعضها من قبل البعض الآخر، فوضع حلولا للتنازع الذي يقوم بين قوانين هذه الدول، لكن إذا قام التنازع بينها وبين قوانين دول أجنبية ليس لها اشتراك قانوني معها فعلى القاضي أن يمتنع عن تطبيقها[2].

وهو ما تبناه الفقه الحديث غير أن النظرة إلى فكرة الاشتراك القانوني لم تعد كما كان ينادي به الفقيه "سافيني"، حيث أصبح يقصد بها في الوقت الحاضر مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافرا تنافرا بينا مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي[3].

وقد صادفت نظرية "سافيني" نجاحا كبيرا لدى الكثيرين وعلى الأخص الأستاذ "بارتن" فأقرها وأتى بإيضاحات جديدة لفكرة الاشتراك القانوني أي اتحاد الفكرة القانونية بين تشريعات الدول، فقرر أن أساس الأخذ بالقوانين الأجنبية هو التقارب في المدينة فإذا تباعدت المدن وظهر أثر ذلك واضحا في النصوص القانونية فلا مناص من إهمال هذه النصوص الأجنبية وعندئذ تسترد النصوص الوطنية كامل سيادتها [4] .

لكن يجب الإشارة إلى أن الفقيه "سافيني" بالرغم من مناداته بعامل الاشتراك القانوني إلا أنه لم يأخذ بهذه الفكرة على الإطلاق بل أشار إلى أن الاشتراك القانوني لا يعني في نظره التماثل أو التجانس أو التطابق بين النظم والقوانين الأوروبية وإلا اختفت مسألة التنازع من مجالات البحث[5]. ويورد "سافيني" "سافيني" في ذلك مثال عن فرنسا، إيطاليا وإنجلترا، فرغم اشتراك هذه الدول في الديانة المسيحية،

1 حامد زكي، المرجع السابق، ص399.

2 أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1،المرجع السابق، ص169.

3 بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص13.

4 حامد زكي، المرجع نفسه، ص339.

5 مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص15.

والأصل القانوني الواحد (القانون الروماني) وتشابهها في التقدم الحضاري، الاقتصادي والاجتماعي إلا أن نظمها القانونية تختلف عن بعضها البعض ومنها على سبيل المثال حق التطليق وكيفية حصر أسبابه[1].

وعليه فإن سافيني لم يتبع مبدأ شخصية القوانين في تحليل القوانين لتحديد مجال تطبيق كل منها، كما أنه لم يضع مبدأ معينا يقسم وفقه القوانين إلى قوانين إقليمية وإلى قوانين ممتدة ليحدد مجالها، بل اتبع طريقة منفردة تتمثل في تحليل الروابط القانونية لإسناد كل منها إلى قانون معين حسب طبيعتها[2].

ثالثا: الاتجاه الجديد لإعادة الدور التقليدي لفكرة النظام العام

أعاد جانب من الفقه الحديث الآن الدعوة إلى الاعتداد بالدور التقليدي لفكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي في حدود معينة، وذلك تحت ستار فكرة أخرى هي فكرة القوانين ذات التطبيق الضروري[3]. فإذا كان مؤدى المنهج الحديث هو الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء وردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص فليس هناك ما يمنع مع ذلك من إتباع المنهج التقليدي في أحوال خاصة والتركيز بالتالي على تحليل القواعد القانونية لمعرفة مدى تطبيقها على المسألة المعروضة[4].

وعليه فإن هذا الاتجاه يرمي إلى تطبيق قواعد النظام العام المعدة سلفا على النزاع المطروح . غير أن هناك من يرى أن الاتجاه الحديث يحقق ذلك الغرض كونه يفترض سلفا أن استبعاد القانون

1 عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص540.

2 مريني فاطمة الزهرة، المرجع نفسه، ص16.

3 بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص14.

4 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص191.

الأجنبي الواجب التطبيق باسم النظام العام سيترتب عليه بالضرورة تطبيق قانون القاضي في حين أن هناك اتجاهات فقهية أخرى في القانون الدولي الخاص لا ترى هذا الحل.[1]

المطلب الثاني: إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص

إن تطبيق قانون القاضي لا يتحقق إلا بعد استشارة قاعدة الإسناد الوطنية التي تنص على اختصاص القانون الأجنبي في حكم نزاع ذي عنصر أجنبي حيث تشكل أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، وهذا ما يعني إعمال فكرة النظام العام وهذا الإعمال لا يتحقق إلا بتوافر شروط (الفرع الأول) كما أن هذا الإعمال سوف يرتب لا محال آثار معينة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

الدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي موجه إلى القانون الأجنبي كله أو بعضه وكونه يؤدي إلى تعطيل عمل قواعد الإسناد وجب التأكد من توفر جميع شروط إعماله:

أولا: ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي

إن إعمال الدفع بالنظام العام، يفترض أن هناك أسبقية في تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية واختيارها قانونا أجنبيا، ليكون واجب التطبيق على المنازعة، أي أن الأمر يتعلق بنظام عام معلق على قاعدة التنازع[2]. فلا مجال لإعمال هذا الدفع إذا ثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا على أساس أنه قانون محل وجود المال أو باعتباره من قوانين التطبيق الضروري، أو كأن يرفض القانون الأجنبي الاختصاص ويحيله إلى قانون القاضي (الإحالة)[3].

1 أشار إليه هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص193.

[2] عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص213.

[3] موسخ محمد، المرجع السابق، ص90.

فالهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى استعمال الدفع بالنظام العام[1].

ثانيا: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام

أي ينبغي أن يكون هناك تعارض صارخ وتنافر بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي، ويعود للقاضي تقدير وجود هذا التعارض ومدى أهميته[2] حيث يؤدي هذا التعارض إلى نتيجة مستنهجة وغير مقبولة وجارحة في النزاع وبصفة شخصية[3]. فمن أجل الدفع بالنظام العام يجب أن نأخذ بعين الاعتبار النتيجة الملموسة التي يؤدي إليها تطبيق القانون الأجنبي وليس فقط المضمون المجرد للقانون.[4]

كما اتجه جانب من الفقه إلى ضرورة أن يقوم القاضي بفحص القانون الأجنبي قبل استبعاده باسم النظام العام وذلك من خلال تحليل المقومات الأساسية للبلد الذي صدر فيه القانون الأجنبي ليتسنى له إجراء موازنة بين قانونه والقانون الأجنبي، لمعرفة مدى تشابه نمط الحياة في البلدين وهذا ما يعبر عنه بتحليل مقتضيات النظام العام الذي يتحدد على ضوئه استبعاد القانون الأجنبي من عدمه.[5] غير أنه من الصعوبة التسليم بهذه الفكرة نظرا لما تؤدي إليه من مشقة في التطبيق، ذلك أن القاضي الوطني بالنظر إلى وظيفته وحدود اختصاصه لا يستطيع القيام بذلك.[6]

---

[1] مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص89.

[2] ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة كلية الإسلامية الجامعة، العدد06، الجامعة الإسلامية النجف الأشرف، العراق، 2009، ص286.

[3] Daniel GUTMANN, Opt. Cit. p. 107. Sandrine CALUEL , Droit internationale privé, 5°eme édition, Dalloz, 2018, p163.

[4] عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، المجلد3، العدد1، جامعة مُحَّد خيدر، بسكرة، فيفري 2008، ص233 و234.

[5] أشار إليه بلماضي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص139.

[6] زيدون بختة، المرجع السابق، ص143.

كما تجدر الإشارة في الأخير وفي ظل صعوبة تحديد وحصر مقتضيات النظام العام لم تترك سلطة القاضي في ذلك مطلقة بل وجب تقييدها بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في إعمال الدفع بالنظام العام[1] غير أن الفقه اختلف في تحديد هذا المعيار لاستبعاد القانون الأجنبي.

فمنهم من يعمله متى كان التعارض مع المصالح الحيوية أو المصلحة العامة للدولة كقوانين السياسية النقدية، وآخرون يرون ذلك متى تعارض مع المعتقدات المشتركة للمجتمع الأساسي ومبادئ القانون الطبيعي كالقوانين التي تنظم الرق. بينما يذهب فريق ثالث لإعمال فكرة النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية التي من شأنها أن تعكر السياسة التشريعية في ميدان معين تتباين بشأنه الموافق بين الدول[2] .كما يذهب فريق آخر إلى وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يحتوي على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي.[3]

وبالإجمال فإن مختلف هذه الآراء تتقارب حول فكرة أساسية وهي وجوب استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ والأفكار الأساسية السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الخلفية والفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين. ولعل في هذه الفكرة ما يصلح لأن يكون معيارا موضوعيا عاما يشكل دليلا للقاضي في إعمال فكرة النظام العام[4] .

ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

تعتبر فكرة النظام العام فكرة متغيرة في الزمان، فما يعتبر متعلق بالنظام العام في زمن معين. قد لا يعتبر كذلك في زمن آخر داخل نفس النظام القانوني[5]، من هنا يثور التساؤل حول اللحظة

[1] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص49.

[2] أشار إليه سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص738.

[3] أشار إليه بوخروبة حمزة، المرجع نفسه، ص50.

[4] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص739.

[5] زيدون بختة، المرجع السابق، ص143.

التي يجب أن يعتمد بها القاضي ليقرر مدى تعارض أو إتفاق القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع مقتضيات النظام العام في دولته؟.

استقر الرأي على الأخذ بمبدأ آنية أو حالية النظام العام فقها وقضاء في العديد من الدول لكونها تضع حدا فاصلا بين المفهوم السابق للنظام العام والمفهوم الجديد له، خاصة وأن هذا المفهوم في تغير مستمر[1]. وعليه فإن مخالفة النظام العام يجب أن تكون حالية عند رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام، وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي، فالحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت رفع الدعوى، ولذلك فقد تتغير قاعدة التنازع بعد وقوع الحادث أو نشوء الحق وقبل رفع الدعوى، ومع ذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التي كانت سارية عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق لا تلك التي حلت محلها وقت رفع الدعوى، بينما فكرة النظام العام لا ينظر إليها عند رفع الدعوى[2].

ومثال ذلك ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية تبني سنة 1936 حيث تتلخص وقائع هذه القضية[3] في أن فرنسيين تبنيا طفلا، وهما خارج فرنسا وحدث ذلك قبل سنة 1923 وكان القانون الفرنسي آنذاك يشترط لصحة التبني أن يكون الزوجان المتبنيان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في سنة 1923 قانونا يتيح التبني حتى لمن لم يبلغوا هذه السن فطعن أمام محكمة باريس في صحته على أساس أنه مخالف للنظام العام في وقت التبني لأن المتبنيان كانا شابين، إلا أن المحكمة قضت برفض الطعن على اعتبار أن مثل هذا التبني قد أصبح غير مخالف للنظام العام في وقت رفع الدعوى.

[1] أشار إليه بلماضي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص142.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص153.

[3] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص56.

وكذا قضايا النسب عندما أجاز القضاء منذ سنة 1912 للأولاد غير الشرعيين رفع دعاوى لإثبات نسبهم ولو كانوا مولودين قبل ذلك التاريخ، وقالت محكمة النقض الفرنسية في إحدى أحكامها أن النظام العام يتوقف على الرأي السائد في فرنسا في كل لحظة. ومن جهته أباح القضاء الإيطالي رفع دعاوى الطلاق منذ 1974، وهي السنة التي صدر فيها في إيطاليا قانون يجيز الطلاق لكل الزيجات، ولو حصلت قبل ذلك التاريخ عندما كان الطلاق ممنوعا في إيطاليا[1].

يتضح مما سبق أنه يتحتم على القاضي عند إعماله لهذا الدفع أن يقدر مدى مخالفة القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولته وقت فصله في النزاع، لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع، وذلك حتى يكون تقديره موضوعيا لا شخصيا[2].

الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

يترتب على تحريك الدفع بالنظام العام عدة آثار منها آثار عادية تتمثل في الأثر السلبي والأثر الإيجابي ومنها آثار غير عادية أو استثنائية تتمثل في الأثر المخفف و الأثر الإنعكاسي للنظام العام.

أولا: الأثر السلبي للنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثرا سلبيا هو استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، فالهدف الأساسي لإعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني، نظرا للتنافر القائم بينهما وبين أساس هذا النظام القانوني[3].

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص252.

[2] زيدون بختة، المرجع السابق، ص145.

[3] سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد12، العدد43، جامعة الموصل، العراق، ديسمبر 2010، ص93 و94.

ومثال ذلك أن يحكم قاضي جزائري برفض دعوى ميراث يرفعها شخص مسيحي أجنبي للميراث من قريبه الأجنبي المسلم نظرا لعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم وهي قاعدة من النظام العام في الجزائر، ولو أن الأطراف أجانب، ومع ذلك يستبعد القانون الشخصي للمتوفي إذا كان يسمح بالتوارث بالرغم من اختصاصه طبقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي يقوم القاضي يرفض الدعوى لعدم التأسيس وسبب الرفض، هو مخالفة الحق المطالب به للنظام العام في قانون القاضي[1].

هذا ما أكدت عليه المادة 24 من القانون المدني بقولها:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون". غير أن سؤالا يطرح في هذا المقام، وهو في حالة ما إذا كان ذلك القانون الأجنبي لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي إلا في بعض أحكامه، فهل يقوم القاضي باستبعاده برمته أم أنه يقتصر على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فيه فقط؟ وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي هنا بيان بعض الآراء الفقهية التي مثلت في هذا المجال.

يرى جانب من الفقه وجوب استبعاد القانون الأجنبي كليا وتطبيق قانون القاضي بدلا منه إذا ما تعارض أي حكم من أحكامه مع النظام العام الوطني[2]، يستند هذا التعارض مع النظام العام والقول بغير ذلك يؤدي إلى مسح وتشويه القانون الأجنبي وتطبيقه في غير الأحوال لتي يجب تطبيقه فيها، فضلا عن أن هذا التطبيق ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد في دولة القاضي حيث تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي برمته وليس بعض أحكامه دون البعض الآخر[3].

لكن غالبية الفقه في كل من فرنسا ومصر ترى أن الأثر النسبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي برمته وإنما يجب أن ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي

[1] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص304.
[2] خروبة حمزة، المرجع السابق، ص62.
[3] سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، 62.

يتعارض فيها مفهوم النظام العام في دولة القاضي.[1] ويرجع العمل بالاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الأجنبي لاعتبارات التالية[2]:

-يجب استخدام الأثر الإستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية لأن القانون الأجنبي ليس برمته هو الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي وإنما النتيجة التي يؤدي إليها إعمال قواعده.

-الدفع بالنظام العام لا يرمي إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي في ذاته وجملته، إنما يهدف إلى منع حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام والمترتبة بسبب تطبيق بعض أحكام القانون الأجنبي.

-الاستبعاد الجزئي وحده يحقق وظيفة قاعدة الإسناد كما تصورها المشرع الوطني ويحفظ للقانون الأجنبي المختص مكانته بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا الموقف حين نقض المجلس الأعلى [3] جزئيا قرارا صادرا عن مجلس قضاء تيزي وزو في 19 أبريل1982 كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى الذي قضى بمنح صيغة تنفيذية لحكم قضائي فرنسي، قصد تنفيذه بالجزائر، حكم بتعويضات للمدعى عليها دون تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لإتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليه أيضا المقدر بـ 12%، التي يجيزها القانون الفرنسي المختص وممنوعة في القانون الجزائري عملا بالمادة 453 مدني التي تمنع تقاضي فوائد بين الأشخاص الطبيعيين، لذلك عهد المجلس الأعلى إلى نقض

[1] أشارت إليه نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص123.

[2] ختام عبد الحسن، المرجع السابق، ص287.

[3] قرار المجس الأعلى، مؤرخ في 1984/06/23، ملف رقم 32463، قضية (د ر) ضد (ب س) وزوجته، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 149.

القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ الفائدة وحده تأسيسا على أن الحكم الأخير المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام وفيما عدا ذلك وافق المجلس على قرار المطعون فيه[1].

ثانيا: الأثر الإيجابي للنظام العام وحلول قانون القاضي

إن اكتفاء المشرع بإبراز الأثر السلبي للنظام العام يوصل إلى نتائج لا يمكن التسليم بها لأنها تؤدي إلى إنكار العدالة، ولهذا فإن غالبية الفقه والقضاء يسلم بضرورة تطبيق قانون آخر محل القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع والذي يغلب الرأي أيضا أنه قانون القاضي، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الإيجابي للنظام العام[2]. وقد يكون ذلك بشكل صريح وقد يكون بشكل ضمني.

ففي الفرض الأول يكون إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي إحلالا صريحا في الحالات التي يرتب فيها تطبيق قانون القاضي إحداث أو إنشاء مركز قانوني لم يكن القانون المستبعد يأخذ به، مثال ذلك أن مسألة تتعلق بالزواج تعرض على القضاء الجزائري يكون فيها قانونا أجنبيا يحظر الزواج بسبب اختلاف الجنس أو العرق، ففي هذه الحالة على القاضي الجزائري استبعاد تطبيق هذا القانون المختص وإحلال محله القانون الجزائري لأنه يخالف النظام العام وبالتالي كان الإحلال صريحا[3].

أما في الفرض الثاني فيكون فيه الإحلال ضمنيا لقانون القاضي كما لو كان القانون الأجنبي هو الذي يسمح ويجيز بإنشاء مركز أو علاقة قانونية بينما قانون القاضي لا يسمح بها، مثال ذلك زواج المسلمة بغير المسلم طبقا للقانون التركي الذي يجيز ذلك وهو أمر يخالف النظام العام في الجزائر

[1] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص305.
[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص758.
[3] بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 187.

ينبغي استبعاده من القانون الجزائري وقانون القاضي في مثل هذه الحالات لم يطبق بعد استبعاد القانون الأجنبي بشكل مباشر، بل طبق بشكل ضمني، من ذلك هي منع نشوء العلاقة محل النزاع وهي الزواج في مثالنا السابق، وبالتالي في حقيقة الأمر أن القاضي الجزائري قد طبق القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي بشكل ضمني وليس بشكل صريح وهو ما يطلق عليه فقهيا اقتران الأثر الإيجابي بالأثر السلبي في بعض الحالات[1].

وقد أكد المشرع الجزائري على تبني الأثر الإيجابي للنظام العام من خلال تعديل القانون المدني 2005 حيث أضاف الفقرة الثانية للمادة 24 منه والتي جاء فيها: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة". لكن لا يجب أن يفهم من هذا الحكم أن القانون الجزائري يحل تلقائيا في حكم العلاقة القانونية برمتها، وإنما فيما يخالف النظام العام فقط باستثناء ما إذا كان الحكم القانوني في القانون الأجنبي المستبعد ذا صلة بنصوص أخرى واجبة التطبيق أيضا حينئذ لامناص من الاستبعاد الكلي وتطبيق قانون القاضي على كل العلاقة القانونية لتعذر الاستبعاد الجزئي[2].

أما فيما يخص الاجتهاد القضائي فنجد أن القضاء الجزائري أخذ بهذا الحل حتى قبل التعديل الأخير في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17[3] حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجا مسلما من أصل جزائري أجرى وصية رسمية لصالح زوجته المسلمة من أصل جزائري أيضا بتاريخ 1952/10/10 بكامل تركته، وكان قد أعلن في الوصية اختياره تطبيق القانون المدني بدل أحكام الشريعية الإسلامية التي هي القانون الشخصي للأهالي، ثم توفي سنة 1956 أي قبل استقلال الجزائر، وبعد الاستقلال نازع الورثة في صحة الوصية ونفاذها متمسكين ببطلانها لمخالفتها لأحكام قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، ولاسيما المادة 189 منه التي تنص على بطلان الوصية

[1] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 104. بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 187.

[2] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص307 و308.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1990/10/17، ملف رقم 63219، قضية(ف ش) ضد(ك ف)، المجلة القضائية، العدد02، 1991، ص79.

لوارث ولكن محكمة الدرجة الأولى قضت بصحة الوصية وتأيد حكمها على مستوى الاستئناف بقرار أصدره مجلس قضاء بجاية بتاريخ 14 فبراير1984 فطعن الورثة في القرار بالنقض أمام المحكمة العليا.

كما ذكرت المحكمة العليا أن المورث أوصى لزوجته بعقد وصية مؤرخ في 1952/10/10 بكامل تركته مبديا رغبته في العقد لاختيار تطبيق القانون الفرنسي عليها، وأنه أوصى في حدود هذا القانون والذي جاء تطبيقه بناء على المادة 16 مدني، كما أشارت في قرارها إلى أن المجلس أخطا في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية. ذلك أن الموصي رجل مسلم وجزائري تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر حتى في عهد الاستعمار الفرنسي سنة 1952 وأن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الإسلامية وتصبح وصيته مقررة في حدود ثلث التركة طبقا للشريعة الغراء.

وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا القرار محل الطعن مقررة إبطال الوصية المبرمة سنة 1952 حسب نصوص القانون المدني الفرنسي ووجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع برمته.

من الأمثلة القضائية للأثر الإيجابي للنظام العام أيضا قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/02[1] حيث جاء فيه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه.

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1989/10/02، ملف رقم 52207، قضية(ف م) ضد(ص ع)، المجلة القضائية، العدد04، 1990، ص74.

لما كان من الثابت- في قضية الحال-أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم للحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق في الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"

وتطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي يجب لعدة أسباب[1]:

-أن قانون القاضي يتمتع باختصاص عام يمنحه أولوية على أي قانون آخر لحكم العلاقة المطروحة في كل مرة تتحقق فيها استحالة تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام.

-تطبيق قانون القاضي يملأ حالة الفراغ التشريعي لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي.

-بما أن استبعاد القانون الأجنبي حصل بهدف تحقيق حماية النظام العام في دولة القاضي فإن احترام هذا النظام يملي منطقيا تطبيق قانون القاضي الذي وقع عليه الاعتداء.

ثالثا: الأثر المخفف للنظام العام

قد يتعارض إنشاء الحق في دولة القاضي مع اعتبارات النظام العام فيها، ولا يصطدم نفاذ هذا الحق في دولة القاضي مع هذه الاعتبارات مادام أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج[1]. كما قد ينشأ حق في دولة أجنبية ويكون مخالف للنظام العام الجزائري فهل يمكن الاحتجاج بآثاره في الجزائر؟

[1] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص268.

يوجد إجماع في الفقه مؤيدا بمسلك القضاء على أن النظام العام لا يجب أن يتصدى بصرامة للحقوق المكتسبة في الخارج بنفس الفعالية التي يتحرك بها فيما يخص إنشاء الحقوق في بلد القاضي طبقا لقانون أجنبي معين وهذا حتى لا تهدر تلك الحقوق وتضيع بمجرد تجاوز الحدود السياسية[2]. لكن وإن كان الأمر كذلك فالتسليم بالحق المكتسب بالخارج لا يكون بصفة تامة وآلية، لأنه من المتصور وجود بعض الحقوق التي تبلغ درجة من الشذوذ حيث يتعارض التمسك بها تعارضا صارخا مع أسس المجتمع المتمدن الذي سوف يحتج بآثاره على إقليمه، كتمسك شخص بآثار ملكية رقيق مثلا.[3]

الواقع من الأمر، أن المسألة تختلف باختلاف مدى تعارض الأثر ذاته مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإذا كانت هذه الآثار هي بدورها تتعارض تعارضا صارخا مع مقتضيات النظام العام، ففي هذه الحالة يلعب النظام دوره كاملا في استبعاد الحق واستبعاد آثاره[4]، ومنه تطبيق القانون الجزائري محله، أما إذا كان الأمر بخلاف ذلك، فلا مانع في هذه الحالة من الاعتراف بها، واستبعاد الدفع بالنظام العام بشأنها وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام.

ولإعمال هذا الأخير يتعين توافر الشروط التالية[5]:

-أن يكون المراد هو الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق أو مركز قانوني اكتسب بالخارج واستكمل جميع مراحل تكوينه وليس إنشاؤه.

-عدم نشوء حق مضاد في دولة القاضي.

---

[1] كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2019، ص194.

[2] أشار إليه الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص312.

[3] جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد01، العدد02، جامعة المسيلة، نوفمبر 2016، ص121.

[4] كما عمد القضاء الجزائري إلى عدم الإعتراف بأثر الحقوق المكتسبة في الخارج حسب القانون الأجنبي إعمالا لأثر الدفع بالنظام العام من ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 1984/06/23 السالف الذكر، يراجع ص 210 السابقة.
وكذا ما قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17 /1990/10 السالف الذكر، يراجع ص 212 السابقة.

[5] جمال الدين عنان، المرجع نفسه، ص123.

-أن يكون هذا الحق قد اكتسب بطريقة صحيحة وسليمة وليس بطريقة الغش نحو القانون.

-أن لا يكون من شأن نفاذه والاحتجاج بآثاره المساس بصورة واضحة جلية بمقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

-أن يكون هذا الحق معروفا في النظام القانوني في هذه الدولة، إذ أنه لا يمكن التمسك بحق في دولة يجهل نظامها القانوني، كالانفصال الجسماني قبل إقراره في التعديل الأخير للقانون المدني.

رابعا: الأثر الانعكاسي للنظام العام وتطبيق قانون القاضي

إن الدفع بالنظام العام هو فكرة وطنية تستخدم لحماية المصالح الأساسية العليا وذلك باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي. واستنادا لهذه الفكرة فإن القاضي يلتزم بحماية النظام العام في دولته. وعليه فإن الحق الناشئ عن طريق إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد إعمالا للدفع بالنظام العام يحتج بآثاره في الجزائر، بينما يكون عديم الأثر في البلد المستبعد قانونه أما الاحتجاج به في دولة ثالثة فهو يتوقف على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في الجزائر[1].

فإذا كانت مقتضيات النظام العام متشابهة في كلا الدولتين، فيمكن الاحتجاج بآثاره في تلك الدولة الأجنبية، أما إذا كانت مختلفة وغير متوافقة، فلا يجوز الاحتجاج بآثاره فيها، وتعرف هذه المسألة بالأثر الانعكاسي للنظام العام[2]. ولتوضيح هذه المسألة نسوق المثال التالي: لو تزوج إنجليزي مسلم في المغرب بزوجة ثانية مخالفا لقانونه الشخصي القانون الانجليزي الذي يحظر تعدد الزوجات، ثم نشب نزاع في صحة الزواج الثاني أمام القضاء المغربي الذي حكم بسلامة الزواج، ثم بعد ذلك حدث وأن رفعت الزوجة الثانية دعوى نفقة عادية لها أمام القضاء الجزائري، فإذا احترم هذا القضاء الأخير ما قضت به المحاكم المغربية من اعتبار الزواج الثاني صحيحا على أساس أن النظام المغربي في شأن

[1] زيدون بختة، المرجع السابق، ص151.

[2] مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص137.

تعدد الزوجات يتفق مع النظام العام الجزائري، وقضى بأحقية الزوجة في النفقة والاعتراف بالنظام العام المغربي فإن هذا القضاء يكون بأثر انعكاسي أمام القضاء الجزائري.

انقسم الفقه والقضاء بصدد هذه المسألة فالبعض يرى أن فكرة النظام العام فكرة وطنية ولا علاقة لها بما يعتبر من النظام العام في بلد آخر . والبعض الآخر الذي ابتدع اصطلاح الأثر الانعكاسي للنظام العام يرى أنه إذا تشابه النظام العام في دولة مع النظام العام في دولة أخرى، فلا بأس من الأخذ بهذا الأثر[1].

ولقد ظهر هذا الانقسام بين الفقه والقضاء بصدد قضية عرضت على القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها في أن فرنسية مطلقة تزوجت في فرنسا من إسباني في حين أن القانون الإسباني وهو القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة التنازع الفرنسية، يحرم زواج الإسبانيين بالمرأة المطلقة وقد عرض النزاع على محكمة "سين" بباريس فقضت بصحة هذا الزواج طبقا للقانون الفرنسي، واستبعدت تطبيق القانون الاسباني وقالت أن ما يعتبر من النظام العام في اسبانيا من هذه الناحية لا يتفق مع النظام العام الفرنسي[2]. في حين أن مثل هذا النزاع عرض على محكمة "مونبلييه" فقضت ببطلان الزواج مستندة إلى أن الفرنسية التي أصبحت اسبانية بالزواج تخضع من حيث موانع الزواج للقانون الإسباني وهو يقضي بعدم صحة زواجها لأنها مطلقة[3].

فيرى فريق أن تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي يتسم بالطابع الوطني والنظام العام بدوره ليس دوليا بل هو وطني القلب والقالب، هدفه الدفاع عن المصالح الأساسية العليا لمجتمع دولة القاضي. ووطنية النظام العام تعني إقليميته وبالتالي لا تمتد آثاره خارج الدولة التي حصل الدفع به فيها. والقاضي الوطني لا يسلم بطريقة عمياء بصحة إنشاء الحق أو المركز القانوني في الخارج طبقا

[1] ومنهم "باتيفول" نقلا عن علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 157.

[2] نفس المرجع ونفس الصفحة.

[3] وقد انتقد الفقهاء هذا الحكم بأن المحكمة نسيت أن القانون الفرنسي هو الذي يجب أن يطبق على الزوجة الفرنسية قبل الزواج وهو يقضي بصحة زواج المطلقة. نفس المرجع، ص 158.

لمقتضيات النظام العام الأجنبي، فليس هناك ما يسمى بالأثر الانعكاسي للنظام العام لدولة أجنبية أمام القضاء الوطني[1].

في حين يرى فريق آخر بأنه يجوز الاحتجاج بكل الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في دولة القاضي شريطة أن تكون مقتضيات النظام العام في الدولة الأجنبية متفقة ومتطابقة مع مقتضياته في دولة القاضي المعروض عليه العلاقة محل النزاع ويختلف في نفس الوقت مع مقتضيات النظام العام طبقا للقانون الأجنبي المختص المستبعد[2]. أي أنه يمكن الاعتراف بالحق أو المركز القانوني أمام قضاء دولة ثالثة تتفق فيها فكرة النظام العام مع فكرة النظام العام في الدولة التي نشأ فيها الحق.

وقد استند مؤيدو فكرة الأثر الانعكاسي للنظام العام على عدة اعتبارت نذكر منها:

-أن تبني هذه الفكرة فيه تبسيط لحلول تنازع القوانين وتخفيف للعبء عن كاهل القاضي الوطني حيث يعفى من تحديد القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع حسب قواعد التنازع الوطنية ثم استبعاده بعد ذلك إذا كان يخالف اعتبارات النظام العام واحلال قانونه محله. فكيفيه أن يعلم تماثل مضمون النظام العام في الدولة التي نشأ فيها الحق أو المركز القانوني خلافا للقانون المختص أصلا حتى يصل إلى الاعتراف بذلك الحق أو المركز القانوني[3].

-أن الأخذ بهذه الفكرة يساهم إلى حد بعيد في التضييق من هوة اختلاف فكرة النظام العام ذاتها من دولة إلى أخرى. فقد يتغاضى القاضي في الدولة التي يحتج فيها بالحق المكتسب وفقا لاعتبارت النظام العام لدولة أخرى عن بعض أوجه التباين بين نظامه القانوني والنظم القانونية الأجنبية، وهو ما يقود في النهاية إلى تقبل فرص تحريك الدفع بالنظام العام[4].

[1] ومن بينهم "بارتن" نقلا عن مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 168.
[2] بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 191.
[3] أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص 789.
[4] مجد الدين خربوط، المرجع نفسه، ص 196.

-أنها فكرة تساعد على رفع التناقض في التسبيب القضائي، فإنكار أثر النظام العام الأجنبي يقود إلى إنكار وجود الحق أو المركز القانوني المكتسب في الخارج وفقا لاعتبارت النظام العام الأجنبي، بينما يمكن الاعتراف بذلك الوجود إذا كانت مسألة انشاء أو تكوين الحق قد ثارت لأول مرة أمام القاضي الوطني. أي أن الأثر الانعكاسي يعمل على توحيد وتناسق الحلول القضائية[1].

وعليه فإن تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي يتنوع باختلاف ظروف معطيات كل نزاع لذلك يتعين على القاضي عند إعماله لنص المادة 24 ق.م أن يكون حريصا في استخدامه لهذا الدفع لما له من توسيع لنطاق القانون الجزائري وتهديد لخصوصية الحياة الخاصة الدولية خاصة وأنه يتعلق في غالب الأحيان بمجال الأحوال الشخصية.

[1] أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص 790.

الفصل الثاني: تطبيق قانون القاضي استنادا إلى مانع مادي

في الأحوال التي يثبت فيها الاختصاص بحكم المنازعات الخاصة الدولية لقانون القاضي بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، وقبل هذا الأخير الاختصاص ودونما إثارة لأي دفع من الدفوع التي تمنع تطبيق هذا القانون كالدفع بالنظام العام فإن هذا القانون يدخل مرحلة التطبيق الفعلي.

غير أن ثمة عقبات تصادف القاضي في معرض التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي فيتعذر عليه التغلب عليها مما يجعل تطبيقها مستحيلا، قد يكون مرد هذه الاستحالة قصورا واقعيا أو ماديا يخلقه واقع المنازعة المطروحة، يتسبب في عدم الوصول إلى مضمون هذا القانون الأجنبي(المبحث الأول) رغم الجهد المبذول من القاضي والخصوم. أو أن يكون مرد هذه الاستحالة الرغبة في الوصول إلى حل سريع يحفظ الحقوق ويحميها، والتي يعبر عنها بحالة الاستعجال (المبحث الثاني)، مما يفتح الباب لتطبيق قانون القاضي بصفة احتياطية على هذه المنازعة.

المبحث الأول: تطبيق قانون القاضي في حال تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص

مهما كان دور القاضي في إثبات القانون الأجنبي فإن مهمته هذه تنتهي إما بتطبيقه على المنازعة، أو باستحالة هذا التطبيق لأسباب لا دخل له فيها[1] وذلك بعد استنفاذ كل السبل الميسرة للعلم بمضمون القانون الأجنبي. وهنا احتدم جدل الفقه وتعددت فيه النظريات بشأن الحل المقترح عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي[2].

لذا سوف نتطرق إلى موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي (المطلب الأول). ثم نتبين موقف المشرع الجزائري منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي

من المسلم به أن التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ينتهي في الأحوال التي يستحيل فيها التوصل إلى الكشف عن أحكام هذا القانون، لذا يجب عليه البحث في الحل الواجب الإتباع في هذه الحالة. وقد تعددت الاتجاهات الفقهية بهذا الشأن فمنهم من يدعوا إلى رفض الدعوى ومنهم من يقول بتطبيق القانون الأقرب للقانون الذي تعذر إثباته ويذهب رأي ثالث إلى تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع ، في حين يرى البعض تطبيق الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي.

1 زيدون بختة، المرجع السابق، ص123.

2 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص427.

الفرع الأول: رفض الفصل في الدعوى

وذلك بامتناع القاضي عن الفصل في النزاع ورد الطلب، بسبب إهمال الخصوم إثبات القانون الأجنبي وعدم معرفة القاضي إثبات مضمونه [1] وطبق هذا الحل في قضية Walton الشهيرة التي نظر فيها القضاء الأمريكي عام 1954.

تتلخص وقائع هذه القضية في إصابة "والتون" وهو مواطن أمريكي جراء حادث اصطدام مع إحدى السيارات التابعة لشركة أمريكية (آرامكو) في المملكة العربية السعودية كان يقودها مهندسان أمريكيان، رفع "والتون" دعوى تعويض أمام محكمة نيويورك التي أثارت من تلقاء نفسها تطبيق القانون السعودي بمثابته قانون مكان وقوع الفعل الضار، طلبت المحكمة من المدعي إثبات مضمونه ولكنه عجز عن القيام بذلك مما دفع بها إلى رفض طلبه بالتعويض[2].

ويؤخذ على هذا الاتجاه أن موقفه غريب عن الدور المعتاد للقاضي كما تعرفه المبادئ العامة في قانون المرافعات، فالتوقف عن الفصل في الدعوى يشكل إنكارا صارخا للعدالة[3]. غير أن هذا الاتجاه يرى أن إنكار العدالة خير من مخالفتها بتطبيق قانون مختلف[4]، في حين أن الرأي السائد في ذلك أن كل نزاع يجب أن يلقى حلا حتى ولو كان القانون المختص أصلا بحكمه عصي التحديد[5].

ولما كان لا يمكن قبول هذه النظرية على النقد السالف عرضه يكون لزاما البحث عن نظرية أخرى يمكن أن تكون أكثر قبولا واستحسانا.

1 عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتقييد الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص241.

2 محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص238.

3 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص167.

4 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص425.

5 نفس المرجع، ص427.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأقرب للقانون الذي تعذر إثباته

ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأنه إذا تعذر على القاضي الكشف عن مضمون قانون أجنبي معين، فعليه أن يقوم بتطبيق القانون الأكثر اقترابا في أحكامه من القانون الواجب التطبيق أصلا[1].

ويتحدد ذلك بالأخذ بالقانون الذي يأتي في الدرجة الثانية بعد القانون الذي يتعذر إثباته وذلك من جهة اتصاله بالعلاقة، كأن يطبق قانون محل الإقامة عند استحالة إثبات قانون الموطن، أو كأن يلجأ القاضي إلى بديل آخر[2] مثال المادة 19 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بشكل التصرفات القانونية التي تنص على سريان قانون مكان إبرام التصرف أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو القانون الذي يحكم النزاع، فإذا تعذر إثبات مضمون أحد هذه القوانين أمكن إثبات مضمون الآخر وتطبيقه.

كما يمكن أن يكون القانون من نفس العائلة القانونية كإحلال القانون الانجليزي محل القانون الأمريكي المتعذر إثباته[3]. فهذا وحده يضمن الوصول إلى حل للنزاع على نحو يقترب من الحل الذي كان من المقرر أن يعطيه القانون الأجنبي الواجب التطبيق لو كان مضمونه واضحا ومعلوما[4].

ومع ذلك فإن هذا الرأي يصطدم بعقبات تجعل تحقيق النتيجة التي يبتغيها محل شك كبير، فمن الصعب عمليا التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة[5]. فهي من المسائل المعقدة والصعبة والصعبة وهي بحاجة إلى تطور في الدراسات القانونية المقارنة[6]. حتى ولو سلمنا بتقارب تشريعين مختلفين فإنه من المتصور دائما أن تتطور أحكام أحدهما تحت تأثير الظروف الاجتماعية والاقتصادية

1 أشارت إليه زيدون بختة، المرجع السابق، ص126.

2 محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص239.

3 زيدون بختة، المرجع نفسه، ص126.

4 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص429.

5 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص168.

6 عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتقييد الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص241.

السائدة في المجتمع الذي تنطبق فيه مما يضفي عليها طابعا خاصا يبعدها تماما عن أحكام التشريع الذي كانت تتشابه معه ابتداءا[1].

ونظرا لصعوبة تجسيد هذا الحل يتعين علينا البحث من جديد عن حل آخر للنزاع المطروح أمام القاضي الذي استعصى عليه أن يطبق بشأنه أحكام القانون الأجنبي.

الفرع الثالث: تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع

وفقا لهذا الرأي فإنه إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، يتعين على القاضي أن يطبق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع، تحقيقا لحكمة المشرع وتحقيقا لغاية قواعد الإسناد وهي تطبيق أكثر القوانين صلة بالنزاع، لأن هذا القانون يعد الحل البديل الذي يوصلنا لنفس الهدف في هذه الحالة[2] .

كما يستند أنصار هذا الرأي على أن المشرع قد خول القاضي القدرة على وضع قاعدة إسناد احتياطية، ترشح قانونا آخر عندما يتعذر عليه بالفعل التوصل إلى مضمون القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد الأصلية[3]. حيث شكل ذلك تطبيقا للمادة 23 مكرر 2 من القانون المدني:" تطبق المبادئ العامة للقانون الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

وينوه أيضا هذا الرأي بأن الحل محصور في الفروض الاستثنائية التي يستحيل فيها فعلا الكشف عن مضمون القانون الأجنبي المختص أصلا، وأن استقرار الحلول القضائية في شأن هذه الفروض الاستثنائية على مر الزمن، سيمكن المتقاضين من العلم المسبق بهذه الحلول مما يوفر في النهاية الاستقرار المتطلب في المعاملات[4]. فلو افترضنا أن القاضي كان بصدد علاقة تعاقدية أجنبية في جميع عناصرها، وتعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي المختار من قبل الطرفين والذي يفترض أنه قانون محل إبرام العقد أو تعذر عليه التوصل إلى مضمون قانون موطنهما المشترك، حيث إستحال

1 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص18.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص209.

3 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص431.

4 حمزة قتال، المرجع نفسه، ص209.

عليه تطبيق أي من القوانين المشار إليها بموجب المادة 18 من القانون المدني فلعله يكون الأقرب إلى حكمة التشريع تطبيق قانون محل تنفيذ العقد[1]. ورغم أن تطبيق القانون الأكثر صلة بالنزاع، يحقق الحكمة من التشريع إلا أنه يعاب عليه أنه:

-إذا كان للقاضي مكنة تغيير القانون الواجب التطبيق، فإن تلك المكنة تتوارى إن لم يكن ثمة نص صريح يقررها، وإلا كان معنى ذلك تحول القاضي إلى مشرع في بعض الأحوال وهذا ما لا يستساغ بأي حال[2].

-إن الاستناد على القاعدة التي تقضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في حالة عدم وجود نص في قاعدة الإسناد، في غير محله ذلك أن هذه القاعدة تخص حالة عدم وجود قاعدة الإسناد موجودة وتم إعمالها[3].

-إطلاق العنان لهذا الرأي يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة يخشى معها إساءة استعمالها[4].

وأمام عيوب هذا الرأي نعود من جديد إلى البحث عن حكم بديل لحكم القانون الأجنبي الواجب التطبيق التي تعذر إثبات مضمونه.

الفرع الرابع: تطبيق المبادئ السائدة في الأمم المتحضرة

يرى البعض أنه إذا استحال على القاضي أن يتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي فعليه أن يطبق المبادئ العامة أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة أو المبادئ السائدة في

1 نادية فضيل، تطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص95 و96.

2 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص433.

3 حمزة قتال، المرجع السابق، ص210.

4 نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع نفسه، ص96.

الدول المتمدنة[1]. حيث تتكون هذه المبادئ من جملة مصادر القانون الدولي الخاص لاسيما المادة 38 من قانون محكمة العدل الدولية[2].

وقد ذهبت إلى هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في عام 1888 بشأن قضية كان لا بد من تطبيق القانون الأمريكي، حيث جاء في قرارها "لأن الطالب لم يقم بإثبات القانون الذي يدعي أنه يعفيه من المسؤولية التي تقع لا شك على عاتقه طبقا لمبادئ العدالة المعترف بها دوليا"[3].

فمبدأ العدالة يعد أحد المبادئ العامة القانونية التي تسود في دول العالم المتحضرة ومن ثم فالقاضي– وفقا لمنطق هذا الرأي– لا يحكم على نحو يخالف القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه، إذا ما أسس حكمه على هذه المبادئ العامة بافتراض أنها مبادئ تتضمنها كل القوانين وتعترف بها كل الدول[4]. غير أن هذا الاتجاه لم يسلم هو الآخر من النقد. فرغم أن فكرة المبادئ العامة تبدو جذابة وتحقق عدالة أكثر، إلا أنها تفتقر إلى الأساس السليم الذي تقوم عليه. حيث يخول هذا الاتجاه للقاضي قدرا كبيرا من التحكم[5] ينتهي به عمليا وفي الأخير إلى تطبيق قانونه الوطني على أساس أنه المستمد منطقيا من هذه المبادئ[6].

1 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص167.

2 نصت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه:" 1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

أ- الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ت- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

ث- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59.

2- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والانصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك". متوفر على الموقع الرسمي لمحكمة العدل الدولية على الرابط: https://www.icj-cij.org، تاريخ الاطلاع: 2019/12/15.

3 ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونية العراقي والمقارن، دار الحرية، بغداد، 1977، ص352.

4 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص436.

5 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص167.

6 زيدون بختة، المرجع السابق،ص125.

بالإضافة إلى أنه يعتمد على فكرة صعبة التحديد وهي "المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة"، وهي قواعد عامة بلا تفصيلات، وحدودها غير واضحة، وهذا ما ينفرد ببيانه كل قانون[1]. كما أن اتساع هذه الفكرة وعموميتها يؤدي على اختلاف الأحكام من محكمة إلى أخرى[2].

ونظرا لضعف الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الاتجاه ظهر اتجاه آخر عُدَ الأقرب إلى المنطق القانوني.

الفرع الخامس: تطبيق قانون القاضي

لقد كان لأوجه النقد الموجهة إلى الحلول السابقة أثرها في اتجاه غالبية الفقه إلى القول بتطبيق قانون القاضي عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق[3]، لأن هذا القانون هو قانون المحكمة التي تفصل في النزاع وهو ليس غريبا عنها، ولا يعني تطبيق قانون القاضي مطابقة أحكامه لأحكام القانون الأجنبي، فهو يعد حلا عادلا يجنب الخصوم النتائج المسبقة التي تترتب على رد دعواهم[4]. كما يجد هذا التطبيق تبريره في التزام القاضي بأداء العدالة، بالإضافة إلى أنه أدرى بأحكامه وتطبيقها أسهل عليه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص[5].

من جهة أخرى نجد أن النظم القانونية عموما قد اتجهت مؤخرا إلى توسيع دائرة اختصاص القانون الوطني، فقوانين التوجه الاقتصادي والحماية الاجتماعية، التي تزايد عددها بتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات، هي من قوانين التطبيق الضروري فلا يبدو غريبا أن يطبق القاضي قانونه عند استحالة تطبيق القانون الأجنبي[6].

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص207.

2 ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص352.

3 زيدون بختة، المرجع السابق،ص126.

4 عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتقييد الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص242.

5 ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع نفسه، ص352.

6 حمزة قتال، المرجع نفسه، ص212.

رغم كل هذه التبريرات للأخذ بقانون القاضي في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي، إلا أن دعاة هذا الحل اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه. وللوقوف على الأساس الصحيح لتطبيق قانون القاضي علينا التطرق إلى جملة الأسس التي عرضها الفقه:

أولا: إفتراض تطابق قانون القاضي والقانون الأجنبي

وهو أساس يأخذ به القضاء الانجليزي، على افتراض مؤداه أن أحكام القانون الأجنبي تتطابق مع مضمون القانون الوطني، وعلى من يدعي عكس هذا الافتراض أن يقيم الدليل على ذلك، فكأن القانون الوطني لا ينطبق من الوجهة النظرية بصفته هذه وإنما بوصفه قانونا أجنبيا[1]. وقد أخذ على هذا الرأي أنه يقوم على مجرد حيلة قانونية بعيدة عن الواقع، لأن قوانين العالم تختلف ظروف نشأتها، وتطور مبادئها الايديولوجية من دولة إلى أخرى، حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق ينتمي إلى نفس العائلة القانونية التي ينتمي إليها قانون القاضي[2].

كما أن التسليم بهذا الفرض يجعل من قانون القاضي صاحب الاختصاص الأوحد بالمنازعة، ويصبح اختصاص القانون الأجنبي بها أمرا نظريا بحتا ما يجعل قانون القاضي ينطبق مرتين على المنازعة، فتارة بصفته هاته وتارة أخرى باعتباره القانون الأجنبي الواجب التطبيق على تلك المنازعة إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه[3] .

وعليه فإن هذا الرأي برمته يقوم على أساس المجاز والحيلة. "ولما كان أساس الحيلة هو الوهم والبعد عن الواقع فإنه يجب الحد من النتائج المترتبة عليها في أضيق الحدود وقصرها على الغاية التي يبتغيها القانون"[4].

1 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص169.

2 زيدون بختة، المرجع السابق،ص127.

3 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص444.

4 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص169.

ثانيا: الاختصاص العام لقانون القاضي

هناك من يؤسس تطبيق قانون القاضي بأن له اختصاص عام على جميع علاقات القانون الخاص، فإذا تعذر تطبيق القانون الأجنبي تعين على القاضي تطبيق قانونه بوصفه صاحب الاختصاص العام[1]. وقد تبني هذا الأساس القضاء الفرنسي فقضى بأنه لا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وإنما يمكنه اللجوء إلى القانون الوطني الفرنسي الذي له اختصاص عام بحكم كل علاقات القانون الخاص[2].

وقد انتقد هذا الرأي بدوره لأنه يقوم على أساس خاطئ، ذلك أن طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني، فالأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا[3]. كما أن تطبيق قانون القاضي يسمح له أن يمد سلطانه على ما ليس له، وكأن ذلك هو المبدأ الأصيل أو القاعدة العامة، بحيث يمكن غض الطرف عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على هذا النوع من المنازعات في سبيل تطبيق القانون صاحب الاختصاص العام بكل منازعات القانون الخاص، وهو ما يصير معه انطباق القانون الأجنبي على المنازعات الخاصة الدولية أمرا استثنائيا[4].

ثالثا: الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي

ويعتبر هذا الاتجاه هو الرأي الراجح في الأحوال التي يتعذر فيها الكشف عن أحكام القانون الأجنبي، صاحب الاختصاص الأصيل لحكم النزاع طبقا لقواعد التنازع الوطنية[5]. يجد الاختصاص الاحتياطي تبريره في الاعتبارات العملية التي قد تحول دون تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع وتحتم في الوقت ذاته عدم ترك هذا النزاع دون حل.

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص211.

2 أشار إليه حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص445.

3 أشار إليه هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص170.

4 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع نفسه، ص446.

5 زيدون بختة، المرجع السابق، ص127.

ورغم رجاحة هذا الإسناد فقد حاول البعض التشكيك في شرعيته على أساس أنه يتعارض مع توزيع المشرع الوطني للاختصاص بالمنازعات ذات الطابع الدولي بين القانون الوطني والأجنبي من خلال قواعد الإسناد، إذ أن قاعدة الإسناد بإشارتها إلى تطبيق قانون أجنبي معين على النزاع قد نفت في الوقت ذاته اختصاص القانون الوطني بحكم هذا النزاع، ولا محل بعد ذلك لافتراض أن قاعدة الإسناد قد احتفظت للقانون الوطني باختصاص احتياطي لحكم هذا النزاع[1].

ويرد الأستاذ حسام الدين فتحي ناصف على هذا التشكيك بالتأييد حيث يرى أن قاعدة الإسناد لا تحتفظ للقانون الوطني باختصاص احتياطي ولو حتى افتراضا، فيرى أن الاختصاص الاحتياطي يتحرك دائما خارج دائرة قاعدة الإسناد لأنه يتجاوز مكناتها التي تتمثل في اختصاص أصيل فحسب سواء للقانون الأجنبي أو لقانون القاضي. كما يرى أنصار هذا الاتجاه وكتقييد على الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي، أنه يتعين للأخذ بهذا الحل أن يكون قانون القاضي على صلة ما بالنزاع المطروح أمام القضاء، فقد يتبين للقاضي أن تطبيق القانون الوطني سوف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة بحيث يتعذر القول بوجود صلة بينه وبين واقعة الدعوى[2].

ويستدل البعض على ذلك [3] بالنزاع القائم أمام المحاكم الفرنسية بخصوص حادث وقع في انجلترا بين سيارتين، فلو تعذر على القاضي الفرنسي الكشف عن مضمون القانون الإنجليزي المختص بحكم النزاع استنادا لموقع وقوع الفعل الضار وطبق قانونه فقد يترتب على ذلك اعتبار قائد السيارة الذي كان يسير على يسار الطريق مخطئا، في حين أن العكس تماما هو الصحيح لأن لوائح المرور في بريطانيا تفرض السير على اليسار خلافا لما عليه الحال في فرنسا ومعظم دول العالم[4] .

غير أن طرح النزاع أمام محكمة ما إنما يعبر دون أدنى ريب عن توافر قدر من الارتباط بين العلاقة محل النزاع وقانون المحكمة، يكفي لتطبيق حكم هذا القانون في حالات تعذر الوصول إلى

1 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص447.

2 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص170.

3 ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص351 ،هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص170 و171.

4 سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص731.

مضمون القانون الأجنبي، بل يكون هذا الحل الأسهل والأكثر ملائمة لاسيما إذا تطلب تنفيذ الحكم في دولة المحكمة التي أصدرته، كما يمكن تطبيق قانون المحكمة استنادا لفكرة النظام العام[1].

وعليه يبقى قيد واحد لا مناص من فرضه على القاضي ويتمثل في ضرورة تسبيب حكمه الذي يقرر فيه تعذر التثبيت من مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق.[2]

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي

يذهب البعض إلى القول أن القانون الدولي الخاص هو قانون فقهي بالدرجة الأولى وأساس ذلك أن له إسهامات عديدة في تكريس مبادئ ونظريات كثيرة، كما أن التشريع في العديد من الأحكام تبنى هذه النظريات[3]. وبعد استعراض مختلف الآراء الفقهية التي تبنت القانون الواجب التطبيق في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي، نسعى إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات.

فبالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد أن المشرع قد تبنى الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى إثبات القانون الأجنبي وذلك بموجب تعديل 2005 للقانون المدني، حيث تنص المادة 23 مكرر منه: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص". بما يعد في ذلك من تطبيق للمادتين 03فقرة01 والمادة 29 فقرة 02 من القانون المدني[4]، وهي التزام القاضي في منهج الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني للمتقاضي، عن

1 ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص352.

2 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص451.

3 القروي بشير سرحان، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01،جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2016/01/05، ص85.

4 المادة 01/03 ق م: "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته"
المادة 29 فقرة 02: "يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه"

طريق الفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية المناسبة (المواد من 09 إلى 24 ق م). وسواء بعد ذلك رفض الطلب إذا كان غير مؤسس أو تم قبوله إذا كان مؤسسا، وإلا عد القاضي ناكرا للعدالة[1].

وعليه طبقا للمادة 23 مكرر يجب على القاضي في حالة ما إذا تعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء التزم بهذا الإثبات أو كان ذلك بمساعدة الخصوم أن يطبق القانون الوطني بما له من اختصاص احتياطي. فالمشرع لن يترك القاضي يواجه عقبات البحث عن هذا القانون، وفي حالة عدم تمكنه من إثبات مضمون القانون الأجنبي قد يجعل منه مرتكبا لجرم إنكار العدالة[2]، وهو الأمر الذي تنبه له المشرع الجزائري بإقراره اختصاصا احتياطيا للقانون الجزائري ضمن المادة 23مكرر.

هذا ومما هو جدير بالملاحظة في هذا الإطار، أن هذا الحل الاحتياطي لا يلجأ إليه كحل سهل، بل إن كلمة تعذر الواردة بالمادة تفيد ضرورة استنفاذ كافة الطرق والوسائل المعتمدة لإثبات مضمون القوانين الأجنبية[3]. غير أن المشرع لم ينص على الوسائل التي يلتزم القاضي بالالتجاء إليها للبحث عن مضمون القانون الأجنبي، ومن ثم يحق له أن يستعمل كافة الطرق التي يراها الأصلح للوصول إلى الحقيقة الموضوعية مهما كانت طرق الاستعلام التي تضمن له العلم بأحكام القانون الأجنبي[4]، ما عدا اليمين والإقرار إذ أن هاتين الوسيلتين تعتمد من أجل إثبات وقائع خاصة بطرفي النزاع يصعب إثباتها ببقية الوسائل الأخرى[5].

إلا أن إثبات القانون الأجنبي يمكن أن يتم بإجراء خبرة لأنها مسألة تفرضها العدالة والمنطق في ظل غياب نص يبين طرق إثبات القانون الأجنبي[6]، كما تعتبر من أفضل الطرق نجاعة في تحديد

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص214.

2 القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص87.

3 زيدون بختة، المرجع السابق، ص128.

4 نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص62.

5 بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص24.

6 عبد النور أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري(غير منشوة)، مطبوعات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، 2017/2016، ص31.

مضمون القانون الأجنبي لذلك تميل الكثير من الدول لاستعمالها سواء كانت شفهية أو مكتوبة[1]، غير أن القاضي غير ملزم بالتقيد برأي الخبير[2]. كما لا يوجد ما يمنع القاضي من الاستعانة بنصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها إلى اللغة الوطنية، كما يمكن استعمال الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي أو المؤلفات الفقهية، أو استعمال أي وثيقة رسمية تمنح من طرف ممثلية قنصلية أو سياسية، ويمكن كذلك استدعاء القنصل أو نائبة للمحكمة للمساعدة في معرفة القانون الأجنبي[3] .

كما أن المشرع لم ينص على دور الخصوم في إثبات القانون الأجنبي. غير أنه لا يوجد هناك مانع من أن يساعد الخصوم القاضي في ذلك حيث لا يتعارض ذلك مطلقا مع دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه[4] .

وعليه فإن على القاضي في حالة تعذر عليه الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي أن يطبق قانونه الوطني طبقا للمادة 23 مكرر وذلك لعدة مبررات وجب الوقوف عليها (الفرع الأول) وعلى ضوء ذلك يتم تقييم موقف المشرع الجزائري(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبررات تطبيق القانون الجزائري في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي

يجد تطبيق القانون الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي الذي نصت عليه قاعدة الإسناد تبريره في بعض الأسانيد التي ساقها الفقه القانوني نذكر من أهمها:

– الصعوبات العملية الخارجة عن قدرة القاضي والإمكانيات المتاحة له في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.[5]

1 هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص156.

2 طبقا لنص المادة 02/144 من قانون الاجراءات المدنية والادارية النافذ.

3 عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص32.

4 القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص88 و89.

5 الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص281.

– كون القانون الجزائري ليس غريبا عن النزاع لأنه قانون المحكمة الناظرة فيه، والمشرع الوطني حين يعقد الاختصاص القضائيي الدولي لمحاكمه لنظر المنازعات ذات الطابع الدولي، ينطلق أساسا من ضرورة وجود صلة بين النزاع وهذه المحكمة والتي غالبا ما تتحدد هذه الصلة عن طريق الجنسية.[1]

– تطبيق القانون الأجنبي اقتضته ضرورات عملية لأنه يشكل حالة استثنائية تبرره طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، ومن ثم إذا تعذر إثباته يسترجع القانون الوطني دوره في التطبيق لأن له الولاية العامة[2] استنادا لمبدأ إقليمية القانون[3]، مما يعني توسيع نطاق تطبيق قانون القاضي.

– إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة[4] وقطع التأويلات المختلفة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة.

– تطبيق قانون القاضي لا يخل بتوقعات الأفراد، فبمجرد لجوئهم إلى محاكم دولة معينة يكشف عن أنه داخل في توقعاتهم احتمال تطبيق قانونها عند تعذر إثبات القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل، لأن الاختصاص القضائي يؤثر حتما على الاختصاص التشريعي.[5]

– تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الخاصة الدولية لأنه أعلم بأحكام القانون الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص.

الفرع الثاني: حدود تطبيق القانون الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي

على الرغم من أهمية هذا الحل الذي يقر اختصاص القانون الجزائري متى تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، إلا أن هذه القاعدة لا تؤخذ على عمومها. حيث أن المشرع الجزائري لا يتعامل مع كل القوانين الأجنبية التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقها معاملة القانون،

1 زيدون بختة، المرجع السابق، ص128 و129.

2 الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص280.

3 نفس المرجع، ص13.

4 حمزة قتال، المرجع السابق، ص214.

5 زيدون بختة، المرجع نفسه، ص129.

فتختلف طبيعة القانون الأجنبي أمام القانون الجزائري بين ما إذا تم اعتباره مسألة واقع أو اعتباره قانون.

فقد اتجه بعض الفقه والقضاء[1] إلى معاملة القانون الأجنبي كواقعة مادية أي أن القانون الذي أسند إليه الاختصاص يفقد عند عبوره الحدود إلى دولة قاضي النزاع الصفة القانونية والإلزامية. فيترتب على معاملة القانون الأجنبي بهذه الصفة أن القاضي لا يطبقه من تلقاء نفسه بل لا بد من تمسك الخصوم به وإثارته صراحة أمامه، كما تقع على عائق الخصوم مهمة إثبات أحكامه كإثباتهم لأي واقعة من وقائع الدعوى، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعملها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي، تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي ولا تخضع في هذا الشأن إلى رقابة المحكمة العليا[2].

واتجه البعض الآخر إلى أن القانون الأجنبي يظل قانونا بمعنى الكلمة محتفظا بطبيعته القانونية ليس فقط داخل حدود الدولة الصادر عنها، وإنما أيضا عندما يعبر الحدود ويطبق أمام قاضي دولة أخرى، فالقانون الأجنبي عندما تقوم المحكمة بتطبيقه في النزاع المعروض عليه فإنه في هذه الحالة يعامل كقانون وليس كمجرد واقعة[3]. حيث يترتب على تطبيق القانون الأجنبي بهذه الصفة أن المحكمة تطبقه من تلقاء نفسها كما أن من واجبها البحث عنه وإثباته[4] كما أنه يخضع بذلك لرقابة المحكمة العليا[5].

أما عن موقف التشريع الجزائري من معاملة القانون الأجنبي وفي ظل غياب نص صريح يحدد ذلك وكذا عدم وجود اجتهادات قضائية في هذه المسألة، فإن نص المادة 358 الفقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبقى المنفذ الوحيد في هذه المسألة. حيث تنص على أنه من بين أوجه

1 عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص325.

2 محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص232.

3 أشارت إليه عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا. دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009، ص82.

4 عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص326.

5 حيث تنص المادة 171 من الدستور: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم... تتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون".

الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا:" مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة". فإذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأجنبي فإن القاضي ملزم بإثبات مضمونه وتطبيقه من تلقاء نفسه وتفسيره وإذا ارتكب خطأ أو مخالفة في تطبيقه يمكن للخصوم أن تبني الطعن بالنقض على هذا الوجه[1].

بمفهوم المخالفة لنص المادة 358 فإنه في غير هذه الحالة لا تخضع المخالفة في إثبات مضمون القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا. غير أن المادة 360 من نفس القانون تسمح للمحكمة العليا أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها إذا خالف قضاة الموضوع أحد الأوجه الواردة في المادة 358، لذلك فليس ثمة مانع أساسي من الاعتراف للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة بهذا الحق أيضا[2].

وهذا التمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وبين القوانين الأخرى واجه انتقادا بجعل القاضي على حد تعبير الأستاذ موحند إسعاد[3] يقوم بدور البهلوان مرة يعتبره قانون ومرة العكس. وعليه فمن الأحسن أن يلغى هذا التمييز كي يلزم قاضي الموضوع بإثبات مضمون كل القوانين الأجنبية على قدم المساواة.

إذن يفهم من نص المادة 358 من ق إ م وإ أن القانون الجزائري يعامل القانون الأجنبي معاملة الواقع ماعدا القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وعليه فإن القاضي الجزائري ووفقا المادة 23 مكرر من القانون المدني ملزم بإثبات القانون الأجنبي فقط ما تعلق منه بقانون الأسرة.

1 عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص148.

2 عكوش سهام، المرجع السابق، ص119.

3 موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 1، المرجع السابق، ص238.

المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي عند قيام حالة الاستعجال

إن تحقق إثبات القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية سواء أن أثاره القاضي من تلقاء نفسه أو تمسك به الخصوم لم يبق إذن أي إشكال في تطبيقه. إلا أن الأمر لن يكون كذلك إلا إذا تضمنت القاعدة القانونية الأجنبية المختصة أحكاما موضوعية من شأنها حل النزاع مباشرة أي تقديم حل مباشر ونهائي للنزاع المطروح. فإذا اكتفت هذه القاعدة بالإشارة إلى الإجراءات الواجبة الإتباع أو السلطات الواجبة الاستشارة، فإن تطبيقها قد يستغرق وقتا طويلا من الزمن ولن يحل النزاع إلا بعد إعمال وإتمام الإجراءات المفروضة من القانون الأجنبي بما يؤدي إلى تأخير الفصل في القضية لاسيما إذا وجب إتباع هذه الإجراءات في الخارج، أو وجب تدخل سلطات إدارية أو قضائية أجنبية، وهو الأمر الذي يخشى معه على مصلحة الخصوم[1] فيأتي ظرف الاستعجال وتولد الحاجة لاتخاذ إجراءات وقتية تحفظ الحقوق وتحمي المصالح، وتبرر حالة الاستعجال إلزام المحاكم بالفصل السريع في النزاع بإجراءات خاصة وربما بقواعد مختلفة[2]. ومما لا شك فيه أن تلك القواعد تؤخذ من قانون القاضي ما دامت أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتعذر تطبيقها بشكل فوري وسريع[3]. بما لقانون القاضي من دور احتياطي في حل هذه المسألة.

وعليه وجب أولا البحث في فكرة الاستعجال في إطار تنازع القوانين (المطلب الأول). ثم نتطرق إلى إعمال قانون القاضي في حالة توفر ظرف الاستعجال (المطلب الثاني).

1 مسعود بورغدة ناريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011/2010، ص111.

2 بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص173 و174.

3 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص420.

المطلب الأول: فكرة الاستعجال في تنازع القوانين

إن استحالة إعمال القانون الأجنبي هي إحدى صور ظاهرة العجز أو النقص في القانون عموما، وتلك الظاهرة ليست من خصوصيات نظام قانوني معين، بل هي آفة كل الأنظمة القانونية الوضعية لمختلف الدول[1].

ويقصد بالنقص في القانون بوجه عام، عدم وجود القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع المعروض أمام القاضي، كما يدخل في نطاق ذلك النقص أيضا حالة الوجود الفعلي للقاعدة القانونية غير أنه يستحيل على القاضي تطبيقها. ومن هذه الأوجه الاستحالة المؤقتة في حالة الاستعجال. ما يدفع القاضي إلى البحث عن قاعدة قانونية لحكم النزاع لحفظ الحقوق والمصالح دون المساس بأصلها. وللتعمق أكثر في هذه الفكرة وجب بداية تحديدها في إطار تنازع القوانين (الفرع الأول) ثم التطرق لمشكلة إعمال القانون الأجنبي في حالة الاستعجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاستعجال وحل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي

لما كانت إجراءات التقاضي العادية تقتصر في الحفاظ على بعض الحقوق والمراكز القانونية التي تحتاج إلى إجراء عاجل[2]، تبنت مختلف النظم القانونية تنظيم نوع من القضاء يسمى القضاء المستعجل يقوم على تحقيق حماية قضائية وقائية، سريعة ووقتية. للحقوق والمراكز القانونية التي يتهددها خطر محدق[3]. ذلك أن تأخر حصول الأشخاص على الحماية القضائية قد يترتب عليه ضرر بهم يتعذر أو يصعب إصلاحه وإزالة آثاره. وللتوفيق بين وجوب التأني في الفصل في المنازعات والسرعة في منح الحماية القانونية تقرر أغلب التشريعات نظاما للقضاء المستعجل يكون مختصا بمنح الحماية العاجلة

1 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص766.

2 عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التقيد في ضوء الفقه والقضاء، ط3، دار المعارف، مصر، 1991، ص11.

3 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص767.

المؤقتة للأشخاص ذلك أنه يتميز بأنه قضاء لا يلجأ إليه إلا إذا توافر الاستعجال وأنه لا يطلب منه إلا حماية مؤقتة للحق[1].

وبازدياد التقدم الصناعي والاقتصادي والتبادل التجاري بين الدول نظرا لاتساع نطاق المعاملات وتشعبها بين المتعاملين وكذا تشعب واتساع العلاقات الإنسانية بين جميع شعوب العالم، أدى إلى تكاثر أنواع القضايا المستعجلة والحاجة إلى الحماية المؤقتة لبعض الحقوق وحفظها[2].

على ضوء ما تقدم فإن الحماية المؤقتة للحق تلزم قيام عنصر الاستعجال لذلك وجب تعريفه في إطار تنازع القوانين (أولا) ثم التطرق إلى تطبيقاته في هذا المجال (ثانيا).

أولا: تعريف الاستعجال في تنازع القوانين

يعرف الاستعجال بأنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في إتقائه رفع دعوى عن طريق الإجراءات العادية ولو مع التقصير في المواعيد"[3].

كما يعرف بأنه: " الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"[4].

ويعرفه آخر بأنه: "حالة قانونية تنشأ من الخطر الناتج عن التأخير أو من فوات الوقت، قبل الحصول على الحماية القضائية الموضوعية، ويولد الخطر الحاجة الملحة إلى حماية قضائية عاجلة. يتم بمقتضاها مفاداة وقوع الضرر بالحقوق أو المراكز القانونية المراد المحافظة عليها"[5].

1 معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص13.

2 الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص06.

3 نفس المرجع، ص10.

4 معوض عبد التواب، المرجع نفسه، ص41.

5 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص767.

أما الاستعجال في تنازع القوانين فهو يعد ظرفا يشكل تهديدا للحق في علاقة ذات عنصر أجنبي يحول مؤقتا دون تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكمها وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية. ويعطي الفرصة لتطبيق قانون القاضي على النزاع دون مساس بأصل الحق وموضوعه، إلى أن يتم الفصل فيه برمته وفقا لحكم القانون الأجنبي المختص[1].

ففي مجال القانون الداخلي، تختلف الحقوق ومواضيعها وتبعا لذلك تتباين ظروف الخصومة القضائية بحيث تختلف إجراءاتها ومواعيدها لحفظ هذه الحقوق وما يقتضيه البعض من سرعة الفصل، على أن أكثر تلك الخصومات أصبحت تعاني من مشكلة طول الإجراءات وبطئها، وتضخم جداول الجلسات وما يقود إليه ذلك من تأخر الفصل في القضايا[2]. ولعل ميدان القانون الدولي الخاص تزداد فيه المشكلة حدة وتتفاقم خطورتها من طول الإجراءات وتأخر تحقيق الحماية القضائية، بالنظر إلى خصوصية الخصومة المدنية الدولية. فقد يقيم أحد أطرافها أو يتوطن في دولة غير تلك التي يقيم فيها الطرف الآخر أو كلاهما متوطنين أو مقيمين في دولة واحدة غير تلك التي رفعت الدعوى أمام محاكمها[3]. فهنا يصدق قول الفقيه "ديموج" R.Demogue، بأن الحق الذي تتأخر حمايته واعمال حكم القانون بشأنه هو في الواقع حق جريح بل أن البعض من الفقه يقرر صراحة بأن هناك من التدابير المستعجلة ما يعد من دعائم الأمان القانوني كالتدابير التحفظية[4].

ثانيا: تطبيقات فكرة الاستعجال في تنازع القوانين

تزخر دوريات القضاء الأجنبي بالأحكام التي قضت بتدابير مستعجلة، سواء تعلق الأمر بتدابير تحفظية أم بتدابير وقتية. فمنها ما يتعلق بحماية الأشخاص كالإذن للزوجة بالإقامة المؤقتة في مسكن منفصل، والقضاء لها بنفقة وقتية لسد حاجاتها إلى القوت وصيانة لها في الاندفاع إلى الرذيلة،

1 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص420.

2 بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص174.

3 مسعود بورغدة ناريمان، المرجع السابق، ص112.

4 احمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 20.

والأمر لها بالحضانة المؤقتة للأطفال والوصاية على القاصر الذي انفصل والديه أو توفيا عنه وتركاه بغير من يرعى شؤونه[1] .

والتدابير التحفظية المستعجلة عادة ما تكون في مجال الحفاظ على الأموال ومنها الأمر ببيع البضائع سريعة التلف أو معالجتها حتى يتم الفصل في المنازعة حول العقد الدولي التي كانت محلا له، أو الأمر بجرد أموال التركة أو وضع الأختام عليها في الميراث الدولي، أو الأمر بتعيين حارس، أو مدير قضائي على أموال شخص يوجد بشأنه مانع يحول دون إدارته لأمواله[2].

ومن أمثلة الأحكام القديمة حكم دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية في 10 نوفمبر 1897، الصادر بخصوص وصي مؤقت على طفل قاصر أضحى يتيما بعد وفاة والديه في حادث قطار بفرنسا، فقد جاء به: "وحيث أن... اليتيم الذي أدى موت أبيه وأمه ضحايا ذات حادث السكة الحديدية إلى تركه دون مورد ودون دعم ودون دفاع كان له أن يتمسك بحقوقه أمام القضاء وأنه في هذه الظروف فإن القاضي قد قام بمبادرة عقد اجتماع مجلس العائلة وتعيين وصي على القاصر الأجنبي طبقا للقانون الفرنسي والذي ستكون سلطاته جوهريا مؤقتة وينبغي أن تنتهي بمجرد أن يتم وفقا للقانون اليوناني التنظيم النهائي للوصاية"[3].

وفي حكم آخر حكمت المحكمة في 14 نوفمبر 1963 في قضية تتلخص وقائعها في أن "إنجليزيا تزوج بفرنسية في انجلترا، وبعد تعذر الحياة الزوجية بينهما رفع الأول دعوى أمام محكمة العدل العليا طالبا الحكم بصفة أصلية ببطلان الزواج واحتياطيا بتطليق زوجته وأثناء نظر القضاء الانجليزي للدعوى رفع الزوج دعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا الجرد ووضع الأختام على شقتين كانت تقيم بهما زوجته في باريس، وعندما علمت الزوجة بذلك سارعت برفع دعوى استعجالية تطلب فيها من

1 أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص767.

2 نفس المرجع، ص768.

3 احمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص215.

ناحية وقف الأوامر التي صدرت بالجرد ووضع الأختام وبطلان اجراءات ذلك ومن ناحية أخرى الاحتفاظ بحقها في رفع دعوى التعويض عن الضرر الذي أصابها من وراء الاجراءات المذكورة."

وقد قضى الحكم بأنه "وحيث أنه... عندما تتخذ إجراءات التطليق أمام القضاء الأجنبي ودون أن يكون هناك محلا في تلك الحالة لبحث ما إذا كان ذلك القضاء مختص دوليا طبقا لقواعد التنازع المقبولة في فرنسا، فإن القاضي الفرنسي يكون له الاختصاص بالأمر بالتدابير التحفظية على الأموال الموجودة في فرنسا وتلك التدابير لا يمكن الأمر بها من قبله إلا وفقا لقانون القاضي... وحيث أن... التدابير التحفظية يمكن في الواقع أن يتخذ منها في فرنسا هي فقط تلك التي يقررها تشريعنا"، أي القانون الفرنسي[1].

ومن تطبيقات فكرة الاستعجال في القضاء الجزائري ما قضى به المجلس الأعلى الجزائري في قراره المؤرخ في 1985/03/23[2] حيث جاء في إحدى حثياته ما يلي:

"حيث أن بند التحكيم المقبول ملزم للطرفين إلا أنه لا يمنع قاضي الاستعجال من اتخاذ تدبير مؤقت أو تحفظي في القضية، ويكون ضمن موضوع اتفاق التحكيم لاسيما تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف لإحصاء الخدمات المنجزة من اليد العاملة ومواد البناء المستهلكة وكذا العتاد، وهذا تدبير لا يخول الإضرار بحقوق الطرفين.

وبفصل مجلس قضاء قسنطينة خلاف ذلك كان مسيئا في تطبيق القانون لاسيما المادة 44 من اتفاقية التعاون المحررة في 08 أوت 1979 المقبولة من الطرفين كما أنه أساء تطبيق المادتين 183 و186 من قانون الإجراءات المدنية، مما يعرض قراره للنقص والبطلان".

[1] احمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص216 و217.

2 المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1985/03/23، ملف رقم 34776، قضية (شركة الشمال الافريقي للأشغال العمومية والبناء) ضد (كروز لواز)، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص129.

فقد رفعت دعوى من قبل الشركة الجزائرية إلى قاضي الاستعجال من أجل تعيين خبير، حكم قضاء الاستعجال بعدم الفصل في تعيين خبير، وقد تم تأييد الحكم من قبل مجلس قضاء قسنطينة الفاصل في تعيين خبير، فقرر المجلس الأعلى نقض وإبطال القرار الصادر بين الطرفين وأحال القضية والأطراف أمام مجلس عناية للفصل فيها من جديد وفق القانون.

وهذا ما تؤكده المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي". حيث تهدف الفقرة الثانية من هذه المادة إلى تدخل قاضي الاستعجال من أجل إصدار أمر يتعلق باتخاذ هذه التدابير والتي تخضع للقانون الجزائري حتى إذا كان النزاع يخضع لقانون آخر.

الفرع الثاني: مشكلة إعمال القانون الأجنبي في حالة الاستعجال

فضلا عن المشكلات الإجرائية الفنية للمنازعات الخاصة الدولية هناك مشكلات ذات صلة بنظرية تنازع القوانين ولعل أهمها إعمال القانون الأجنبي الواجب التطبيق لاسيما البحث عن مضمون أحكامه وإثباته وكذا دور كل من القاضي والخصوم في ذلك ناهيك عن حالة فرض القانون الأجنبي إتباع إجراءات معينة أو استشارة هيئات أو سلطات معينة خاصة إذا كانت هذه الأخيرة أجنبية.

كما لا يخفى أن النهوض بتلك العمليات الفنية قد يستغرق وقتا طويلا قد يعرض مصالح الخصوم ومراكزهم القانونية للخطر، ويلحق ضررا قد يتعذر بعد ذلك إصلاحه، وهذا ما يقتضي الإسراع باتخاذ تدابير مؤقتة، فجوهر الاستعجال هو الخشية من فوات الوقت أو الخطر في التأخير

يتنافى معه البحث عن القانون الواجب التطبيق والتعرف على أحكامه الذي قد يستلزم إتباع إجراءات معينة أو تدخل سلطة إدارية أو دينية أجنبية[1].

ذلك أن فكرة الاستعجال فكرة مركبة يشترط لوجودها توافر شرطين أساسيين أولهما وجود خطر التأخير في الفصل في الدعوى بإجراءات التقاضي العادية، وثانيهما أن يكون التدبير المطلوب وقتيا، لا يمس أصل الحق أو المركز القانوني، وهذا الشرط هو الذي يستدعي السرعة والعجلة في اتخاذ التدبير المطلوب[2].

هذا وأن توافر هذه الشروط وقيام ظرف الاستعجال لا يدفع القاضي إلى اللجوء إلى قانونه الوطني إلا إذا استحال إعمال أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، فلا يثبت الاختصاص التشريعي لقانون القاضي بحكم الدعوى الإستعجالية لمجرد أن هناك استعجال. فحالة الاستعجال لا تكفي بذاتها لتطبيق قانون القاضي بل لا بد من فكرة أخرى مساعدة، وهي صعوبة إعمال القانون الأجنبي المختص في ظروف تقتضي اتخاذ قرار فوري ووقتي درءا للخطر المحدق، إما لصعوبة إثباته أو في إتباع الإجراءات التي يفرضها، فإذا انعدمت تلك الصعوبة وكان من الميسور تطبيق القانون الأجنبي، فوجب تطبيق هذا القانون[3].

وفي هذا الصدد يرى الفقه أن السبب المألوف، والأكثر قبولا لتطبيق قانون القاضي على الدعاوى الاستعجالية، هو الاستحالة المؤقتة في البحث عن مضمون القانون الأجنبي، من ذلك مثلا الحالة التي تستلزم فيها تطبيق القانون الأجنبي تدخل سلطة عامة أجنبية. وإذا كان لا بد من اتخاذ تدابير عاجلة، وكان لا محالة من تطبيق قانون القاضي، فإن ذلك مشروط بكونها تدابير مستعجلة

1 مسعود بورغدة ناريمان، المرجع السابق، ص113.

2 بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص175.

3 مسعود بورغدة ناريمان، المرجع نفسه، ص114.

ووقتية. وإقصاء القانون الأجنبي يجب أن لا تزيد مدته عن مدة الحادث المسبب له، أي يجب أن يسترد سلطانه بمجرد التمكن من التعرف على أحكامه وإثبات مضمونه[1].

والجدير بالذكر أن القانون الأجنبي لا يتعرض لشرعية الإجراءات الوقتية أو التحفظية التي تم اتخاذها وفقا لقانون القاضي ولا يفرض حكمه عليها مصححا أو معدلا. ذلك أنه إذا كان قانون القاضي ينطبق بصفة مؤقتة على النزاع ككل مع التقيد بعدم المساس بأصل الحق، إلا أنه ينطبق بشكل مطلق على كل ما يخص الإجراءات الوقتية اللازمة لحماية الحق، لذلك نكون أمام مسألة في الحقيقة هي من الاختصاص الخاص لقانون القاضي وإن كان أصلها يجذبها إلى قانون أجنبي[2].

ويبرر الفقه الحديث على غرار الفقه القديم اختصاص قانون القاضي بأنه اختصاص إحتياطي في تنظيم تنازع القوانين في مجال التدابير المستعجلة لأن التدابير المؤقتة والاستعجال لا يستدعيان معاملة خاصة لكن مجرد فقط تطويع أو تعديل في إعمال قاعدة التنازع أي الاعتراف بأن هناك قاعدة إسناد احتياطية تعطي الاختصاص التشريعي لقانون القاضي في حالة الاستعجال[3].

المطلب الثاني: إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال

من خلال المطلب الأول رأينا أنه لا يتقرر تطبيق قانون القاضي في حالة الإستعجال بشأن العلاقات الخاصة الدولية الخاضعة لاختصاص القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إلا أذا ثبت قصور هذا الأخير. فيؤول الاختصاص التشريعي لقانون القاضي- حسب الفقه الراجع- لما له من اختصاص احتياطي في تنظيم تنازع القوانين[4]. غير أن هذا الاختصاص ليس مطلقا لذلك سوف

1 أشارت إليه بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص177.

2 حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص421.

3 أشار إليه احمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 326.

4 ولقانون القاضي اختصاص قضائي دولي في الدعاوى المستعجلة بصفة أصلية بموجب مد قواعد الاختصاص القضائي المحلي إلى المجال الدولي كما سبق بيانه في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة والمتعلق بالجانب الاجرائي لاختصاص قانون القاضي، غير أن ما نحن بصدده في هذا المقام هو ما يتعلق بالجوانب الموضوعية للتدابير المستعجلة، أي من ستؤول إليه الحضانة الوقتية، ومقدار النفقة مثلا، فكل تلك المسائل تخضع للقانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة التي يتأسس عليها طلب التدبير المستعجل.

نتطرق إلى الأساس الذي يقوم عليه هذا الاختصاص (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى حدود وظيفة القاضي قانون القاضي في حالة الاستعجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال

يؤدي الاستعجال إلى حل تنازع القوانين دائما لصالح قانون القاضي، الذي يبدو وكأن له اختصاص عاديا، بل يبدو وكأن المسألة المستعجلة تخرج عن دائرة التنازع أصلا، حيث يطبق القاضي قانونه مباشرة على الأمر بالتدابير المستعجلة دون النظر إلى ما إذا كانت هناك قوانين أخرى تبدي قابليتها لحكم المسألة[1].

وقد اختلف الفقه حول الأساس الذي يقوم عليه هذا الاختصاص. فهناك من يرد هذا الاختصاص إلى فكرة تعلق تلك التدابير بمسائل الإجراءات أو المرافعات التي تخضع لزوما لقانون القاضي، ويكون ذلك بسبب التكييف الإجرائي المعطى للمشكلة المراد اتخاذ حل سريع بشأنها ولذلك ينوب قانون القاضي عن القانون الأجنبي وينطبق مؤقتا على النزاع الخاضع لاختصاصه[2].

والتكييف القانوني المقصود هنا هو التكييف في معنى القانون الدولي الخاص أي اللازم والسابق لإعمال قاعدة الاسناد أي تحديد تحت أي قاعدة من قواعد الاسناد تندرج المسألة المطروحة ،حيث تتفق كل النظم القانونية على إخضاع مسائل الاجراءات لقانون القاضي بمقتضى قاعدة تنازع مزدوجة[3]. بمعنى أنه إذا بوشرت الاجراءات أمام القضاء الجزائري فإن القانون الجزائري هو واجب التطبيق عليها أما إذا بوشرت هذه الاجراءات أمام دولة أجنبية فإن قانونها هو الواجب التطبيق على تلك الاجراءات.

1 أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص768.

2 أشار إليه حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص421.

3 المادة 21 مكرر من القانون المدني النافذ.

غير أن التدبير المستعجل الذي تأمر به المحاكم هو غاية الاجراءات وهدفها وعلاقته بتلك الاجراءات كعلاقة المتسبب بالسبب لا يختلطان، فيكون من السائغ القول بأن ذلك التدبير المستعجل هو ذاته من الاجراءات فالغاية لا تختلط بالوسيلة[1]. فهذا التدبير المستعجل هو أمر موضوعي لا تتطرق إليه الطبيعة الاجرائية وفكرة الاستعجال ذاتها تؤثر على الجوانب الاجرائية وتحركها من أجل الوصول إلى التدبير العاجل لكن في ذات الوقت لا تؤثر في هذا الأخير بل تعمل من أجله.

ويميل اتجاه آخر إلى إسناد إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال إلى كونها من قواعد البوليس والأمن المدني أو ما يعرف بقواعد التطبيق الضروري التي سبق التعرض لها والتي تحفظ الأمن داخل الدولة. وعليه فإن التدابير المستعجلة تخضع بتلك المثابة لقواعد قانون القاضي المتصلة بتحقيق ذلك الأمن، وذلك التكييف القانوني للقواعد التي تحكم التدابير المستعجلة يقود بالضرورة إلى تقرير الاختصاص المانع لقانون القاضي بحكمها واستبعاد أي تنازع للقوانين بشأنها[2].

غير أنه ليست كل التدابير الوقتية لاسيما الخاصة منها بالحضانة وحماية القصر تتصل بالمصلحة العامة وحماية النظام الاجتماعي أو الاقتصادي، أي أنها لا تتعلق في جانب كبير منها بقواعد التطبيق الضروري فتطبيق قانون القاضي وفقا لهذا الأساس يعني أن تحقق الضرر يؤدي إلى حدوث اضطراب اجتماعي، لكن أحكام قانون القاضي ذاتها التي تم اتخاذ التدبير الوقتي وفقا لها ليست من قواعد التطبيق الضروري[3] بل لأن ظرف الاستعجال لا يقتضي الاسراع بالأمر بتلك التدابير كونه في متناول يد القاضي.

كما ذهب اتجاه ثالث إلى تأسيسها على فكرة النظام العام[4] إذا كان إعمال وتطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي يكفل الحماية العاجلة والضرورية لطفل صغير أو لزوجة في حالة عوز ويكون

[1] احمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 258.

[2] ومن بينهم "نيبوابيه" نقلا عن نفس المرجع، ص 223.

[3] نفس المرجع، ص 236.

[4] أشار إليه احمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 768.

مصدر للتأخير الذي يضر بالوضع على نحو لا يمكن إصلاحه لا يفترق في الواقع عن قانون أجنبي يحرم الزواج بين أشخاص بسبب اختلاف اللون[1]. حيث يلعب النظام العام هنا دوره التقليدي الدفعي في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للمبادئ العامة في الدولة، غير أنه في هذه الحالة يكون الاستبعاد لاعتبارات تتعلق بعملية تطبيق القانون المذكور، فيظهر التبان أكثر في الوظيفتين أن الاستبعاد في حالة تعارض مضمون أحكام القانون مع النظام العام والمبادئ العامة في مجتمع دولة القاضي، هو استبعاد نهائي وحلول قانون القاضي هو حلول نهائي. بينما الاستبعاد في حالة صعوبة تطبيق القانون الأجنبي بالنظر إلى ظرف الإستعجال فهو استبعاد وقتي وحلول قانون القاضي يكون حلولا وقتيا بل وجزئيا ينطبق فقط على التدبير المستعجل.

غير أن الفقه يورد على هذا الرأي تحفظا يتعلق بكون أن تطبيق قانون القاضي بالنسبة للتدابير المستعجلة لا يكمن مطلقا في اصطدام ذلك القانون بمقتضيات الدفع بالنظام العام في دولة القاضي بل فقط في البطء الذي قد يلازم تحديد القانون الأجنبي وإعمال أحكامه[2].

وخلافا لكل هذه الاتجاهات يذهب الدكتور عبد الكريم سلامة إلى تأسيس إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال على فكرة "الكفاية الذاتية للاستعجال" فظروف الاستعجال وإلحاح الضرورة في سرعة تحقيق حماية قضائية وقائية ومؤقتة للحق أو المركز القانوني الذي يخشى عليه من فوات التدابير المستعجلة، والأمر يبدو وكأن هناك قاعدة إسناد مفردة قد وجدت بخصوص الدعاوي الاستعجالية، لتعطي لقانون القاضي وفي بعض الأحيان فقط الاختصاص التشريعي عندما ترفع الدعوى أما المحاكم الوطنية[3] .

[1] احمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 303.

[2] نفس المرجع، ص210 و211.

3 أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص669.

وهنا يكون لجوء القاضي إلى قانونه لأنه في متناول يده وفكره ويعرفه أكثر من غيره بعد أن تعذر عليه إعمال القانون الواجب التطبيق على الموضوع. ومن هنا كانت الصفة المؤقتة والاحتياطية لتطبيق قانون القاضي على المسائل المستعجلة واستبعاد القانون الأجنبي.

الفرع الثاني: حدود إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال

لقد سبقت الاشارة إلى أن المحاكم الوطنية يمكنها الأمر بالتدابير الوقتية اللازمة لتفادي وقوع الضرر المحدق بالحق أو المركز القانوني، إذ تطبق تلك المحاكم قانونها الوطني ليس عندما يستحيل إعمال القانون الأجنبي أو عند عدم احتوائه على التدابير الملائمة لتحقيق الحماية القضائية العاجلة التي يفرضها الاستعجال وإنما بموجب الاختصاص الاحتياطي الذي يحظى به قانون القاضي[1].

إلا أن القابلية الاحتياطية لا تبرر إلا اختصاصا محدودا لقانون القاضي في تنظيم تنازع القوانين، يتمثل في الأمر بتدابير وقتية غير نهائية إلى حين ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي عندما تتهيأ فرصة إعمال القانون المختص أصلا بحكم الموضوع أو أصل الحق لمجرد زوال حالة الاستعجال[2]. والثابت أن الوقتية هنا تعني أمرين:

أولهما: أن الاختصاص لقانون القاضي محدود من حيث آثاره ذلك أن استبعاد القانون الأجنبي المختص لا يكون إلا بصفة مؤقتة، فلا يختص قانون القاضي إلا كتدبير مستعجل لتفادي وقوع الضرر، حيث يسترجع القانون الأجنبي سلطانه بمجرد زوال حالة الاستعجال[3].

ثانيهما: أن الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي محدود من حيث نطاقه أو وظيفته، ذلك أن التدبير الذي يأمر به يحقق حماية قضائية وقائية من شأنها تفادي وقوع ضرر يهدد الحقوق أو

1 مسعود بورغدة ناريمان، المرجع السابق، ص117.

2 بن زيادة أم السعد، المرجع السابق، ص181.

3 مسعود بورغدة ناريمان، المرجع نفسه، ص118.

المراكز القانونية، وبالتالي فهو لا يفصل في أصل تلك الحقوق أو المراكز القانونية، فذلك يظل محفوظا لا يمس في انتظار تثبيته حسب القانون الأجنبي المختص عندما تتيسر فرصة إعماله[1].

ففكرة الحماية العاجلة التي يمنحها القضاء تتوافق مع اعتبارات الأمن القانوني ذلك أن الحماية المعجلة تعمل على سرعة استقرار الأوضاع القانونية للأطراف، وذلك الاستقرار قد يدوم بالنظر إلى إمكان اكتفاء هؤلاء بالقرار المستعجل الذي قد يصير غالبا هو القرار النهائي وتتحول الحماية الوقتية إلى حماية دائمة ولا ريب أن الاستقرار هو لب فكرة الأمان القانوني[2].

وعليه يطبق قانون القاضي بصفة احتياطية متى لم يكن في الإمكان تطبيق القانون الأجنبي لوجود موانع تحول دون اختصاصه بالمنازعات المعروضة على القضاء الوطني سواء كانت هذه الموانع قانونية كالإحالة من الدرجة الأولى التي تجعل من تطبيق قانون القاضي أسهل من القانون الأجنبي كما تحقق المصلحة الوطنية لإعمالها للسيادة الوطنية وكذا تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية. وكذا متى كان للقانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد مساس بالنظام العام للدولة مما يعطي قانون القاضي اختصاصا بهذه المنازعة حفاظا على الأسس والمبادئ العليا للدولة.

كما قد تكون هذه الموانع مادية تتعلق أساسا بعدم الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يبقى تطبيق قانون القاضي بشأنه أسهل الفروض وأنجعها وتتعلق هذه الموانع أيضا بحالة الاستعجال التي ترمي إلى تحقيق حماية قضائية وقائية سريعة ووقتية للحقوق والمراكز التي يهددها خطر محدق.

1 مسعود بورغدة ناريمان، المرجع السابق، ص117.

2 احمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 19.

خـــاتمـــة

استهدفت هذه الدراسة بصفة أساسية تحديد نطاق تطبيق قانون القاضي للوقوف على حقيقة الاعتبارات التي يقوم عليها هذا التطبيق في الدولة وعلى الأهداف المتوخاة من ذلك.

وقد وقفنا من خلال دراستنا على التطبيق الواسع لقانون القاضي بين نظريتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، إن لم نقل أنه هو المهيمن على هذه الأخيرة وذلك بالمقارنة مع القانون الأجنبي الذي قد يطبقه القاضي الوطني نفسه بصدد ذات المنازعة. وللتدليل على ذلك أبرزنا الحالات التي يطبق فيها القاضي قانونه على المنازعات الخاصة الدولية مبرزين أيضا الاعتبارات أو الدواعي لهذا التطبيق.

فلقانون القاضي تطبيق حصري ومباشر في نظرية تنازع الاختصاص القضائي الدولي وذلك من خلال اعتماد المشرع على إخضاع الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه، وفقا لمعايير وضوابط تسند له الاختصاص بحل المنازعات الدولية الخاصة. حيث اعتمد المشرع على ضابط الجنسية كأساس لاختصاص محاكمه الوطنية بالإضافة إلى مد قواعد الاختصاص الداخلي المحلية إلى المجال الدولي لتوسيع نطاق اختصاصه (المعايير العادية) بالإضافة إلى إجراءات التقاضي التي هيمنت عليها نظرية خضوع الإجراءات لقانون القاضي ويرجع ذلك إلى الطبيعة المختلطة لهذه الإجراءات

أما بالنسبة لنظرية تنازع القوانين فإن كان الظاهر أنها تحقق تناسقا بين الأنظمة القانونية عن طريق فتح المجال لتطبيق القانون الأجنبي، إلا أن تحليلنا لقواعد الإسناد أبرز أنها لا تقود إلا نادرا إلى المساواة بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، رغم مظهرها القائل بالمساواة فمتى لم تتأثر هذه القواعد المزدوجة بالقواعد المرجحة لقانون القاضي، يبقى القانون الأجنبي الذي أشارت إليه معرضا للإقصاء أو الاستبعاد في مرحلة تطبيقه بواسطة عدة آليات احتياطية، تسمح لقانون القاضي بطريقة غير مباشرة بإزاحة القانون الأجنبي والحلول محله، وقد تحقق ذلك من خلال القواعد ذات الطبيعة الانفرادية ضمن قواعد الإسناد التي أخضعت كلا من التكييف، ترجيح الجنسية الجزائرية متى كانت

من بين الجنسيات المتنازعة، مشروعية الفعل الضار و أهلية الأجنبي في مسائل الزواج المختلط لقانون القاضي.

كما يطبق قانون القاضي وفقا للمنهج المباشر بموجب منهج القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل الحساسة في الدولة وكذا في مواطن التلازم التي تتحقق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي.

وأخيرا وليس آخرا قد يطبق قانون القاضي بصفة احتياطية عند تحقق المانع من تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية، التي حددت مواطن هذا التطبيق أي متى استبعد القانون الأجنبي بفعل مانع قانوني في حالة الإحالة من الدرجة الأولى وكذا حالة الدفع بالنظام. كما يمكن أن يطبق قانون القاضي متى استبعد القانون الأجنبي بفعل مانع مادي كتعذر إثبات القانون الأجنبي ، وحالة الاستعجال الداعي إلى حفظ الحق المتنازع فيه وحمايته حماية مؤقتة.

ومن الثابت أن تقرير المشرع لهذه الحالات كحلول لتنازع القوانين لصالح قانونه ليس بالأمر الشاذ أو المستهجن أو وليد الصدفة، بل هي حلول مدروسة لحفظ اعتبارات معينة تتعلق أساسا بفكرة النظام العام في جميع صورها بما تحققه من حماية للمبادئ الأساسية للدولة ومقوماتها.

فتنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي- بموجب قواعد مادية- متصل أساسا بالنظام العام كونه متعلق بسيادة الدولة، فمهمة العدالة من الوظائف الأساسية للدولة تؤديها عن طريق مرفق القضاء الذي يؤدى هو الآخر إلى الصالح العام أي حفظ الأمن والسكينة، وهي اعتبارات تمس بفكرة النظام العام.

كما أن تطبيق قانون القاضي على المسائل الموضوعية وفق منهج الإسناد- بموجب القواعد ذات الطبيعة الانفرادية- يشكل هو الآخر حماية للنظام العام، الذي يتجلى في حماية مصلحة الطرف الوطني التي تكمن في الحفاظ على الأسس الرئيسية للمجتمع سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية، ففكرة النظام العام برزت لتصون هذه الأسس على الصعيد الخاص الدولي.

كما يعد منهج التطبيق الضروري أساسا لتطبيق قانون القاضي، حيث يعد النظام العام الاقتصادي أحد أهم العناصر الحديثة لفكرة النظام العام، الذي يحاول هذا المنهج حمايتها من خلال بسط قواعده على الاقليم الوطني بشأن مسائل حساسة تمس النظام العام الاقتصادي للدولة حتى ولو اشتملت على عنصر أجنبي.

وتتجلى فكرة النظام العام بشكل جلي وواضح في التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي عند استبعاد القانون الأجنبي المختص حفاظا عليها ولضمان عدم المساس بها. وبهدف استقرار المعاملات داخل الدولة وتوحيد القواعد الموضوعية، وإعمال السيادة الإقليمية لقانون القاضي أخذ المشرع بالإحالة من الدرجة الأولى، وكذا تطبيق قانون القاضي في حالة تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، وهذا الاستقرار يشكل في حد ذاته حفاظا على النظام العام داخل الدولة.

وعليه فإن المتمعن في طيات هذا الموضوع يبدو له جليا تبلور فكرة النظام العام وتعدد صورها بين نظام عام ينمح الاختصاص للقانون الوطني ويحجبه منذ البداية عن القانون الأجنبي، أي هو نظام عام سابق التحديد وهو ما تجسده قواعد التطبيق الضروري، وهي صورة النظام العام في شكلها الجديد المعاصر القائم في أغلبه على حماية الاقتصاد الوطني أو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي، بالإضافة إلى الحماية الاجتماعية الوطنية. ونظام عام تابع يسلب الاختصاص الثابت للقانون الأجنبي لصالح قانون القاضي وهو الدور الحديث لمفهوم النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي. ونظام عام استخدم كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي حيث استخدم كفكرة بديلة لتبرير تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا وهي فكرة النظام العام في ثوبها التقليدي والتي جسدها المنهج الانفرادي في تنازع القوانين.

وبين هذا وذاك أصبحت فكرة النظام العام تطوق القانون الدولي الخاص لتحقيق مصالح دولة القاضي من خلال تطبيق قانونه الوطني وترجيحه على القانون الأجنبي.

وهذا ما يفسر استبعادنا الصورة الثانية – المشار إليها في مقدمة البحث– لتطبيق قانون القاضي، أي متى تساوى القانون الأجنبي بقانون القاضي أمام القضاء الوطني، حيث يظل احتمال تطبيق القانون الأجنبي قائما. ومرد ذلك أن المسائل المقرر بشأنها هذا الحل ليست بذات الارتباط الوثيق بالمصالح الأساسية لدولة القاضي ومن ثم فلا يخشى من تطبيق القانون الأجنبي بشأنها من المساس بالنظام العام.

فمن الثابت أن من خصائص قواعد القانون الدولي الخاص أنها قواعد ذات طابع وطني من صنع المشرع الوطني، ورغم تطبع قواعد الإسناد بالازدواجية والحيادية ودعمها للمساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، إلا أن الغلبة تبقى لقانون القاضي، فكأن الطبع يغلب التطبع وهو ما تحققه القواعد ذات البنية الانفرادية والقواعد ذات التطبيق الضروري التي تحميه.

في ظل هذا التطبيق الراجح لقانون القاضي وأمام قيمة الاعتبارات التي يقوم عليها المتعلقة أساسا بحفظ النظام العام والتي تعرف بأنها فكرة نسبية ومرنة ومتطورة تتغير من زمن إلى آخر. يجب تطبيقه بحذر شديد حتى لا يتم مسخ القانون الدولي الخاص ويفقد الحكمة من وجوده جراء هذا التطبيق المطرد لقانون القاضي. لأجل ذلك نقترح:

–في ظل مرونة فكرة النظام العام يجب أن تفرض رقابة صارمة على القاضي الوطني وهو بصدد تطبيق قانونه وذلك باشتراط أن يأتي هذا التطبيق وليد تسبيب مقنع بأن المنازعة المطروحة وثيقة الصلة بكيان الدولة ومقوماتها.

–رغم رجاحة فكرة النظام العام كأساس لتطبيق قانون القاضي إلا أن الاحتجاج الواسع به يقضي على فكرة العالمية التي تقوم عليها فلسفة القانون الدولي الخاص. فهذه الفكرة لا تتحقق بالنظر إلى مصلحة دولة القاضي فحسب وإنما تتحقق أيضا باعتبار مصالح أطراف النزاع. كما تتحقق هذه الفكرة بالنظر إلى مصالح الدول الأخرى، عن طريق إعطاء الفرصة لتطبيق قوانينها على إقليم دولة القاضي وهو ما يضمن مراعاة مصلحة دولة القاضي في الخارج.

-استحداث قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية تتضمن معايير موضوعية أكثر انسجاما مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية.

-إدراج نص قانوني واضح ضمن قواعد تنازع القوانين في القانون المدني فيما يخص موقف المشرع من معاملة القانون الأجنبي عوض البند المتعلق باقتصار رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأسرة المنصوص عليه ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-عدم المغالاة في تطبيق فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري وضرورة صياغتها بنصوص صريحة وعدم الاعتماد على تفسير المادة 05 من القانون المدني فقط.

-يجب عدم التوسع في نطاق قانون القاضي حرصا على عدالة الحل المعطى لهذه المنازعات من خلال تطبيق القانون الأكثر ارتباطا وملائمة.

-كما نجدد توصياتنا ونضمها لما أوصت به الدراسات السابقة من ضرورة أن يقوم المشرع الجزائري بإصدار تشريع مستقل بالقانون الدولي الخاص، وأن يتضمن صراحة موقف المشرع من أغلب النظريات والمناهج السائدة في مجال تنازع القوانين أسوة بباقي الدول التي صارت في هذا الاتجاه وهو اتجاه موفق إلى أبعد الحدود.

وفي الأخير يبدو أن قانون القاضي يتوفر على وسائل نظرية لتوسيع نطاقه بما يحد من المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي في حل تنازع القوانين، ومرد ذلك لاعتبارات تتعلق أساسا بالمصلحة الوطنية وحفظ النظام العام فيها. لذلك يبقى المجال مفتوحا للتعمق أكثر في هذا الأساس الذي أصبح يعطي لقانون القاضي مجالا أوسع للتطبيق .

قائمة المراجع

- **المراجع باللغة العربية**

أ- الكتب العامة:

1-أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، .1989

2- أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص، ط01، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

3- أشرف جابر سيد، موجر أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، .2003

4-الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه،ط02، دار هومه، الجزائر، 2016.

5-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط 01، دار هومه، الجزائر، 2010

6-الطيب زروني ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر .2000

7-الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، ط02، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص18.

8-الطيب زروتي ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، دار هومه، الجزائر، 2016.

9-الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، .2000

10-بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ط02، منشورات البغدادي، الجزائر، .2009

11-بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ، ط02، منشورات البغدادي، الجزائر، 2013.

12-بلماضي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار هومه، الجزائر، 2008.

13-بن عبيده عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الاجانب في الفقه والتشريع الجزائري، ط02، دار هومه، الجزائر، 2007.

14-بن عصمان جمال، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2014/2015.

15-بيار ماير- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمه علي محمود مقلد، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت،2008.

16-حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (انجليزي عربي)، ط 5، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2008.

17-حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط1، مطبعة نور الهدى، القاهرة، 1936.

18-حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، ط02، دار الثقافة، عمان، 1997.

19-حفيظ السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

20-حمزة خشاب، مدخل الى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، .2014

21-راشد راشد، الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيه،ط5، الجزائر، 2005.

22-ربيع حسين العلي، الافلاس في القانون الدولي الخاص، ط01، منشورات الحلبي الحقوقيه ، لبنان، .2014

23-سائح سنقوقه، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج01، دار هومه، الجزائر، 2011.

24-سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

25-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

26-صادق مُحَمَّد مُحَمَّد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، دراسة في النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، .2006

27-عامر مُحَمَّد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص1، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة، الأردن، .2010

28-عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، دار السنهوري، بغداد، 2014.

29-عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، التأمينات البرية، ج1، دار الخلدونيه، الجزائر، 2016.

30-عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015

31-عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التقيد في ضوء الفقه والقضاء، ط3، دار المعارف، مصر، 1991.

32-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، ج2، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

33-عكاشة مُحَّد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1996.

34-عكاشه مُحَّد عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007

35-عكاشه مُحَّد عبد العال، القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، المكتبة القانونية، الاسكندرية، 1996.

36-علي علي سليمان، مذكرات في قانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.

37-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط01، ج01، دار هومه، الجزائر، 2006.

38-عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاته في القانون الجزائري، ط2، دار جسور، الجزائر، 2014.

39-فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية، دار الغرب، وهران، الجزائر ، 2007.

40-فريجه حسين، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

41-كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2019.

42-مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2008.

43-مُحَمَّد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ونظرية القانون، دار العلوم، الجزائر، 2006.

44-مُحَمَّد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة الحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، .1994

45-مُحَمَّد بن براك الفوزان، الوافي في اصول المرافعات الشرعية، مكتبه قانون والاقتصاد، ط01، السعودية، 2016.

46-مُحَمَّد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

47-مُحَمَّد شكري سرور، موجر أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.

48-مُحَمَّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

49-مُحَمَّد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة، عمان، .2009

50-محمود لطفي محمود عبد العزيز، التنازع الدولي للاختصاص القضائي، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، .2013

51-محمود مُحَمَّد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

52-محمود مُحَمَّد ياقوت، قانون الإرادة وقوانين البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، .2003

53-محي الدين جمال، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، دار الخلدونية، الجزائر، 2013.

54-معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.

55-مقني بن عمار، النزاعات الفردية للعمل والقضاء العمالي بين النصوص القانونية والممارسات العملية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2017.

56-ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونية العراقي والمقارن، دار الحرية، بغداد، 1977.

57-مهى ابراهيم احمد، افلاس الشركات المتعددة الجنسيات دراسة مقارنة، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2020.

58-موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، .1989

59-موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ترجمة فائر أنجق، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

60-نادية فضيل، أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002.

61-نادية فضيل، الافلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري،ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

62-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2002.

63-نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف ط2، دار هومه، الجزائر، 2010.

64-هشام خالد، إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.

65-هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.

66-هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.

67-هشام علي صادق، حفيظ السيد حداد، القانون دولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.

68-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.

69-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.

70-هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993.

71-هشام علي صادق، عكاشة مُحَّد عبد العال، لتنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار الفتح، الاسكندرية، 2011.

ب- الكتب المتخصصة:

1- أحمد عبد الكريم سلامه، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية من قانون المرافعات إلى القانون الدولي الخاص، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

2- حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر المحكمة المختصة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1997.

3- حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر،1994.

4- مُحَمَّد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين،(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2012.

5- محمود مُحَمَّد ياقوت، قانون الإرادة وقوانين البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.

6- سهى خلف الله، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، ط1، دار البداية، عمان، 2013.

7- عنايت عبد الحميد ثابت، خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

ت- المطبوعات الجامعية:

1- بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005 (غير منشورة)، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010/2009.

2- عبد النور أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري (غير منشورة)، مطبوعات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، 2017/2016.

ث- الأطروحات والرسائل الجامعية:

✓ أطروحات الدكتوراه:

1-العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي والمحكم (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر01، 2014/ 2015.

2-بلماضي عمر، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، 1993.

3-بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين،(دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، بن يوسف بخدة، 2015/2014.

4-حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الجزائري و المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر1، 2011/2010.

5-سلماني الفضيل، الافلاس في التشريعي الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولاي معمري، تيزي وزو، 2017/02/27.

6-عبد النور أحمد ، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

7-عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

8-قوسطو شهرزاد، الإثبات بالقرائن في المادة الإدارية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.

9-كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعه ابو بكر بالقايد، تلمسان، 2015/ 2016.

✓ رسائل الماجستير:

1-أحمد صبيح جميل النقاش، تنازع القوانين في عقد العمل الفردي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة بغداد، العراق، 2003.

2-أماني زهير خالد أبو شنب، عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2019/05/04.

3-إيمان نبيل ذيب حداد، القانون الواجب التطبيق على العلامات لتجارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ماي 2016.

4-بلماضي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.

5-بوخروية حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة سطيف 02، 2014/2013.

6-جمال منعه، نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002/2001.

7-جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

8-حفصية دونة، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة حمة الأخضر، الوادي، 2014/ 2015.

9-رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

10- زاير فاطيمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

11- زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

12- سلامي ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعه أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/ 2012.

13- سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008.

14- سه نكه ر علي رسول، تنازع الاختصاص القضائي الدولي وأحكامه في القانون العراقي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير القانون الخاص، جامعة كويه، العراق، 2008.

15- عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا. دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009.

16- فواز عقله مُحَمَّد العيطان، موقف المشرع الأردني من ازدواج الجنسية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ماي 2018.

17- كيورسي مُحَمَّد، قواعد المنافسة و النظام العام الاقتصادي –دراسة مقارنة-،أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية و الادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

18- مباركي نسرين، حالات استعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة نهاية الدراسة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009/2008.

19- مُحَمَّد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

20- مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير فرع عقود مسؤولية، جامعة أمُحَمَّد بوقرة، بومرداس، 2010/2009.

21- مسعود بورغدة ناريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011/2010.

22- موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.

ج- المقـــالات

1-احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 40، مصر، 1984.

2-الدح عبد المالك، الحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 08، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2015.

3-الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، مجلد 30، عدد 03، أكتوبر 2016.

4-القروي بشير سرحان، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01،جامعة عمار تليجي، الأغواط، جانفي 2016.

5-أمينة مقدس، استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري: دراسة تحليلية على ضوء المادة 24من القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة الوادي، أفريل 2019.

6-أوياجي مُحَّد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 07، عدد 02، جامعة البليدة 2، جوان 2018.

7-إياد مطشر صيهود، مُحَّد جاسم مُحَّد، تعدد الجنسيات دراسة تحليلية مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 6، العدد 03، جامعة كربلاء، العراف، 2014.

8-بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري بين إلزامية قواعد الإسناد والتخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 31ديسمبر 2019.

9-بلغيث عمارة، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 01، العدد 1، جامعة العربي التبسي، تبسة، مارس2007.

10- بلغيث عمارة، الدفع بالحصانة القضائية كأداة لدعم سيادة الدولة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة عباس الغرور، خنشلة، جوان 2017.

11- بلماضي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 45، العدد 02، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2008.

12- بلماضي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الاسناد في ظل عولمة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 44، العدد 04، جامعة بن يوسف بن حدة، الجزائر، ديسمبر 2007.

13- بن أمينة مصطفى، النظام العام الاقتصادي وتطبيقاته في قانون حماية المستهلك الجزائري، مقاربة تشريعية لضبط سلوك العون الاقتصادي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة المسيلة، جوان 2019.

14- بن عزيزة حنان، التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي على النظم المقررة لحماية أموال ناقضي وعديمي الأهلية، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، المجلد 03، العدد 16، جويلية، 2019.

15- جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد01، العدد02، جامعة المسيلة، نوفمبر 2016.

16- حسايد حمزه العقاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم جزائرية المبني على القواعد العادية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 07، العدد الأول، جامعه طاهري مولاي، سعيدة، مارس 2020.

17- ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة كلية الإسلامية الجامعة، العدد06، الجامعة الإسلامية النجف الأشرف، العراق، 2009.

18- سعادنه العيد، عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكر، المجلد 9، العدد 2، جامعة مُحَّد خضر، بسكرة، سبتمبر 2014.

19- سعداوي مُحَّد الصغير، مدى كفالة المشرع الجزائري للحق في التقاضي أمام قضائه الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، مجله دفاتر السياسة والقانون، مجلد 09، العدد 17، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2017.

20- سعودي زهير، القضاء الاستعجالي العادي، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد الاول، خميس مليانة، ماي 2020.

21- سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد12، العدد43، جامعة الموصل، العراق، ديسمبر 2010.

22- شادي المبيض، الحصانة القضائية لبعثات و وفود الدول الأعضاء في المنظمات الدولية، مجلة تشرين للبحوث والدراسات العلمية- سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 38، العدد 05، جامعه تشرين، أكتوبر 2016.

23- شادي جامع، مشكلة تنازع الجنسيات دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون السوري، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 38، العدد 02، جامعة شرين، سوريا، 2016.

24- شهرزاد عبد الله، شروط الإثبات ومذاهبه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد20، العدد02، جامعة أحمد بن بلة، وهران، ديسمبر 2019.

25- صالح مهدي كحيط العارضي، مفهم الإحالة بين النسبية والإطلاق وأحكام الحل الوظيفي، دراسة مقارنة، مجلة أهل البيت، العدد 18، جامعة أهل البيت، العراق، سبتمبر 2015.

26- طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة اختصاص القضاء الدولي بقواعد النظام العام، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، جامعة دمشق، 2009.

27- عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، المجلد3، العدد1، جامعة مُحَّد خيذر، بسكرة، فيفري 2008.

28- عاسية زروقي، حجية الإثبات بالقرائن في المادة الجزائية وقيمتها القانونية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد03، العدد02، جامعة ابن خلدون، تيارت، جوان 2018.

29- عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، مجلة اليرموك، مجلد 8، العدد الأول، جامعة اليرموك، الأردن، 2016.

30- عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، صالح مهدي كحيط، الإحالة لقيام الذات النزاع أمام محكمة أجنبية، مجلة أهل البيت، العدد 20، جامعة أهل البيت، العراق، ديسمبر 2016.

31- عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد1، العدد7، جامعة الكوفة، العراق، 2008.

32- علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015.

33- عماره بلغيث، الاختصاص الجواز لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 03، العدد 01، جامعه عباس الغرور، خنشلة،جانفي 2016.

34- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحله في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 04، العدد 13، جامعة زيان شريف، الجلفة، سبتمبر 2008.

35- كمال آيت منصور، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 01، العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ديسمبر2010.

36- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 07، العدد 18، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس 2015.

37- كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، المجلد16، العدد02، جامعة أحمد دراية، أدرار، جوان 2017.

38- مُحَمَّد ناصر بوغزالة، الحصانة في القانون المقارن وتطبيقاتها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد53، العدد الأول، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مارس 2016.

39- محمودي بوزينة آمنة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد 56، العدد 02، نوفمبر 2019.

40- مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 03، العدد02، جامعة البليدة 02، جوان 2013.

41- موسخ مُحَّد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث للدراسات العلمية، المجلد 03، العدد 01، ديسمبر 2009.

42- موشعال فاطيمة، النظرية التقليدية والحديثة لظاهرة تعدد الجنسيات وانعدامها، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 01، العدد 02، جامعة ابن خلدون، تيارت، أكتوبر 2015.

43- موكه عبد الكريم، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، مجلد 07، عدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ديسمبر 2016.

ح- المداخـــــلات:

1-دغيش أحمد، مداخلة بعنوان النظام العام كسب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الجزائري، يوم دراسي حول تفسير قاعدة الإسناد وإشكالاته، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2014/06/04.

2-عمارة عمارة، موفق المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05، مداخلة ضمن ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 21و 22 أفريل 2010.

- **المراجع باللغة الفرنسية**

A- OUVRAGES:

1- Daniel GUTMANN, Droit internationale privé, 5°eme édition, Dalloz, paris, 2007.
2- Heneri MOTULSKY, procédure civile et commerciale en répertoire de droit international, Encyclopédie, Tome2, Dalloz, 1969.
3- Jeau LARGUIER, philippe CONTE: procédure civile, Droit judiciaire privé, 17eme édition, Dalloz, Paris,2000.
4- Pière MAYER , Viencent HEUZE : Droit international privé, 9eme édition, Montchrestien, paris, 2007.
5- Sandrine CALUEL , Droit internationale privé, 5°eme édition, Dalloz, 2018.

B- <u>THESES ET ARTICLE:</u>

1- Andrey DAMIENS , La procédure en droit international privé recherche en droit de l'Union européenne, thèse de doctorat, droit privé, Université D'Orléans, France, 29juin2015.
2- Peggy CARLIER, l'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de loi, thèse de doctorat, droit international privé, l'université de Lille 2, 2008.
3- Chizlane ELIDRISSI, La lex fori en droit judiciaire international, centre de recherche sur la justice et proces, paris.

- **النصوص القانونية الوطنية**

أ- <u>النصوص التشريعية</u>

✓ القوانين:

1- قانون رقم 82-06 المؤرخ في 27 فبابر 1982، المتعلق بعلاقة العمل الفردية الملغى، جريدة رسمية عدد 09، صادرة في 1982/03/02، ص 457.
2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، صادرة في 12 يونيو 1984، ص910 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، صادرة في 27 فبراير 2005، ص 18.
3- قانون رقم 90-04 مؤرخ في 06 فيفري 1990، متعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 06، صادرة في 07 فبراير 1990، ص 240.

4- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 17، صادرة في25 أبريل 1990، ص 562.

5- قانون رقم 90-14مؤرخ في 02 يونيو 1990، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد 23، صادرة في 06 يونيو 1990، ص 764.

6- قانون رقم 90-31 مؤرخ في 04 ديسمبر 1990، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53، صادرة في 05 ديسمبر 1990، ص 1686.

7- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 44، صادرة في 26 يونيو 2005، ص17.

8- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، متضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادره في 23 ابريل 2008، ص 03.

9- قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 يونيو 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب الى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، جريدة رسمية عدد 36، صادره في 02 يوليو2008، ص04.

✓ الأوامر:

1- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، جريدة رسمية عدد 47، صادرة في 9يونيو 1966، ص582.

2- الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 08يونيو1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 48، صادرة في 10يونيو1966، ص622.

3- من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 49، صادرة في 1966/06/11، ص 702.

4- الأمر رقم70-20 مؤرخ في 19فبراير1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 21، صادرة في 27 فبراير 1970، ص 274.

5- الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 15ديسمبر1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 105، صادرة في 18 ديسمبر 1970، ص 1570.

6- أمر رقم75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادره في 30/09/1975، معدل ومتمم بآخر قانون رقم07-05، مؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسميه عدد 31، صادرة في 13 مايو 2007، ص 03.

7- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 13، صادرة في 8 مارس 1995، ص 03.

8- أمر رقم75-59 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم05-02 مؤرخ في 06/02/2005، جريدة رسمية عدد 11، صادرة في09 فبراير 2005، ص 08.

9- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 13، صادرة في 8 مارس 1995، ص 03.

10- امر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، صادرة في 2003/07/20، ص 25.معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36، صادرة في 2008/07/02، ص 15، و القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 اوت 2010، جريدة رسمية عدد 46، صادرة في 2010/08/18، ص 10.

ب- النصوص التنظيمية

✓ المراسيم

1-مرسوم رقم 63-337، متضمن انضمام بتحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لاتفاقية امتيازات وحصانات الأمم المتحدة مؤرخة في 13 جانفي 1946، جريدة رسمية عدد 66، صادرة في 14 سبتمبر 1963، ص 942.

2- مرسوم رقم 63-338 مؤرخ في 11 سبتمبر 1993، متضمن مصادقة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على اتفاقية فيينا حول امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة بتاريخ 21 نوفمبر 1947، جريدة رسمية عدد 66، صادرة في 14 سبتمبر 1963، ص 942.

3-مرسوم رقم 64-84، مؤرخ في 04 مارس 1964، متضمن مصادقة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على اتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية، المؤرخة في 18 ابريل 1961، جريدة رسمية عدد 29، صادرة في 07 ابريل 1964، ص 430.

4-مرسوم رقم 64-85 مؤرخ في 04 مارس 1964، متضمن مصادقة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية المؤرخة في 24 ابريل 1963، جريدة رسمية عدد 34، صادر فيه 24 ابريل 1964، ص485.

5-مرسوم رقم 64-259 المؤرخ في 27 اوت 1964، من أحكام خاصه تتعلق بالدبلوماسيين والمسؤولين الشعبيين وأعضاء مكتب المساعدة الفنية للأمم المتحدة والخبراء، جريدة رسمية عدد 71، صادرة في01 سبتمبر 1964، ص 965.

6-مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 2 يوليو1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988، جريدة رسمية عدد 30، صادرة في 27يوليو 1988، ص.1097

7-مرسوم الرئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 27 يونيو 1994، يتضمن المصادقة على اتفاقيه التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة راس لانوف (ليبيا) في 09 و10 مارس 1991، جريدة رسمية عدد 43، صادرة في 03 يوليو 1994، ص .06

8-مرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، متعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المعدل باخر تعديل بالقانون رقم 16-01

مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، صادرة في 07مارس 2016، ص03.

✓ القرارات القضائية

1-قرار المجس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، مؤرخ في 1984/06/23، ملف رقم 32463، قضية (د ر) ضد (ب س) وزوجته، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 149.

2-قرار المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، مؤرخ في 1985/03/23، ملف رقم 34776، قضية (شركة الشمال الافريقي للأشغال العمومية والبناء) ضد (كروز لواز)، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص129.

3-قرار المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1989/01/02، ملف رقم 52207، قضية (ف م) ضد (ص ع) المجلة القضائية، العدد الرابع، 1990، ص74.

4-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1989/10/02، ملف رقم 52207، قضية(ف م) ضد(ص ع)، المجلة القضائية، العدد04، 1990، ص74.

5-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، مؤرخ في 1990/02/19، ملف رقم 59013، قضية (ن أ) ضد (ف ب)، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص117.

6-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1990/10/17، ملف رقم 63219، قضية(ف ش) ضد(ك ف)، المجلة القضائية، العدد02، 1991، ص79.

7-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 10/27/ 1992، ملف رقم 86305، قضيه(ز- م) ضد (ح -ع)، المجلة القضائية، العدد الاول، 1995، ص 123.

8-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1993/0/23، ملف رقم 91671، قضية (ل -م) ضد (م - ن)، المجلة القضائية، العدد الاول، 1994، ص72.

9-قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، مؤرخ في 1997/03/25، ملف رقم 178268، قضية (حكومة السنغال) ضد(ر-س) ، المجلة القضائية، العدد الأول، 1997، ص141.

10- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 1998/02/17 ملف رقم 170082، قضية (ي ف) ضد (ق ج ر)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص167.

11- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 2001/12/26، ملف رقم 273526، قضية (س ف) ضد (س خ)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص264.

12- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 2008/03/12، ملف رقم 402333، قضيه (ع -ح) ضد (ع- ف)، المجلة القضائية، العدد الاول، 2008، ص 257.

13- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 2013/03/14، ملف رقم 0753902، قضية (ط.ن) ضد (ط.ز)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2013، ص282.

- **النصوص القانونية الأجنبية:**

1-مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة بموجب القانون رقم 97 لسنة 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998.

2-القانون المؤرخ في 1803/03/05، متضمن المدني الفرنسي، الصادر في 1803/03/15، المعدل بالقانون رقم 94-653 مؤرخ في 1994/07/29 وآخر قانون رقم 2021-2017 المؤرخ في 2021/08/02.

- **المواقع الالكترونية:**

1- https://www.dictionnaire-juridique.com
2- https://palastinebooks.blogspot.com
3- https://www.hcch.net
4- https://www.icj-cij.org
5- https://www.legifrance.gouv.fr

الفهرس

فهرس الموضوعات

مقدمة	01
الباب الأول : التطبيق الأصلي لقانون القاضي	08
الفصل الأول: خضوع القواعد الإجرائية لقانون القاضي	09
المبحث الأول: خضوع قواعد الاختصاص القضائي الدولي للقانون القاضي	10
المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي	10
الفرع الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي	11
الفرع الثاني: خصائص الاختصاص القضائي الدولي	13
المطلب الثاني: ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية	14
الفرع الأول: الجنسية كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية	14
أولا: مجال تطبيق معيار الجنسية	16
ثانيا: الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي وموقف التشريع الجزائري منها	18
الفرع الثاني: القواعد العادية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الجزائري	21
أولا: امتداد قواعد الاختصاص الداخلية إلى إلى المنازعات ذات الطابع الدولي وتكييفها	22
ثانيا: معايير اختصاص القضاء الجزائري في المنازعات الخاصة الدولية	25
أ- الاختصاص القضائي الدولي الجزائري على أساس الموطن	25
ب- تفضيل قانون القاضي لحكم المنازعات المرتبطة بالجزائر	33
1 الدعاوى العقارية	33
2 دعاوى الأحوال الشخصية	34
3 دعاوى الافلاس	38
4 المواد الاستعجالية	39
المطلب الثالث: اعتبارات سلب الاختصاص القضائي الدولي من المحاكم الوطنية	40
الفرع الأول: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية	41
أولا: تعريف الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية وشروطها	42

ثانيا: موقف الفقه من إعمال الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية	43
أ- الاتجاه المعارض	44
ب- الاتجاه المؤيد	45
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية	46
الفرع الثاني: الحصانة الدبلوماسية	48
أولا: الحصانة القضائية	50
أ- الأشخاص المشمولين بالحصانة القضائية	50
ب- الأعمال المشمولة بالحصانة القضائية	54
ثانيا: الحصانة التنفيذية	56
المطلب الرابع: دواعي تطبيق قانون القاضي على الاختصاص القضائي الدولي	57
الفرع الأول: حماية الطرف الوطني من خلال قواعد الاختصاص القضاء الدولي	58
الفرع الثاني: تقييم دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حماية الطرف الوطني	59
المبحث الثاني: خضوع إجراءات التقاضي لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع	61
المطلب الأول: أساس إخضاع إجراءات التقاضي لقانون القاضي	63
الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي	63
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي	64
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على شروط قبول الدعوى	65
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على شرط الصفة	66
أولا: صفة صاحب الحق المتنازع فيه	67
ثانيا: صفة الغير بالنسبة للحق المتنازع فيه	68
أ- صفة الممثل القانوني لصاحب الحق المتنازع فيه	68
ب- الصفة في الدعاوى التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه	68
ت- الصفة في دعاوى النيابة العامة	70
ث- صفة الجمعيات والنقابات في التقاضي	71
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على شرط المصلحة	73

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على الإثبات	74
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات وعبئه	77
أولا: القانون الواجب التطبيق على الواقعة محل الإثبات	78
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على شروط الواقعة محل الإثبات	79
ثالثا: القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات	80
أ- القانون الواجب التطبيق على توزيع عبء الإثبات	81
ب- حالات تدخل قانون القاضي بشأن عبء الإثبات	83
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات وقبولها	84
أولا: القانون الواجب التطبيق على أدلة الإثبات	85
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على قبول أدلة الإثبات	86
خضوع القواعد الموضوعية لقانون القاضي	89
المبحث الأول: تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي وفقا لمنهج الإسناد	90
المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي لاعتبارات سياسية	90
الفرع الأول: تطبيق قانون القاضي على مسألة التكييف	91
أولا: المرجع في إسناد التكييف لقانون القاضي	92
أ- محل التكييف	97
ب- مبررات إسناد التكييف لقانون القاضي	99
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على التكييف	101
الفرع الثاني: تطبيق قانون القاضي على متعدد الجنسية	104
أولا: مبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي	106
ثانيا: الانتقادات الموجهة لمبدأ ترجيح جنسية دولة القاضي	109
ثالثا: القيود الواردة على مبدأ ترجيح جنسية القاضي	111
أ- على المستوى الوطني	111
ب- على المستوى الدولي	112
الفرع الثالث: تطبيق قانون القاضي لتقدير مشروعية الفعل الضار	112

أولا: شروط إعمال مبدأ ترجيح قانون جنسية القاضي	113
أ- عدم مشروعية الفعل وفقا لقانون محل وقوعه	113
ب- عدم مشروعية ذات الفعل وفقا لقانون القاضي	114
ثانيا: أساس تدخل قانون القاضي في تقدير عدم مشروعية الفعل الضار	116
المطلب الثاني: تطبيق قانون القاضي لاعتبارات اجتماعية	118
الفرع الأول: حماية الطرف الوطني في مسائل الأهلية	118
أولا: القاعدة العامة في قانون الجنسية	119
ثانيا: حماية الطرف الوطني في المعاملات المالية	120
ثالثا: النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها	122
الفرع الثاني: حماية الطرف الوطني في علاقات الزواج المختلط	126
أولا: المجال المحجوز للقانون الجزائري في علاقات الزواج المختلط	127
أ- مجال تطبيق المادة 13 من القانون المدني	128
ب- الإشكاليات التي يثيرها إعمال المادة 13 من القانون المدني	132
ثانيا: أساس إعمال المادة 13 من القانون المدني	135
ثالثا: مدى نجاعة القواعد الانفرادية في حماية الطرف الوطني	136
المطلب الثالث: تطبيق قانون القاضي لاعتبارات اقتصادية	138
الفرع الأول: تطبيق القانون الجزائري على نشاط الشركات الأجنبية	138
الفرع الثاني: مبررات إخضاع نشاط الشركات الأجنبية للقانون الجزائري.	140
المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي بناءا على المنهج المباشر	141
المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي بناء على التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي	142
الفرع الأول: معنى التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي و الاختصاص التشريعي	143
الفرع الثاني: حالات تطبيق قانون القاضي بناء على فكرة التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي	144
المطلب الثاني: اختصاص قانون القاضي وفقا للقواعد ذات التطبيق الضروري	147

الفرع الأول: مفهوم وضوابط تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري	148
أولا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن قواعد النظام العام	150
ثانيا: ضوابط تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري	152
أ- الضابط الشكلي	153
ب- الضابط الفني	154
ت- الضابط الغائي	156
ث- الضابط العقلاني	159
الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري	160
أولا: تطبيقات القواعد ذات التطبيق الضروري	161
ثانيا: أساس إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري	163
المطلب الثالث: اعتبارات تطبيق قانون القاضي بصفة مباشرة على المنازعات الخاصة الدولية	165
الباب الثاني: التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي	169
الفصل الأول: تطبيق قانون القاضي استنادا إلى مانع قانوني	170
المبحث الأول: تطبيق قانون القاضي بموجب نظرية الإحالة	171
المطلب الأول: مفهوم نظرية الإحالة	171
الفرع الأول: تعريف الإحالة ونشأتها	172
أولا: تعريف الإحالة	172
ثانيا: صور الإحالة	174
الفرع الثاني: موقف الفقه من الإحالة	175
أولا: الاتجاه المؤيد للإحالة	176
ثانيا: الاتجاه الرافض للأخذ بالإحالة	180
المطلب الثاني: الإحالة في القانون الجزائري	181
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة	182
أولا: التناقض الموجود في المادة 23 مكرر1 من القانون المدني	183
ثانيا: الإحالة استثناء من المبدأ	184

الفرع الثاني: تبريرات الأخذ بالإحالة في القانون الجزائري	186
الفرع الثالث: المسائل المستثناة من الإحالة	188
أولا: مسائل الأحوال الشخصية للأجانب	188
ثانيا: المسائل الخاصة بالالتزامات التعاقدية	188
المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي من خلال إعمال فكرة الدفع بالنظام العام	190
المطلب الأول: فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص	191
الفرع الأول: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص	191
أولا: تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	192
ثانيا: خصائص النظام العام الدفعي	194
أ- النظام العام الدفعي نظام احتياطي	194
ب- النظام العام الدفعي نظام استبعادي	195
ت- النظام العام الدفعي نظام حمائي	196
ث- النظام العام الدفعي نظام قضائي	196
ثالثا: تمييز النظام العام في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي	197
الفرع الثاني: تأرجح دور النظام العام كمبرر لتطبيق قانون القاضي	199
أولا: الدور التقليدي للنظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي	200
أ- فقه الأحوال الإيطالي القديم	200
ب- المدرسة الإيطالية الحديثة (مدرسة شخصية القوانين)	201
ت- المدرسة الفرنسية الحديثة	201
ثانيا: الدور الحديث للنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق	202
ثالثا: الاتجاه الجديد لإعادة الدور التقليدي لفكرة النظام العام	203
المطلب الثاني: إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص	204
الفرع الأول: شروط إعمال الدفع بالنظام العام	204
أولا: ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي	204
ثانيا: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام	205

ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية	207
الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام	208
أولا: الأثر السلبي للنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي	208
ثانيا: الأثر الإيجابي للنظام العام وحلول قانون القاضي	211
ثالثا: الأثر المخفف للنظام العام	214
رابعا: الأثر الانعكاسي للنظام العام وتطبيق قانون القاضي	216
الفصل الثاني: تطبيق قانون القاضي استنادا إلى مانع مادي	220
المبحث الأول: تطبيق قانون القاضي في حال تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص	221
المطلب الأول: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي	221
الفرع الأول: رفض الفصل في الدعوى	222
الفرع الثاني: تطبيق القانون الأقرب للقانون الذي تعذر إثباته	223
الفرع الثالث: تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع	224
الفرع الرابع: تطبيق المبادئ السائدة في الأمم المتحضرة	225
الفرع الخامس: تطبيق قانون القاضي	227
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي	231
الفرع الأول: مبررات تطبيق القانون الجزائري في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي	233
الفرع الثاني: حدود تطبيق القانون الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي	234
المبحث الثاني: تطبيق قانون القاضي عند قيام حالة الاستعجال	237
المطلب الأول: فكرة الاستعجال في تنازع القوانين	238
الفرع الأول: الاستعجال وحل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي	238
أولا: تعريف الاستعجال في تنازع القوانين	239
ثانيا: تطبيقات فكرة الاستعجال في تنازع القوانين	240
الفرع الثاني: الاستعجال ومشكلة اعمال القانون الأجنبي	243
المطلب الثاني: إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال	245

الفرع الأول: أساس إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال	246
الفرع الثاني: حدود إعمال قانون القاضي في حالة الاستعجال	249
خاتمة	252
قائمة المراجع	258
فهرس الموضوعات	283

الملخص:

ينظم القانون الدولي الخاص بنظريتيه تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي العلاقات الخاصة الدولية وتكفل بحل المنازعات التي تثور في هذا المجال بموجب منهج التنازع والمنهج المباشر الذي يحتل فيهما قانون القاضي كحل لهذه المنازعات نطاقا واسعا بصفة أصلية حصرية ومباشرة. كما يجد تطبيقا آخر له بصفة إحتياطية متى تعذر تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بسبب مانع قانوني أو عقبات تصادف القاضي في معرض التطبيق الفعلي له.

Résumé:

Le droit privé international réglemente les conflits de lois, la juridiction internationale et les relations privées internationales et assure la résolution des litiges qui surviennent dans ce domaine selon l'approche conflictuelle et l'approche directe dans laquelle le droit du juge comme solution aux ces litiges occupent une large portée de manière originale, exclusive et directe. Elle lui trouve également une autre application à titre conservatoire chaque fois que l'application de la loi étrangère visée par la règle d'attribution nationale n'est pas possible en raison d'un empêchement juridique ou d'obstacles rencontrés par le juge dans le cadre de l'application effective.

Abstract:

International law on conflict of laws theories and international jurisdiction regulates international private relations and ensures the resolution of disputes that arise in this field according to the conflict and the direct approach in which the judicial law as a solution to these disputes occupies a wide scope in an original, exclusive and direct manner. He also finds another application for it as a precaution/reserve whenever the aforementioned foreign law cannot be applied under the national attribution rule due to a legal impediment or obstacles encountered by the judge in the course of its actual application.