جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمن ميـرة- بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسيـة

قـــــــسم القانون العام للأعمال

انحياز قاعدة الإسناد الوطنية لمصلحة تطبيق قانون القاضي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
فرع: القانون الاقتصادي للأعمال
تخصص: القانون العام للأعمال

من اعداد الطالبتين:

- **أيت حبيب سليمة**
- **عفون صارة**

تحت إشراف الأستاذ:

عسالي عبد الكريم

لجنـــــــــــة المناقشة:

الأستاذة:	**بن عبد الله صبرينة**	**رئيسة**
الأستاذ د/:	**عسالي عبد الكريم**	**مشرفا و مقرر**
الأستاذ د/:	**عيد عبد الحفيظ**	**ممتحننا**

السنة الجامعية 2017/2016

بسم الله الرحمان الرحيم

"...و ما توفيقي إلا بالله عليه توكلت و إليه أنيب"

(سورة هود الآية.88.)

يقول العماد الأصفهاني:

"لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا و قال في غده: لو غُير هذا لكان أحسن، و لو زيد هذا لكان يستحسن، و لو قدم هذا لكان أفضل، و لو ترك هذا لكان أجمل، و هذا من أعظم العبر، و دليل على استلاء النقص على جملة البشر".

و قد عشنا في كتابة هذه المذكرة معنى هذه العبارة، إذ غيرنا الكثير، و حذفنا....و زدنا، حتى استقر على هذا النحو الذي نرجو أن يكون مقبولا للمناقشة من اللجنة الموقرة.

إهداء

إلى ذكري جدتي رحمها الله التي فقدتها أثناء اعداد هذه المذكرة

إلى أعّز الناس "أمي" و "أبي" أطال الله في عمرهما

إلى الإخوة و الأخوات

إلى خطيبي الذي كان سندا لي طيلة اعداد هذه المذكرة

إلى كل الأهل و الأقارب

إلى رفقاء الدرب طيلة سنين الدراسة

إلى جميع أساتذتي في كل مراحل التعليم

إلى كل من يحمله القلب و لم يكتبه القلم

....

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدنا المتواضع

أيت حبيب سليمة

كلمة شكر و تقدير

شكر وتقدير

الحمد الله والشكر الجزيل لله الذي مهد لنا الطريق وفتح لنا أبواب العلم إلى حين بلوغنا لمثل هذا العمل المتواضع.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا الفضيل الدكتور المشرف" **عسالي عبد الكريم**"

اعترافا منا بفضله علينا في التوجيه والإرشاد ، وعلى ما قدمه من نصائح وتوجيهات قيمة في إتمام هذا العمل المتواضع، فلا الكلمات تكفي ، ولا اللسان قادر على الحديث والإلمام بفضله.

كما نتقدم بالشكر لكل أستاذ قدم لنا توجيه ومهد لنا الطريق للوصول إلى ذروة العلم، ونخص بالذكر على رأسهم الأستاذ الدكتور "**عيد عبد الحفيظ**".

جزاكم الله عنا ألف خير

بقلم صارة و سليمة

إهداء

إلى من أهدتني قلبا مليئا بالدفء والأمان، إلى التي كانت ولا زالت أروع رمز في الرأي والتوجيه، إلى التي الجنة تحت قدميها " **أمي**" أدام الله بقائها.

إلى من كان سندا وعونا لي منذ الطفولة، إلى من علمني أن الحياة أمل و كفاح وأن الصبر مفتاح لقضاء الحاجات ، إلى من زرع في نفسي روح الإرادة والتفاؤل وأن دوام الحال من المحال إلى "**أبي**" أطال الله في عمره وأدامه تاج على رأسي.

إلى القلوب الطيبة الحنينة والنفوس البريئة، إلى من غمروني بالحب والاهتمام والحنان،

إلى سر سعادتي إخوتي "**بلال، فوزي، أشرف**"

إلى جدي وجدتي أدامهم الله لي، إلى خالي " **لجمعي**" وأبناءه **نسرين،ضياء الدين،**

إلى خالاتي **كنزة، فتيحة، زهيرة** و أولادهم **نبال، شيماء، خولة ، إيمان،** والكتكوت **أنس.**

إلى صديقاتي **صبرينة، سامية، سليمة، ليندة**

و إلى جميع أساتذتي بجامعة بجاية

.....

اليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي

صارة عفون

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ف: فقرة

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

د س ن: دون سنة النشر

د ب ن: دون بلد النشر

ق ج: قانون الجنسية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ج ر ج ج : جريدة رسمية جمهورية جزائرية

باللغة الفرنسية

P : page

مقدمة

لكل دولة نظام قانوني يحكمها و يطبق على أفرادها بمناسبة نشوء علاقات مختلفة اقتصادية كانت أو اجتماعية، فباعتبار الإنسان اجتماعي بطبعه فإنه يحتك ويتأثر بغيره ويبرم علاقات متعددة تختلف باختلاف المجالات. فالتطور التكنولوجي المعاصر وما حققه من ابتكار وسائل تواصل جديدة، أدى إلى جعل العالم قرية صغيرة نظرا لاختصار المسافات بين الدول وتقريب الحدود بين الوطنيين والأجانب.

هذا التقريب أدى بشأنه إلى احتكاك المواطنين والأجانب وهو ما أدى إلى نشوء معاملات بين الأشخاص تتنوع وتختلف في شتى الميادين، الشيء الذي يؤدي بالضرورة إلى تضارب واختلاف مصالحهم، وبالتالي الوقوع في نزاعات قد تتعدد و تخرج من النطاق الإقليمي لتطبيق القانون الوطني، وبالتالي الاختلاف حول النظام القانوني التي تخضع له من جهة وينظم ويساوي هذه العلاقات من جهة أخرى، فبتعدد العلاقات وارتباطها بأكثر من دولة واحدة فإنه من غير الأصح إخضاعها للقانون الوطني، خاصة وأن القانون الوطني يمكن أن يكون غير مناسب ولا يتلاءم مع خصوصيات الدول الأخرى. الأمر الذي دعا مختلف الدول بأن تقبل إمكانية تطبيق قانون غير القانون الوطني وفتح المجال أمام القانون الأجنبي ليكون هو الأصح بالتطبيق.

المشرع الوطني ينظم العلاقات الدولية الخاصة بواسطة قاعدة الإسناد أو ما يسمى بقواعد التنازع، فهذه القواعد تشير إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، وتعرف قواعد الإسناد بأنها قواعد استثنائية متميزة يضعها المشرع الوطني لغرض اختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي سواء كان القانون الوطني أو قانونا أجنبيا، فاقتضى ذلك أن لا تتصدى للنزاع فتفصل فيه مباشرة، وإنما تكتفي بالإشارة إلى القانون الأجدر بحكم العلاقة وبغض النظر عن مضمون هذا القانون. وتعتبر قاعدة الإسناد قاعدة وطنية تتميز بمميزات القواعد الداخلية كاتصافها بالعمومية، الإلزام والتجريد.

وتقوم قواعد الإسناد بدور استثنائي في العلاقات التي تكون شاملة لعنصر أجنبي، الشيء الذي يعطي لها خصوصية وتمايز مقارنة بالقواعد القانونية الشائعة خارج القانون الدولي الخاص،

وعليه نجد أن لقواعد الإسناد خصائص تميزها وتكسيها طابعا متميزا وذاتيا لا مثيل لها في باقي القواعد القانونية ، فهي تعتبر قواعد غير مباشرة، و يقصد بالصفة غير المباشرة لقواعد الإسناد أنها لا يمكن أن تطبق مباشرة على النزاع المعروض على القاضي ، أي بمعنى أنها لا تقدم لنا قاعدة الإسناد الحل النهائي للنزاع المطروح، بل نتوصل إلى الحل بعد التعرف على القانون الواجب التطبيق والذي أشارت القاعدة المعنية بإعماله. إضافة إلى الصفة الغير المباشرة التي تتميز بها قواعد الإسناد نجد أنها تعتبر أيضا قواعد مزدوجة الجانب، بمعنى أنها تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي، ونفهم من هذه الصفة أن علة وجودها تكمن في أنها لا تترك فراغا في مشكلة التنازع، إذ تحيل الاختصاص للمسألة المطروحة على القاضي إما بالعودة لقانونه أو إلى القانون الأجنبي.

ضف إلى هاتين الخاصيتين، نجد كذلك أن لقواعد الإسناد خاصية ثالثة وهي أنها تعتبر قواعد محايدة، بمعنى أنه عندما يطبق القاضي قاعدة الإسناد لا يعلم الحل الذي سيعطيه للنزاع، وإنما ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع، و هذا القانون قد يكون قانونا وطنيا وقد يكون قانونا أجنبيا.

كما يجب التذكير أن المشرع الجزائري قد خرج عن الأصل ووضع بعضا من قواعد الإسناد لا تتصف ولا تذكر فيها الخصائص السالفة الذكر، أي منها ما جعلها قواعد غير محايدة ولا تتصف بالازدواجية وإنما تنحاز بصفة صريحة إلى تطبيق قانونه الوطني على حساب القانون المختص، ومفاد هذه القواعد الأحادية والمنفردة أنها تعبر عن وجود نطاق خاص يتمتع فيه قانون القاضي بامتياز في التطبيق بغض النظر عن أي قانون أجنبي، ويعود سبب هذا الانحياز إلى عدم التوفيق والتوازي بين مصلحة الدول الأجنبية مع مصالح دولة القاضي.

وعليه نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى احتفظت قاعدة الإسناد الوطنية بالحياد؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا بحثنا إلى فصلين:

الفصل الأول: مظاهر الانحياز عند تطبيق قواعد الاسناد.

الفصل الثاني: مظاهر الانحياز عند تطبيق القانون الواجب التطبيق.

الفصل الأول

مظاهر الانحياز عند تطبيق قواعد الإسناد

صنف المشرع الجزائري في إطار تنازع القوانين العلاقات القانونية ضمن فئات قانونية تتمثل أساسا في فئة الأشخاص، الأموال، الأعمال القانونية، الوقائع القانونية والأشكال والإجراءات. ولكل فئة إسناد قواعد خاصة بها. وهي التي تناولها المشرع الجزائري في المواد من 9 إلى 24 من ق م ج [1].

فالقاضي الوطني الذي تثار أمامه منازعة دولية يتوجب عليه الرجوع إلى قواعد الإسناد المعروفة لديه، وأن يختار القاعدة الواجبة التطبيق، فهو لا يستطيع حل النزاع إلا بعد تعرفه على المنازعة وإدخالها ضمن فئة من الفئات القانونية المعروفة لديه[2]، وهذا الأخير يقوم بإخضاع عملية التكييف إلى قانونه والذي يعتبر مظهر من مظاهر الانحياز إلى تطبيق قانون القاضي، وبالتالي إذا كيفت القضية وطبقت قاعدة الإسناد وتمت الإشارة إلى تطبيق قانون أجنبي، وجب على القاضي أن يقف على ما ينص عليه المشرع من هذا التطبيق، أهو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم قواعد الإسناد فيه، وهذا ما أطلق عليه الفقه بنظرية الإحالة، وقد كرست الإحالة بصفة محتشمة من قبل المشرع الجزائري، و يعد ذلك استبعادا لتطبيق القانون الأجنبي و قبولا بالإحالة التي تحيل إلى تطبيق قانون القاضي.

وبالإضافة للانحياز الذي يظهر في عمليتي التكييف والإحالة نجد أن المشرع الجزائري أخضع مسألة أخرى تتعلق بتنازع الجنسيات إلى تطبيق قانون القاضي عندما تكون الجنسية الجزائرية أحد الجنسيات المتنازعة، أين يظهر و بصفة صريحة انحياز المشرع الجزائري إلى تطبيق القانون الوطني وذلك عند تطبيق قاعدة الإسناد.

---

[1]. المواد من 9 إلى 24 من أمر رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان-2005 يتضمن تعديل أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 44 صادرة بتاريخ 26 /2005/06.

[2]- دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص 71.

وعلى هذا سنتناول دراسة كيف أخضع المشرع الجزائري عملية التكييف لقانون القاضي(المبحث الأول)، ثم ندرس الانحياز الذي كرسه المشرع عند أخذه بالإحالة (المبحث الثاني)، ونختم الفصل بدراسة مسألة ترجيح الجنسية الجزائرية عند تنازع القوانين(المبحث الثالث).

المبحث الأول

الانحياز لتطبيق قانون القاضي أثناء التكييف

يعتبر التكييف على مستوى الميدان القانوني الخطوة الأولى التي يبدأ بها رجل القانون وصفه للعلاقة القانونية التي يريد بحثها، سواء كان ذلك على صعيد القانون الداخلي أم على صعيد القانون الدولي الخاص، فعلى صعيد القانون الداخلي يكيف العقد هل هو عقد بعوض أو بدون عوض، و هل هو عقد مدني أو عقد تجاري، ويكيف الفعل هل هو جناية أم جنحة[3]؟

ولقد عرف التكييف على صعيد القانون الدولي الخاص اهتماما واسعا و اكتسب أهمية إضافية على أساس وجود أكثر من قانون يحكم نفس النزاع، وعليه تتوقف عملية معرفة أي منهم هو الأولى بالتطبيق[4].

وسنتطرق في هذا المبحث إلى بيان نشأة نظرية التكييف (المطلب الأول)، القانون الواجب التطبيق على التكييف (المطلب الثاني).

---

[3]– عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 47.

[4]–هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين–الاختصاص القضائي الدولي– دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص48.

– يقصد بالتكييف تحديد الوصف القانوني الصحيح للمسألة المعروضة، ويمثل عملية أولية في نطاق تنازع القوانين وذلك لأجل تحديد القانون المختص.

المطلب الأول

نشأة نظرية التكييف

ظهرت نظرية التكييف لأول مرة سنة 1881 في ألمانيا، من قبل الفقيه "كاهن"، وأكتشفت مستقلا في فرنسا سنة 1897 من قبل الفقيه" بارتن"[5]، يعتبر هذا الأخير الرائد الحقيقي لنظرية التكييف، على الرغم أن الفقيه الألماني "كاهن" سبق له و أن أبرز هذه المشكلة في مقال له.

فبعد تحليل "بارتن" للقضاء الفرنسي استنبط نظريته في التكييف، وذلك استنادا إلى ثلاث قضايا أصبحت معروفة ومشهورة في ميدان القانون الدولي الخاص، و تتمثل أساسا في" قضية ميراث المالطي"(الفرع الأول)، " قضية وصية الهولندي"(الفرع الثاني)، و" قضية زواج الأرثوذوكسي"(الفرع الثالث)[6].

الفرع الأول

قضية ميراث المالطي

تتلخص وقائع هذه القضية أن زوجان من جزيرة مالطا اتخذا الجزائر موطنا لهما عندما كانت مستعمرة فرنسية، وعند وفاة الزوج ادعت الأرملة أمام محكمة الجزائر أن لها حقا على عقارات زوجها الموجودة في الجزائر يسمى "بنصيب الزوج المحتاج"[7]، هو حق مقرر لها بمقتضي القانون المالطي لكن هذا غير معروف في القانون الفرنسي، لهذا السبب تساءل القاضي الفرنسي فيما إذا كان هذا النظام نظاما للمشترطات المالية للزواج، أم هو صورة من صور المواريث؟

---

5 –Mayer Pierre, droit international privé, 5eme édition, Montchrestien, Paris ,p 115

6–هشام علي صادق، حفيضة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص: الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص56.

7–ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص41.

والإجابة على هذا السؤال نجد أنه يترتب عليه عدة أثار، ذلك أنها إن كانت من النظام المالي للزوجين فإنه حسب قواعد التنازع الفرنسية سيخضع للقانون المالطي لأنه قانون إرادة المتعاقدين الضمنية باعتبار مالطا أول موطن للزوجين، أما إذ اعتبر ذلك النظام من المواريث فإنه سيخضع للقانون الفرنسي باعتبار أن التركة في العقار تخضع لقانون موقعه، مما ينجم عن ذلك حرمان الزوجة من الميراث، لأن الزوجة لا ترث وفقا للقانون الفرنسي آنذاك[8].

الفرع الثاني

قضية وصية الهولندي

تتلخص وقائع هذه القضية في أن "هولنديا" حرر وصية في فرنسا وفقا للشكل العرفي ووقع عليها وفقا لأحكام القانون الفرنسي ومخالفا لأحكام القانون الهولندي. بعد وفاته حصل نزاع بين ورثته حول صحة هذه الوصية، فالقانون الهولندي كان يحظر على الهولنديين تحرير وصية وفقا للشكل العرفي حتى ولو كانوا خارج هولندا، لكن في فرنسا هذا النوع من الوصايا يعد مطابقا لأحكام القانون الفرنسي[9].

فإذا تم التكييف وفقا للقانون الفرنسي اعتبرت الوصية صحيحة لأن مسألة تحرير الوصية في شكل معين هي مسألة تدخل في فئة شكل التصرفات، مما يجعلها خاضعة لقانون بلد الإبرام وهو القانون الفرنسي، أما إذا تم التكييف وفقا للقانون الهولندي اعتبرت الوصية باطلة لأن المنع الوارد في هذا القانون لا يدخل في شكل التصرفات وإنما هو أمر يتعلق بأهلية الهولنديين، بدليل يسري

[8]– دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 74.

[9]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 49.

في مواجهتهم حتى ولو كانوا خارج هولندا، والأهلية كما نعرف تخضع لقانون الجنسية وهو القانون الهولندي[10].

الفرع الثاني

قضية زواج اليوناني الأرثوذوكسي

تظهر مجريات هذه القضية في أن يونانيا أرثوذكسيا تزوج من فرنسية زواجا مدنيا في فرنسا، بالرغم من أن القانون اليوناني يفرض على مواطنيه الزواج بالشكل الديني. ولقد طرح السؤال على القضاء الفرنسي كما يلي: هل يعتبر هذا الزواج صحيحا أم باطلا؟

تتحدد الإجابة على هذا السؤال بالنظر إلى التكييف الذي يعطيه القاضي للقضية، فإذا صنفها القاضي على أنها شرط موضوعي للزواج فإنها تخضع للقانون اليوناني الذي هو قانون جنسية الزوج في هذا المثال فيكون بالتالي الزواج باطل، أما إذا كيفنا الشكل الديني وفقا للقانون الفرنسي اعتبرناه شرطا شكليا[11]، والشروط الشكلية تخضع لقانون بلد الإبرام، ولما كان هذا الزواج قد تم وفق الشكل الديني الذي يجيزه قانون بلد الإبرام وهو فرنسا اعتبرناه زواجا صحيح[12].

ومن خلال هذا المثال والمثالين السابقين نلاحظ أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المطروحة على القاضي يختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف.

---

[10]–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، د س ن، ص77.

[11]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 51.

[12]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 78.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف

يتعين على القاضي الرجوع إلى قانون معين إذا ما أراد التحقق من طبيعة المسألة محل النزاع ليبين ذلك، وبالتالي يجد القاضي نفسه أمام صعوبة اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، ومن هنا يثور السؤال هل يرجع القاضي إلى قانونه الوطني أم إلى القانون الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد؟

وللإجابة على هذا السؤال وجدت عدة نظريات سنتعرض لها على النحو التالي:

الفرع الأول

إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم العلاقة ككل

دعا الفقيه الفرنسي "دسبانييه" إلى إخضاع التكييف للعلاقة محل النزاع للقانون الذي يحتمل أو يرجح تطبيقه للفصل فيه، أي للقانون الذي يرجح أن ترشد إليه قاعدة الإسناد[13].

و يدعم أصحاب هذا الرأي موقفهم بحجة أنه وجب إخضاع التكييف لأحكام القانون الذي سيحكم المنازعة ككل على أساس أن هذا القانون الأخير التي تشير إليه قاعدة الإسناد يجب أن يحكم العلاقة من بدايتها وحتى نهايتها بما في ذلك مسألة تكييفها، وذلك تحقيقا للعدالة المنشودة من وراء تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه هي التي تتحقق عندما

[13]–صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص285.

نعطي الاختصاص لقانون ينظر ويفصل في العلاقة المعروضة ككل ابتداء بتكييفها وتحديد طبيعتها القانونية، مرورا ببيان القانون واجب التطبيق عليها وانتهاء بإيجاد الحل المناسب لها[14].

انتقد هذا الرأي بحجة الاستحالة العملية، فهو عملية تسبق تحديد القانون المختص، أي قبل أن نكيف النزاع لا نستطيع الجزم أي القانونين سنأخذ[15].

الفرع الثاني

إخضاع التكييف لقواعد القانون المقارن

يقر أصحاب هذا الرأي عدم التقيد عند إجراء التكييف بقانون وطني لدولة محددة، بل يقولون بوجوب إعمال القانون الوطني في ضوء مفاهيم دولية تكون وليدة دراسة مقارنة بقوانين الدول المختلفة، كل ذلك يتم بدون التقيد بالتكييف المعتمد في دولة معينة، فإذا أريد مثلا إخضاع وصاية القاصر لقانون جنسيته، فإنه يقتضي تحديد معنى الوصاية وفقا لمفهوم يستخلص من دراسة القانون المقارن[16].

و يقترح الأستاذ "رابل" صاحب هذه النظرية بخصوص مشكلة التكييف إجراء التحليل الأولي أو السابق لخاصية قواعد التنازع، و يتعين على القاضي ألا يتقيد بتكييف معين سابقا، بل عليه عند إجراء التكييف استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية موحدة للأفكار التي تضمنتها قواعد القانون الدولي الخاص. فقاعدة الإسناد في نظره لم توضع لمواجهة روابط داخلية وإنما وضعت لمواجهة روابط تشتمل على عنصر أجنبي وتهدف إلى تغطية حاجة المعاملات الدولية المختلفة، يضيف أيضا أنه يجب أن تترك مسألة التكييف للمقارنة العلمية للقوانين و يضيف

---

[14]–علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن، ص44.

[15]–صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص288–289.

[16]–عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص62–63.

قائلا:" **أن علم القانون المقارن هو الذي يجب العمل به في تفسير مفاهيم قواعد التنازع في دولة القاضي**[17].

انتقد هذا الرأي على أساس أنه يصعب على القاضي الذي يجري التكييف الإحاطة بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليسند منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف[18].

الفرع الثالث

إخضاع التكييف إلى قانون القاضي

يتمحور أساس هذه النظرية أنه يجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يحدد طبيعة العلاقات المعروضة عليه على قانونه، أي قانون القاضي الذي يباشر التكييف.

ونجد أن نظرية "بارتن" لها أثر في إخضاع التكييف لقانون القاضي، ويلاحظ أن القضاء في فرنسا و غيرها من دول العالم قد درج على إخضاع التكييف لقانون القاضي سواء كان هذا القانون من بين القوانين المتنازعة أم كان التنازع بين قوانين أجنبية، فالمحاكم كما يقول "بارتن" ترجع عادة في سبيل تحديد طبيعة الواقعة أو النظر في القانون محل النزاع إلى القانون الوطني، و هي إذن تفعل ذلك بطريقة ضمنية وغير محسوسة.

و يشير الدكتور "جمال مرسي بدر" إلى هذه النظرية بقوله:" **و قد بدت نظرية التكييف طبقا لقانون القاضي لأنصارها ضرورة منطقية، إذ لم يتصوروا كيف يمكن القيام بالتكييف وفقا**

---

[17]–بلمامي أعمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر: نظرية التكييف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص263–264.

[18]–صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 290.

لقانون آخر قبل أن يتحدد القانون الموضوعي الذي يحكم العلاقة، إذ لا يكون أمام القاضي في تلك المرحلة إلا قانونه الوطني الذي منه وحده يتعين إعمال التكييف[19].

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه إخضاع التكييف لقانون القاضي إلى عدة مبررات من بينها أن تطبيق القانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد إنقاص لسيادتها.

و قد استثنى من ذلك حالات منها:

- المال سواء كان عقار أو منقول فإنه يخضع لقانون موقعه.
- و الفعل الضار يخضع للقانون الذي وقع فيه الفعل الضار[20].
- تعلق التكييف بنظام أجنبي غير معروف في قانون القاضي، فإنه يخضع للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام.
- حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي و دولة أجنبية تنص على أن تكييف بعض المسائل يخضع لقانون غير قانون القاضي[21].

والتكييف وفقا للاتجاه الحديث هو تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية ولا يتصور إخضاعه لغير قانون القاضي، ومادام الأمر كذلك فإنه يبدو منطقيا أن يقتصر الرجوع إلى قانون القاضي على التكييف الأولي اللازم لتحديد القانون المختص. فهذا التكييف وحده هو الذي يتصل بتفسير قاعدة الإسناد[22].

---

[19]–بلمامي أعمر، المرجع السابق، ص170.

[20]–هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 65.

[21]– قتال حمزة ، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 61.

[22]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 93.

المطلب الثالث

التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري

تأثر المشرع الجزائري إلى حد كبير بنظرية "بارتن" في إخضاع التكييف من حيث المبدأ لقانون القاضي، و قد جرى في ذلك معظم التشريعات العربية الحديثة[23]، ويظهر اعتماد المشرع الجزائري نظرية "بارتن" في نص المادة 09 من القانون المدني التي تنص:" **يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق**"[24].

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي وهذا ما يعتبر مظهر من مظاهر انحياز قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي. كما نستخلص أيضا أن هذه المادة اقتصرت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه معرفة القانون الواجب التطبيق، و بذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة التي تأتي بعد هذه المرحلة[25].

زيادة على ما تقدم ذكره نضيف أن نص المادة 9 السالف الذكر لم يورد استثناءات النظرية أين يخضع تكييفها لقانون القاضي التي نجدها في نصوص أخرى، كالاستثناء الخاص بالأموال في المادة 1/17 من القانون المدني حيث طبق عليها قانون محل وجودها، و الاستثناء الخاص بالفعل الضار في المادة 2/20 من القانون المدني أين يخضع للقانون محل وقوع الفعل الضار، و الاستثناء الخاص بالمعاهدات الدولية في المادة 21 من نفس القانون[26]. وبهذا الشكل يمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد جعل قانون القاضي هو المرجع في التكييف.

---

[23]–بلمامي أعمر، المرجع السابق، ص 281.

[24]–المادة 9 من أمر رقم 05–10، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[25]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 94.

[26]– قتال حمزة ، المرجع السابق، ص 63.

المبحث الثاني

الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى انحياز لتطبيق قانون القاضي

إلى جانب القواعد الموضوعية التي يتضمنها قانون كل دولة، والتي تطبق مباشرة على النزاع نجد قواعد إسناد مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وتثور نتيجة لذلك في غالبية الأحوال تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ويأخذ هذا التنازع حالتين:

-**التنازع الإيجابي:** وتكون فيه قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانونها ويسمى هذا النوع بالتنازع الإيجابي.

-**التنازع السلبي:** ويكون عندما تجعل قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي الاختصاص للقانون الآخر وهنا تظهر فكرة الإحالة، ومثال ذلك إنجليزي متوطن بالجزائر، فوفقا لقواعد الإسناد الجزائرية فإن القانون الإنجليزي هو المختص ووفقا لقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي فإن القانون الجزائري هو المختص، مثلا إذا طرح هذا النزاع على القاضي الجزائري فهل يتبع قاعدة الإسناد الإنجليزية أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي؟ وتسمى هذه الفكرة عند فقهاء القانون الدولي الخاص بنظرية الإحالة[27].

و سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة الإحالة ونشأتها (المطلب الأول)، ثم نتناول أنواع الإحالة (المطلب الثاني)، ونختم المبحث ببيان موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة(المطلب الثالث).

---

[27]-بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أكلي محند ولحاج البويرة، 2014، ص 13.

المطلب الأول

نظرية الإحالة ونشأتها

ندرس في هذا المطلب التعاريف المقدمة للإحالة(الفرع الأول)، ثم التعرف على نشأة نظرية الإحالة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الإحالة

لم تضع النصوص القانونية تعريفا محددا للإحالة، على عكس الفقه الذي حاول ذلك بوضع عدة تعاريف. فمن بين التعاريف المقدمة للإحالة نجد تعريف الأستاذ **بدر الدين عبد المنعم** بقوله "الإسناد الإجمالي أو المكرر والذي يتحقق عندما تثير قاعدة الإسناد في قانون القاضي المطروح عليه النزاع باختصاص قانون أجنبي معين، وتقضي قاعدة الإسناد فيه، بإعادة الاختصاص لقانون القاضي أو تقرر اختصاص قانون أجنبي آخر"[28].

تعريف أخره أدرجه الأستاذ **سعيد يوسف البستاني** بقوله أنها" رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة إسناد القاضي ورده أو تحويله بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى، أي أن القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة الإسناد يرفض الاختصاص المسند إليه من قبل قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، ويقوم بدوره بواسطة قواعد إسناد بتحويله إلى قانون دولة أخرى[29].

---

[28]– بدر الدين عبد المنعم، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، د د ن، مصر،1990، ص47.

[29]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 238.

وعرفها أيضا الأستاذ **ممدوح عبد الكريم** بقوله بأنها النظرية التي تلتزم بتطبيق قواعد الإسناد الأجنبية أولا في القانون الذي تقررت طبيعته بموجب قواعد إسناد دولة المحكمة التي تنظر في النزاع على شرط أن يكون هناك اختلاف، فالحكم ما بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية. فإن طبقت مباشرة القواعد الموضوعية فإن هذا يعد قبل رفض الإحالة، ويشترط هنا وجود نص قانوني صريح ينص على ذلك ولا مجال للحديث عن التنازع في القواعد الشكلية، إلا بنص قانوني خاص أو إلا إذا وجدت معاهدة دولية نافذة[30].

بالتالي نقول أن الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي بمثابة القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثاني

نشأة نظرية الإحالة

توجد قضية واحدة دعمت وكشفت عن موضوع الإحالة وهي قضية "فورجو" والتي تعتبر الحجر الأساس في بناء وتجسيد نظرية الإحالة

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن Forgo كان ولد غير شرعي ولد في أوائل القرن التاسع عشر بإقليم بافاريا، ونزحت به أمه وهو طفل في الخامسة من العمر إلى فرنسا وأقاما هناك إقامة فعلية دون اتخاذ موطن قانوني بها، حيث كان القانون الفرنسي يقتضي يومئذ الحصول على تصريح بالتوطن القانوني وهما لم يحصلا على هذا التصريح، وعندما كبر Forgo تزوّج من فرنسية ثرية ماتت وتركت له ثروة منقولة طائلة، وفي الثامنة والستين من العمر توفيForgo عن ثروة منقولة دون ورثة مباشرين أي دون أولاد، آباء، أو إخوة .وقد كان القانون الفرنسي آنذاك لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلاّ لأبويه وإخوته فقط، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة غير المنقولة باعتبارها تركة بلا وارث. أما أمواله المنقولة فلم يعرف إلى

[30]–ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص: الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 57.

من ستنتقل إلى أن طالب بعض أخواله بها أمام محكمة (بوردو) الفرنسية التي أجابت طلبهم على أساس أن الأموال المنقولة للمتوفى لا تخضع للقانون الفرنسي الذي يشترط أن يكون المتوفى حاصلا على الإذن الرسمي القاضي بالسماح له بالتوطن، ولأن (فورجو) لم يكن حاصلا على مثل هذا الإذن[31]، فإن أمواله المنقولة لا تخضع إلى القانون الفرنسي بل تخضع لقانون المتوفى وهو القانون البافاري، الذي يسمح لأخواله بتملك هذه الأموال، لهذا أجابت المحكمة الفرنسية طلبهم ومنحتهم الحق في تملك هذه الأموال وانتقالها إليهم[32].

لم ترضى الخزينة الفرنسية بهذا الحكم وطالبت بأيلولة الأموال المنقولة إليها على أساس أن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير بخضوع التركة المنقولة لقانون موطن المتوفى القانوني والذي هو القانون البافاري والذي بدوره ووفقا لقواعد إسناده سيحيل هذه المسالة برمتها **للقانون** الفرنسي على أساس أنه قانون محل إقامة المتوفى المعتادة وهي فرنسا، وبالتالي فإن القانون الفرنسي هو واجب الإتباع والتطبيق وهو ما يؤدي إلى خضوع التركة المنقولة (فورجو) للقانون الفرنسي وليس القانون البافاري وبالتالي حرمان أخوال (فورجو) من التركة، حيث لا يعترف القانون الفرنسي لحواشي الولد غير الشرعي بأن يرثوه إلا إذا كانوا أشقاءه أو شقيقاته. وبالنتيجة فإنه ينبغي اعتبار (فورجو) قد مات دون وارث وهو ما يؤدي إلى انتقال تركته إلى الخزينة الفرنسية قانونا.

ونظرا لوجاهة الأسباب التي ساقتها الخزينة الفرنسية قررت محكمة النقض الفرنسية إخضاع تركة (فورجو) المنقولة للقانون الفرنسي باعتباره قانون محل إقامته المعتادة وفقا لما تشير به قاعدة الإسناد في القانون البافاري، وتأييد هذا الحكم بحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر برفض اعتراض أخوال (فورجو) على الحكم السابق، وهو ما يعتبر إقرارا صريحا من قبل المحاكم الفرنسية بقبول فكرة الإحالة وإتباعها حتى غدت هذه الفكرة بمثابة نظرية قانونية مقبولة ومستقر العمل بها من قبل المحاكم الفرنسية[33].

---

[31]– عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 118-119.

[32]–بشور فتيحة، المرجع السابق ص 14.

[33]– حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي، لبنان 2004، ص 152.

المطلب الثاني

أنواع الإحالة

تأخذ الإحالة عدة أنواع فقد ترد بصورة إحالة من الدرجة الأولى أو إحالة من الدرجة الثانية. وتتحقق الإحالة من الدرجة الواحدة أو مايسمى بالإحالة البسيطة عندما تحيل قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي الأمر ثانية إلى نفس قانون دولة المحكمة، ولهذا تعرف هذه الحالة بالرجوع من ذلك أن تشير قواعد الإسناد في مسألة الأهلية لبريطاني مقيم في المملكة، فإن قواعد الإسناد الانجليزية تحيل الأمر إلى القانون الأردني باعتباره قانون الموطن، لأن القانون الانجليزي يعتد بصلة الموطن وليس رابطة الجنسية في تعيين القانون الشخصي.

نوع أخر من الإحالة يسمى بالإحالة المتعددة، أي تمتد إلى أكثر من دولة ثالثة أو رابعة وأحيانا الدخول بالحلقة المفرغة والانتهاء من حيث تم البدء، نذكر على سبيل المثال تحديدا أهلية بريطاني مقيم في الولايات المتحدة بشأن تصرفات واردة على عقار في مصر، والنزاع أثير في عمان بشأن استحقاق أوراق تجارية[34].

الفرع الأول

الإحالة من الدرجة الأولى

تتحقق الإحالة من الدرجة الأولى عندما يتبين بأن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق تقضي بأنها ليست هي المرشحة لحل النزاع المعروض على القاضي، وإنما قانون هذا الأخير هو المرشح للتطبيق على هذا النزاع[35]، مثال ذلك عرض نزاع على القاضي الجزائري

---

[34]– عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 120.

[35]–بومنجل حسيبة، بوضياف ليندة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس سطيف، 2013–2014 ص 6.

بشأن أهلية إنجليزي متوطن بالجزائر فإن قاعدة التنازع الجزائرية في هذه الحالة تشير باختصاصه القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الفرد، غير أن قاعدة التنازع الانجليزية ترفض الاختصاص وتحيله إلى القانون الجزائري بوصفه قانون موطن الشخص[36].

إن القاضي عندما يطبق قانون دولته يراعي في ذلك ما تقتضي به قواعد التنازع التي يحتويها القانون الواجب التطبيق، ويظهر أول تجسيد للإحالة من الدرجة الأولى في قضية(فورجو) التي سبق لنا وأن بيناها[37]، كما يعد هذا النوع من الإحالة الأكثر شيوعا في التطبيق العملي من الأنواع الأخرى[38].

الفرع الثاني

الإحالة من الدرجة الثانية

يسمى هذا النوع بالإحالة من الدرجة الثانية أو الإحالة المطلقة أو بالإحالة ذات الدرجات المتعددة، ومثال ذلك فيما لو أحالت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانون أخر غير قانون دولة القاضي، كما لو عرض نزاعا على القاضي الأردني يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا، فقاعدة الإسناد الأردنية تشير إلى تطبيق قانون جنسية الشخص وهو في هذه الحالة القانون الإنجليزي، والذي تشير قاعدة الإسناد فيه إلى تطبيق قانون البلد الذي اتخذ منه الشخص المعني موطنا له وهو هنا القانون الفرنسي[39].

---

[36]– بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 123.

[37]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 150.

[38]– غالب علي الدوادي، القانون الدولي الخاص: الجنسية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 173.

[39]–مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، دار وائل للنشر، الأردن،2010، ص91.

في هذا النوع من الإحالة لا يقوم القانون الذي أشير باختصاصه ابتداء بإحالة النزاع إلى قانون القاضي الذي أشار باختصاصه وإنما إلى قانون دولة ثالثة، ومن ثم تكون الإحالة هنا قد تمت مرتين، وإذا قرر قانون الدولة الثالثة عدم اختصاصه ورفض الإحالة الثانية وقام بإحالة النزاع لقانون دولة أخرى فإننا سنكون أمام الإحالة من الدرجة الثالثة وهكذا، وهو ما دعا البعض إلى تسمية هذا النوع من الإحالة بالإحالة ذات الدرجات المتعددة[40].

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

يعتبر موضوع الإحالة من أبرز مواضيع القانون بصفة عامة والقانون الدولي الخاص بصفة خاصة، ذلك أن أحكامه تعالج مسائل تهم الفرد والدولة على حد سواء، فالإحالة تثير عدة إشكالات قانونية قد تمس بالسيادة الوطنية التشريعية لقانون دولة القاضي، ومن بين الإشكالات التي تثيرها نجد مدى تكريسها من طرف المشرع الجزائري.

وعليه نتولى في هذا المطلب دراسة موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل أحكام أمر رقم 75-58 (الفرع الأول)، تم التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة في ظل أمر رقم 05-10 (الفرع الثاني).

[40]- عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 122.

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل أمر رقم 75-58 متضمن قانون مدني

قبل تعديل القانون المدني بموجب قانون رقم 05-10 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى فكرة الإحالة، على غرار مختلف التشريعات التي تباينت مواقفها بين مؤيدين ورافضين لنظرية الإحالة. ولكن بعد تعديل القانون المدني في 2005، وضع المشرع الجزائري نصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى[41]. فباستقراء أحكام المادة 23 من ق م ج، التي تنص" **متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر رأي النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه**"[42]. نستنتج من هذه المادة أن المشرع تكلم عن الإحالة بين الشرائع الداخلية، وكان البلد الذي يجب تطبيق قانونه من بين الدول التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء إقليميا أو طائفيا، فإن قواعد التنازع الداخلي هي التي تتولى تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين هذه الشرائع المتعددة.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل أمر رقم 05-10 متضمن قانون مدني

تنص المادة 23 مكرر 1 من ق م ج على أنه: **إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق عنه 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**

---

[41]- ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص 309.

[42]- المادة 23 من أمر 75-58، يتضمن قانون مدني، المرجع السابق.

المختص"[43]، وعند التمعن في أحكام هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد وضع نصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى وذلك في الفقرة 2 بقوله: **إحالة قواعد التنازع إلى قانون جزائري**"[44]. وعند استقراء أحكام فقرة 1 من نفس المادة نجد أن المشرع الجزائري يرفض الإحالة من درجة الثانية.

ونلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري حسم موقفه بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط دون الإحالة من الدرجة الثانية وما يليها. **مثلا:** إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري حول أهلية مواطن انجليزي متوطن بالجزائر، فإن القاضي الجزائري يطبق قانون جنسية هذا الشخص وفقا للمادة 10 من ق م ج ، فيذهب القاضي الجزائري إلى القانون الإنجليزي(قانون جنسية الشخص) ويجد أن قاعدة الإسناد الإنجليزية تنص على تطبيق قانون الموطن على الأهلية وليس قانون الجنسية، وبالتالي فإن القاضي الجزائري في هذه الحالة يطبق القانون الجزائري لأن موطن الشخص هو الجزائر، وهذا ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى[45].

ونشير أيضا إلى أن المشرع لم يوفق في استعماله في الفقرة الأولى لمصطلح "أحكامه الداخلية" بدلا من "أحكامه الموضوعية".

وعليه نقول أن عدم تكريس المشرع للإحالة من الدرجة الثانية هو دليل على رغبته في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وتكريسه للإحالة من الدرجة الأولى دليل على حرصه على تطبيق قانونه الوطني[46].

---

[43]– المادة 23 مكرر 1 من أمر 05-10، يتضمن قانون مدني، المرجع السابق.

[44]– غبابشة أميرة ، بن مريم يوسف، المرجع السابق، ص 63.

[45] – ناتوري كريم، المرجع السابق، ص 309.

[46]– شريقي نسرين، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، د س ن، ص 48.

المبحث الثالث

ترجيح الجنسية الجزائرية عند تنازع الجنسيات

إن إدراجنا لمسألة تنازع الجنسيات ضمن هذا الفصل هو إدراج موضوعي كون أن مظهر انحياز قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي في مسألة تنازع الجنسيات يكمن عند تطبيق قواعد الإسناد، و يكون الشخص متعدد الجنسيات إذا كانت تثبت له جنسيتان أو أكثر في وقت واحد، وذلك وفقا لقانون كل دولة من الدول التي يحمل هذا الشخص جنسيتها. ولا غرابة في ذلك إذ أن تعدد الجنسيات هو النتيجة الحتمية لحرية كل دولة في تنظيم جنسيتها على النحو الذي يتماشى مع مصالحها دون الاعتماد بمقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية[47].

و يسمى الفقه ظاهرة تعدد الجنسيات بالتنازع الإيجابي للجنسيات، لكون كل دولة يحمل الشخص جنسيتها تعتبره من رعاياها، الأمر الذي يطرح تساؤلا عن الجنسية التي يعتد بها بالنسبة له دون غيرها[48].

و يلزم لدراسة هذه المسألة تفصيلا أن نعالج المشاكل التي تطرحها مسألة تنازع الجنسيات (المطلب الأول) ثم نتطرق لمسألة فض التنازع الإيجابي للجنسيات (المطلب الثاني).

---

[47]–حفيظة السيد الحداد، المدخل إلى الجنسية و مركز الأجانب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 61.

[48]–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي(الجنسية)، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 157.

المطلب الأول:

المشاكل التي تطرحها مسألة تعدد الجنسيات و المجهودات الدولية المبذولة للتقليل منها

ندرس في هذا المطلب المشاكل التي تطرحها ظاهرة تعدد الجنسيات (الفرع الأول)، ثم نتعرض لدراسة الجهود المبذولة للتقليل من مشكلة تعدد الجنسيات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المشاكل التي تطرحها تعدد الجنسيات

إن الاختلاف بين الأسس التي تعتمد عليها الدول في بناء جنسيتها الأصلية يؤدي بشأنه إلى تعدد الجنسيات، فإن كان هذا الأخير معاصرا للميلاد، فإن سبب ذلك هو وجود أسباب قانونية لدى أكثر من دولة تبرر لها إضفاء جنسيتها عليه في وقت واحد هو وقت الميلاد[49].

فقانون الجنسية الجزائرية الحالي يمنح مثلا الجنسية الأصلية لكل مولود من أب جزائري أو من أم جزائرية (المادة 1/6)[50]، و قانون الجنسية الفرنسية يمنح الجنسية الفرنسية لكل مولود من أب فرنسي أو من أم فرنسية. فالولد المولود من أب جزائري وأم فرنسية يصبح من يوم مولده متمتعا بجنسيتين أصليتين، الجنسية الجزائرية و الجنسية الفرنسية[51].

---

[49]– عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2007، ص 100.

[50]– أمر رقم 70–86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر ج ج عدد 105، صادرة في 18 ديسمبر 1970.

[51]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية– المرجع السابق، ص 159.

أما التعدد اللاحق فإن أسبابه القانونية تتحقق بعد الميلاد، و كثيرا ما يقع ذلك على أثر تغيير الفرد لجنسيته دون أن تزول عنه جنسيته السابقة[52]. فمثلا قد يكتسب جزائري جنسية دولة أجنبية دون أن يصدر مرسوم يأذن له بالتخلي عن الجنسية الجزائرية (المادة 1/18 من ق ج ج)، فيكون له بذلك جنسيتان، جنسية أصلية هي الجنسية الجزائرية و جنسية مكتسبة هي جنسية الدولة الأجنبية[53].

و مما سبق يتوضح لنا أسباب تعدد الجنسيات الذي يمكن أن يكون معاصر لميلاد الشخص أو لاحق لميلاده، و أنه يمكن أن تكون كلتا الجنسيتين اللتين يتمتع بهما الشخص تمتعا قانونيا هما جنسيتين أصليتين.

بالتالي يترتب على ظاهرة ازدواج الجنسية أو تعددها عدة مشاكل قانونية سواء بالنسبة للشخص الذي يحمل وفقا لهذه الظاهرة جنسيتين أو أكثر، أو بالنسبة للدولة التي تعتبره في نظرها رعية من رعاياها، فيثير تعدد الجنسيات في الدول التي تخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية مشكلة تحديد من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص الجنسية التي يعتد بها لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه[54].

و نفس الشيء نجده أيضا في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي لما تكون محاكم الدولة مختصة بالنظر فقط في المنازعات التي يكون أحد أطرافها من وطنييها، مما يطرح مشكلة تحديد

---

[52]–عكاشة محمد عبد العالي، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات(دراسة تحليلية و تأصيلية في القانون المصري و القانون المقارن)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص 57.

[53]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية، المرجع السابق، ص 160.

[54]–عكاشة محمد عبد العالي، أحكام الجنسية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 112.

الجنسية التي يعتد بها من بين الجنسيات التي يحملها الشخص لعقد الاختصاص أو عدم عقده بها[55].

و في مجال مركز الأجانب يطرح تعدد الجنسيات مشكلة معاملة مزدوج الجنسية إذا كانت الجنسيتان اللتان يحملهما هما جنسيتا دولتين متحاربتين، فانضمامه إلى إحداها خيانة للأخرى.

إضافة إلى ذلك فإن هناك التزامات تفرضها كل دولة على مواطنيها، منها الالتزام بالخدمة العسكرية لصالح الدولة التي يتمتع بجنسيتها، ومن ثمة فإن الشخص الذي يحمل أكثر من جنسية واحدة يكون عاجزا عن القيام بالخدمة العسكرية للدولتين معا في آن واحد، و من المشاكل التي يرتبها ازدواج الجنسية أو تعددها بالنسبة إلى الشخص إلى جانب تأدية الخدمة العسكرية أيضا، التزامه بدفع الضرائب التي تقررها الدول التي يحمل جنسيتها جميعا، وهو الأمر الذي يثقل كاهله ويجعله مرهقا ، يصعب الوفاء به نحو جميع الدول التي تعتبره رعية من رعاياها لأنه يتمتع بجنسية كل واحدة منها بصفة قانونية، ولا يستطيع أن يدفع في مواجهتها بأنه غير معني بها[56].

من المعروف أن الحماية الدبلوماسية للدولة نحو رعية من رعاياها طبقا للقانون الدولي العام الذي يعطي لها هذا الحق يشترط فيها أن يكون الشخص يحمل جنسية واحدة، وبالتالي فإن ازدواج الجنسية أو تعددها يؤدي حتما وبالضرورة إلى التنازع بين الدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها لتحديد من ضمن تلك الدول الدولة التي لها حق الحماية الدبلوماسية، وقد يؤدي هذا النزاع في بعض الحالات إلى عدم حماية الشخص من طرف جميع الدول أو يؤدي أحيانا أخرى

---

[55]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية، المرجع السابق، ص 161.

[56]– عكاشة محمد عبد العال الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات(دراسة تحليلية و تأصيلية في القانون المصري و القانون المقارن)، المرجع السابق، ص 60.

إلى التباطؤ والتأخير في إجراءها، ولا يجوز لأية دولة من الدول المتنازعة القيام بالحماية فوق إقليم دولة أخرى يتمتع الشخص بجنسيتها ويقيم فيها[57].

الفرع الثالث

الحلول الوقائية لتفادي ظاهرة تعدد الجنسيات

يذهب بعض الفقه إلى أنه يمكن القضاء على ظاهرة تعدد الجنسيات إذا وحدت مختلف الدول قوانين جنسيتها. و إذا ما أخذنا بهذا الحل الذي نادى به فريق من الفقهاء فإن تفادي وقوع ظاهرة ازدواجية الجنسية أو تعددها يمكن تحقيقه إذا ما وحدت جميع الدول الأساس الذي تبنى عليه الجنسية الأصلية كأن يكون مثلا هو مبدأ حق الدم أو مبدأ حق الإقليم فقط وليس المبدأين معا، ومن ثمة لن يكون للشخص الواحد أكثر من جنسية واحدة وبالتالي نكون قد تفادينا تلك الظاهرة قبل وقوعها[58].

غير أن هذا الحل إذا كان من الناحية النظرية يمكن تصوره فإنه يصعب العمل به من الناحية العملية والواقعية خاصة مادامت الدول تتمتع بمبدأ الحرية في تنظيم جنستها، مما يجعل مصلحة الدول متباينة فيما بينها، حيث تأخذ بعضها في تأسيس الجنسية الأصلية بحق الدم ويأخذ بعضها الآخر بحق الإقليم في مجال الجنسية الأصلية، مما يجعل توحيد أساس الجنسية من الناحية الواقعية على الأقل في الوقت الراهن على وجه الخصوص ضرب من الخيال. وهو ما جعل فريق آخر من الفقه يلجأ إلى حل آخر فقال أنه إذا لم يكن بالمقدور تلاشي ظاهرة تعدد الجنسيات فإنه على الأقل بالإمكان علاجها بمنح حق الاختيار لمتعدد الجنسية، فيختار الجنسية التي يريدها

---

[57]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية– المرجع السابق، ص 161.

[58]– عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأصلية في القانون المصري والقانون المقارن)، المرجع السابق، ص64.

ويتخلى عن الأخرى، وهذه الوسيلة قد نصت عليها اتفاقية لاهاي لسنة 1930 و نصت عليها أيضا اتفاقية المجلس الأوروبي ل6 مارس 1963.

ويقر جانب من الفقه بأنه بالإمكان تفادي على الأقل تعدد الجنسية اللاحق على الميلاد و ذلك إذا نصت كل دولة في تشريعها بأن من اكتسب من وطنييها جنسية دولة أجنبية يفقد جنسيتها. و من التشريعات التي أخذت بهذا الرأي نجد قانون الجنسية الياباني، و قانون الجنسية الهولندي[59].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع الجنسيات

إن طريقة تعيين قانون الجنسية الواجب التطبيق في حالة تنازع الجنسيات تتبلور في اتجاهين اتجاه قديم و شائع، و اتجاه حديث و نادر الانتشار، الاتجاه الأول يفرق بين الحالة التي تكون فيها جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، والاتجاه الثاني يضع حلا موحدا لجميع حالات التنازع، دون التفرقة ما إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين هذه الجنسيات أو لا، لكن محل دراستنا ينحصر فقط في دراسة الحالة التي تكون فيها جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة. والاعتبارات القائمة على فكرة السيادة و تطبيق القانون الإقليمي للقاضي هي التي جعلت الفقه يواجه مشكلة التنازع التي تكون فيها دولة القاضي إحدى الجنسيات المتنازعة، بطريقة تختلف عن حل مشكلة التنازع التي ليس من ضمنها هذه الجنسية[60].

---

[59]–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي(الجنسية)، المرجع السابق، ص163.

[60]–موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص 93.

الفرع الأول

جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة

الرأي الغالب في الفقه والقانون الدولي الخاص بصفة عامة ذهب إلى الأخذ عندما تكون جنسية الشخص مزدوجة أو متعددة، وتكون جنسية القاضي المعروض عليه النزاع من ضمن تلك الجنسيات المتنازعة إلى الأخذ بجنسية القاضي وصرف النظر عن بقية الجنسيات وذلك على أساس أن الجنسية الوطنية تفضل على غيرها، حيث يتعين على كل سلطات الدولة سواء كانت قضائية أو تنفيذية أن تنظر إلى هذا الشخص باعتباره وطنيا ينتمي إلى دولة القاضي، مهما كان محل إقامته أو موطنه ومهما كانت الطريقة التي بواسطتها تحصل على الجنسية الوطنية، بعبارة أخرى سواء كانت الجنسية التي يتمتع بها الشخص أصلية أو مكتسبة، فالأمر واضح بالنسبة للقاضي الذي تكون جنسية دولته من الجنسيات المتنازع في شأنها[61].

و ذهب البعض الآخر إلى أن هذا الحل يجد أساسه القانوني في المبدأ الذي تقره كل المواثيق الدولية، وهو أن كل دولة من دول المجموعة الدولية تضطلع بوضع القواعد الخاصة بتنظيم جنسيتها وفقا لظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية ومصالحها التي تهدف إلى تحقيقها من وراء قواعد الجنسية، لأن هذه الأخيرة هي أداة لتحديد الدول لعنصر سكانها، وبالتالي على سلطات الدولة المختصة سواء كانت إدارية أو قضائية، أن تنصاع إلى الأوامر التي يأمرها مشرعها الوطني، وعلى تلك السلطات الطاعة وإلا اعتبرت قد خرجت عن حدود وظيفتها[62].

---

[61]– هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين– الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2007، ص249.

[62]– غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص: الجنسية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2011، ص 279.

وانطلاقا من مفهوم هذا الحل قضى المشرع الجزائري في قانون الجنسية الجزائري باعتبار شخصا معينا جزائريا فليس للسلطة القضائية أو التنفيذية أن ترفض أو تعترض بما أمر به المشرع الجزائري.

ويترتب على هذا الحل التقليدي تجاهل الجنسيات الأخرى وتفضيل جنسية القاضي عن الجنسيات الأخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى إسناد الاختصاص القضائي والتشريعي إلى قانون الدولة المعروض عليها النزاع.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص الجزائري

يعتبر التشريع الجزائري من التشريعات التي أيدت الفقه في الأخذ بجنسية دولة القاضي في حالة تنازع الجنسيات، وتكون جنسية القاضي من الجنسيات المتنازعة وفي هذا المجال تنص المادة22 / ف 2 من ق م ج، "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول "، مما يدل على أن المشرع الجزائري مازال يأخذ بجنسية قانون القاضي.

وبالتالي فإن هذا الحل التشريعي الوارد من المادة المذكورة أعلاه هو حل ملزم للقاضي المعروض عليه النزاع تحت سلطان الدولة الجزائرية، ولا يجوز مخالفته مادامت الجنسية الجزائرية هي إحدى الجنسيات المتنازعة.

وعليه نقول أن المشرع الجزائري في ما يخص تعدد الجنسيات و وجود الجنسية الجزائرية ضمن هذه الجنسيات المتنازعة وضع قاعدة إسناد تخلو من خاصيتي الازدواجية و الأحادية و هذا يعني انحياز المشرع إلى تطبيق القانون الجزائري و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي[63].

---

[63]–محجوب أحمد ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، بهاء الدين للنشر و التوزيع، الجزائر،2004، ص 131.

وفي الأخير يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري تعمد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي مباشرة عند تطبيق قواعد الإسناد، و ذلك عندما أخضع التكييف لقانون القاضي بموجب نص المادة09 من القانون المدني الجزائري، و كذلك تكريسه للإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية في نص المادة 23 مكرر1، إضافة إلى ترجيح الجنسية الجزائرية إذا كانت ضمن الجنسيات المتنازعة في حالة تنازع الجنسيات كما هو منصوص في المادة 2/22 من ق م ج .

الفصل الثانـي

مظاهر الانحياز عند تطبيق القانون الواجب التطبيق

خول المشرع الجزائري حسب ما قررته قواعد الإسناد في المواد من 09 إلى 24 من ق م ج معدل ومتمم[64]، وما ورد في قانون الإجراءات المدنية للقضاء الجزائري المختص أن يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي، وهذا بتطبيق القانون الوطني الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي على تلك النزاعات، فالأمر هنا يتوقف على حسب ما تشير إليه قواعد الإسناد الواردة في نصوص القانون المدني المشار إليها أعلاه. إلا أنه في النزاعات المتعلقة بمسائل الزواج و كون أحد طرفي عقد الزواج جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي سيطبق.

كما تعد مشكلة إثبات مضمون القانون الأجنبي والتعرف عليه من أبرز المشاكل في القانون الدولي الخاص التي تطرق إليها المشرع الجزائري، فالقاضي الجزائري الذي يتعين عليه تطبيق القانون الأجنبي و لكن يتعذر عليه إثبات محتواه عليه أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب تعذر إثباته.

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

ومن هذا المنطلق اتضح لدينا جليا بأن هناك عدة مظاهر أين ينحاز المشرع الجزائري إلى تطبيق قانون القاضي عند تطبيق القانون الواجب التطبيق، و سنتطرق إليها بالتفصيل من خلال هذا الفصل، فسنطرق إلى دراسة الانحياز لتطبيق القانون الجزائري للصفة الوطنية لأحد الزوجين(المبحث الأول)، ثم ندرس الانحياز إلى تطبيق القانون الجزائري عند تعذر إثبات القانون

[64]– المواد من 9 إلى 24 من أمر رقم 05– 10، يتضمن تعديل قانون مدني، المرجع السابق.

الأجنبي الواجب التطبيق(المبحث الثاني)، ونختتم فصلنا بدراسة الانحياز إلى تطبيق قانون الجزائري واستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر(المبحث الثالث).

المبحث الأول

الانحياز لتطبيق القانون الجزائري في مسائل الزواج للصفة الوطنية لأحد الزوجين

الزواج هو أكثر مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير النزاع والخلاف بين الدول نظرا لاختلافه من بلد لآخر، واختلاف شروط وشكل انعقاده وآثاره وكيفية انقضاءه. فقد يكيف قانون دولة معينة العلاقة التي تكون بين رجل وامرأة على أنها علاقة زواج في حين يراها قانون دولة أخرى علاقة غير مشروعة، وهناك من الدول التي تعتبر الزواج رابطة أبدية غير قابلة للانفصال[65].

و المشرع الجزائري عالج مسألة تنازع القوانين في مسائل الزواج من خلال المواد 11-12-13 من القانون المدني الجزائري. ولمعرفة نطاق اختصاص القانون الجزائري في حل مشكلة تنازع القوانين في مسائل الزواج، نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نظرا لوجود ثلاث حالات أين يكون فيها القانون الجزائري هو المختص، لذا ندرس اختصاص قانون القاضي بحكم الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج (المطلب الأول)، اختصاص قانون القاضي على حكم أثار عقد الزواج (المطلب الثاني)، ثم اختصاص قانون القاضي على حكم انحلال الرابطة الزوجية (المطلب الثالث).

[65]-براهمي فضيلة، تنازع القوانين في مسائل الزواج و انحلاله، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص21.

المطلب الأول

تطبيق قانون القاضي على الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج

يعتبر عقد الزواج من أعظم العقود وأخطرها، ولهذا السبب جعل له الإسلام مقدمات تكشف عن رغبة كل من المتعاقدين في إبرام هذا العقد الذي يستمر مدى الحياة، وهذه المقدمات هي ما يعرف عند فقهاء الشرع بالخطبة، وقد تباينت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة[66]، فاختلف تكييفها من قانون لآخر وهو ما يؤثر على قواعد الإسناد التي تحكمها.

تناول قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا، دون أن يميز ما يعتبر منها من الشروط الموضوعية وما يعتبر منها من الشروط الشكلية. غير أنه على صعيد القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بين شكل الزواج وموضوعه، فيترتب على ذلك إخضاع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي تخضع له الشروط الشكلية[67].

لكن في هذا المجال فإن الشروط الشكلية لا تدخل ضمن موضوع دراستنا كون أن ما يتعلق بالشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج لا يوجد فيه انحياز لتطبيق قانون القاضي لكن سنشير إليها إشارة فقط لنبين ذلك، فقد ساير المشرع الجزائري القاعدة العالمية التي تخضع الشروط الشكلية للزواج لمكان إبرامه واعتبرت هذه القاعدة العالمية إلزامية، فلم يخص الشروط الشكلية بمادة مثل الشروط الموضوعية إلا أنه أخضعها للقواعد العامة الخاصة بالشكل[68]، وذلك حسب المادة 19من ق م ج التي تنص على: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت

---

[66]–مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج و الطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقاسم تلمسان، 2012/2011، ص21.

[67]–بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج(دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة)، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، و العلوم السياسية، جامعة عبد الحمان ميرة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص93.

[68]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 72.

فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

ونستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل هذه القاعدة ملزمة إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتَركة فيبرم زواجهم وفق قانون جنسيتهم المشتَركة[69].

أما بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج فهي محور دراستنا أين نجد المشرع و بصفة صريحة ينحاز إلى تطبيق قانون القاضي، لكن قبل أن نبين ذلك يجب الإشارة إلى المقصود بهذه الشروط وبيانها، لتحديد القانون الذي يسري عليها.

و تعرف الشروط الموضوعية على أّنها تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة البطلان. ويقصد بها أيضا تلك الشروط ّالتي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها. ومن بين هذه الشروط ما نصت عليه المواد 9 و9 مكرر، وكذا المواد 25-26 -27 من قانون الأسرة الجزائري[70]، وهي:

أهلية الزواج والصداق والولي وشاهدان بالإضافة إلى انعدام الموانع الشرعية للزواج .

أما فيما يتعّلق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فهناك اتجاهات فقهية تحدد ذلك سنبينها ثم نرى موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط.

---

[69]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 242.

[70]- قانون رقم84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24، صادرة في 12 يونيو 1984.

الفرع الأول

موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

لقد تباينت الآراء الفقهية في تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج فأول اتجاه ذهب إلى إخضاع هذه الشروط لقانون موطن كِلا الزوجين مِثل القانون الإنجليزي وبعض الدول الإسكندنافية و الاتجاه الثاني يخضعها لقانون محل إبرام الزواج[71]. دون التفرقة بين الشكل والموضوع وهذا ما أخذ بهِ القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية. أما عن الاتجاه الثالث فقد أخذت به القوانين العربية والقانون الفرنسي[72].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

حسم المشرع الجزائري مسألة الزواج عندما نص عليها في المادة 11 من القانون المدني الجزائري: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين "، ومن هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أخضع هذه الشروط لقانون جنسية الزوجين فإذا كان الزوجين من جنسية واحدة فإن القانون الواجب التطبيق على زواجهما هو قانون جنسيتهما الوطني لكن عندما يتعلق الأمر بزوجين من جنسية مختلفة فهنا يثار إشكال في تطبيق قانون الجنسية؟ فهل تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل منهما معاً أم تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل طرف على حدى[73] ؟

---

[71] -Daniel Gutmann, droit international privé, 2 édition, éditions Dalloz, paris, 2000, p 121.

[72]– رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر،2011، ص11–12.

[73]– براهمي فضيلة، المرجع السابق، ص 24.

ولتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، ظهر اتجاهان لدى الفقه : اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، والاتجاه الآخر ينادي بتطبيقها تطبيقا موزعا.

-التطبيق الجامع:

ينادي أصحاب هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، ومعنى ذلك أن الزواج لايعد صحيحا من الناحية الموضوعية، إلاّ إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.

غير أن هذا الرأي أنتقد لأّنه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين[74].

-التطبيق الموزع:

حسب التطبيق الموزع كل زوج يجب أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط، فإذا أريد إبرام عقد زواج بين مصري وتونسي فأخذا بالتطبيق الموزع، يستوفي الزوج المصري الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون المصري، ويستوفي الزوج التونسي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون التونسي. وحجة الآخذين بالتطبيق الموزع أن قانون كل دولة موضوع لحماية وطنييها فلا مجال لتطبيقه على غيره[75].

و بخصوص المشرع الجزائري فقد أخذ بالتطبيق الموزع وهو ما نستنتجه في نص المادة 11 من ق م ج معدل ومتمم، وأكد على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية بقوله أّنه يشترط ألا يخالف الطرف الجزائري شروط الأساس ألّتي يتطلبها القانون الجزائري لإبرام عقد

---

[74]– دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة"، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2011، ص 240.

[75]– رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 14،15.

الزواج. غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع لمخالفتها لفكرة النظام العام فيطبق في ذلك نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري[76].

فإذا ثبت للقاضي وجود مانع للزواج طبقا للقانون الجزائري علما أنه يعتبر فعلا مباحا وجائزا طبقا للقانون الأجنبي، فما عليه إلا استبعاد ذلك القانون الأجنبي بسبب مخالفته لفكرة النظام العام الجزائري وتطبيق القانون الجزائري محله[77].

ولكن هناك استثناء هام خروجا عن القاعدة السابقة أقره المشرع الجزائري في المادة 13 من القانون مدني، حيث أعطى الاختصاص بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج للقانون الجزائري وحده شريطة أن يكون أحد طرفي العلاقة الزوجية جزائريا وقت إبرام الزواج[78].

و قد تقرر إعمال هذا الاستثناء المقرر لصالح قانون القاضي لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا للقانون الجزائري و باطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس يكون باطلا طبقا للقانون الجزائري وصحيحا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج مسلمة بغير مسلم. ومن ثم أنه من الأنسب أن يستفيد الزوج الجزائري من الحماية التي يقررها الاستثناء الوارد في المادة 13 و تحقيق مصلحة للدولة على استقرار نظامها الاجتماعي.

لكن المشرع الجزائري يبقى معرضا للنقد حول المادة 13 من القانون المدني، لكونه قد خرج عن أبرز خصائص قواعد الإسناد المتمثلة في خاصية الازدواجية، فهذه المادة جاءت بصيغة إنفرادية وموحدة ما دام أنها تمنح الاختصاص منذ الوهلة الأولى للقانون الجزائري و هو ما يعد انحياز لتطبيق القانون الجزائري، الشيء الذي يؤدي إلى المساس بمبدأ آخر وهو مبدأ حياد قاعدة الإسناد، كما أن هذه المادة تثير إشكالا آخر يتمثل في مدى ملاءمة تطبيق القانون الجزائري على الطرف

---

[76]– دربة أمين، المرجع السابق، ص 240.

[77]–بومراو سفيان، المرجع السابق، ص100.

[78]– دربة أمين، المرجع السابق، ص 240.

الأجنبي، وهو الأمر الذي لا يؤدي إلى تحقيق الغرض من وجود قواعد الإسناد، الذي يتمثل في البحث عن القانون الملائم لحكم النزاع[79].

المطلب الثاني

تطبيق قانون القاضي على أثار عقد الزواج

يترتب عن عقد الزواج عند استيفائه لكامل أركانه وشروط انعقاده أثارا تتمثل في أثار شخصية يعبر عنها بحقوق وواجبات الزوجين، وأثار مالية تخص تنظيم أموالها وتسمى في التشريعات الغربية بالنظم المالية للزوجين[80]. ويقصد بآثار عقد الزواج النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، والأصل في هذه الآثار أنها تكون بحكم الشريعة أو بما رتبه القانون، وتكون ملزمة لطرفي عقد الزواج[81]. ونجد أن الشريعة الإسلامية لا تعرف سوى الآثار الشخصية للزواج بخلاف التشريعات الغربية التي تدخل ضمن الآثار المالية للزواج[82].

هذه الالتزامات المالية والشخصية لا بد من قانون يحكمها ويسري عليها وقد يظهر تنازع بين قوانين عديدة في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية، فما هو القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الأحوال[83]؟

و قبل الإجابة عن هذه الإشكالية يجب التعرف أولا على مقصود الآثار الشخصية و الآثار المالية.

---

[79]– بومراو سفيان، المرجع السابق، ص99.

[80]– رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 35.

[81]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 157.

[82]– مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 123.

[83]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 111.

ويقصد بالآثار الشخصية للزواج في نظر القانون الجزائري مختلف الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين مثل: النفقة وإقامة الزوجة في بيت زوجها، وواجب التعاون والإخلاص بين الزوجين[84].

بالرجوع إلى الآراء الفقهية المتعلقة بالآثار الشخصية الناتجة عن عقد الزواج، نجد انه تم ذكر العديد من الحقوق والواجبات التي تقع على كلا الزوجين على حدى كالتزام الزوج بالنفقة ورعاية الأولاد، ومنها ما يقع على الزوجة كواجب الطاعة والتعاون على مصلحة الأسرة، ومنها ما يقع على الزوجين في أن واحد كالصهر على حسن تربية الأولاد والمعاشرة الحسنة فيم بينهما[85].

و أما الآثار المالية لقد ذكرنا من قبل أن الشريعة الإسلامية لا ترتب أي اثر مالي على ما يملك الزوجان من أموال لكن يوجد عدة تشريعات غربية أدرجت في قوانينها نظم اتفاقية متعددة يختارها الزوجان حسب النظام الذي يناسبه[86].

توجد بعض الأنظمة القانونية تفصل بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج وتخضع كلا منهما لقانون مختلف، ويرجع هذا إلى القانون الواجب التطبيق وهذه المسالة مختلف فيها فقها وقضاء، لأنها تتوقف على مسالة تكييف النظام نفسه[87].

فبالنسبة للآثار المالية لعقد الزواج، فعلى عكس المبدأ الذي تبنته الجزائر باستقلالية الذمة المالية للزوجين كأصل، إذ تنص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري على: "**لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها**"[88]، فإن مختلف التشريعات المقارنة خاصة الغربية منها

---

[84]– مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 124.

[85]– عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ملتقي وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص 172.

[86]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 252.

[87]- دربة أمين، مرجع سابق، ص 242.

[88]- قانون رقم84–11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

كالمشرع الفرنسي، قد اعترفت بوجود أنظمة مالية أخرى كنظام اتحاد الذمة وفقا لما نص عليه القانون، كما يمكن للزوجين عند إبرام عقد الزواج الاتفاق على ما يخالف النصوص القانونية فيم يتعلق بنظام وحدة الذمة المالية، كما يمكن للزوجين الاتفاق على الاعتماد على نظام استقلالية الذمة المالية لكل واحد منها.

و لقد نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم أثار الزواج في المادة 1/12 من ق م ج التي تنص على: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، ويظهر لنا من هذه المادة أن أثار الزواج إن كانت مالية أو شخصية تخضع كلها لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، أي قانون جنسية الزوج[89]. فقد أخضعت هذه المادة جميع أثار الزواج شخصية كانت أو مالية لقاعدة إسناد واحدة هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، ويرجع اختيار المشرع الجزائري لهذه القاعدة إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة فهو رئيسها أي رب الأسرة.

والمشرع الجزائري حدد الوقت الذي يعتد به بجنسية الزوج وهو وقت إبرام عقد الزواج، وذلك يعني أن أثار هذا العقد تظل خاضعة لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حتى ولو غير جنسيته بعد قيام الرابطة الزوجية.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن هذا الضابط لا يحقق المساواة بين طرفي الزواج بل يجب إخضاع هذه الآثار إلى ضابط إسناد محايد كالموطن المشترك للزوجين[90].

فالأصل أن الآثار المالية والشخصية يحكمها قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، غير أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فاستثناءا من الأصل تخضع كل أثار الزواج للقانون الجزائري وحده، ومعنى ذلك أن تخضع كل أثار الزواج للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية

[89]- بـراهمي فضيلة، المرجع السابق، ص 32.

[90]- شريقي نسرين ، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 61-62.

وقت إبرام الزواج وكان زوجها أجنبيا، أما إذا كان الزوج وحده جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يسري طبقا للأصل وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني[91].

و يمكن نقد هذا الاستثناء على أساس أن ضابط الإسناد المستعمل في المادة 13 من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ضابط غير موضوعي ذلك أنه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إذا كان جزائريا بغض النظر عن جنسية الطرف الأخر، و تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ذلك هو الأصل إذ أن الاستثناء الوارد هنا أيضا يقصد فقط الحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية، لأنه في حالة كون الزوج هو الجزائري فإن القانون الجزائري هو الذي سيطبق بموجب نص المادة 11و12 [92].

من الاستثناء بالنسبة لهذه الحالة. و كما قلنا سابقا في الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج أن المشرع قد خرج عن أبرز خصائص قواعد الإسناد المتمثلة في خاصية الازدواجية، فهذه المادة جاءت بصيغة انفرادية وموحدة ما دام أنها تمنح الاختصاص منذ الوهلة الأولى للقانون الجزائري وهو ما يعد انحياز لتطبيق القانون الجزائري، وهذا يؤدي إلى المساس بمبدأ آخر وهو مبدأ حياد قاعدة الإسناد، كما أن هذه المادة تثير إشكالا آخر يتمثل في عدم إيلاء أي اهتمام للبحث حول ما إذا كان القانون الجزائري هو أكثر ملائمة لحكم النزاع أمام القضاء.

المطلب الثالث

تطبيق قانون القاضي على انحلال الرابطة الزوجية

يقصد بانحلال الزواج فك الرابطة الزوجية بين الزوجين سواء برضا الطرفين، أو بإرادة أحدهما دون الطرف الأخر، فبانحلال الرابطة الزوجية تتوقف أثار عقد الزواج، ويعتبر القانون الواجب

---

[91]– رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 44.

[92]- عسالي عبد الكريم، جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، ملتقي وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص 358.

التطبيق على فك الرابطة الزوجية من المواضيع الشائكة في القانون الدولي الخاص لما في ذلك من أثار على الزوجين[93].

فالزواج تصرف قانوني ينقضي وفقا طرق معينة، فتعدد حالاته وتختلف من تشريع لأخر، فلإنحلال الرابطة الزوجية حالات عديدة تختلف من دولة إلى أخرى و هي الطلاق، التطليق، الانفصال الجسماني[94]. ولقد تباينت القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالات، فمنها من أسندتها لقانون الموطن كالقوانين الأنجلوسكسونية، منها من أسندتها لمسائل التشريعات الأخرى التي تستند مسائل الأحوال الشخصية لقانون جنسية الأشخاص.

بينما القانون الجزائري قد أسند مسألة إنحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والانفصال الجسماني[95].

ولقد نص القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 12 على أنه(**ويسري على إنحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى).** ونلاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري أسند مسألة انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وذلك دون التمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني وقد ساير المشرع أغلبية الدول العربية بإخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج وذلك يعود إلى ما يتمتع به الزوج في المجتمع من سلطات واسعة داخل الأسرة[96].

إن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها الأخذ به وقت انعقاد الزوج ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركز المرأة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها، فكان من

---

[93]– عثماني بلال، المرجع السابق، ص ص 173-178.

[94]– براهمي فضيلة، المرجع السابق، ص 34.

[95]– دربة أمين، السابق، ص 244.

[96]–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 256.

الأجدر على المشرع إخضاع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج باعتباره القانون الذي يكون معلوما ومتوقعا للأطراف وقت إنشاء علاقة الزواج[97].

غير أنه يجب التذكير دائما بأن القانون الجزائري يسري وحده على انحلال الزواج في حالة ما إذا كان أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري. باستثناء شرط الأهلية الذي يظل خاضعا للقانون الوطني للشخص حسب المادة 10 من القانون المدني الجزائري[98].

و هذا الاستثناء كما قلنا سابقا يعد انتقاص من الخصائص المميزة لقواعد الإسناد المتمثلة في خاصية الازدواجية و خاصية الأحادية، و هو أيضا انحياز إلى تطبيق القانون الوطني و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

[97]–دربة أمين، المرجع السابق، ص 245

[98]- أمر رقم 05– 10، يتضمن قانون مدني، المرجع السابق.

المبحث الثاني

الانحياز إلى تطبيق القانون الجزائري عند تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق

قد يستحيل إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق بسبب الصعوبات التي تحول دون ذلك، أي استحالة مادية وهي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعذر الكشف عن مضمونه الذي يأتي بفعل عامل واقعي، وهذا عكس الاستحالة القانونية التي تمنع تطبيق القانون الأجنبي باسم فكرة النظام العام بعد استنفاذ كل الوسائل. وهنا تثار مسألة القانون البديل الذي يسد هذا الفراغ، فأولدت هذه الاستحالة عدة أراء فقهية محاولين إيجاد حل للنزاع المطروح و هذا ما سنتناوله (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من مسألة تعذر إثبات القانون الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحلول المتبعة عند استحالة إثبات القانون الأجنبي

اختلف الفقه بين عدة حلول نستطيع أن نجملها في أراء ثلاثة، الرأي الأول يقول بأن على القاضي أن يرفض الدعوى(الفرع الأول)، والثاني يرى بتطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون المختص(الفرع الثاني)، أما الاتجاه الثالث فيرى بوجوب تطبيق قانون القاضي(الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاتجاه القائل برفض الدعوى

مؤدى هذا الرأي أن وظيفة القاضي هي الفصل في النزاعات التي تعرض عليه والتي تتعلق بالحقوق أو بالمراكز القانونية، إذ تستدعي أن يطبق عليها القواعد القانونية الملائمة، والمفترض في هذه الحالة هو وجود هذه القواعد القانونية، فإذا ما انعدمت من الناحية الواقعية بخلو القانون

الواجب التطبيق منها أو انعدمت من الناحية الحكمية بتعذر الكشف عن مضمونها فاستحال إعمالها مع وجودها فلا مفر من رفض الدعوى[99].

وقد أخذت بهذا الرأي بعض المحاكم الأمريكية كما هو الحال في قضية "Walton" التي تتعلق بحادث مرور وقعت لأمريكي في المملكة العربية السعودية، ولما رفع دعوى تعويض عن الأضرار أمام القضاء الأمريكي أثار القاضي تطبيق قانون المملكة العربية السعودية بوصفه مكان وقوع الحادث وطلب من المدعي أن يثبت مضمونه، لكن هذا الأخير تقاعس عن ذلك، فرفضت المحكمة دعواه وأيد هذا الحكم في الاستئناف.

لكن هذا الحكم تعرض لنقد شديد من الفقه الأمريكي في كونه ينطوي على إنكار للعدالة، فهو قد أهدر حق المضرور في التعويض المستحق من شركة مقتدرة على الدفع لا لشيء إلا أنه لم يوفق في إثبات قانون أجنبي.

وهذا ما حمل المشرع في ولاية كاليفورنيا بأمريكا في عام 1957 على تعديل قانون المرافعات بما يضمن إعطاء الحق للمحكمة الأمريكية في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص، في أن تطبق قانونها الوطني أو أن تمتنع عن النظر في الدعوى[100].

ولقد انتقد هذا الرأي لعدة أسباب أهمها: أن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق القواعد القانونية الموجودة، وبانعدامها تنعدم مهمته بل تتعدى ذلك فهي منح الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية محل النزاع وفي سبيل ذلك يجب على القاضي البحث في مصادر أخرى عن حل يحقق الحماية المطلوبة، وهذا ما تقضي به المادة الأولى من القانون المدني.

---

[99]– عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا و تفسيرا، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع: عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009، ص 45.

[100]–قتال حمزة، امرجع السابق، ص205.

كما أن رفض الدعوى يحمل في طياته أن القانون الأجنبي ليس إلا واقعة من الوقائع التي يقع عبء إثباتها على الخصوم، بحيث أن إخفاقهم في ذلك يستتبع رفض الدعوى وهذا الرأي مرفوض فقها وقضاء[101].

الفرع الثاني

الإتجاه القائل بتطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون الذي تعذر إثباته

يتعين على قاضي الموضوع أن يعمل القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المختص أصلا بحكم العلاقة التي يتعذر إثباته، و يتحدد هذا القانون الأقرب بطريقتين:

- إما أن يؤخذ بالقانون الأكثر اتصالا بالعلاقة محل النزاع و وفقا لهذا الرأي يتعين على القاضي أن يطبق القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع، إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي تحقيقا لحكمة المشرع وتحقيق غاية قواعد الإسناد وهي تطبيق أكثر القوانين صلة بالنزاع، لأن هذا القانون يعد الحل البديل الذي يوصلنا لنفس الهدف في هذه الحالة.

كما يستند هذا الرأي بالقاعدة التي تقضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في حالة عدم وجود نص في قواعد الإسناد[102].

وينوه أنصار هذا الرأي بأن هذا الحل محصور في الفروض الاستثنائية التي يستحيل فيه 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، ومثال الأخذ بهذا الرأي أنه إذا كان القاضي بصدد علاقة تعاقدية أجنبية في جميع عناصرها وتعذر عليه إثبات مضمون القانون الذي اختارته إرادة

---

[101]–عكوش سهام، المرجع السابق، ص 47.

[102]– فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 95.

الأطراف ويكون نفسه قانون محل إبرام العقد ولم يستطع تطبيق القوانين التي أشارت إليها قاعدة الإسناد في المادة18من القانون المدني، بواسطة الضوابط الاحتياطية كأن لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك أو جنسية مشتركة، فإن القاضي يلجأ إلى تطبيق مكان تنفيذ العقد وذلك أقرب لحكمة التشريع[103].

وقد تعرض هذا الرأي إلى عدة انتقادات من بينها أن المشرع هو الذي يبحث عن الحكمة التشريعية وليس القاضي، ولا شك أن اختيار القانون الواجب التطبيق هو من عمل المشرع وليس من عمل القاضي، وأن الأخذ بهذا الرأي يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة يخشى معها جنوحه إلى التحكم، بل أن القانون الأقرب في أحكامه للقانون الأجنبي الذي تعذر إثباته يعد أكثر قبول من الأخذ بهذا الرأي[104].

– وإما تطبيق القانون الذي يفترض فيه أنه قريب في أحكامه من القانون الذي تعذر إثبات مضمونه

وفقا لهذا الرأي فإنه يتعين على القاضي أن يطبق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي المختص الذي تعذر إثبات مضمونه، و يستند في ذلك إلى أن تطبيق هذا القانون فيه انسجام مع قاعدة الإسناد و حكمة التشريع، أي القانون الذي يؤدي إلى الفصل في النزاع بحل مماثل أو قريب من ذلك الذي كان يمكن أن يقدمه القانون الأجنبي المختص أصلا لو تم الكشف عن مضمونه، ويستطيع القاضي التعرف على أقرب القوانين عن طريق تتبع المصدر المشترك، أو الأصل التاريخي أو العائلة القانونية[105]. فإذا ما أشارت مثلا قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأمريكي و تعذر على القاضي الكشف عن مضمونه فإنه من الأجدر في هذه الحال تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره من نفس العائلة القانونية.

---

[103]–عكوش سهام، المرجع السابق، ص48.

[104]–قتال حمزة ،المرجع السابق، ص 210.

[105]– سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 219.

وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الألماني، فالقاضي إذا لم يقم الدليل على مضمون القانون الأجنبي ويستحيل عليه تطبيقه فإنه مع ذلك لا يطبق القانون الألماني بصفة آلية، إنما يطبق النظام القانوني الأقرب للقانون الأجنبي، وهذا ما قامت به المحكمة الفيدرالية بمناسبة تفسير القانون التركي الواجب التطبيق، إذ استعانت بالقانون السويسري، وبالاستعانة ببعض الوثائق والنصوص الخاصة بالقانون الفرنسي والمصري للتوصل لمضمون القانون السوري[106].

ولقد تعرض القول بتطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي المختص عند استحالة تطبيق هذا القانون للنقد لعدة أسباب أهمها أن وحدة المصدر أو الأصل التاريخي لقانون دولتين أو أكثر لا تعني ذلك وحدة أو تماثل قواعدها، فالثابت أن القانون ظاهرة اجتماعية يتطور مع المجتمع وظروفه، فحتى إذا تماثلت أو تقاربت عند وضعها، فإن تطور المجتمع كفيل بتغييرها بشكل يصعب معه وجود نقاط مشتركة[107]، كما أنه من الناحية العملية ليس بالأمر السهل إذ لا يوجد معيار محدد يساعد القاضي على تحديد مدى القرابة والتشابه بين القوانين، ويصعب الاختيار لما تتعدد القوانين المتشابهة مع القانون الأجنبي المختص.

كما أن تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي، يعني تطبيق قانون غريب لم تشر إليه قاعدة الإسناد، أي لا تكون له أية صلة بالنزاع، وهذا ما يشكل مفاجأة للأطراف ويقود إلى إهدار توقعات الأفراد وفقدان الأمان القانوني لمعاملات الأفراد عبر الحدود وهو مطلب مهم في حل تنازع القوانين[108].

---

[106]– قتال حمزة ، المرجع السابق، ص 208.

[107]– عكوش سهام، المرجع السابق، ص 48.

[108]– – قتال حمزة ، المرجع السابق، ص209.

الفرع الثالث

الإتجاه القائل بتطبيق قانون القاضي

يرى الاتجاه الغالب في الفقه أنه في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، و تعذر عليه إعمال القوانين الأخرى المختصة طبقا لضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد، يتعين عليه في هذه الحالة تطبيق قانونه الوطني[109].

رغم أن أنصار هذا الرأي اجتمعوا على تطبيق قانون القاضي إلا أنهم اختلفوا في تبريره، فهناك من برر تطبيق قانون القاضي بأن أحكامه تماثل أحكام القانون الأجنبي المختص، كما هو الحال في القضاء الانجليزي الذي يفترض تماثل أحكام كل من القانونين الوطني والأجنبي وعدّ ذلك قرينة قانونية، وعلى من يدعى خلافها أن يثبت الاختلاف بين القانونين، و هذه القرينة مبنية على الوهم والمجاز لذا فهو أساس منتقد[110].

وهناك من برر ذلك بأن قانون القاضي له اختصاص عام على جميع علاقات القانون الخاص. فإذا تعذر تطبيق القانون الأجنبي تعين على القاضي تطبيق قانونه بوصفه صاحب الاختصاص العام، والذي انتقد على أنه يقوم على أساس خاطئ، فقانون القاضي ليس له الولاية على كل العلاقات الخاصة بما فيها المتضمنة لعنصر أجنبي، ذلك أن طبيعة العلاقات الدولية الخاصة تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني، فهذه العلاقات يختص بها القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد سواء كان وطنيا أم أجنبيا[111].

---

[109]––فضيل نادية ، المرجع السابق، ص91.

[110]– عكوش سهام، المرجع السابق، ص49.

[111]– قتال حمزة ، المرجع السابق، ص 211.

وهناك من برر تطبيق قانون القاضي في حالة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، بأن له اختصاص احتياطي عام لاستحالة تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، ويعد هذا التبرير هو الصحيح والراجح فيها[112].

استند هذا الاتجاه على عدة حجج في تبرير ما ذهب إليه، وهي كما يلي:

- أن لقانون القاضي في مسائل تنازع القوانين اختصاص احتياطي عام، إذ يطبق على جميع المسائل حتى ما كان منها ذا طابع دولي.
- أن النظم القانونية عموما قد اتجهت مؤخرا إلى توسيع دائرة اختصاص القانون الوطني، فهناك قوانين التوجيه الاقتصادي والحماية الاجتماعية، التي تزايد عددها بتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات فهي من قوانين التطبيق الضروري، ولذلك لا يبدو غريبا أن يطبق القاضي قانونه عند استحالة تطبيق القانون الأجنبي.
- أن تطبيق القاضي لقانونه الوطني يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، كما أنه أعلم بأحكامه وأسهل تطبيقا من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلا[113].

رغم الانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي يبقى القول بتطبيق قانون القاضي عند تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص حلا مبررا، ذلك أن قانون القاضي ليس غريبا عن المنازعة المطروحة، إذ يتصل بها على الأقل من ناحية أنه قانون المحكمة المعروض أمامها، كما أن تطبيق قانون القاضي يعتبر حلا عادلا لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب عن رفض دعواهم، ولأجل هذا أكده الفقه والقضاء كما تبنته العديد من التشريعات.

---

[112]–عكوش سهام، المرجع السابق، ص49.

[113]– قتال حمزة ، المرجع السابق، ص 212.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق عند تعذر إثبات القانون الأجنبي

تبنى المشرع الجزائري الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وذلك بموجب تعديل 2005 للقانون المدني إذ تنص المادة 23 مكرر " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"[114].

وفي رأينا يعد هذا الموقف تطبيقا للمبادئ الإجرائية الواردة في المادتين 3 و 29 من قانون الإجراءات المدنية[115]، وهي التزام القاضي في منح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني للمتقاضي، عن طريق الفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية المناسبة (وفي مجالنا هي قواعد الإسناد وما تشير إليه من قانون مختص)، وسواء بعد ذلك رفض الطلب، إذا كان غير مؤسس، أم تم قبوله إذا كان مؤسسا، و إلا عد القاضي ناكرا للعدالة.

وعليه فطبقا للمادة 23 مكرر سالفة الذكر يجب على القاضي في حالة ما إذا تعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء التزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمعونة الخصوم، أن يطبق القانون الوطني.

وفي نظرنا أن إقرار المشرع لهذا الرأي له أسبابه، كما أنه يحقق عدة أهداف منها:

- توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، إذ الأصل هو إطلاق الاختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، فالأصل هنا هو سلطان القانون من حيث المكان، فبعد تعذر إثبات القانون الأجنبي يطبق باعتباره يسترجع ولايته العامة استنادا لمبدأ الإقليمية[116].

---

[114]–المادة 23 من أمر رقم 05– 10، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[115]– قانون رقم 08–09 مؤرخ في 18صفر عام1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21، الصادرة في 23 أبريل2008.

[116]– زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص علما و عملا، الطبعة الأولي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 13.

- إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة، وقطع التأويلات المختلقة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة.
- تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الدولية الخاصة لأنه أعلم بأحكام القانون الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلا، لكن هذا لا يعني أن يسرع القاضي في تطبيقه للقانون الوطني، إنما لا يجوز له ذلك إلا بعد تتحقق استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص فعلا.
- الاعتراف بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ومن ثم جعل له المشرع مخرجا عند تعذر إثبات القانون الأجنبي بالسماح له بتطبيق القانون الوطني، وهذا يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة إعمالا للمبادئ الإجرائية سالفة الذكر، كما يجنب الخصوم الآثار السلبية في حالة رفض دعواهم بسبب تعذر إثبات القانون الأجنبي.

المبحث الثالث

الانحياز إلى تطبيق القانون الجزائري و استبعاد القانون الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام والآداب العامة

مس تعديل قواعد الإسناد الجزائرية في سنة 2005، قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي كثيرا ما تطرح فكرة النظام العام، هذا الأخير يعتبر أساسا لقيام كيان المجتمع، فهو كغيره من المواضيع القانونية الأخرى الذي يتميز بميزة عدم انضباطه ومرونته وتغيره حسب الزمان والمكان، فالنظام العام يعتبر من أكثر المبادئ المختلف عليها في تنازع القوانين نظرا لاختلاف البينة حول تعريفه وتحديد نطاقه ومجالات استخدامه في القانون الدولي الخاص[117].

وتعتبر فكرة النظام العام فكرة شائعة وكثيرة الاستعمال في لغة القانون سواء كان نطاقا عاما أو خاصا[118]، فهو من أعقد المسائل المهمة في الفكر القانوني لأنها لاتزال فكرة يشوبها الغموض من جهة، ومفهومها مرنا من جهة أخرى، الأمر الذي يحول دون التمكن من الوصول إلى تعريف دقيق له[119].

و يمكن تعريف فكرة النظام العام بأنه: مجموعة المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذة في الدولة، وهي الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون. و للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام[120].

117– ناتوري كريم، دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص 309.

118– فضيل نادية، المرجع السابق، ص 111.

119– ناتوري كريم، المرجع السابق، ص 309.

120–ممدوح عبد الكريم، حافظ عرموش، تنازع القوانين: (القانون الدولي الخاص والمقارن)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 196.

لدراسة فكرة النظام العام نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتناول شروط الدفع بالنظام العام(المطلب الأول)، أثار الدفع بالنظام العام(المطلب الثاني)، ونختم المبحث بعرض موقف المشرع الجزائري(المطلب الثالث).

المطلب الأول

شروط الدفع بالنظام العام

سمح المشرع الجزائري للقاضي الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية في بلده إذا ما أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية، بشرط أن لا تكون هذه القوانين الأجنبية تعارض وتتناقض مع أحكام ومبادئ القانون الجزائري، أو تمس بصفة صريحة مقومات وأسس كيان المجتمع بصفة خاصة والقيم الجوهرية للدولة بصفة عامة.

وتعتبر فكرة الدفع بالنظام العام عائق أمام تطبيق القانون الأجنبي أو بالأحرى عائقا أمام تطبيق قاعدة التنازع الوطنية، فالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية يمكن أن يتم استبعاده إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالنظام العام[121]، ولكي يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي بحجة النظام العام لابد من توافر مجموعة من الشروط ندرجها فيما يلي:

[121]–عادل بن عبد الله، "الاعتبارات العلمية للدفع بالنظام العام"، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن، ص 220.

الفرع الأول

أن يكون القاضي الأجنبي مختصا وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي

مضمون هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي واجبا للتطبيق طبقا لقواعد التنازع في قانون دولة القاضي. فلا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن أن يستبعد تطبيقه لسبب آخر، مثال ذلك أن يكون القاضي سياسيا أو إقليميا، أو أن يكون قانون الموقع أو قانون المحل أو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين أو القانون الذي أسند إليه الحكم بطريق الإحالة، أو يكون القانون الأجنبي غير واجب التطبيق كما لو كان هو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين دون أن يكون له أية صلة بهما أو بالعقد[122].

تعتبر فكرة النظام العام سبب لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة تعارضه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، وفي حالة ما إذا كان القانون الأجنبي غير مختص حسب قواعد الإسناد الوطنية، فلا سبيل للدفع بفكرة النظام العام كحجة لاستبعاد القانون الأجنبي من التطبيق. كما لا يجوز التحجج بفكرة النظام العام في حالة ما إذا تم استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق لأسباب أخرى ليس لها علاقة المساس بالنظام العام.

[122]–علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 152–153.

الفرع الثاني

تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في قانون القاضي

مفاد هذا الشرط هو أن يتعارض القانون الأجنبي في أحكامه مع مقتضى من مقتضيات النظام العام لدولة القاضي للامتناع عن تطبيقه رغم اختصاصه في دولة هذا الأخير، بعبارة أخرى يجب أن يكون هناك تعارض واختلاف بين القانون الأجنبي والمبادئ المعمول بها في القانون القاضي وأن يكون هذا التعارض أيضا مخالفا للقيم الجوهرية الأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي[123].

ففكرة النظام العام تتغير باختلاف المكان والزمان، فما قد يعتبر تعارضا مع النظام العام في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة لا يعد أمرا منافيا لهذه الفكرة في وقت أخر[124]. **مثلا** في 1984 كان الطلاق في فرنسا مخالفا لنظام العام وفي هذه السنة صدر قانون أباح الطلاق لأسباب معينة، وقبل سنة 1912 كانت دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي مخالفة للنظام العام في فرنسا، ثم صدر في 2005 قانونا أباح رفع هذه الدعوى[125].

فصفة التغيير جعلت جانب الفقه لا يقتنع بحجة توافر أحد مقتضيات النظام العام في دولة القاضي لكي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلا، بل يتعين على القاضي بالإضافة إلى ذلك أن يقوم بفحص القانون الأجنبي والنظر في معطياته قبل استبعاده باسم النظام العام،

---

[123]– زرقان وليد، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص: (دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والغربية)، ملتقى التخرج لنيل شهادة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2011–2012، ص 25.

[124]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 119.

[125]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 149.

وذلك بتحليله للواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للمجتمع الذي صدر في ضله هذا القانون من خلال إجراء موازنة بين القانونين[126].

الفرع الثالث

أن يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام حاليا

الشرط الثالث لاستبعاد القانون الأجنبي من ميدان التطبيق هو أن يؤدي هذا القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد إلى نتائج تخالف المبادئ الأساسية للقانون الوطني للقاضي بشأن الحالة المعروضة عليه وقت نظر الدعوى، أي عند رفع الدعوى، ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام حتى وإن كان مفهوما وطبيعيا أن يوجد اختلاف بين النظم القانونية الوطنية إلا أن هذا الاختلاف لا يقبل أن يزيد عن حدود معينة وإلا وقع اعتداء على المجتمع الوطني مما يبرر عدم استمرار القاضي الوطني في الالتزام بتطبيق القانون الأجنبي[127]. 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، ومع ذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التي كانت سارية عند وقوع الحادثة أو عند نشوء الحق لا تلك التي حلت محلها وقت رفع الدعوى[128].

---

[126]–بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 1986، ص 138.

[127]–صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، المرجع السابق، ص 332.

[128]– زرقان وليد، المرجع السابق، ص 27–28.

المطلب الثاني

أثار الدفع بالنظام العام

ينتج على إعمال فكرة النظام العام أثار عديدة تترتب هذه الآثار على نمط واحد، فأثر استبعاد القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية هو تطبيق قانون القاضي باعتباره حلا احتياطيا لحكم العلاقات الخاصة[129]. وتتمثل هذه الآثار في الأثر السلبي وهو استبعاد القانون الأجنبي جزئيا أو كليا، الأثر الايجابي والذي يعني ثبوت الاختصاص للقانون الوطني[130]. وسنتولى دراسة هذه الآثار على التوالي:

الفرع الأول

الأثر السلبي للدفع بالنظام العام

يقصد بالأثر السلبي للدفع بفكرة النظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بالنزاع في دولة القاضي وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، واستقراءا لأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع نص على الأثر السلبي للنظام العام بوصفه أداة لاستبعاد القانون الذي يتعارض مفهومه مع النظام العام في الجزائر. وقد أحدث الأثر السلبي للنظام العام جدلا فقهيا حول قدر الاستبعاد، فهل يستبعد القانون الأجنبي بأكمله أم يجب الاقتصار فقط على الجزء المعارض للنظام العام الوطني[131]؟

أولا: الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام: نجد أن غالبية الفقهاء ترى أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي برمته، وإنما يجب

---

[129]– عادل بن عبد الله، المرجع السابق، ص 227.

[130]– قتال حمزة ، المرجع السابق، ص 160.

[131]–عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزائري(تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 180–181.

أن نحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم النظام العام في دولة القاضي. فمثلا لو تعلق النزاع المطروح أمام القضاء الجزائري بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب، فانه يتعين استبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام، وتبقى الشروط الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي مادامت لا تتعارض مع النظام العام في الجزائر.

انتقد هذا الرأي وعارضه البعض على أساس أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي وتطبيق أحكامه التي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد إذ يؤدي ذلك إلى مسح القانون وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه[132].

حجة أخرى قدمها منتقدو هذا الرأي أنه لا مجال بفكرة الاستبعاد الجزئي إذ من المقرر أنه فيما يتعلق بأحكامه التي لا تقبل التغيير والتبديل، أنه يجب استبعاد أي قانون أو تشريع أجنبي استبعادا كليا لصالح تطبيق الشريعة الإسلامية، سواء في ذلك أن تتعلق القاعدة الواجب استبعادها بجانب الموضوع أو بجانب الشكل[133].

ثانيا: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام: يؤكد جانب من الفقه أخر على ضرورة الاستبعاد الكلي والكامل للقانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، مدعمين موقفهم بحجة أنه وجب النظر إلى القانون الأجنبي كوحدة واحدة لا تقبل التجزئة، كما يعتبرون أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف لقاعدة الإسناد في دولة القاضي يعتبر مساس بقوانين دولة القاضي، ذلك أن المشرع الوطني عندما يضع قاعدة تنازع معينة يكون هدفه تطبيق أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة وتحقيقا للعدالة[134].

---

[132]–فضيل نادية، المرجع السابق، ص 123–124.

[133]– صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 233–234.

[134]– زرقان وليد، المرجع السابق، ص 31.

حجة أخرى تقر أنه قد يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبط ارتباطا وثيقا بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون بحيث يصبح من المعتذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الأخرى التي تتعارض مع النظام العام في دولته. في هذه الحالة لابد من الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي وضرورة تطبيق قانون القاضي بدلا منه[135].

انتقد هذا الرأي في أن استبعاد القانون الأجنبي برمته وتطبيق قانون القاضي بدلا منه يعد أكثر تعارضا مع حكمة التشريع. ما دام أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق أصلا بوصفه أكثر القوانين ملائمة للمسألة المعروضة، ومن ثم فإن الأقرب إلى التشريع هو ألا يستبعد من أحكامه إلا ما يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

الفرع الثاني

الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

يقصد بالأثر الايجابي للنظام العام إحلال قانون بديل محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده باسم النظام العام. ذلك أنه عندما يتم استبعاد القانون الأجنبي رغم اختصاصه، وجب الفصل في النزاع وفقا لأحكام قانون آخر خلافا للقانون الأجنبي المستبعد[136].

ورغم أن الفقه الغالب يؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، إلا أن جانبا من الفقه الألماني يرى أن الأثر الايجابي هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام [137].

---

[135]–محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 517 و 519.

[136]– زرقان وليد، المرجع السابق، ص 58.

[137]– قتال حمزة ،المرجع السابق، ص 162.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من فكرة الدفع بالنظام العام

تطبيقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري نجد أن القاضي الوطني قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام واستخلفه بالقانون الجزائري. فمثلا في المسألة المتعلقة بموانع الإرث، فإن المحكمة العليا الجزائرية قد منعت أن يرث كافر مسلمة مرتكزة في ذلك على مبادئ الشريعة الإسلامية. إذا كان مبدئيا الابن له الحق في أن يرث أمه، وفقا لكل القوانين فإن الشريعة الإسلامية تمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم كانت الأم المسلمة والابن غير مسلم[138].

ونجد أيضا أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 ق م ج سمح للقاضي تطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر، إذ ما أشارت بتطبيقها قواعد الإسناد الوطنية، لكن ذلك لا يعني أن المشرع فتح باب على مصرعيه لكل القوانين الأجنبية أي كان محتواها، بل ربط تطبيقها بشرط أن لا يكون مضمونها متعارض مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الجزائري[139].

مسألة أخرى حسم فيها المشرع الجزائري وهي مسألة الاختلاف الذي ورد بشان الاستبعاد الكلي والجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام، حيث تبنى الرأي الراجح فقها وقضاء من خلال تعديل المادة **24** من القانون المدني بموجب القانون **05-10** المؤرخ في **20**جوان **2005**، فأضاف فقرة ثانية تتبنّى صراحة الأثر الإيجابي للنظام العام بإحلال القانون الجزائري محلا لقانون الأجنبي المستبعد، حيث تنص هذه الفقرة **(ف2)** من المادة **24** من القانون المدني الجزائري معدل ومتمم على "**يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة**"[140].

---

[138]– عليوش قربوع كمال، االمرجع السابق، ص 181

[139]– زرقان وليد، المرجع السابق، ص 55.

[140]– المادة 24 من أمر رقم 05- 10، يتضمن قانون مدني، المرجع السابق.

ويقول الأستاذ طيب زروتي في هذا الشأن أن المشرع الجزائري قد أحسن الفعل عند حسمه لمسألة قدر الاستبعاد المتعلق بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، ولكن لا يجب أن يفهم من هذا الحسم أن القانون الجزائري يحل تلقائيا في العلاقة القانونية برمتها، وإنما فيما يخالف النظام العام فقط، باستثناء ما إذا كان هذا الحكم القانوني في القانون الأجنبي المستبعد ذا صلة بنصوص أخرى واجبة التطبيق أيضا، حيث لامناص من الاستبعاد الكلي وتطبيق قانون القاضي على العلاقة القانونية لتعذر الاستبعاد الجزئي " .

أمّا بالنسبة للقضاء الجزائري فنجده قد أخذ بهذا الحل حتى قبل تعديل **2005**، ففي عديد الحالات استبعد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في الجزائر واستخلفه بالقانون الجزائري[141].

[141]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 73.

وفي الأخير يمكن أن نقول أن انحياز المشرع الجزائري لتطبيق قانونه الوطني و تعمده استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عند تطبيق القانون الواجب التطبيق، يظهر من خلال قواعد الاسناد التي سنها المشرع في القانون المدني، حيث أخضع مسائل الزواج عندما يكون أحد الزوجين جزائريا لقانون القاضي و هذا بموجب نص المادة 13 ، و كذلك حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق فإن القانون الجزائري هو الذي سيطبق كما هو منصوص في نص المادة 23 مكرر، إضافة إلى استبعاده تطبيق القانون الأجنبي عند مخالفة هذا الأخير لنظام العام و الآداب العامة في الجزائر و قد نصت على ذلك المادة 24 من ق م ج.

خاتمة

و في الأخير قد تبين لنا أن القانون الدولي الخاص يتضمن قواعد إسناد وطنية، وذلك لتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاعات المشتملة لعنصر أجنبي، إلى جانب احتوائه على قواعد انفرادية تشير مباشرة إلى تطبيق قانون القاضي على المنازعة الدولية الخاصة و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فيطبق قانون القاضي على النزاع المطروح أمامه انفراديا و استثناريا لا ينازعه أي قانون أجنبي، رغم أننا أمام منازعة مشتملة على عنصر أجنبي أين تثار مشكلة تنازع القوانين بين قانون القاضي و القانون الأجنبي، و المشرع الجزائري غالبا ما نجده ينحاز وبصفة صريحة إلى تطبيق قانونه الوطني على حساب القوانين الأخرى المتنازعة.

ولقد بينا في بحثنا هذا مظاهر انحياز المشرع الوطني إلى تطبيق قاعدة الإسناد، والتي تتجلى في إخضاع التكييف، ذلك أن القاضي قبل أن يفصل في النزاع عليه أن يكيف القانون الواجب التطبيق و يعطيها وصفا على حساب قانونه على حكم المنازعة. أي يخضع تكييف هذه المسألة لقانونه الوطني، إضافة إلى إخضاع عملية التكييف لقانون القاضي، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى و هو انحيازا إلى تطبيق القانون الوطني، ذلك أنه عندما تقرر قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قواعد الإسناد الواردة في القانون الأجنبي، أي هذا القانون الأجنبي هو المختص بحكم المسألة المتنازعة، ثم يقوم هذا الأخير ويحيلها لقانون القاضي وهي إحالة من الدرجة الأولى ويقبلها القاضي لأن الاختصاص يعود إليه، أما الإحالة من الدرجة الثانية يحيل فيه القانون الأجنبي المسألة المتنازعة إلى قانون آخر، غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بها، وبالتالي يعتبر مظهر من مظاهر الانحياز للقانون الوطني. مسألة أخرى يظهر فيها تطبيق القانون الجزائري على حساب القانون الأجنبي، وهي مسألة ترجيح جنسية قانون القاضي في حالة تنازع الجنسيات وذلك بموجب نص المادة 22/ 2 من ق م ج ، وبالتالي يأخذ بجنسية القاضي إذا ما تبين أن الجنسية الجزائرية هي من بين الجنسيات المتنازعة. وهذا ما يعتبر انحيازا للقانون الوطني

كما يظهر انحياز لقانون القاضي عند تطبيق القانون الواجب التطبيق في مسائل من بينها الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 13 من القانون المدني الجزائري عندما يكون أحد الزوجين جزائريا، ثم تطرقنا إلى مظهر أخر من مظاهر الانحياز إلى تطبيق قانون القاضي و هو

تطبيق قانون القاضي عند تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق، و في الأخير توصلنا إلى أن فكرة النظام العام و الآداب العامة يستبعد بموجبها القانون الأجنبي لتعارضه مع الأفكار و المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها النظام الاجتماعي في دولة القاضي، و بهذا نكون قد أجبنا عن الإشكالية المطروحة و بيننا مظاهر خروج قواعد الاسناد عن أهم خصائصها و هي خاصية الحياد، غير أنه ينبغي أن يظل هذا الأخير نسبيا و أن يبقى النطاق محدودا حتى يمكن التوفيق بين حق الدولة في رعاية مصالحها المختلفة و بين المحافظة على اعتبارات وجودها و تعايشها مع المجتمع الدولي.

قائمة المراجع

I. باللغة العربية

أولا: الكتب

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية– الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003

2- _____، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، د س ن.

3- بدر الدين عبد المنعم، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، د د ن، مصر، 1990.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

5- بلمامي أعمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر: نظرية التكييف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

6- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين(المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.

7- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي، لبنان، 2004.

8- _____، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

9- دربال عبد الرزاق، الوافي في قانون الدولي الخاص: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن.

10- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، الطبعة الأولى، الجزائر، 2010.

11- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

12- شريقي نسرين وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، د س ن.

13- صلاح الدين جمال الدين، الجنسية وتنازع القوانين(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

14- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.

15- عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات(دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.

16- _____، أحكام الجنسية(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2007.

17- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن .

18- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

19- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

20- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)،الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2011.

21- غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

22- غالب علي الدوادي، القانون الدولي الخاص: الجنسية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

23- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2002.

24- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992.

25- محجوب أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، بهاء الدين للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 .

26- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، تنازع القوانين: (القانون الدولي الخاص والمقارن)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

27- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

28- _____، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

29- مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2010

30- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.

31- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ) رسائل دكتوراه

1. قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2011.
2. مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج و الطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقاسم تلمسان، 2012/2011.

ب) مذكرات الماجستير

1. عكوش سيهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010/2009.
2. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2011.
3. بومشعل فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.
4. بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2014/2013.

ج) مذكرات ليسانس

1. غبابشة أميرة، بن مريم يوسف، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس ل م د، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة سطيف2 2014/2013.

2. براهمي فضيلة، تنازع القوانين في مسائل الزواج و انحلاله، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014.

3. بومنجل حسيبة، بوضياف ليندة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس سطيف، 2013/2014.

4. زرقان وليد، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والغربية)، مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2012/2011.

ثالثا: المقالات والملتقيات

أ) المقالات

1. دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة"، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2011، ص ص 236، 254.

2. عادل بن عبد الله، "الاعتبارات العلمية للدفع بالنظام العام"، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن، ص ص220، 234.

ب) الملتقيات

1) بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج(دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص ص 93، 107.

2) عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص ص 169،179.

3) ناتوري كريم، دور الإحالة في حماية النظام العام، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014، ص ص 307،317.

4) عسالي عبد الكريم، جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، ملتقي وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 23و24 أفريل 2014،ص ص 351، 361.

رابعا: المحاضرات

بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند، البويرة، الجزائر، 2014.

خامسا: النصوص القانونية

1. أمر رقم 70-86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 ، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر ج ج عدد 105، صادرة في 18 ديسمبر 1970
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن قانون مدني الجزائري, معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13ماي 2007.
3. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404- الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24، صادرة في 12 يونيو 1984.
4. أمر رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان-2005 يتضمن تعديل أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 44 صادرة بتاريخ 26 /2005/06.

5. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21، الصادرة في 23 أبريل2008.

II. بالغة الفرنسية

1. Maye Pierre ،Droit international privé, 5eme édition, Montchrestien, paris.
2. Daniel Gutmann, droit international privé, 2 édition, éditions Dalloz, Paris, 2000.

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: مظاهر الانحياز عند تطبيق قواعد الإسناد.....5

المبحث الأول :الانحياز لتطبيق قانون القاضي أثناء التكييف 7

المطلب الأول: نشأة نظرية التكييف 8

الفرع الأول: قضية ميراث المالطي.....8

الفرع الثاني: قضية وصية الهولندي 9

الفرع الثاني: قضية زواج اليوناني الأرثوذوكسي 10

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف.....11

الفرع الأول: إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم العلاقة ككل.....11

الفرع الثاني: إخضاع التكييف لقواعد القانون المقارن 12

الفرع الثالث: إخضاع التكييف إلى قانون القاضي 13

المطلب الثالث: التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري 15

المبحث الثاني: الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى انحياز لتطبيق قانون القاضي 16

المطلب الأول: نظرية الإحالة ونشأتها 17

الفرع الأول.: تعريف الإحالة 17

الفرع الثاني: نشأة نظرية الإحالة..... 18
المطلب الثاني: أنواع الإحالة..... 20
الفرع الأول: الإحالة من الدرجة الأولى..... 20
الفرع الثاني: الإحالة من الدرجة الثانية..... 21
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة..... 22
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل أمر رقم 75-58... 23
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل أمر رقم 05-10... 23
المبحث الثالث: ترجيح الجنسية الجزائرية عند تنازع الجنسيات ترجيح الجنسية الجزائرية عند تنازع الجنسيات 25
المطلب الأول: المشاكل التي تطرحها مسألة تعدد الجنسيات و المجهودات الدولية المبذولة للتقليل منها 26
الفرع الأول: المشاكل التي تطرحها تعدد الجنسيات 26
الفرع الثالث: الحلول الوقائية لتفادي ظاهرة تعدد الجنسيات..... 29
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع الجنسيات 30
الفرع الأول: جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة 31
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص الجزائري 32

الفصل الثاني: مظاهر الانحياز عند تطبيق القانون الواجب التطبيق 34

المبحث الأول: الانحياز لتطبيق القانون الجزائري للصفة الوطنية لأحد الزوجين 37

المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي على الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج..... 38

الفرع الأول: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج 40

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج 40

المطلب الثاني: تطبيق قانون القاضي على أثار عقد الزواج 43

المطلب الثالث: تطبيق قانون القاضي على انحلال الرابطة الزوجية 46

المبحث الثاني: الانحياز إلى تطبيق القانون الجزائري عند تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق 49

المطلب الأول: الحلول المتبعة عند استحالة إثبات القانون الأجنبي 49

الفرع الأول: الاتجاه القائل برفض الدعوى..... 49

لفرع الثاني: الإتجاه القائل بتطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون الذي تعذر إثباته..... 51

الفرع الثالث: الإتجاه القائل بتطبيق قانون القاضي..... 54

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق عند تعذر إثبات القانون الأجنبي..... 56

المبحث الثالث: الانحياز إلى تطبيق القانون الجزائري و استبعاد القانون الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام والآداب العامة..... 58

المطلب الأول: شروط الدفع بالنظام العام..... 59

الفرع الأول: أن يكون القاضي الأجنبي مختصا وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي..... 60

الفرع الثاني: تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في قانون القاضي 61

الفرع الثالث: أن يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام حاليا 62

المطلب الثاني: أثار الدفع بالنظام العام..... 63

الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام 63

الفرع الثاني: الأثر الايجابي للنظام العام 65

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من فكرة النظام العام..... 66

خاتمة..... 69

قائمة المراجع..... 72

الفهرس..... 80

يحتوي القانون الدولي الخاص في كل دولة على قواعد إسناد وطنية التي تعين القانون الواجب التطبيق على علاقات الأشخاص ذات البعد الدولي، إلى جانب احتواءه على قواعد انفرادية التي تساهم في ترجيح مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الدولية الخاصة، فالقاضي الوطني قد يطبق قانونه الخاص على النزاع المطروح أمامه تطبيقا انفراديا استثناريا على نحو لا ينازعه فيه أي قانون أجنبي، لارتباط المسألة المطروحة بكيان دولة القاضي سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية.

Le droit international privé dans chaque pays contient des règle nationales d'attribution qui devaient être appliquées aux relation des gens avec la dimension internationale, ainsi qu'il contient des règle unilatérales qui contribuent a la probabilité du centre de la loi du juge en l'état de droit des conflits internationaux prives, le juge national peut appliquer sa propre loi sur les conflits avant l'application unilatérale comme un incontesté exclusif dans lequel une loi étrangère, pour lier question devant le juge, si l'entité d'état en termes politique, économiques ou social .